

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume 41 • Sayı/Number 2

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume: 41 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 2021

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

Dizinler / Indexing and Abstracting

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

DOAJ

Public and Private International Law Bulletin
Cilt/Volume: 41 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 2021
ISSN: 2651-5377 • E-ISSN: 2667-4114 • DOI: 10.26650/ppil

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL

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

Yazışma Adresi / Correspondence Address

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

Yayıncı / Publisher

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

Baskı / Printed by

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

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

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

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

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

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

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Dr. Öğr. Üyesi Mine TAN DEHMEN, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - minetan@istanbul.edu.tr
Arş. Gör. Dr. Enver ARIKOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İstanbul, Türkiye - enar@istanbul.edu.tr

Yönetici Editör / Managing Editor

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

Alan Editörleri / Section Editors

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

Dil Editörleri / Language Editors

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

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

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

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar COVID-19 and Equitable Distribution of Vaccine: Emerging Debates within the Framework of the World Trade Organization Agreements	395
Meltem Sarıbeyoğlu Skalar	
Türkiye'ye İadesi İstenen Çocuk Hakkında Tokyo Mahkemelerince Verilmiş Kararlar ve Japonya Örneğine Genel Bakış Tokyo Court Decisions Regarding a Request for the Return of a Child to Turkey and a Brief Reference to the Japanese Practice	421
Onur Can Saatcıoğlu	
UNIDROIT'nin Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış An Overview of UNIDROIT's Work on Private Law	463
Yusuf Çalışkan	
Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun "Daha Sıkı İlişkili Hukuk" Temelinde Belirlenmesi The Determination of Applicable Law to Torts based on "the Law which is more closely connected"	483
Sibel Özel	
Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Soybağı Esası ve Soybağının Ortadan Kalkmasının Türk Vatandaşlığı Üzerindeki Olası Etkileri The Filiation Principle in Acquiring Turkish Nationality and the Possible Legal Effects of Termination of a Filiation on the Turkish Nationality.....	517
Mehmet Polat Kalafatoğlu	
Mücbir Sebeplerin Akreditife Etkisi The Effects of Force Majeure on Accreditive	559
Vahit Doğan	
Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi The Authority of an Agent to Represent his Principal Before Courts: An Examination of The Turkish Commercial Code in Terms of International Procedural Law	581
Emre Esen	
Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler Certain Issues Concerning International Investment Arbitration within The Context of The <i>Ata v Jordan</i> Award	605
Miray Azaklı Köse, Melis Avşar	
Sanat Eserlerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Milletlerarası Tahkim ve Sanat Tahkim Mahkemesi International Arbitration for Art-Related Disputes and the Court of Arbitration for Art.....	645
İbrahim Doğan Takavut	
Tenfiz Edilmemiş Yabancı Hakem Kararları Açısından İlamsız İcra Takiplerine ve İhtiyati Hacze İlişkin Bazı Meseleler Issues Regarding Foreign Arbitral Awards With Respect to General Enforcement Proceedings and Provisional Attachment Judgments	701
Cemre Tüysüz	
Fundamental Changes Introduced by the New Swiss Rules of Mediation After the 2019 Revision - New Regulations Compatible with Singapore Convention on Mediation 2019 Revizyonundan Sonra Yeni İsviçre Arabuluculuk Kurallarının Getirdiği Temel Değişiklikler- Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi ile Uyumlu Yeni Düzenlemeler	733
Serpil Işık	
Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Elektronik Tahkim Electronic Arbitration in the Resolution of Disputes Arising From Electronic Consumer Contracts	779
Nilay Dağdelen Yaşar	
Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması The Protection of Cultural Heritage in International Investment Law	827
Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden	

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

The Process of Decolonization of Mauritius and the Right to External Self-Determination of Colonial Peoples Mauritius'un Depolitizasyon Süreci ve Sömürge Altındaki Halkların Self Determinasyon Hakkı..... Ayşe Yıldız Demir	875
Miras Hukukuna İlişkin Dava ve İşlerde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi International Jurisdiction of Turkish Courts in Cases and Affairs Related to Inheritance Law Musab Bilkay	905
Extraterritorial Implications of Turkish Legislation Türk Mevzuatının Ülkeşası Etkileri Bilgin Tiryakioğlu	931
Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış A Critical Perspective on the Regulation Regarding the Benefit of the Same Rights as Turkish Citizens by Blue Card Holders..... Necla Öztürk	955
Andlaşmalar Hukuku ve Uluslararası Sorumluluk Hukukunun Kesişim Noktasında <i>Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum</i> <i>Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum</i> at the Intersection of Treaty Law and Law of International Responsibility..... Ceren Zeynep Pirim	979

ÇEVİRİ / TRANSLATION

2019 İnsanlığa Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Taslak Maddeler 2019 Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity Nergiz Emir, Figen Tabanlı	1001
Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda, Ulusötesi Şirketlerin ve Diğer Ticari Teşebbüslerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuken Bağlayıcı Belge'nin İkinci Kez Gözden Geçirilmiş Taslağı'nın Türkçe Çevirisi ve Taslağa İlişkin Genel Bir Yorum The Turkish Translation of Second Revised Draft of Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises and A General Comment Regarding Draft Betül Karagedik	1017



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 06.04.2021
Revizyon Talebi: 24.05.2021
Son Revizyon: 25.05.2021
Kabul: 25.06.2021
Online Yayın: 13.07.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar

COVID-19 and Equitable Distribution of Vaccine: Emerging Debates within the Framework of the World Trade Organization Agreements

Meltem Sarıbeyoğlu Skalar^{*}

Öz

Aşı milliyetçiliği, COVID-19 pandemisi ile küresel olarak mücadelenin önünde bir engel olarak görülmektedir. Üretimi, dünya nüfusunun ihtiyacını karşılamaya yeterli miktarda olmayan COVID-19 aşılı, ağırlıklı olarak gelişmiş ve zengin devletler tarafından kendi nüfusları için satın alınmaktadır. Aşı üretiminin hızlanması ve yaygın hale gelmesinin önünde bir engel olarak fikri mülkiyet hakları korumasının bulunduğu gözlemlenebilir. Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) nezdinde, Hindistan ve Güney Afrika bu nedenle bir aykırılık izni talebi başvurusunda bulunmuşlardır. Bu talep, pandemi son bulana dek, fikri mülkiyet hakları korumasına ilişkin anlaşma hükümlerine aykırılığa izin verilmesini amaçlamaktadır. Ancak, amaçlandığı gibi bir karar alınmasını sağlamak henüz mümkün olmamıştır. Bu taleple ilgili olarak çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Aykırılık izni kararının mutlaka gerekli olmadığı ve GATT ve TRIPS Anlaşmaları hükümlerinin aynı amaca hizmet etmek için yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bu makalede söz konusu aykırılık izni talebinin neden önemli olduğu açıklanmaktadır. Aykırılık izni yerine alternatif olarak ileri sürülen ulusal güvenlik istisnalarına başvurma veya zorunlu lisanslama yönteminin COVID-19 aşılı açısından uygulanabilirliği değerlendirilmektedir. DTÖ Anlaşmaları altında hâlihazırda var olan bu usullere başvurma bazı bedelleri olacağı ve bu nedenle bir aykırılık izni kararının gerekli olduğu sonucuna varılmıştır. Son olarak aşılın uluslararası ticaretinde miktar kısıtlamaları sorunu ele alınmakta ve aşı milliyetçiliği eleştirilerine de yol açan bu uygulamanın DTÖ kurallarına uygunluğu sorunu incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Aşı milliyetçiliği, TRIPS, Zorunlu lisans, Aykırılık izni kararı, ilaç patenti

Abstract

Vaccine nationalism is an obstacle to combating the global COVID-19 pandemic. Since the production of COVID-19 vaccines is still insufficient to meet the needs of the world population, developed countries primarily purchase them for their populations. The protection of intellectual property rights is another obstacle to the acceleration and widespread use of vaccine production. In order to overcome this obstacle, India and South Africa filed a waiver request before the World Trade Organization (WTO). This request aims to obtain official permission for the otherwise breach of the WTO Agreements provisions protecting intellectual property rights until the pandemic is over. The waiver request has become a topic of differing analysis. Some say the waiver request is unnecessary as the existing provisions of the GATT and TRIPS Agreements sufficiently serve the same purpose. In this article, the waiver request is considered critical and necessary. The provisions of the WTO Agreements that allow recourse to the national security exceptions or compulsory licensing were analyzed to evaluate whether or not they would be an alternative to a waiver decision. They concluded that resorting to these already existing procedures in the WTO Agreements would likely bring about further trade disputes and, therefore, a waiver decision is preferable. Finally, this article addresses the issue of quantity restrictions in the international trade of vaccines.

Keywords

Vaccine nationalism, TRIPS, Compulsory license, Waiver, Pharmaceutical patents

* **Sorumlu Yazar:** Meltem Sarıbeyoğlu Skalar (Doç. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, meltem.saribeyoglu@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-6534-503X

Atf: Sarıbeyoğlu-Skalar M, "COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar" (2021) 41(2) PPIL 395. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.910781>



Extended Summary

Since the end of 2019, the global COVID-19 pandemic created a significant burden on health systems and has negatively affected the global economy and international trade. Some say international trade will be a critical driving force in eliminating the effects of the multi-faceted crisis caused by the COVID-19 pandemic, especially in creating a more fair and sustainable global economy. On the other hand, there is an ongoing major health crisis. In developing and least developed countries, the impact of this health crisis lands more severely. In these countries, the capacity of health services is often insufficient to overcome the additional burden of the pandemic. In particular, the production of vaccines, medical supplies, and drugs necessary to prevent and treat the COVID-19 virus is often not carried out due to lack of capacity.

There are a few developing countries that have production capacity for vaccines and drugs. Nevertheless, they are unable to use this capacity to avoid breaches of intellectual property rights. The lack of a fully proven drug for the treatment of COVID-19 has caused all hopes to center around vaccines. Since vaccination is considered the only effective way to combat COVID-19, there has been significant demand for vaccines that are as yet unproduced in sufficient quantities for the world population. An important reason why the production of vaccines is so slow and inadequate is that widespread production is not possible due to the protection of intellectual property rights. For this reason, India and South Africa applied to the World Trade Organization (WTO) to waive protections of intellectual property rights in WTO Agreements regarding COVID-19 prevention and treatment. Thus, they aim to prevent future complaints against them if they disregard the intellectual property rights of the pharmaceutical companies otherwise protected under the WTO scheme.

To overcome the obstacles arising under the WTO Agreements, compulsory licensing, introducing national security exceptions, and discussing waiver decisions, are recommended. On the other hand, the European Union has made regulations restricting the export of vaccines financed under the Advance Purchase Agreements scheme and produced in member states' territories. Such regulations impose quantity restrictions on trade and breach, in principle, WTO Agreements.

Therefore, international trade, which is part of the remedy for worldwide health and economic crises, is intertwined with the problems related to its rules. In the context of the WTO Agreements, states that do not give up defending their companies' intellectual property rights even in such circumstances of a global pandemic prevent the fair distribution of the vaccine. States that reserve vaccines primarily for their population, without assessing who needs it most in other parts of the world, engage in vaccine nationalism. In other words, developed countries have made it a priority to protect the intellectual property rights of pharmaceutical companies rather than finding methods to

increase the production of vaccines as soon as possible. Indeed, the Secretary-General of the United Nations, António Guterres, has called upon members to prevent vaccine nationalism and recognize COVID-19 vaccines as the global public good.

This article first discusses the phenomenon of vaccine nationalism and recommends principles for the equitable distribution of the vaccine. Second, it analyzes the problems and solutions arising under the WTO Agreements and, in particular, under the TRIPS Agreement concerning vaccine production and distribution.

Vaccines, the only currently effective method of combating COVID-19, are of unprecedented significance and cannot be left to be regulated by the ordinary rules of international trade. When left to the usual functioning of the international trade, states that offer the highest prices can purchase all limited production of vaccines for their populations, and others cannot access even a single dose of vaccine. The COVID-19 pandemic puts enormous pressure on the health systems of many countries. Beyond threatening human life, it jeopardizes the livelihoods of populations through the economic crisis, a by-product of the pandemic. Therefore, the protection of intellectual property rights should not be an obstacle to the widespread and rapid production and distribution of COVID-19 vaccines.

The international free trade system envisioned by the WTO Agreements can offer solutions to overcome the health crisis caused by the COVID-19 pandemic and the harmful effects of the economic crisis. Accordingly, it is understandable that developing states with the technological capacity to produce vaccines would prefer to seek a waiver decision before the WTO, rather than following methods that would later become a matter of dispute, such as national security exceptions or compulsory licensing.

The experience of the COVID-19 pandemic leaves no choice but to work for international cooperation and solidarity more than ever. Preventing a waiver decision under the WTO Agreements cannot be qualified as the right strategy in combating a global pandemic. Practices in the form of not sending vaccines produced in their own country to third countries through measures such as purchasing the vaccines with higher prices or restricting their exports lead to criticism of vaccine nationalism. Therefore, a waiver decision under the WTO Agreements scheme can be a beneficial solution to accelerate the widespread production of the vaccine, as expert organizations report the urgency of tackling the global COVID-19 pandemic.

COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar

I. Giriş

2019 yılının son aylarından başlayarak tüm dünyaya yayılan COVID-19 salgını gelişmiş ülkeler de dahil olmak üzere sağlık sistemleri üzerinde büyük bir yük oluşturmanın yanı sıra olumsuz etkilerini küresel olarak ekonomi ve uluslararası ticaret alanında da göstermiştir. COVID-19 pandemisinin yol açtığı çok yönlü krizin etkilerini gidermekte uluslararası ticaretin mutlaka önemli bir itici güç olacağı söylenmekte ve özellikle daha adil ve sürdürülebilir bir küresel ekonomi oluşturulmasında uluslararası ticaretin önemi vurgulanmaktadır.¹ Diğer yandan devam eden büyük bir sağlık krizi de bulunmaktadır. Bu sağlık krizinin etkilerini özellikle gelişmekte olan ülkeler ve en az gelişmiş ülkeler çok daha fazla hissetmektedirler. Bu ülkelerde, sağlık hizmetlerinin kapasitesi çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Özellikle, COVID-19 salgınının önlenmesinde ve hastalanan kişilerin tedavisi için gerekli olan aşı, tıbbi malzeme ve ilaçların üretimi, çoğu zaman kapasite yetersizliğinden dolayı gerçekleştirilememektedir.

Aşı ve ilaçlar için üretim kapasitesine sahip gelişmekte olan ülkeler ise üretimi bir an önce artıracak yöntemler bulmaktansa, fikri mülkiyet haklarını ilaç şirketleri yararına korumayı öncelik haline getirmiş görünmektedirler. COVID-19 tedavisi için henüz etkinliği tam olarak kanıtlanmış bir ilacın bulunmaması, bütün umutların aşılarda etrafında yoğunlaşmasına neden olmuştur. Aşılama, COVID-19 ile mücadelede tek etkili yol olarak kabul edildiği² için henüz dünya nüfusuna yeterli miktarda üretimi bulunmayan aşılara büyük bir talep oluşmuştur. Aşıların üretiminin bu denli yavaş ve yetersiz olmasının önemli bir sebebi de yine fikri mülkiyet hakları korumasından dolayı yaygın üretimlerinin mümkün olamamasıdır. Bu nedenle, Hindistan ve Güney Afrika, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) nezdinde bir başvuru yaparak, fikri mülkiyet korumasını sağlayan hükümlere ilişkin olarak, geçici süreyle, aykırılık izni talep etmişlerdir. Böylece, aşıların patent sahibi şirketlerin, aksi durumda korunan, haklarını ihlal ettiklerinde, bu şirketlerin bulunduğu devletlerin DTÖ nezdinde kendilerini şikâyet etmelerini engellemeyi amaçlamaktadırlar.

DTÖ Anlaşmaları altında ortaya çıkan engelleri aşmak için böyle bir aykırılık izninin tartışılıyor olmasının yanı sıra zorunlu lisanslama ve ulusal güvenlik istisnalarının ileri sürülmesi gibi yöntemler de önerilmektedir. Diğer yandan Avrupa Birliği, üye ülkelerde üretilen ve ön alım anlaşması yapılmış aşıların üçüncü ülkelere ihracını kısıtlayan

1 Mukhisa Kituyi, 'A new take on trade' (UNCTAD 29 October 2020) <<https://unctad.org/es/node/29736>> Erişim Tarihi 5 April 2021

2 'WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19' (WHO 12 October 2020) <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---12-october-2020>> Erişim Tarihi 5 April 2021

düzenlemeler yapmıştır. Ticarete miktar kısıtlaması getiren bu tür düzenlemeler de kural olarak DTÖ Anlaşmalarına aykırıdır.

Böylece, dünya ölçeğinde bir sağlık krizi ile bunun yol açtığı ekonomik sorunlara çözüm olarak gösterilen uluslararası ticaretin kuralları ve bu kurullarla ilişkili sorunlar iç içe geçmiştir. DTÖ Anlaşmaları bağlamında bu denli önemli bir küresel salgın durumunda bile fikri mülkiyet haklarından vazgeçmeyen devletler, aşının adil paylaşılmasını engellemekte; tüm dünya nüfusu açısından öncelik grupları değerlendirmesi yapmaksızın, aşları öncelikle kendi nüfusu için isteyen devletler aşı milliyetçiliği yapmaktadırlar. Başka bir ifade ile aşı ve ilaçlar için üretim kapasitesine sahip gelişmiş ülkeler, üretimi bir an önce artıracak yöntemler bulmaktansa, fikri mülkiyet haklarını ilaç şirketleri yararına korumayı öncelik haline getirmiş görünmektedirler. Nitekim, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri *António Guterres*, aşı milliyetçiliği ve hatta zengin ülkelerde aşı istifçiliği olgusuna dikkat çekmesinin yanı sıra COVID-19 aşılarının küresel kamu malı olarak görülmesi çağrısında bulunmuştur.³

Makalede ilk olarak kısaca aşı milliyetçiliği olgusu ile Dünya Sağlık Örgütü ve konuyla ilgili çalışan uzman kuruluşlara göre aşının dağıtımında gözetilmesi gereken ilkeler ele alınmıştır. İkinci olarak DTÖ Anlaşmaları kapsamında aşının üretimi ve paylaşılmasına ilişkin olarak özellikle TRIPS Anlaşması altında ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri incelenmiştir.

II. Aşı Milliyetçiliği Tehlikesi ve Aşının Adil Dağıtımı

Küresel Covid-19 salgınına karşı geliştirilen aşılardan sadece gelişmiş ve mali kaynakları yeterli devletlerin elinde toplanması ve kendi nüfuslarının ihtiyacını karşılayacak miktarda ve hatta çok daha fazlasını güvenceye almadıkça aşılardan diğer nüfuslara dağıtımını geciktirmeleri olgusu aşı milliyetçiliği şeklinde ifade edilmektedir. Bu tür bir aşı milliyetçiliği davranışı 2009 yılında Domuz Gribi adıyla anılan ve dünya çapında yayılan H1N1 virüsünün neden olduğu *influenza* salgınında geliştirilen aşıyla ilgili olarak tecrübe edilmiştir.⁴ Yedi aylık süre içinde geliştirilen aşı yüksek gelir düzeyine sahip devletler tarafından kendi sınırları içindeki ilaç şirketlerinden temin edilmiş ve Covid-19 pandemisinde de olduğu gibi, önceden büyük miktarlarda sipariş vererek yoksul ülkelere aşı bırakmamışlardır. Yine Amerika Birleşik Devletleri (ABD) başta olmak üzere bu devletler, gelir düzeyleri düşük ve orta düzeydeki devletlerin nüfuslarına aşı bağışında bulunmayı taahhüt etmişlerse de önce kendi nüfuslarının ihtiyacını gidermeden harekete geçmemişlerdir. Başka bir deyişle, H1N1 aşısının dağıtımını, bulaşma riskine değil, yüksek gelir düzeyine sahip devletlerin alım gücüne bağlanmıştır.⁵

3 António Guterres, 'Only together can we end this pandemic and recover' (UN 11 March 2021) <<https://www.un.org/pt/node/132849>> Erişim Tarihi 5 April 2021

4 Rebecca Weintraub, Asaf Bitton and Mark L. Rosenberg, 'The danger of vaccine nationalism' (Harvard Business Review 22 May 2020) <<https://hbr.org/2020/05/the-danger-of-vaccine-nationalism>> Erişim Tarihi 5 April 2021

5 ibid

Oysa aşının dağıtımını açısından öncelikler ve öncelikli gruplar sağlık ve tıp bilimleri alanlarındaki yetkin uzmanların kanıtlanmış verilere dayalı çalışmalarıyla belirlenmektedir. Pandemiyle etkili bir mücadele için, bu önceliklerin gerçekte, sadece tek bir ülkenin sınırları içinde değil, küresel ölçekte de dikkate alınması gerekmektedir. 14 Eylül 2020’de yayımlanan Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) Bağışıklamaya İlişkin Stratejik Tavsiye Uzmanlar Grubu (*the Strategic Advisory Group of Experts on Immunization - SAGE*) COVID-19 Aşılmasının Paylaştırılması ve Önceliklendirilmesi için Değerler Çerçevesi⁶ belgesi konuya ilişkin esasları tespit etmektedir. Belge, ülkeler arasında COVID-19 aşılarının paylaşımında küresel olarak rehberlik sunmanın yanı sıra ulusal ölçekte her bir ülkede aşılama için öncelikli grupların belirlenmesi için de tavsiyelerde bulunmaktadır. Zira, aşı arzı son derece kısıtlıdır.⁷ Değerler Çerçevesi’nde temel hedef şöyle ifade edilmiştir:

COVID-19 aşıları küresel kamu malı olmalıdır. En önemli hedef COVID-19 aşılarının tüm dünya insanları arasında insan sağlığının hakça bir şekilde korunması ve desteklenmesine önemli ölçüde katkıda bulunmasıdır.⁸

Bu tür metinlerde genelde rastlandığının tersine dünya halkları yerine dünya insanları ifadesinin kullanılmış olması tesadüf olmasa gerektir. Çerçeve, bu temel hedef doğrultusunda, altı ilke ve bu ilkeleri somutlaştıran on iki hedef belirlemektedir.⁹ Bu ilkeler ve hedefler belirli bir önem sıralaması gözetilmeksizin yazılmışlardır.¹⁰ Belge’de bu ilkeler; insan sağlığı (*human well-being*), eşit saygı (*equal respect*), küresel hakkaniyet (*global equity*), ulusal hakkaniyet (*national equity*), karşılıklılık (*reciprocity*) ve meşruiyet (*legitimacy*) olarak tespit edilmiştir. Bu altı ilkeden biri olan küresel hakkaniyet ilkesi altında, birinci hedef, aşı paylaşımının, özellikle düşük ve orta gelirli ülkeler başta olmak üzere, tüm ülkelerin özel epidemiyolojik risklerini ve ihtiyaçlarını hesaba katmasının sağlanması olarak belirlenmiştir. İkinci hedef, tüm ülkelerin, kendi başlarına nüfuslarına gereken aşığı sağlayamayacak durumda olan ülkelerin ihtiyaçlarını karşılamayı taahhüt etmesinin sağlanmasıdır. Kendi nüfuslarına gereken aşığı sağlayamayacak durumda olan ülkeler de elbette yine özellikle düşük ve orta gelirli ülkelerdir. Meşruiyet ilkesi altında ise ülkeler arasında aşının paylaştırılması için karar alınırken hangi bilimsel, kamu sağlığı ve değerler kriterlerinin uygulanacağını şeffaf bir danışma süreci içerisinde belirlenmesine tüm ülkelerin katılımının sağlanması hedefi ortaya konmuştur. Ülkeler arasında aşının paylaştırılması olgusunu doğrudan hedef almayan ilkeler ise özellikle öncelik verilmesi gereken kişi grupları ile ilişkilidir.

6 WHO, ‘WHO SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination’ (WHO 13 September 2020) <<https://www.who.int/publications/i/item/who-sage-values-framework-for-the-allocation-and-prioritization-of-covid-19-vaccination>> Erişim Tarihi 5 April 2021

7 ibid 3.

8 ibid 4. İngilizce metin şu şekildedir: “COVID-19 vaccines must be a global public good. The overarching goal is for COVID-19 vaccines to contribute significantly to the equitable protection and promotion of human well-being among all people of the world.” Tercüme bu yazar tarafından yapılmıştır.

9 ibid 4.

10 ibid 5.

Bu doğrultuda öncelik verilmesi gereken kişi grupları esas alınarak her bir ülkenin ihtiyacının belirlenmesine çalışılacaktır.

Soft-law bir belge niteliğini taşıyan Değerler Çerçevesi devletlerin iç hukuklarında ve siyasetlerinde aşının dağıtımıyla ilgili alacakları kararlara bir gerekçe ve dayanak sunmayı hedeflediğini bildirmektedir.¹¹

Ortaya koyduğu ilkelerin yanı sıra, *SAGE* Değerler Çerçevesi, ayrıca, *COVAX* (*the COVID-19 Vaccines Global Access Facility*) için geliştirilen COVID-19 sağlık ürünlerine hakkaniyetli erişim ve bunların adil paylaşılmasına ilişkin ilkeleri de tamamlamaktadır. *COVAX*, COVID-19 Araçlarına Erişimi Hızlandırma (*Access to COVID-19 Tools - ACT - Accelerator*) küresel ortaklığının aşılara ilgili çalışan koludur. COVID-19 için geliştirilen aşı ve ilaçların hızlı bir şekilde takibi için kurulan ve başlıca küresel platform olan *ACT Accelerator* zaten var olan Kuzey-Güney çekişmesinin ışığında yorumlanmalıdır.¹² Nitekim bu anlaşmazlıklar da yeni değildir ve DSÖ uhdesinde yürütülen küresel sağlık yönetiminde güney ülkelerin de egemen devletler olarak seslerini duyurabilecekleri bir platform bulmaları, zengin ülkeler tarafından uzun zamandır arzu edilmeyen bir durum olmuştur.¹³ Tıbbi ürünlerin hızlı şekilde takibine ilişkin düzenlemelerin, gerek bu konuda öne çıkan fikri mülkiyet hakları açısından gerekse de bu haklarla ilişkili, ilaca genel erişimi zorlaştıran yüksek ilaç fiyatları açısından önemli sonuçları bulunmaktadır.¹⁴ Küresel bir eşgüdüm bulunmaksızın bir devletin diğerine karşı rekabet halinde fiyat teklifi verdiği bir ortamda, aşı ve ilgili materyallerin fiyatları daha da yükselecektir.¹⁵

Aşı milliyetçiliği davranışının ortaya çıkardığı bir diğer önemli sorun da salgının küresel niteliğiyle ilgilidir. Küresel bir ekonomide kişiler, mallar ve hizmetler tüm dünyada dolaşım halindedir. COVID-19 ile birlikte tüm bu uluslararası ticaret ve seyahat örgüsü büyük zarar görmüştür. Eğer virüsün dünyanın bazı bölgelerinde yaygın şekilde varlığını sürdüreceği düşünülürse arzu edilen normal ekonomik ve sosyal duruma geri dönmek mümkün olmayacaktır.¹⁶ Etkili aşılarla ulaşan devletler dahi bu durumda ekonomik açıdan zararlı çıkacaklardır, çünkü diğer ülkelerde pandemiye dayanamayan sağlık sistemlerinin çöktüğü ve potansiyel alıcıların hastalık veya ölüme mücadele ettiği bir ortamda, zengin devletlerin, uçak veya otomobil gibi, başlıca ihracat ürünlerine fazla rağbet olmayacaktır.¹⁷ Ayrıca virüsün dünyanın başka bir yerinde yeni

11 ibid 5.

12 David G Legge, 'COVID-19 response exposes deep flaws in global health governance' (2020) 20(3) *Global Social Policy* 383, 384 <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1468018120966659>> Erişim Tarihi 5 April 2021

13 ibid 383.

14 ibid 384.

15 Thomas J Bollyky and Chad P Bown, 'The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic' (2020) 99 *Foreign Aff* 96, 97.

16 Helene Gayle, William Foege, Lisa Brown and Benjamin Kahn (eds), *Framework for Equitable Allocation of COVID-19 Vaccine* (The National Academies Press 2020) 206.

17 Bollyky and Bown (n 15) 100.

bir mutasyonla ortaya çıkıp aşılamaı etkisiz kılacağı da düşünülürse bu “kendi kendini yenilgiye uğratma stratejisi” küresel ekonomik toparlanmanın önünde de bir engeldir.¹⁸

Bu nedenle, aşılara hızlı şekilde erişim ve bunların dağıtımında küresel bir dayanışma sadece doğru bir yaklaşım olmakla kalmayıp pandemiyle mücadelede aynı zamanda en iyi stratejik yaklaşımdır.¹⁹ Zira aşılar sadece zengin ülkelerin erişimine açık ve yoksul ülkelerin nüfusları için ulaşılmaz kaldığı takdirde yalnızca pandemiden kaynaklı ölüm oranlarının artması değil, ayrıca küresel eşitsizliklerin artmasıyla – özellikle küresel istikrarsızlık, yerinden olan nüfusların hareketi, kitlesel göçler ve genellikle ilişkili pek çok başka ekonomik ve sosyal kriz de gerçekleşecektir.²⁰

Devletler aşı milliyetçiliği olarak tanımlanan uygulamalarını, gerek patent hakları korumasını, teknoloji transferi yoluyla aşının dünya çapında yaygın şekilde üretimi imkânının önüne koyarak, gerekse kendi ülkelerinde üretilen aşının diğer nüfuslara ihracını engellemek suretiyle gerçekleştirmektedirler. Bu nedenle aşı milliyetçiliğiyle ilgili olarak Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları kapsamında ortaya çıkan sorunlar konunun merkezine yerleşmiştir.

III. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları ile İlişkili Sorunlar

1 Ocak 1995’te yürürlüğe giren ve Marakeş Anlaşması adıyla da anılan Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ile kurulmuş olan Dünya Ticaret Örgütü, tüm dünyada ticaretin serbestleştirilmesini ve ticaret engellerinin kaldırılmasını amaçlamaktadır. DTÖ Kuruluş Anlaşmasının hedeflediği serbest ticaretin uygulandığı üç temel alan mal ticareti, hizmet ticareti ve fikri mülkiyet haklarıdır.²¹ COVID-19 pandemisi ile ilişkili olarak aşı, ilaç ve tıbbi malzemelerin uluslararası ticareti, bu ürünlerin patent koruması altında olmalarından ötürü Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) tarafından yönetilmektedir. COVID-19 için etkili olduğu kanıtlanmış aşılardan patent haklarına sahip olan ilaç şirketleri, bu aşılardan üretim haklarını münhasıran ellerinde tuttuklarından ve hatta kendi aralarında kartel oluşturduklarından dolayı aşı üretiminin ve arzının bu denli yavaş ilerlediği ileri sürülmektedir.²² Böylece ticareti serbestleştirmek ile bunu yaparken fikri mülkiyet haklarının korunmasını sağlamak arasında bir denge oluşturması gereken DTÖ sistemi, yoksul ve gelir düzeyi düşük devletler açısından aşıya erişimlerinde bir engel teşkil

18 UNICEF, ‘In the COVID-19 vaccine race, we either win together or lose together Joint statement by UNICEF Executive Director Henrietta Fore and WHO Director-General Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus’ (Unicef 10 February 2021) <<https://www.unicef.org/press-releases/covid-19-vaccine-race-we-either-win-together-or-lose-together>> Erişim Tarihi 5 April 2021

19 ibid

20 Gayle, Foegen, Brown and Kahn (n 16)

21 Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması; Hizmet Ticareti Genel Anlaşması; Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (15 April 1994) <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

22 Brook Baker, ‘South Africa and India’s proposal to waive recognition and enforcement of intellectual property rights for covid-19 medical technologies deserves universal support, but countries also have to take domestic measures’ (Infojustice 11 October 2020) <<http://infojustice.org/archives/42686>> Erişim Tarihi 5 April 2021

eder durumdadır. Bu nedenle gerek DTÖ nezdinde çeşitli devletler tarafından, gerekse de DTÖ Anlaşmaları konusunda uzmanların çalışmalarında aşya erişimin önündeki TRIPS engelini aşmanın yolları tartışılmaktadır.²³

A. Fikri Mülkiyet Hakları ve İlaçların Özel Durumu

Aşılar ve ilaçlar, kamu sağlığı ve insan hayatı için mutlak surette ulaşılabilirliğinin sağlanması gereken ürünlerdir. İlaçlar, DTÖ Üyeleri arasında çoğunlukla patent haklarına ilişkin uyuşmazlıklar doğurmuşlardır. DTÖ Üyesi Devletler, DTÖ Kuruluş Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği 1995 yılı ve sonrasında, patent hakkını da içermesi dolayısıyla, ilaçlara özellikle önem vermiş ve bu konuyu TRIPS kapsamında ele almışlardır. TRIPS kapsamında yapılan görüşmeler ve sonraki uygulamalar, ilaçların, DTÖ sisteminde sıradan bir mal olarak nitelendirilmediğini göstermektedir.

TRIPS altında patent korumasından yararlanan ilaçlara erişilmesi, özellikle gelişmekte olan ülkelerle gelişmiş ülkeler arasında uzun mücadelelerin sonucunda bir uzlaşma ile ortaya konulmuştur. Siyasi realitenin bir sonucu olarak, fikri mülkiyet hakları içeren ürünlerin başlıca ihracatçısı olan ABD ve diğer Batılı devletler, tüm dünyada kendi mülkiyet haklarına saygı gösterilmesini istemişler ve bunu da DTÖ uyuşmazlık çözme mekanizmasına tabi kılmayı başarmışlardır.²⁴

Diğer yandan, 14 Kasım 2001 tarihinde kabul edilen TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkında Bildirge - Dördüncü Bakanlar Konferansı Sonuç Bildirgesi (Doha Bildirgesi)²⁵ ile gelişmekte olan ülkelere patent koruması altında olan ilaçları, bazı koşullar altında, zorunlu lisanslar vermek suretiyle düşük maliyetle temin etme imkânı sağlanmıştır. Ağustos 2003'te²⁶ DTÖ üyeleri, 2001 Bildirgesi esaslarını takip etmek suretiyle, kendisi ilaç üretme kapasitesine sahip olmayan ve zorunlu lisanslardan yararlanamayan yoksul ülkeler açısından, ilaçların patent korumasından yararlandığı ülkelere daha ucuza jenerik ilaç ithal edebilme imkânı tanımıştır. Böyle bir durumda, ithalatı ve ihracatı yapan her iki ülke de TRIPS Anlaşması altındaki yükümlülüklerinden muaf tutulmaktadırlar.²⁷ Her iki düzenleme de 2017'de TRIPS Anlaşması'nın hükümleri arasına girmiştir.

Doha Bildirgesi, TRIPS Anlaşmasının, DTÖ Üyelerinin kamu sağlığını korumak için önlem almasını engellemediğini ve engellemesi gerektiğini vurgulamakta ve

23 Cüneyt Yüksel and Deniz Baran, 'COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk' (2020) 78 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 885, 918.

24 Thomas F. Cotter, 'Market Fundamentalism and the TRIPs Agreement' (2004) 22 (2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 307, 310.

25 Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (14 November 2001) WT/MIN(01)/DEC/2 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

26 Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health Decision (30 August 2003) WT/L/540 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

27 James Bacchus, 'An Unnecessary Proposal: A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Vaccines' (2020) 78 Free Trade Bulletin <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2020-12/FTB_78.pdf> Erişim Tarihi 5 April 2021

bu amaçla TRIPS'in esneklik öngören hükümlerinin Üyelerce tam olarak uygulanması hakkını teyit etmektedir. Doha Bildirgesi, ayrıca, TRIPS Anlaşmasının, DTÖ Üyelerinin kamu sağlığını koruma haklarını ve özellikle de herkesin ilaçlara erişimini teşvik etmeyi destekleyecek şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekliliğini ortaya koymuştur.²⁸ Bildirge'nin 4'üncü paragrafı bu hususlardaki uzlaşmayı şöyle ortaya koymaktadır:

TRIPS Anlaşması'nın üyelerin kamu sağlığını korumak için önlem almasını engellemediği ve engellememesi gerektiği konusunda anlaşmaktayız. Bu doğrultuda, TRIPS Anlaşmasına bağlılığımızı yinelerken, teyit ederiz ki Anlaşma DTÖ üyelerinin kamu sağlığını koruma ve özellikle herkes için ilaçlara erişiminin kolaylaştırılması hakkını destekleyecek bir şekilde yorumlanıp uygulanabilir ve yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Bu bağlamda, DTÖ üyelerinin bu amaç için esneklik sağlayan TRIPS Anlaşması hükümlerini azami ölçüde kullanma hakkını tekrar teyit etmekteyiz.²⁹

Çok yeterli bir düzenleme olarak nitelenemeyecek olsa da Doha Bildirgesi, bu alanda çalışan akademisyenler ve sağlık aktivistleri tarafından memnuniyetle karşılanmıştır.³⁰ Diğer yandan, bu Bildirge'nin gelişmekte olan ülkelerde patent haklarının korunmasına zarar vermek suretiyle, gelecekte ilaçlara yapılan araştırma ve geliştirme yatırımının azalmasına neden olacağını ve bundan da yine en çok gelişmekte olan ülkelerin zarar göreceğini ileri sürenler de olmuştur.³¹ Nihayet tüm bu kolaylaştırıcı imkânlar 6 Aralık 2005'te TRIPS Anlaşmasının Tadilini sağlayan Protokol³² ile kalıcı hale getirilmiştir. 23 Ocak 2017'de yürürlüğe giren bu Tadil Protokolü³³ ile TRIPS Anlaşması'nın 31**bis** Maddesinde "*pharmaceutical product(s)*" (eczacılık ürünü) tanımlanmıştır. Yine de aşağıda görüleceği gibi, ilaçlara ilişkin olarak patent korumasına getirilmiş esnekliklerden yararlanmak devletler için hiç kolay olmamaktadır.³⁴

1. Anlaşmaya Aykırılık İzni Talebi (*Waiver*) ve Fikri Mülkiyet Hakları

2 Ekim 2020 tarihinde Hindistan ve Güney Afrika Hükümetleri DTÖ nezdinde, TRIPS Konseyi'ne COVID-19'un önlenmesi, sınırlandırılması ve tedavisiyle ilişkili olarak TRIPS Anlaşması'nın bazı hükümlerine aykırılık izni verilmesi (*waiver*) konulu bir

28 Yusuf Çalışkan and Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, 'Türkiye'nin ilaç üretimini yerelleştirme amacının hukuki çerçevesi' (2016) 12 (47) Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 849, 853.

29 Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (n 25) para 4.

30 Cotter (n 24) 308.

31 Alan O Sykes, 'TRIPS, pharmaceuticals, developing countries, and the Doha "solution"' (2002) 3 (1) Chicago Journal of International Law 47, 49.

32 General Council Amendment of the TRIPS Agreement Decision (6 December 2005) WT/L/641 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

33 Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nı Değiştiren Protokol, Karar Numarası: 5893, Kabul Tarihi: 27.1.2014, RG 15.3.2014/28942

34 Siobhan Elizabeth Stade Murillo, 'Fair or fraud: Has the Protocol amending TRIPS flourished or failed?' (2017) 27 Indiana Int'l & Comp. Law Review 191.

başvuruda bulunmuşlardır.³⁵ Başvuru layihasında gerek DSÖ gerek DTÖ'nün almış olduğu kararlara dayanmak suretiyle mevcut küresel acil durum çerçevesinde, patent, endüstriyel tasarım, telif gibi fikri mülkiyet hakları ile gizli bilgilerin korunmasından kaynaklı yükümlülüklerin, aşı da dâhil olmak üzere ilaçlara uygun fiyatlı ve hızlı şekilde erişime engel teşkil etmemesi hakkında DTÖ üyelerini işbirliğine davet etmişlerdir.³⁶ Başvuruda, özellikle de gelişmekte olan ülkelerin TRIPS Anlaşması'nın 31*bis* maddesinde tanınan esneklikleri kullanma yoluna gittikleri takdirde kurumsal ve yasal zorluklarla karşılaşacaklarını hatırlatmışlar³⁷ ve COVID-19 ile hızlı bir mücadele için teknoloji ve bilgi paylaşımının küresel bir dayanışma çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiğini bildirmişlerdir.³⁸ Bu istisnai koşullar çerçevesinde TRIPS Konseyi'nin en kısa zamanda DTÖ Genel Konsey'ine TRIPS Anlaşmasının İkinci Kısımının 1, 4, 5 ve 7'nci Bölümlerinin uygulanması ve yürürlüğünün, COVID-19'un engellenmesi ve tedavisiyle ilişkili olarak dondurulmasını (bu hükümlere aykırılık izni verilmesini) tavsiye etmesini istemektedirler.³⁹ Bu aykırılık izninin ise, aşı dünyada yaygın olarak uygulanıp genel bir bağışıklık oluşana kadar sürdürülmesini talep etmişlerdir.⁴⁰

DTÖ Kurucu Anlaşmasının IX'uncu maddesinin 3 ve 4'üncü fıkraları DTÖ üyelerinin, COVID-19 pandemisi gibi istisnai koşullarda TRIPS anlaşmasının öngördüğü fikri mülkiyet haklarının tanınması veya yürürlüğünden imtina edebileceğini, bu konuda bir Genel Konsey kararına bağlı olmak kaydıyla, (aykırılığa izin verilmesi kararı) açıkça bildirmektedir. Nitekim 2015 yılında Genel Konsey kararıyla en az gelişmiş ülkeler lehine olarak TRIPS Anlaşmasının 70'inci maddesinin 8 ve 9'uncu fıkralarındaki yükümlülüklerle aykırılığa, ilaç ve ilaç ürünleri açısından izin verilmiştir. Söz konusu aykırılık izni kararının süresi 1 Ocak 2033'te son bulacaktır ve bu süre içinde her yıl gözden geçirilecektir.⁴¹

Ne var ki COVID-19 ile ilişkili, Hindistan ve Güney Afrika tarafından teklif edilen ve kabul edilseydi tüm DTÖ üyelerine teşmil edecek olan aykırılık izni talebi, Avrupa Birliği (AB), ABD, İngiltere, Japonya ve İsviçre gibi gelişmiş devletler tarafından bloke edilmiştir.⁴² Taleple ilgili konsensüs sağlanamadığından görüşmeler Haziran 2021'e ertelenmiştir. DTÖ karar alma mekanizmalarında her ne kadar konsensüs tercih edilmiş olsa da 3/4 bir çoğunluk oyu da aykırılık izni kararı alınması için yeterli olmaktadır.

35 Waiver From Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment Of Covid-19 Communication from India and South Africa (2 October 2020) IP/C/W/669 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

36 ibid para 3.

37 ibid para 10.

38 ibid para 11.

39 ibid para 12.

40 ibid para 13.

41 General Council Least developed country Members Obligations under article 70.8 and article 70.9 of the TRIPS Agreement with respect to pharmaceutical products (30 November 2015) WT/L/971 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

42 Bacchus (n 27)

Aslında benzer bir anlaşmazlık DTÖ nezdinde 1990'larda HIV/AIDS ilaçlarına ve tedavilerine ilişkin olarak tecrübe edilmiştir. Burada da yine son derece pahalı ilaçlara nüfuslarının erişimini sağlayamayan az gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkeler ile patent sahibi ilaç şirketlerinin bulunduğu gelişmiş ülkeler arasında bir mücadele gerçekleşmiştir. İki dönem Temyiz Organı üyesi olarak görev yapmış olan *Bacchus*'a göre, bu türlü bir anlaşmazlığın bir kez daha yaşanmasına gerek bulunmamaktadır, zira o zaman da ölümcül bir hastalığa yakalanmış insanların ilaca erişim hakları ile patent haklarının, ve dolayısıyla, gelecekte ilaç araştırmalarına yatırımın korunması yararının, arasında uzayıp giden bir çatışmanın gerçekte en çok DTÖ'ye zararı olmuştur.⁴³ Yazar, buna ihtiyaç ileri süren devletlerin TRIPS Anlaşması'nın 31*bis* maddesi altında harekete geçmesinin daha uygun olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, fikri mülkiyet korumasının bu şekilde bütünüyle kaldırılması gelecekteki inovasyon yatırımlarına büyük zarar vererek uzun vadede daha büyük zarara neden olacaktır. Aslında *Bacchus*'un dile getirdiği bu görüş, gerek aykırılık izni karşısı devletlerce gerek ilaç şirketlerince benimsenen genel yaklaşımdır. Bu görüşe karşı, böyle bir durumun en azından COVID-19 aşılı açısından geçerli olmadığı ileri sürülmektedir. Zira bu aşılı geliştiren ilaç şirketleri sadece kendi kaynaklarından değil çok geniş kapsamda devlet fonlarından yararlanmışlardır.⁴⁴ O halde patent haklarının mutlaka korunması suretiyle yaptıkları yatırımın karşılığını almaları gibi bir ihtiyaçtan söz edilemez. Yine aykırılık izni karşısı yaklaşımda olanların ileri sürdüğü bir diğer sav da buna izin verilse bile, patent koruması ile engellenmiyor olsaydı, aşı üretimi yapabileceğini iddia eden ülkelerin aslında bu üretim kapasitesine zaten sahip olmadıkları yönündedir ki bu savın en azından Hindistan için geçerli olmadığı zaten bilinmektedir. Bu yaklaşıma ilişkin olarak verilen cevap ise, aşılıların üretiminin diğer ülkelerde zaten yapılamayacağı düşünüüyorsa patent hakları korumasını kaldırmanın bu kadar korkutucu olmaması gerektiği yönündedir.⁴⁵

Gerçekten, COVID-19 ile ilişkili olarak TRIPS Anlaşması altında fikri mülkiyet korumasına aykırılığa karar verilmesi talebinin DTÖ karar mekanizmalarında mutlaka kabul görmesi gerektiğini düşünenlerin sayısı az değildir. *Baker*, bu görüşün ısrarlı bir savunucusu olsa da bunun bütün problemleri çözmeyeceğinin de farkındadır. Yazar, DTÖ Genel Konseyi'nden bu yönde bir karar çıksa bile bunun sadece TRIPS altında bir devletler arası uyumsuzluğu engelleyeceğini hatırlatmakta, ancak ulusal ölçekte yasal düzenlemelerle korunan fikri mülkiyet hakları ve ticari sır ve verilerin korunması gibi düzenlemelerin ortadan kalkmayacağı hakkında uyarılmaktadır.⁴⁶

43 ibid.

44 Rachel Thrasher, 'How will everyone benefit if WTO members sign the TRIPS COVID-19 waiver?' (Open Access Government 15 February 2021) <<https://www.openaccessgovernment.org/trips-covid-19-waiver/103738/>> Erişim Tarihi 5 April 2021

45 ibid.

46 Baker, (n 22).

2. Ulusal Güvenlik İstisnalarının Uygulanma Olasılığı

Ayırılık izni talebi kabul edilmediği takdirde, patent koruması engelini kaldırmak için, 1947 Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'ndan (GATT 1947) bu yana mevcut olan ulusal güvenlik istisnalarına başvurulması önerilmektedir.⁴⁷ TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesi bu tür engellerle mücadelede yardımcı olabilir. Bu hükme göre, "Bu Anlaşma'da yer alan hiçbir husus: ... bir Üyenin açıklanmasını zorunlu güvenlik çıkarlarına aykırı gördüğü bilgileri vermesini gerektirdiği şeklinde ... veya ... savaş zamanında veya uluslararası ilişkilerde diğer acil durumlarda alınan herhangi bir önlemi almasını engellediği şeklinde yorumlanmayacaktır."⁴⁸ TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesinde anılan üye devletlerin ulusal güvenliğiyle bağlantılı konular Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nın (GATT 1994) XXI'inci maddesinde güvenlik istisnaları başlığı altında düzenlenmiştir.

Son yıllarda, özellikle ABD'nin DTÖ Anlaşmalarından ayrılan tedbirlerini haklı kılmak için ulusal güvenlik istisnasına başvurduğu gözlemlenebilir. Ancak bu uyuşmazlıklardan hiçbirisi Anlaşmazlıkların Halli Organı usulü altında sonuçlandırılmamıştır. Ulusal güvenlik istisnasının ileri sürüldüğü iki uyuşmazlıkta ise panel raporu açıklanmıştır. Bunlardan birincisi Ukrayna'nın Rusya Federasyonu'na karşı başvurduğu malların transit geçişine ilişkin bir şikâyetir⁴⁹, ikincisi ise TRIPS Anlaşması'nda öngörülen patent haklarının korunmasına ayırılıktan ötürü Katar'ın Suudi Arabistan'a karşı şikâyetidir.⁵⁰ Birinci başvuru, GATT XXI'inci madde istisnasının ilk kez ayrıntıyla incelendiği ve panelin konuyla ilgili yetkisini tespit eden yönüyle çok önemlidir. Ayrıca, TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesinin incelenmesini konu alan ikinci başvuru, panelin yetkisinin tespiti açısından bu başvuru ile aynı esaslara dayanmıştır.⁵¹

Her iki uyuşmazlıkta da tartışılan temel sorun, DTÖ nezdinde bir üyenin ulusal güvenlik gerekçesiyle aldığı önlemlerin hukuka uygunluğuyla ilgili olarak Anlaşmazlıkların Halli Organı'nın karar vermeye yetkili olup olmadığıdır.⁵² Ukrayna'nın Rusya'ya karşı şikâyetinde, uyuşmazlığın öneminden dolayı 17 DTÖ üyesi üçüncü taraf olarak katılmıştır.⁵³ Bu uyuşmazlıkta, Rusya'nın ve üçüncü taraf

47 Ibid; Frederick M Abbott, 'The TRIPS Agreement Article 73 Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic' (2020) Research Paper 116 South Centre Geneva <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3682260> Erişim Tarihi 5 April 2021; Müslüm Yılmaz, 'Dünya Ticaret Örgütü Hukuku Bakımından Uluslararası Ticarete Güvenlik İstisnası' (2020) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249.

48 TRIPS art 73

49 WTO, Russia: Measures Concerning Traffic in Transit—Report of the Panel (5 April 2019) WT/DS512/R [Russia – Traffic in Transit] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

50 WTO, Saudi Arabia: Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights—Report of The Panel (16 June 2020) WT/DS567/R [Saudi Arabia — Protection of IPRs] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

51 Abbott, (n 47) 3.

52 ibid.

53 Avustralya, Bolivya, Brezilya, Kanada, Şili, Çin, Avrupa Birliği, Hindistan, Japonya, Kore, Moldova, Norveç, Paraguay, Suudi Arabistan, Singapur, Türkiye ve ABD.

olarak müdahale eden ABD'nin iddiası, ulusal güvenlik istisnası ileri sürüldüğünde bunun dava edilemeyeceği, zira değerlendirmesi bir devletin kendi takdirinde olan bir konunun bir yargı organınca hükme bağlanamayacağı şeklinde olmuştur.⁵⁴ ABD dışındaki tüm üçüncü taraflar ise bu iddianın karşısında, Ukrayna ile aynı görüşü benimsemişlerdir.⁵⁵ Panel raporunun en önemli yönü ise GATT'ın XXI (b) (iii) maddesi altında ulusal güvenlik gerekçesiyle alınan önlemlerin, DTÖ yargısal organlarının denetimine tabi olduğunu hükme bağlaması olmuştur.⁵⁶

Katar'ın Suudi Arabistan'a karşı başvurusunda da Suudi Arabistan, taraflar arasındaki gerçek uyuşmazlığın ticaret uyuşmazlığı değil, "siyasi, jeopolitik, ve temel güvenlik uyuşmazlığı" olduğunu ileri sürmüştür.⁵⁷ Böylece, panelin bu tür bir uyuşmazlığa bakma yetkisini reddederken Suudi Arabistan'ın ileri sürdüğü gerekçe, TRIPS Anlaşması'nın 73(b)(iii) maddesi altında ulusal güvenlik istisnası olmuştur. ABD yine üçüncü taraf olarak TRIPS Anlaşması'nın 73(b)(iii) maddesi altında ulusal güvenlik nedeniyle alınan önlemlerin DTÖ uyuşmazlık çözme usullerine tabi olmadığını ileri sürmüştür.⁵⁸ Panel, 1994 GATT XXI(b)(iii) maddesi ile TRIPS Anlaşması'nın 73(b)(iii) maddesi metinlerinin lafzının aynı olmasından hareketle bu uyuşmazlıktaki kararını, *Russia – Traffic in Transit* uyuşmazlığındaki Panel raporunun gerekçesine dayandırmıştır.⁵⁹ Bu uyuşmazlıkta da Panel, ulusal güvenlik istisnasının DTÖ yargısının denetimine tabi olduğunu bir kez daha teyit etmiştir. Panel'e göre, iki devlet arasında Suudi Arabistan'ın iddia ettiği gibi siyasi ve çok boyutlu bir uyuşmazlık sürüyor olabilir ancak, Panel önünde bu hususların değerlendirilmesi söz konusu değildir ve Panel'in tek ele aldığı konu DTÖ Anlaşmaları altındaki şikâyetlerdir.⁶⁰

GATT XXI'inci madde veya TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesi altında ulusal güvenlik istisnasının ileri sürüldüğü durumların yargılanabilir olması özellikle iki sebeple önemlidir.⁶¹ Birincisi, DTÖ üyeleri, ulusal güvenlik istisnaları hükümlerine, bu durumu kendileri açısından tespit etmekte belli bir takdir hakları da bulursa, iyi niyetli bir şekilde başvuruyor olmalıdırlar. İkincisi, ABD'nin TRIPS Anlaşması'nın gerek yapılışında gerekse ihlali durumunda bunu takip etmekteki baskın rolüne ilişkindir.⁶² Yakın zamanda Rusya'ya ve Suudi Arabistan'a karşı yukarıda anılan şikâyetlerde ise ABD, GATT XXI'inci maddenin ve TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesinin

54 Abbott (n 47) 4.

55 Sebastián Mantilla Blanco and Alexander Pehl, National security exceptions in international trade and investment agreements (Springer International Publishing 2020) 14.

56 ibid.

57 Saudi Arabia — Protection of IPRs (n 50) para 7.16.

58 ibid para 7.9.

59 Jingyan Zhou, 'New WTO Ruling on National Security in Qatar-Saudi Arabia Case and its Impact on South Korea-Japan Dispute' (2020) 24 (22) ASIL Insights <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/22/new-wto-ruling-national-security-qatar-saudi-arabia-case-and-its-impact>> Erişim Tarihi 5 April 2021

60 Saudi Arabia — Protection of IPRs (n 50) para 7.17.

61 Abbott (n47) 5.

62 ibid.

ileri sürülmesinin bütünüyle üye devletlerin takdirine bağılı olduğunu ve bu durumun DTÖ Anlaşmaları altında dava edilebilir olmadığını ısrarla savunmuştur. Bu nedenle, patent haklarını, COVID-19 aşısının yerel üretiminin önünde engel olarak gören devletler TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesini ileri sürdükleri takdirde, en azından ABD'nin buna itiraz hakkını kaybetmiş olması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira, bu durumda ABD, önceki uyuşmazlıklarda Ukrayna ve Katar'a karşı uygulanan ve ulusal güvenlik istisnasına dayanan tedbirlerin yargılanamayacağını; fakat ABD menşeli patentleri etkileyen acil durum tedbirlerinin yargılanabileceğini ileri sürmüş olur ki bu da oldukça garip bir tutum olarak nitelenebilir.⁶³ Tabii ABD'nin böyle bir durumda patent haklarının ihlaline karşı itirazda bulunmayacağı varsayılsa dahi, bu, TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesi istisnalarını ileri süren devletler açısından büyük yarar sağlamayabilir, zira böyle bir durumda şikâyetle bulunacak tek üye ABD değildir.

Rusya ve Suudi Arabistan'ın ulusal güvenlik istisnasını ileri sürdüğü uyuşmazlıklara ilişkin panel raporlarının ortaya koyduğu gerçek şudur ki şayet gelişmekte olan ülkeler aşı temin etmek amacıyla, TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesi altında harekete geçerlerse, kendilerine karşı DTÖ usullerinin başlatılmasından kurtulamayacaklardır. Bu nedenle olsa gerek, 73'üncü madde altında ulusal güvenlik istisnaları veya zorunlu lisanslar yerine tercihen ve öncelikle bir aykırılık kararı talebinde bulunmuşlardır.

3. Zorunlu Lisans Uygulaması ve Patent Hakları

Aykırılık kararına gerek bulunmadığını ve DTÖ Anlaşmaları'nın hâlihazırda COVID-19 pandemisinin ortaya çıkardığı sağlık zorunlulukları ile patent koruması arasında bir denge kurmuş olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır.⁶⁴ Bu görüşün başlıca dayanağı TRIPS Anlaşması'nın 7 ve 8'inci maddeleridir. TRIPS Anlaşması'nın 7'nci maddesine göre, “[f]ikir mülkiyeti haklarının korunması ve uygulanması, ... toplumsal ve ekonomik refaha ve haklar ve yükümlülükler arasında denge kurulmasına yardım edecek” şekilde olmalıdır. İlkeler başlığını taşıyan 8'inci maddede ise, DTÖ üyeleri “yasa ya da kurallarını düzenleme ya da tadil etme sırasında, kamu sağlığı[nın] ... korunması ... için yaşamsal önem taşıyan sektörlerde ... bu anlaşma hükümlerine uygun olan gerekli önlemleri alabilirler” denilmektedir. Nitekim Doha Bakanlar Bildirgesi de bu iki hükme özel bir önem atfetmiştir.⁶⁵ Bildirge, TRIPS Konseyi'nin çalışmalarının, TRIPS Anlaşması'nın 7'nci ve 8'inci maddelerinin öngördüğü amaçlar ve ilkeler tarafından yönlendirileceğini ve kalkınma boyutunu da hesaba katacağını bildirmektedir.⁶⁶ Bu doğrultuda, ilaç şirketlerinin hayat kurtaran ilaç ve aşılarla ilgili

63 ibid.

64 Bacchus (n 27).

65 Peter K Yu, ‘TRIPS Enforcement and Developing Countries’ (2011) 26 (3) American University International Law Review 727, 767.

66 Ministerial Declaration (14 November 2001) WT/MIN(01)/DEC/1 para 19 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

lisans anlaşmaları yapmayı reddetmeleri durumunda, DTÖ üyesi devletlerin kamu sağlığı yararına harekete geçmeleri ve fikri mülkiyet haklarının kötüye kullanılmasını engellemeleri mümkündür.⁶⁷

Bu doğrultuda bir çözüm olarak zorunlu lisanslara başvurmak mümkündür. Zorunlu lisans bir devletin hükümeti tarafından ihdas edilen ve üçüncü bir kişiye, patent sahibinin izni bulunmaksızın patentli bir ilacı üretme imkânı veren lisanstır.⁶⁸ TRIPS Anlaşması'nın 31'inci maddesi DTÖ üyelerinin zorunlu lisans tedbirine başvurmadan önce yerine getirmek zorunda olduğu koşulları açıklamaktadır. Bu koşullar, patent sahibinin izni olmaksızın kullanıma başvurmadan önce patent sahibi ile müzakere edilmesi, bu tür bir kullanımın buna izin veren üyenin ağırlıklı olarak kendi iç pazarında ihtiyacını karşılamak için yapıyor olması ve patent sahibine yeterli bir karşılık ödenmesidir.⁶⁹ Böylece, kendi iç pazarı sınırlandırması, gelişmiş ülkelerin zorunlu lisans uygulamasıyla patentli ilaçları üretip, bu üretim kapasitesine sahip olmayan gelişmekte olan ülkelere ihraç etmelerini engellemiştir.⁷⁰ Ne var ki bu düzenleme, jenerik ilaçları kendi ülkesinde üretme kapasitesine sahip olmayan ve ilaç ithalatına bağımlı durumda olan üye devletler açısından önemli bir soruna yol açmıştır. Bu nedenle, 2001 yılında TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığına İlişkin Bildirge (Doha Bildirgesi) ile ilaçlarla ilgili olarak yetersiz bir teknolojik kapasiteye sahip olan veya hiç sahip olmayan üye devletlerin TRIPS Anlaşması altında tanınan zorunlu lisans verme imkânından etkili şekilde yararlanamadığı gerçeği kabul edilmiştir. 2003 yılında Doha Bildirgesi'nin ardından, Genel Konsey "Ağustos Kararı" olarak da anılan ilk resmi düzenlemeyi yapmıştır.⁷¹ Buna göre, zorunlu lisans altında üretilen ilaçların, üretim için teknolojik kapasitesi olmayan ülkelere ihraç edilmesi imkânı tanınmıştır. 6 Aralık 2005'te ise 30 Aralık Kararı, TRIPS Anlaşması'nın 31'inci maddesinin arkasından eklenen 31**bis** maddesi ve 73'üncü maddeyi müteakip Anlaşma'nın sonuna eklenen Ek (*Annex to the TRIPS Agreement*) ile kalıcı hale getirilmiştir. 30 Ağustos Kararı, Doha Bildirgesi'nin 6'ncı Paragrafının getirdiği sistemi teyit eder niteliktedir. Bu doğrultuda, zorunlu lisansların, kendi teknolojisiyle ilaç üretme kapasitesine sahip olmayan ülkelere münhasıran ihracat amacıyla verilmesine imkân tanınmıştır.⁷² Öngörülen bu sistem 2017 yılında TRIPS Anlaşması'nı tadil eden Protokol'ün DTÖ üyelerinin 2/3'ü tarafından onaylanmasının ardından TRIPS Anlaşması'na entegre olarak yürürlüğe girmiştir. Bu aynı zamanda DTÖ'nün kurulduğu 1995 yılından

67 Baker, (n 22).

68 Eduardo Urias and Shyama V Ramani, 'Access to medicines after TRIPS: Is compulsory licensing an effective mechanism to lower drug prices? A Review of the existing evidence' (2020) Journal of International Business Policy 1, 2. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7468182/pdf/42214_2020_Article_68.pdf> Erişim Tarihi 5 April 2021

69 TRIPS art 31 (b) (f) (h)

70 Maria Victoria Stout, 'Crossing the Trips Nondiscrimination Line: How CAFTA Pharmaceutical Patent Provisions Violate Trips Article 27.1' (2008) 14 Boston University Journal of Science & Technology Law 177, 189.

71 Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health Decision (30 August 2003) WT/L/540 <<http://docs.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

72 Urias and Ramani (n 68) 3.

bugüne ilk kez bir DTÖ Anlaşması'nın tadilini oluşturmaktadır.⁷³ Zorunlu lisans verme imkânı genellikle patent korumasının, ilaçlara erişime engel olması durumunda TRIPS Anlaşması altında en tavsiye edilen yöntemlerden birini oluşturmaktadır.⁷⁴

Ancak yine de DTÖ üyesi gelişmekte olan ülkeler, zorunlu lisans yoluna gitmektense bir aykırılık izni kararını tercih etmektedirler. Hâlihazırda TRIPS Anlaşması'nda izin verilen bir yolu kullanmamanın sebebi, zorunlu lisansların geçmiş tecrübelerinin yol açtığı zorluklar olarak gösterilmektedir. Nitekim DTÖ üyeleri tarafından verilmiş zorunlu lisanslar geçmişte hem diğer üyelerin hem de ilaç şirketlerinin itirazlarıyla karşılaşmıştır. ABD, pahalı bir kanser ilacının üretimi için lisans veren Hindistan'a defalarca baskı uygulamış ve bu imkânı kullanmasından ötürü, Hindistan'ı fikri mülkiyet haklarını ve TRIPS Anlaşması'nı ihlal etmekle suçlamıştır.⁷⁵ Buna ilaveten ilaç şirketleri, ABD'deki Özel 301 Raporu mekanizmasını işletmek suretiyle, Hindistan'ı, yaptırım uygulamakla tehdit etmişlerdir. Başka bir örnek olarak Kolombiya lösemi tedavisi için zorunlu lisans prosedürüne başvurmayı denediği için patent sahibi şirket *Novartis* ve İsviçre Hükümet'inin itirazıyla karşılaşmıştır. Pandemi başlamadan öncesi ve sonrasındaki AB ve ABD'nin yürürlüğe koyduğu düzenlemelerden yola çıkarak, zorunlu lisanslama konusunda mevzuatını geliştiren devletlerin baskı altında kaldığı ifade edilmektedir.⁷⁶ Tüm bu ve benzeri örneklerden ötürü devletler, zorunlu lisans konusunda gerek yasal düzenlemeler yapma gerekse bunu uygulamakta büyük ölçüde çekimser kalmaktadırlar.⁷⁷ Yine de bu örneklerde zorunlu lisanslamaya başvurma gerekçesinin, bulaşıcı olmayan bir hastalığın tedavisinde pahalı ilaçların, fiyat açısından daha ulaşılabilir hale getirilmesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Oysa Doha Bildirgesi düzenlemelerine zemin hazırlayan başlıca neden, birçok devletin ülkelerindeki HIV/AIDS epidemisinin ortaya çıkardığı zorunluluklardır.⁷⁸ Bu yönüyle, özellikle Asya bölgesinde ilaç fiyatının pahalı olmasından dolayı başvurulmuş zorunlu lisanslama durumunun, “olağanüstü hallerde veya aşırı aciliyet gerektiren diğer koşullarda”⁷⁹ (*national emergency or other circumstances of extreme urgency*) unsurunu daha az belirleyici hale getirdiği ileri sürülmektedir.⁸⁰ COVID-19 pandemisinin ortaya çıkardığı zorunluluklar, ulusal acil durum veya diğer aşırı aciliyet gerektiren koşullar unsurunu karşılamaktadır ve Doha Bildirgesi'nin amaçlarıyla da uyumludur. Bu nedenle COVID-19 aşısı ve ilaçlarına ilişkin verilebilecek zorunlu lisansların, TRIPS Anlaşması'nın ihlali iddialarına yol açmaması gerekmektedir.

73 ibid.

74 ibid; Bacchus (n 27).

75 Thrasher (n 44).

76 'TWN Info Service on WTO and Trade Issues' (Third World Network 20 October 2020) <<https://www.twn.my/title2/wto.info/2020/ti201021.htm>> Erişim Tarihi 5 April 2021

77 Thrasher (n 44).

78 Siraprapha Khim Rungpry, 'Compulsory licensing issues and trends in Asia' (2013) 2 (6) Pharmaceutical Patent Analyst 681 <<https://www.future-science.com/doi/pdf/10.4155/ppa.13.60?src=recsys>> Erişim Tarihi 5 April 2021

79 TRIPS art 31 (b)

80 Rungpry (n 78) 683.

Diğer yandan, DTÖ kapsamında COVID-19 aşılarna daha yaygın erişim için Genel-Direktör *Ngozi Okonjo-Iweala*'nın başlıca girişimlerinin ilaç şirketlerini, patent haklarını koruyacak şekilde, lisans anlaşmaları yapmaya teşvik etmekte yoğunlaştığı görülebilir.⁸¹ Teknoloji transferi içermeyen bu tür anlaşma ve taahhütlerin, hukuken bir yükümlülük teşkil etmekten çok, yardım ve bağış çerçevesinde yapıldığı ileri sürülmektedir.⁸²

B. İhracata Getirilen Miktar Kısıtlamaları

2020 yılının ilk aylarında Çin, Hindistan, ABD, Avrupa Birliği ve ayrıca bazı AB devletleri başta olmak üzere birçok ülke, tıbbi malzemeler ve özellikle tıbbi maskelerin ihracatını yasaklayarak veya sınırlandırarak COVID-19 ile ilişkili ihtiyaç duyduğu maske ve malzemelerin kendi kullanımına hasredilmesini sağlamışlardır. Çek Cumhuriyeti, Almanya, Fransa, İtalya ve Romanya'nın da aralarında bulunduğu birçok AB üyesinin, AB üyesi olmayan ülkelerin yanı sıra birbirlerine karşı uyguladığı ihracat yasakları özellikle dikkat çekici olmuştur.⁸³ İhracat kısıtlamaları ve temel önemi haiz maddelerin yerel pazara hasredilmesi, hükümetlerin başvurduğu başlıca yöntemler olarak ortaya çıkmıştır. Bu tür önlemler ilk bakışta haklı görünseler de yol açtıkları zararın faydalarından daha fazla olduğu ileri sürülmektedir. Özellikle AB açısından bazı üyelerin başvurduğu bu gibi uygulamalar AB üyeleri arasında güveni zedelemiş ve genel olarak AB'nin bütünleşme projesine zarar vermiştir.⁸⁴

Aşı ile ilişkili olarak ise 29 Ocak 2021'de AB Komisyonu bir gün sonra yürürlüğe girmek üzere, COVID-19 aşlarıyla ilgili yeni bir ihracat rejimi uygulanacağını duyurmuştur. Söz konusu ihracat kısıtlamasının 12 Mart 2021'e kadar geçici olarak uygulanması öngörülmüştür.⁸⁵ Ancak ihracat kısıtlamaları için öngörülen süre Haziran ayının sonuna dek tekrar uzatılmıştır. İhracat kısıtlamalarının hedef aldığı aşı üreticileri AB Komisyonu ile Ön Alım Anlaşmaları yapmış olan üreticilerdir. Yeni düzenlemeye göre, bu üreticilerin AB ülkelerinde ürettikleri aşığı AB dışına ihraç edebilmeleri için kime satış yaptıkları, miktarı ve ilgili bilgileri son üç ay için açıklamaları ve üye devletlerden ihracat izni almaları gerekmektedir. İhracat izni, aşının ülkesinde üretildiği üye devlet tarafından verilebilir.

81 Bryce Baschuk, 'WTO Chief Calls on Nations to End Covid Export Restrictions' (Bloomberg 17 February 2021) <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-02-17/new-wto-chief-calls-on-nations-to-end-covid-export-restrictions>> Erişim Tarihi 5 April 2021

82 Ronald Labonte and Mira Johri, 'COVID-19 drug and vaccine patents are putting profit before people' (The Conversation 5 November 2020) <<https://theconversation.com/covid-19-drug-and-vaccine-patents-are-putting-profit-before-people-149270>> Erişim Tarihi 5 April 2021

83 Bernard Hoekman, Matteo Fiorini and Aydın Yildirim, 'Export Restrictions: A Negative-Sum Policy Response to the COVID-19 Crisis' European University Institute Working Paper (2020) European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme 23 <<http://hdl.handle.net/1814/66828>> Erişim Tarihi 5 April 2021

84 ibid 2.

85 Commission Implementing Regulation (EU) 2021/111 of 29 January 2021 making the exportation of certain products subject to the production of an export authorisation [2021] OJ L31/1

Diğer yandan DTÖ Anlaşmaları, kural olarak, serbest ticaret üzerinde miktar kısıtlamalarını yasakladığı için ihracatın engellenmesine izin vermemektedir.⁸⁶ Ancak, GATT XI'inci maddenin 2'nci fıkrası ihraç eden üye için temel önemi haiz ürünlerde veya gıda ürünlerinde kritik bir kısıtlılık varsa geçici olarak uygulanacak şekilde ihracatın yasaklanması veya sınırlandırılmasına izin vermektedir. Bu istisnanın uygulanabilmesinin sıkı koşullara tabi olduğu gözlemlenebilir. Nitekim, Çin'den hammadde ihracatına ilişkin bir uyuşmazlıkta, Panel, GATT madde XI (2)(a) bendini uyuşmazlığa uygularken, söz konusu malların “mutlak şekilde vazgeçilemez veya gerekli” olması ve bunların kıtlığının da “kritik” seviyede olması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁷ Temyiz Organı ise bu yargıyı şu şekilde teyit etmektedir:

Madde XI:2 (a)'nın uygulanabilmesi için, kıtlığın “gıda maddeleri veya ihracatçı Üye için zaruri olan diğer ürünler” ile ilgili olması gerekmektedir. Gıda maddesi “bir gıda maddesi, gıda olarak kullanılan bir madde” olarak tanımlanmaktadır. “Zaruri” terimi “[mutlaka] zorunlu veya gerekli” olarak tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda, Madde XI:2 (a) gıda maddelerinin veya mutlaka zorunlu veya gerekli ürünlerin kritik kıtlığına gönderme yapmaktadır. Madde XI:2 (a), özellikle “gıda maddeleri” ifadesini dahil etmek suretiyle, “ihracatçı Üye için gerekli” bir ürün olarak değerlendirilebilecek bir ürünün ölçüsünü sağlar, ancak diğer zaruri ürünlerin kapsamını yalnızca gıda maddeleriyle sınırlamaz.⁸⁸

Madde XI:2 (a), Üyelerin bu tür kritik kıtlıkları “önlemek veya gidermek” için geçici olarak yasaklar veya kısıtlamalar uygulamasına izin vermektedir. “Önlemek” kelimesi, “(bir şeyin) meydana gelme[me]sini önceden sağlamak; öngörülseyle uygulamaz veya imkansız kılmak; olmasını durdurmak” olarak tanımlanmaktadır. “Rahatlatmak” kelimesi “sorunlardan, zorluktan veya tehlikeden kurtulmak; yardım veya yardım getirmek veya sağlamak” anlamına gelmektedir. Bu nedenle, Madde XI: 2 (a)'nın, gerek mevcut bir kritik kıtlığı hafifletmek veya azaltmak için benimsenen tedbirler, gerekse de yakın bir kritik kıtlığı önlemek için benimsenen önleyici veya ileriye dönük tedbirler için bir temel oluşturduğunu anlıyoruz.⁸⁹ [Dipnotlar ihmal edilmiştir]

COVID-19 aşılarının AB için vazgeçilemez önemde olduğu aşikâr olmakla birlikte bu aşuların kıtlığının kritik seviyesinin, sadece AB için değil, aşuların ihracatına bağımlı durumdaki diğer devletler için de geçerli olduğu ileri sürülebilir.⁹⁰

Yine AB'nin COVID-19 aşularının ihracatının kısıtlanması tasarrufunun dayanağı olabilecek, genel istisnalar başlığını taşıyan GATT XX (b) hükmü, insan, hayvan veya bitki hayatını ve sağlığını korumak için gerekli olduğunda ticaretle ilgili tedbirler alınmasına izin vermektedir. Ancak burada da bu tür tedbirlerin ne durumda gerekli olduğu tartışma konusu olabilir.

86 GATT art XI

87 WTO, China –Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials—Panel Report (5 July 2011) WT/DS394 [China – Raw Materials] para 7.275 and 7.306 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

88 WTO, China –Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials—Appellate Body Report (30 January 2012) WT/DS394 para 326 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 24 May 2021

89 ibid para 327.

90 Stuart MacLennan, “COVID vaccines: is it legal for the EU to restrict exports?” (The Conversation 3 February 2021) <<https://theconversation.com/covid-vaccines-is-it-legal-for-the-eu-to-restrict-exports-154527>> Erişim Tarihi 5 April 2021

GATT XX'nci madde altında DTÖ üyeleri bir ticaret kısıtlamasına başvurdukları takdirde, DTÖ panelleri ve Temyiz Organı ilk olarak bu tedbirin gerekli olup olmadığını değerlendirmektedirler. İlk incelemede söz konusu tedbir gerekli bulunduğu takdirde, alternatif olarak başka hangi tedbirler alınmak suretiyle aynı sonuca ulaşılabileceği değerlendirilmektedir. Zira, aynı sonuca ulaşmak için ticareti daha az kısıtlayıcı bir alternatif tedbir uygulamak mümkünse onun tercih edilmesi beklenmektedir.⁹¹ Bu esasın vurgulandığı uyuşmazlıklardan biri olan *EC — Asbestos* yargısında, Fransa'nın GATT madde XX (b) hükmüne dayanarak Kanada'dan ithal edilen asbestos ve asbestos içeren ürünlere ithalat yasağı uygulaması, DTÖ Anlaşmalarının ihlali olarak nitelendirilmemiştir. Zira, bu uyuşmazlıkta Temyiz Organı bir dizi faktörü tartıp dengelemesinin ardından, ticaretin yasaklanmasına nazaran makul bir alternatif bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁹² Temyiz Organı, ulaşılmak istenen ortak yararlar veya değerler ne kadar yaşamsal veya önemli ise, bu amaçlara ulaşmak için uygulanan söz konusu tedbirin gerekli olduğunu kabul etmenin o kadar kolaylaşacağını bildirmiştir.⁹³ Temyiz organı alternatif bir tedbirin mümkün olup olmadığı değerlendirmesinde *Korea — Beef*⁹⁴ yargısına atıfla şu esasları ortaya koymaktadır:

Kore — Sığır Eti Uyuşmazlığı'nda, "DTÖ ile tutarlı bir alternatif önlemin makul bir şekilde mevcut olup olmadığının belirlenmesinde uygulanan tartıp dengeleme sürecinin ..." bir yönünün, alternatif önlemin "güdülen amacın gerçekleştirilmesine katkıda bulunma derecesi" olduğunu belirtmiştik. Buna ilaveten, o olayda, güdülen "ortak çıkarlar veya değerler ne kadar hayati veya önemliyse", bu amaçlara ulaşmak için tasarlanmış "gerekli" önlemleri kabul etmenin o kadar kolay olacağını gözlemlemiştik. Bu olayda, tedbirin hedeflediği amaç, asbest liflerinin oluşturduğu iyi bilinen ve yaşamı tehdit eden sağlık risklerinin ortadan kaldırılması veya azaltılması yoluyla insan yaşamının ve sağlığının korunmasıdır. Amaçlanan değer hem hayati hem de en üst düzeyde önemlidir. O halde geriye kalan soru, aynı amacı gerçekleştirecek ve ticareti yasaklamaktan daha az kısıtlayıcı alternatif bir tedbirin bulunup bulunmadığıdır.⁹⁵ [Dipnotlar ihmal edilmiştir]

AB'nin şu an başvurduğu COVID-19 aşısı ihracat sınırlamalarına ilişkin olarak ise, amaca ulaşmak için ihracat yasağı veya sınırlamasının mutlaka gerekli olmadığı, dünyadaki başlıca ilaç ürünleri üreticisi olarak patent düzenlemelerini uyarlamak ve zorunlu lisanslama suretiyle, geçici bir süre diğer üreticilerin de aşı üretimi yapmasını sağlayabileceği ileri sürülmektedir.⁹⁶ Diğer yandan AB'nin ihracat kısıtlamasını açık bir yasal düzenlemeye dayandırması ve istisna tutulan ülkeleri ve durumları açıkça

91 'WTO rules and environmental policies: GATT exceptions' (WTO) <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm> Erişim Tarihi 5 April 2021

92 WTO, European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos—Appellate Body Report (12 March 2001) WT/DS135 para 174 [EC — Asbestos] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

93 ibid para 172.

94 WTO, Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef—Appellate Body Report (10 January 2001) WT/DS161 [Korea — Beef] para 162 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

95 EC — Asbestos para 172.

96 MacLennan (n 87).

bildirilmesi olguları⁹⁷, diğer bazı devlet uygulamalarıyla karşılaştırıldığında orantılı ve karşılıklılığı gözetici olarak da değerlendirilmektedir.⁹⁸ Zira, AB'nin ihracat kısıtlamaları gibi uygulanma esaslarıyla ilan edilmiş bir yasal düzenlemeye dayanmamakla birlikte ABD'nin aşı, aşı üretimi ve uygulamasıyla ilgili madde ve ürünlerin ihracatını engellemeye dönük bir politika izlemesi, aşı milliyetçiliğinin belirgin bir örneği olarak görünmektedir. Nitekim ABD Başkanı *Biden* 28 Nisan 2021'de Kongre'de yaptığı konuşmada, ABD'nin Dünya'nın aşı kaynağı haline geleceğini ancak ondan önce tüm Amerikalıların aşıya erişiminin sağlanması gerektiğini açıkça bildirmiştir.⁹⁹ Söz konusu ihracat kısıtlamasının yasal dayanağı ise 1950 yılında Kore Savaşı sırasında özellikle savunma ürünlerine ilişkin olarak, öncelikli materyallerin üretimini hızlandırmak üzere tasarlanan Savunma Üretimi Yasası (*Defence Production Act - DPA*)¹⁰⁰ olmuştur. Bu yasaya dayanarak ABD Başkanı, savunma, ulusal güvenlik veya pandemi gibi olağanüstü durumlarda, öncelikli ürünlerle ilgili sözleşme yapma ve üretimi gerçekleştiren şirketlerin ABD'nin ihtiyaçları tam olarak karşılanmadıkça diğer ülkelere satış yapmalarını engelleme yetkisine sahip olmaktadır.¹⁰¹ Bu nedenle, ihracat kısıtlamalarına rağmen bugüne kadar AB ülkelerinde COVID-19 için üretilen toplam aşılardan yüzde 28'i üçüncü ülkelere ihraç edilmişken bu oran ABD'nin ihracatı için yüzde 1 olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰² Bu türden yerel üretimin ve stokların elde tutulması ve ihracatının yasaklanması politikalarının, özellikle başlıca üreticiler tarafından yapıldığında, o ürünlerin kıtlığına ve fiyat artışına neden olduğu ve panik alımlarını da artırdığı hatırlanmalıdır.¹⁰³

IV. Sonuç

COVID-19 ile mücadelede şu an için tek etkili yöntem olarak görülen aşılardan, serbest ticaret işleyişine bırakılmayacak bir önemdedir. Ticaret hayatının normal işleyişine bırakıldığında daha fazla fiyat öneren devletlerin sınırlı miktardaki aşılardan tamamını kendi nüfusları için almaları ve özellikle en az gelişmiş ülkelerin tek bir doz aşıya bile ulaşamamaları gerçeği ile karşılaşılmaktadır. COVID-19 pandemisi pek çok ülkenin sağlık sistemleri üzerinde büyük bir baskı oluşturmakta, insan yaşamını ve yol açtığı ekonomik krizle geçim kaynaklarını tehdit etmektedir. Bu nedenle, fikri mülkiyet hakları korumasının COVID-19 aşılardan yaygın ve hızlı üretimi ve dağıtımının önünde engel teşkil etmemesi gerekmektedir.

97 Commission Implementing Regulation (n 85)

98 Niall McCarthy, 'America First? Covid-19 Production & Exports' (Statista 19 May 2021) <<https://www.statista.com/chart/24555/vaccine-doses-produced-and-exported/>> Erişim Tarihi 25 May 2021

99 'Remarks by President Biden in Address to a Joint Session of Congress' (White House 29 April 2021) <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/04/29/remarks-by-president-biden-in-address-to-a-joint-session-of-congress/>> Erişim Tarihi 25 May 2021

100 Defence Production Act 2018 Amendment <<https://www.congress.gov/115/plaws/publ232/PLAW-115publ232.pdf#page=604>> Erişim Tarihi 25 May 2021

101 Executive Order 14001 (21 January 2021) A Sustainable Public Health Supply Chain <<https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/26/2021-01865/a-sustainable-public-health-supply-chain>> Erişim Tarihi 25 May 2021

102 McCarthy (n 98)

103 Hoekman, Fiorini and Yildirim (n 83) 6.

DTÖ Anlaşmaları'nın amaçladığı uluslararası serbest ticaret sistemi, COVID-19 salgınının neden olduğu sağlık krizinin ve ekonomik krizin olumsuz etkilerinin giderilmesinde çözüm yolları sunabilir. Bu doğrultuda, aşılarda üretim konusunda teknolojik kapasiteye sahip devletlerin ulusal güvenlik istisnaları veya zorunlu lisanslama gibi daha sonra uyuşmazlığa konu olacak yöntemler izlemektense, DTÖ nezdinde bir aykırılık izni kararı amaçlamaları anlaşılabilir bir durumdur. Aşılarla ilişkin fikri mülkiyet haklarına sahip şirketlerin bulunduğu gelişmiş ülkelerin, bu aykırılık izni kararını engellemeleri, aşı üretiminin sınırlı miktarda kalmasına neden olmaktadır.

COVID-19 pandemisinin ortaya çıkardığı tecrübe uluslararası işbirliğini ve dayanışmayı her zamankinden daha fazla zorunlu kılmaktadır. DTÖ Anlaşmaları altında aykırılık izni kararını engellemek küresel bir salgınla mücadelede doğru strateji olarak nitelenemez. Az sayıda üretilen aşılarda gerek yüksek fiyatlarla öncelikli şekilde satın alma veya ihracat kısıtlaması gibi yöntemlerle kendi ülkesinde üretilen aşılarda üçüncü ülkelere göndermeme şeklinde ortaya çıkan davranışlar haklı olarak aşı milliyetçiliği eleştirilerine yol açmaktadır. Bu nedenle, uzman kuruluşların bildirdiği şekilde, COVID-19 pandemisi ile küresel olarak mücadele edilmesi gerektiğinden aşı üretiminin hızlanması ve yaygınlaşması için DTÖ Anlaşmaları'nın tanıdığı bir imkân olarak aykırılık izni kararı yararlı bir çözüm sunabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Abbott FM, 'The TRIPS Agreement Article 73 Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic' (2020) Research Paper 116 South Centre Geneva <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3682260> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Bacchus J, 'An Unnecessary Proposal: A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Vaccines' (2020) 78 Free Trade Bulletin <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2020-12/FTB_78.pdf> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Baker B, 'South Africa and India's proposal to waive recognition and enforcement of intellectual property rights for covid-19 medical technologies deserves universal support, but countries also have to take domestic measures' (Infojustice 11 October 2020) <<http://infojustice.org/archives/42686>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Baschuk B, 'WTO Chief Calls on Nations to End Covid Export Restrictions' (Bloomberg 17 February 2021) <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-02-17/new-wto-chief-calls-on-nations-to-end-covid-export-restrictions>> Erişim Tarihi 5 April 2021

- Bollyky TJ and Bown CP, 'The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic' (2020) 99 Foreign Aff 96-109.
- Containment and Treatment Of Covid-19 Communication from India and South Africa (2 October 2020) IP/C/W/669 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Cotter TF, 'Market Fundamentalism and the TRIPs Agreement' (2004) 22 (2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 307-342.
- Çalışkan Y and Sarıbeyoğlu Skalar M, 'Türkiye'nin ilaç üretimini yerelleştirme amacının hukuki çerçevesi' (2016) 12 (47) Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi 849-885.
- Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health (14 November 2001) WT/MIN(01)/DEC/2 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Gayle H, Foege W, Brown L and Kahn B (eds), Framework for Equitable Allocation of COVID-19 Vaccine (The National Academies Press 2020).
- General Council Amendment of the TRIPs Agreement Decision (6 December 2005) WT/L/641 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- General Council Least developed country Members Obligations under article 70.8 and article 70.9 of the TRIPs Agreement with respect to pharmaceutical products (30 November 2015) WT/L/971 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Guterres A, 'Only together can we end this pandemic and recover' (UN 11 March 2021) <<https://www.un.org/pt/node/132849>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Hoekman B, Fiorini M and Yildirim A, 'Export Restrictions: A Negative-Sum Policy Response to the COVID-19 Crisis' European University Institute Working Paper (2020) European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme 23 <<http://hdl.handle.net/1814/66828>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health Decision (30 August 2003) WT/L/540 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and public health Decision (30 August 2003) WT/L/540 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Kituyi M, 'A new take on trade' (UNCTAD 29 October 2020) <<https://unctad.org/es/node/29736>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef–Appellate Body Report (10 January 2001) WT/DS161 [Korea – Beef] para 162 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Labonte R and Johri M, 'COVID-19 drug and vaccine patents are putting profit before people' (The Conversation 5 November 2020) <<https://theconversation.com/covid-19-drug-and-vaccine-patents-are-putting-profit-before-people-149270>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Legge DG, 'COVID-19 response exposes deep flaws in global health governance' (2020) 20(3) Global Social Policy 383-387 <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1468018120966659>> Erişim Tarihi 5 April
- McCarthy N, 'America First? Covid-19 Production & Exports' (Statista 19 May 2021) <<https://www.statista.com/chart/24555/vaccine-doses-produced-and-exported/>> Erişim Tarihi 25 May 2021
- MacLennan S, 'COVID vaccines: is it legal for the EU to restrict exports?' (The Conversation 3 February 2021) <<https://theconversation.com/covid-vaccines-is-it-legal-for-the-eu-to-restrict-exports-154527>> Erişim Tarihi 5 April 2021

- Mantilla Blanco S and Pehl A, National security exceptions in international trade and investment agreements (Springer International Publishing 2020).
- Ministerial Declaration (14 November 2001) WT/MIN(01)/DEC/1 para 19 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Murillo SES, 'Fair or fraud: Has the Protocol amending TRIPS flourished or failed?' (2017) 27 *Indiana Int'l & Comp. Law Review* 191-207.
- Rungpry SK, 'Compulsory licensing issues and trends in Asia' (2013) 2 (6) *Pharmaceutical Patent Analyst* 681-683 <<https://www.future-science.com/doi/pdf/10.4155/ppa.13.60?src=reccsys>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Stout MV, 'Crossing the Trips Nondiscrimination Line: How CAFTA Pharmaceutical Patent Provisions Violate Trips Article 27.1' (2008) 14 *Boston University Journal of Science & Technology Law* 177-200.
- Sykes AO, 'TRIPS, pharmaceuticals, developing countries, and the Doha "solution"' (2002) 3 (1) *Chicago Journal of International Law* 47-68.
- Thrasher R, 'How will everyone benefit if WTO members sign the TRIPS COVID-19 waiver?' (Open Access Government 15 February 2021) <<https://www.openaccessgovernment.org/trips-covid-19-waiver/103738/>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- TWN, 'TWN Info Service on WTO and Trade Issues' (Third World Network 20 October 2020) <<https://www.twn.my/title2/wto.info/2020/ti201021.htm>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- UNICEF, 'In the COVID-19 vaccine race, we either win together or lose together Joint statement by UNICEF Executive Director Henrietta Fore and WHO Director-General Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus' (Unicef 10 February 2021) <<https://www.unicef.org/press-releases/covid-19-vaccine-race-we-either-win-together-or-lose-together>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Urias E and Ramani SV, 'Access to medicines after TRIPS: Is compulsory licensing an effective mechanism to lower drug prices? A Review of the existing evidence' (2020) *Journal of International Business Policy* 1, 2. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7468182/pdf/42214_2020_Article_68.pdf> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Weintraub R, Bitton A and Rosenberg ML, 'The danger of vaccine nationalism' (*Harvard Business Review* 22 May 2020) <<https://hbr.org/2020/05/the-danger-of-vaccine-nationalism>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WHO, 'WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19' (WHO 12 October 2020) <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---12-october-2020>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WHO, 'WHO SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination' (WHO 13 September 2020) <<https://www.who.int/publications/i/item/who-sage-values-framework-for-the-allocation-and-prioritization-of-covid-19-vaccination>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WTO, 'WTO rules and environmental policies: GATT exceptions' (WTO) <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WTO, China –Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials—Panel Report (5 July 2011) WT/DS394 [China – Raw Materials] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WTO, European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos—Appellate Body Report (12 March 2001) WT/DS135 [EC — Asbestos] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

- WTO, Russia: Measures Concerning Traffic in Transit—Report of the Panel (5 April 2019) WT/DS512/R <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WTO, Saudi Arabia: Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights—Report of The Panel (16 June 2020) WT/DS567/R [Saudi Arabia — Protection of IPRs] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Yılmaz M, ‘Dünya Ticaret Örgütü Hukuku Bakımından Uluslararası Ticarete Güvenlik İstisnası’ (2020) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249-304.
- Yu PK, ‘TRIPS Enforcement and Developing Countries’ (2011) 26 (3) American University International Law Review 727-782.
- Yüksel C and Baran D, ‘COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk’ (2020) 78 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 885-934.
- Zhou J, ‘New WTO Ruling on National Security in Qatar-Saudi Arabia Case and its Impact on South Korea-Japan Dispute’ (2020) 24 (22) ASIL Insights <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/22/new-wto-ruling-national-security-qatar-saudi-arabia-case-and-its-impact>> Erişim Tarihi 5 April 2021

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Türkiye'ye İadesi İstenen Çocuk Hakkında Tokyo Mahkemelerince Verilmiş Kararlar ve Japonya Örneğine Genel Bakış

Tokyo Court Decisions Regarding a Request for the Return of a Child to Turkey and a Brief Reference to the Japanese Practice

Onur Can Saatcıoğlu^{*}

Öz

Japonya, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin tamamlandığı 1980 yılından sonraki otuz yıl boyunca Sözleşme'ye taraf olmaktan kaçınmıştır. Bu tercih, uluslararası camiada Japonya'ya karşı yoğun tepkiler doğmasına yol açmış ve nihayetinde Sözleşme, Japonya'da 1 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Japon uygulama kanunu, bir anlamda Sözleşme'nin yeniden yazılması halini almış, Japonya'nın ihtiyaçları ve öncelikleri doğrultusunda deyim yerindeyse "özel dikim" hazırlanmıştır. Sözleşme m.13/1-b hükmünde yer alan "ciddi risk" istisnası, Japon uygulama kanununda Sözleşme'deki aslından daha geniş bir kapsamda düzenlenmiş ve mahkemelere yol gösterecek bir fonksiyonda kaleme alınmıştır. Bu hüküm, ilk defa Türkiye'den yapılmış bir iade istemi hakkında uygulanmıştır. Bir başka deyişle, Sözleşme'nin Japonya'da yürürlüğe girdiği andan itibaren bir mahkeme tarafından "ciddi risk" istisnası kapsamında verilmiş ilk red kararı, Türkiye'de yaşayan Türk vatandaşı bir baba aleyhine verilmiştir. Tokyo Aile Mahkemesi'nin iade yönünde verdiği karar, Tokyo Bölge Mahkemesi'nce istisna hükmü işletilerek iptal edilmiştir. Bu çalışmanın ana konusu, söz konusu mahkeme kararlarının Türkçe'ye çevrilerek belirli bir sistematik dahilinde sunulmasıdır. Fakat öncelikle, Japonya'nın niçin uzun bir süre Sözleşme'ye taraf olmaktan özellikle kaçınmış olduğu ve nihayet taraf olacağı zaman da neden ilk olarak detaylı bir uygulama kanunu hazırlamak yolunu tercih ettiği hususlarına temas edilecektir. Ardından, Japon uygulamasında iade taleplerinin değerlendirilme süreci hakkında kısa bir bilgilendirme yapılacaktır. Japon uygulama kanununun bu istisnayı ne şekilde düzenlediği, özellikle de bu konuda Sözleşme metninden ne ölçüde farklılaştığı hususlarına temas edilecektir. Son olarak, ilgili mahkeme kararları sunulacak ve bu kararlara ilişkin değerlendirmemize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Lahey Sözleşmesi, uluslararası çocuk kaçırma, ciddi risk, Japon hukuku, madde 13/1-b

Abstract

Japan refrained from becoming a party to the Convention of 25 October 1980 on Civil Aspects of International Child Abduction for nearly thirty years following its completion. Due to this choice, Japan received enormous pressure from numerous states, all of which eventually led to Japan becoming a member state, and thus, starting from 1 April 2014, applying the Convention. The Japanese implementation act was drafted completely mindful of the particular needs and priorities of Japan and therefore ended up being a customized text. In the Act, the provision related to the "grave risk" exception of art.13(1)b of the Convention was stipulated in a broader scope than the original rule, with an aim to guide Japanese courts dealing with matters which may fall under this exception. The first time this provision was ever applied, the application was made from Turkey and by a Turkish father. The return order given by Tokyo Family Court was challenged by the Japanese mother and ultimately cancelled by Tokyo District Court. This paper aims to translate the above decisions into Turkish and present them in a systematic way. For doing that, however, reasons for Japan's late

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

Atf: Saatcıoğlu OC, "Türkiye'ye İadesi İstenen Çocuk Hakkında Tokyo Mahkemelerince Verilmiş Kararlar ve Japonya Örneğine Genel Bakış" (2021) 41(2) PPIL 421. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.0099>

ratification and for its need of a detailed implementation act must be revealed. Then, following after a short introduction to the general application framework embraced by the Act, the approach regarding the grave risk exception and in which ways it differs from the Convention will be examined. Lastly, the abovementioned two decisions alongside our comments on them will be given.

Keywords

Hague Convention, international child abduction, grave harm, Japanese law, article 13(1)b

Extended Summary

Japan refrained from becoming a party to the Convention of 25 October 1980 on Civil Aspects of International Child Abduction for nearly thirty years following its completion. This attitude drew immense international pressure in that period, especially starting from the 2000's. Finally Japan decided that becoming a party would serve its national interests better and initiated a detailed and participative drafting process for the domestic implementation act. The interim drafts prepared by experts were made public in order to gather opinions from numerous civil society organizations and private individuals. Both the Convention and the Act were brought into force on 1 April 2014.

The Japanese implementation act can be defined as being “customized” in various aspects. Perhaps the most distinguishable feature is the provision aiming to clarify the “grave risk” exception stipulated in Art. 13(1)b of the Convention. Rather than copying the exact wording embraced in the Convention or not stipulating it at all, Japanese legislature decided to formulate a guide within this provision, in order to help the courts facing matters that may fall under the exception. One particular element in that provision is the clear reference to the phenomenon of domestic violence perpetrated towards the abductor parent. By explicitly making it possible for the courts to consider the violence towards the parent, even though limited to cases where a risk of harm was present for the child, the provision reflects a broader interpretation of the original article.

The very first invocation of this provision was seen with respect to an application from Turkey and made by a Turkish father. The application sought the return of a child who was abducted by his Japanese mother from his habitual residence, Turkey. Upon the objection of the mother, the issue was transferred to Tokyo Family Court. The court listed the alleged domestic violence acts all of which showed a clear pattern of repetitive and serious acts of harm, but nevertheless put its trust in the protective measures existent in Turkish law and ordered the return of the child. Once again upon the objection of the mother, this decision was re-examined by the Tokyo District Court. Unlike the Family Court however, the District Court weighed the importance of the abovementioned pattern of violence and chose not to trust the protective measures existent in Turkey. Consequently, the high court cancelled the return order and refused the application.

This paper intends to introduce the above-mentioned court decisions in Turkish. However, giving some background information and introductory explanations regarding the Japanese experience are thought to be of help while following the cases. Therefore, first and foremost, the primary reasons for Japan's late ratification and also it's apparent desire for a detailed and customized implementation act need to be explored. For this purpose, international pressure received by Japan and the road to accession including the participative nature of the drafting process will be explained. Then, following a short introduction into the general framework of the application procedure in Japan, the approach embraced in the Act regarding the grave risk exception will be examined. Since it is one of the most unique features in the whole instrument, it is important to know why Japan was not satisfied with the wording in the Convention. The next part will be about the decisions themselves. Both parts will be given in Turkish language with minor modifications in order to make them easily readable. For the same purpose, seperate headings will be used while classifying the considerations of the courts. Lastly, our comments on both the decisions and the overall Japanese experience with relation to the Convention will be presented.

Türkiye'ye İadesi İstenen Çocuk Hakkında Tokyo Mahkemelerince Verilmiş Kararlar ve Japonya Örneğine Genel Bakış

I. Giriş Ve Kapsam

Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından hazırlanan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Sözleşme), 25 Ekim 1980 tarihinde tamamlanarak 1 Aralık 1983 tarihi itibarıyla o ana kadar Sözleşme'ye taraf olmuş devletler bakımından yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin amacı, on altı yaşını tamamlamamış çocuğun, velayet hakkı ihlâl edilerek bir ülkeden diğer bir ülkeye götürülmesi veya alıkonulması halinde, derhal mutad meskeninin bulunduğu ülkeye geri dönmesini veya şahsi ilişki kurma hakkının tesis edilmesini sağlamaktır.¹

Türkiye açısından 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanan Sözleşme, onay prosedürlerinin tamamlanmasının ardından 1 Ağustos 2000 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.² Sözleşme açısından “uygulama kanunu” niteliğinde olmak üzere hazırlanan 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun ise, 4 Aralık 2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmış,³ böylelikle daha önce Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılmış ve iki kere güncellenmiş Genelge kapsamında yürütülmekte olan uygulama, yasal bir çerçeveye sahip olmuştur.⁴ Türkiye'nin Sözleşme'ye çok da geç sayılmayacak bir tarihte taraf olduğu, buna karşılık ilgili uygulama kanununu uzunca bir süre sonra çıkardığı görülmektedir.

Japonya açısından durum Türkiye örneğinin tersi bir seyir izlemiştir. Sözleşme'nin tamamlandığı 1980 yılından sonraki 30 yıl boyunca Japonya Sözleşme'ye taraf olmama yolunu izlemiştir. Aşağıda ana hatlarıyla yer verilen gerekçelere istinaden yapılmış bu tercih, uluslararası camiada Japonya'ya karşı oldukça konsolide tepkiler doğmasına yol açmıştır. Nihayet, direnmekten vazgeçen Japonya açısından Sözleşme oldukça geç sayılabilecek bir tarihte, 1 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵ Bununla

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

2 3 Kasım 1999 tarihli ve 4461 sayılı Kanun ile uygun bulunan Sözleşme, 15 Şubat 2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin Çekince ile Onaylanması Hakkında Karar, Karar Sayısı: 99/13909, RG: 15.02.2000/23965 <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafli/soz/lahey/turkce_lah28.pdf> Erişim Tarihi 25 August 2020.

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

4 65 Sayılı Genelge, 5717 sayılı Kanun'un hükümleriyle uyum sağlanması açısından 01.03.2008 tarihli 65/1 sayılı ve sonrasında 16/11/2011 tarihli 65/2 sayılı genelgeler ile güncellenmiştir. Bkz. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin 65, 65/1 ve 65/2 sayılı Adalet Bakanlığı Genelgeleri <www.uhdgm.adalet.gov.tr/genelgeler> Erişim Tarihi 25 August 2020.

5 Japonya'nın Sözleşme'yi onayladığı Ocak 2014 tarihinde, halihazırda taraf olan devletlerin sayısı 92'dir. Bkz. Tatsushi Nishioka and Takako Tsujisaka, 'Introductory Note: Japan's Conclusion of the Hague Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction' (2014) 57 Japanese YB Int'l L 8. Yürürlük tarihi olan 1 Nisan 2014 tarihinden hemen öncesine kadar, Japonya G8 ülkeleri arasında Sözleşme'ye henüz taraf olmamış tek devlet konumundaydı. Bkz. Paul Hanley, 'Black Hole in the Rising Sun: Japan and the Hague Convention on Child Abduction' (2016) 2 DePaul Int'l Hum Rts J 2.

birlikte, henüz Sözleşme dahi imzalanmamış iken, oldukça katılımcı ve detaylı bir ön hazırlık süreci izlenerek Sözleşme'nin uygulama kanunu oluşturulmuştur. Bu kanun, Sözleşme'nin uygun bulunduğu tarihte kabul edilmiş ve Sözleşme ile eşzamanlı olarak yürürlüğe girmiştir.⁶

Benzer şekilde, Türkiye örneğinden farklı olarak, Japon uygulama kanunu, bir anlamda Sözleşme'nin yeniden yazılması halini almış, Japonya'nın ihtiyaçları ve öncelikleri doğrultusunda deyim yerindeyse “özel dikim” hazırlanmıştır.⁷ Yalnızca 31 maddeden oluşan 5717 Sayılı Kanun'un aksine, Japon uygulama kanunu ek maddeler dışarıda bırakıldığında 153 maddedir. İki kanun arasında neredeyse her konuda detay farkı bulunmakla birlikte, Japon kanununu yalnızca 5717 sayılı Kanun'dan değil, bizatihi Sözleşme'nin kendisinden dahi farklılaştıran önemli bir yön bulunmaktadır. Bu yön, iade edilmesi halinde çocuğun fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı yahut başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi bir risk bulunan hallerde mahkemeye iade talebinin reddedilebilmesi imkanı veren Sözleşme m.13/1-b hükmüne (ciddi risk istisnası) ilişkindir. 5717 sayılı Kanun'da ayrıca düzenlenmemiş bu konu, Japon uygulama kanununda Sözleşme'deki aslını genişletecek bir şekilde düzenlenmiş ve mahkemelere yol gösterecek bir fonksiyonda kaleme alınmıştır.

İlginçtir ki, özenle hazırlanan bu hüküm ilk defa Türkiye'den yapılmış bir iade istemi hakkında uygulanmıştır. Bir başka deyişle, Sözleşme'nin Japonya'da yürürlüğe girdiği andan itibaren bir mahkeme tarafından “ciddi risk” istisnası kapsamında verilmiş ilk red kararı, Türkiye'de yaşayan Türk vatandaşı bir baba aleyhine verilmiştir.⁸ Japon vatandaşı annesi tarafından Japonya'ya kaçırılmış bir çocuğun Türkiye'ye iadesi istemini değerlendiren Tokyo Aile Mahkemesi, “çocuğun Türkiye'ye iadesi” yönünde karar vermiş,⁹ ancak bu karara yapılan itiraz üzerine meseleyi inceleyen Tokyo Bölge Mahkemesi, iade edilmesi halinde çocuğun fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı yahut başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği

6 Heisei 25nen houritsu dai48gou - Kokuwaitokina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru jouyaku no jissai ni kansuru houritsu <https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=425AC0000000048> Erişim Tarihi 25 August 2020.

7 Nigel Vaughan Lowe, 'Return Orders under the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction - The Issues Facing Japanese Courts' (2014) 57 Japanese YB Int'l L 79.

8 Sözleşme'nin Japonya'da uygulandığı ilk üç yıllık dönem (1 Nisan 2014 - 31 Mart 2017) konu edinen bir araştırmaya göre, bu dönemde yüksek mahkemeler, ilk derece mahkemelerince verilmiş kararlara itiraz üzerine yaptıkları incelemeler sonucu toplam 12 başvuru bakımından “iade”, 6 başvuru bakımından ise “iade talebinin reddi” kararı vermişlerdir. Red kararları içerisinde yalnızca bir tanesinin, “ciddi risk” istisnası kapsamında verildiği göze çarpmaktadır. Araştırmaya göre, aynı dönemde, ilk derece mahkemelerinden bu istisna kapsamında hiç red kararı verilmemiş olduğu da anlaşılmaktadır. Çalışmamızda ele alınan yüksek mahkeme kararının 2015 yılına ait olduğu hatırlandığında, tüm Japon uygulamasında “ciddi risk” istisnası kapsamında verilmiş ilk red kararının, Türkiye'den yapılmış bir başvuru hakkında ve Türk vatandaşı ebeveyn aleyhine verilmiş olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Anılan araştırma için bkz. Yoshihito Yoda, 'Haagu jouyaku jissihou ni motodzuku ko no henkan moushitate jiken no shuukyoku ketteirei no keikou ni tsuite' (2018/1) 12 Katei no hou to saiban 27, 38.

9 Kararın künyesi: 平成27年3月20日/東京家庭裁判所/家事第1部/決定/平成27年(家ヌ)4号; Karar metni için bkz. Hanrei Taimuzu, 'Kokuwaitokina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru jouyaku no jissai ni kansuru houritsu ni motodzuku, ko no toruko kyouwakoku e no henkan wo mejijita genkettei wo torikeshite, douhou28jou1kou4gou no henkankyohi jiyuu wo mitomete, ko no henkan moushitate wo kyakka shita jirei' (2019/4) 1457 Hanrei taimuzu 136-141.

yolunda ciddi bir tehlike bulunduğuna, bir başka deyişle istem hakkında Sözleşme m.13/1-b hükmünde yer alan “ciddi risk” istisnasının işletilmesi gerektiğine kanaat getirerek, söz konusu iade kararını iptal etmiştir.¹⁰ Her iki karar da, konuyla ilgilenen Japon hukukçular tarafından yakından bilinmekte olup, istisna hükmünden bahseden eserlerde genellikle atıf almaktadırlar.¹¹ Hatta, iade kararı, verildiği dönemde kendisine Japon basınında dahi yer bulmuştur.¹²

İade isteminde bulunan tarafın Türkiye’de yaşayan bir Türk vatandaşı olması haricinde, hadiselere -özellikle de varlığı iddia edilen şiddet eylemlerine- kararlarda son derece detaylı bir şekilde yer verildiği görülmektedir. Benzer şekilde, Sözleşme’deki istisna hükmü, Japon uygulama kanunundaki özgün sisteme göre tatbik edilmiştir. Daha da önemlisi, her iki karar metninde, kadınların ev içi şiddetten korunması ekseninde olmak üzere Türk hukuk sistemi hakkında değerlendirmelere yer verilmiş, hatta bilhassa itiraz mercii’nin kararı açısından olumsuz bir görünüm alan bu değerlendirmeler hükme dayanak yapılmışlardır. Tüm bu hususlar birlikte dikkate alındığında, söz konusu kararların Japonca’dan Türkçe’ye çevrilerek Sözleşme uygulaması ile ilgilenen araştırmacıların bilgisine sunulmasında fayda görülmüştür.¹³

Bununla birlikte, Japonya’nın Sözleşme ile karmaşık bir geçmişe ve özgün sayılabilecek bir uygulama kanununa sahip olduğu düşünüldüğünde, anılan kararların birer çeviri formunda sunulmaları halinde takip gücünü doğabileceği endişesi hasıl olmuştur. Dolayısıyla, aşağıda öncelikle, Japonya’nın niçin uzun bir süre Sözleşme’ye taraf olmaktan özellikle kaçınmış olduğu ve nihayet taraf olacağı zaman da neden ilk olarak detaylı bir uygulama kanunu hazırlamak yolunu tercih ettiği hususlarına temas edilecektir. Ardından, Japon uygulamasında iade taleplerinin değerlendirilme süreci hakkında kısa bir bilgilendirme yapılacaktır. Anılan kararlar esas önemlerini “ciddi risk” istisnası bakımından taşıdıkları için, Japon uygulama kanununun bu istisnayı ne şekilde düzenlediği, özellikle de bu konuda Sözleşme metninden ne ölçüde farklılaştığı hususlarına temas edilecektir. Son olarak, ilgili mahkeme kararları sunulacak ve bu kararlara ilişkin değerlendirmemize yer verilecektir.

10 Kararın künyesi: 平成27年7月14日/東京高等裁判所/第16民事部/決定/平成27年(ヲ)714号; Karar metni için bkz. Hanrei Taimuzu (n10) 131-136.

11 Tespit edilebildiği kadariyla bu kararlara ana metinde yer vermiş en güncel tarihli eser için bkz. Yuuko Nishitani, ‘Nihon ni okeru kodasshu jouyaku no unyou to kinji no doukou ni tsuite’ (2020/6) 26 Katei no hou to saiban 54.

12 *Yomiuri Shinbun* (読売新聞) isimli ulusal gazetesinin 25.Mart 2015 sayısında çıkan haber linki an itibariyle kaldırılmış olmakla birlikte, söz konusu haberin anılan sayıda yayımlandığı bilgisi için bkz. ‘Torukojin no otto e no danji henkan - toukyou kasai mitomeru’, (Haagu jouyaku no jian, 25.03.2015) <<http://hague-convention-jpn.info/index.php?%E6%9C%80%E6%96%B0%E3%83%8B%E3%83%A5%E3%83%BC%E3%82%B920150325c>> Erişim Tarihi 25 August 2020.

13 İade talebine konu olan hadiselerin ve Tokyo Bölge Mahkemesi’nin yapmış olduğu değerlendirmelerin oldukça kısa bir özeti, Sözleşme bünyesinde çeşitli ülke mahkemelerince verilen kararların özet halinde arşivlendikleri INCADAT platformunda İngilizce dilinde mevcut olmakla birlikte, bu çalışmanın yapıldığı tarih itibariyle karar metinlerinin İngilizce veya Türkçe çevirileri tespit edilememiştir. Anılan özet için bkz. Yuuko Nishitani, ‘2015 (Ra) No. 714 Appeal case against an order to return the child’, (INCADAT) <<https://www.incadat.com/en/case/1439>> Erişim Tarihi 25 August 2020.

Sözleşme'nin genel yapısı, öngörmüş olduğu sistem ve ciddi risk istisnası, bugüne kadar Türk hukuk doktrininde detaylı şekilde ele alınmış konulardır.¹⁴ Özellikle, bu çalışmanın konusunu oluşturan mahkeme kararları bakımından da söz konusu olduğu gibi, ev içi şiddet içeren vakaların ciddi risk istisnası kapsamında nasıl ele alınacakları hususuna doktrinde temas edildiği görülmektedir. Pek çok yazar, yabancı literatürde de baskın olan görüşe paralel biçimde, bu meselenin “müsamaha edilemeyecek bir durum” olarak değerlendirilebileceğine, ancak bunun için hükmün açık düzenlemesi ışığında, söz konusu şiddetin çocuk üzerinde ciddi bir etki doğuracak olması gerekliliği bulunduğu temas etmektedirler. Şiddetin varlığı sabit olsa dahi, çocuk üzerinde ciddi etki doğmayacağı düşünülen yahut mutad mesken ülkesindeki koruyucu tedbirlerin yeterli ve etkili olduğuna kanaat getirilen haller bakımından iade kararı verilmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar.¹⁵

Ciddi risk istisnasının Türk doktrininde detaylı şekilde ele alınmış olması sebebiyle, yukarıda belirtilen yazım amacından uzaklaşarak tekrara düşmemek ve çalışmanın halihazırda oldukça geniş olan hacmini daha da artırmamak adına Türk hukukundaki uygulama çalışma kapsamı dışında bırakılmış, bu hususta Japon hukuku ile teorik veya pratik yönden bir karşılaştırma yapılmamıştır.

14 Tespit edilebildiği kadarıyla, Türk doktrininde Sözleşme'yi çeşitli yönleriyle ele alan eserleri en yakın tarihli olandan başlamak üzere şu şekilde sıralamak mümkündür: Onur Can Saatiçioğlu, 'Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme m.13/1-b Hükmü Kapsamında "Ev İçi Şiddet" Olgusu: Eleştirel Bir Değerlendirme' (2021) 41/1 Public and Private International Law Bulletin 1-40; Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020); Cemal Şanlı and İnci Ataman-Figanmeşe and Emre Esen, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020); Esra Tekin, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun İadesinin Reddi Sebepleri' (2019) 2 Ankara Barosu Dergisi 41, 72; Fatma Betül Özdemir, 'Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Kaçırılan Çocukların İadesi' (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1164, 1189; Salih Engin Aykan, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Ve Türk Hukuku Uygulaması' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi 2019); Günseli Öztekin Gelgel, '25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması' (2017) 2 Public and Private International Law Bulletin 611, 640; B Bahadır Erdem, 'Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları' (2015) 2 Public and Private International Law Bulletin 147, 171; Faruk Kerem Giray, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin Seçilmiş Kararları' (2015) 2 Public and Private International Law Bulletin 173, 201; Kutay Telli, 'The Role of Central Authorities in The Application of The 1980 Hague Convention on Child Abduction: A Critical Analysis of a Genuine Area of Public International Law' (2015) 5 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 761, 782; Şebnem Nebioğlu Öner, 'Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İhtihat Analizi' (2014) TBB Dergisi 478, 515; Tuğçe Takcı, 'Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri' (2014) 5(19) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1039, 1078; Gonca Gülferm Bozdağ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri* (1st edn, Yetkin 2014); Mustafa Sabit (ed), 1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, 22-23 Şubat 2013 (Adalet Bakanlığı 2013); Gökçe Kelahmet, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmenin 13/b maddesi Uyarınca İadesinin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması Sebebi İle Reddi' (2012) 10(116) Legal Hukuk Dergisi; Faruk Kerem Giray, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesine İlişkin Taleplerin Reddi Sebepleri İle Türk Mahkemelerinin Konuya İlişkin Uygulamaları' (2011/7) 20 Fasiül Dergisi Özel Sayısı 41, 51; Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (1st edn, Vedat 2010); Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi* (1st edn, Beta 2010); Bilal Köseoğlu, *Uluslararası Çocuk İadesi Ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları* (1st edn, TBB 2007); İlknur Altuntaş, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi* (1st edn, Bilge 2006); Günseli Öztekin Gelgel, 'Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler' (2005/2) 4(8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119, 148; Mehlika Aytaç, 'Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması Ve Karşılaşılan Sorunlar' (2004) 96(20) Adalet Dergisi 34, 65; İnci Ataman Figanmeşe, 'Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi' in Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan (Beta 1999) 55, 101.

15 Türk doktrin ve uygulamasında ciddi risk istisnasının nasıl yorumlandığına ilişkin açıklamalar için bkz. Saatiçioğlu (n14) 8-17.

II. Japonya ve 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi

A. Sözleşme'ye Katılma Giden Süreç

1. Küresel Problem ve Uluslararası Baskı

1990 Yılı ve sonrasında etkisini göstermeye başlayan küreselleşme olgusu ile birlikte, farklı vatandaşlığa sahip eşler arasında gerçekleşen evliliklerin ve bunun doğal bir sonucu olarak boşanmaların sayısında artış yaşanmıştır.¹⁶ Bu dönemde, yurtdışında yerleşik ve bir yabancı ile evli bulunan Japon vatandaşlarının (çoğunlukla annelerin), kimi zaman halen evli iken, kimi zaman ise boşandıktan sonra çocuklarını da yanlarına alarak Japonya'ya döndükleri vakaların sayısında ciddi bir artış görülmüştür.¹⁷ Sözleşme'nin Japonya'da yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, velayet hakkına sahip olduğunu öne süren yabancı bir ebeveyne çocuğun iade edilmesi yahut ziyaret hakkı tanınması gibi meseleler, müşterek velayeti kabul etmeyen ve boşanma durumunda bu hakkı çoğunlukla anneye tanıyan Japon maddi hukukunun idaresi altında idi. Dolayısıyla, bu dönemde yabancıların mutlak surette velayet hakkına sahip olduğunu göstermesi gerekmekte, buna rağmen iadeyi yahut ziyaret hakkını elde edebilmesi kendisi için yine de zor olabilmekteydi.¹⁸ Detaylarına aşağıda değinilecek olan bu maddi hukuk kaynaklı sıkıntı, pek çok yabancı babanın çocuklarından tamamıyla ayrı kalmalarına yol açmakta, çocuklar açısından ise babalar ile olan bütün temasın kesilmesi anlamına gelmekteydi.

Günden güne ciddiyet kazanan ve kısa süre içerisinde küresel bir problem haline alan bu durum uluslararası camiada hoşnutsuzluğa neden olmuş, Japonya'nın kaçırılan çocukları iade etmekte isteksizlik şeklinde algılanan tutumu, ABD ve pek çok Avrupa ülkesinden baskı görmesine yol açmıştır.¹⁹ 2004 Yılında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, Japon hukukunda çocuk kaçırmanın önlenmesine ilişkin mevcut tedbirlerin yetersiz kaldığına ilişkin bir açıklama yaparak, o dönemki Japon hükümetine Sözleşme'ye taraf olma çağrısında bulunmuştur.²⁰ Öyle ki, sadece İngiltere, ABD, Avustralya ve Kanada açısından kendi vatandaşlarını doğrudan ilgilendiren vakaların 2005 - 2009 yılları arasında sayıca dört kat arttığı belirtilmektedir.²¹

16 Nishioka and Tsujisaka (n5) 8.

17 Itsuko Kamoto, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru jouyaku (haagu jouyaku) wo meguru mondai' (2014 / 10) 26(2) Kazoku shakaigaku kenkyuu 158; Yasushi Nakanishi and Aki Kitazawa and Dai Yokomizo and Takami Hayashi, *Kokusaishihou* (Yuuhihaku 2014) 349; Sawako Yamaguchi and Taryn Lindhorst, 'Domestic Violence and the Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Japan and U.S. Policy' (2016) 17(4) Journal of International Women's Studies 17.

18 Nishioka and Tsujisaka (n5) 9.

19 Megumi Nakamura, 'Haagu jouyaku -kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru 1980nen 9gatsu 25nichi no jouyaku-' (2013) 27 Kokusai josei 142; Kamoto (n15) 158; Masayuki Tanamura, 'International Child Abduction Cases and the Act for the Implementation of the Hague Convention' (2014) 57 Japanese YB Int'l L. 24, 25; Hanley (n5) 2; Bangt Schwemann, 'Japans Beitritt zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung' (2014/9) Frankfurt Working Papers on East Asia 22; Nakanishi and others (n15) 349.

20 Kamoto (n15) 158.

21 Hanley (n5) 10; Jennifer Costa, 'If Japan Signs the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Real Change or Political Maneuvering?' (2010) 12 Or. Rev. Int'l L. 369, 388.

İngiltere, ABD, Kanada ve Fransa'nın o dönemki hükümetleri, Japon hükümetine karşı, kaçırılan çocukların iadesi sorununun çözümünde daha çok çaba sarfedilmesi gerektiği yönünde ısrarcı bir tutum içerisine girmişlerdir. Bu doğrultuda, ABD ve Fransız yasama organlarınınca Japon hükümetine çağrıda bulunan kararlar kabul edilmiş,²² 2010 yılında sekiz ülkenin büyükelçileri, Japonya'yı Sözleşme'ye katılmaya davet etmişlerdir.²³ *Torisawa*, katılım sürecini ele aldığı eserinde Japonya'nın Sözleşme'ye katılması için yabancı ülkelerden yapılmış tüm resmi çağrılarını tespit etmiştir. Buna göre, 2008 - 2012 yılları arasında, toplam onbeş farklı vesile ile ellinin üzerinde çağrı yapılmış olduğu ortaya çıkmaktadır.²⁴ Neticede, Japon hükümeti Sözleşme'ye katılmanın kendi ulusal çıkarlarına daha iyi hizmet edeceği fikrini benimsemiş ve aşağıda detaylı olarak ele alınan ön hazırlıklara başlamıştır.²⁵ G8 üyesi bir devletin, aile hukukuna ilişkin bir mesele hakkında bu denli uluslararası baskıya maruz kaldığı başka bir örnek bulmak zor olsa gerekir. Bu sebeple aşağıda, Japonya'nın, tüm bu baskılara rağmen niçin uzun süre Sözleşme'ye katılmaktan imtina etmiş olduğu hususuna değinilecektir.

2. Sözleşme'ye Yönelik Eleştiriler

Japon doktrininde, Sözleşme'nin Avrupa ve ABD aile hukuku modeline göre hazırlandığı ve nihayetinde ortaya çıkan sonucun Japon modelinden ciddi şekilde farklılaştığı öne sürülmüştür.²⁶ Bu durumun Japon maddi hukuku ile çatışma yaratacağından bahisle pek çok uygulamacı, Sözleşme'ye taraf olma aleyhinde bir duruş sergilemişlerdir.²⁷ Söz konusu çatışmanın, daha ziyade Japon aile hukukunda benimsendiği şekliyle velayet hakkı bakımından ortaya çıkabileceği düşünülmüştür. Evli çiftler, çocukları üzerinde müşterek velayete sahip olabilmektedirler. Buna karşılık, boşanan çiftlerin çocuk üzerinde müşterek velayet hakkına sahip olabildiği diğer pek çok hukuk sisteminin aksine, Japon hukukunda velayet hakkı tek ebeveyn (genellikle anne) verilmekte,²⁸ bu hakka sahip olmayan diğer ebeveynin çocuğu düzenli ziyaret edebilme hakkı ise tanınmamaktadır.²⁹

Boşanma sonrasında velayet eşlerden yalnızca birine verildiği için, bu hakka sahip bulunan ebeveynin çocuğu bir başka yere götürmesi için diğer ebeveynenden yahut

22 Nishioka and Tsujisaka (n5) 9.

23 Hanley (n5) 8.

24 Sözleşme'ye taraf olmasından önce Japonya'ya çeşitli devletler ve uluslararası örgütlerce yapılmış tüm çağrılarının kimler tarafından ne zaman yapıldığını gösterir oldukça detaylı bir liste için bkz. Takayuki Torisawa, 'Kokusaitekina kodomo no tsuresari -haagu jyouyaku no hijun wo megutte' (2012/4) Refarensu 67, 68.

25 Nishioka and Tsujisaka (n5) 9.

26 Satoshi Watanabe, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjimen ni kansuru jyouyaku no hijun wo meguru kentoumondai(ge)' (2011) 674 Koseki jihou 38, 39.

27 Kiyoshi Hosokawa, 'Kantougen - kokusaitekina ko no tsuresari' (2006) 2 Keesu kenkyuu 3; Yoko Konno, 'A Haven for International Child Abduction: Will the Hague Convention Shape Japanese Family Law?' (2015) 46 Cal. W. Int'l L.J. 44.

28 Hanley (n5) 3.

29 Hanley (n5) 8.

mahkemeden izin almasına gerek yoktur.³⁰ Dolayısıyla, müşterek velayete izin veren dolayısıyla çocuğun yer değişimi için mahkeme veya eski eşin izni gereken hukuk sistemlerine sahip ülkelerden, söz konusu izni almadan çocuk ile birlikte Japonya'ya dönen ebeveynler Sözleşme anlamında hukuka aykırı yer değiştirme yapmış olmaktadır.³¹ Her ne kadar, müşterek velayet kurumu Sözleşme'nin uygulanması için aranan bir şart olmasa da,³² velayet hakkına ilişkin bu durumu gerekçe göstererek sözleşmeye itiraz etmiş yazarların, “Batı değerleri lehine Japon hukukunda değişime zorlanma” fikrine sıcak bakmadıkları anlaşılmaktadır.³³ Japonya'da yetkililerin -çocuk istismarı vakaları hariç olmak üzere- aile işlerine karışmaktan uzak durmak yönünde genel bir anlayışa sahip olduklarından da bahsedilmektedir.³⁴

Sözleşme'ye katılma fikrine karşı olanlarca ileri sürülmüş diğer başlıca argümanlar, *Torisawa* tarafından şu şekilde sıralanmaktadır:³⁵

1- Sözleşme hazırlanırken daha ziyade babaların çocuk kaçırdığı varsayımı üzerinden hareket edilmiştir. Halbuki, gerçekte durum bunun tam tersidir.³⁶

2- Sözleşme, iade sürecinin en hızlı şekilde tamamlanmasını birinci öncelik saymaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'nin mevcut sistemi, kaçırma eyleminin somut şartları (ev içi şiddet vb.), çocuğun bakım durumu, çocuğun üstün menfaati ile ilgili incelemelere girilmesizin bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.³⁷

3- Sözleşme sisteminde iadeyi red sebepleri çok kısıtlı bir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin, m.13/1-b hükmünde yer alan “ciddi risk” istisnası içerisinde, anneye yönelik ev içi şiddet eylemleri açıkça dahil edilmemiştir.³⁸

30 *Torisawa* (n22) 77; *Yamaguchi and Lindhorst* (n15) 21.

31 *Torisawa* (n22) 78. 2012 yılından bir istatistik, Dünya çapında her yıl 30.000 civarında Japon vatandaşının yabancılar ile evlendiğini ortaya koymaktadır. Bkz. *Kuchikomi, 'Int'l marriages test ability to balance love with tolerance'*, (Japan Today, 19.04.2012) <<https://japantoday.com/category/features/kuchikomi/international-marriages-test-ability-to-balance-love-with-tolerance>> Erişim Tarihi 25 August 2020. Bu evliliklerden her yıl yaklaşık 25.000 çocuğun dünyaya geldiği ifade edilmektedir. Bkz. *Beverley Anne Yamamoto, 'International Marriage in Japan: An Exploration of Intimacy, Family and Parenthood, (18th Biennial Conference of the Asian Studies Association of Australia, Adelaide, 5-8 July 2010)* https://www.researchgate.net/publication/282121752_International_Marriage_in_Japan_An_Exploration_of_Intimacy_Family_and_Parenthood.

32 *Nitekim, ABD'nin bazı eyaletlerinde de müşterek velayetin düzenlenmemiş olduğu bilinmektedir. Bkz. Mikiko Ootani, 'Bekkyo/riko ni shitagau ko no shinken/kango wo meguru jishijou no kadai'* (2011) 1430 *Jurisuto* 19.

33 *Watanabe* (n24) 38-39; Öte yandan, bu noktada batı değerlerini benimsemenin Japon hukukunu modernize etmek için bir fırsat olarak görülebileceği fikri de ileri sürülmüştür. Bkz. *Shinichirou Hayakawa, 'Haagu kodasshu jouyaku dansou -nihon no oyako housei e no ichishiten (tokushuu shinken wo meguru doukou - minpounado kaisei to haagu jouyaku kamei e no ugoki)* (2011) 1430 *Jurisuto* 12.

34 Bu düşünce, vaktiyle dışişleri bakanlığı görevinde bulunmuş olan *Katsuya Okada* tarafından dile getirilmiştir. Bkz. *Jeremy Morley, Japan & International Child Abduction: An Update (International Family Law, 24.02.2010)* <<http://www.internationalfamilylawfirm.com/2010/02/>> Erişim Tarihi 25 August 2020.

35 *Torisawa* (n22) 78, 79.

36 Gerçekten de, çocuğu kaçıran tarafın anne konumunda olduğu vakalar, 2015 yılında Sözleşme kapsamında yapılmış tüm iade başvuruları içerisinde %73 gibi oldukça yüksek bir orana sahiptir. Bkz. *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017, s.7 (HCCH)* <<https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>> Erişim Tarihi 25 August 2020.

37 Her ne kadar Sözleşme, çocuğun üstün menfaatinin korunması gerektiğini açıkça ifade etmiş olsa da, kanımızca Japon yazarlar bu itirazı öne sürerken, iade talebinin hızlı bir usulde sonuca ulaştırılmasının bu menfaati sağlıklı bir şekilde değerlendirmeye engel teşkil edeceği endişesinden hareket etmektedirler.

38 Sözleşme sisteminde anneye yöneltilmiş ev içi şiddetin yeri hususuna ilişkin açıklamalar ve mevcut uygulamanın tatminkar sonuçlar vermediği yönünde getirilen eleştiriler için bkz. *Saatcioğlu* (n14) 20-29.

4- Geride bırakılan ebeveynin sahip olduğu velayet hakkı birinci planda gözetilmektedir. Dolayısıyla, çocuğun üstün menfaatine yönelik değerlendirmeye atfedilecek önem bunun yanında sönük kalmıştır.

5- İade sonrasında, çocuğa gerçekte nasıl koşullar içerisinde bakıldığı hususu teyit edilmemektedir.

6- Çocuğun mutad mesken ülkesine iadesi sonrasında, çocuğu kaçırmış olan tarafın o ülkede velayet davası için yüksek avukatlık masraflarına katlanmak, sabit ve düzenli gelir sahibi olmak, oturma izni almak gibi zorlukların üstesinden gelmesi gerekmektedir. Aksi halde, kendisinin velayet hakkını elde edebilmesi oldukça zordur.

Sıralanan bu eleştiriler içerisinde, özellikle ciddi risk istisnası bakımından gündeme getirilmiş itirazın bolca taraftar toplamış olduğu belirtilmektedir.³⁹ Nitekim, bu itirazın yoğun etkisi altında kalan kanunkoyucu, uygulama kanununda bu istisnaya ilişkin hükmü Sözleşme metninden daha geniş bir içerikte düzenlemek zorunda kalmıştır. Söz konusu hükme aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecektir.

Son olarak, kanımızca Japonya'nın Sözleşme'ye taraf olma hakkındaki isteksizliğini açıklayabilecek bir başka etmen daha düşünülebilir. Japon vatandaşlarının genellikle hangi devlet tabiiyetine sahip yabancılar ile evlendiklerini ortaya çıkaran araştırmalar ışığında, bu ülkelerin büyük bir çoğunluğunun halihazırda Sözleşme'ye taraf olmadıkları anlaşılmaktadır.⁴⁰ Japon Barolar Birliği, 2011 yılında (yani aslında Sözleşme'ye taraf olma hazırlıkları başlamış iken), çocuğun Japonya'dan başka bir ülkeye kaçıırılması vakası barındıran davalara bakmışlığı bulunan avukatlar ile bir anket çalışması yapmıştır.⁴¹ Alınan sonuçlara göre, en çok çocuk kaçıırılmış ülkeler sırasıyla Çin, Filipin, İngiltere ve Pakistan şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu ülkeler arasında yalnızca İngiltere o esnada Sözleşme'ye taraf konumunda olup, diğer üç ülke henüz taraf değillerdir. Bu çerçeveden bakıldığında, Japonya'nın, kendi ülkesinden başka ülkelere yapılacak olası iade taleplerinin zaten Sözleşme'ye taraf olmayan ülkelere yöneltilmesi gerekeceğini, dolayısıyla, kendisinin Sözleşme'ye taraf olma bir menfaati bulunmadığını düşünmüş olması da ihtimal dahilinde görülebilir.

Yukarıda temas edilen tüm itirazlara rağmen, Japonya'ya kaçıırılan çocuk sayısındaki hızlı artış ve yıllardır süregelen uluslararası baskının neticesinde Japonya, Sözleşme'ye taraf olmaya karar vermiş ve bu doğrultuda hazırlıklara başlamıştır. Aşağıda, her ne

39 Ryouta Kaji, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru jyouyaku (haagu dasshu jyouyaku)' (2012 / 5) 328 Rippou to chousa 28; Nakamura (n17) 144; Kamoto (n15) 158; Nakanishi and others (n15) 352; Konno (n25) 61.

40 Kaji (n34) 28.

41 Nihon Bengoshi Renaikai, 'Kokusaitekina ko no tsuresari ni kansuru ankeeto houkoku' (2011) <https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba_info/publication/data/2011child_abduction-enquete.pdf> Erişim Tarihi 25 August 2020. Öte yandan, 2013 tarihli bir araştırmaya göre, Japon vatandaşı erkekler ile evlenen yabancıların sıklıkla Çin, Filipin ve Güney Kore; Japon vatandaşı kadınlar ile evlenenlerin ise sıklıkla Güney Kore, ABD ve Çin vatandaşlıklarına sahip oldukları gözlemlenmektedir. Bkz. Kouseiroudoushou, 'Dai 2 hyou - fusai no kokuseki betsu ni mita konin kensuu no nenji' <<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/suii10/dl/s05.pdf>> Erişim Tarihi 25 August 2020.

kadar çalışmanın konusu ile doğrudan ilgili bulunmasa da, benzerine az rastlanır bir katılımcılık sergilenerek gerçekleştirilmiş olması itibariyle, bir “uygulama kanunu hazırlama yöntemi” teşkil etmesi bakımından örnek alınabileceğini düşündüğümüz bu hazırlıklara kısaca temas edilecektir.

3. Hazırlıklar ve Katılım

Sözleşme’ye katılıp katılmamak noktasındaki değerlendirme, Sözleşme’nin yalnızca Dışişleri ve Adalet Bakanlıklarının değil, diğer bazı bakanlıkların iştigal alanlarını da ilgilendiriyor olması sebebi ile; ayrıca, değerlendirme sürecinin daha hızlı neticelenmesini de temin etmek adına, bu amaca özgü olarak kıdemli bakan yardımcılarından oluşturulmuş bir “İlgili Bakanlıklar Kurulu” tarafından yapılmıştır. Böylelikle, bakanlıklar arası koordinasyonun ve işbirliğinin garanti altına alınması hedeflenmiştir. Bu çerçevede, Kamu İdaresi Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Posta ve Telekomünikasyon Bakanlığı, Adalet Bakanlığı, Eğitim, Kültür Spor, Bilim ve Teknoloji Bakanlığı, Sağlık, Çalışma ve Refah Bakanlığı söz konusu kurula katılım göstermiştir.⁴²

Kurul, 2011 yılının Ocak ve Nisan ayları arasında gerçekleştirdiği yedi oturum boyunca, Sözleşme’ye katılım sağlamanın lehinde ve aleyhinde olan görüşler ışığında temel meseleleri tartışmış ve bu doğrultuda uygulama kanununun içermesi gereken hususları belirlemiştir. Adalet Bakanlığı’nın merkezi makam olarak tayin edildiği diğer pek çok taraf devlet örneğinin aksine, Kurul bu görevi Dışişleri Bakanlığı’na yüklemiştir. Merkezi makamın görevini esasen diğer ülke merkezi makamları ile doğrudan temas halinde yürütmesi gerektiği düşünüldüğünde, yabancı hükümetler ve uluslararası örgütler ile günlük bir koordinasyon halinde çalışan Dışişleri Bakanlığı’nın, bu görev için daha uygun bir tercih olacağı sonucuna varılmıştır.⁴³ Ayrıca, Dışişleri Bakanlığı’nın diğer ülkelerde bulunan Japon misyonları aracılığı ile o ülkelerde yaşayan ve ailevi meselelerden muzdarip Japon vatandaşlarının menfaatlerini zaten gözetiyor oluşu da bu kararın verilmesinde etken olmuştur.⁴⁴

Uygulama kanunu içerisinde merkezi makamın rolüne ilişkin maddelerin hazırlanması görevi Dışişleri Bakanlığı’na; mahkeme usullerine ilişkin maddeleri hazırlama görevi ise Adalet Bakanlığı’na verilmiştir. Kanun taslağı, bu iki bakanlık bünyesinde oluşturulan çalışma grupları tarafından hazırlanmıştır.⁴⁵ Dışişleri Bakanlığı bünyesindeki toplantılara akademisyenlerden, Japon Barolar Birliği’nden, ilgili bakanlık ve teşkilatlar ile Japon Yüksek Mahkemesi’nden temsilciler katılmışlardır.

42 Nishioka and Tsujisaka (n5) 10.

43 Tanamura (n17) 26.

44 Ev içi şiddete maruz kalınması sebebiyle çocuğun kaçırılması hali de bu tür ailevi meselelerden birisidir. Bkz. Nishioka and Tsujisaka (n5) 18.

45 Nishioka and Tsujisaka (n5) 11; Torisawa (n22) 73; Nakamura (n17) 142; Kamoto (n15) 158.

Adalet Bakanlığı bünyesindeki çalışma grubuna ise, medeni hukuk, milletlerarası özel hukuk ve icra hukuku alanlarından akademisyenlerin yanısıra polis teşkilatından, Adalet Bakanlığı'ndan ve Dışışleri Bakanlığı'ndan temsilciler katılmıştır.⁴⁶

Dışışleri Bakanlığı bünyesindeki toplantılar 2011 yılının Temmuz ve Aralık ayları arasını kapsayan dönemde toplamda beş oturum halinde gerçekleştirilmiştir.⁴⁷ Bu dönemin ortasına denk gelen Eylül ayında, o ana kadar gerçekleştirilmiş oturumlarda varılan sonuçları barındıran ve uygulama kanununda yer alacak maddelerin de temelini teşkil edecek "ara rapor" geri dönüşlerin sağlanması amacıyla kamuoyunun bilgisine sunulmuştur. Verilen bir aylık süre zarfında kamuoyundan gelen görüş ve önerilerin toplanmasının ardından, çalışmalara kalınan yerden devam edilmiş ve takriben altı aylık çalışmanın neticesi "nihai rapor" adı altında yayınlanmıştır.⁴⁸

Adalet Bakanlığı bünyesindeki toplantılar ise, Temmuz 2011'den Ocak 2012'ye kadar geçen yedi aylık dönemde toplam on iki oturum halinde gerçekleştirilmiştir. Benzer şekilde, çalışmaların ortasında bir ara rapor hazırlanarak kamuoyunun bilgisine sunulmuş ve bir aylık süre içerisinde gelen görüş ve öneriler toplanmıştır.⁴⁹ Kanun'un ana hatları 2012 yılının Ocak ayında tamamlanmış,⁵⁰ ardından Bakanlar Kurulu, konuyu Parlamento'nun gündemine sunmuştur. Bununla birlikte, genel seçimler sonucu hükümetin değışmesi üzerine mesele bir süre gündemden düşmüştür.⁵¹ Nihayet, yeni hükümetin konuyu tekrar gündeme alması üzerine Sözleşme 22 Mayıs 2013 tarihinde onaylanmış; Uygulama Kanunu ise 12 Haziran 2013 tarihinde kabul edilmiştir.⁵²

Parlamento görüşmeleri esnasında, sunulan metin üzerinde herhangi bir değışikliğe gidilmemiş olmakla birlikte, Parlamento, Hükümeti özel olarak görevlendiren bir karar almıştır. Bu karara göre;

1- Sınır aşan çocuk kaçırma vakalarının durumu ile Kanun'un fiilen nasıl uygulanmakta olduğu hususlarının Hükümet tarafından araştırılması ve denetlenmesi, elde edilecek sonuçların şimdilik Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren her yıl olmak üzere Parlamento'ya rapor halinde ve kamuoyunun da bilgisine sunulması;

46 Nishioka and Tsujisaka (n5) 11.

47 2011 Yılıının Temmuz ayında Japon Barolar Birliği ile ortaklaşa bir sempozyum düzenlenmiş ve Japonya'nın Sözleşme'ye taraf olması hususu etraflıca tartışılmıştır. Gaimushou, 'Nihon to kokusai shakai no heiwa to ante ni muketa torikumi' in Gaikou seisho (2011) <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/bluebook/2011/pdf/pdfs/3_1.pdf> Erişim Tarihi 25 August 2020.

48 Nishioka and Tsujisaka (n5) 11.

49 Houmushou, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru joyaku (kashou) wo jishsi suru tame no ko no henkan tetsuzuki to no seibi ni kansuru chuukan torimatome ni kansuru iken boshuu no kekka ni tsuite' (MOJ, 2011) <www.moj.go.jp/content/000081707.pdf> Erişim Tarihi 25 August 2020.

50 Nishioka and Tsujisaka (n5) 11.

51 Nishioka and Tsujisaka (n5) 12; Nakamura (n17) 142; Kamoto (n15) 158; Tanamura (n17) 25.

52 Nishioka and Tsujisaka (n5) 12.

2- Yürürlüğe giriş tarihinden itibaren yaklaşık üç yıl sonra, Kanun'un o ana kadar nasıl uygulandığı hususunun Hükümet tarafından incelenerek bu inceleme sonucunda gerekli tedbirlerin yine Hükümet tarafından alınması gerekmektedir.⁵³

Nihayet, Japonya Sözleşme'yi 2014 yılının Ocak ayında onaylamış ve Sözleşme 1 Nisan 2014 tarihi itibariyle Japonya'da yürürlüğe girmiştir.⁵⁴ 2020 yılının Nisan ayı itibariyle Sözleşme'ye 101 devlet taraf olmakla birlikte, Japonya örneğinde olduğu gibi son derece detaylı bir hazırlık faaliyeti ile önce temel sistemini kuran ardından Sözleşme'ye taraf olan devlet sayısının az olduğu belirtilmektedir.⁵⁵ Günümüzde, Sözleşme'ye ilişkin Japon uygulamasının Batılı devlet uygulamalarına kıyasla kayda değer bir farklılık arz etmediği söylenmektedir ki,⁵⁶ ABD'nin, uluslararası kaçırılan çocukların iadesi ile ilgili olarak uzun bir süredir kara listede tuttuğu Japonya'yı 2019 yılı itibariyle listeden çıkarmış olması,⁵⁷ bu görüşü doğrular niteliktedir.

B. İade Talebi Prosedürü

Sözleşme ve uygulama kanunu uyarınca, Japonya'ya iade başvurusu yapılabilmesi için dört şartın bir arada bulunması aranmaktadır. Bunlar; çocuğun 16 yaşından küçük olması; çocuğun Japonya'da bulunması; çocuğun Japonya'ya kaçırılmış veya Japonya'da alıkonuluyor olmasının, çocuğun mutad meskeni ülkesindeki mevzuat uyarınca talepte bulunanın velayet hakkını ihlâl ediyor olması; kaçırma veya alıkoymanın başladığı tarihte mutad mesken ülkesinin Sözleşme'ye taraf devlet konumunda olmasıdır.⁵⁸ Bir başka ülkeden Japonya'ya kaçırılan çocuklar açısından, geride bırakılan ebeveynin kendi ülkesindeki merkezi makama veya Japonya'daki merkezi makama iade başvurusunda bulunabilmesi mümkün olduğu gibi,⁵⁹ bu kimsenin doğrudan Japon mahkemelerinde çocuğun iadesi isteminde bulunabilmesi de mümkündür.⁶⁰

53 ibid 12, 13. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bu gözetim ve raporlama faaliyetinin, Parlamento'nun isteğine uygun şekilde düzenli olarak yapılmakta olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Nishitani (n10) 48.

54 Nishioka and Tsujisaka (n5) 8. Japonya'nın Sözleşme'ye taraf olduğu bilgisinin pek çok ülkede gazete haberlerine bile konu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Schwemann (n17) 13.

55 Nishitani (n10) 48.

56 Nishitani (n10) 57.

57 Bkz. 'U.S. removes Japan from blacklist of countries not complying with Hague Convention on child abduction, but remains highly concerned', (The Japan Times, 13.05.2019) <<https://www.japantimes.co.jp/news/2019/05/13/national/politics-diplomacy/u-s-removes-japan-list-countries-showing-noncompliance-hague-convention-child-abduction/#.X0LdWUk3E0>> Erişim Tarihi 25 August 2020.

58 Japonya'da mutad mesken, bir yerde bulunma süresine, bulunma amacına ve bulunma koşullarına bağlı şekilde somut olaya göre varlığı ya da yokluğu değerlendirilen bir kavramdır. Özellikle, çocuğun doğduğu ve sonrasında yaşamaya devam ettiği yer; ebeveynlerin işlerine çocuğun ise kreşe, anaokuluna yahut okula gitme durumu; çocuğun ilgili ülkedeki yaşam geçmişi; o ülkenin haricinde başka bir ülkeye çocuğun taşınmasına ilişkin bir plan yahut hazırlığın olup olmadığı gibi hususlar üzerinden değerlendirme yapıldığı belirtilmektedir. Bkz. Nishitani (n10) 50, 51.

59 2020 yılının Nisan ayı itibariyle Japon merkezi makamına yapılan iade başvurularının toplam sayısının 132 olduğu belirtilmektedir. Bkz. Nishitani (n10) 49.

60 Nishitani (n10) 49; Toshiteru Shibaiki, 'Haagu kodasshujouyaku no jitsumujou no toutatsuten to kongo no kadai' (2019/6) 20 Katei no hou to saiban 5.

İade başvurusunu alan Japon merkezi makamı, çocuğu kaçıran ebeveyn ile iletişime geçmeye ve taraflar arasında iletişimi hızlandırmaya çalışacaktır. Merkezi makamın teşviki üzerine eğer her iki taraf da uzlaştırma veya arabuluculuk yoluna başvurmayla rıza gösterir ise, merkezi makam meseleyi uzlaşmacı bir çözüme kavuşturabilmek amacıyla ücretsiz olarak dört defaya kadar oturum gerçekleştirebilecektir.⁶¹ Bu çabalardan bir sonuç alınamaz ise, mesele Tokyo veya Osaka'daki aile mahkemelerinden birince karara bağlanacaktır.⁶² Tarafların mahkemede dahi uzlaştırma prosedürünü işletebilmeleri mümkündür.⁶³ Eğer taraflar bu yolu işletmelerine rağmen bir sonuca varamıyorlar yahut uzlaştırmaya rıza göstermiyorlar ise, mahkeme iade istemi hakkındaki kararını verecektir.⁶⁴

Bu noktada, Japon uygulamasında uzlaştırmanın oldukça önem atfedilen ve başarılıla uygulanan bir kurum olduğunu belirlemekte fayda vardır.⁶⁵ Kaçıran tarafın kendi rızası ile çocuğu iade etmeye yanaştığı örneklerin oranı, 2015 yılı istatistiklerine göre %70 seviyesindedir ki, bu oran %30 civarında seyreden diğer taraf devletler ortalamasına kıyasla oldukça yüksektir. Bu farklılığın, merkezi makam ve mahkemelerce etkin bir biçimde işletilen uzlaştırma ve arabuluculuk prosedürlerinden ileri geldiği düşünülmektedir.⁶⁶

Tokyo veya Osaka mahkemelerinden birine başvurulduğunda, mahkeme, istem tarihinden itibaren ikinci haftanın sonunda ilk duruşmayı, beşinci haftanın sonunda ikinci duruşmayı gerçekleştirmekte ve yaklaşık altı hafta sonunda incelemesini sonlandırarak kararını vermektedir.⁶⁷ Birinci duruşmada taraflar arasındaki çekişmeli hususlar ortaya konmakta, eğer mümkün ise tarafların uzlaştırmaya rızaları temin edilmekte⁶⁸ ve meselenin nasıl inceleneceğine dair bir plan oluşturulmaktadır. Takip eden haftalarda, eğer mümkün ise çocuğun dinlenmesinin ardından ikinci duruşmada,

61 Shuji Zushi, 'Japan's 5-year experience in implementing the 1980 Hague Abduction Convention' 2019 IFL 82; Nakamura (n17) 144.

62 Hanley (n5) 2.

63 İlk derece mahkemesi veya itirazı inceleyen üst mahkemenin, taraflarca da rıza gösterilmesi halinde meseleyi uzlaştırmaya havale etmesi mümkündür (Kanun m.144). Ailevi ilişkiler bakımından uzlaştırma, oturumları, bir hakim (esas meseleye bakan hakim olabileceği gibi bir başka hakim de olabilir) ve iki uzlaştırma komiserinden müteşekkil bir komite tarafından yürütülmektedir. Uzlaştırma komiserleri kısmi zamanlı devlet görevlileri olup, feraset sahibi ve iyi karakterli kimseler arasından seçilmektedirler. Ailevi ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde bilgiye ve hayat tecrübesine sahip olmaları beklenen bu kimseler; eski/emekli öğretmenler, şirket yöneticileri veya gazeteciler vb. olabilmektedirler. Masako Murakami, 'Case Proceedings for the Return of An Abducted Child and the Compulsory Execution in Japan' (2014) 57 Japanese YB Int'l L 42.

64 Çocuğu kaçıran tarafın mahkemece verilecek iade kararına uymaması halinde, geride bırakılan ebeveyn icra yoluna başvurabilmektedir. Bkz. Zushi (n56) 82.

65 Ai Kuroda, 'Haagu anken ni kansuru oosaka katei saibansho ni okeru jitsumu-ADR no riyou-bengoshi no tachiba kara' (2019/6) 20 Katei no hou to saiban 13.

66 Nishitani (n10) 50; Zushi (n56) 83.

67 Shibaiki (n58) 8.

68 Uzlaştırma prosedürü bir-iki hafta içerisinde sonlandırılabilen, bu durum onu Sözleşme'nin öngördüğü altı haftalık azami inceleme süresine kıyasla hızlı ve az masraflı bir seçenek haline getirmektedir. Benzer şekilde, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin, barolarca verilen hizmetler arasında olması ve diğer ülkedeki ebeveyn ile Skype, web konferans vb. yollar aracılığıyla doğrudan iletişime geçilebiliyor olması da bir avantaj olarak görülmektedir. Bkz. Nishitani (n10) 50; Shibaiki (n58) 7.

tarafaların ifadeleri alınmaktadır. Mahkeme incelemesi sonunda, iade şartları (m.27) mevcut iken, iadeyi red sebeplerinin (m.28) bulunmadıkları anlaşılıyorsa, çocuğun iadesine karar verilmektedir.⁶⁹

İlk derece mahkemesince verilen nihai kararın, kesinleştiği ana kadar geçerlilik kazanmayacağı hususu da Kanun'da hüküm altına alınmıştır. Kararı yerinde bulmayan taraf, kararın kendisine tebliğ edilmesinden itibaren iki haftalık süre içerisinde üst mahkemeye itiraz etme hakkına sahiptir.⁷⁰ Diğer bazı taraf devlet uygulamalarında, çocuğun kim tarafından nasıl bir usulde iade edileceği, çocuk tesliminin yeri ve zamanı, uçuş bilgileri ve ilgili kimselerin iade esnasında hazır bulunmaları gerekir gerekmediği vb. iade sürecine ilişkin önemli detaylara kararda yer verilmesine karşın, Japon uygulamasında kararın iadeye ilişkin kısmı oldukça sade bir lafız ile kaleme alınmakta olup, yalnızca çocuğun kim tarafından nereye iade edeceği bilgilerini içermektedir.⁷¹

Bu çalışmanın konusunu oluşturan iade talebinin de, yukarıda anlatılan prosedüre uygun şekilde⁷² önce Japon merkezi makamı olan Dışişleri Bakanlığı'na yapıldığı, ancak karşı tarafın çocuğu iadeye yanaşmaması üzerine 2014 yılının Şubat ayı başlarında talebin Tokyo Aile Mahkemesi'ne intikal ettirildiği anlaşılmaktadır.⁷³

C. “Ciddi Risk” İstisnasının Uygulanması

Japonya Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan ve Aralık 2012-Ocak 2013 arası bir aylık dönemi kapsayan bir araştırmaya göre, başka ülkelerde yerleşik Japon vatandaşlarının o ülkelerdeki Japon misyonlarına yaptıkları ve ailevi meselelere ilişkin bulunan 315 adet danışma başvurusu arasında, ev içi şiddet konusu 74 vaka ile ikinci sırada yer almaktadır. Birinci sırada 87 vaka ile pasaport ve vize işleri; üçüncü sırada ise 70 vaka ile boşanmaya yönelik danışma taleplerinin geldiği düşünüldüğünde, yabancı ülkelerde yaşayan Japon vatandaşlarının ciddi bir kısmının ev içi şiddete maruz kaldığı sonucu çıkmaktadır.⁷⁴

69 Nishitani (n10) 49. Geride bırakılan ebeveynin işbirliğine hazır olduğu haller açısından (uzaklaştırma kararına uyması, mesken ve yaşam masraflarını karşılamayı teklif etmesi vb.) bu işbirliğinin gerçekten de sağlanacağına bir garantisi olmadığından, çocuğun iade edilip edilmeyeceğine yönelik değerlendirme sürecinde işbirliği vaadlerinin genel olarak dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Nishitani (n10) 54. Farklı yönde bkz. Kaji (n34) 24.

70 Üst mahkemenin itiraz üzerine vereceği karara karşı ise, belirli şartların sağlanması halinde Japonya'daki en yüksek dereceli mahkemeye (saikousaibansho 最高裁判所) başvuru mümkündür. Sağlanması gereken şartlar hakkında bkz. Murakami (n58) 44, 45.

71 ibid 44.

72 Bu noktada, iade prosedürüne ilişkin olarak Kanun'da yer verilen düzenlemeler ile Sözleşme hükümleri arasında bir uyum sorunu olup olmadığı hususu merak edilebilir. Ancak, anılan husus inceleme konumuz ile doğrudan ilgili olmadığından bu çalışmada ayrıca ele alınmamıştır.

73 'Torukojin no otto e no danji henkan - toukyou kasai mitomeru', (Haagu jouyaku no jian, 25.03.2015) <<http://hague-convention-jpn.info/index.php?%E6%9C%80%E6%96%B0%E3%83%8B%E3%83%A5%E3%83%BC%E3%82%B920150325c>> Erişim Tarihi 25 August 2020.

74 Nishioka and Tsujisaka (n5) 13.

Ev içi şiddet unsuru barındıran çocuk kaçırma vakalarının büyük bir kısmı açısından, çocuğun kaçırılmasının esas sebebinin şiddet eyleminin kendisi olduğu,⁷⁵ çocuğunu Japonya'ya kaçıran annelerin neredeyse hepsinin bir şekilde ev içi şiddete maruz kaldıklarını iddia ettikleri belirtilmektedir.⁷⁶ Japonya'da bu husus, Sözleşme'nin ve Uygulama Kanunu'nun kabulüne giden süreçte esaslı tartışmalara konu olmuştur. Çocuğu yanında götürülen ve ev içi şiddet mağduru olmuş ebeveynlere yönelik yeterince kapsamlı ve etkili bir destek sunulmaması noktasında endişeler dile getirilmiştir.⁷⁷

Ciddi risk soyut bir kavram olup çocuğu kaçıran ebeveyn tarafından öne sürülmesi nispeten kolay olduğu için, Sözleşmeye taraf devletler arasında bu istisnanın dar yorumlanması gerektiği yönünde genel bir anlayış bulunmakla birlikte, Sözleşme'de bu istisnaya dair somut bir kriter getirilmemiştir.⁷⁸ Yapılan en önemli eleştiri, Sözleşme m.13/1-b hükmünde yer alan bu istisnanın yalnızca çocuklar bakımından öngörülmüş olması, buna karşın çocuklara yönelik şiddet vakalarının çocuğu kaçıran kimseye yönelik olanlara kıyasla aslında ikinci planda kalıyor olmasıdır.⁷⁹

Anılan istisna, pek çok devletin uygulama kanunu içerisinde Sözleşme'deki lafza müdahale edilmeden iktibas edilmiştir. Öte yandan, hükmün muğlaklığı göz önüne alındığında, aynen iktibas şeklinde bir yolun mahkemelere yeterli düzeyde yol gösteremeyeceği, bir başka deyişle mahkemelerin gözetmesi gereken unsurlar açısından netlik sağlamayacağı düşünülmüş, mahkeme değerlendirmesi için daha açık bir kriter getirebilmek ve taraflara öngörülebilirlik sağlamak için nasıl bir düzenleme yapılması gerektiği hususu ciddi biçimde tartışılmıştır.⁸⁰ Bu tartışmanın çözümünde Japon kanun koyucusu, m.13/1-b kapsamında görülebilecek ve ciddi olduğunu düşündüğü halleri özel olarak sıralamak yolunu seçmiştir.⁸¹

Uygulama Kanunu m.28'in birinci fıkrası içerisinde, çocuğun iadesinin Sözleşme kapsamında reddedilebileceği tüm haller sınırlı sayıda olmak üzere sayılmıştır.⁸²

75 Barbara Stark, 'Foreign Fathers, Japanese Mothers, and the Hague Abduction Convention: Spirited Away' (2016) 41 NC J Int'l L 781. Çocuğunu başka bir ülkeye kaçıran kimselerin günümüzde büyük çoğunlukla kadınlar olduğu ve bu kimselerin azımsanmayacak bir kısmının ev içi şiddetten kaçtıkları hususu, Weiner'in kapsamlı çalışmasında çarpıcı şekilde ortaya konmuştur. Bkz. Merle Weiner, 'International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence' (2000) 69(2) Fordham L. Rev. 593, 706.

76 Hanley (n5) 12; Yamaguchi and Lindhorst (n15) 22.

77 Nishioka and Tsujisaka (n5) 13, 14.

78 Nishitani (n10) 53.

79 Kamoto (n15) 158; Tetsuo Tanahashi and Kenichi Watanabe and Atsushi Ogawa, Haagu jouyaku jiken no jitsumu -ko no henkan jiken wo chuushin ni (2017)1 Keesu kenkyuu 149.

80 Ev içi şiddet mağdurlarını destekleyen kuruluşlar ve diğer ilgililer, çocuğun taraflar arasındaki ev içi şiddet sebebiyle kaçırıldığı hallerde, uygulama kanunu içerisinde yer alacak hükmün iade talebinin reddedilmesine olanak tanıyacak şekilde kaleme alınması gerektiğini savunmuşlardır. Nishioka and Tsujisaka (n5) 16.

81 Nishitani (n10) 53.

82 Çocuğun iadesini red sebebinin olaydaki varlığı veya yokluğuna karar verirken, 1-Çocuğun iadesinden sonra nasıl bir tehlikenin meydana gelebileceği, 2-Mutad mesken ülkesinde çocuğu o tehlikeden koruyacak tedbirlere bağlı olarak tehlikenin azalıp azalmadığı, şeklinde iki yönlü bir inceleme yapılması gerekliliği savunulmuştur. Çalışmamızda incelenecek kararlar açısından, her ne kadar vakıalar mahkemelerce farklı yorumlanmış ise de, gerek ilk derece mahkemesi kararında gerek itirazı inceleyen üst mahkeme kararında bu iki yönlü incelemeye başvurulmuş olduğu söylenmektedir. Bkz. Hanrei (n8) 130, 131.

Bu fıkranın dördüncü bendi, Sözleşme’den farklı olarak mahkemeye takdir hakkı bırakmayan bir dil ile “çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir tehlikenin mevcudiyeti” halinde iade talebinin reddedileceğini hükme bağlamıştır. Bu hükümde benimsenen ifade tarzı, mahkemenin takdir hakkını kaldıran yönü hariç tutulursa, Sözleşme m.13/1-b hükmünde benimsenmiş olan ile aynıdır.⁸³

Maddenin ikinci fıkrası ise, bütünüyle Sözleşme m.13/1-b hükmünde yer alan istisnanın nasıl anlaşılacağı konusuna hasredilmiş ve bu konuda önemli bir netleştirme yapılmıştır.⁸⁴ Uygulama Kanunu m.28/2’ye göre, mahkeme, ciddi risk değerlendirmesini yaparken;

1- Çocuğun, mutad mesken ülkesinde başvuru sahibi tarafından bedensel şiddete veya ruhsal anlamda zarar görmesini sağlayacak söz ve davranışlara maruz kalma tehlikesinin mevcut olup olmadığını;

2- Başvuru kendisine karşı yapılan tarafın ve çocuğun mutad mesken ülkesine girmeleri halinde, başvuru kendisine karşı yapılan tarafın başvuru sahibi tarafından çocukta ruhsal travma yaratacak şekilde şiddet eylemlerine maruz kalması tehlikesi bulunup bulunmadığını;

3- Başvuru sahibi veya başvuru kendisine karşı yapılan tarafın mutad mesken ülkesinde çocuğun bakımı ile ilgilenmelerinde güçlük yaratan şartlar bulunup bulunmadığını, dikkate alacaktır.⁸⁵

Yukarıdaki son bendin, kaçırılan tarafın ülkeye giriş yapamaması; tutuklanma veya kovuşturmaya uğrama tehlikesi bulunması veya dönüş akabinde yaşamını idame ettirmede güçlük gibi haller nedeniyle çocuğa onun mutad meskeni ülkesinde bakım sağlayamayacağı haller yanında, başvuru sahibinin çocuğa onun mutad mesken ülkesinde bakım sağlamanın çocuğun menfaatine aykırı olacağı halleri de kapsadığı düşünülmektedir.⁸⁶

Doktrinde, Sözleşme metninde yer almayan ve taraflara öngörülebilirlik sağlamak kadar,⁸⁷ Japon mahkemelerine yol göstermek amacıyla da hazırlanmış bu düzenlemenin⁸⁸ m.13/1-b uygulamasını genişletmeyi hedeflediği yorumları yapılmıştır.⁸⁹ Benimsenen standardın oldukça geniş olduğu, hatta m.13/1-b hükmünün yorumunda dünya üzerinde

83 Lowe (n6) 93.

84 Tanamura (n17) 28.

85 Nakamura (n17) 144.

86 Nishioka and Tsujisaka (n5) 16, 17.

87 Tanahashi and Watanabe and Ogawa (n74) 149.

88 Lowe (n6) 93, 94.

89 Lowe (n6) 95; Hanley (n5) 54.

benimsenmiş en geniş standart olabileceği dahi ifade edilmiştir.⁹⁰ Buna karşılık, Sözleşme'nin Japonya'daki ilk beş yıllık uygulamasını değerlendiren bir araştırmaya göre, "ciddi risk" istisnasına Japon mahkemelerince nadiren başvurulmakta olup, istisnanın işletilme ortalaması, diğer taraf devlet ortalamaları ile kıyaslandığında oldukça düşük kalmaktadır.⁹¹ Dolayısıyla, anılan düzenlemenin geniş kapsamına rağmen, mahkemelerin bu düzenlemeyi suistimal etmedikleri anlaşılmaktadır.

Japon doktrininde, genel olarak ciddi riskin varlığından bahsedebilmek için, geçmişte yaşanmış ve münferit nitelikteki kaba / uygunsuz eylemlerin (esrar içmek, alkollü iken yüksek sesle bağırarak vb.) tek başlarına yeterli olmadıkları, belirli bir düzeye ulaşmış şiddet eyleminin istikrarlı şekilde devam etmesi gerekliliği bulunduğundan bahsedilmektedir.⁹² Bununla birlikte, yalnızca bir defa yaşanmış olmasına rağmen kaçırılan ebeveyne yönelik şiddetin dozu yüksek olduğu için yahut eylemin kötüniyet barındırması veya ortaya çıkan sonucun ağırlığı sebebiyle çocuğa yönelik ciddi riskin varlığının kabul edildiği örneklerin bulunduğu da belirtilmektedir.⁹³ Ciddi riskin bulunup bulunmadığı hususunda mahkemenin her somut olay bakımından olayın bütün şartlarını göz önüne alınarak karar vermesi gerektiği düşünölmektedir.⁹⁴ Bu istisna kapsamında esas etkinin çocuğun üzerinde doğması ihtimali araştırıldığı için, ebeveynler arası ev içi şiddet eylemlerinin çocuğun gözleri önünde yaşanmış olması bu kapsamda önemli bir detay olarak görölmektedir.⁹⁵

Geride bırakılan ebeveyn tarafından şiddete maruz kalma tehlikesi bulunmasına rağmen, mutad mesken devletinde uygun koruma tedbirlerinin mevcudiyeti halinde (uzaklaştırma kararı, sığınma evine yerleşebilmenin temini, nafaka imkanı vs.) çocuğun iadesi mümkün hale gelebilmektedir. Bununla birlikte, bir devlet hukukunda yer alan koruma tedbirlerinin etkili olup olmadıklarını değerlendirmek kolay bir iş değildir. Nitekim, bu çalışmaya konu mahkeme kararları bakımından, ilk derece mahkemesi Türk hukukundaki tedbirleri etkili bulmuş iken, itirazı inceleyen üst mahkeme etkili bulmamıştır.⁹⁶

Çocuğu kaçırılan ebeveynin nerede olduğunun tespiti, Sözleşme uygulaması açısından çok önemlidir. Bununla birlikte, ev içi şiddet mağduru olan kimselerin, kendilerine şiddet uygulamış kimselerden bilinçli olarak saklanmaya çalıştıkları da bilinmektedir. Merkezi makam, çocuk ile birlikte yaşanan yeri tespit edip iade prosedürünü sağlıklı

90 Stark (n67) 787. Bu geniş kapsama rağmen, çalışma grubunca hazırlanan hükmün İlgili Bakanlıklar Kurulu metnine kıyasla, ciddi risk konusunda sınırlı sayıda değerlendirme kriteri benimsemiş olmakla önemli ölçüde bir geri adım niteliği taşıdığı, bu durumun sırf dış baskı nedeniyle yerinde olmayan iade kararlarına vücut verebileceği eleştirisi yapılmıştır. Bu eleştiriyi yapan yazarlar için bkz. Torisawa (n22) 79 dn 130.

91 Zushi (n57) 84.

92 Nishitani (n10) 53.

93 ibid.

94 ibid.

95 Tanahashi and Watanabe and Ogawa (n74) 150.

96 ibid 54.

yürütebilmek için bu yer bilgisini diğer ebeveyn ile paylaştığında, şiddet mağduru olup çocuğu kaçırmış taraf bakımından ciddi bir güvenlik riski doğacağı öngörülmüş, dolayısıyla hem çocuğun bulunduğu yerin tespiti amacının hem de kişisel bilgilerin korunması amacının eşit derecede gözetilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.⁹⁷ Neticede, özel bir hüküm getirilmiş (m.5), yer bilgisinin merkezi makam tarafından yalnızca mahkeme, çocuk koruma memurları ve polis ile paylaşılabilmesine karar verilmiştir. Buna göre, kişisel bilgiler yalnızca başvuru için gerekli olan hallerde istemde bulunan kişiye verilecektir.⁹⁸

III. Mahkeme Kararları

Mahkeme kararlarının sunumuna geçmeden önce, kararların nasıl bir usulde sunulacaklarını açıklamakta fayda vardır. Aşağıda Türkçe dilinde sunulmuş kararların asılları Japonca olup, bunlardan ilki Tokyo Aile Mahkemesi tarafından, ikincisi ise itiraz mercii sıfatıyla Tokyo Bölge Mahkemesi tarafından verilmiştir. Her iki kararın meseleleri ele alış tarzlarının ve şekli yapılarının birbirinden farklı olduğunu, özellikle ilk kararın dağınık sayılabilecek bir üslupta kaleme alınmış olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu bağlamda, örneğin, Mahkeme'nin taraflarca öne sürülen iddiaları sıraladığı kısımda yer vermediği bazı iddia ve delillerden, daha sonraki değerlendirme aşamasında ilk defa bahsettiği haller mevcuttur. Benzer şekilde, yaşanan hadiselerin anlatıldığı kısımda yer verilmemiş bazı detaylardan, daha sonraki değerlendirmeler esnasında ilk defa bahsedilebildiği görülmektedir. Nitekim, itiraz üzerine bu kararı inceleyen Tokyo Bölge Mahkemesi, kararda yer alan ifadeler ve delillerin sunulma usulü ile ilgili ciddi ölçüde tashih faaliyeti gerçekleştirmek zorunda kalmıştır.

Yukarıda değinilen sistematik kaynaklı sıkıntılar göz önüne alındığında, kararların yalnızca birer çeviri formunda verilmeleri halinde okuyucu açısından ciddi bir takip gücülüğü doğacağı anlaşılmıştır. Bu sebeple aşağıda, kararları anlamayı kolaylaştırmak adına belirli başlık ve altbaşlıklardan müteşekkil bir sistematik benimsenmiştir. Tercih edilmiş başlıklandırma usulü, bazı hususlar açısından asıl karar metinleri ile örtüşmekte, diğer bazı hususlar bakımından ise onlardan ayrılmaktadır. Asıl karar metninde sonlarda ve başka bir konuya ilişkin açıklamalar arasında yer alan bir değerlendirmenin aslında incelemenin başlarında tartışılan bir husus ile ilgili olduğu anlaşılıyorsa, söz konusu değerlendirme, ait olduğu düşünülen başlık altında verilmiştir.

Kararlar Türkçe'ye çevrilirken bilinçli olarak yer verilmemiş tek kısım yukarıda bahsedilen tashihlere ilişkin kısımdır. Daha ziyade ilk kararın genel sistematigi ve dili ile ilgili bulunan bu hususların Türkçe'ye çevrilmelerinde bir yarar görülmemiştir. Bu kısım haricinde, karar metinlerinde yer alan ifade ve değerlendirmeler, herhangi bir

97 Öyle ki, Kanun'da kişisel bilgilerin ifşasını önlemek amacıyla mahkeme kayıtlarının incelenmesini sınırlayan bir hüküm dahi mevcuttur. Bkz. Nishioka and Tsujisaka (n5) 14.

98 ibid 14, 15.

kısaltma veya özetlemeye tabi tutulmaksızın oldukları gibi aktarılmışlardır. Fakat, takip kolaylığı sağlayabilmek adına, özel önem taşıdığını düşündüğümüz bazı yerlerde mahkeme kendi ağızından konuşturulmuş, bunun haricinde ise genel olarak dışarıdan bir anlatım usulü tercih edilmiştir.

İlk kararda, iade isteminde bulunan Türk vatandaşı baba “istem sahibi”; istemin karşı tarafını oluşturan Japon vatandaşı anne ise “karşı taraf” olarak adlandırılmaktadır. İkinci kararda ise annenin “itiraz eden”, babanın ise “karşı taraf” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Çeviride bu kullanımlara sadık kalınması halinde ciddi bir kafa karışıklığı doğabileceği düşünülmüş; bu sebeple her iki karar açısından ortak olmak üzere iade isteminde bulunan Türk vatandaşı baba (T), Japon vatandaşı anne (J), istem konusu çocuk ise (Ç) harfleri ile temsil edilmiştir.

A. Tokyo Aile Mahkemesi'nin 20.03.2015 Tarihli Kararı

1. Genel Olarak

Tokyo Aile Mahkemesi Aile İşleri 1 No'lu Dairesi'nin 20 Mart 2015 tarihinde vermiş olduğu karara konu olan başvuru, Japonya'da alıkonulduğu iddia edilen çocuğun, Uluslararası Çocuk Kaçırımların Hukuki Veçhesine İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanması Hakkında Kanun (Uygulama Kanunu) hükümleri uyarınca Türkiye'ye iadesi istemine ilişkindir. İstemde bulunan (T), iade başvurusuna konu (Ç)'nin Türk vatandaşı olan ve Türkiye'de yaşamakta olan babasıdır. Başvurunun karşı tarafında bulunan (J) ise, (Ç) 'nin Japon vatandaşı annesi olup, başvuru anı itibariyle (Ç) ile birlikte Japonya'da yaşamaktadır.

(T) ile (J), 2012 yılında Türkiye'de geçerli bir şekilde evlenmişler ve Türkiye'nin bir şehrinde müşterek yaşamaya başlamışlardır. Aynı yıl, çiftin çocukları (Ç) dünyaya gelmiş, taraflar doğum sonrası dönemde de evlilik birliği içerisinde yaşamaya devam etmişlerdir. Bununla birlikte, (J), aşağıda detaylı olarak verilecek sebeplere istinaden 2014 yılında (Ç) ile birlikte Türkiye'den ayrılarak Japonya'ya gitmiştir. Eşinin çocuklarını Japonya'ya götürdüğünü öğrenen (T), söz konusu götürme eyleminin üzerinden bir ay geçmeden Japon merkezi makamına Sözleşme kapsamında iade başvurusunda bulunmuştur. Buna karşılık (J), çocuğun fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı yahut başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi bir risk bulunduğunu (Kanun m.28/1 Bent 4) ve (T)'nin (Ç) Japonya'ya götürülmeden önce bu yer değişikliğine rıza gösterdiğini iddia ederek, iadeye karşı çıkmıştır.

(J)'nin temel iddiası, (Ç)'nin doğumundan sonraki dönemde (T)'nin kendisine karşı sık sık fiziksel ve sözlü şiddete başvurduğu ve bunların bir kısmına (Ç)'nin de şahit olduğu şeklindedir. (J)'ye göre, (T), kendisine (Ç)'nin de hazır bulunduğu

ortamlarda fiziksel şiddet uygulamış, saatler süren hakaretlerde bulunmuş, (Ç)'yi muhatap alarak, kendisinin kişiliğini aşağılayan ve cinsiyetçi nitelikte sözler sarf etmiştir. (J)'ye göre, (Ç) aynı ortamda hazır bulunurken (T)'nin kendisine karşı böylesi eylemlerde bulunmuş olması, (Ç)'yi de bu eylemlere maruz bırakmış olmaktadır. (Ç)'nin, annesinin uğradığı şiddeti gözleriyle görmesine; öfkeli bağırışları, çığlıkları, ağlamaları, kavgaları ve kırılan obje seslerini duymasına bağlı olarak güçlü bir korku hissetmiş olacağı açık olup, bu şiddet eylemlerinin (Ç)'ye dayanılması güç psikolojik travmalar yaşattığı kabul edilmelidir.

Polis ile münferit temaslar kurmasına rağmen başlarda eşinden şikayetçi olmak istemeyen (J), şiddetin dozu ve sıklığının gün geçtikçe artması üzerine resmi olarak şikayette bulunmuş, sonrasında boşanma sürecinin idaresi için bir avukat ile anlaşmıştır. (J)'nin (Ç) ile birlikte Türkiye'yi terk etmesinin ardından ise söz konusu avukat, (T) hakkında bir uzaklaştırma kararı aldırılmıştır.⁹⁹ Türkiye'de, kadın eşe yöneltilen şiddet eylemlerinde, mağdura sağlanan korumanın yetersizliğine, dolayısıyla herhangi bir koruma kararı alınsa bile, kendisinin (T)'den gelecek şiddet eylemlerine karşı korunacağını bir garantisi bulunmadığına dikkat çeken (J), (Ç) ile birlikte Türkiye'ye dönemeyeceklerini belirtmiş ve iade başvurusunun reddini talep etmiştir.

Mahkeme, öncelikle çocuğun iade edilebilmesi için bir arada sağlanması gereken şartların olayda bulunup bulunmadıklarını incelemiştir. Bu inceleme sonucunda; (Ç)'nin başvuru anı itibariyle 16 yaşını doldurmamış olduğunu ve an itibariyle Japonya'da ikamet ettiğini; söz konusu beraberinde götürme eyleminin gerçekleştiği tarihte (Ç)'nin mutad meskeninin Türkiye'de bulunduğunu; aynı ülke mevzuatı uyarınca söz konusu beraberinde götürme eyleminin (T)'nin velayet hakkını ihlâl anlamı taşıdığını ve eylemin gerçekleştiği tarihte Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olduğunu tespit etmiştir. Benzer şekilde Mahkeme, taraflar arasında çekişmesiz olan vakıaları da sıralamış; bu bağlamda, yukarıda değinilen evlilik, müşterek yaşam, (Ç)'nin Japonya'ya götürülmesi, boşanma davasının açılması ve (T) hakkında verilen uzaklaştırma kararı hakkında herhangi bir çekişme bulunmadığını kayıt altına almıştır.

Çekişmeli hususlar bakımından ise, mahkemenin değerlendirmelerini dört başlık altında toplamak mümkündür;

1- Çocuğun (T) tarafından fiziksel şiddete maruz bırakılma tehlikesinin bulunup bulunmadığına dair inceleme (Kanun m.28/2 Bent 1)

2- Çocuğun kendisine psikolojik travma yaşatan şiddet eylemlerine maruz kalma tehlikesinin bulunup bulunmadığına dair inceleme (Kanun m.28/2 Bent 2)

⁹⁹ Söz konusu uzaklaştırma kararında, (T)'nin üç aylık bir süreyle (J)'ye karşı şiddet tehdidi, hakaret veya sindirme amaçlı sözlü ve fiziki şiddet eylemlerinde bulunamayacağı; (T)'nin Türkiye'deki adresini teşkil eden evinin mesken olarak (J)'ye tahsis edileceği; (T)'nin belirli bir süre boyunca bu evin yakınlarına gelemeyeceği şeklinde hükümler mevcuttur. (T), bu karara itiraz etmiş, (J)'ye şiddet uyguladığını belirtmiş, fakat Türk mahkemesi bu itirazı reddetmiştir.

3- (T) veya (J)'nin Türkiye'de çocuğun bakımını üstlenmelerinin güç olup olmayacağına dair inceleme (Kanun m.28/2 Bent 3)

4- (T)'nin, söz konusu beraberinde götürme eylemi öncesinde buna rıza göstermiş olup olmadığına dair inceleme (Kanun m.28/1 Bent 3)

Aşağıda önce, (J) tarafından varlığı iddia edilen şiddet eylemleri sunulacak, ardından Mahkeme'nin yukarıda sıralanan hususlara ilişkin incelemeleri ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

2. Varlığı İddia Edilen Şiddet Eylemleri

(J), maruz kaldığını iddia ettiği şiddet eylemlerini oldukça somut bir şekilde mahkemeye sunmuştur. Çoğu eylemin varlığı, hastane raporları ile desteklenmiş gözükmetedir. Öyle ki, mahkeme dahi, varlığı iddia edilen şiddet eylemlerinin önemli bir kısmının gerçekten de yaşandıklarının kabul edilmesi gerekeceği yönünde görüş bildirmiştir. İddia edilen eylemin varlığını ispatlamak üzere mahkemeye delil (fotoğraf, tıbbi muayene sonucu vb.) sunulmuş olan haller, aşağıda “ * ” karakteri ile işaretlenmiştir. (J)'nin iddiaları şu şekildedir;

(T), (Ç)'nin doğumundan sonra bir geceyarısı alkollü iken, (J)'nin kolunu sertçe tutmak ve ısırarak şeklinde şiddet eylemlerinde bulunmuştur.* Aynı esnada, (J) polis çağırılmış ancak kendisinin Türkçe bilgisinin yetersiz oluşu ve (T)'nin polisleri geri dönmeleri yönünde telkinde bulunması üzerine, polisler herhangi bir işlem yapmadan geri dönmüşlerdir.

2013 Yılında bir gün, (T) ve (J) evlerinde kavga etmişler, (T), (J) 'nin kolunda morluk bırakan bir şiddet eylemi gerçekleştirmiştir.*

2013 Yılında bir gün, (T), (J)'ye tekme atmış, (J)'nin kolunda ve kalçasında çürükler oluşmuştur.* (J), olayın yaşandığı tarihten bir müddet sonra Japonya'ya geçici ziyareti esnasında tıbbi muayene olmuş, kendisine “bel omurunda disk kayması” ve “kuyruk sokumunda çatlak” teşhisleri konmuştur.*¹⁰⁰ (J)'nin Türkiye'ye dönüşünde, kendisine kızkardeşi (K) da eşlik etmiştir.

2014 Yılında bir gün, o dönem (T) ve (J) ile birlikte kalmakta olan (K), çiftin arasında başlayan bir kavgayı durdurmak için araya girdiğinde, (T) tarafından yüzünün sertçe tutulması, kolunun çevrilmesi gibi şiddet eylemlerine maruz kalmıştır.* Aynı esnada, (Ç) de bu eylemlerin yaşandığı yerde bulunmaktadır. (K) ve (J), aynı ay içerisinde, birlikte polis karakoluna gitmişler ve yaşanan bu hadise hakkında ifade vermişlerdir. Ancak, (T) hakkında dava açmak yahut şikayetçi olmak yoluna

100 (J), bu durumun (T)'nin eylemleri neticesinde oluştuğunu iddia etmektedir. Ancak mahkeme, eylemlerin hemen akabinde tıbbi bir teşhis konmadığı için illiyet bağını kuracak derecede bir açıklık bulunmadığını belirtmiştir.

gitmeyip, onunla uzlaşmayı düşündükleri yönünde beyanda bulunmuşlardır.* (K), aynı ay içerisinde Japonya'ya dönmüş ve gecikmeksizin yaptırdığı bir tıbbi muayene sonucunda kendisine “bel ve boyun incinmesi” ile “sol omuz akromiyoklaviküler eklem çıkığı” teşhisleri konmuştur.*

2014 yılında bir gün, (T) ve (J) evlerinde kavga etmişlerdir.* Aynı gün (J), polise gitmiş ve (T)'den şiddet gördüğü gerekçesiyle şikayetçi olmuştur.* Aynı tarihlerde, (J) hastaneye giderek sol el ve sol ayağını hareket ettirdiğinde oluşan ağrılar sebebiyle muayene olmuş ise de, sonraki bir tarihte T.C. Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu'ndan uzman bir doktor, muayene içeriği ile ilgili olarak “hayati tehlikenin bulunmadığı, basit tıbbi tedavi ile iyileşebilecek hafiflikte bulunduğu” yönünde bir teşhis vermiştir.^{101*}

2014 yılında bir gün, (T) ve (J) kavga etmeye başlamışlar, (J), (Ç)'yi de yanına alarak odanın kapısını kapatmış olduğu için (T) kapıyı kuvvet kullanarak açmıştır.* Bu esnada beline güçlü bir darbe alan (J), aynı ay içerisinde hastaneye giderek muayene olmuştur.*

(T), (Ç)'nin cinsel organı ile oynamış, organın erekte olmuş halinin fotoğraflarını çekerek kendi arkadaşlarına göstermiş, banyo yaparken kendi organı ile (Ç)'nin organını birleştirdiği oyunlar türetmiştir.

Bu iddialara karşılık (T), söz konusu şiddet eylemlerinin varlığını bir bütün halinde reddetmiştir. (T)'nin cevabına göre, (J)'nin öne sürdüğü vakıalar arasında, ona yöneltilmiş şiddet eylemlerinin dolaylı yoldan (Ç) üzerinde de etki doğurdukları hususu, sözü edilen vakıaların var olmayışları bir yana, Kanun m.28/2 Bent 1 kapsamına giren bir konu değildir. Ayrıca, (T)'nin (Ç)'ye şiddet uyguladığı da vaki değildir. (T)'ye göre; (J)'nin varlığını iddia ettiği şiddet eylemleri, var olmayışlarından bağımsız olarak, ispat da edilmemişlerdir. Kaldı ki (Ç), dava tarihi itibarıyla 2 yaşında olup, varlığı öne sürülen sözlü ve fiziksel şiddeti anlaması mümkün değildir ki, buna bağlı olarak psikolojik travmalar yaşamaması mümkün olsun.

Son olarak (T), (J)'nin kendisi hakkında uzaklaştırma kararı aldığını hatırlatmış, bu sebeple (J)'nin Türkiye'ye geri dönmesi halinde kendisinden sözlü veya fiziksel şiddet görme ihtimalinin zaten bulunmadığını belirtmiştir.

101 Karar metninden, Adli Tıp Kurumu'nun (J) ve onun yaptırdığı söz konusu tıbbi muayene ile olan bağlantısı anlaşılabilir. Özellikle, iki farklı teşhise neden ihtiyaç duyulduğu hususu belirsizdir. Kararda, Adli Tıp Kurumu'ndan bahsedilen yerin öncesi veya sonrasında herhangi bir bilgilendirme yapılmadığı gibi, itiraz merciinin kararında da bu duruma ışık tutan herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Dolayısıyla, bu çalışma açısından, karar metninde geçen ifadenin olduğu gibi Türkçe'ye çevrilmesi ile yetinilmiştir.

3. Karar

a. Türk Hukukunda Koruma Kararları

Mahkeme, “ciddi risk” incelemesine geçmeden önce, Türk hukukunda şiddet gören kadınlara sağlanan koruma sistemi hakkında açıklamalarda bulunmuştur. O kadar ki, şiddet gören kadınlar lehine koruyucu tedbirler alınması imkanının Türk hukukunda mevcut olduğu bilgisini kararın çeşitli yerlerinde vurgulamak ile yetinmeyen Mahkeme, benimsenen koruma sisteminin ana hatlarını ayrı bir başlık altında özel olarak tanıtmıştır.

Bu çerçevede Mahkeme, 3 Ağustos 2012 tarihinde “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un yürürlüğe girdiğine değinmiş, bu kanun hükümleri uyarınca Türk mahkemesinden istenebilecek önleyici tedbir kararlarını (üç tanesi hariç olmak üzere) tek tek sıralamıştır. Buna göre, ev içi şiddet sebebiyle zarar gören kimsenin, zarar verene karşı;

1- Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması;

2- Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden uzaklaştırılması;

3- Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması;

4- Korunan kişinin hısımlarına ve yakınlarına yaklaşmaması;

5- Korunan kişinin eşyalarına zarar vermemesi;

6- Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla rahatsız etmemesi;

7- Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları teslim etmesi;

8- Korunan kişinin bulunduğu yerde alkol ve uyuşturucu madde kullanmaması yönünde bir karar vermesini aile mahkemesinden istemesi mümkündür.

Acil durumlarda, bu tedbirlerin daha sonra mahkemeye bildirilmek şartıyla kolluk amirince de alınabildiğini ekleyen Mahkeme, ilk koruma kararının en fazla 6 aylık bir süre için verilebildiğinden, fakat sonrasında tehlikenin devamı tespit edilebilen haller bakımından uzatma yapılabildiğinden bahsetmiştir. Mahkeme, ilgili kanun uyarınca, koruma kararını ihlâl eden kimselerin, 3 ila 10 gün arası süreyle zorlama hapsinde tutulabildikleri gibi, ihlâlın tekrarı halinde bu sürenin 15 ila 30 gün arasına çıktığını; zarar görenin, koruma tedbiri olarak sığınma evine kabul, ekonomik destek, psikolojik, hukuki vb. konularda uzman yardımı gibi taleplerde bulunabildiğini; yerel yönetimler mevzuatına göre nüfusu 50.000 ve üstü yerlerde kadın ve çocukların barınabileceği

sığınma evlerinin açılması zorunluluğu getirilmiş olduğunu, nitekim tarafların yaşadıkları şehirde de bir sığınma evinin kurulmuş ve halen faaliyette olduğunu; bakanlıklar, yerel yönetimler veya F Vakfı'nca¹⁰² işletilen sığınma evlerinin adres ve telefon bilgileri gibi iletişim yollarının, sığınma evini kullanan kimselerin can güvenlikleri düşünülerek üçüncü kişiler ile paylaşılmadığını belirtmiştir.

b. “Ciddi Risk” İncelemesi

Mahkeme, istisna kapsamında öncelikle (Ç)'nin (T) tarafından fiziksel şiddete maruz bırakılma tehlikesinin bulunup bulunmadığı meselesini incelemiş ve böyle bir tehlikenin bulunmadığı sonucuna varmıştır. Ardından, (Ç)'nin kendisine psikolojik travma yaşatabilecek şiddet eylemlerine maruz kalma tehlikesinin bulunup bulunmadığı hususunu ele alan mahkeme, bu yönde bir tehlikenin de mevcut bulunmadığına kanaat getirmiştir.

Mahkemeye göre, (Ç)'nin (T)'den kaynaklanan şiddet eylemleri neticesinde yaralandığını ispatlamak üzere birtakım fotoğraflar delil olarak sunulmuş olsa dahi, bu fotoğraflardan hareketle (Ç)'nin (T) tarafından gerçekleştirilen ve kasıt içeren eylemler neticesinde yaralanmış olduğu tespit edilememekte, bu hususu yeterli kesinlikte tespit etmeye elverişli başka delil de bulunmamaktadır. (T)'nin (Ç)'ye karşı, (J)'nin kişiliğini aşağılayan ve cinsiyetçi nitelikte beyanlarda bulunduğu, cinsiyetçi kötü muamelede bulunduğu iddialarını yeterli objektiflikte tespit eden delil de mevcut değildir. Dolayısıyla, bu hususlarda (J)'nin iddia ettiği vakıaların mevcudiyeti tespit edilememiştir. Bu sebeple, (Ç)'nin (T) tarafından fiziksel şiddete maruz bırakılması tehlikesinin tespiti de mümkün değildir.

(Ç)'ye karşı herhangi bir fiziksel şiddet tehlikesinin bulunmadığını düşünen mahkeme, (T)'nin (J) 'ye karşı, Türkiye'de müşterek bir yaşam sürerlerken, sayısız defa şiddet uyguladığını kabul etmektedir. Hatta, (K)'ye karşı şiddet uygulandığı da sabit görülmüştür. Üstelik Mahkeme, az sayıda da olsa bu şiddet eylemlerinin bir kısmının (Ç)'nin hazır bulunduğu ortamlarda gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılabileceğini de ifade etmiştir. Bununla birlikte, (T) hakkında verilen bir uzaklaştırma kararı ile kendisinin (J)'ye 3 ay süre ile şiddet eylemlerinde bulunmasının hatta belirli bir süre evlerinin yakınına gelmesinin dahi yasaklanmış olduğunu vurgulayan Mahkeme, Türkiye'ye geri dönmeleri halinde (J)'nin ve (Ç)'nin etkili şekilde korunacakları düşüncesi üzerinden karar vermek yolunu seçmiştir. Bu düşüncesini aşağıdaki şekilde kararına yansıtmıştır;

“Yukarıda tespit edilen vakıalar ışığında, Türk koruma kararlarının etkililiği meselesinde, ihlâl eden kimsenin zorlama hapsine tabi tutulması gibi sistemsel garantilerin sağlanmış olmasının yanında, tehlike tespit edilirse koruyucu tedbirinin

102 Karar metninde F財団 şeklinde geçen ve Türkiye'de sığınma evleri işlettiği belirtilen bu vakfın gerçek ismi belirtilmemiştir.

geçerlilik süresinin uzatılması da kabul edilmektedir. (T) ve (J) 'nin müşterek yaşadıkları şehirde bir sığınma evinin bulunduğu da sabittir. Buradan olmak üzere, (J) 'nin (Ç) ile birlikte Türkiye 'ye giriş yapması halinde, (T) 'nin şiddet eylemlerinden korunabilmesi için gerekli vasıtaların yukarıda belirtildiği üzere Türk hukuk sistemi aracılığıyla kullanılabilmeleri mümkündür. Dolayısıyla, (J) ve (Ç) 'nin Türkiye 'ye giriş yapmaları halinde, (Ç) 'nin kendisinde psikolojik travma doğuracak şiddet eylemlerine maruz kalma tehlikesini tespit edebilmek oldukça güçtür.

(J), sığınma evlerinin yetersiz kaldıklarını, içlerinde bazı vakıflarca işletilenler haricinde barınma süresi olarak 1 yılın üzerinde kabul verenlerin bulunmadığını, sığınma evlerinin adreslerinin şiddet uygulayanlar tarafından bilinebilir olduğunu iddia etmiş, bu iddialarına delil teşkil etmek üzere raporlar, makaleler ve basında çıkan haberler sunmuştur. Bununla birlikte, (J) 'nin sunmuş olduğu belgeler arasında, 6284 sayılı Kanun 'un yürürlüğe girmesinden önceki döneme ait olanların da bulunması ve hepsinin bir bütün olarak güncel durumu yansıttıklarını söylemenin de mümkün olmamasının yanısıra; sunulan belge içeriklerinin, Türkiye 'deki sığınma evleri ve koruma kararları ile ilgili genel sorunlara dikkat çekmekle yetindikleri görülmekte, „bizzat (J) 'nin sığınma evine girmek istemesine, kendisinin veya Türkiye 'den bir avukatın yardımını alarak giriş prosedürlerini işletmesine rağmen sığınma evine kabulde güçlükler yaşamış olması“ vb. somut vakıalara dayanmadıkları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu belgelerden hareketle, sığınma evlerinin yetersiz oldukları gerekçesiyle (J) ve (Ç) 'nin, Türkiye 'deki sığınma evlerini kullanmalarının oldukça güç olacağını kabul etmek mümkün değildir.

Benzer şekilde, (J), Türkiye Cumhuriyeti Devleti 'ne ait sığınma evlerinin kullanım süresinin sınırlı olduğunu, bir yılın üzerinde süre ile kullanımın mümkün olduğunu yukarıda belirtilen F Vakfı 'nca işletilen sığınma evlerinde ise Japonca veya İngilizce anlayabilen personel bulunmadığını, Türkçe haricinde dil bilmeyen bir düzine kadın ile aynı odada kalmak anlamına gelecek bir sosyal çevrenin iyi olmayacağına dikkat çekiyor olsa da; (J) 'nin (Ç) ile birlikte somut olarak hangi sığınma evinde ne kadar süre ile kalabilecekleri hakkında yeterli araştırmanın yapılmamış olduğu, bir an için yukarıda belirtilen vakıfça işletilen sığınma evinin kullanılacağı varsayılsa bile, orada (T) 'den gelecek şiddet eylemlerinden yeterli düzeyde korunulamayacağını gösterir; somut tehlike ihtimalinin var olduğunu kabul etmek için yeterli addedilebilecek deliller mevcut değildir.

Her ne kadar, Türkiye 'deki sığınma evlerinin bir kısmı bakımından, şiddet uygulayan kimsenin sığınma evinin adresini bilebildiği örnekler tespit edilebiliyor olsa da, tüm sığınma evleri bakımından adreslerin zarar verenler tarafından bilinebilmesi olasılığının yüksek olduğunu kabul etmeye yeterli delil mevcut değildir. (J), yabancıların emniyet müdürlüğünde zorunlu olarak adres kaydı yaptırımları

gerektiğinden, ayrıca (T) 'nin (Ç) ile görüşmesine izin verilmiş olmasından ötürü, Türkiye 'de (J) 'nin adresinin (T) tarafından bilinebilir olacağını iddia etmekte ise de, emniyet müdürlüğünce (J) 'nin adresinin kaydedilmesi bir vakıa olarak kabul edilse bile, polisin (T) 'ye bu adresi mutlaka ifşa edeceğini kabul etmeye yeterli delil mevcut olmayıp, yine taraflar arasında yapılacak görüşmelerin de üçüncü kişi yardımından faydalanmak suretiyle, (J) 'nin adresini ifşa etmeden yürütülmesi ihtimali düşünülebileceğinden, (J) ve (Ç) 'nin Türkiye 'ye dönmeleri halinde, söz konusu adresin (T) tarafından mutlak surette bilineceğine dair somut bir tehlikenin var olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

(J), söz konusu koruma kararını, (Ç) 'nin beraberinde götürülmesi eyleminden sonra almış olsa dahi, bu kararın (T) 'ye karşı gerçek bir fonksiyon göstermeyeceği iddiası kabul edilemez. Buradan olmak üzere, (J) ve (Ç) 'nin Türkiye 'ye giriş yapmaları halinde, (T) 'nin zorlama hapsi görme ihtimali de düşünüldüğünde, söz konusu koruma kararına aykırı eylemleri de kapsayan somut tehlike ihtimalinin kabul edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, (J) 'nin iddiası kabul edilemez.“

c. Bakım Güçlüğü İncelemesi

Mahkeme, fiziksel veya psikolojik zarar tehlikesine ilişkin incelemesinin ardından, (T) veya (J) 'nin Türkiye 'de çocuğun bakımı ile ilgilenmelerinde güçlük yaratan şartlar bulunup bulunmadığına dair incelemesine geçmiştir.

(J), bakımda güçlük yaratacak şartlar bulunduğunu ve bunların dikkate alınmaları gerektiğini iddia etmektedir. Buna göre, kendisi sadece temel düzeyde Türkçe okuyup yazabilmekte, Türkiye 'de herhangi bir çalışma tecrübesine de sahip bulunmamaktadır. Aynı şekilde, kendisinin eş vizesi geçerlilik süresini yitirmiş olup, 2014 yılının belirli bir günü itibarıyla turist vizesinin geçerliliği de bitmiştir. Türkiye 'de, eşlere yöneltilen şiddet eylemlerinde mağdura sağlanan koruma yetersiz olup, koruma kararı alınsa bile (J) 'nin (T) 'den kaynaklanacak şiddet eylemlerine karşı korunabileceğinin garantisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, (J) 'nin, (Ç) ile birlikte Türkiye 'ye dönmesi mümkün değildir. Öte yandan, (T) 'nin iştiğal ettiği turist rehberliği işinin düzensiz oluşu ve sabit gelir getirmeyişi, yine (T) 'nin alkol bağımlılığı ihtimali bulunduğuunun hekim tarafından kendisine açıklanmış olması ışığında, (T) 'nin, (Ç) 'yi yetiştirmeye ehil olmadığını da kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla, (T) ve/veya (J) 'nin, Türkiye 'de (Ç) 'nin bakımını üstlenmeleri olağanüstü güçtür.

Bu iddialara karşılık (T) 'ye göre, (J) günlük yaşantısında sorun çıkarmayacak düzeyde Türkçe bilmektedir. (T), (J) 'nin Türkiye 'ye dönmesi halinde, onun evlilik için yaptığı masrafları ödemeye hazır olduğundan; (J) 'nin Türkiye 'de yaşayacağı yeri kira ödemek zorunda kalmadan kullanabilmesi mümkün olduğundan; eş vizesinin kolaylıkla temin edilebilecek olmasından; Türkiye 'deki koruyucu tedbirlerin yeterli

fonksiyonu gösteriyor olmalarından cihetle, (J)'nin Türkiye'ye dönmemesinin gerekçesi bulunmadığını iddia etmektedir. (T), iki tur şirketinden iş almakta olduğunu, buradan elde ettiği gelirin sabit olması dışında, alkol bağımlısı da olmadığını, (Ç)'nin yetiştirilmesi hususunda kendi annesi ve kızkardeşinin de yardımlarının beklenebileceğini, dolayısıyla (T) veya (J)'nin Türkiye'de (Ç)'yi yetiştirmeleri açısından güçlük yaratacak şartların bulunmadığını öne sürmektedir.

Her iki tarafın iddialarını değerlendiren Mahkeme, (T)'nin, Türkiye'de Turizm Bakanlığı'ndan lisanslı bir tur rehberi vasfına sahip olduğunu, 2000 yılından bu yana Japonca dilinde tur rehberi olarak faaliyet gösterdiğini ve başvuru anı itibarıyla iki adet tur şirketi ile sözleşmeli olarak çalıştığını, aylık yaklaşık 4000 Lira (Japon yeni olarak yaklaşık 200.000 Yen) gelir elde ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca, (J)'nin (Ç) ile birlikte Türkiye'ye dönmesi halinde, (J)'nin açmış olduğu boşanma davasında talep ettiği meblağı (T)'nin evlenme masrafı olarak ödeme niyeti bulunduğunu da eklemektedir.

Mahkeme'ye göre, (J)'nin (Ç) ile birlikte Türkiye'de bir yaşam sürmesinin (T)'den kaynaklı şiddet eylemleri sebebiyle güç olacağını kabul etmek mümkün değildir. Benzer şekilde, yukarıda tespit edildiği gibi, (J)'nin, evlilik anından başlayarak söz konusu beraberinde götürme eylemine kadar geçen yaklaşık 2 yıl 10 aylık dönem zarfında Türkiye'de yaşadığı, bu süre boyunca tercüme vb. hususlarda (J)'ye yardımcı olan çok sayıda arkadaş da edindiği, (T)'nin sabit bir gelir kaynağı bulunduğu, (T)'nin vize alımı hususunda işbirliğine yanaştığı düşünüldüğünde, (J)'nin, Türkiye'ye giriş yapmak için gerekli vizenin çıkartılması hususunda güçlük bulunduğu iddiası kabul edilememekte, bu durum ışığında, (J)'nin Türkiye'de (Ç)'nin bakımını üstlenmesinde güçlük bulunduğunu kabul etmek de mümkün olamamaktadır.

Mahkeme'ye göre, (T)'nin sabit bir gelire sahip oluşu, davadaki tüm deliller ışığında (J)'nin iddia ettiği gibi alkol bağımlısı olduğunun sabit olmayışı, (T)'nin kendisine yakın oturan annesi ve kızkardeşinden çocuğun bakımı konusunda destek alabileceğinin anlaşılması ışığında, (T) açısından da çocuğun bakımında güçlük yaşanacağı kabul edilemeyecektir. Bunların dışında, eldeki bilgiler ışığında, (Ç) doğduğunda sol gözünde bulunan kist hakkında „dermoid kist“ teşhisi konduğu tespit edilebilmekle birlikte, bu rahatsızlığın Türkiye'de tedavisinde güçlük olduğunu kabul etmeye yeterli delil olmayıp, bu hususta, çocuğun Türkiye'ye iadesinin, çocuk açısından ciddi bir risk içerdiğinin kabulü mümkün değildir.

Mahkeme, buraya kadar değinilen hususlar doğrultusunda, (Ç)'nin Türkiye'ye iadesine bağlı olarak, psikolojik ve fiziksel yönlerden zarara uğrayacağını, yahut müsamaha edilemeyecek bir duruma sokulması anlamına gelecek ciddi riskin varlığını kabul etmenin mümkün olmadığına, bu konuda (J)'nin iddialarının gerekçeden yoksun olduğuna karar vermiştir.

d. Yer Değişikliğine Rıza İncelemesi

Mahkeme'nin ele aldığı son husus, (Ç)'nin Japonya'ya götürülmesine (T)'nin rıza göstermiş olup olmadığıdır. (J)'nin iddiasına göre, kendisinin (Ç) ile birlikte Japonya'ya gitmesinden önce 2014 yılının belirli bir gününde (T), kendisine karşı, “*çocuğun velayeti sende kalacak şekilde anlaşmalı boşanalım*”, “*çocuğu da alarak Japonya'ya dön*” benzeri ifadeler sarfetmiştir. Üstelik, (J), o dönemde Japonya yolculuğu için (T)'den (Ç)'nin pasaportunu kendisine vermesini rica ettiğinde, (T) pasaportu kaybettiğini söylemiş fakat onun bilgisi dahilinde (J) pasaport kayıp ilanı vermiş, yeni pasaportu teslim almasının ardından ise (Ç) ile birlikte Japonya'ya hareket etmişlerdir. Dolayısıyla, (T) söz konusu beraberinde götürme eylemi öncesinde buna rıza göstermiş olmaktadır.

Buna karşılık (T), (J) tarafından öne sürülen iddiaların hiçbirini kabul etmemiştir. (J)'nin öne sürdüğü vakıaların mevcut olmadıklarını, kendisinin söz konusu beraberinde götürme eylemine rıza göstermediğini iddia etmektedir.

Mahkeme, (J)'nin var olduklarını iddia ettiği beyanlara ilişkin delil bulunmadığını belirtmiştir. Bu tarz beyan ve eylemlerde bulunmuş olsa bile, (T)'nin söz konusu beraberinde götürme eyleminin ardından henüz bir ay bile geçmeden Dışişleri Bakanlığı'na iade başvurusu yaptığını ve (Ç)'nin iadesini talep etmiş olduğunu dikkate alan Mahkeme, (T)'nin (J) tarafından gerçekleştirilmiş beraberinde götürme eylemine rıza göstermiş olduğunun kabul edilemeyeceğine, bu husus ile ilgili olarak (J)'nin iddialarının gerekçeden yoksun olduğuna hükmetmiştir.

d. Hüküm Sonucu

Yukarıda ayrı başlıklar halinde verilen incelemelerin ardından Mahkeme, iade talebi ile ilgili olarak, Japon hukukunda düzenlenen çocuğun iadesi sebeplerinin tespit edilebildiğini, buna karşılık çocuğun iadesini red sebeplerinin tespit edilemediğini belirterek, (Ç)'nin Türkiye'ye iadesine hükmetmiştir.

B. Tokyo Bölge Mahkemesi'nin 14.07.2015 Tarihli Kararı

1. Ciddi Risk İncelemesi

Tokyo Aile Mahkemesi'nin vermiş olduğu ve yukarıda ele alınan iade kararına karşı (J) bir üst mahkemeye itiraz etmiştir. Bunun üzerine söz konusu kararı inceleyen Tokyo Bölge Mahkemesi, 14 Temmuz 2015 tarihinde bu kararı iptal etmiş ve iade başvurusunu reddetmiştir. Uygulama Kanunu m.28/2 hükmünde yer aldığı şekilde üç ayrı başlık halinde “ciddi risk” istisnasını değerlendiren Yüksek Mahkeme öncelikle, (Ç)'nin (T)'den fiziksel şiddet görme veya psikolojik zarara uğrama tehlikesinin var olup olmadığını incelemiştir. Ardından, (J)'nin kendisine

karşı (T)'den gelebilecek ve (Ç)'nin psikolojik travma yaşamasına neden olacak şekilde şiddet görmesi tehlikesinin bulunup bulunmadığı konusunu ele almıştır. Son olarak, (J) veya (T)'nin Türkiye'de (Ç)'nin bakımını üstlenmelerinin güç olup olmayacağı hususuna değinmiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre, (T)'nin, (Ç)'nin cinsel organı ile oynaması, fotoğraflarını çekmesi ve (J)'nin tüm itirazlarına rağmen bu davranışlarına son vermemiş olması, çocuğun sağlıklı gelişimi açısından büyük bir tehlikedir. Bu davranışların gelecekte de devam edebilme riski mevcuttur. Benzer şekilde, (J)'ye şiddet uygulanırken çocuğun da buna maruz kalması ihtimalinin yüksek olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Kaldı ki, (J)'nin şiddete maruz kalma tehlikesinin yüksek olduğu bir kere kabul edildiğinde, (Ç)'nin kendisi doğrudan bu şiddete maruz kalmaya bile psikolojik yönden zarar göreceğini belirtmek mecburiyeti vardır. Her ne kadar (T), eşinin varlığını iddia ettiği istismar eylemlerini güçlü deliller ile ispatlayamadığını ileri sürüyor olsa da, bahsi geçen cinsiyetçi hakaretler gibi eylemlerin objektif olarak ispatı çok güç olup, bu vakıaların, (J)'nin emare olarak dikkate alınması mümkün ifadesi temelinde kabul edilmelerine herhangi bir sınırlama getirilmemelidir. Benzer şekilde, her ne kadar (T), (J)'ye karşı uyguladığı şiddetin dolaylı yönden (Ç) üzerinde etki doğurmasının Kanun m.28/2 Bent 1 hükmü kapsamında görülemeyeceğini iddia ediyor olsa da, yukarıda değinildiği üzere çocuğun bu eylemlerden etkileneyeceği kabul edilmelidir. Yüksek Mahkeme, tüm bu gerekçelerden hareketle (T)'nin iddialarını kabul etmenin mümkün olmadığını belirtmiş ve (J)'nin kendisine karşı (T)'den gelebilecek ve (Ç)'nin psikolojik travma yaşamasına neden olacak şekilde şiddet görmesi tehlikesinin bulunup bulunmadığı hususunu incelemeye geçmiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre (T)'nin, (Ç) doğduğundan beri (J)'ye şiddet uyguladığı sabittir. Bunlar içerisinde (J)'nin kalçasında çürük bırakan eylem ile daha sonra hekim muayenesinde kuyruk sokumu çatlağı teşhisi konmasına neden olan eyleminin varlığı, yer ve zaman itibarıyla çekişmesiz olup, yaralanma ile şiddet eylemi arasında neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. (T)'nin eşine yönelttiği şiddet eylemleri, hafif düzeyde olmadıkları gibi istikrar da içermektedirler. Kaldı ki, (T) bugüne kadar şiddete başvurmuş ise, bundan sonra da şiddete başvurma ihtimalinin yüksek olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. (Ç) daimi olarak annesi ile birlikte yaşadığından, (J)'ye yönelik şiddet eylemlerine şahit olacağını kabul etmek de doğru olur. Dolayısıyla, (J), (Ç) ile birlikte Türkiye'ye döndüğünde (Ç)'nin (T)'den gelecek ve kendisinde psikolojik travma yaratacak şiddet eylemlerine maruz kalması tehlikesi bulunmaktadır.

(T), (J)'nin Türkiye'de bir defa hastaneye giderek muayene olduğunu, söz konusu olan yaralanmanın basit tıbbi tedavi ile geçebilecek cinste, bir başka deyişle hafif düzeyde olduğunu dolayısıyla (Ç)'yi psikolojik travmaya maruz bırakacak bir şiddet

eylemine muhatap olması tehlikesinin ispatlanamadığını iddia etmektedir.¹⁰³ Gerçekten de, söz konusu delile göre, (J)'nin Türkiye'deki hastane muayenesinde yaralanma içeriği, sol el ve sol ayağını oynatırken gelen acı hissi ile sol omzunda morluk olmasından ibaret olup basit bir tedavi ile iyileştirilebilecek hafiflikte görülmüştür. Bununla birlikte, o esnadaki içerik öyle bile olsa (T)'nin (J)'ye yönelttiği şiddetin, söz konusu yaralanmaya yol açan eylem ile sınırlı bulunmayıp, hafif olmayan ve istikrarlı şiddet eylemlerinin bir neticesi olduğunu belirtmek gerekmekte olup ve (T)'nin bu iddiasını kabul etmek mümkün değildir.

(T), an itibariyle 2 yaşında olan (Ç)'nin, gözleri önünde cereyan ettiği öne sürülen hadise ve hakaretlerin içeriğini anlayabilecek yaşta olmamasından dolayı, psikolojik bir travmaya maruz kalmış olamayacağını iddia etmektedir. Buna karşın, deliller ışığında, süt çağındaki çocukların psikolojik dengelerinin, duygusal bağ kurdukları annelerine karşı yöneltilen şiddet eylemleri sebebiyle zarara uğradığından bahsedilmesi gerekmekte olup, bu bağlamda anlama becerileri henüz yeterli olgunlukta olmasa bile, sağlıklı gelişimlerinin sekteye uğrayacağı anlaşıldığından, (T)'nin bu iddiası da kabul edilemez.

(T), Türkiye'de ilgili kanun hükümlerince uzaklaştırma kararı çıkartmak, sığınma evlerinde barınmak mümkün iken, (J)'nin Türkiye'de yaşadığı dönem zarfında herhangi bir uzaklaştırma kararı başvurusunda yahut sığınma evine giriş talebinde bulunmadığını, bu durumun (T)'den gelebilecek herhangi bir şiddet tehlikesinin mevcut olmadığına işaret ettiğini, kendisinin (J)'ye karşı şiddet uygulamadığını iddia etmektedir. Buna karşın, Yüksek Mahkeme'ye göre, (T)'nin uyguladığı şiddetin varlığı muayene sonuçları ile sabit olup kendisinin buna aykırı beyanının kabul edilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde, (J)'nin Türkiye'de iken koruma kararı başvurusunda bulunmamış olması tek başına (T)'den şiddet görmediği şeklinde anlaşılamayacağı gibi, bu tercihin gerekçesi olarak (J)'nin evlilik hayatını onarma isteği şeklinde vücut bulan ve ilk derece yargılamasında da yer verilen ifadesi göz önüne alındığında, bu tercihin olağandışı durduğu da söylenemez. Dolayısıyla, (T)'nin yukarıdaki iddiası kabul edilemez.

Bu noktada Yüksek Mahkeme, Türkiye'de kadınların korunmasına ilişkin tedbirlerin yeterliliği ve etkililiği tartışmasına girmektedir. Kararın ilgili bölümü aşağıda aynen aktarılmıştır;

„(J)'nin bir uzaklaştırma kararı aldırıldığı, sonrasında ise bu kararın süresinin geçtiği anlaşılmaktadır. (J), isterse tekrar bu yönde bir karar alabilir. Fakat, yeniden bu yönde bir karar alınsa dahi, delil olarak sunulmuş raporlarda yazılanlar ışığında

¹⁰³ Burada Yüksek Mahkeme tarafından (T)'nin iddia ettiği belirtilen hususun varlığı, Tokyo Aile Mahkemesi kararında (T)'nin hiç bir şekilde şiddet eyleminde bulunmadığını iddia ediyor olması ile çelişmektedir. İki karar metni birlikte incelendiğinde ulaşılabilecek en makul sonuç, burada (T)'nin iddia ettiği belirtilen hususa, Tokyo Aile Mahkemesi'nin kendi kararında değinmemeyi tercih etmiş olduğudur.

uzaklaştırma kararlarının uygulanması noktasında bir polis zaafiyeti bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu zaafiyet nedeniyle kararların uygulanamadıkları, kararı ihlâl edenlere karşı yaptırımların nadiren işletildiği yönünde raporlar mevcuttur. Bir uzaklaştırma kararı alınsa dahi, ataerkil toplumdaki temelli toplumsal anlayışın arka plandaki rolüne dikkat çeken ve ev içi şiddetin mevcut durumunda herhangi bir düzelme olmadığına işaret eden raporlar da bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilenlerden hareketle, Türkiye'de uzaklaştırma kararı alınabilmesine ilişkin bir sisteminin mevcudiyeti ve (J) 'nin de (T) aleyhine bu kararı tekrar aldırma imkanı söz konusu olmakla birlikte, (J) ve (Ç) 'nin Türkiye'ye dönmeleri halinde, bu karar aracılığıyla (T) 'nin şiddet eylemlerinden yeterli düzeyde korunabileceklerine dair tereddüt bulunduğunu söylemek gerekmektedir. Koruma kararı ile yeterli düzeyde bir koruma elde edemezlerse sığınma evini tercih etmek zorunda kalacakları düşünülebilir ki, bu durumda ikisinin de uygun bir sığınma evine girip giremeyecekleri meselesinin bizatihi kendisi net değildir. Girseler bile, yeterli korumanın sağlanacağına garantisiz olmadığına işaret eden hususlar mevcut olup, sığınma evinde (J) ve (Ç) 'nin hayatlarının büyük zorluklar ile dolu olacağı öngörülebilir.

Bu hususta (T), Türkiye'de koruma kararı sistemi ve sığınma evleri sayesinde ev içi şiddet sonucu zarar gören kadınlara cömert bir koruma sağlandığını, sığınma evlerinde güvenliğin temin edilmesinin yanında özgürlüğü kısıtlamayan bir yaşam ortamının işlerlikte bulunduğunu kanıtlamak üzere delil sunmuştur. Şüphesiz, Türkiye'de uzaklaştırma kararı sistemi, sığınma evleri örgütlenmesi, ev içi şiddetin mağdurunu destekleyen başka sistemler bulunmakta olup, bunların bir bütün olarak herhangi bir fonksiyon üstlenemediklerini düşünmek zor olmakla birlikte, yukarıda değinildiği üzere, bunların yeterli fonksiyon gösteremedikleri, ev içi şiddetin mağdurunu korumakta yetersiz kalan hallere yol açtıklarını bildiren raporlar bulunmakta olup, bu durumun çok da istisnai olmadığına anlaşılması ışığında, her ne kadar bunların fonksiyon gösterememelerinden dolayı (J) ve (Ç) 'nin yeterli şekilde korunamayacakları anlamına gelen somut bir tehlikenin varlığından bahsedilemiyor olsa dahi, yeterli şekilde korunacaklarını söylemek de mümkün olmadığından, netice itibariyle Türkiye'ye dönecek (J) ve (Ç) 'nin korunamamaları tehlikesine denk düşen bu durumun es geçilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, Türkiye'de bir uzaklaştırma kararı sistemi ve sığınma evi örgütlenmesi mevcut olmasına rağmen, bunlar üzerinden (T) 'nin "yeterli koruma sağlar" iddiasını kabul edebilmek mümkün değildir."

Yüksek Mahkeme, ele aldığı iki soru bakımından da incelemesini bu şekilde sonlandırmış ve ciddi bir tehlikenin var olduğu sonucuna ulaşmıştır.

2. Bakım Güçlüğü İncelemesi

Yüksek Mahkeme'nin son incelemesi, (J) veya (T)'nin Türkiye'de (Ç)'nin bakımını üstlenmelerinin zor olup olmayacağı meselesi hakkındadır. (T)'nin (Ç)'ye karşı uygun olmayan cinsel nitelikli eylemleri yanısıra, varlığı sabit olup (T) hakkında hafif dereceli alkol bağımlılığı teşhisi içeren hekim raporu ve bugüne kadar (Ç)'nin temel bakımını (J)'nin üstlenmiş olduğu gerçeği ışığında, (T)'nin kızkardeşi ve annesinin yardımcı kişiler vasfıyla (Ç)'ye yeterli ölçüde bakabileceklerini söylemenin zor olduğunu düşünen Yüksek Mahkeme, (Ç)'nin yaşını da göz önüne alarak bir değerlendirme yapıldığında, (Ç)'nin bakımı sorumluluğunu Türkiye'de yaşayan (T)'ye bırakmanın doğru olmayacağını ifade etmiş ve (Ç)'nin Türkiye'ye iadesi halinde, onun Türkiye'deki bakımıyla (J)'nin ilgilenmesinin şart olacağı sonucuna varmıştır.

(T), (J)'nin Türkiye'ye dönmesini sağlamak için onun eş vizesinin temininde işbirliği yapmak ve diğer masraflarını ödemek yönünde bir eğilim gösteriyor olmakla birlikte, Yüksek Mahkeme'ye göre, ilk derece kararıyla sabit olduğu üzere, (T)'nin daha önce aynı tür vizenin yenilenmesi sürecinde işbirliğine yanaşmamış olduğu, Türkiye'de birlikte yaşadıkları dönemde dahi, (J)'nin olağan yaşam masraflarını karşılamamış olduğu dikkate alındığında, (J)'nin Türkiye'ye yeniden giriş yapmasının ardından hayatını nasıl idame ettireceği hususunda belirsizlik bulunduğunu söylemek gerekmektedir.

3. Hüküm Sonucu

Yüksek Mahkeme yaptığı değerlendirmeler neticesinde, Türkiye'de, (Ç)'nin (T)'den gelecek ve kendisinin psikolojik zarar görmesine yol açabilecek söylem ve eylemlere maruz kalma tehlikesi bulunduğunun; (J)'nin, kendisine karşı (T)'den gelebilecek ve (Ç)'nin psikolojik travma yaşamasına neden olacak şekilde şiddet görmesi tehlikesi bulunduğunun; ayrıca (J) ve (T)'nin Türkiye'de (Ç)'nin bakımını üstlenmelerini güçleştiren şartların da mevcut olduklarının kabul edilmesinin yerinde olacağını ifade etmiş, söz konusu iade talebi açısından, (J)'nin varlığını ileri sürdüğü üzere "(Ç)'nin iade edilmesi halinde onun fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı yahut başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi bir risk" bulunduğunu kabul etmiştir. Neticede, (T)'nin iade başvurusunun reddedilmesi gerektiğinden, ilk derece kararının yerinde olmadığını ve (J)'nin itirazının sebebe bağlı olduğunu ifade eden Yüksek Mahkeme, ilk derece kararının iptal edilmesine ve söz konusu başvurunun reddedilmesine karar vermiştir.

IV. Değerlendirmeler ve Sonuç

25 Ekim 1980 Tarihinde tamamlanan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Sözleşme), Türkiye bakımından 1 Ağustos 2000 tarihinde

yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin amacı, 16 yaşını tamamlamamış çocuğun, velayet hakkı ihlâl edilerek bir ülkeden diğer bir ülkeye götürülmesi veya alıkonulması halinde, derhal mutad meskeninin bulunduğu ülkeye geri dönmesini veya şahsi ilişki kurma hakkının tesis edilmesini sağlamaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesinin bazı haller açısından çocuğun üstün menfaatini korumayacağı düşünölmüş, bu kapsamda birtakım istisna hükümleri getirilmiştir. Bunlar içerisinde en sık başvuru alan istisna hükmü, çocuğun iadesinin, çocuk üzerinde psikolojik ve fiziksel zarara yol açacağını, yahut çocuğun dayanılması güç bir duruma sokulması anlamına gelecek ciddi bir riskin mevcut bulunduğuna kanaat getiren mahkemenin iade istemini reddedebilmesi imkanına ilişkindir.

1990 Yılı ve sonrasında etkisini göstermeye başlayan küreselleşme olgusu ile birlikte, farklı vatandaşlığa sahip eşler arasında gerçekleşen evliliklerin ve bunun doğal bir sonucu olarak boşanmaların sayısı yükseliş göstermiştir. Bu dönemde yurtdışında yerleşik ve bir yabancı ile evli bulunan Japon vatandaşlarının (çoğunlukla annelerin), kimi zaman halen evli iken, kimi zaman ise boşandıktan sonra çocuklarını da yanlarına alarak Japonya'ya döndükleri vakaların sayısında ciddi bir artış yaşanmıştır. Günden güne ciddiyet kazanan ve kısa süre içerisinde küresel bir problem haline alan bu durum uluslararası camiada hoşnutsuzluğa neden olmuş, Japonya'nın kaçırılan çocukların iadesinde isteksizlik gibi algılanan tutumu, ABD ve pek çok Avrupa ülkesinin tepkisine yol açmıştır.

Japon doktrininde o dönemde, Sözleşme'nin Avrupa ve ABD aile hukuku modeline göre hazırlandığı ve nihayetinde ortaya çıkan sonucun Japon aile hukuku modelinden ciddi şekilde farklılaştığı öne sürölmüştür. Bu durumun Japon maddi hukuku ile, özellikle de velayet hakkının düzenlenişi yönünden bir çatışma yaratacağından bahisle, pek çok uygulamacı Sözleşme'yi onaylama aleyhine bir duruş sergilemiştir. Fakat gerek Japonya'ya kaçırılan çocukların sayısının tereddüte meydan bırakmayacak kesinlikte ve hızlı artışı, gerek uluslararası baskı neticesinde Japonya direnmekten vazgeçmiştir.

Japonya, Sözleşme'ye taraf olmadan iki yıl önce uygulama kanununu hazırlamaya başlamış ve Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihte bu kanun da yürürlüğe girmiştir. Kanun'un son derece katılımcı bir yaklaşım ile hazırlanmış olması, Sözleşme'ye taraf olmaktan kaçınılan dönemde Sözleşme aleyhine dile getirilmiş pek çok eleştirinin kanun yazım sürecinde dikkate alınmasına imkan vermiştir. Bunlar arasında belki de en yoğun şekilde dile getirilmiş eleştiri, Sözleşme m.13/1-b hükmünde düzenlenen „ciddi risk“ istisnasının ebeveynlerin biri tarafından diğerine yöneltilmiş ev içi şiddet halleri bakımından şiddetin mağduruna ve dolayısıyla çocuğa yeterli düzeyde bir koruma sağlamadığı şeklindedir. Japon kanunkoyucusu, bu eleştiriye dikkate almış ve bu tarz vakalar ile karşılaşacak bir mahkemeye yol göstermek amacıyla, Kanun m.28/2 hükmünü sevk etmiştir. Anılan hükmün ikinci bendi, kaçırılan eşe yöneltilmiş

„ev içi şiddet“ olgusunun istisna hükmüne ilişkin değerlendirmede doğrudan dikkate alınabilmesini olanaklı hale getirmiştir.

Sözleşme'nin Japonya'da yürürlüğe girdiği andan itibaren bir mahkeme tarafından “ciddi risk” istisnası kapsamında verilmiş ilk red kararı, Türkiye'den yapılmış bir iade başvurusu hakkında görülmüştür. Japon vatandaşı annesi tarafından Japonya'ya kaçırılan bir çocuğun Türkiye'ye iadesi istemini değerlendiren Tokyo Aile Mahkemesi, “çocuğun Türkiye'ye iadesi” yönünde karar vermiş, ancak bu karara yapılan itiraz üzerine meseleyi inceleyen Tokyo Bölge Mahkemesi, çocuğun iadesinin, çocuk üzerinde psikolojik ve fiziksel zarara yol açacağını, çocuğun dayanılması güç bir duruma sokulması anlamına gelecek ciddi riskin mevcut olduğuna, bir başka deyişle istem hakkında Sözleşme m.13/1-b hükmünde yer alan istisnanın işletilmesi gerektiğine kanaat getirerek, söz konusu iade kararını iptal etmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere Uygulama Kanunu m.28/2 hükmü „ciddi risk“ istisnasının mahkeme tarafından nasıl yorumlanması gerektiğini, üç bent halinde ve üç farklı ihtimal çerçevesinde ele almaktadır. Bu ihtimallerden herhangi birinin olaydaki varlığı sabit görüldüğünde, mahkemenin iade talebini reddetmesi gerekmektedir. Kanımızca, bu çalışmada yer verilen mahkeme kararlarının, anılan hükmün uygulaması açısından özel bir yere sahip oldukları söylenebilir. Zira, Tokyo Aile Mahkemesi, hükümde sıralanan üç farklı ihtimalin olaydaki varlığını sabit görmemiş iken, Tokyo Bölge Mahkemesi her üçünün de varlığını sabit görmüştür. Dolayısıyla, iki mahkeme kararı arasındaki yorum farkının oldukça çarpıcı olduğu ve kararların sırf bu yönüyle dahi incelenmeye değer oldukları düşünülebilir.

Aile mahkemesinin vermiş olduğu iade kararı, yerindeliği bütünüyle tartışmaya açık olmakla birlikte, günümüz Sözleşme uygulamasında oldukça yaygın olan bir yaklaşımı temsil etmektedir. Mahkeme, anneye yöneltilmiş istikrarlı şiddet eylemlerinin olaydaki varlığını sabit görmesine rağmen, Türkiye'de bu eylemlerden korunma imkanı olup olmadığını araştırmış ve bu imkanın bulunduğu kanaatine vararak (Ç)'nin iadesine karar vermiştir. Bir başka deyişle Mahkeme, şiddet eylemlerinin iade sonrasında da devam edebilme riskini kabul etmiş, fakat bu riskin azaltılmasına imkan veren koruyucu tedbirlere güven atfederek yine de iade yolunu seçmiştir.

Karardan açıkça anlaşıldığı üzere, (J) ve (Ç)'nin Türkiye'ye döndükten sonra bir kadın sığınma evinde yaşamaya başlamaları ihtimali çok yüksektir. (J) bu hususta, „*Türkçe haricinde dil bilmeyen bir düzine kadın ile aynı odada kalmak anlamına gelecek bir sosyal çevrenin iyi olmayacağı*“ görüşünde iken, Mahkeme, bizzat kadın sığınma evlerine girilebiliyor olmasını etkili bir koruma tedbiri olarak değerlendirmiştir. (J), kendisine yönelik şiddet eylemlerinin devam edeceği kanısında olduğundan, bu durumun (Ç)'ye psikolojik yönden zarar vereceğini ve kısmen bu yüzden kısmen başka sebeplerle Türkiye'de (Ç)'ye iyi bakılamayacağını öne sürmektedir. Mahkeme ise,

geçmişte şiddet yaşanmış olduğunu kabul etmekle birlikte, gelecekte yaşanmasının önlenebileceğini düşünmektedir.

Kanımızca, mahkemenin iade kararı vermek yönünde kendini baskı altında hissetmiş olması da mümkündür. Zira, söz konusu iade talebi mahkeme önüne geldiğinde, Sözleşme'nin Japonya uygulamasında o ana kadar „ciddi risk“ istisnası kapsamında herhangi bir red kararı verilmemiş idi.¹⁰⁴ Japonya'nın Sözleşme'ye taraf olduğu tarihe kadarki tutumu „çocukların iadesine karar vermekte isteksizlik“ şeklinde algılanmakta ve bu durum onun uluslararası camiadan tepki görmesine yol açmakta idi. Sözleşme'ye taraf olunacağı zaman da Sözleşme m.13/1-b hükmünü daha geniş yorumlayan bir uygulama hükmünün sevk edilmiş olduğu dikkate alındığında, Mahkeme'nin, bu istisna kapsamındaki ilk red kararını veren mahkeme şeklinde anılmak istememiş olabileceği pekâlâ düşünülebilir. Ancak bu düşüncenin, mahkemenin genel tutumu üzerinde yalnızca tali bir etkisi olmuş olabileceği kanısındayız. Zira mahkemenin genel yaklaşımı, yukarıda ifade edildiği üzere, ev içi şiddet iddiaları içeren vakalarda gözlemlenen yaygın mahkeme uygulaması ile zaten örtüşmektedir.

İade kararına yapılan itiraz üzerine meseleyi inceleyen Tokyo Bölge Mahkemesi'nin bu kararı iptal etmesi ve istemi reddetmesi, (J)'nin maruz kaldığı şiddetin istisna hükmü kapsamında değerlendirilecek düzeyde bulunmuş olduğuna, bir başka deyişle, bu şiddet neticesinde (Ç)'nin psikolojik travma yaşayabilme ihtimalinin yüksek görüldüğüne işaret etmektedir. Hayatın gerçekleri ile daha uyumlu olduğu düşünülebilecek bu karar ile Yüksek Mahkeme, bir anlamda Türkiye'deki koruma sisteminin (J) ve (Ç)'yi korumakta yeterli ve etkili görülemeyeceği sonucuna varmıştır.

Türkiye'de kadınlara karşı şiddetin önlenmesi hususunda uygulama kaynaklı sıkıntılar bulunduğunu belirten Yüksek Mahkeme, her olay bakımından mutlaka bu sıkıntıların yaşanacağıının iddia edilemeyeceğini, fakat yaşanmayacaklarının da garanti edilemeyeceğini ifade ederek, salt anılan sıkıntılarının yaşanma ihtimali bulunmasını „es geçilemeyecek“ önemde görmüştür. Japon uygulama kanununda yer alan ve eşe yöneltilmiş ev içi şiddetin doğrudan dikkate alınabilmesine imkan veren özgün düzenlemenin bu yorum biçiminin benimsenmesinde kolaylık sağlamış olduğu düşünülebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

104 Yoda'nın kapsamlı araştırması incelendiğinde, 2014-2017 yılları arasındaki üç yıllık dönemde ilk derece mahkemelerince toplam 14 başvuru bakımından “iade”, 7 başvuru bakımından ise “iade talebinin reddi” kararı verildiği ve bu dönemde “ciddi risk” istisnası kapsamında verilmiş bir red kararı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bkz. Yoda (n7) 27, 38.

Bibliyografya/Bibliography

- Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Status Table, (Hague Conference on Private International Law, 19.07.2019) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Costa J, 'If Japan Signs the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Real Change or Political Maneuvering?' (2010) 12 Or. Rev. Int'l L. 369-388
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020)
- Gaimushou, 'Nihon to kokusai shakai no heiwa to antei ni muketa torikumi' in Gaikou seisho (mofa, 2011) (外務省, '日本と国際社会の平和と安定に向けた取組' (2011) 外交青書) <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/bluebook/2011/pdf/pdfs/3_1.pdf> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Hanley P, 'Black Hole in the Rising Sun: Japan and the Hague Convention on Child Abduction' (2016) 2 DePaul Int'l Hum Rts J 1-22
- Hayakawa S, 'Haagu kodasshu jouyaku dansou -nihon no oyako housei e no ichishiten (tokushuu shinken wo meguru doukou - minpounado kaisei to haagu jouyaku kamei e no ugoki) (2011) 1430 Jurisuto 12-18 (早川眞一郎, '「ハーグ子奪取条約」断想--日本の親子法制への一視点(特集親権をめぐる動向--民法等 改正とハーグ条約加盟へのうごき' (2011) 1430 ジュリスト 頁12-18)
- Hosokawa K, 'Kantougen - kokusaitekina ko no tsuresari' (2006) 2 Keesu kenkyuu 1-3 (細川清, '巻頭言 国際的な子の連れ去り' (2006) 2 ケース研究 頁1-3)
- Houmushou, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru joyaku (kashou) wo jisshi suru tame no ko no henkan tetsuzuki to no seibi ni kansuru chuukan torimatome ni kansuru iken boshuu no kekka ni tsuite' (法務省, '国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(仮称)を実施するための子の返還手続等の整備に関する中間取りまとめに関する意見募集の結果について') (MOJ, 2011) <www.moj.go.jp/content/000081707.pdf> Erişim Tarihi 25 August 2020.
- Kaji R, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru jouyaku (haagu dasshu jouyaku)' (2012 / 5) 328 Rippou to chousa 15-28 (加地良太, '国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(ハーグ子奪取条約)' (2012 / 5) 328 立法と調査 頁15-28)
- Kamoto I, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru jouyaku (haagu jouyaku) wo meguru mondai' (2014 / 10) 26(2) Kazoku shakaigaku kenkyuu 157-164. (嘉本伊都子, '国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(ハーグ条約)をめぐる問題' (2014/10) 26(2) 家族社会学研究 頁157-164)
- Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru jouyaku no jisshi ni kansuru houritsu - Heisei 25nen houritsu dai48gou (平成二十五年法律第四十八号 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律) <https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=425AC0000000048> Erişim Tarihi 25 August 2020.
- Konno Y, 'A Haven for International Child Abduction: Will the Hague Convention Shape Japanese Family Law?' (2015) 46 Cal. W. Int'l L.J. 39-68
- Kouseiroudoushou, 'Dai 2 hyou - fusai no kokuseki betsu ni mita konin kensuu no nenji suii (厚生労働相, 第2表、夫妻の国籍別にみた婚姻件数の年次推移) <<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/suii10/dl/s05.pdf>> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Kuchikomi, 'Int'l marriages test ability to balance love with tolerance', (Japan Today, 19.04.2012) <<https://japantoday.com/category/features/kuchikomi/international-marriages-test-ability-to-balance-love-with-tolerance>> Erişim Tarihi 25 August 2020

- Kuroda A, 'Haagu anken ni kansuru oosaka katei saibansho ni okeru jitsumu-ADR no riyou-bengoshi no tachiba kara' (2019/6) 20 Katei no hou to saiban 11-16 (黒田愛, 'ハーグ案件に関する大阪家庭裁判所における実務・ADRの利用・弁護士立場から' (2019/6) 20 家庭の法と裁判 頁11-16)
- Lowe NV, 'Return Orders under the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction - The Issues Facing Japanese Courts' (2014) 57 Japanese YB Int'l L 77-101
- Morley J, 'Japan & International Child Abduction: An Update' (International Family Law, 24.02.2010) <<http://www.internationalfamilylawfirm.com/2010/02/>> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Murakami M, 'Case Proceedings for the Return of An Abducted Child and the Compulsory Execution in Japan' (2014) 57 Japanese YB Int'l L 33-55
- Nakamura M, 'Haagu joutaku -kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru 1980nen 9gatsu 25nichi no joutaku-' (2013) 27 Kokusai josei 142-145 (中村恵, 'ハーグ条約 -国際的な子の奪取の民事上の側面に関する1980年10月25日の条約-' (2013) 27 国際女性 頁142-145)
- Nakanishi Y and Kitazawa A and Yokomizo D and Hayashi T, *Kokusaishihou* (Yuuhikaku 2014) (中西康, 北澤安紀, 横溝大, 林貴美, 国際私法 (有斐閣, 2014)
- Nihon Bengoshi Renaikai, 'Kokusaitekina ko no tsuresari ni kansuru ankeeto houkoku' (nichibenren, 2011) (日本弁護士連合会『国際的な子の連れ去りに関するアンケート報告』 2011) <https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba_info/publication/data/2011child_abduction-enquete.pdf> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Nishioka T and Tsujisaka T, 'Introductory Note: Japan's Conclusion of the Hague Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction' (2014) 57 Japanese YB Int'l L 7-23
- Nishitani Y, 'Nihon ni okeru kodasshu joutaku no unyou to kinji no doukou ni tsuite' (2020/6) 26 Katei no hou to saiban 48-61 (西谷祐子, '日本における子奪取条約の運用と近時の動向について' (2020/6) 26 家庭の法と裁判 頁48-61)
- Nishitani Y, '2015 (Ra) No. 714 Appeal case against an order to return the child', (INCADAT) <<https://www.incadat.com/en/case/1439>> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Ootani M, 'Bekkyo/riikon ni shitagau ko no shinken/kango wo meguru jissijou no kadai' (2011) 1430 Jurisuto 19-27 (大谷美紀子, '別居・離婚に伴う子の親権・監護をめぐる実務上の課題' (2011) 1430 ジュリスト 頁19-27)
- Saatcioğlu OC, 'Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme m.13/1-b Hükmü Kapsamında "Ev İçi Şiddet" Olgusu: Eleştirel Bir Değerlendirme' (2021) 41(1) Public and Private International Law Bulletin 1-40
- Schwemann B, 'Japans Beitritt zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung' (2014/9) Frankfurt Working Papers on East Asia 1-38
- Shibaiki T, 'Haagu kodasshujoutaku no jitsumujou no toutatsuten to kongo no kadai' (2019/6) 20 Katei no hou to saiban 4-10 (芝池俊輝, 'ハーグ子奪取条約の実務上の到達点と今後の課題' (2019/6) 20 家庭の法と裁判 頁4-10)
- Stark B, 'Foreign Fathers, Japanese Mothers, and the Hague Abduction Convention: Spirited Away' (2016) 41 NC J Int'l L 761-792
- Şanlı C and Ataman-Figanmeşe İ and Esen E, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020)

- Tanahashi T and Watanabe K and Ogawa A, *Haagu jouyaku jiken no jitsumu -ko no henkan jiken wo chuushin ni* (2017)1 Keesu kenkyuu 138-163 (棚橋哲夫, 渡辺健一, 小川敦, ‘ハーグ条約事件の実務-子の返還事件を中心に’ (2017)1 ケース研究 頁138-163)
- Tanamura M, ‘International Child Abduction Cases and the Act for the Implementation of the Hague Convention’ (2014) 57 Japanese YB Int’l L 24-32
- The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017, s.7 (HCCH) <<https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>> Erişim Tarihi 25 August 2020.
- Torisawa T, ‘Kokusaitekina kodomo no tsuresari -haagu jouyaku no hijun wo megutte’ (2012/4) Refarensu 55-83 (鳥澤孝之, ‘国際的な子どもの連れ去り -「ハーグ条約」の批准をめくって- (2012/4) レファレンス 頁55-83)
- ‘Torukojin no otto e no danji henkan - toukyou kasai mitomeru’, (Haagu jouyaku no jian, 25.03.2015) <<http://hague-convention-jpn.info/index.php?%E6%9C%80%E6%96%B0%E3%83%8B%E3%83%A5%E3%83%BC%E3%82%B920150325c>> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme’nin Çekince ile Onaylanması Hakkında Karar, Karar Sayısı: 99/13909, RG: 15.02.2000/23965 <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafli-soz/lahey/turkce_lah28.pdf> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5717, Kabul Tarihi: 22.11.2007, RG:04.12.2007/26720 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071204-5.htm>> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin uygulanmasına ilişkin 65, 65/1 ve 65/2 sayılı Adalet Bakanlığı Genelgeleri <www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler> Erişim Tarihi 25 August 2020
- ‘U.S. removes Japan from blacklist of countries not complying with Hague Convention on child abduction, but remains highly concerned’, (The Japan Times, 13.05.2019) <<https://www.japantimes.co.jp/news/2019/05/13/national/politics-diplomacy/u-s-removes-japan-list-countries-showing-noncompliance-hague-convention-child-abduction/#.X0LdWUk3E0o>> Erişim Tarihi 25 August 2020
- Watanabe S, ‘Kokusaitekina ko no dasshu no minjimen ni kansuru jouyaku no hijun wo meguru kentoumondai(ge)’ (2011) 674 Koseki jihou 24-47 (渡辺惺之, ‘国際的な子の奪取の民事面に関する条約の批准をめぐる検討問題(下)’ (2011) 674 戸籍時報 頁24-47)
- Weiner M, ‘International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence’ (2000) 69(2) Fordham L. Rev. 593-706
- Yamaguchi S and Lindhorst T, ‘Domestic Violence and the Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Japan and U.S. Policy’ (2016) 17(4) Journal of International Women’s Studies 16-30
- Yamamoto BA, ‘International Marriage in Japan: An Exploration of Intimacy, Family and Parenthood, (18th Biennial Conference of the Asian Studies Association of Australia, Adelaide, 5-8 July 2010) https://www.researchgate.net/publication/282121752_International_Marriage_in_Japan_An_Exploration_of_Intimacy_Family_and_Parenthood
- Yoda Y, ‘Haagu jouyaku jissihou ni motodzuku ko no henkan moushitate jiken no shuukyoku ketteirei no keikou ni tsuite’ (2018/1) 12 Katei no hou to saiban 27-38 (依田吉人, ‘ハーグ条約実施法に基づく子の返還申立事件の終局決定例の傾向について’ (2018/1) 12 家庭の法と裁判 頁27-38)

Zushi S, 'Japan's 5-year experience in implementing the 1980 Hague Abduction Convention' 2019 IFL 80-88

Hanrei Taimuzu 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru jouyaku no jisshi ni kansuru houritsu ni motodzuki, ko no toruko kyowakoku e no henkan wo mejjita genkettei wo torikeshite, douhou28jou1kou4gou no henkankyohi jiyuu wo mitomete, ko no henkan moushitate wo kyakka shita jirei' (2019/4) 1457 Hanrei taimuzu 130-141 (国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律に基づき,子のトルコ共和国への返還を命じた原決定を取り消して,同法28条1項4号の返還拒否事由を認めて,子の返還申立てを却下した事例' (2019/4) 1457 判例タイムズ 頁130-141)



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

UNIDROIT'nın Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış

An Overview of UNIDROIT 's Work on Private Law

Yusuf Çalışkan^{1*}

Öz

Özel hukukun yeknesaklaştırılmasını sağlamak amacıyla, 1926 yılında UNIDROIT adı altında bir uluslararası kuruluş kurulmuştur. Kuruluş tarihinden günümüze kadar çeşitli uluslararası çalışmalar yapan bu kuruluşun çalışmaları hem teorik hem de pratik açıdan özel hukukun gelişmesine önemli katkılar sağlamıştır. Özellikle, UNIDROIT çalışmalarında, uluslararası metinlerin hazırlık aşamasında kapsamlı ve karşılaştırmalı hukuk metodlarının kullanılıyor olması nedeniyle, bu çalışmalar özel hukuk alanında çalışan hukukçulara önemli bir rehber olmaktadır. Bu makalede, öncelikle UNIDROIT'nın yapısı açıklandıktan sonra, mevcut çalışmaları belirtilecektir. Bu bağlamda, uluslararası tahkim uygulamasında da önemli bir yeri olan 2016 Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT ilkeleri kısaca değerlendirilecektir. Daha sonra ise, özel hukuk alanında çalışan hukukçulara rehber olması bağlamında hali hazırda gündemde olan çalışmalardan olan, dijital varlıkların düzenlenmesi, yabancı alacakların etkili bir yoldan tahsili, model faktoring kanunu, bankaların iflasına ilişkin düzenlemeler hakkında kısa bilgilendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

UNIDROIT, UNIDROIT İlkeleri, Lex Mercatoria, Dijital varlıklar, bankaların iflası

Abstract

An international organization labeled the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) was established in 1926 to ensure uniformity of private law. This organization has conducted varied international studies since its establishment, and its work has contributed significantly in both theory and practice to the development of private law. In particular, the studies conducted by UNIDROIT have come to be vital guides for jurists engaged in private law because they employ comprehensive and comparative legal methods in their preparation of international texts. This study first explains the structure of UNIDROIT before outlining its current studies. It briefly evaluates the 2016 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, which are essential for international arbitration practice. Subsequently, the study attempts to guide legal scholars engaged in private law by offering an overview of the research currently on the UNIDROIT's agenda: the regulation of digital assets, an effective way of collecting foreign receivables, the model factoring law, and the regulations on the bankruptcy of banks.

Keywords

UNIDROIT, UNIDROIT principles, lex mercatoria, digital assets, bankruptcy of banks

* Sorumlu Yazar: Yusuf Çalışkan (Prof. Dr.), İbn Haldun Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: ycaliska@gmail.com
ORCID: 0000-0003-1427-6334

Atf: Caliskan Y, "UNIDROIT'nın Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış" (2021) 41(2) PPII 463.

<https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.925735>



Extended Summary

The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) is a crucial international organization for the development of international commercial law. This independent organization was established in 1926 to ensure uniformity of private law. It works on unifying private and commercial laws by drafting international agreements and preparing model laws and principles. As of April 12, 2021, its membership extends to 63 countries, including Turkey.

Evidently, UNIDROIT's working methodology constitutes a significant aspect of its stature as one of the most successful international institutions. The organization conducts comprehensive and comparative legal studies, particularly in preparing international texts. Thus, UNIDROIT's current efforts and extant output can become beneficial guidelines for legal scholars engaged in the domain of private law. This study elucidates the existing and current endeavors of UNIDROIT. It initially analyzes UNIDROIT's extant output, particularly evaluating the principles of international commercial contracts outlined in 2016, which are accorded an essential place in the practice of international arbitration. In addition, studies currently on the agenda are examined under a separate heading to guide legal scholars working in private law.

UNIDROIT publishes conventions, model laws, principles, and guidelines to ensure uniformity in private law. The organization's most significant contribution to international commercial law undoubtedly entails the principles of international commercial contracts. The first edition of UNIDROIT principles of international commercial contracts was published in English and French in 1994. The second version was unanimously adopted and published in 2004 by the UNIDROIT Governing Council, considering the increasing use of the principles in dispute resolution by the international trade community and in particular by arbitrators. Fresh additions to the commonly used provisions were marked the third edition of the UNIDROIT principles published in 2010. The 2010 version therefore should not be viewed as a revision of the 2004 version. In terms of implementation, there were no serious problems with the application of the 2004 version. Thus, the primary purpose of the 2010 version of the principles was the addition of topics.

The 2016 UNIDROIT principles denote the fourth version and should not be regarded as a revision of the 2010 UNIDROIT principles. In addition, provisions were introduced to the 2016 UNIDROIT principles to ensure that the provisions successfully applied in practice could also be utilized in long-term contracts. The UNIDROIT principles were not regulated as an agreement or model law but were compiled into a text employing the technique of restatement inspired by the American system in anticipation that they would facilitate uniformity of private law. Some scholars may argue to the contrary; however, the UNIDROIT principles represent an imperative source of the modern *lex mercatoria*.

The preamble to the 2016 UNIDROIT principles states that the general values of international commercial contracts are identified and that the functions of the principles in international commercial law are specified. For example, the principles may be applied as a model for national and international legislators, and they may be deployed when the parties agree to the implementation of the principles as law.

In accordance with the principle of freedom of contract, the parties may determine the UNIDROIT principles applied as law. However, it is notable that the relevant contracts should clearly state the version of the principles preferred by the parties. Otherwise, the parties are deemed to have selected the current (2016) edition of the principles. Also to be noted here is that the parties may decide as a requirement of the freedom of contract that certain provisions of the principles will not apply to their contracts. However, if the parties desire to choose the principles as the rule of law applicable to the merits, they should opt for arbitration as their method of dispute resolution because the principles are not subject to a national legal system and thus cannot be accepted as law by a country. This article analyzes the possibilities of the applicability of the principles in national courts and arbitration.

The UNIDROIT Governing Council adopts issues at discrete levels, such as high, medium, or low, for its work schedule for the triennial period 2020–2022. For example, a UNIDROIT Working Group has been established to develop a future legal instrument incorporating principles and legislative guidance in the area of private law and digital assets. This Digital Assets and Private Law Project aims to offer legal direction and develop principles regarding the legal structure, transfer, and use of digital assets. This project will consider specific issues that may arise in various contexts, such as the legal classification of digital assets, difficulties with ownership, and the laws applicable to cross-border transactions, bankruptcy, and the legal position of intermediaries. The Principles of Effective Enforcement Project is also a new initiative taken to devise procedures and mechanisms for effective enforcement of the claims of creditors. The Factoring Model Law and the Regulation on Bank Insolvency are also part of UNIDROIT's current agenda. All these projects are poised to exert an impact on international commercial law.

UNIDROIT'nin Özel Hukuka İlişkin Çalışmalarına Genel Bir Bakış

Giriş

UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law, Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü), 1926 yılında, Milletler Cemiyeti'ne bağlı olarak özel hukukun yeknesaklaştırılmasını sağlamak amacıyla kurulmuş, bağımsız bir kuruluştur¹. 1940 yılında çok taraflı bir milletlerarası anlaşma ile yeniden kurulmuştur. 12 Nisan 2021 tarihi itibarıyla, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 63 üyesi olan bu kuruluş, özel hukukun ve özellikle ticaret hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla, anlaşmalar, model kanunlar ve ilkeler hazırlamaktadır. Özellikle CISG anlaşmasının hazırlanmasında UNIDROIT tarafından uluslararası satıma ilişkin maddi hukuk kurallarının yeknesaklaştırılmasına dönük çalışmalar olan "Uniform Law on the International Sale of Goods, Yeknesak Satım Hukuku Anlaşması, (ULIS)" ve "Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale of Goods, Sözleşmesinin Kuruluşuna İlişkin Yeknesak Hukuk Anlaşması, (ULFC)" büyük öneme sahip olup bu anlaşmalar uluslararası satım hukukunun gelişiminde de önemli rol oynamıştır². Ayrıca, aşağıda inceleneceği üzere, uluslararası satım hukukuna ilişkin olarak, UNIDROIT'nin Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeleri bulunmaktadır.

UNIDROIT'nin çalışma şeklinin, özellikle uluslararası metinlerin hazırlık aşamasında kapsamlı ve karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının yapıyor olmasının, UNIDROIT'nin var olan ve hali hazırda yaptığı çalışmaların bilinmesinin özel hukuk alanında çalışan hukukçulara yol göstereceği aşikârdır. Bu nedenle ilk olarak, UNIDROIT nezdinde sonuçlanmış çalışmalar sadece maddeler halinde sayılacak ve bunlardan belki de en önemlisi olan 2016 Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT ilkeleri kısaca değerlendirilecektir. Ayrıca, yine özel hukuk alanında çalışan hukukçulara yol gösterici olması bağlamında hali hazırda gündemde olan çalışmalar da ayrı bir başlık altında incelenecektir.

I. UNIDROIT'nin Yapısı

UNIDROIT, Sekreterlik, Yönetim Konseyi ve bir Genel Kuruldan oluşan, esasen üç temel organa sahip bir uluslararası kuruluştur. Sekreteryaya, Çalışma Programını gündene yürütmekten sorumlu UNIDROIT'nin yürütme organıdır. Bu organa, Enstitü Başkanının aday göstermesi üzerine Yönetim Konseyi tarafından atanan bir Genel Sekreter başkanlık eder. Genel Sekretere uluslararası devlet memurları ve yardımcı personelden oluşan bir ekip yardımcı olmaktadır.

1 <https://www.unidroit.org/> Erişim tarihi: 12 Nisan 2021.

2 Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005) 21-23.

UNIDROIT'nin çalışmaları değişik ülkelerden gelen ve Genel Kurulca her beş yılda bir seçilen yirmi beş uzman hukukçudan oluşan Yönetim Konseyi tarafından yürütülür. Yönetim Konseyi, Enstitü'nün kuruluş amacını gerçekleştirmek için çalışmaları destekleyip, çalışma programlarını belirler ve Sekreterliğin Konsey tarafından kabul edilen Çalışma Programını yürütme şeklini denetlemektedir. Belirtmek gerekir ki, bir re'sen üye, Enstitü Başkanı ve çoğunluğu seçkin yargıçlar, uygulayıcılar, akademisyenler ve memurlardan oluşan yirmi beş seçilmiş üyeden oluşan Yönetim Konseyine re'sen Konsey üyesi olan Enstitü Başkanı başkanlık eder.

Genel Kurul, UNIDROIT'nin nihai karar alma organıdır: Enstitü bütçesini her yıl oylar; her üç yılda bir Çalışma Programını onaylar; Yönetim Konseyini her beş yılda bir seçer. Genel Kurul, her üye Devletten bir temsilciden oluşur. Genel Kurul Başkanlığı, örgüte üye Devletlerden birinin Büyükelçisi tarafından dönüşümlü olarak ve bir yıl süreyle yapılmaktadır.

II. UNIDROIT'nin Özel Hukuka İlişkin Tamamlanmış Çalışmaları

A. Genel Olarak

UNIDROIT, özel hukuk alanında yeknesaklaşma sağlayabilme amacıyla, konvansiyonlar, model kanunlar, ilkeler ve kılavuzlar yayınlamaktadır. Bu çalışmaları şu şekilde belirtebiliriz³;

Sözleşmeler Hukuku Alanında

- Milletlerarası Faktoring Sözleşmesi Hakkında UNIDROIT Konvansiyonu
- 1988 Tarihli Uluslararası Leasing İşlemleri Hakkında UNIDROIT Konvansiyonu
- 1983 Tarihli Milletlerarası Mal Satımında Acentelik Hakkında Konvansiyon
- 2002 Tarihli Model Franchise Bilgilendirme Kanunu
- 2007 Tarihli Master Franchising Sözleşmelerine İlişkin Rehber
- 2020 Tarihli UNIDROIT / FAO / IFAD Tarımsal Arazi Yatırım Sözleşmelerine İlişkin Hukuk Rehberi⁴

Sermaye Piyasası Hukuku Alanında

- 2009 Tarihli Aracılığa Konu Menkul Kıymetlere İlişkin Maddi Kurallar Konvansiyonu
- Aracılığa Konu Menkul Kıymetlere İlişkin Mevzuat Rehberi
- 2013 Tarihli Finansal Yükümlülüklerin Tasfiyesi Amacıyla Yapılan Netleştirmeye İlişkin UNIDROIT Prensipleri

3 www.unidroit.org Erişim tarihi: 11.3.2021.

4 Eylül 2020'de, UNIDROIT Yönetim Konseyi, ortak kuruluş tarafından yapılabilecek küçük değişikliklere tabi olarak UNIDROIT / FAO / IFAD Tarımsal Arazi Yatırım Sözleşmeleri Hukuk Rehberini onayladı.

Medeni Usul Hukuku Alanında

- 2004 tarihli ALI/ UNIDROIT Uluslararası Medeni Yargılama İlkeleri
- 2020 Tarihli ELI/UNIDROIT Model Avrupa Medeni Usul Yargılama Kuralları

Teminatlı İşlemler Hakkında

- Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Cape Town Konvansiyonu
- Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol
- Demiryolu Araçlarına İlişkin Hususlara Dair Cape Town Konvansiyonuna Ek Protokol
- Uzay Malvarlıklarına Özgü Konulara Dair Protokol
- Madencilik, Tarım ve İnşaat Teçhizatına Özgü Konulara Dair Protokol (MAC Protokol)

Kültür Varlıkları Hakkında

- 1995 Tarihli Çalınan veya Yasadışı Yollarla İhraç Edilen Kültürel Nesnelere İlişkin UNIDROIT Konvansiyonu
- 2011 Tarihli UNESCO - UNIDROIT Keşfedilmemiş Kültürel Nesnelere Hakkında Devletin Mülkiyetine İlişkin Model Kanuni Hükümler

Miras Hukuku Alanında

- 1973 Tarihli Uluslararası Vasiyetnamelerin Şekline İlişkin Konvansiyon

B. 2016 Tarihli Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri

1. Genel Bilgi

UNIDROIT'nın uluslararası ticaret hukukuna yapmış olduğu en önemli katkı hiç şüphesiz, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT ilkeleridir⁵. 1971 yılında, UNIDROIT Yönetim Konseyi, uluslararası ticaret hukukunun aşamalı bir şekilde kodifikasyonunu yapmak amacıyla Fransız Prof. Dr. Rene David, İngiliz Prof. Dr. Clive M. Schmitthof ve Romen Prof. Dr. Tudor Popescu'dan oluşan bir komite kurmuştur. Komitenin hazırlamış olduğu rapor doğrultusunda, 1980 tarihinde Prof. Dr. Michael Joachim Bonell başkanlığında bir çalışma grubu (Working Group) oluşturulmuştur⁶. Mukayeseli hukuk açısından, Kıta Avrupası Hukuku, Anglosakson Hukuku ve sosyalist hukuk sistemlerinin ortak ilkeleri dikkate alınarak uluslararası sözleşmeler hukukunun temel ilkelerini ortaya koyan bir metin oluşturma çalışmaları, çalışma grubu tarafından yapılmış ve hazırlanan taslak metin 1994 yılında UNIDROIT Yönetim Konseyince onaylanmıştır. İngilizce ve Fransızca olarak yayınlanan ilk Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT ilkeleri 1994 tarihlidir⁷.

5 Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014) 34-42. Bu çalışmamızda, UNIDROIT ilkelerinde 2016 yılında yapılan değişiklikler, adı geçen kitapta yer almamaktadır. Ancak İlkelere ilişkin ilgili diğer kısımlar gerektiğinde aynen alınmış ve gerekli güncellemeler yapılmıştır.

6 Ceyda Süral, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri* (2008) 49-50.

7 <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994> Erişim tarihi: 12.3.2021.

UNIDROIT ilkelerinin üzerinde çalışmalara devam edilmesi ve ilkelerin yeni konular eklenerek genişletilmesi amacıyla tekrar bir çalışma grubu kurulmuştur. Bu bağlamda, ilkelerin giderek artan bir şekilde uluslararası ticaret camiası ve özellikle hakemler tarafından uyuşmazlık çözümünde kullanılıyor olması da dikkate alınarak, ilkelerin ikinci versiyonu olan 2004 UNIDROT ilkeleri, UNIDROIT Yönetim Konseyi tarafından oybirliğiyle kabul edilmiş ve yayınlanmıştır. Bu versiyonda, 1994 UNIDROIT ilkelerinde yer alan hükümlerden esaslı bir farklılık bulunmamaktadır, sadece daha önce hüküm altına alınmayan yeni konular ilave edilmiştir⁸.

İlkelerin üçüncü versiyonu olan 2010 UNIDROIT ilkelerinde, yaygın olarak kullanılan UNIDROIT ilkelerinde var olmayan yeni ilaveler yapılmıştır. Dolayısıyla, 2010 versiyonu 2004 versiyonunun bir revizyonu olarak görülmemelidir. Zira uygulamaya bakıldığında, 2004 versiyonunun uygulanmasında ciddi problemler ortaya çıkmamıştır. Bu nedenle, 2010 versiyonun esas amacı ilkelere yeni konular ilave etmektir⁹. 2005 yılından itibaren yapılan çalışmalar sonrasında, 2010 versiyonuna 26 madde eklenmiş ve bu maddeler ile sona eren veya sonradan hükümsüz hale gelen sözleşmeler nedeniyle tazminat yükümlülüğü, hukuka aykırılık, şarta bağlı işlemler, müşterek/müteselsil alacaklılık ve borçluluk gibi yeni bazı konular ilave edilmiştir¹⁰. 2004 UNIDROIT ilkelerinde yer alan hükümler aynen korunmuş, sadece esaslı değişiklik olarak ilkelere yer alan 1.4 maddedeki yorum değiştirilmiştir. Madde sayısı açısından kıyasladığımızda, 2004 versiyonu 185 maddeden oluşmaktayken 2010 UNIDROIT ilkeleri 211 maddeden oluşmuştur.

UNIDROIT ilkelerinin 4. versiyonu olan 2016 UNIDROIT İlkeleri, 2010 UNIDROIT ilkelerinin revizyonu olarak kabul edilmemektedir¹¹. 2016 UNIDROIT İlkelerine zaten uygulamada da başarılı bir şekilde kullanılan İlkelerin uzun süreli sözleşmeler için de kullanılabilirliğinin sağlanması amacıyla ek ilave hükümler getirilmiştir¹². Uzun süreli sözleşmelere uygulanabilirliğini sağlamak için 2010 UNIDROIT ilkelerinde sadece altı hükümde değişikliğe gidilmiştir. Bunlar, 1.11, 2.1.14, 5.1.7, 5.1.8 ve 7.3.7 maddeleri olup genellikle de maddelerin yorumlar kısmında yeni ilaveler ve değişiklikler yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki, 2016 UNIDROIT İlkelerinde, 2010 UNIDROIT ilkeleri gibi 211 madde yer almaktadır.

UNIDROIT ilkeleri, bir anlaşma veya model kanun olarak düzenlenmemiş, özel hukukun yeknesaklaşmasını daha kolay sağlayacağı düşüncesiyle Amerikan

8 Süral (n 6) 50-51.

9 Çalışkan (n 5) 36.

10 <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010> Erişim tarihi 12.3.2021.

11 İlkelerin Türkçesi için bkz: *UNIDROIT İLKELEERİ 2016* (Türkçe Çevirisi), (On İki Levha Yayıncılık 2020).

12 Eckart J Brodermann, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: An Article-By-Article Commentary* (2018). 2016 İlkeleri m.1.11'e eklenen yeni tanım uyarınca uzun süreli sözleşme, bir zaman dilimi içinde ifade edilen ve normal olarak, değişken bir şekilde de olsa, karmaşık bir işlem ve taraflar arasında sürekli bir ilişki içeren bir sözleşmeyi ifade eder.

sisteminden esinlenerek *restatement* tekniği ile bir metin haline getirilmiştir. Gerçekten ilkeler, uluslararası ticari sözleşmeler hukukunun genel ilkelerini toplayan ve uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına hizmet eden önemli bir metindir¹³. Bu özelliğinden ötürü, ilkeler hem uygulamada hem de akademik camiada uluslararası ticaret hukukunun temel araçlarından biri olarak kabul edilmektedir.

UNIDROIT ilkelerinin en önemli özelliği, hiç şüphesiz mukayeseli hukuk yöntemi kullanılarak hazırlanması neticesinde, hukuk sistemlerinde bulunan farklılıkların gözetilmiş olması ve uluslararası ticari sözleşmeler için genel kurallar getirmesidir. İlkeler, her türlü uluslararası ticari sözleşmelere uygulanabilecek ve mevcut milli hukuk sistemleri bakımından müşterek olan en uygun kuralları toplayan bir uluslararası araçtır. UNIDROIT ilkeleri, taraf iradesini temel alan ve esnek olmasıyla, uluslararası ticaret alanındaki teknik, ekonomik değişiklikler karşısında, somut olayda uygulayıcılara ve bu bağlamda hakemlere olayın şartlarına göre karar verme imkanını getirmektedir¹⁴.

Her ne kadar aksini iddia edenler olsa da¹⁵, UNIDROIT ilkeleri, modern *lex mercatoria*'nın önemli bir kaynağıdır.¹⁶ Gerçekten yukarıda ifade ettiğimiz üzere, UNIDROIT ilkeleri, mukayeseli hukuk yöntemi ile sözleşmeler hukukunun genel ilkelerini düzenlemiş olup, uygulamada da uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk olarak sıklıkla başvurulmaktadır. Dolayısıyla, bu özellikleriyle ilkeler, yeni (modern) *lex mercatoria*'nın çok önemli bir kaynağıdır¹⁷.

İlkelerin, tüm ticari sözleşmeler için uygulanmak üzere hazırlandığını tekrar vurgulamak gerekir. İlkeler açısından getirilen en önemli eleştirilerden biri, ilkelere “uluslararası sözleşme” kavramının tanımlanmamış olmasıdır. Ancak, önsözünde açıkça belirtildiği üzere; ilkelere yabancılık unsurunun en geniş anlamıyla anlaşılması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir. UNIDROIT ilkeleri, ticari sözleşmelere ilişkindir. İlkelerin kastettiği ticari sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri hariç tüm sözleşmeler olarak anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, ilkelerin uygulanabilmesi için, tarafların mutlaka kendi hukuklarına göre tacir sıfatını taşımaları aranmaz. Burada önemli olan, ticari kavramı geniş olarak yorumlanıp, tüketici sözleşmelerine ilkelerin uygulanmayacak olmasıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, UNIDROIT ilkeleri aşağıdaki genel prensipler dikkate alınarak kaleme alınmıştır:

- Sözleşme serbestisi (m.1.1)
- Şekil serbestisi (m.1.2.)

13 M. Del Pilar Perales Viscasillas, ‘Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Sphere of Application and General Provisions’ (1996) 13 (2) *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 390.

14 Süral (n 6) 56.

15 Federica Rongeat-Oudin, Martin Oudin, ‘The reception of the Unidroit Principles by the *lex mercatoria*: the example of good faith’ (2009) *International Business Law Journal*, I.B.L.J., 697-723; Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2011) 198-204.

16 Ayoğlu (n 15) 198-204; Süral (n 6) 161.

17 Çalışkan (n 5) 37.

- Ahde vefa ilkesi (m. 1.3)
- İyi niyet prensibi (m. 1.7)
- Ticari teamüllerin önemli rolleri (m. 1.9.1 ve m. 1.9.2).

2. UNIDROIT İlkelerinin Uluslararası Ticaret Hukukundaki Rollerini

2016 UNIDROIT İlkelerinin Önsözünde (Preamble), İlkelerin Uluslararası Ticari Sözleşmelere ilişkin genel ilkeleri tespit ettiği ifade edildikten sonra, İlkelerin uluslararası ticaret hukukundaki işlevleri belirtilmiştir.

a. Ulusal ve Uluslararası Kodifikasyonlarda Model Olarak Kullanılma

UNIDROIT ilkeleri, kapsamlı mukayeseli hukuk metodu ile uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin genel ilkeleri topladığından, ulusal veya uluslararası yeni düzenlemeler yapılırken veya var olan düzenlemeler değiştirilirken model olarak kullanılabilirler.¹⁸ Buna örnek olarak Çin Halk Cumhuriyeti'nin sözleşmelerle ilgili yasal düzenlemesi, Litvanya'nın Medeni Kanunu ve Estonya'nın Borçlar Kanunu'nu verebiliriz. Her üç düzenlemenin de esin kaynağı ve temeli UNIDROIT İlkeleridir.¹⁹

b. Özel Hukuk Sözleşmesi Hazırlanırken Örnek Olarak Kullanılma

UNIDROIT ilkeleri, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, tarafların hazırlamış oldukları sözleşmelerde örnek metin olarak kullanılabilir. Özellikle taraflar, İlkelerde mevcut olan kavram ve ifadeleri kendi sözleşmelerine derç ederek, sözleşmelerini İlkeler doğrultusunda hazırlayabilirler. Hatta İlkeler "kontrol listesi (check list)" olarak da önemli bir role sahiptirler. Bu bağlamda, taraflara yapacakları sözleşmelerde çıkması muhtemel hukuki problemler ve bunlar için çözüm önerileri İlkeler tarafından sunulmaktadır.²⁰

c. İlkelerin, Uluslararası Satım Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk Olarak Uygulanması

Uluslararası satım sözleşmeleri için belki de en önemli husus, sözleşmeden doğan bir uyumsuzluk çıktığında hakemler veya milli mahkemelerin İlkeleri, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak kabul edip etmemeleri meselesidir. Bu bağlamda çeşitli alternatifler kapsamında İlkelerin, uluslararası satım sözleşmelerine uygulanması aşağıda ele alınacaktır.²¹

18 Christine M. Whited, 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Overview of Their Utility and Role They Have Played in Reforming Domestic Contract Law Around The World' (2011) Fall ILSA Journal of International and Comparative Law, 167-191.

19 Whited, s. 183,188; Bruno Zeller, 'The Unidroit Principles of Contract Law; Is There Room for Their Inclusion into Domestic Contracts?' (2006-2007) 26 Journal of Law and Commerce, 116-117.

20 Arzu Oğuz, 'Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği' (2001) 50(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 41.

21 Kemal Dayınlı, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri' (2011) 23 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 203, 208; Çalışkan (n 5) 38.

İlkelerin uluslararası satım sözleşmelerine uygulanmasında ilk ihtimal taraflarca UNIDROIT İlkeleri'nin uygulanacak hukuk olarak seçilmesi durumunda söz konusu olabilir. Taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, UNIDROIT ilkelerini uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, taraflar İlkelerin hangi versiyonunu tercih etmişlerse, bunu açıkça sözleşmede belirtmelerinin gerekmesidir. Aksi halde, tarafların İlkelerin yürürlükteki (2016) versiyonu seçmiş oldukları kabul edilir. Belirtmek gerekir ki, sözleşme serbestisinin bir gereği olarak, taraflar İlkelerin belirli hükümlerinin sözleşmelerine uygulanmayacağını kararlaştırabilirler. Ancak, taraflar, İlkeleri, esasa uygulanacak bir hukuk kuralı olarak seçmek istiyorlar ise, uyuşmazlık çözüm metodu olarak tahkimi tercih etmelidirler. Zira, İlkeler milli bir hukuk sistemine tabi olmadıklarından hukuk olarak kabul edilmemektedir. Eğer, uyuşmazlığın milli mahkemelerde çözümlenmesi tercih edilmişse, mahkemeler *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama zorunluluğu neticesinde, hukuk seçimini sadece milli hukuk sistemleri ile sınırlı görmekte ve UNIDROIT ilkelerini, sözleşmenin bir parçası olarak kabul etmektedir. Bu durumda ise, İlkeler, sadece sözleşme statüsünün emredici hükümlerinin sınırları çerçevesinde uygulanabilecektir²².

Uyuşmazlık çözüm metodu olarak tahkimin tercih edildiği durumlarda, eğer taraflar sözleşmelerinde UNIDROIT ilkelerinin uygulanmasını kararlaştırmışlar ise, bu hukuk seçimi olarak kabul edilmektedir. Zira hakemlerin uygulamaları gereken *lex fori*'ye ait kanunlar ihtilafı kuralları bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tahkimde, esasa uygulanacak hukukun seçimi milli hukuk sistemleri ile sınırlı olmadığından, İlkeler, hukuk seçimi olarak kabul edilir. Gerçekten, milletlerarası tahkim mevzuatı incelendiğinde, tahkime ilişkin anlaşma metinlerinde ve kurumsal tahkimlerde kuruluşların tahkim kurallarında ve devletlerin tahkime ilişkin düzenlemelerinde, esasa uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerde, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak “hukuk kurallarını” seçebilecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla, tahkimin uyuşmazlık çözüm metodu olarak tercih edildiği durumlarda, taraflar sözleşmenin esasına UNIDROIT ilkelerinin uygulayacağını belirtmişlerse hakemler herhangi bir milli hukuk sistemin sınırlaması olmadan İlkeleri somut uyuşmazlığa uyguladılar²³.

İlkelerin, uygulanacak hukuk olarak taraflarca kararlaştırılmış olmalarına ilişkin örnek bir hakem kararı olarak, 17.5.2002 tarihli Lozan Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi nezdinde yürütülen hakem kararını verebiliriz. Karara konu olan olayda, Türk şirketi ile Filipin şirketi aralarında yapmış oldukları sözleşmede uygulanacak hukuka ilişkin iki madde düzenlemişlerdir. Bu maddelere göre, taraflar hem İngiliz hem de İsviçre hukukunu uyuşmazlık çözümünü için seçmiş olup, bu seçim karışıklığa sebep olmuş ve hangisinin uygulanacak hukuk olarak uygulanacağı hakem heyetince tespit

22 Süral (n 6) 176-194; Ayoğlu (n 15) 209.

23 Çalışkan (n 5) 39.

edilememiştir. Bu durumda hakem heyeti, taraflara UNIDROIT İlkelerini uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk olarak belirleyebileceklerine ilişkin öneride bulunmuş ve bu öneri taraflarca kabul edilmiştir. Bu nedenle somut uyuşmazlığa, hakem heyetince UNIDROIT ilkeleri uygulanmıştır²⁴.

UNIDROIT İlkelerinin uluslararası satım sözleşmelerine uygulanmasındaki ikinci ihtimal ise, tarafların sözleşmede hukukun genel ilkeleri veya *lex mercatoria* gibi benzeri kavramlara atıf yapmasıdır. Uyuşmazlık milli mahkemelerde çözümlenecek ise, mahkemeler, *lex mercatoria*'nın taraflarca seçilmesini hukuk olarak kabul etmemektedirler. Ancak, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim tercih edilmişse, hakemler tarafların *lex mercatoria*'yı tercih etmelerini, hukuk seçimi olarak kabul etmekte ve bu bağlamda, UNIDROIT İlkelerini somut uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak uygulamaktadırlar. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, hakemler *amiable compositeur* olarak veya *ex aequo et bono* karar verme yetkisine sahip iseler, bu yetkilerine dayanarak da UNIDROIT İlkelerini uygulayabilirler.

Tarafların aralarındaki sözleşmede *lex mercatoria*'ya atıf yapılması sebebiyle İlkelerin uygulanmasına örnek olarak, 6.1.2003 tarih, 12111 sayılı ICC hakem kararını verebiliriz. Uyuşmazlık konusu olayda Romanya vatandaşı satıcı ile İngiliz alıcı arasında yapılan satım sözleşmesinde uygulanacak hukuk olarak uluslararası hukuk seçilmiştir. Tahkim yargılamasında taraflar arasında uygulanacak hukukun tespiti sırasında uyuşmazlık çıkmıştır. Hakem heyeti, tarafların hukuk seçimine ilişkin maddede uluslararası hukuka atıf yapımlarıyla artık milli bir hukuk sisteminin uygulanmayacağını tercih ettiklerine karar vermiştir. Ayrıca uluslararası hukuktan anlaşılması gerekenin *lex mercatoria* ve uluslararası sözleşmelere uygulanan genel ilkeler olduğu hakem heyetince ifade edildikten sonra somut uyuşmazlığa UNIDROIT ilkeleri uygulanmıştır.²⁵

UNIDROIT İlkeleri'nin uygulanacağı bir diğer ihtimal ise, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak herhangi bir milli hukuk sistemini seçmemiş olmaları durumudur. Diğer bir ifadeyle, taraflarca sözleşmede hukuk seçimi yapılmamış olması halinde de UNIDROIT prensipleri uygulanabilir. Özellikle, uyuşmazlık çözüm metodu olarak, tahkimin tercih edilmesi durumunda, taraflarca bir hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda hakemler, *voie directe* (*direct reference*) yöntemi ile somut uyuşmazlıkla ilgili en uygun hukuku belirleme yetkisine sahiptirler. En uygun hukuku doğrudan belirleyen hakemler, uluslararası satım hukukunun gerekliklerini de düşünerek, UNIDROIT İlkelerinin uyuşmazlığın esasına uygulanmasına karar verebilirler²⁶. Örneğin 2004 tarihli 13012 sayılı ICC hakem kararında, Fransız şirketi ile Amerikan

24 <http://www.unilex.info/case.cfm?id=861> Erişim Tarihi 12.3.2021; François Dessemontet, 'The Application of Soft Law, Halakha and Sharia, By International Arbitral Tribunals' (2012) *American Review of International Arbitration*, 551.

25 <http://www.unilex.info/case.cfm?id=956> Erişim Tarihi 12.3.2021.

26 Süral (n 6) 245; Ayoğlu (n 15) 213-214.

şirketi arasında yapılan sözleşmede hukuk seçiminin bulunmaması nedeniyle, hakemler uyuşmazlığın çözümünde ICC Tahkim Kurallarının 17. maddesinin 1. fıkrası gereğince *voie directe* (*direct reference*) metodunu kullanarak, *lex mercatoria*'nın bir kaynağı olarak hukukun genel ilkelerinin uygulanması gerektiğine karar vermişlerdir.²⁷ Bu bağlamda da, hakemler UNIDROIT İlkelerinin (2004 versiyonu) genel hukuk ilkelerini belirten en önemli kaynak olduğunu vurgulayarak, İlkeleri uygulamıştır.

d. Uluslararası Yeknesak Hukuk Araçlarının Yorumlanması ve Tamamlanması Amacıyla Kullanılma

UNIDROIT İlkeleri'nin Önsözünde açıklandığı üzere, İlkeler, yeknesak hukuk araçlarının yorumlanması ve tamamlanmasında kullanılabilir. Gerçekten, uluslararası yeknesak hukuk araçlarının niteliği ve amaçları gereği milli hukuk sistemlerine başvurulmaksızın yorumlanması ve tamamlanması gerekmektedir²⁸. Bu bağlamda, UNIDROIT İlkeleri, yeknesak hukuk araçlarının uluslararası ticaretin gereklerine uygun şekilde yorumlanmasında ve tamamlanmasında etkin bir şekilde kullanılmalıdır. İlkeler, uygulamada hakim ve hakemlere yeknesak hukuk araçlarının yorumlanması ve tamamlanmasında önemli bir kolaylık sağlamaktadır. Örneğin, CISG'de bulunan dahili boşlukların doldurulması amacıyla UNIDROIT İlkeleri'ne başvurulabilir. Zira İlkeler uluslararası sözleşmeler hukukunun genel ilkelerini belirtmekte ve *lex mercatoria*'nın önemli bir kaynağını oluşturmaktadır.

Örneğin, Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesinin 13.5.2008 tarih ve 13/2007 sayılı kararında, hakem heyeti CISG ve UNIDROIT ilkelerini birlikte uygulamıştır. Dava konusu olayda, Kanada şirketi ile Rus şirketi arasında yapılan satım sözleşmesinde alıcı Rus şirketi satım konusu mal bedelini peşin ödemiş olmasına rağmen, satıcı Kanada firması malların sadece bir kısmını teslim etmiş olup teslim edilen mallar da ayıplı mallardır. Bu bağlamda alıcı Rus şirketi sözleşme gereği tahkime başvurmuş, hakem heyeti somut uyuşmazlıkta CISG'i uygulamıştır. Ancak, hakem heyeti, para borçlarının ifasında temerrüt halinde borçlunun sorumluluğuna yol açacak bir ifa etmeme durumu söz konusu olsun veya olmasın faiz ödenmesi gerektiğine ilişkin UNIDROIT İlkelerinin 7.4.9 maddesini somut olayda uygulamıştır²⁹.

e. Sözleşme Statüsü olan Milli Hukuk Kurallarının Yorumlanması ve Tamamlanması Amacıyla Kullanılma

UNIDROIT İlkeleri'nin Önsözünde belirtildiği üzere, İlkeler ayrıca milli hukukun yorumlanması ve tamamlanması için de kullanılır. Uluslararası satım sözleşmesinde taraflar uygulanacak hukuk olarak bir devlet hukukunu seçmişler veya seçim

27 <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1409> Erişim Tarihi 12.3.2021.

28 Dayınlarlı (n 21) 210; Süral (n 6) 222-223; Ayoğlu (n 15) 216; Oğuz (n 20) 42.

29 <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1475>

olmamasına rağmen uygulanacak hukuk olarak bir devlet hukuku belirlenirse ve milli hukuk sisteminin belirli bir meseleye çözüm getirememesi durumunda UNIDROIT İlkeleri, milli hukuk sisteminin yorumlanmasında ve tamamlanmasında kullanılmaktadır³⁰. Bu sayede, milli hukuk sistemi uluslararası ticaretin niteliğine uygun olarak yorumlanmış ve tamamlanmış olacaktır. Fakat bu ilkelerin yorum ve tamamlama aracı olarak kullanılabilmesi için, sözleşme statüsünün yorum ve boşluk doldurmaya ilişkin düzenlemelerinin buna izin vermiş olması gerekmektedir. Örneğin, 2005 tarihli 12745 sayılı ICC hakem kararında, hakem heyeti uluslararası bir sözleşmede uygulanacak hukuk olarak İtalyan hukukunun seçilmiş olmasından dolayı, somut uyuşmazlığa İtalyan hukukunu uygulamıştır. Ancak, sözleşmelerin devrine ilişkin hususta, İtalyan hukukunu uygularken, UNIDROIT İlkelerinin konuya ilişkin düzenlemesine atıf yapmıştır³¹.

III. UNIDROIT'nin Özel Hukuka İlişkin Devam Eden Çalışmaları

UNIDROIT Yönetim Konseyi'nin 2020-2022 Çalışma Programında yüksek, orta, düşük seviye gibi farklı seviyelerde, UNIDROIT tarafından çalışılması kabul ettiği dijital varlıklar ve özel hukuk, yurt dışı alacaklarının tahsiline ilişkin rehberler ve çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kısımda bu çalışmalara kısaca değinilmiş olup gelişmelerin neler olduğu ve ne tür düzenlemelerin amaçlandığı açıklanmıştır. Aşağıda maddeler halinde açıklayacağımız, UNIDROIT'nin devam eden çalışmaları dışında da özel hukukun yeknesaklaşması adına devam eden faaliyetleri bulunmaktadır. Örneğin, özel sanat koleksiyonlarının hukuki düzenlemelerine ilişkin düşük seviyede de olsa yapılan çalışmalar başlamıştır. Ayrıca, MAC Protokolü, Demiryolu ve Uzay araçlarına ilişkin Protokollerin etkinliğini sağlamak amacıyla komisyonlar da kurulmuştur.

A. Dijital Varlıklar ve Özel Hukuk

UNIDROIT, 2020-2022 Çalışma Programının bir parçası olarak, özel hukuk ve dijital varlıklar alanında ilkeler ve yasal rehberliği içeren bir hukuki düzenleme geliştirmek amacıyla bir çalışma grubu kurmuştur³². 2015 yılında UNIDROIT, Macaristan Adalet Bakanlığı'ndan "işletme bilişimi" alanında model kanunların geliştirilmesini öneren bir teklif aldı³³. Bunu 2016 ve 2018'de Çek Cumhuriyeti Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan ortak bir teklif izledi ve UNIDROIT'nin 2020-2022 Çalışma Programında dağıtılmış defter teknolojisi ve dijital mülklerin mirası ile ilgili konuların inceleneceği bir çalışma grubu kuruldu³⁴.

30 Sürat (n 6) 162; Ayoğlu (n 15) 228.

31 <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1691> Erişim Tarihi 12.3.2021.

32 UNIDROIT, Digital Assets and Private Law Working Group First session (remote) Rome, 17 – 19 November 2020, <https://www.unidroit.org/english/documents/2020/study82/wg01/s-82-wg01-02-e.pdf>, s. 3 Erişim Tarihi 12.3.2021.

33 <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2017session/cd-96-05-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

34 UNIDROIT, s. 3.

Akıllı sözleşmeler ve yapay zekanın yasal yönleriyle ilgili benzer bir öneri de UNCITRAL'a sunuldu ve her iki kuruluşun da bu alanları incelemesine ve çalışmanın yapılabileceği belirli alanları belirlemeye karar verildi. Bu bağlamda, UNCITRAL ve UNIDROIT sırasıyla Mayıs 2019 ve Mart 2020'de iki ortak çalıştay düzenledi. UNIDROIT Genel Kurulu, Aralık 2019'daki 78. oturumunda, Yapay Zeka, Akıllı Sözleşmeler ve Dağıtılmış Defter Teknolojisi (DLT) alanındaki bir projenin, 2020-2022 program dönemi için UNIDROIT Çalışma Programına orta öncelikli olarak dahil edilmesini onayladı³⁵. Ancak, UNIDROIT Sekreteryası tarafından yapılan çalışmalar neticesinde, UNIDROIT Yönetim Konseyi, Eylül 2020'deki 99. oturumunda, 2020-2022 Üç yıllık Çalışma Programı için projeyi yüksek öncelikli bir proje olarak onayladı³⁶.

Dijital Varlıklar ve Özel Hukuk Projesi, dijital varlıkların yasal yapısı, transferi ve kullanımına ilişkin yasal rehberlik sağlamayı ve ilkeler geliştirmeyi amaçlamaktadır. Bu projede, dijital varlıkların yasal bir sınıflandırması ve mülkiyete ilişkin sorunları, sınır ötesi işlemlerde uygulanacak hukuk, iflas ve araçların hukuksal konumu gibi çeşitli bağlamlarda ortaya çıkan belirli sorunlar dikkate alınacaktır³⁷. Diğer UNIDROIT çalışmalarında olduğu gibi çeşitli türdeki dijital varlık ve teknolojiler mukayeseli bir biçimde farklı yasal kültürler çerçevesinde değerlendirilecektir. Çalışma grubu, bu konudaki çalışmalarını yaparken UNIDROIT'nin yapmış olduğu diğer hukuki araçları ve sürdürülmekte olan projeleri dikkate alarak ve konuyla ilgili çalışmalar yapan UNCITRAL ile birlikte çalışmaları sürdürmektedir.

B. Etkili İcra İçin En İyi Uygulamalar

UNIDROIT, Dünya Bankası tarafından 2020-2022 Çalışma Programı için, "Alacakların icrasına ilişkin en iyi uygulamaları ana hatları ile oluşturmak için bir çalışma belgesinin geliştirilmesi" üzerine bir proje ile ilgili bir teklif aldı³⁸. UNIDROIT Yönetim Konseyi, 98. Oturumunda 2020-2022 Çalışma Programı kapsamında, projenin önemli olduğu ancak proje kapsamının daha net belirlenmesi yolunda görüş belirtmiştir. Bu nedenle, UNIDROIT Sekreteryası proje üzerinde çalışmalar yaparak Danışma Belgesi hazırlayıp ilgili kişilerin konu hakkındaki görüşlerini almıştır³⁹.

Danışma sürecine dahil tüm katılımcılar, sözleşmeden doğan hakların etkili bir yasal korumasını hesaba katarak hem uluslararası durumlarda hem de yerel hukuk

35 <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2019session/cd-98-17-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

36 <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2020session/cd-99-b/cd-99-b-misc02-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

37 UNIDROIT, s. 4.

38 UNIDROIT, Best Practices for Effective Enforcement Working Group First session (hybrid) Rome, 30 November – 2 December 2020, <https://www.unidroit.org/english/documents/2020/study76b/wg-01/s-76b-wg-01-02-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

39 <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2020session/cd-99-b/cd-99-b-03-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

yargılamalarında alacaklıların taleplerinin etkili bir şekilde icra edilmesine yönelik prosedürlerin ve mekanizmaların temel önemini kabul ettiklerini açıkladılar. Ayrıca, katılımcıların çoğu alacakların tahsili konusunda sayısız zorluğun varlığı ve, şu anda, ulusal yasa koyuculara bu tür zorlukların üstesinden gelmeleri için rehberlik sağlayan kapsamlı ve yeterince ayrıntılı bir uluslararası belgenin yokluğu üzerinde mutabık kalmışlardır. Ancak belirtmek gerekir ki, bazı uzmanlar, sadece alacaklıların alacaklarını etkili bir şekilde icra edebilme hakkını değil, aynı zamanda iyi işleyen ödünç verme ve finans piyasalarının bir ön koşulu olarak görülen, borçlular için yeterli bir yasal korumanın sağlanması ihtiyacını da açıkça belirttiler. 23-25 Eylül 2020 tarihli, 99. oturumunun ikinci toplantısında, UNIDROIT Yönetim Konseyi, Sekreteryaya tarafından sunulan belgeyi tartıştı (CD (99) B.3) ve projenin önerilen kapsamına ilişkin Sekreterlik tarafından sağlanan rehberi ve projeye verilen yüksek öncelikli statüyü onaylayıp, bir çalışma grubu kurulmasına izin verdi⁴⁰. Dolayısıyla, yurt dışındaki alacakların tahsiline ilişkin önemli bir çalışma için adımlar atılmış oldu.

C. Faktoring Model Kanunu

Factoring çok önemli bir finansman aracı olarak uluslararası ticarete kullanılan bir yöntemdir. UNIDROIT tarafından hazırlanan, 1988'de UNIDROIT Uluslararası Faktoring Konvansiyonu Ottawa, Kanada'da kabul edildi⁴¹. Bu Konvansiyon 1995 yılında yürürlüğe girdi ve 9 Devlet tarafından onaylandı. Ancak, uluslararası faktoring küresel faktoring hacminin sadece % 21'ini oluştururken, yurtiçi faktoring % 79'unu oluşturmaktadır. Faktoringin artan önemine rağmen, hiçbir hükümetlerarası kuruluş, devletlerin kendi iç hukuk çerçevelerini iyileştirmek için reformlar yapmalarına yardımcı olacak bir faktoring model kanunu kabul etmemiştir.

Aralık 2018'de, UNIDROIT 2020-2022 Çalışma Programı için bir öneri olarak, Dünya Bankası UNIDROIT'nin Faktoring için bir Model Kanunu geliştirmesini önerdi⁴². Dünya Bankası bu önerisinde, UNIDROIT Faktoring Model Kanununun neden geliştirilmesi gerektiğini üç başlık altında belirtmiştir:

- a. Faktoringin alacaklara erişimi artıran önemli bir finansman biçimi olarak kullanılması;
- b. Özellikle gelişmekte olan ülkeler ve yükselen pazarlarda, ekonomik büyümede bir sınır olarak alacaklara erişimde devam eden kısıtlamalar,
- c. Faktoring ile ilgili uluslararası kural ve standartlarda mevcut olan boşluk.

40 <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2020session/cd-99-b/cd-99-b-03-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

41 Detaylı bilgi için bkz: Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Factoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Faktoring Sözleşmesi* (1. Baskı, 2004).

42 UNIDROIT, Factoring Model Law Working Group First session (remote), Rome, 1 - 3 July 2020, <https://www.unidroit.org/english/documents/2020/study58a/wg01/s-58a-wg-01-02-e.pdf>, s. 3 Erişim Tarihi 12.3.2021.

Ayrıca vurgulamak gerekir ki, Dünya Bankasının yapmış olduğu teklifte, mevcut düzenlemelerin büyük ölçüde uluslararası veya sınır ötesi konulara odaklandığını, devletlere yurt içi faktoringin işlevselliğini geliştirmek için yeterli rehberlik sağlamadığı da ifade edilmiştir.

Mayıs 2019'daki 98. oturumunda UNIDROIT Yönetim Konseyi, 2020-2022 üç yıllık Çalışma Programında Faktoring Model Kanun projesini yüksek öncelikli bir proje olarak onaylamıştır. Model Kanunun amacı, yeni bir faktoring kanunu çıkarmak veya mevcut kanunlarını güncellemek isteyen ancak henüz kapsamlı bir teminatlı işlemler kanunu reformu gerçekleştirebilecek durumda olmayan Devletlere bir araç sağlamaktır⁴³. Ancak, diğer çalışmalarda olduğu gibi UNIDROIT'nin bu çalışması, UNCITRAL'in başta 2001 tarihli Uluslararası Ticarete Alacakların Devrine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olmak üzere, UNCITRAL'in konuyla ilgili hukuki düzenleme ve çalışmalarıyla paralel bir şekilde yürütülecektir.

D. Bankaların İflasına İlişkin Düzenleme

UNIDROIT Sekreteryası, 2020-2022 Çalışma Programını hazırlarken, bankaların iflasına ilişkin kuralların uyumlaştırılmasına ilişkin biri İtalya Bankası'ndan ve diğeri Avrupa Bankacılık Enstitüsü'nden (EBI) olmak üzere iki ayrı teklif aldı⁴⁴. 2008 küresel mali krizinin ardından, uluslararası finans topluluğu, bankacılık ve finans sektörlerini ulusal ve uluslararası risklerden korumak için çalışmalara başlamıştır. Bu çalışmalar, uluslararası bankacılık sistemi için yasal altyapının yenilenmesiyle sonuçlanmıştır. Ancak, getirilen tekliflerde de ileri sürüldüğü üzere, mali sıkıntı, sistemik hasara neden olamayacak kadar küçük bir banka veya herhangi bir ek çözüm olmaksızın tasfiye edilmesi gereken hâlihazırda iflas etmiş bir finans kurumu ile ilgiliyse, yeterli koordinasyon ve işbirliği için ne uluslararası standartlar ne de mekanizmalar mevcuttur. Özellikle, banka tasfiyesine ilişkin konular, tamamen ülkeden ülkeye önemli ölçüde farklılık gösteren milli mevzuata bırakılmıştır. Bu nedenle bankalarına iflasına ilişkin uluslararası standartlara ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir.

UNIDROIT Yönetim Konseyi, 98. oturumunda Genel Kurul'a projeyi Çalışma Programına dahil etmesini ve bu teklife orta düzeyde öncelik vermeyi ve daha fazla araştırma ve projenin daha tanımlanmış bir kapsamın hazırlanmasını kabul etmiştir. UNIDROIT Yönetim Konseyi, 99. oturumunda projeyi orta öncelik olarak onaylandı ve Sekreterliğin 100. oturumunda Yönetim Konseyine bildirilmek üzere bir fizibilite çalışması yürütmesine izin vermiştir⁴⁵. Bu projenin fizibilite çalışmaları,

43 Faktoring Model Kanunu'nun Ön Taslağı için bkz: <https://www.unidroit.org/english/documents/2020/study58a/wg02/s-58a-wg-02-03-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

44 <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2019session/cd-98-14-rev02-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

45 <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2020session/cd-99-b/cd-99-b-21-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

ilgili kurumlarla birlikte devam etmekte olup, projenin akıbeti daha sonraki Konsey toplantılarında belli olacaktır.

E. Antrepo Makbuzuna İlişkin Model Kanun

Antrepo makbuzu, malın saklanmak üzere antrepoya alındığını gösterir belge olmakla birlikte ayrıca bir finansman belgesi olma özelliği taşır. Vurgulamak gerekir ki, iyi tasarlanmış bir Antrepo makbuzu sistemi, ister tarımda isterse diğer endüstrilerde olsun, üreticiler, depo işletmecileri, tacirler ve alacaklılar dahil olmak üzere, emtia piyasasındaki tüm katılımcılara fayda sağlayabilir. Özellikle, güvenli teminat oluşturarak krediye erişimi kolaylaştırabilir ve maliyeti düşürebilir, böylece özel sektör yatırımlarını belirli bir sektöre çekebilir. Son zamanlarda bazı ülkeler ulusal mevzuatları modernize etmek ve yeni teknolojilerin kullanımına uyum sağlamak için yasal reformlar başlattı. Ancak, hiçbir hükümetler arası kuruluş, devletlere reformları gerçekleştirmede yardımcı olacak antrepo makbuzlarına ilişkin bir model kanun henüz kabul etmemiştir. Böyle bir düzenleme sadece ulusal mevzuatı güçlendirmeye yardımcı olmakla kalmayacak, aynı zamanda uluslararası uyumu artıracak ve böylece sınır ötesi işlemleri de kolaylaştıracaktır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, antrepo makbuzları konusundaki milli hukuk düzenlemelerindeki eksiklikler ve uluslararası standartların olmayışı nedeniyle, 2019 yılında UNCITRAL Sekreterliği, UNCITRAL ile birlikte, Antrepo Makbuzuna İlişkin Model Kanun Taslağının ortak çalışma yapılarak hazırlanmasını teklif etti. UNIDROIT Yönetim Konseyi, 99. oturumunda, 2020-2022 Çalışma Programı kapsamında, Antrepo Makbuzuna İlişkin Model Kanun projesini yüksek öncelikli bir proje olarak onayladı⁴⁶. Bunun ardından UNCITRAL da Eylül 2020 tarihinde yapılan 53. Oturumunda ortak yapılan bu projeyi onaylamıştır⁴⁷.

Proje devam etmekte olup, Model Kanun, tüm UNCITRAL ve UNIDROIT çalışmaları gibi, hem müşterek hukuk hem de kıta Avrupası hukuk sistemleri ile uyumlu olacaktır. Ayrıca, Model Kanun, elektronik platformlar, dağıtılmış defter teknolojisi sistemleri ve diğer teknolojik mekanizmaların kullanımı da dahil olmak üzere, elektronik antrepo makbuzlarının düzenlenmesi ve devrine ilişkin hükümleri de ihtiva edecektir.

F. Reasürans Sözleşmeleri Hukuku İlkeleri (PRICL)

2015 yılında, sigorta hukuku alanında çalışan bir grup uzman hukukçu tarafından reasürans sözleşmeleri alanında genel ilkelerin UNIDROIT tarafından hazırlanması

46 <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2020session/cd-99-a-08-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

47 <https://undocs.org/en/A/75/17> Erişim Tarihi 12.3.2021.

konusunda bir proje önerisi gelmiştir⁴⁸. Projenin amacı, restatement tekniği ile, örf ve adet olarak mevcut olan uluslararası reasürans hukuku ilkelerinin formüle edilmesidir.⁴⁹ Yönetim Konseyi, Genel Kurul tarafından 2017-2019 Çalışma Programı için, bu konuyu düşük öncelikli olarak tavsiye etme kararı vermiştir. Genel Kurul, Yönetim Konseyinin bu tavsiyesini 1 Aralık 2016'daki 75. oturumunda onaylamıştır. Çalışma grupları tarafından yapılan çalışmalar çerçevesinde, UNIDROIT Yönetim Konseyi'nin 98. Oturumunda, bu projenin 2020-2022 Çalışma Programında da yer alması kabul edilmiştir. Vurgulamak gerekir ki, UNIDROIT, Reasürans Sözleşmeleri Hukuku İlkelerinin (PRCL) 2019 versiyonunun tamamlandığını açıklamıştır.⁵⁰

Sonuç

Türkiye'nin de içinde olduğu 63 üyesi bulunan UNIDROIT adı üzerinde özel hukukun birleştirilmesi ve özellikle uluslararası ticaret hukukunun gelişmesi amacıyla faaliyet göstermektedir. Bu bağlamda Enstitü, konvansiyonlar, model kanunlar ve ilkeler yayınlanmaktadır.

UNIDROIT, temel amacı olan ülkelerin özel hukuklarının yeknesaklaştırılması ve koordinasyonu için metotlar araştırmak ve yeknesak bir özel hukuk uygulamasının gelişimini hazırlamak için çalışmalar yürütmektedir. Bu bağlamda, UNIDROIT tarafından yayınlanan "Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT ilkeleri (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) uluslararası restatement metoduyla hazırlanan ve *lex mercatoria*'nın önemli kaynakları olarak kabul edilen metindir. UNIDROIT, ayrıca başta dijital varlıklar ve özel hukuk olmak üzere, yabancı para alacaklarının tahsiline ilişkin etkili icra için en iyi uygulamalar, Faktoring model kanunu, bankaların iflasına ilişkin düzenleme çalışmaları gibi uluslararası ticaret hukukunu da etkileyecek olan yeni çalışmaları sürdürmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

48 Projenin web sayfası: <https://www.ius.uzh.ch/de/research/projects/pricl.html> Erişim Tarihi 12.3.2021.

49 Helmut Heiss, 'From Contract Certainty to Legal Certainty for Reinsurance Transactions: The Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)' https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:8de5ebef-d50d-45de-8c36-304a82bd66f5/Heiss,%20PRICL_Scandinavian%20Studies%20in%20Law.pdf Erişim Tarihi 12.3.2021.

50 Reasürans Sözleşmeleri Hukuku İlkeleri (PRICL)'nin Türkçe versiyonu için bkz: <https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:4b2fe2d2-3b39-4db2-a1f4-f7f8c6dbf306/PRICL%20in%20Turkish.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021.

Bibliyografya/Bibliography

- Atamer YM, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005).
- Ayoğlu T, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2011) 198-204.
- Brodermann EJ, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: An Article-By-Article Commentary* (2018).
- Çalışkan Y, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014).
- Dayınarlı K, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri' (2011) 23 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 203.
- Dessementet F, 'The Application of Soft Law, Halakha and Sharia, By International Arbitral Tribunals' (2012) American Review of International Arbitration, 551.
- Heiss H, 'From Contract Certainty to Legal Certainty for Reinsurance Transactions: The Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)' https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:8de5ebeb-d50d-45de-8c36-304a82bd66f5/Heiss,%20PRICL_Scandinavian%20Studies%20in%20Law.pdf.
- Oğuz A, 'Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği' (2001) 50(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11.
- Rongeat-Oudin F, Oudin M, 'The reception of the Unidroit Principles by the lex mercatoria: the example of good faith' (2009) International Business Law Journal, I.B.L.J., 697-723.
- Süral C, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri* (2008).
- UNIDROIT İLKELERİ 2016* (Türkçe Çevirisi) (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- UNIDROIT, Digital Assets and Private Law Working Group First session (remote) Rome, 17 – 19 November 2020, <https://www.unidroit.org/english/documents/2020/study82/wg01/s-82-wg01-02-e.pdf>, s. 3 Erişim Tarihi 12.3.2021
- Yıyanık Çavuşoğlu A, *Factoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Factoring Sözleşmesi* (1. Baskı, 2004).
- Viscasillas MDPP, 'Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Sphere of Application and General Provisions' (1996) 13 (2) Arizona Journal of International and Comparative Law, 390.
- Whited CM, 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Overview of Their Utility and Role They Have Played in Reforming Domestic Contract Law Around The World' (2011) Fall ILSA Journal of International and Comparative Law, 167-191.
- Zeller B, 'The Unidroit Principles of Contract Law; Is There Room for Their Inclusion into Domestic Contracts?' (2006-2007) 26 Journal of Law and Commerce, 116-117.
- <https://www.unidroit.org/> Erişim tarihi: 12 Nisan 2021
- <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2020session/cd-99-b/cd-99-b-03-e.pdf> Erişim Tarihi 12.3.2021
- <http://www.unilex.info> Erişim Tarihi 12.3.2021



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Temelinde Belirlenmesi

The Determination of Applicable Law to Torts based on “the Law which is more closely connected”

Sibel Özel¹

Öz

Haksız fiillere uygulanacak hukuk alanında genel kabul gören kural *lex loci delicti commissi*, haksız fiilin ika yeri hukukudur. Zarara yol açan olayın meydana geldiği yer zararın meydana geldiği yerden farklı ise, *lex loci damni* yani zarar yeri hukuku tercih edilmiştir.

Zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için zararın nasıl tanımlandığı ve zarar yerinin nasıl lokalize edildiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu makale haksız fiilden kaynaklanan taleplere uygulanacak hukuk açısından zararın tanımı ve zarar yerinin belirlenmesi meselelerini irdelleyecektir.

Lex loci damni'nin tesadüfi veya ilişkiyle uzak olması halinde bu kural, daha sıkı bağlantılı hukuk kuralı ile bertaraf edilmektedir. İlişkinin en yakın bağlantıda olduğu hukuk, haksız fiil taleplerini oluşturan bütün unsurların değerlendirilmesi ya da taraflar arasında mevcut ve haksız fiille bağlantılı ilişkiye uygulanacak hukuk temelinde belirlenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Haksız fiil, uygulanacak hukuk, *lex loci damni*, zarar yeri, en sıkı bağlantılı hukuk

Abstract

Legislations stipulate that the law applicable to torts is *lex loci delicti commissi*, i.e., the law of the place where the tort is committed. In the case that the law of the event leading to damage differs from the law of damage, then *lex loci damni*, or, the law of the place where damage occurred, is preferable.

The application of the law of damage requires the definition and localization of damage. This article proposes a definition of damage and determines to which place damage occurs in terms of applicable laws to claims as a result of torts.

Where the *lex loci damni* is remote or fortuitous, then this rule is displaced by the law more closely connected to the issue. Determining the law most closely connected to the issue should be based on a review of all factors that constitute the tort claim or the law applicable to the underlying relationship between parties connected to the tort.

Keywords

Tort, applicable law, *lex loci damni*, place of damage, law most closely connected

* Sorumlu Yazar: Sibel Özel (Prof. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı İstanbul, Türkiye. E-posta: sibelozel@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0003-4027-6258

Atrf: Özel S, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Temelinde Belirlenmesi” (2021) 41(2) PPII 483. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.939398>



Extended Summary

In general, the judicial system stipulates that the law applicable to torts is *lex loci delicti commissi*: the law of the place where the tort is committed. In the case that the elements of tort are spread out across countries, a legislator should choose between the law of the place where the event leading to damage occurred or the law of the place where damage occurred. However, the majority of national legislations, including Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure (MÖHUK), expressly prefer *lex loci damni*, that is, the law of the place where damage occurred.

Defining and localizing the concept of damage is crucial for determining the law of damage. Although damage is defined as a violation of rights, the place of damage should be localized to the place where the right was injured. This scenario denotes direct damage and rules out the place where the victim suffered financial damage subsequent to the initial damage that emerged and from which a person suffered in another country. Thus, the place of damage refers to initial damage instead of the consequences of the injury or indirect damage, unless the damage that eventually manifests is regarded fresh and separate. Hence, the law of damage is predictable by the parties and meets their expectations.

Accordingly, in the case of physical injuries inflicted on a person, the country where the damage occurred is also the country where injury was sustained. Moreover, in the case of damage to property, the country where damage occurred is the country where goods were damaged regardless of the country where the indirect consequences of the event occurred.

In the case of traffic accidents, the place of damage will be designated as the place where the accident occurred, and the damage sustained by the victim at his domicile or by close relatives of the deceased is regarded as indirect consequences of the accident. Therefore, the applicable law to claims of close relatives of the deceased or the victim in terms of the cost of after-care and medical attention in another country will be determined by the law of the place where damage occurred. This notion pertains to the law of the place where the accident occurred. However, the applicable law designated according to the place of damage will determine which persons are entitled to compensation for damaged sustained personally and the basis and extent of liability. Thus, indirect damages or consequences could be claimed under this law.

Although *lex loci damni* is predictable, foreseeable, and reasonable in terms of the expectations of parties, certain cases could be considered remote or fortuitous. In such situations, the applicable law should be determined based on the law more closely connected to the issue.

Article 4(3) of Rome II Regulation states that, “where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraph 1 or 2, the law of that other country shall apply.” This scenario is regulated as an escape clause and should be applied exceptionally.

Conversely, Art 34(3) of MÖHUK is worded differently, i.e., “where the obligational relationship arising out of tort is more closely connected with another country, the law of that country shall apply.” This rule is more flexible. The study infers that Art 34(3) does not operate as an escape clause to Art 34(1)(2). In fact, Art 34(3) is an automatic exception to Art 34(1)(2). Once Art 34(3) is applied, then Art 34(1)(2) is automatically displaced. In other words, where the tort claim is more closely connected to the law of a country apart from *lex loci delicti commissi* or *lex loci damni*, that law shall apply. In this regard, applying Art 34(3) does not require that all circumstances of the case should be reviewed to determine which law is more closely connected to the issue. When the court determines that the law of the place where damage occurred is not closely related to the parties and the tort claim, but the elements of tort, including the consequences of the damage, are more closely connected to another law, then the court can easily displace Art 34(1)(2) with Art 34(3).

Moreover, when a pre-existing relationship is established between parties, then a closer connection with another country will be based on this relationship. In this case, the law applicable to the pre-existing relationship will address tort issues provided that the violation of the relationship is regarded as a tort claim. In other words, the pre-existing relationship should be connected to the tort.

The law applicable to the tort will be subject to the law applicable to the contract concluded between parties, where a contract is signed between parties and where the tort claim is connected to the contract. Once again, where a family relationship is established between parties and where the claim resulting from the tort is characterized as a breach of family duty or in the context of a family relationship, then the law applicable to the tort will subject to the law applicable to family matters given that the place where damage occurred is unexpected, remote, and fortuitous. In this case, the tort claim is most closely connected to the *lex causae* of the family issue instead of *lex loci damni*.

Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Temelinde Belirlenmesi

I. Giriş

Uzun bir süre haksız fiillere uygulanacak hukukun tespiti meselesi, sözleşmelere kıyasla daha az çalışılan bir alan olmuştur¹. Bunun en önemli nedeni haksız fiil sorumluluğunun ceza hukuku çerçevesinde ele alınması² ve yetkili mahkeme meselesinin uygulanacak hukukun önüne geçmesidir³. Ancak 20. yüzyıldaki hızlı teknolojik gelişmeler, ülkeler arası seyahat imkânlarının çoğalması, telekomünikasyon alanındaki ilerlemeler uluslararası haksız fiil meselelerinin çoğalmasına ve buna paralel olarak da kanunlar ihtilafı sorunlarına yol açmıştır⁴. Özellikle ABD’de kanunlar ihtilafı alanında devrim niteliğinde görülen metodolojik tartışmalar haksız fiil alanında gerçekleşmiştir⁵.

Haksız fiillere uygulanacak hukuk meselesinde ilk aşama *lex fori* (hâkimin hukuku) olmuştur⁶. Haksız fiilin ceza hukukuyla olan bağlantısı, *lex fori*’nin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğa da uygulanması için yeterli sebep oluşturmuştur; zira bozulan sosyal düzene karşı cezai sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu iki farklı tepkiyi göstermektedir⁷. Haksız fiilin işlendiği yer neresi olursa olsun haksız fiil sorumluluğuna *lex fori*’nin (hâkimin hukuku) uygulanması mahkemenin keyfi olarak seçilmesi ile adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır⁸. Zira davacı tümüyle kendi yararına bir hukuk seçerek forum shopping yapabilecek; bu durumda da aynı davanın sonucu bir ülkeden diğerine farklılık arz ederek sonuç yeknesaklığı zedelenecektir⁹.

Ancak zaman içinde ceza hukuku sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu birbirinden ayrılmış ve nihai hedef noktaları da farklılaşmıştır. Ceza hukukunda amaç

1 Otto Kahn-Freund, ‘Delictual Liability and the Conflict of Laws’ (1968-II) 124 *Recueil Des Cours* 1, 5; M.A Morse, *Torts in Private International Law* (North-Holland Publishing Company 1978) 1; Turgut Turhan, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı* (Dayınlarlı 1989) 1; Michael Pryles, ‘Tort and Related Obligations in Private International Law’ (1991-II) 227 *Recueil Des Cours* 13, 22; Anne-Catherine Imhoff-Scheier/Paolo Michele Patocchi, *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1990) 104. Sözleşmelerle haksız fiiller arasındaki dengesizlik maddi hukuk kodifikasyonlarında da kendisini göstermektedir. İsviçre Borçlar Kanununda sözleşmelerle ilgili 520 hüküm, haksız fiillerle ilgili 20 hüküm bulunmaktadır. Imhoff-Scheier and Patocchi (n 1) 105.

2 Imhoff-Scheier and Patocchi (n 1) 104-105; Sibel Özel, ‘Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu’, *Nuri Çelik Armağanı*, (Beta 2001) 874, 882

3 Kahn-Freund (n 1) 6.

4 Kahn-Freund (n 1) 8-9; Morse (n 1) 1.

5 Özel (n 2) 882. Amerikan hukukunda 1960lı yıllarda teorik olan yapılan ve mahkeme kararlarına yansıyan gelişmeler her somut olay adaleti için esnek bir sistem getirmeyi hedeflemiştir. Cavers, Currie, Ehrenzweg, Leflar gibi yazarlarca ileri sürülen fikirler kanunlar ihtilafı metodolojisinde çığır açan görüşler olarak kabul edilmiştir. Pryles (n 1) 79. Amerikan hukukundaki bu görüşlerle ilgili bkz. Özel (n 2) 902 vd. Ayrıca bkz. Th. M de Boer, *Beyond Lex Loci Delicti*, (Kluwer Law and Taxation Publishers 1987) 227 vd; Symeon C. Symeonides, ‘Choice of Law in Cross-Border Torts: Why Plaintiff Win and Should’ (2009) 61 *Hastings Law Journal* 337, 346 vd, 392 vd.

6 Turhan (n 1) 5-6. Savigny haksız fiillere uygulanacak hukuk olarak *lex fori*’yi doktrinel olarak savunmuştur. Bkz. Kahn-Freund (n 1) 13. *Lex fori* uygulamayla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Morse (n 1) 7 vd.

7 Kahn-Freund (n 1) 20-21.

8 Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020) 353.

9 Özel (n 2) 885.

faili cezalandırmak ve diğer insanlar üzerinde caydırıcı etki yapmak iken, haksız fiil sorumluluğunda amaç faili cezalandırmak değil, zararın tazminidir¹⁰.

Kanunlar ihtilafı metodolojisinde asıl hedef ilişkiyi en yakın bağlantılı hukuka bağlamak olduğu için haksız fiil alanında lex fori yerine lex loci delicti commissi (haksız fiilin ika yeri hukuku) bir bağlama noktası olarak ortaya çıkmıştır¹¹. Haksız fiilin ika yeri hukukuna bağlanma ile haksız fiilin işlendiği yerde bozulan toplumsal dengenin sağlanması ve kişilerin ika yeri hukukuna göre sorumlu olmayacakları olaylardan dolayı hâkimin hukukuna göre sorumlu tutulmaktan kurtulması mümkün olmuştur. Böylelikle kişiler davranışlarını buldukları yere göre ayarlayarak işlem güvenliği temin edilecek; her iki taraf da uygulanacak hukuku öngörebilecektir¹².

Lex loci delicti kuralı ABD’de 1934’te yayımlanan the First Restatement of Conflict of Laws’da kabul edilmiş ve kazanılmış haklar teorisiyle ilişkilendirilmiştir. Haksız fiili oluşturan unsurların meydana geldiği yer hukuku bu unsurların sonuçları için de uygulanacaktır. Bir başka ifadeyle haksız fiilin ika edildiği yer hukukuna göre tazminata hak kazanamayacak olan bir davacının başka bir hukuka göre talepte bulunması mümkün değildir¹³.

Lex loci delicti kuralının en önemli gerekçesi tarafların meşru beklentilerine verdiği cevaptır¹⁴. Zira haksız fiil ilişkisinde sorumlu taraf eylemlerinin yol açacağı riskleri bulunduğu yer hukukuna göre ayarlayabilecek ve en önemlisi bu hukuka göre sorumlu tutulabileceğini öngörebilecek; buna karşılık zarar gören taraf burada zarar gördüğü için bu hukuk ilişkisiyle yakın bağlantı tesis edecek, dolayısıyla onun da beklentileri karşılanacaktır.

Bu itibarla lex loci delicti kuralının en önemli avantajı kanunlar ihtilafı metodolojisinde önem arz eden belirlilik ve yeknesaklık temininde oynadığı roldür¹⁵. Zira dava nerede açılırsa açılın haksız fiilin ika yeri aynı yer olarak mahkemelere kolayca tespit edilecek ve uygulanacak hukuk mahkemeden mahkemeye değişmeyecek; böylelikle sonuç yeknesaklığı sağlanacaktır.

Haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda lex fori’den lex loci delicti commissi’ye geçişte farklı bir uygulama common law’da kendisini göstermektedir. Bu hukuk sisteminde lex fori ve lex loci delicti birlikte uygulanmakta ve yabancı ülkede işlenen bir haksız fiil hem o ülke hukukuna göre hem de İngiliz hukukuna göre

10 Elena Rodriguez Pinean, ‘The Law Applicable to Intra-Family Torts’ (2012) 8 Journal of Private International Law 113, 126. Bu amaçla çağdaş haksız fiil hukukunda kaçınılmaz tehlikelere karşı da rizikonun uygun dağılımı hedeflenmektedir. Kahn-Freund (n 1) 24.

11 Pryles (n 1) 36, 37.

12 Tekinalp (n 8) 354.

13 Morse (n 1) 80-81. Kazanılmış haklar teorisi ile lex loci delicti arasındaki ilişki konusunda bkz. Turhan (n 1) 52 vd.

14 Özel (n 2) 886-887. Robert Pietriche, ‘The Ascendancy of the Lex Loci Delicti: The Problematic Role of the Theory in Australian Choice of Tort Law Rules’ (2015) 16 Melbourne Journal of International Law 86, 114.

15 Pryles (n 1) 5-54; Turhan (n 1) 41-43; Pietriche (n 14) 113.

dava edilebilir nitelikte olmalıdır. Bir başka ifadeyle davacı her iki hukuka göre de haklı olduğunu ispat külfeti altındadır¹⁶. İskoçya, Avustralya ve Kanada’da uygulanan kural İngiltere’de 1995 tarihli Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act (Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu)¹⁷ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Lex loci delicti kuralı haksız fiilin tüm unsurlarıyla bir ülkede vuku bulduğu durumlarda işlevini kolayca yerine getirmektedir. Zira böyle bir durumda uygulanacak hukukun tespiti kolayca mümkün olmaktadır. Ancak haksız fiili oluşturan unsurların birden çok ülkeye dağılması halinde haksız fiilin ika yeri tanımının yeniden yapılması ve daha doğrusu haksız fiili oluşturan unsurlardan hangisinin tercih edildiğinin kanun koyucu tarafından açıkça belirlenmesi gerekmektedir.

Uygulanacak hukukun tespiti zararlı sonuca yol açan eylemin gerçekleştiği yerin mi yoksa zarar yerinin mi esas alınacağı noktasında bir seçimi zorunlu kılmaktadır. Eylem yerini esas alan görüş failin beklentilerini temel almaktadır. Buna göre fail, eylemin¹⁸ gerçekleştiği yer hukukunun kurallarını esas alarak hareket etmiştir ve onun zarar yeri hukukuna göre sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı olacaktır¹⁹. Belçika hukukunda eylem yeri hukuku tercih edilmiştir²⁰. Alman EGBGB²¹ m. 40 ise davacıya eylem yeri ile zarar yeri arasında seçim yapma imkânı vermiştir.

Buna karşılık Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku²² (MÖHUK) dahil pek çok ulusal kanunlar ihtilafı kuralı ve Avrupa Birliği (AB) düzenlemesi zarar yeri hukukunu eylem yeri hukukuna tercih etmiştir.

Bu maddede haksız fiillere uygulanan temel bağlama noktası olan lex loci damni (zarar yeri hukuku) ele alınacak ve zarar yerinin zaman ve mekân olarak lokalizasyonu irdelenecektir. Zarar yeri hukukunun tesadüfi ve ilişkiyle uzak olması halinde ise daha sıkı bağlantılı hukuk devreye girmektedir. Böylelikle benimsenen bir kaçış klozu ile vaka hakkaniyetine hizmet eden esnek bir yaklaşım benimsenmiş olmaktadır. Maddede daha sıkı ilişkili hukukun nasıl tespit edileceği ve bu kıstasın zarar yeri hukukunu bertaraf etme işlevi AB düzenlemeleri ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

16 Ayrıntılı bilgi için bkz Özel (n 2) 892 vd; Pryles (n 1) 65 vd; Morse (n 1) 46 vd; Samuel O’Sullivan, ‘Brexit and Choice of Law in the Obligations’ (2018) 24 Australian International Law Journal 77, 81 vd. İki hukuka göre de dava edilebilirlik ilkesinin Avustralya mahkemelerindeki uygulaması için bkz. Pietriche (n 14) 91 vd.

17 <www.legislation.gov.uk> Erişim Tarihi 10 March 2021. Kanunun uygulama alanı dışındaki haksız fiillerde common law kuralı uygulamaya devam etmektedir.

18 Haksız fiildeki eylem unsuru sadece bir davranış halini değil, ihmali ve eylemsizliği de kapsamaktadır. Burada kastedilen zarara yol açan davranışın meydana geldiği yerdir.

19 Bkz. Özel (n 2) 887; Morse (n 1) 113; Turhan (n 1) 156-157. Diğer yandan eylem yeri mağdur açısından öngörülemez ve önemsiz bir yerdir; buna karşılık fail tarafından kolayca manipüle edilebilir. Bkz. O’Sullivan (n 16) 94. Oysa zarar yeri hukuku öngörülebilir bir hukuktur. Marija Kravac, ‘The Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents and Roma II Regulation’ (2018) 79 Collection of Papers, Faculty of Law 141, 154.

20 Özel (n 2) 887.

21 İngilizce metin için bkz. Introductory Act to the Civil Code <www.gesetze-im-internet.de> Erişim Tarihi 10 March 2021.

22 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, R.G. 12.12.2007/26728.

II. Lex loci damni

A. Genel Olarak

Zarar unsurunun haksız fiil sorumluluğu için kurucu nitelik taşıması, zarar yeri hukukunun eylem yeri hukukuna karşı üstünlüğünü oluşturmaktadır²³. Davacının zarar yeri hukukunun korumasından yararlanma hakkı olduğu kabul edilmektedir. Zira haksız fiil hukukunun altında yatan temel siyasa, mağdurun kendi kusurundan kaynaklanmayan zarar için tazminat almasıdır. Beden bütünlüğü ya da malına karşı yapılan haksız müdahale sonucu uğradığı zararın telafi edilmesi gerekir ve bu telafi zarar yeri hukukunun sağlayacağı koruma ile mümkün olmaktadır²⁴.

Gerek Türk hukuku gerekse uluslararası düzenlemeler zarar yeri hukukunu haksız fiil ilişkilerinde temel bağlama noktası olarak kabul etmiştir. MÖHUK m. 34/1'e göre “haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir”. İkinci fıkrada şu düzenleme yapılmıştır: “Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır”. Birinci ve ikinci fıkrada aynı şekilde “fiil” kelimesi kullanılmış olmasına rağmen 1. Fıkrada belirlenen kural lex loci delicti yani haksız fiilin ika yeri kuralıdır. Bununla kastedilen haksız fiili oluşturan unsurların tümünün bir ülkede meydana gelmesi halidir. Haksız fiildeki iki önemli unsurun farklı ülkelerde meydana gelmesi halinde ise yani zarara yol açan eylemin meydana geldiği yer ile zararın meydana geldiği yer farklılık taşıyorsa uygulanacak hukuk zarar yeri hukuku olmaktadır.

MÖHUK gibi İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK)²⁵ m. 133 de zarar yeri bağlama noktasını tercih etmiştir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak İsviçre düzenlemesi tarafların aynı ülkede mutlak meskene sahip olmamaları durumunda haksız fiilin ika yerini 2. basamak kural olarak belirlemiş ve zarar yerinin zarara yol açan eylem yerinden farklı bir ülke olması halinde, zarar yeri hukukunun uygulanacağını öngörmüştür. Ancak yine Türk hukukundan farklı olarak zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için haksız fiil sorumlusunun zararın bu ülkede meydana geleceğini öngörmesi gerekmektedir (İsviçre MÖHK m. 133(2)). Dolayısıyla zarar yeri davalı tarafından öngörülmediği durumda eylem yeri hukuku uygulanacaktır. Böylelikle zarar yeri hukukunun uygulanması davalının öngörebilme koşuluna bağlanarak her iki tarafın meşru beklentilerinin karşılanması hedeflenmiştir²⁶.

1995 tarihli İngiliz MÖHK m. 11 haksız fiillere uygulanacak genel kuralı haksız fiili oluşturan olayların vuku bulunduğu ülke hukuku olarak belirlemiştir (m. 11(1)). Bu olayların unsurları farklı ülkelerde vuku bulduğunda, uygulanacak hukuku (a) bir şahsa

23 Özel (n 2) 888.

24 Morse (n 1) 118-119.

25 İngilizce metin için bkz. Swiss Private International Law <www.admin.ch/d/sr/2/291.de.pdf> Erişim Tarihi 10 March 2021.

26 Imhoff-Scheier and Patocchi (n 1) 138-139.

yapılan bedensel zarar²⁷ veya bedensel zarardan kaynaklanan ölümle ilgili dava sebebi için, şahsın zarara uğradığı anda bulunduğu ülke hukuku (b) mala verilen zararlarla ilgili dava sebebi için zarara uğradığı anda malın bulunduğu yer hukuku (c) bunun dışında bir olayda bu olayların en önemli unsur veya unsurlarının vuku bulduğu ülke hukuku olarak saptamıştır.

Dolayısıyla İngiliz Kanunu zarar yeri hukukunu bir bağlama noktası olarak belirlemek yerine, zarar yerinin tanımını çeşitli açılardan kanun hükmü haline getirmeyi tercih etmiştir. Zira aşağıda inceleyeceğimiz üzere zarar yeri kavramının zaman ve mekân açısından lokalizasyonu uygulanacak hukuku belirlemek açısından elzemdir.

Zarar yeri hukukunun açık tespiti AB düzenlemesi olan 2007 tarihli Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma II Tüzüğünde²⁸ yer almaktadır. Buna göre haksız fiillerden kaynaklanan borç ilişkilerine zararlı sonuca yol açan olayın meydana geldiği yer ya da o olayın dolaylı sonuçlarının meydana geldiği yer dikkate alınmaksızın, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır (m. 4(1)). Dolayısıyla Tüzük açıkça *lex loci damni*'yi kabul etmiş; davacıya kendisi için en elverişli olan hukuku seçme imkânı tanımamıştır. Böylesi bir seçim hakkının mağdurun meşru beklentilerinin korunmasının ötesinde bir belirsizlik yaratacağı kabul edilmiştir²⁹. Bu noktada Tüzük eylem yeri veya dolaylı zararın meydana geldiği yer hukukunu açıkça dışlayarak doğrudan zararın meydana geldiği yeri bağlama noktası olarak belirlemiştir. Zira *lex loci damni*'nin taraflar arasında denge sağladığı ve bu kuralın ayrıca kusursuz sorumluluğun gelişimi ve hukuki sorumluluğa ilişkin modern yaklaşımları da yansıttığı kabul edilmiştir³⁰.

B. Zarar kavramı

Zarar yeri hukukunun uygulanması öncelikle zarar kavramının tanımlanmasını gerekli kılmaktadır. Somut olay açısından “zarar” tanımlandıktan sonra bu zararın nerede meydana geldiği tespit edilebilecektir.

Zarar yeri bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğu için bu bağlama kuralının ne anlama geldiği dolayısıyla zarar tanımı ile zarar yerinin nasıl tespit edileceği meselesi bağlama

27 Bedensel zarar hastalıklar veya fiziksel ya da ruhsal durumu bozan her şeyi ihtiva etmektedir. İngiliz MÖHK m. 11(3).

28 Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligation (Rome II) Official Journal of European Union 31.07.2007-L199/40. Tüzük akit dışı borç ilişkisi olmasına rağmen kişilik hakkı ve mahremiyet ihlalinin kaynaklanan talepleri açıkça Tüzük kapsamının dışında bırakmıştır (m. 1(g)). Konuya ilişkin ayrıntı bilgi için bkz. Alex Mills, ‘The Law Applicable to Cross-border Defamation on Social Media: Whose Law Governs Free Speech in “Facebookistan”?’ (2015) 7 Journal of Media Law 1, 11 vd. 2012’de Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi Roma II Tüzüğüne kişilik hakkı ve mahremiyet ihlaline ilişkin bir kanunlar ihtilafı önerisi getirmiştir. Öneri metni için bkz. Mills (n 28) 15.

29 Explanatory Memorandum Rome II, 11-12. Brussel 22.07.2003 COM (2003) 427 Final, 2003/0168 (COD)

30 Roma II Tüzüğü Gerekeç 16.

kurallarının yorumuna girmekte ve bu yorum bağlama kuralını koyan devletin kendi hukuku (lex fori) uyarınca belirlenmektedir³¹.

Buna göre MÖHUK m. 34/II’de yer alan zararın meydana geldiği yer hukuku Türk hukukuna göre belirlenecektir. Aynı şekilde zarar kavramının neyi ifade ettiği hususu da Türk hukukuna göre tespit edilecektir. Ancak bu belirleme yapılırken uygulanacak hukuku işaret eden zararın ne olduğu ve nerede meydana geldiği hususuna odaklanmak gerekmektedir. Haksız fiillere dayanan tazminat davalarında talep edilen ve Türk Borçlar Kanunu³² m. 53 ve 54’te zarar kapsamı içinde talep edilecek hususlar, uygulanacak hukuku gösteren zarar yeri kavramı tanımında değerlendirilmeyecektir. Buna göre TBK m. 53’te ölüm halinde uğranılan zararlar arasında sayılan cenaze giderleri, ölüm öncesi tedavi masrafları, çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölüm desteğinden yoksun kalanların kayıpları, tedavi giderleri, kazanç kaybı, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar zarar yeri hukukunu belirleyecek olan “zarar”ı göstermemektedir. Sayılan kayıplar uygulanacak hukukun Türk hukuku olması halinde talep edilebilecek olan zararlardır ancak bu unsurlar uygulanacak hukuku belirleyen “zarar” kavramının tanımı değildir. Türk Yargıtay’ı da verdiği bir kararda Türkiye’de meydana gelen bir kazada vefat eden kişi için sigortacı tarafından hak sahiplerine ödemenin Avusturya’da yapılmış olmasının, zararın Avusturya’da meydana gelmesi olarak yorumlanamayacağını, uyumsuzluğa zarar yeri olan Türk hukukunun uygulanması gerektiğini açıkça belirtmiştir³³. Dolayısıyla “bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma” olarak gösterilen zarar tanımı, uygulanacak hukuku saptayan “zarar yeri” hukukunun belirlenmesinde esas alınmayacaktır.

Zarar hukuken korunan asıl menfaatin ihlal edilmesidir ve bu bağlamda malvarlığında meydana gelen azalmayı değil, menfaat ihlalinin sonucunu ifade etmektedir³⁴. Dolayısıyla uygulanacak hukuku belirleyen “zarar” dolaylı ya da yansıma zararı değil doğrudan zarardır; müstakbel veya muhtemel zarar değil, mevcut zarardır³⁵. Bir başka ifadeyle doğrudan zarar sorumluluk doğuran olayın doğrudan sonucudur³⁶. Buna göre A ülkesinde ilaç içen ve B ülkesinde ilacın yan etkilerini göstermesi sonucu hastalanan kişi daha sonra kendi mutad meskeni olan C ülkesinde tedaviye devam etse bile zarar C ülkesindeki tedavi değil, B ülkesinde gerçekleşen hastalık halidir. Zira

31 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 107. Doktrinle bağlama noktasının yorumu, bağlama noktasının vasıflandırılması olarak da adlandırılmaktadır. Ancak ister yorum, ister vasıflandırma terimi kullanılsın bu noktada uygulanacak hukuk lex fori Türk hukukudur. Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Millîterarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 89.

32 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, R.G. 4.02.2011/27836

33 Yargıtay 11. HD. 2004/5829 E, 2005/2562 K. 21.03.2005, Vahit Doğan, *Millîterarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 438 dn. 374.

34 Turhan (n 1) 170-171; Özel (n 2)

35 Nomer (n 31) 361. Ayrıca bkz. Tekinalp (n 8) 356.

36 Anabela Susan de Sousa Goncalves, ‘The Application of the General Rule of Rome II Regulation to Internet Tort’ (2014) 8 Masaryk University Journal of Law and Technology 57, 57.

ilaç alımının etkisini gösterip kişiyi hasta etmesi hali doğrudan sonuç yani zarardır; daha sonra yapılan masraflar bu zararın sonuçlarını oluşturmaktadır.

Zarar kavramı ve zarar yerinin lokalizasyonu AB düzenlemeleri olan Roma II Tüzüğü ve Brüksel I Tüzüğü çerçevesinde yeknesak tanımlara ulaşmıştır. Bir başka ifadeyle Roma II Tüzüğünde uygulanacak hukuku gösteren “zarar yeri” ile haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemenin yetkisini belirleyen Brüksel Ia Tüzüğü³⁷ m. 7(2)’de yer alan haksız fiilin vuku bulunduğu yeri işaret eden unsurlardan biri olan “zarar yeri” aynı şekilde yorumlanmaktadır³⁸.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Bier v. Mines de Potasse d’Alsace³⁹ kararında mahkemenin yetkisini belirleyen haksız fiilin meydana geldiği yer terimini yorumlayarak, bu yerin hem zarara yol açan eylemin meydana geldiği yeri hem de zararın meydana geldiği yeri işaret ettiğini hükme bağlamıştır⁴⁰. Bier kararıyla mahkemenin yetkisini tespit için kullanılacak zarar yeri kavramı Domez France and Tracoba Hessische Landesbank (Helaba) and Others⁴¹ kararıyla doğrudan zarar yeri olarak netleşmiştir. Olayda Fransız şirketi Dumez, Almanya’da iflas eden yavru şirketleri sebebiyle uğradığı zarar için Fransa’da Alman bankaları aleyhine dava açmıştır. Alman bankalarının krediyi iptal etmesi sonucu Almanya’da yavru şirketler iflas etmiştir⁴². Fransız mahkemesi asıl zararın Almanya’da olduğu ve Fransız ana şirketin dolaylı olarak mali kayıpları bulunduğu dolayısıyla Fransa’nın zarar yeri olmadığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir⁴³. Fransız Yargıtay’ı dolaylı zararın mevcudiyeti halinde, dolaylı zararın hissedildiği yerde dava açılıp açılmayacağını ABAD’a bir ön sorun olarak sormuştur⁴⁴.

ABAD Alman bankaların işi finanse edecek krediyi iptal etmesi sonucu Dumez’in maruz kaldığı zararın dolaylı zarar olduğunu belirlemiştir. Doğrudan zarar Almanya’daki yavru şirketlerin uğradığı zarardır. Ana şirketin iddia ettiği zarar yavru

37 Regulation (EU) no 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Official Journal of European Union 20.12.2012 L 351/1.

38 İngiliz mahkemesi Stylianou v. Toyoshima davasında ((2013) EWHC 2188 (QB) Avustralya’da meydana gelen bir trafik kazasında felç olan İngiliz davacının Japon davalı ve Avustralyalı sigorta şirketine karşı açtığı tazminat davasında mahkemenin yetkisini İngiliz Usul Kanunu pr. 8’de yer alan zararın katlandığı yer kistasına göre belirlemiş ve bunu yaparken Brüksel Ia Tüzüğü kapsamında tanımlanan zarar yeri kistasından hareket etmeyerek, Brüksel Ia Tüzüğü’nün uygulanmadığı durumda kendi iç hukuk kurallarının uygulanacağını ve burada tanım ve değerlendirmelerin Brüksel Ia ve Roma II Tüzüklerinden farklı olabileceğini hüküm altına almıştır (Ibid pr. 10,11) Roma II Tüzüğü AB’ye üye olmayan ülkeler açısından İngiliz Usul Kanununa göre yapılacak bir değerlendirmeye engel olmamalıdır (Ibid pr. 47). Dolayısıyla mahkemelerin yetkisini düzenlemeyen Roma II Tüzüğü’nün, Brüksel Ia Tüzüğü’nün uygulama alanı bulmadığı bir durumda, üye ülkelerin kendi iç yetki kurallarını bertaraf etmediği açıkça vurgulanmıştır.

39 Case 21/76 (1976) ECR. 1735. Kararla ilgili bkz. Sibel Özel, ‘Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi’ (2012) 8 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi 7, 18 vd.

40 Case 21/76 pr. 19.

41 Case C-220/88 (1990) ECR I-74. Karar için bkz. Özel (n 39) 20.

42 Case C-220/88, pr. 2-3.

43 Ibid pr. 4.

44 Ibid pr. 7.

şirketlerin maruz kaldığı finansal zararın dolaylı bir sonucunu oluşturmaktadır⁴⁵. Mahkemeye göre zarar kavramı, asıl mağdur üzerinde doğrudan zararlı etkiler doğurmak olarak algılanmalıdır⁴⁶. Bu itibarla doğrudan zarar gören mağdurlar yüzünden mal varlıklarında azalma olan kişiler dolaylı zararın hissedildiği yerde dava açamayacaktır⁴⁷. Dolayısıyla zarar yeri kıtasındaki “zarar” doğrudan zarar olmalıdır; ikincil sonuçların meydana geldiği yer zarar yeri niteliğine sahip değildir.

ABAD’ın Brüksel I Tüzüğü için geliştirdiği dolaylı zarar ve sonuçların zarar yeri kavramı içinde değerlendirilemeyeceği anlayışı Roma II Tüzüğünde açıkça kanunî ifadesini bulmuştur. Haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren m. 4(1) dolaylı sonuçların meydana geldiği yer neresi olursa olsun zararın meydana geldiği ülke hukukunu esas almıştır. Buna göre zarar yerini bulmak için bakılacak olan zarar doğrudan zarardır; dolaylı sonuçlar değildir.

ABAD Lazar v. Allianz SPA⁴⁸ kararında bir trafik kazasında zarar yeri hukukunun nasıl belirleneceğini saptamıştır. Davada İtalya’da meydana gelen bir trafik kazasında kızını kaybeden ve mutat meskeni Romanya olan bir baba maddi ve manevi zarar nedeniyle tazminat talep etmektedir⁴⁹. ABAD’a sorulan soru zarar yeri teriminin trafik kazasında ölen birinin yakın akrabalarının uğradığı maddi ve manevi zararlar bağlamında nasıl yorumlanacağıdır. Bir başka ifadeyle zarar yeri kaza yerini mi yoksa akrabaların yaşadığı yeri mi ifade etmektedir? Akrabaların yaşadığı yerde katlanılan zarar m. 4(1) anlamında doğrudan zarar mı yoksa dolaylı sonuç mudur? ⁵⁰.

ABAD kişilere ya da mallara verilen zararlarda Gerekeçe 17’ye atıf yaparak, zararın meydana geldiği yerin kişilerin zarara uğradığı veya malın zarar gördüğü yer olduğunu belirtmiştir⁵¹. Buna göre davacının kızının ölümü İtalya’da gerçekleşmiştir. Yakın akrabaların bu ölüm nedeniyle maruz kaldıkları zarar kazanın dolaylı sonucu olarak mütalaa edilmelidir⁵². Bu yorum Roma II Tüzüğü m. 15(f) ile de teyit edilmiştir. Zira uygulanacak hukukun kapsayacağı konular arasında m. 15(f) gereği kimlerin kişisel zararları için tazminat talebinde bulunabilecekleri belirtilmiştir. Bu zarar psikolojik ya da destekten yoksun kalma zararı olabilir⁵³. Mahkeme bu hususun uygulanacak hukuk kapsamında belirleneceğini vurgulamıştır. Dolayısıyla öncelikle uygulanacak hukukun tespiti gerekir.

45 Ibid pr. 13.

46 Ibid pr. 20.

47 Ibid pr. 22.

48 Case C-350, Case C-350 14

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172887&pageIndex=0&doclang=en&mode=Ist&dir=Occ=first&part=1&cid=4280071>> Erişim Tarihi 12 February 2021.

49 Ibid pr. 2.

50 Ibid pr. 19.

51 Ibid pr. 24.

52 Ibid pr. 25.

53 Ibid pr. 27.

Zarar yeri kazanın olduğu yerdir. Akrabaların yaşadıkları yerde maruz kaldıkları zarar kazanın dolaylı sonuçlarını oluşturmaktadır⁵⁴. Dolayısıyla lex loci damni kuralını uygularken bakılacak olan “zarar” doğrudan zarardır. Ancak vurgulanmalıdır ki uygulanacak hukuku belirlemek için dar anlamda tanımladığımız zarar, davacının talep edebileceklerinin sınırı değildir. Bu hukukun izin verdiği ölçüde dolaylı zararlar, masraflar, destekten yoksun kalma, kazanç kayıpları da talep edilebilecektir.

C. Zarar Yerinin Lokalizasyonu

Uygulanacak hukukun “zarar yeri” kıstasına göre belirleneceği durumlarda zarar yerinin neresi olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Yukarıda açıkladığımız üzere zarar kavramının tanımı ve hangi zararın uygulanacak hukukta esas alınacağı zarar yerinin lokalizasyonunu belirlemektedir.

AB Hukuku mahkemenin yetkisini gösteren Brüksel Ia Tüzüğünde haksız fiilin ika yerini belirleyen kıstaslardan biri olan zarar yeri kavramıyla uygulanacak hukuku gösteren Roma II Tüzüğünde yer alan “zarar yeri” kavramının aynı biçimde yorumlanmasına özel bir önem vermektedir⁵⁵. Dolayısıyla Brüksel I Tüzüğü ile ilgili verilen doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımı ile ilgili kararlar uygulanacak hukuk ile ilgili olarak yapılacak yorumlarda da geçerliliğini korumaktadır. Bir başka ifadeyle mahkemenin yetkisini gösteren zarar yeri, uygulanacak hukuku gösteren zarar yeri ile aynı içeriğe sahiptir⁵⁶.

Zarar yeri belirlenirken dolaylı sonuçların gerçekleştiği yere bakılmadan doğrudan zararın meydana geldiği yer esas alınmaktadır. Kişilerin uğradığı zararlarda zarar yeri, zarara maruz kalınan ülke; mallara verilen zararda ise zarar yeri, malın zarar gördüğü ülke olarak belirlenecektir⁵⁷. Buna göre örneğin trafik kazalarında zarar yeri çarpmanın olduğu ülkedir. Mali kayıplara ya da manevi zarara başka bir ülkede katlanılması halinde de durum değişmemekte; zarar yeri kazanın olduğu yeri işaret etmektedir⁵⁸.

Yukarıda belirttiğimiz üzere İngiliz MÖHK m. 11, uygulanacak hukuku zarar yeri hukuku yerine zarar yerinin tanımı ile belirlemiştir. Buna göre bir şahsa yapılan bedensel zarar ya da bedensel zarardan kaynaklanan ölümle ilgili davalarda zarara uğradığı anda şahsın bulunduğu ülke hukuku; mala verilen zararla ilgili davalarda zarara uğradığı anda malın bulunduğu yer hukuku uygulanır.

54 Ibid pr. 30. Trafik kazalarında doğrudan zarar yeri kazanın olduğu yer olmakta; ölenin akrabalarının maruz kaldığı zarar kazanın dolaylı sonuçları içinde mütalaa edilmektedir. Marek Swierczynski and Lukasz Zarnowiec, ‘Law Applicable to Liability for Damages due to Traffic Accidents Involving Autonomous Vehicles’ (2020) 14 (2) Masryk University Journal of Law and Technology 177, 191. Gelecekte kullanımı artacak olan sürücüsüz araçların karıştığı trafik kazalarında genel haksız fiillere uygulanacak hukuk yerine imalatçının sorumluluğuna uygulanacak kuralın tatbiki konusunda bkz. Ibid 193 vd.

55 Roma II Tüzüğünde (Recital 7) bu uyum açık bir biçimde belirtilmiştir.

56 Bkz. Chukwuma Samuel Adesina Okoli and Emma Roberts, ‘The Operation of Art 4 of Rome II Regulation in English and Irish Courts’ (2019) 15 Journal of Private International Law 605, 610 vd.

57 Roma II Tüzüğü Recital 17.

58 Explanatory Memorandum (n 29) 11. Ayrıca bkz. Krvavac (n 19).

Dolayısıyla zarar yeri hukukunu belirlerken doğrudan ve ilk zararın meydana geldiği yer hukuku esas alınmaktadır. Davacının daha sonra uğradığı zararlar ya da ilk zararın sonuçlarının meydana geldiği yer zarar yeri hukukunun tespitinde dikkate alınmayacaktır⁵⁹. Zarar yeri, hakkın zarara uğradığı yani rastgele bir olayın sonuçlarının gerçekleştiği yerdir. Bir başka ifadeyle sorumluluk doğuran olayın doğrudan sonucunun ortaya çıktığı yer zarar yeridir⁶⁰. Bu itibarla bir virüs veya zararlı programla belirli bir bilgisayar veya ağa saldırı olduğunda zarar yeri virüsten veya zararlı programdan etkilenen bilgisayar veya ağın bulunduğu yer olmaktadır⁶¹.

İngiltere’de kurulmuş bir şirkete karşı ödünç ve garanti sözleşmelerinden kaynaklanan haklarına komplo kurulmasından dolayı uğranılan zarar nedeniyle açılan davada zarar yeri hukuku, şirketin hesaplarının tutulduğu ve nihai olarak zararın hissedildiği İngiliz hukuku olarak kabul edilmiştir⁶².

Hatalı tıbbi ameliyat ve ardından gelen ameliyat sonrası tedavi nedeniyle açılan tazminat davalarında zararın nerede meydana geldiği özel bir önem arz etmektedir. Özellikle zarar yerinin davacının yerleşim yeri iddiasının incelenmesi gerekmektedir. Naraji v. Shelbourne⁶³ davasında İngiltere’de ikâmet eden ve gelecek vaat eden bir futbolcu Indianapolis’te (ABD) dizinden ameliyat olmuş ve bu ameliyat ve ameliyat sonrası bakım nedeniyle futbol hayatı bitmiştir. Bu nedenle davalı doktora karşı açılan davada İngiliz mahkemesi öncelikle zarar yerinin neresi olduğunu tespit etmiştir. Ameliyat davalı doktorun kliniğinde Indianapolis’te yapılmıştır⁶⁴. Ameliyattan dolayı dizin fonksiyonlarını kaybetmesinden doğan zarar için zarara uğranılan yer Indiana’dır. Zararın kendisini açığa çıkardığı yerin İngiltere olduğu iddiası mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Zararın meydana geldiği yer ve zaman Indiana’da yapılan ameliyat olarak tespit edilmiştir. Mahkeme bu noktada ilacın etkilerini başka bir ülkede göstermesinden kaynaklanan tazminat talepleri örneğinin kıyasen somut olaya uygulanamayacağını saptamıştır. Zira ilacın alınmasından sonra başka bir ülkede zararın ortaya çıkması, zararın kendisini göstermesi değildir. Bizatihi zarar, hastalığın ya da rahatsızlığın oluşumudur. Dava konusu olayda ise İngiltere’de katlanılan acı ve tedaviler zarar değil, zararın sonuçlarıdır⁶⁵. Mahkeme ameliyat sonrası yapılan tedavileri de ayrı bir zarar olarak mütalaa etmemiştir. Zira yabancı bir ülkede kırılan bir ayağın ihmalen yanlış tedavisinin İngiltere’de olması halinde zarar yerinin İngiltere

59 Peter Stone, *EU Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2014) 381; Peter Stone, ‘Choice of Law for Tort Claims’ in Peter Stone and Youseph Farah (eds), *EU Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2015) 285, 296. Doğrudan zararın onu takip eden daha sonraki sonuçlarının meydana geldiği yer hukukunun fail için öngörülemez olduğu ve mağdur tarafından kolayca manipüle edilebileceği yönünde bkz. O’Sullivan (n 16) 94.

60 Goncalves (n 36) 60.

61 Ibid 64.

62 FM Capital ParthnerssLtd v. Marino (2018) EHCW 1708, pr. 508.

63 (2011) EWHC 3298.

64 Ibid pr. 5.

65 Ibid pr. 162.

olduğu söylenebilir; ancak somut olaydaki durum bundan farklıdır. Davacı İngiltere’de yeni bir zarara uğramamıştır. Ameliyat sonrası bakımla ilgili tavsiyeler de Indiana’da verilmiştir. Davacı ameliyat sonrası bakım ile ilgili olarak doktora Indiana’da danışmıştır⁶⁶. Dolayısıyla zarar yeri hem hatalı ameliyat hem de ameliyat sonrası bakım açısından İngiltere değil, Indiana’dır.

Zarar yerinin tespiti internet aracılığıyla gerçekleşen haksız fiillerde bazı zorlukları beraberinde getirmektedir⁶⁷. İnternet aracılığıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde⁶⁸ zarar yeri kavramı mahkemenin yetkisini tesis eden Brüksel Ia Tüzüğü kapsamında ABAD tarafından ele alınmıştır. Roma II Tüzüğü kişilik hakkı ihlallerinden kaynaklanan haksız fiil ilişkilerini açıkça kapsam dışı tutması nedeniyle her AB üyesi ülke kişilik hakkı ihlallerini kendi kanunlar ihtilafı sistemine göre belirleyecektir.

Kişilik hakkını ihlal eden açıklamanın kullanıcı tarafından indirilmediği durumda zararın meydana gelmediği kabul edilmektedir. Böylelikle uygulanacak hukuk açısından yüklenme yeri değil, indirme yeri önem kazanmaktadır. Ancak internette yüklenen bir bilginin tüm dünyadan erişilebilir olduğu dikkate alındığında belirli bir ülkeyi veya pazarı hedef alan servis sağlayıcıların bu hususu açıkça belirtmeleri önem kazanmaktadır⁶⁹. Diğer yandan internet yoluyla kişilik hakkı ihlalinde zarar yerinin tespitinde sadece internete erişimin olduğu yer dikkate alınmayacak, bu yerde davacının tanınması yani sosyal bağlantılarının bulunması da gerekecektir. Ancak bu koşulda zarar yerinin lokalizasyonu yapılabilecektir. Kişinin acı ve elem duyduğu yer değil⁷⁰, açıklamaya erişimin olduğu ve kişinin tanındığı yer zarar yeri olarak vasıflandırılacaktır⁷¹.

ABAD internet yoluyla kişilik hakkı ihlalinde Brüksel I Tüzüğüne göre mahkemenin yetkisini belirlerken açıklamanın yer aldığı web sitesine erişimin olduğu her yer mahkemesinin yetkili olup olmadığı sorusuna mağdurun menfaatlerinin odağı olan yer mahkemesinin zarar yeri sıfatıyla yetkili olduğu yönünde cevap vermiştir⁷². Mahkemeye göre bir kişinin menfaatlerinin merkezi genellikle onun mutlak meskeniyle

66 Ibid pr. 164.

67 İngiliz MÖHK m. 11 (2)(a)(b)’de zarar yeri hukuku yerine bunun açıklamasını verdiği için m. 11(2)(c) diğer durumlarda haksız fiili oluşturan unsurların veya en önemli unsurun meydana geldiği yer hukukunu esas almıştır. Bu itibarla internet yoluyla gerçekleşen haksız fiillerde uygulanacak hukuk m. 11(2)(c) hükmüne göre belirlenecektir. Dikkat edilecek unsurlar yüklenme yeri, indirme yeri, servis sağlayıcının ya da alıcının bulunduğu yer ya da yerleşim yeri veya mutlak meskenleri olarak değişiklik arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. James Fawcett, Jonathan Harris and Michael Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (Oxford University Press 2005) 1278 vd.

68 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması* (Seçkin 2004) 158 vd.

69 Fawcett, Harris and Bridge (n 67) 1270-1271.

70 Kişilik hakkı ihlali toplum içindeki itibar ile ilişkili olduğu için üçüncü kişilerin açıklamayı öğrenmeleriyle kişisel değerlere tecavüz gerçekleşmiş olur. Davacının sosyal bağlantılarının lokalize olduğu yer, zarar yerinin tespitinde de önemli bir kıstastır. Kişinin bağlantılarının en fazla olduğu yer onun yerleşim yeri veya mutlak meskeni ya da çalıştığı yerdir. Özel (n 68) 94.

71 Özel (n 68) 175.

72 E-Date Advertising GmbH and others joined cases, Case-509-/09 and C-161/10 (2011) ECR I 10269. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mills (n 28) 20 vd.

örtüşmektedir. Mutat meskeninin yanında meslekî faaliyette bulunduğu yer de menfaatlerinin merkezi olabilecektir⁷³. Davacının menfaatlerinin merkezi mahkemesi davalı tarafından bu yerin bilinebilir olması halinde öngörülebilirlik hedefi ile de uyumludur. Böylelikle davacı bu mahkemeyi kolaylıkla tespit edebilecek, davalı da makul olarak öngörebilecektir⁷⁴. ABAD Sevil⁷⁵ davasında öngörülen zarar yeri mahkemesinin sadece o yerde meydana gelen zarar için yetkili olacağı kuralını tekrar etmiş⁷⁶ ancak davacının menfaatlerinin merkezi mahkemesinde tıpkı davalının yerleşim yeri ya da haksız eylem yeri mahkemesinde olduğu gibi tüm zarar miktarı için dava açılabilirliğini kabul etmiştir⁷⁷. Dolayısıyla bu davada mahkeme zarar yerini, açıklamaya erişimin olduğu ve kişinin sosyal bağlantılarının en güçlü olduğu yer ile örtüştürerek, mahkemenin yetkisinde Brüksel Ia Tüzüğündeki kurala yeni bir yorum getirmiş olmaktadır. Dava mahkemenin yetkisiyle ilgili olmakla birlikte yapılan değerlendirme zarar yeri lokalizasyonunda internette kişilik hakkı ihlalinde kişinin menfaatlerinin odaklandığı yerin en fazla zarara uğradığı yer olması noktasında önem arz etmektedir.

İnternet yoluyla gerçekleşen ticari marka ihlali davasında da mahkemenin yetkisini belirlemek için zarar yerinin lokalizasyonu önemlidir. Wintersteiger v. Product 4U⁷⁸ davasında dünya çapında kayak ve snowboard üreticisi ve satıcısı Avusturya şirketi, aynı nitelikteki Alman şirketini kendi ticari markasını ihlal edecek bir reklamı internete yüklemesi nedeniyle dava etmiştir⁷⁹. Davacı “google.de” nin Avusturya’ dan erişilebildiği ve kaynak kullanım hizmetinin Almanca yapılandırılması nedeniyle Avusturya mahkemelerinin yetkili olduğunu ileri sürmüştü; buna karşılık davalı, Wintersteiger ticari markasının ihlalinde Avusturya mahkemelerinin yetkili olmadığını savunmuştur. Zira “google.de” münhasıran Alman kullanıcılara yönelmiştir ve reklam Alman tüketicileri hedeflemektedir⁸⁰. Mesele ABAD’a ön sorun olarak yöneltildiğinde mahkeme her zaman olduğu gibi haksız fiilin ika yeri kıstasının hem zarar yerini hem de zararlı sonuca yol açan eylem yerini işaret ettiğine vurgu yapmıştır⁸¹. Fikri mülkiyet hakkı ihlalinin kişisel hakların ihlalinden farklı olduğu; ulusal bir markanın ancak tescil edildiği ülkede korunacağı dolayısıyla hak sahibinin tescil dışı bir ülkede

73 Case-509-/09 and C-161/10 (n 72) pr. 49.

74 Ibid pr. 50.

75 Shevill v. Press Alliance Case C-68/93 (1995) ECR I-415. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel ‘Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alman Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum’ *Prof. Dr. Ergün Önen’e Armağan* (Alkime 2003) 263. Ayrıca bkz. Özel (n 2) 126 vd.

76 Case-509-/09 and C-161/10 (n 72) pr. 51.

77 Ibid pr. 52.

78 Case 523/10.

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121744&pageIndex=0&doclang=en&mode=Ist&dir=0cc=first&part=1&cid=224634>> (12.02.2021)

79 Ibid pr. 13.

80 Ibid pr. 14.

81 Ibid pr. 19.

korumadan yararlanamayacağı açıklanmıştır⁸². Bu itibarla zarar yeri hakkın korunduğu ülke olmalıdır⁸³. Dolayısıyla ticari markanın internette reklam yoluyla ihlali ticari markanın tescil edildiği ülkede gerçekleşecektir⁸⁴. Mahkeme bir AB üyesi ülkede tescilli ticari marka ihlali ile ilgili olarak başka bir ülkenin ülke özel üst seviye alan adı altında faaliyet gösteren bir arama motorunda bu ticari markaya yönelik aynı anahtar sözcükle reklam verilmesi halinde, ticari markanın tescil edildiği ülke mahkemesinin zarar yeri sıfatıyla yetkili olacağına vurgu yapmıştır. Dolayısıyla Avusturya’da ticari markanın tescil edilmesi ve reklama Avusturya’dan erişim, davalının Alman kullanıcıları hedeflemiş olmasına rağmen zarar yerinin Avusturya olması için yeterlidir.

D. Zarar Yerinin Birden Fazla Ülke Olması

Zarar yeri hukukunun uygulanması doğrudan zarar yeri hukukuyla sınırlandırıldığında uygulanacak hukuk tek bir ülkenin hukuku olmalıdır. Ancak doğrudan zararın da aynı anda birden fazla ülkede meydana gelmesi imkân dahilindedir. Bu durumda bir tek hukukun mu yoksa her bir zarar yeri hukukunun ayrı ayrı uygulanmasının mı esas alınacağı sorunu oluşmaktadır. Bu bağlamda Roma II Tüzüğü ile ilgili Açıklayıcı Genelge’de zarar yeri kuralının zararın birden fazla ülkede katlanılması halinde de uygulanmasının zorunlu olduğu; bu durumda Alman hukukunda mozaik prensibi olarak bilinen kural tatbik edilerek ilgili ülke hukuklarının hepsinin bölüştürülerek uygulanacağı belirtilmiştir⁸⁵. Ancak Roma II Tüzüğü’nün girişte yapılan gerekçelerin hiçbirinde bu yönde bir açıklama bulunmamaktadır.

Zarar yerinin birden fazla olması halinde her bir zarar yeri hukukunun orada meydana gelen zarar için uygulanması yani davanın birden fazla hukuka tâbi tutulması görüşü İngiliz mahkemesi tarafından *MxLimited v. Farahzad*⁸⁶ davasında kabul edilmiştir. Rüşvet ve yolsuzluk iddiası taşıyan tweetler nedeniyle açılan davada uğranılan zararın tazmini talep edilmiştir. Zarar İngiltere yanında başka yerlerde de meydana gelmiştir⁸⁷. Mahkeme Roma II Tüzüğü m. 4(1)’de belirtilen zarar yeri hukuku kuralının, zararın ağırlıklı olarak meydana geldiği yer anlamını taşımadığını; bu kuralın zarar yeri hukukuna işaret ettiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre zarar birden fazla ülkede meydana gelirse, birden fazla hukukun uygulanması gerekir⁸⁸.

Bu karar eleştirileri beraberinde getirmiştir. Zira her bir zarar yeri hukukunun aynı davada uygulanması Roma II Tüzüğü’nün 6. ve 14. gerekçelerinde vurgulandığı üzere hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik amacına aykırı bir durum yaratmaktadır.

82 Ibid pr. 25.

83 Ibid pr. 27.

84 Ibid pr. 28.

85 Explanatory Memorandum (n 29) 11.

86 (2018) EWHC 1041 (ch)

87 Ibid pr. 34.

88 Ibid pr. 44.

Birden fazla hukukun uygulanması yargılamanın gecikmesine yol açacak ve adaletin tecellisine zarar verecektir. Taraf beklentileri de davada bir hukukun uygulanması yönündedir⁸⁹. Zarar yerinin birden fazla olması halinde asıl zarar yeri hukukunun bütün zararlar için uygulanması savunulmaktadır. Asıl zarar yerinin tespit edilemediği durumlarda da haksız fiil failinin mutad meskeni hukukunun esas alınması önerilmiştir. Haksız fiil failinin mutad meskeni hukuku haksız fiilin kaynak ülkesi olması sebebiyle gerekçelendirilmiştir⁹⁰. Diğer yandan haksız fiillerde zarar yerinin birden fazla olması halinde tek bir hukuka göre karara varılması gerektiği görüşü, Roma II Tüzüğü m. 4(3) çerçevesinde de savunulmaktadır. Buna göre en sıkı bağlantılı hukuk doğrudan zararların en fazlasının katlandığı ülke hukuku olarak uygulama imkânı bulabilecektir⁹¹.

Bizim kanaatimize göre de haksız fiile uygulanacak hukuk tek bir hukuk olarak tespit edilmeli ve uygulanmalıdır. Zarar yerinin birden fazla olması halinde, birden fazla hukukun uygulanması yerine zarar yeri hukukundan vazgeçme koşullarının gerçekleştiği düşüncesiyle en sıkı bağlantılı hukukun araştırılması ve ilişkinin bir bütün olarak sıkı ilişkili bu hukuka bağlanması yerinde olacaktır.

III. Daha Sıkı Bağlantılı Hukuk

A. Genel Olarak

Lex loci delicti ve onun özel bir görünümü olan lex loci damni kuralı bazı özel durumlarda haksız fiil ilişkisiyle yakın bağlantısını kaybetmektedir. Özellikle hava ve kara ulaşımındaki gelişmeler ve haberleşme alanındaki ilerlemelerle birlikte ika yeri ya da zarar yeri kuralının katı bir kural olduğu, somut olayda daha yakın bağlantılı bir hukukun uygulanması gerektiği yönünde görüşler ön plana çıkmıştır⁹². Sözleşmelerde izlenen yöntem gibi haksız fiillerde de ilişkinin en sıkı bağlantıda olduğu hukukun bulunması, ika yeri veya zarar yeri gibi tek ve sabit bağlama noktalarının yerine haksız fiil ile bağlantılı tüm sosyal faktörlerin analizinin yapılmasıyla mümkün olabilecektir⁹³.

Haksız fiilin ika yeri ya da doğrudan zarar yerinin tesadüfi, öngörülemez ve ilişkiyle uzak olduğu her durumda, haksız fiil ilişkisi daha yakın bağlantılı olan hukuka bağlanacaktır. Böylelikle milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanacak ve lex loci delicti kuralının katı uygulamasının somut olayda yaratabileceği haksızlıklar giderilebilecektir. Özellikle trafik kazaları ya da uçak düşmesinde gördüğümüz üzere lex loci delicti kuralı ilişkiyle uzak, tesadüfi ve öngörülemez bir kuraldır ve daha yakın

89 Okoli and Roberts (n 56) 616.

90 Ibid 616.

91 Stone ‘Choice of Law for Tort Claims’ (n 59) 298.

92 Kahn-Freund (n 1) 63.

93 Pryles (n 1) 80; Özel (n 2) 896; Tekinalp (n 8) 358.

bağlantıyı kuran başka kıstaslar vardır ve bu kıstaslar daha yakın bağlantılı hukuku işaret ederken adaletin tecellisine de hizmet etmektedir. Yakın bağlantı kıstası davacı için daha iyi şartlarda tazminat hakkı veren hukuk olarak değil, her iki taraf için de beklentileri karşılayabilen, öngörülebilir bir hukuk olarak kendini göstermektedir.

Haksız fiil ilişkisinin *lex loci delicti* kuralı yerine ilişkiyle daha yakın bağlantılı hukuka tâbi tutulması Amerikan mahkemelerinde *Babcock v. Jackson*⁹⁴ davasıyla hükme bağlanmış; *Second Restatement of Conflict of Laws* pr. 145'te etkisini göstermiş ve yansımalarını Kıta Avrupası hukukunda ve özellikle *Roma II Tüzüğü*nde bulmuştur. *Babcock* kararında Kanada (Ontario)'da meydana gelen bir trafik kazası için kazanın olduğu yer hukuku uygulanmamış; her iki tarafın ikamet ettiği, arabanın sigortasının yapıldığı ve davanın açıldığı New York ilişkiyle daha yakın bağlantılı kabul edilmiştir.

Amerikan *Second Restatement of Conflict of Laws* pr. 145'te⁹⁵ haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesinde zararın oluştuğu yer tek bağlama noktası olmaktan çıkmış, bunun yanında zararın oluşumuna sebebiyet veren davranış yeri, tarafların ikametgâhı, mutad meskeni, vatandaşlığı, kuruluş yeri ve iş merkezi ayrıca eğer varsa taraflar arası ilişkinin ağırlık merkezinin bulunduğu yerin önem derecelerine göre değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla *lex loci delicti*'nin iki unsuru da bir irtibat noktasıdır ancak diğer unsurları bertaraf etmemektedir. Aksine taraflar arası ilişki ve ortak noktalar *lex loci delicti* yerine üstünlük sağlayabilecektir.

Kıta Avrupası hukukunda da ika yerinden vazgeçme ve ilişkiyi daha sıkı bağlantılı hukuka bağlama imkânı farklı derecelerde kabul edilmiştir. *Roma II Tüzüğü* m. 4(2) ile Alman MÖHK m. 40(2) ve İsviçre MÖHK m. 133(a) ortak mutad meskeni zarar yeri hukukundan kaçış klozu olarak değil, haksız fiillere uygulanacak asıl kural olarak belirlemiş ve bu iki asıl kurala kıyasla daha yakın bağlantılı başka bir hukukun bulunması durumunu istisna kuralı olarak düzenlemiştir.

İngiliz MÖHK m. 12 de genel kurala istisna getirmiş ve bir başka ülke hukukunun daha uygun olduğu anlaşıldığında genel kural yerine diğer ülke hukukunun uygulanacağı belirlenmiştir. Burada dikkate alınacak unsurlar taraflarla, söz konusu haksız fiili oluşturan olaylardan biriyle veya bu olayların şartları veya sonuçlarından biriyle olan hususları kapsamaktadır.

Türk hukukunda MÖHUK m. 34/3 “haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır” hükmünü getirmiştir. Düzenleme MÖHUK m. 24(4) son cümledeki gibi bir kaçış klozu olarak düzenlenmemiştir. Orada halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir

94 (1963) 240 NYS 2d 743; NE 2d 279.

95 Madde metni için bkz. Chilene Nwapi, “Tort Choice of Law and International Fundamental Norms: A Case Study of Canada and the United States” (2013) 1 Afe Babalola University Journal of Sustainable Development Law and Policy 54, 64. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Özel (n 2) 897.

hukukun bulunması halinde karine olan karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni veya işyeri hukukundan vazgeçilecek ve sıkı ilişkili diğer hukuk uygulanacaktır. Burada karineden kaçış klozu ile bulunan hukuk m. 24(4) ilk cümlede verilen asıl kurala dönüşü ifade etmektedir. Zira asıl kural sözleşmeyle en sıkı ilişkide olan hukukun uygulanmasıdır. Haksız fiiller alanında MÖHUK m. 34 bir karine getirmemektedir. Haksız fiilin ika yeri veya duruma göre zarar yeri hukuku asıl kuraldır. Ancak zarar yeri dışında başka bir yer hukuku haksız fiil ilişkisiyle daha sıkı ilişkide ise daha sıkı bağlantılı bu hukuk uygulanacaktır. Dolayısıyla bu hüküm de asıl kural olarak düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle MÖHUK m. 34/3, Roma II Tüzüğünden farklı kaleme alınmıştır. Tüzük m. 4(3)’e göre halin bütün şartlarından açık olarak görüldüğü üzere zarar yeri ve ortak mutat mesken hukukundan başka bir hukuk haksız fiil ilişkisiyle açıkça daha yakın bağlantı halinde ise bu hukuk ilişkiye uygulanacaktır. Bu haliyle daha yakın bağlantılı hukuk asıl kuralın istisnası olarak düzenlenmiştir. Bize göre MÖHUK m. 34/3 aynı yönde bir istisna klozu değildir; asıl kural olarak zarar yerine kıyasla daha sıkı bağlantının bulunduğu her durumda daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasını mümkün kılan bir hükümdür.

Dolayısıyla ister istisna kuralı olarak düzenlensin isterse asıl kural olarak değerlendirilsin daha sıkı bağlantılı hukuk zarar yeri kuralını dışlamaktadır. Daha sıkı bağlantı taraflar arası ortak irtibat noktalarında⁹⁶ görülebileceği gibi taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin varlığı halinde de kendisini göstermektedir. Haksız fiille bağlantılı bu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine uygulanması sonuç yeknesaklığına da hizmet etmektedir.

B. Ortak Mutat Mesken Hukuku

Roma II Tüzüğü m. 4(2) haksız fiilden sorumlu kişi ile zarar gören kişinin zararın meydana geldiği tarihte aynı ülkede mutat meskene sahip olmaları halinde ortak mutat mesken hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir. Gerekçe 18, Tüzük çerçevesinde haksız fiile uygulanacak genel kuralın *lex loci damni* olduğunu ancak m. 4(2) ile buna istisna getirildiğini vurgulamıştır. Zira tarafların aynı ülkede mutat meskene sahip olması özel bir bağlantı sağlamaktadır. Roma II Tüzüğü m. 4(3) de getirilen istisna klozu zarar yeri ve ortak mutat mesken hukukuna kıyasla daha yakın bağlantılı hukukun uygulanmasını esas alır. Dolayısıyla ortak mutat mesken hukuku Roma II Tüzüğü çerçevesinde kaçış klozu olarak değil, asıl kural olarak işlev görmektedir. Ortak mutat mesken varsa zarar yeri hukuku uygulanmayacaktır. Ortak mutat mesken hukuku ilişkiyle yakın bağlantı göstermiyorsa, daha yakın bağlantılı başka bir hukuk bulunuyorsa ortak mutat mesken hukukundan vazgeçilecektir.

⁹⁶ Türk doktrini ortak vatandaşlık hukukunu zarar yerinin tesadüfi olması halinde yakın bağlantılı hukuk olarak mütalaa etmektedir. Bkz. Nomer (n 31) 364; Tekinalp (n 8) 360; Çelikel and Erdem (n 31) 464. Müşterek milli hukukun haksız fiil ilişkisinde ancak irtibat noktalarıyla birleştiği takdirde daha sıkı bağlantılı hukuk olarak dikkate alınabileceğine ilişkin bkz. Turhan (n 1) 386.

Ortak mutat mesken hukuku İsviçre MÖHUK m. 133(1)'de, Alman MÖHK m. 40(2)'de ayrı bir bağlama kuralı olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla ortak mutat mesken hukuku bu açık hüküm sayesinde zarar yeri hukukunu doğrudan bertaraf eden asıl kural haline dönüşmüş olmaktadır.

Taraflar zararın meydana geldiği tarihte değil de davanın açıldığı tarihte ortak mutat meskene sahip olursa uygulanacak hukuk yine zarar yeri hukuku olmaktadır⁹⁷. Diğer yandan ortak mutat mesken kıstası haksız fiilin mağduru ile faili açısından geçerlidir; failin sigortacısı ile mağdurun ortak mutat meskeni kuralın uygulanmasında esas alınmayacaktır⁹⁸.

MÖHUK'ta ortak mutat mesken hukuku ayrı bir bağlama noktası olarak düzenlenmediği için bu durum m. 34/3 bağlamında daha sıkı bağlantılı hukukun tespitinde bir unsur olarak karşımıza çıkacaktır. Zarar yerine kıyasla ortak mutat mesken ilişkisiyle daha sıkı bağlantı kuruyorsa, zarar yeri hukuku yerine ortak mutat mesken hukuku uygulanacaktır.

C. Haksız Fiili Oluşturan Unsurların Yakın Bağlantılı Olduğu Ülke Hukuku

Zarar yeri kuralının katı uygulamasından vazgeçmeyi gerektirecek şekilde en sıkı bağlantılı hukuku bulmak için haksız fiilin tüm unsurlarının değerlendirilmesi ve zarar yerine kıyasla hangi unsurların ilişkisiyle daha yakın bağlantı tesis ettiğinin her somut olay özelinde belirlenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda dolaylı zararın ya da zararın daha sonraki sonuçlarının meydana geldiği yer, tarafların ortak vatandaşlığı ya da davanın açıldığı tarihte ortak mutat mesken, davaya müdahil olan haksız fiil failinin sigortacısının mutat meskeni, trafik kazalarında motorlu araçların sigortalandığı ve sicile kayıtlı olduğu yer dikkate alınacak faktörleri oluşturmaktadır⁹⁹. Daha sıkı bağlantılı hukuk Roma II Tüzüğü bağlamında sadece zarar yeri hukukunu değil, asıl kural olan ortak mutat mesken hukukunu da bertaraf etmektedir. Bu itibarla tarafların ortak mutat meskeni ilişkisiyle bağlantılı değilse ve tam tersi zarar yeri daha sıkı bağlantıyı gösteriyorsa uygulanacak hukuk m. 4(3) uyarınca zarar yeri hukuku olabilecektir. Örneğin Hollandalı ana şirkete bağlı, Nijerya'da kurulmuş bir yavru şirkette çalışan iki Hollandalı, Hollanda'da bir trafik kazasına karıştırsa, taraflar arası ilişkide kaza yeri olan Hollanda hukuku, tarafların ortak vatandaşlığı, arabanın Hollanda'da tescili ve sigortalanması nedeniyle ortak mutat mesken hukuku olan Nijerya hukukuna kıyasla daha sıkı bağlantılı hukuk olarak uygulama imkânı bulacaktır¹⁰⁰.

97 Okoli and Roberts (n 56) 617-618.

98 Ibid 618.

99 Ibid 623.

100 Ibid 622.

İngiliz mahkeme kararlarında *lex fori*'nin Roma II Tüzüğü m. 4(3) anlamında en sıkı bağlantılı hukuk olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır¹⁰¹. Forum devleti davacının mutat meskeni ile birleştiğinde, zarar yeri aynı zamanda davalının mutat meskeni ise zarar yeri hukukunu bertaraf edecek çapta güçlü bir bağlantının olmadığını söylemek mümkün olacaktır¹⁰². Aynı durum davalının mutat meskeninin forum devleti olduğu ancak davacının mutat meskeninin zarar yeri ile örtüştüğü halde de geçerlidir¹⁰³. Zira zarar yeri her iki durumda da ilişkiyle bağlantısız, tesadüfi bir yer değildir.

Zarar yeri hukukunun taraflarla ve haksız fiil ilişkisiyle bağlantısının davacının mutat meskeni ve forum devletine kıyasla öncelik arz ettiği husus İngiliz mahkemeleri tarafından *Harding v. Wealands*¹⁰⁴ kararlarında irdelenmiştir. Olayda Avustralya'da meydana gelen bir trafik kazası neticesi İngiliz vatandaşı davacı felç olmuştur. Davalı birlikte yaşadığı Avustralya vatandaşı nişanlısıdır¹⁰⁵. Davalı ailesini ziyaret için, davacı da tatil amacıyla Avustralya'ya gelmiştir. Davalının kullandığı otomobilde kontrolü kaybetmesi neticesi kaza meydana gelmiştir¹⁰⁶. Davaya bakan İngiliz mahkemesi kazanın olduğu Avustralya yerine taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk olan İngiliz hukukuna göre kararını vermiştir. Zira tarafların tatil için gittiği Avustralya önemli bir bağlantı noktası değildir; davalı da kaza anına kadar İngiltere'de yaşamaktadır. Kazanın sonuçları da İngiltere'de hissedilmektedir¹⁰⁷.

Kararın temyizi üzerine mahkeme haksız fiil ile bağlantı noktalarını yeniden değerlendirmiştir. Taraflar arasında bir ilişki olmasına rağmen davalı arabasını New South Wales (Avustralya)'de bırakmıştır. Avustralya vatandaşı olan davalı Avustralya ehliyetini kullanmaktadır. Bu nedenle genel kural olan zarar yeri hukukundan vazgeçmek için yeterli bir neden yoktur¹⁰⁸.

House of Lords da aynı değerlendirmeyi yapmıştır. Taraflar arasında bir ilişki vardır ve kazanın gerçekleştiği zamana kadar İngiltere'de birlikte yaşamışlardır. Araç davalıya aittir ve Avustralyalı bir sigorta şirketi tarafından sigortalanmıştır¹⁰⁹. Dolayısıyla haksız fiile uygulanan hukuk New South Wales hukukudur ancak tazminat hesabı usulî olarak nitelendirildiği için *lex fori* İngiliz hukukuna tâbidir¹¹⁰. Tarafların İngiltere'de

101 Bkz. *Ibid* 623.

102 *Morse* (n 1) 287.

103 *Ibid* 288.

104 Bkz. (2004) EWCA 1735, (2006) UKHL 32, (2007) 2 AC 1.

105 (2004) EWCA 1735, 1541.

106 *Ibid* 1541.

107 *Ibid* 1541. Kazanın meydana geldiği tarihte Roma II Tüzüğü yürürlükte olmadığı için ortak mutat mesken hukuku kuralı uygulama imkânı bulmamıştır. Aksi halde İngiliz hukuku ortak mutat mesken hukuku olarak uygulanacak; kaza yeri hukukunun ilişkiyle yakın bağlantısı ve ortak mutat mesken hukukunu bertaraf edip etmeyeceği ayrıca tartışılacaktır.

108 *Ibid* 1550.

109 (2006) UKHL 32.

110 *Ibid* pr. 53.

yaşamısına ve hatta nişanlı olmasına rağmen kazanın gerçekleştiği yer, ilişkiyle zayıf bağlantılı ve tesadüfi bir yer olarak görülmemiştir. Tarafların tatile gittikleri yerde bir kaza olmuştur; ancak bu yer davalının vatandaşlığını taşıdığı ülkedir. Bunun yanında arabanın tescil edildiği yer, sigortalandığı yer de kaza yeriyle örtüşmektedir. Arabanın kiralık bir araba olmayıp bizzat davalıya ait olması, davalının İngiltere’de yaşamısına rağmen vatandaşlığını taşıdığı Avustralya ile de bağlarını korumak istediği yönünde yorumlanmış ve İngiltere’nin kaza yeri hukukunu bertaraf edecek nitelikte güçlü bağlantılarının olmadığı sonucuna varılmıştır.

Roma II Tüzüğü Gerekçe 33’te trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davalarında, tazminat miktarının hesaplanmasında kaza yeri mağdurun mutlak meskeni değilse, mahkemenin gerçek kayıplar bakım masrafları ve tıbbi masraflar dahil tüm unsurları dikkate alacağı belirlenmiştir. Gerekçe 33’ün uygulanacak hukuku belirleyen m. 4(3)’ün yorumundaki etkisi bir diğer ifadeyle en sıkı ilişkili hukuku tayin ederken kaza yeri hukuku yerine tıbbi masrafların gerçekleştiği yer hukukunun esas alınmayacağı meselesi bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Stylianou v. Toyoshima¹¹¹ davasında davacı İngiltere’de yaşayan İngiliz vatandaşı tatil için gittiği batı Avustralya’da kaza geçirmiştir. Davalı Japonya’da yaşayan Japon vatandaşı ve Queensland Avustralya’da tescilli bir sigorta şirkettir¹¹². Davacı felç olmuş ve uğradığı zarar için davalılara İngiltere’de dava açmıştır¹¹³.

Taraflar Roma II Tüzüğü m. 4(1) uyarınca uygulanacak hukukun Batı Avustralya hukuku olduğu konusunda anlaşmıştır. Ancak davacı m. 4(3)’e göre İngiliz hukukunun açıkça daha sıkı bağlantılı hukuk olduğunu ileri sürmüştür¹¹⁴. Zira davacı İngiltere’de yaşayan bir İngiliz vatandaşıdır; kazanın uzun süreli tedavi ve iş göremezlik raporu ile belirlenen sonuçları İngiltere’de meydana gelmiştir¹¹⁵.

Mahkemeye göre m. 4(3) hükmü bir istisna kuralı olarak kabul edilmiştir ve bu nedenle sadece istisnai durumlarda uygulanmalıdır¹¹⁶. Mahkeme m. 4(3)’de kullanılan “halin bütün şartları” ifadesini yorumlayarak olaydaki bütün unsurların değerlendirilmesinin zorunlu olduğuna kanaat getirmiştir. Somut olaydaki belirli unsurlar öylesine istisnai olmalıdır ki genel kural uygulanmasın. Bu inceleme yapılırken taraflarla ilgili unsurlar yanında haksız fiilin sonuçlarına ilişkin unsurlar da dikkate alınmalıdır. Bu sonuçlar haksız fiilden kaynaklanan zarar ve kayıpların doğrudan ve dolaylı tüm sonuçlarını kapsamaktadır¹¹⁷. “Açıkça daha sıkı bağlantılı

111 (2013) EWHC 2188 (QB)

112 Ibid pr. 1.

113 Ibid pr. 3,5.

114 Ibid pr. 3.

115 Ibid pr. 58.

116 Ibid pr. 61.

117 Ibid pr. 62.

hukuk” uyuşmazlığın “en gerçek ve esaslı bağlantısının” olduğu mahkemede görülmesini hedefleyen “doğal mahkeme” kavramıyla benzerlik arz etmektedir¹¹⁸.

Taraflar tüm şartların değerlendirilmesi bağlamında farklı faktörleri ön plana çıkarmıştır. Davacı vekili davacının İngiliz olduğunu, kazadan hemen sonra İngiltere’ye döndüğünü, tatil için gittiği Avustralya’da kazanın gerçekleştiğini, bütün kayıp ve zararlara İngiltere’de maruz kaldığını ileri sürmüştür¹¹⁹. Kazanın Avustralya’da olması dışında bu yerle bağlantılı bir faktör yoktur. Ne davacı ne davalı Avustralyalı’dır¹²⁰.

Buna karşılık davalı vekili kazanın batı Avustralya’da olduğunu, zararın da burada meydana geldiğini, diğer davalı sigorta şirketinin Queensland’de kurulduğunu ve sigorta poliçesine uygulanacak hukukun batı Avustralya hukuku olduğunu belirtmiştir¹²¹.

Davacı ayrıca Roma II Tüzüğü Gerekçelerinin m. 4 uygulamasında dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. Buna göre tıbbi bakımın gerçekleştiği İngiltere Gerekçe 33 kapsamında ilişkinin ağırlık merkezini oluşturmaktadır ve bu nedenle İngiliz hukuku uygulanmalıdır¹²².

Mahkemeye göre Gerekçe 33 uyuşmazlığa uygulanacak hukukun kapsamını belirleyen, tazminatın varlığı, niteliği ve hesaplanmasına ilişkin meselelere de uygulanmasını öngören m. 15(2) ile bağlantılıdır. Gerekçe 33, m. 4(1) m. 4(3) ve m. 15 (c) ile çeliştiğinde yeni bir AB normu yaratmamakta ve bu maddeleri bertaraf etmemektedir. Gerekçe 33’ü lafzi olarak ele almak tazminatın hesaplanmasında mağdurun mutad meskeni hukukunun uygulanmasına işaret etmektedir ki böyle bir yorum m. 4 ve 15’in açık hükümlerine aykırılık teşkil eder¹²³. Dolayısıyla Mahkeme’ye göre Gerekçe 33, m. 4(1)’i bertaraf etmemektedir ve uygulanacak hukuk izin verdiği ölçüde mağdurun mutad meskenindeki bakım masrafları dikkate alınacaktır¹²⁴.

Sonuç itibariyle haksız fiilin İngiltere ile açıkça daha sıkı bağlantılı olduğu görüşü reddedilmiştir. Genel kural olan zarar yeri hukukundan vazgeçmek için istisnai bir durum olmadığı kabul edilmiştir¹²⁵. Tarafların her ikisinin de kaza yeriyle bağlantısı olmasa bile davalı ile davacının farklı ülkelerde yaşaması durumunda, davacının mutad meskeninde zararın sonuçlarına katlanması ve davanın burada açılması zarar yeri hukukunun bertaraf edilmesi için yeterli görülmemiştir. Bir başka ifadeyle zarar yeri

118 Ibid pr. 63.

119 Ibid pr. 65.

120 Ibid pr. 67.

121 Ibid pr. 70.

122 Ibid pr. 74.

123 Ibid pr. 75.

124 Ibid pr. 78.

125 Ibid pr. 83. Roma II Tüzüğü m. 4(3)’ün istisnai durumlarda uygulanacak bir kaçış klozu olduğu yönünde bkz. O’Sullivan (n 16) 95.

tesadüfi de olsa daha yakın bağlantının kurulmadığı durumlarda, zarar yeri asıl kural olarak işlevini sürdürmektedir. Burada davanın açıldığı yer ayrıca davacının mutat meskeni, tedavi ve bakımın sürdüğü yer olmasına rağmen *lex loci damni*'yi bertaraf edecek nitelikte görülmemiştir.

İngiliz mahkemesine konu olayları Türkiye ve MÖHUK açısından irdelersek davacının Türkiye'de mutat meskeni olması, davanın Türkiye'de açılması ve tüm tedavi ve bakımın Türkiye'de yapılması ve en önemlisi kaza yerinin tesadüfi bir yabancı ülke olması durumunda haksız fiil ilişkisinin Türkiye ile daha sıkı bağlantılı olduğunu kabul zor olmayacaktır. Zira MÖHUK m. 34/3 AB düzenlemesinden farklı kaleme alındığı için, zarar yeri kuralından ancak istisnai hallerde vazgeçilmesini şart koşmamaktadır. Zarar yeri asıl kural olmakla birlikte ilişki zarar yerine kıyasla daha sıkı bağlantılı başka bir hukuka bağlanabiliyorsa bu hukuk zarar yeri hukukunu bertaraf edecektir. Dolayısıyla daha sıkı bağlantılı hukuk zarar yerinin tesadüfi, ilişkiye uzak olması durumunda asıl kural olarak işlev görecektir. Zarar yeri kuralı açıkça istisnai durumların varlığı halinde bertaraf edilmez. Hâkime takdir hakkı veren MÖHUK m. 34/3'ün uygulanması için Roma II Tüzüğü m. 4(3)'ün yorumunda olduğu gibi açıkça istisnai şartların varlığı aranmaz.

Haksız fiili oluşturan unsurların ağırlık noktasının esas alınarak ilişkinin en yakın bağlantılı olduğu hukuka bağlanması *lex loci delicti*'nin bir ulusal hukuku işaret etmemesi halinde de uygulanacak hukuku belirleyen bir bağlama noktası olarak karşımıza çıkacaktır. Gerek AB düzenlemesinde gerekse MÖHUK'ta bu durum açıkça belirtilmese de haksız fiilin açık denizler, kutuplar ya da uzayda işlenmesi halinde uygulanacak hukuk, haksız fiilin en yakın bağlantıda olduğu hukuk olacaktır. Tarafların ortak vatandaşlığı, ortak mutat meskeni ya da önceden kurulmuş bir ilişkinin varlığı halinde bu ilişkinin tâbi olduğu hukuk, haksız fiil ilişkisine uygulanacaktır¹²⁶.

D. Temeldeki Hukuki İlişki

1. Akdi ilişki

Roma II Tüzüğü m. 4(3) olayın tüm şartlarından anlaşıldığı üzere açıkça daha yakın bağlantılı bir hukuk varsa ortak mutat mesken ya da zarar yeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili bu hukukun uygulanacağını belirtirken, taraflar arasında daha önce kurulmuş ve haksız fiil ilişkisiyle yakın bağlantılı bir hukuki ilişkinin varlığını sözleşme örneğini vererek açıklamıştır. Bir başka ifadeyle taraflar arası her türlü hukuki ilişki yakın bağlantılı hukukun belirlenmesinde esas alınacaktır; borçlar hukuku ilişkisi olan sözleşmeler bu noktada bakılacak ilk husustur. Taraflar arasında önceden kurulmuş

¹²⁶ Araç içi haksız fiillerde geminin ya da uçağın bayrak hukuku veya sicil yeri hukuku bir çeşit ika yeri olarak hüküm ifade etmektedir. Bu bayrak hukukuna kıyasla daha sıkı ilişkili hukuk ortak vatandaşlık veya ortak mutat mesken olarak belirlenebilir. Bkz. Tekinalp (n 8) 365. Gemi ya da uçakların çatması halinde ise ortak bayrak hukuku yoksa kusurlu aracın bayrak veya sicil yeri hukuku ya da hâkimin hukuku savunulan bağlama noktalarıdır. Ibid 365.

bir sözleşme varsa bu durum m. 4(3)’ün uygulanması için önemli bir faktör olacaktır¹²⁷. Bu durumda sözleşmelere uygulanacak hukuk, en yakın bağlantılı hukuk olarak haksız fiil ilişkisine de uygulanacaktır¹²⁸.

MÖHUK m. 34/3 daha sıkı bağlantılı hukukun nasıl belirleneceğini açıklamamıştır. Doktrin bu bağlamda sözleşmesel ilişkiyi haksız fiil ile irtibatlı olması koşuluyla yakın bağlantı için yeterli görmekte ve sözleşmeye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanmasını öngörmektedir¹²⁹.

İsviçre MÖHK m. 133(3) haksız fiil, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkiyi ihlal ediyorsa, haksız fiil temelli taleplere hukuki ilişkinin tâbi olduğu hukukun uygulanacağını hüküm altına almıştır. Buradaki hukuki ilişki geniş çerçevede başta sözleşmeler olmak üzere her türlü hukuki ilişkiyi kapsamaktadır¹³⁰.

Aynı şekilde Alman MÖHK m. 41 esaslı bir şekilde daha yakın bağlantılı bir hukuk varsa, bu yakın bağlantılı hukukun uygulanacağını öngörmüş ve m. 41(2)’de taraflar arasında haksız fiille bağlantılı olmak üzere hukuki veya fiili ilişki bulunmasını yakın bağlantının tespiti için bir ölçü olarak zikretmiştir. Dolayısıyla taraflar arasında önceden kurulmuş sözleşmesel ilişki haksız fiille bağlantılı olduğunda daha yakın bağlantılı hukukun belirlenmesinde önem arz edecektir.

Haksız fiil ilişkisinin temeldeki sözleşmeye uygulanan hukuka tâbi tutulması ile aynı olaydan kaynaklanan bir zararda, sözleşmesel ya da haksız fiile ilişkin talep farklılıklarının uygulanacak hukuku farklılaştırması önlenerek sonuç yeknesaklığı sağlanacaktır. Ancak haksız fiil ile taraflar arasındaki sözleşme arasında bir ilişkinin olması zorunludur. Bir başka ifadeyle haksız fiil aynı zamanda önceden kurulmuş sözleşmesel bir ilişkinin ihlali anlamına gelmelidir. Örneğin taraflar arasında bir iş sözleşmesi varsa, bir iş kazası nedeniyle uğranılan zarar veya işverenin işçiyi dövmesi neticesi gerçekleşen bir haksız fiil sonucu talep edilen tazminat, temeldeki iş sözleşmesi ile yakından bağlantılıdır ve iş sözleşmesine uygulanacak hukuk daha yakın bağlantılı hukuk olarak haksız fiile dayanan taleplere de uygulanır. Buna karşılık taraflar arasında taşınmaz kira sözleşmesi varsa, söz konusu haksız fiil kira sözleşmesiyle bağlantılı olmadığı için kira sözleşmesine uygulanan hukuk, zarar yeri hukukunu bertaraf ederek haksız fiil ilişkisine uygulanmaz.

Naraji. v. Shelbourne¹³¹ davasında mahkeme ameliyatın yapıldığı yer hukukunu zarar yeri hukuku olarak uygularken bu hukukun aynı zamanda sıkı bağlantılı hukuk olduğunu

127 Okoli and Roberts (n 56) 622. Tüzüğün Açıklayıcı Genelgesinde gerçekte sözleşme kurulmasa bile sözleşmenin görüşmelerinin kesilmesi veya sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde de taraflar arası ilişkinin varlığı kabul edilmiştir. Explanatory Memorandum (n 29) 12-13.

128 Stone ‘Choice of Law for Tort Claims’ (n 59) 300.

129 Tekinalp (n 8) 364; Nomer (n 31) 364.

130 Imhoff-Scheier and Patocchi (n 1) 140.

131 Bkz (n 63)

sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuk bağlamında da ele almıştır. Doktor ile ameliyat olan davacı arasında sözleşmesel ilişki bulunmaktadır ve sözleşmeye uygulanacak hukuk o tarihte yürürlükte olan Roma Konvansiyonunun uygulama kanunu olan Contracts (Applicable Law) Act 1990'dır. Buna göre uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun mutata meskeni veya işyeridir¹³². Bir tarafın hizmet tedarik ettiği ve diğer tarafın buna karşılık para ödediği sözleşmelerde karakteristik edim hizmet sağlayıcının edimidir. Karakteristik edim borçlusu olan doktorun işyeri ya da mutata meskeni olan Indiana hukuku uygulanacaktır¹³³. Bu hukuku bertaraf edecek şekilde daha yakın bağlantılı bir hukuk bulunmamaktadır¹³⁴. Dolayısıyla haksız fiil ilişkisine uygulanacak hukuk, temeldeki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuk ile örtüşmektedir.

Aynı şekilde bir avukatın ihmali ile müvekkile zarar vermesi halinde, zayıf bağlantılı zarar yeri hukuku yerine, ilişkiyle yakın bağlantılı olan vekâlet sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk uygulama imkânı bulacaktır¹³⁵.

2. Aile hukuku ilişkisi

Taraflar arası önceden mevcut hukuki ilişki borçlar hukuku ilişkisi olan bir sözleşme yerine, aile hukuku ilişkisi de olabilir. Bu durumda haksız fiile tesadüfi olan zarar yeri hukuku yerine ilişkiyle daha yakın bağlantılı olan mevcut aile hukuku ilişkisinin tâbi olduğu hukuk uygulanır.

Yukarıda belirtildiği üzere Roma II Tüzüğü, İsviçre ve Alman MÖH kanunları taraflar arası hukuki ilişkinin varlığını, yakın bağlantılı hukukun tespitinde önemli bir faktör olarak belirlemiştir. MÖHUK m. 34/3 özel bir saptama yapmadan daha sıkı ilişkili hukuka işaret etmiştir. Bu itibarla Türk doktrini taraflar arasında sözleşme dışında başka bir hukuki ilişki bulunması halinde bu ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanmasını kabul etmektedir¹³⁶.

Yabancılık unsuru taşıyan aile içi haksız fiil vakıalarında söz konusu aile hukuku ilişkisine uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanması görüşü gerçek aile içi haksız fiiller ve gerçek olmayan aile içi haksız fiiller ayrımı yapılarak yeni bir boyut kazanmakta ve gerçek aile içi haksız fiillerde “zarar yeri” bağlama noktasından vazgeçerek tamamen aile hukuku ilişkisine uygulanacak hukukun esas alınması savunulmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasındaki hukukî sorumluluğun ihlalden kaynaklanan tazminat talepleri bu sorumluluğu öngören hukuka göre çözümlenmelidir¹³⁷.

132 Ibid pr. 166.

133 Ibid pr. 167.

134 Ibid pr. 168.

135 Bkz. Pippa Rogerson, *Collier's Conflict of Laws* (Cambridge University Press 2014) 352.

136 Tekinalp (n 8) 364; Nomer (n 31) 364-365.

137 Ayrıntılı bilgi için bkz. Rodríguez-Pineau (n 10) 113 vd.

Eski eşinin kendisini aldattığını ve çocuğunun başka bir erkekten olduğunu öğrenen kişinin eski eşine karşı açacağı maddi ve manevi tazminat davası ya da boşanmış eşlerden birinin çocuğunu kaçırmaması halinde diğer ebeveynin çocuğa ulaşmasının zor olmasından kaynaklanan maddi ve manevi kayıplar için tazminat talebinde bulunması gerçek aile içi haksız fiil örnekleri olarak gösterilmektedir¹³⁸. Diğer bir ifadeyle sadece aile hukuku ilişkilerinin ihlalden kaynaklanan haksız fiiller ile zarar gören ve zarar verenin aile hukuku ilişkisi içinde olduğu haksız fiiller ayrıma tâbi tutulmakta ve ailevi yükümlülüklerin ihlalden kaynaklanan tazminat taleplerinin ayrı bir biçimde ele alınması önerilmektedir¹³⁹.

Meseleye Türk hukuku açısından baktığımızda öncelikle lex fori Türk hukukuna göre vasıflandırma yapmalıyız. Dolayısıyla Türk hukukuna göre aile hukuku bağlamında özel olarak düzenlenmiş maddi ve manevi tazminat talepleri, ilgili aile hukuku bağlamında ele alınacak ve uygulanacak hukuk da o konuya ilişkin bağlama noktasına göre belirlenecektir. Örneğin Türk hukukunda nişanın bozulmasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri¹⁴⁰ (TMK m. 120-121), boşanma sonucu maddi ve manevi tazminat (TMK m. 174), soy bağının hükümleri (TMK m. 321 vd) ile ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır. Buna paralel olarak MÖHUK m. 12 vd’da nişanlanma, evliliğin genel hükümleri, boşanma ve ayrılık, evlilik malları, soybağının kurulması ve hükümleri, evlat edinme ve nafaka ayrı başlıklar altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu bağlamda vasıflandırılacak uyuşmazlıklar için konuya ilişkin bağlama kuralları uygulanacaktır. Ancak aile hukuku yükümlülüklerinin ihlalden kaynaklanan ve nişanlanmanın sonucu veya boşanma vb gibi özel hükümler kapsamına girmeyen maddi ve manevi tazminat talepleri iç hukukumuzda genel hükümlere göre yani TBK m. 49 ve TBK m. 58 çerçevesinde talep edildiği üzere, yabancılık unsuru taşıyan aile hukuku ilişkilerine ilişkin haksız fiil taleplerinde de MÖHUK m. 34 uygulanacaktır. Bir başka ifadeyle Türk hukukunda aile hukukuna ilişkin özel düzenlemeye binaen yapılan talepler için o konuya ilişkin bağlama kuralı esas alınacak; buna karşılık genel hükümler bağlamında yapılan haksız fiillere ilişkin taleplerde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 34 olacaktır.

Taraflar arasında bir aile hukuku ilişkisinin bulunması halinde haksız fiilden kaynaklanan taleplerde zarar yeri kuralı ilk basamak olarak gündeme gelmektedir. Ancak zarar yerinin tesadüfi, ilişkiyle uzak olması durumunda daha sıkı bağlantılı hukuk devreye girmektedir. Taraflar arası aile hukuku ilişkisine uygulanacak hukuk, haksız fiil ilişkisiyle yakın bağlantısı sebebiyle haksız fiil ilişkisine de uygulanacaktır.

138 Ibid 113-114.

139 Ibid 133. Müellif aile üyelerinin dahil olduğu her türlü haksız fiilin gerçek anlamda aile içi haksız fiil olarak vasıflandırılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu durumda diğer haksız fiillere uygulanacak hukuktan ayrılmak için bir sebep yoktur. Ancak aile hukuku yükümlülüklerinin ihlalden doğan zararlar gerçek aile içi haksız fiiller olarak tanımlanmaktadır. Ibid 117.

140 Fransız hukukunda bu mesele haksız fiiller bağlamında vasıflandırıldığı için Fransız hâkimi önüne gelen ihtilafta haksız fiillere ilişkin bağlama noktasını uygulayacaktır. Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 58.

Bu itibarla evlilik içinde gerçekleşen bir haksız fiilde örneğin vücut bütünlüğünün ihlali veya kişilik hakkının zedelenmesi durumunda haksız fiilin ika yeri ilişkiyle zayıf bağlantıda ise, daha sıkı bağlantılı hukuk olarak evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk (MÖHUK m. 13(3)) haksız fiile de uygulanacaktır.

Aile hukuku ilişkisine uygulanan hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanması zarar yeri hukukunun bertaraf edilmesi koşullarında gündeme gelmektedir. Buna göre zarar yeri hukuku ilişkiyle yakın bağlantılı hukuk ise bu kuraldan vazgeçip aile hukuku ilişkisine uygulanan hukuk devreye girmeyecektir¹⁴¹.

Harding v. Wealands¹⁴² davasında ilk derece mahkemesi taraflar İngiltere’de birlikte yaşadığı için mevcut arkadaşlık ilişkisini İngiliz hukukuna tâbi tutmuştu¹⁴³. Ancak Temyiz mahkemesi ve House of Lords kaza yerinin ilişkiyle daha yakın bağlantılı olduğunu zira taraflardan birinin vatandaşlığı, arabanın tescil ve sigortalama yerinin Avustralya olmasını vurgulayarak, zarar yeri hukukunun esas alınması yönünde karar vermiştir¹⁴⁴. Taraflar evli olsaydı acaba evlenmenin genel hükümlerine uygulanan hukuk zarar yeri hukukunu bertaraf eder miydi? Kanaatimizce taraflar evli olsaydı bile mahkeme zarar yerinin ilişkiyle yakın bağlantı sağladığı yönünde karar verirdi. Zira davalının vatandaşlığını taşıdığı ülke, davalının orada kayıtlı ve sigortalanan kendi arabası ile kaza yapması zarar yerinin ilişkiyle uzak ve tesadüfi olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır.

Diğer yandan müşterek mutat meskenin taraflar arası aile hukuku ilişkisine kıyasla daha yakın bağlantı sağladığı durumlarda, aile hukuku ilişkisine uygulanacak hukuk yerine ortak mutat mesken hukukunun esas alınması daha doğru olacaktır. Örneğin trafik kazası gibi haksız fiillerde taraflar arası aile hukuku ilişkisi haksız fiillerle doğrudan bir bağlantı göstermemektedir. Bu durumda eşler arasında trafik kazasından kaynaklanan haksız fiile ilişkin taleplerde zarar yeri hukuku tesadüfi ise tarafların ortak mutat mesken hukuku daha sıkı bağlantılı hukuk olarak uygulama imkânı bulur. Ancak bir eşin diğerine fiziksel şiddet göstermesi veya kişilik hakkını ihlal etmesi nedeniyle tazminat taleplerinde taraflar arası ilişkiye yani evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk haksız fiille daha sıkı bağlantılı hukuk olmaktadır.

3. Şirket ortaklığı ilişkisi

Taraflar arası hukuki ilişkinin daha yakın bağlantılı hukuk olarak zarar yeri hukukunu bertaraf etmesi sadece sözleşme veya aile hukuku ilişkisinin varlığı halinde gündeme

141 Aile içi haksız fiillerin ayrı bir bağlama noktasına tâbi tutulmasını öneren Rodriguez-Pineau da bu noktada gerçek ve gerçek olmayan aile içi haksız fiil ayrımına özel bir vurgu yapmaktadır. Aile bireylerinin karıştığı bir trafik kazasında standart genel kural uygulanmalıdır. Rodriguez-Pineau (n 10) 117.

142 Bkz. (n 104)

143 Bkz. Rogerson (n 135) 352.

144 Bkz. (n 108, 109)

gelmez. Mevcut herhangi bir hukuki ilişki haksız fiillerle bağlantılı olmak kaydıyla haksız fiillere uygulanacak hukuku belirlemede esas alınacaktır. Bu bağlamda taraflar arasında şirket ortaklığı iddiası veya şirket yönetim kurulu üyelerinin şirket adına faaliyetlerinden kaynaklanan bir haksız fiil iddiası olduğunda da zarar yeri hukuku yerine şirketin tâbi olduğu hukuk en yakın bağlantılı hukuk olarak kabul edilebilir.

Yargıtay yurt dışında yaşayan vatandaşların dini duyguları kullanılarak, onlardan her an geri ödenebileceği şartıyla para toplandığı, yabancı ülkede kurulan ancak Türkiye’deki grup şirketin bir parçası olan paravan şirketler aracılığıyla makbuz verildiği, paraların talep edildiğinde geri ödenmediği gerekçesiyle Türkiye’deki ana şirkete karşı açılan davalarda haksız fiilin işlendiği yerin yabancı ülke olduğu ve bu nedenle o yabancı hukukun (Almanya ve İsviçre) uygulanması gerektiği iddialarına MÖHUK m. 34 bağlamında cevap vermemiş; doğrudan Türk hukukunu uygulayarak¹⁴⁵ hüküm tesis etmiştir¹⁴⁶.

Çoğu davada talep yurt dışında gerçekleşen haksız fiil iddiasına dayanmasına rağmen Yargıtay Türkiye’deki bir şirkete ortak olunup olunmadığı noktasından hareketle Türk hukukunu uygulamıştır. Yabancı ülkede Türkiye’de bir şirkete ortaklık olsun olmasın Türkiye’deki bir şirket kullanılarak para toplanıyor, bu paraların istenildiği an iade edileceği vaad ediliyor ancak talep halinde paranın geri ödemesi yapılmıyorsa, tarafların Türk vatandaşı olması yanında yabancı ülkede paravan şirket kullanılması ve aslında Türkiye’deki bir şirkete ortaklık kisvesi altında para toplanması hususu haksız fiilin ika yeri olan yabancı ülke yerine, Türk hukukunun ilişkiyle daha yakın bağlantılı hukuk olduğu savını güçlendirmektedir. Türkiye’deki şirkete ortak olmak adına para verilmesi şirketin tâbi olduğu hukukun haksız fiil ilişkisiyle daha yakın bağlantısını sağlayan faktör olarak dikkate alınabilir. Zira taraflar arasında kurulan ya da kurulduğu zannedilen ilişki şirket ortaklığı ilişkisidir ve bu ilişkiye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 9(4) gereği statüdeki idare merkezi hukukudur. Fiili idare merkezinin Türkiye olması halinde Türk hukuku uygulanabilir. Dolayısıyla Türkiye’de kurulmuş bir şirket ya da fiilen Türkiye’den idare edilen bir şirket ile ilgili iddialarda en yakın bağlantılı hukuk şirketin tâbi olduğu Türk hukukudur.

Sonuç

Haksız fiillere uygulanacak hukuk haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku lex loci delicti commissi kuralıyla genel kabul görmüştür. Ancak haksız fiilin unsurlarının birden fazla ülkeye dağıldığı durumda zarara yol açan eylem yerinin mi yoksa zarar

¹⁴⁵ Zamanaşımının geçtiği iddiası da doğrudan Türk hukuku uygulanarak çözümlenmiştir. Bkz. (n 146). Oysa MÖHUK m. 8 gereği zamanaşımı esasa uygulanacak hukuka tâbidir. Bu nedenle önce esasa uygulanacak hukukun bulunup ona göre karar verilmesi gerekmektedir.

¹⁴⁶ Bkz. Yargıtay 11. HD. 2013/193 E, 2013/6363 K, 29.03.2013; Yargıtay 11. HD. 2013/2087 E, 2013/6370 K, 29.03.2013; Yargıtay 11. HD. 2013/10351 E, 2014/48 K, 06.01.2014; Yargıtay 11. HD. 2014/7089 E, 2014/11026 K, 10.06.2014; Yargıtay 11. HD. 2015/7246 E, 2016/1658 K, 17.02.2016; Yargıtay 11. HD. 2020/252 E, 2020/1572 K, 17.02.2020.

yerinin mi esas alınacağı meselesi kanun koyucunun yapacağı bir tercihe göre belirlenmektedir. MÖHUK dahil pek çok ulusal hukuk bu noktada açıkça zarar yeri hukukunu (lex loci damni) kabul etmiştir.

Zarar yeri hukukunun belirlenmesinde kilit nokta zarar kavramının lokalizasyonunda kendisini göstermektedir. Zarar yeri hukuken korunan asıl menfaatin ihlal edildiği yer olarak belirlendiğinde örneğin bedensel bütünlüğün ihlal edildiği yer zarar yeri olacak; buna karşılık bu zararın sonuçlarının meydana geldiği yer, uygulanacak hukukta esas alınmayacaktır. Bu itibarla ölüm neticesi mağdurun yakınlarının davalıya karşı açtıkları maddi ve manevi tazminat davalarında zarar yeri, mağdur yakınlarının destekten yoksun kaldığı ve manevi zarara katlandıkları kendi mutad meskenleri değil, ölüm hadisesinin meydana geldiği yerdir.

Uygulanacak hukuku belirleyen zarar yeri kavramı doğrudan zarar yerini ifade etmektedir ve zararın dolaylı sonuçlarının meydana geldiği yer dikkate alınmamaktadır. Ancak zarar yeri hukuku elbette talep edilen dolaylı zarar ve sonuçları için de uygulanacaktır. Bu itibarla uygulanacak hukuku belirleyen zarar yeri kavramıyla bu hukuk kapsamında talep edilebilecek dolaylı zararlar, masraflar, destekten yoksun kalma veya kazanç kayıpları birbirine karıştırılmamalıdır.

Zarar yeri ilişkisiyle uzak veya tesadüfi ise ve somut olayda daha sıkı bağlantılı bir başka hukuk varsa, o zaman milletlerarası hukuk hakkaniyeti için zarar yeri hukukunun mekanik uygulamasından vazgeçmek ve daha sıkı bağlantılı hukuku uygulamak gerekmektedir. MÖHUK dahil modern milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri lex loci damni'nin katı uygulamasından vazgeçmiş ve daha sıkı bağlantılı hukukun varlığı halinde zarar yeri hukuku kuralının bertaraf edilmesini kabul etmiştir.

Bu noktada MÖHUK m. 34(3) AB düzenlemesi olan Roma II Tüzüğünden farklı bir yaklaşım sergilemektedir. AB Tüzüğüne göre zarar veren ve zarar gören haksız fiilin meydana geldiği tarihte ortak mutad meskene sahipse, ortak mutad mesken hukuku zarar yeri hukukunu bertaraf etmektedir. Benzer bir düzenleme Alman ve İsviçre mevzuatlarında da vardır. Buna karşılık olayın tüm şartları dikkate alındığında daha sıkı bağlantılı bir hukuk varsa, bu hukuk istisna klozu olarak zarar yeri veya ortak mutad mesken hukuku yerine uygulanacaktır. Bu itibarla istisna klozunun uygulanması için haksız fiille ilgili unsurların bir başka ülke ile güçlü bağlantılarının olması aranmaktadır.

Kanaatimizce MÖHUK m. 34(3) daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını belirtirken bunu bir istisna klozu olarak düzenlememiştir. Bu hüküm ile haksız fiil ilişkisi ile zarar yeri hukukuna kıyasla daha sıkı ilişkide bulunan hukuk, asıl kural işlevi görmektedir. Böylelikle haksız fiil en sıkı ilişkili hukuka bağlanmakta; hakkaniyet ve adalet gerçekleşmektedir. Bu noktada ortak mutad mesken hukuku ancak zarar yerine kıyasla haksız fiille daha yakın bağlantı kurduğu ölçüde uygulama imkânı bulacaktır.

Haksız fiili oluşturan unsurlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde zarar yeri ilişkisiyle uzak ve tesadüfi nitelikte görülürse ve diğer unsurlar başka bir hukukun ilişkisiyle daha yakın bağlantıda olduğunu ortaya koyuyorsa m. 34(3) gereği daha sıkı bağlantılı hukuk haksız fiilden kaynaklanan taleplere uygulanır. Tatil için gittiği yabancı ülkede trafik kazası sonucu yaralanan ve Türkiye’de tedavisi ve tıbbi bakımı yapılan, Türkiye’de mutad meskeni bulunan bir davacının Türkiye’de yabancı ülkede ikamet eden davalıya karşı açtığı tazminat davasında, zarar yeri hukuku yerine MÖHUK m. 34(3) gereği Türk hukuku, daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabilecektir. Bir başka ifadeyle m. 34(3) bir kaçış klozu değil, m. 34(2)’yi bertaraf edecek asıl kural olduğu için, zarar yeri hukukundan vazgeçilmesi için istisnai koşulların varlığı aranmayacaktır.

Diğer yandan taraflar arasında önceden kurulmuş bir hukuki ilişki haksız fiille bağlantılı ise, daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasında bu ilişki önem kazanmaktadır. Bu husus Roma II Tüzüğünde açıkça ifadesini bulmaktadır. Mevcut hukuki ilişki bir borçlar hukuku ilişkisi olan sözleşme olabileceği gibi bir aile hukuku ilişkisi de olabilir. Burada önemli olan mevcut hukuki ilişkinin ihlalinin aynı zamanda bir haksız fiil olmasıdır. Davacı haksız fiile dayanarak talepte bulunduğu mevcut hukuki ilişkiye uygulanan hukuk, haksız fiil ilişkisine de uygulanacak; böylelikle farklı taleplerin ya da vasıflandırma farklılıklarının farklı hukukların uygulanmasına yol açması önlenecektir. İsviçre ve Alman mevzuatlarında açıkça belirlenen bu husus, MÖHUK m. 34(3) çerçevesinde uygulama imkânı bulacaktır.

Aile hukuku ilişkilerinden kaynaklanan tazminat davalarında MÖHUK kapsamında özel olarak düzenlenmiş talepler (nişanın bozulmasında maddi ve manevi tazminat, boşanma sonucu tazminat gibi) kendi bağlama kurallarına tâbi olacaktır. Ancak aile hukuku yükümlülüklerinin ihlalden kaynaklanan ve özel hükümler kapsamına girmeyen maddi ve manevi tazminat talepleri iç hukukumuzda genel haksız fiil hükümleriyle talep edildiği için, yabancılık unsuru taşıyan aile hukuku ilişkilerine ilişkin haksız fiil taleplerine de MÖHUK m. 34 uygulanacaktır. Bu durumda da zarar yerinin tesadüfi, ilişkiyle uzak olması halinde daha sıkı bağlantılı hukuk olarak taraflar arası aile hukuku ilişkisine uygulanan hukuk, haksız fiil ilişkisine de uygulanacaktır. Örneğin Türk vatandaşı karı-kocanın tatil için gittiği A ülkesinde kocanın eşini dövmesi üzerine Türkiye’de açılan maddi ve manevi tazminat davasında zarar yeri olan A ülkesi hukuku değil, MÖHUK m. 13(3) gereği evliliğin genel hükümlerine uygulanan Türk hukuku uygulanacaktır. Ancak Türkiye’de mutad meskeni olan X ülke vatandaşı karı-kocanın benzer nitelikteki haksız fiil davasında zarar yeri ve davanın açıldığı yerin Türkiye olması ve bu hukukun tarafların ortak mutad meskeni ile örtüşmesi sonucu, zarar yerinin tesadüfi ve ilişkiye uzak olduğu söylenemez. Bu itibarla evliliğin genel hükümlerine uygulanacak olan X hukuku ilişkiyle daha sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukunu bertaraf edemez.

Sonuç olarak her somut olayda zarar yeri ile ilişkinin diğer unsurlarının ve taraflar arası mevcut hukuki ilişkinin haksız fiil ile olan ilişkisi bir bütün olarak değerlendirilmeli ve zarar yerinin tesadüfî olduğu durumlarda daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanması kuralına geçiş yapılmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Boer Th M, *Beyond Lex Loci Delicti* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1987).
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020).
- Fawcett J, Harris J and Bridge M, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (Oxford University Press 2005).
- Goncalves AS, ‘The Application of the General Rule of Rome II Regulation to Internet Tort’ (2014) 8 Masaryk University Journal of Law and Technology 57-68.
- Imhoff-Scheier AC and Patocchi PM, *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1990).
- Kahn-Freund O, ‘Delictual Liability and the Conflict of Laws’ (1968-II) 124 Recueil Des Cours 1-166.
- Krvavac M, ‘The Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents and Roma II Regulation’ (2018) 79 Collection of Papers, Faculty of Law 141-156.
- Mills A, ‘The Law Applicable to Cross-border Defamation on Social Media: Whose Law Governs Free Speech in “Facebookistan”?’ (2015) 7 Journal of Media Law 1-35.
- Morse MA, *Torts in Private International Law* (North-Holland Publishing Company 1978).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Nwapi C, ‘Tort Choice of Law and International Fundamental Norms: A Case Study of Canada and the United States’ (2013) 1 AfeBabalola University Journal of Sustainable Development Law and Policy 54-72.
- Okoli CSA and Roberts E, ‘The Operation of Art 4 of Rome II Regulation in English and Irish Courts’ (2019) 15 Journal of Private International Law 605-625.
- O’Sullivan S, ‘Brexit and Choice of Law in the Obligations’ (2018) 24 Australian International Law Journal 77-96.
- Özel S, ‘Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu’, *Nuri Çelik Armağanı* (Beta 2001).
- Özel S, ‘Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi’ (2012) 8 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-37.

- Özel S, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması* (Seçkin 2004).
- Özel S, 'Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum', *Prof. Dr. Ergün Önen'e Armağan* (Alkım 2003).
- Pietriche R, 'The Ascendancy of the Lex Loci Delicti: The Problematic Role of the Theory in Australian Choice of Tort Law Rules' (2015) 16 Melbourne Journal of International Law 86-123.
- Pryles M, 'Tort and Related Obligations in Private International Law' (1991-II) 227 Recueil Des Cours 13-206.
- Rodriguez Pinean, E, 'The Law Applicable to Intra-Family Torts' (2012) 8 Journal of Private International Law 113-134.
- Rogerson P, *Collier's Conflict of Laws* (Cambridge University Press 2014).
- Symeonides SC, 'Choice of Law in Cross-Border Torts: Why Plaintiff Win and Should' (2009) 61 Hastings Law Journal 337-412.
- Stone P, *EU Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2014).
- Stone P, 'Choice of Law for Tort Claims' in Peter Stone and Youseph Farah (eds) *EU Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2015).
- Swierczynski M and Zarnowiec L, 'Law Applicable to Liability for Damages due to Traffic Accidents Involving Autonomous Vehicles' (2020) 14(2) Masryk University Journal of Law and Technology 177-200.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021).
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020).
- Turhan T, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı* (Dayınlarlı 1989).



Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Soybağı Esası ve Soybağının Ortadan Kalkmasının Türk Vatandaşlığı Üzerindeki Olası Etkileri

The Filiation Principle in Acquiring Turkish Nationality and the Possible Legal Effects of Termination of a Filiation on the Turkish Nationality

Mehmet Polat Kalafatoğlu*

Öz

Bu çalışma kapsamında, Türk vatandaşlık hukuku uyarınca soybağı esasıyla vatandaşlık kazanılması ve Türk vatandaşlığının kazanılmasına temel teşkil eden soybağı ilişkisinin sonradan ortadan kalkması halinde, soybağı üzerindeki bu değişikliğin Türk vatandaşlığı açısından olası hukuki sonuçları incelenmiştir. Bu çerçevede, Türk vatandaşlığının kazanılmasında soybağı esası ve Türk Medeni Kanunu uyarınca soybağının ortadan kalkmasının geçmişe dönük etkisi ortaya konulmuş, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde, İsviçre ve Fransız hukuklarında bu mesele hakkında benimsenen çözümler aktarılmıştır. Konu Türk vatandaşlık hukukundaki mevcut düzenlemeler ve doktrinde yer alan görüşler uyarınca değerlendirilmiştir. Sonuç itibarıyla, soybağının ortadan kalkmasına rağmen ilgilinin Türk vatandaşlığını muhafaza etmesi gerektiği ve hukuki öngörülebilirliği sağlamak adına bu yönde açıklayıcı bir düzenlemenin mevzuatımıza eklenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Türk Vatandaşlığı, Soybağı Esası, Kanunilik İlkesi, Soybağının Ortadan Kalkması, Geçmişe Dönük Etki, Vatandaşlığın Kaybı, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku

Abstract

This article analyzes the acquisition of Turkish nationality based on the filiation principle, according to the Turkish Nationality Law, and questions the possible legal effects of a subsequent termination of the filiation relationship, which constituted the legal basis for the acquisition of Turkish nationality. Within this framework, we presented the filiation principle in the acquisition of Turkish nationality and the retroactive effect of the termination of the filiation relationship between a parent and a child according to the Turkish Civil Code. In considering the effects of termination of the filiation relationship on nationality, we considered the provisions of the European Convention on Nationality, Swiss, and French laws. Possible legal effects of a subsequent termination were further analyzed according to the provisions of the Turkish Nationality Law and the views of the legal doctrine. In conclusion, we assert that a person shall maintain his/her Turkish nationality despite the subsequent termination of filiation, and an explanatory provision to this effect shall be inserted into the relevant legislation in order to guarantee legal certainty.

Keywords

Turkish Nationality, Filiation Principle, Legality Principle, Termination of Filiation, Retroactive Effect, Loss of Nationality, European Convention on Nationality, Swiss Law, French Law

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

Atf: Kalafatoğlu MP, "Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Soybağı Esası ve Soybağının Ortadan Kalkmasının Türk Vatandaşlığı Üzerindeki Olası Etkileri" (2021) 41(2) PPIL 517. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.976564>



Extended Summary

Nationality is defined as the legal and political bond between a real person and a state. Nationality can be acquired by birth or, subsequently, by way of naturalization. Regarding the acquisition of nationality by birth, two main principles exist: the filiation principle (*ius sanguinis*) and the place of birth principle (*ius soli*). An analysis of Turkish Nationality Law shows that the filiation principle is the primary way of acquiring Turkish nationality.

The main objective of this study is to analyze the possible legal effects of the subsequent termination of a filiation relationship on Turkish nationality. By way of illustration, where a child born of a foreign mother and a Turkish father acquires Turkish nationality at his/her birth by way of the filiation principle, and the filiation between the child and the Turkish father is later terminated by a court's decision, what would be the legal effects of this change of civil status on the child's Turkish nationality? Would there be any legal effect, such as the loss of nationality? If yes, under what conditions? An analysis of the existing Turkish national law provisions does not provide clear answers to these questions.

According to the filiation principle, a person acquires nationality based on the existing filiation relation between himself/herself and his/her parents. Under Turkish law, this is the primary way of acquiring nationality at birth. The place of birth principle remains a complementary way of acquisition. Art. 66/2 of the Turkish Constitution provides that "*the child of a Turkish father or a Turkish mother is Turkish.*" This establishes the filiation method as the primary way of acquiring nationality. Furthermore, the third paragraph of the same article also provides the legality principle according to which nationality shall be acquired and lost only in cases stipulated by law. According to Art. 6 of the Turkish Nationality Code, a person acquires Turkish nationality automatically at birth through filiation or place of birth principles. As aforementioned, Turkish law adopts the filiation principle as the primary way of acquiring Turkish nationality. In this respect, Art. 7 of the Turkish Nationality Code presents different possibilities for acquisition, such as the cases where the mother or the father is a Turkish national and the cases where a child born within marriage or outside of marriage).

This study also explains the ways of establishment and termination of filiation according to the provisions of the Turkish Civil Code. It is important to note that according to Turkish civil law, the termination of filiation creates a retroactive effect in the field of private law. Therefore, it is necessary to examine whether the same retroactive effect should exist in the field of nationality law. Before answering this question according to Turkish law, the provisions of the European Convention on Nationality dated November 6, 1997, and the solutions adopted under Swiss and French nationality laws are analyzed.

Art. 7 of the European Convention on Nationality provides the cases of non-voluntary loss of nationality under the title “*Loss of nationality ex lege or at the initiative of a State Party.*” According to the Art.7(1)(f), states may provide the loss of nationality “*where it is established during the minority of a child that the preconditions laid down by internal law which led to the ex lege acquisition of the nationality of the State Party are no longer fulfilled.*” Moreover, this provision also covers the case of the subsequent termination of filiation as a possible case for the loss of nationality. In addition, this article does not define the legal effect of such loss, whether *ex tunc* or *ex nunc*, and leaves it to national laws of the signatory states. However, the third paragraph of Art.7 creates an exception where it notes that the person concerned should not become stateless owing to the loss of nationality. Swiss law adopts the filiation principle as the primary way of acquiring Swiss nationality. According to the Art. 5 of the Code on Swiss Nationality, if the filiation between a child and the Swiss parent is annulled, the child will lose his/her Swiss nationality. According to this provision, this is a *de lege* and automatic loss of nationality, provided that the child does not become stateless. Additionally, it appears that Swiss law does not place any limitation on the loss of nationality based on the age of the person concerned. Likewise, Art. 18 of the French Civil Code adopts the filiation principle as the primary means of acquiring French nationality. Art.20-1 of the French Civil Code provides that to create an effect on the nationality of a child, the filiation should be established while the child is a minor. By *argumentum a contrario* and as accepted by the French doctrine, a person shall maintain his/her nationality if the filiation is terminated after his/her majority.

In our view, according to the existing provisions under Turkish law, a person who acquired Turkish nationality by way of filiation shall maintain it despite the subsequent termination of the relevant filiation relationship. Firstly, according to the legality principle guaranteed in the Turkish Constitution, Turkish nationality can only be lost based on conditions established by law. Since the Turkish Nationality Code does not provide a legal basis for the loss of Turkish nationality regarding this particular case, it must be concluded that the termination of filiation cannot create any effect on the existing Turkish nationality automatically acquired at birth. Secondly, under the filiation principle, nationality is automatically acquired. Accordingly, there is no administrative decision for the acquisition of nationality. Since there is no administrative decision, it is not possible to benefit from the nullity or withdrawal procedures for naturalization decisions. In addition, Art. 32/2 of the Regulation on the Application of the Turkish Nationality Code, which provides that the person who acquired the nationality through adoption will maintain it if the adoption is subsequently annulled, captures the approach of Turkish Nationality Law. A similar approach should be followed *a fortiori* in our case. This solution would be compatible with the general interest of the legal order and the private interests of the persons concerned. It is highly important to eliminate uncertainties, establish and protect legal stability in a field, such as nationality law.

In conclusion, we assert that a subsequent termination of filiation should not result in the loss of Turkish nationality. Following this solution, an explanatory provision should be added into the Regulation, such as the aforementioned Art. 32/2 for the legal effects of a subsequent nullity of adoption.

Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Soybağı Esası ve Soybağının Ortadan Kalkmasının Türk Vatandaşlığı Üzerindeki Olası Etkileri

I. Giriş

Vatandaşlık kavramı bir gerçek kişi ile bir devlet arasındaki aidiyet ilişkisine dayanan hukuki ve siyasi bağ olarak tanımlanmaktadır¹. Vatandaşlık hukuku alanındaki temel prensip devletin egemenliği esasıdır. Bu prensip, her devletin kendi hukukunda belirlediği esaslar çerçevesinde kimlerin hangi şartlarda ve yollarla o devletin vatandaşlığını kazanabileceğini ve kaybedebileceğini düzenleyebilmesi anlamına gelmektedir. Ancak, bu prensibin ilgili devletin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler veya örf ve âdet hukuku kuralları ile sınırlamalara konu olabileceği unutulmamalıdır.

Vatandaşlık doğum yoluyla veya sonradan kazanılabilir. Vatandaşlığın doğum yoluyla veya aslen (*ius originis*) kazanımında iki temel yol bulunmaktadır. Bunlar soybağı (*ius sanguinis*) esası ve doğum yeri (*ius soli*) esasıdır. Ayrıca, milli hukuklarda, kişilerin sonradan bir devletin vatandaşlığını kazanmasına ilişkin (örneğin, genel yolla vatandaşlığın kazanılması, evlenme veya evlat edinilmeyle vatandaşlığın sonradan kazanılması) düzenlenmeler bulunmaktadır. Türk vatandaşlık hukukunun doğum yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin düzenlemeleri incelediğinde, hukukumuzda soybağı esasının temel yol olarak kabul edildiği görölmektedir.

Çalışmamızın temel amacı, soybağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması durumunda, Türk vatandaşlığının kazanılmasına temel teşkil eden soybağı ilişkisinin sonradan ortadan kalkması halinde, soybağı üzerindeki bu değişikliğin Türk vatandaşlığı açısından olası hukuki sonuçlarını incelemektir. Çalışmamızın amacını ortaya koyabilmek adına, pratik bir örnek verilmesi faydalı olacaktır. Örneğin, yabancı ana ve Türk vatandaşı babadan olan çocuk soybağı yoluyla doğumdan itibaren Türk vatandaşlığını elde etmiştir. Fakat, Türk vatandaşı çocuk ile Türk vatandaşı baba arasındaki soybağı sonradan soybağının reddi kararıyla ortadan kalkmıştır. İşte, böyle bir durumda, soybağı ilişkisindeki bu değişikliğin çocuğun Türk vatandaşlığı üzerinde bir etkisi olacak mıdır, olmalı mıdır, olacaksa hangi şartlarda ve ne şekilde bu etki gerçekleşmelidir? Türk vatandaşlık hukuku düzenlemeleri incelendiğinde bu sorularımıza ilişkin kesin ve açık bir cevaba ulaşılamamaktadır.

Bu sorulardan hareketle kaleme aldığımız çalışmamızda, ilk olarak Türk vatandaşlık hukukundaki soybağı esası açıklanacaktır. Sonrasında, Türk aile hukuku açısından soybağının ortadan kalkma halleri ve bunların özel hukuk alanında yarattıkları etkiler ortaya konulacaktır. Böylelikle, soybağının ortadan kalkmasının özel hukuk alanında yarattığı geçmişe yönelik etkinin vatandaşlık alanındaki olası yansımaları ele anılacaktır. Son olarak, soybağının ortadan kalkmasının, Türk vatandaşlık hukuku alanındaki

1 Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku* (7th edn, Yetkin 2019) 1; Turgut Turhan and Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku* (1st edn, Yetkin 2010) 21; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (13th edn, Savaş 2016) 6.

olası etkileri, bazı yabancı hukuklardaki ve Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ndeki hükümlerden ve Türk vatandaşlık hukukundaki mevcut düzenlemelerden hareketle değerlendirilecek ve Türk hukuku açısından bir düzenleme önerisi sunulacaktır.

II. Soybağı Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Asli veya aslen kazanılan vatandaşlık, kişinin doğum yoluyla ve doğum anında kazandığı vatandaşlık olarak tanımlanabilir². Karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapıldığında vatandaşlık hukukunda aslen kazanılan vatandaşlık açısından iki ana sistemin benimsendiği görülmektedir³. Bu sistemler, soybağı (veya kan bağı veya nesil) esas ve doğum yeri (veya toprak) esas sistemleridir. Bu başlık altında, ilk olarak, Türk vatandaşlık hukukunda soybağı yoluyla vatandaşlık kazanılması esas ve şartları açıklanacaktır. Türk vatandaşlık hukuku doğum yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında temel yol olarak soybağı esasını kabul etmektedir. Tarihsel perspektifte bakıldığında da soybağı esasının temel yol olarak kabulünün süregeldiği gözlemlenmektedir. Bunun yanı sıra, tamamlayıcı veya ikincil bir esas olarak belli şartlar dahilinde doğum yeri esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılması mümkündür⁴. Bu başlık altında, ikinci olarak, Türk vatandaşlığının soybağı yoluyla kazanılmasında özel bir durum arz eden saklı nüfus ve on sekiz yaşından sonra yurt dışından yapılan bildirimlere ilişkin düzenlemeler hakkında incelemelerde bulunulacaktır.

A. Türk Vatandaşlık Hukuku'nda Soybağı Esası ve Şartları

Soybağıyla kazanılan vatandaşlıkta, kural olarak, kişinin doğumu anında ana veya babası ile arasında mevcut olan soybağına bağlı olarak kazandığı bir vatandaşlık söz konusudur. Hukukumuzda Türk vatandaşlığının doğum ile kazanılması açısından soybağı esas temel yol olarak kabul edilmekte ve doğum yeri esas tamamlayıcı nitelikte kalmaktadır⁵. Türk vatandaşlık hukukuna ilişkin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁶, 5901 sayılı, 29 Mayıs 2009 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanunu (kısaca “TVK”)⁷ ve 2010/139 sayılı, 11 Şubat 2010 tarihli Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁸’te (kısaca “Yönetmelik”) yer alan hükümler birlikte incelendiğinde, doğum ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında soybağı yolunun anayasal ve temel yol olarak düzenlendiği görülmektedir⁹. Doğum yeri esasını

2 Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (26th edn, Filiz 2019) 52; Güngör (n 1) 55; Turhan and Tanrıbilir (n 1) 25; Doğan (n 1) 31 ve 39 vd.

3 Nomer (n 2) 53.

4 Nomer (n 2) 72; Güngör (n 1) 69; Turhan and Tanrıbilir (n 1) 48; B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (5th edn, Beta 2016) 110; Zeynep Derya Tarman, ‘29.5.2009 Tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’na Göre Vatandaşlığın Kazanılması, Kaybı ve Çok Vatandaşlık’, *Tuğrul Arat’a Armağan* (Yetkin 2012) 1066; Doğan (n 1) 54.

5 Nomer (n 2) 58; Güngör (n 1) 69.

6 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17863 (Mükerrer).

7 Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.5.2009, RG 12.6.2009/27256.

8 Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Numarası: 2010/139, RG 6.4.2010/27544.

9 Güngör (n 1) 60; Nomer (n 2) 58 ve 62; Erdem (n 4) 99.

düzenleyen TVK m.8'in gerekçesinde bu durum şu ifadelerle açıklanmaktadır: “*Türk vatandaşlığının kazanılmasında, prensip olarak soybağı esası benimsenmiştir*”¹⁰. Benzer şekilde, mevcut TVK'dan önceki mevzuatımıza ve hatta Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki düzenlemelere bakıldığında da soybağı esasının temel yol olarak benimsendiği görülmektedir. Soybağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin düzenlemeler aşağıda incelenmektedir.

1. Tarihsel Perspektifte Soybağı Esası

Tarihsel açıdan bakıldığında, soybağı esasının hem Cumhuriyet dönemindeki mülga vatandaşlık kanunlarımızda hem de Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki vatandaşlık düzenlemelerinde doğumla vatandaşlığın kazanılmasında temel yol olarak kabul edildiği görülmektedir. Kısaca bu düzenlemeleri belirtmekte fayda vardır. İlk olarak, Cumhuriyet öncesi dönemde soybağı esası Osmanlı İmparatorluğu'nun vatandaşlığa ilişkin düzenlemesinde temel yol olarak kabul edilmiştir. 23 Ocak 1869 tarihli Tâbiyet-i Osmaniye'ye dair Nizamname'nin birinci maddesinde soybağı esası kabul edilmiştir. Bu maddeye göre, ana ve babası veya sadece babası Osmanlı vatandaşı olan çocuklar soybağıyla Osmanlı vatandaşlığını kazanmaktadır. Aynı düzenlemede istisnai olarak doğum yeri esasına da yer verilmiştir¹¹. Cumhuriyet döneminde ise, TVK öncesindeki düzenlemelerden gerek mülga 23 Mayıs 1928 tarihli ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nda gerek 11 Şubat 1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda soybağı esasının Türk vatandaşlığının kazanılmasında yine asıl yol olarak benimsendiği görülmektedir¹².

2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Düzenlenen Soybağı Esası ve Kanunilik İlkesi

Türk vatandaşlık hukukunda soybağı esasının vatandaşlığın doğumla kazanılmasında temel yol olduğunu ortaya koyan düzenleme öncelikli olarak Anayasa'da yer almaktadır. Anayasa m.66 fıkra 2 uyarınca “*Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür*”. Bu düzenlemeden hareketle şu sonuçlara ulaşılabilir. İlk olarak, soybağı yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin bu düzenlemenin Anayasa'da yer almasıyla soybağı yolunun Türk vatandaşlık hukuku açısından temel prensip olduğu ortaya konulmuştur¹³. İkinci olarak, bu prensibe Anayasa'da yer vermek suretiyle, Türk vatandaşlığının kazanılmasında soybağı esasının anayasal güvence altına alındığı

10 Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu, Numarası: 1/458 <www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf> Erişim Tarihi 27 July 2021.

11 Pelin Güven, ‘Türk Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması – Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Konunun Değerlendirilmesi’ in Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds), *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyum (29 Şubat 2008)* (Seçkin 2008) 119; Doğan (n 1) 35; Erdem (n 4) 100; Rona Aybay, *Vatandaşlık Hukuku* (1st edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2004) 65-66.

12 Nomer (n 2) 55 ve 56; Erdem (n 4) 100; Güven (n 11) 119; Doğan (n 1) 36; Aybay (n 11) 68 ve 95 vd.

13 Nomer (n 2) 62; Turhan and Tanrıbilir (n 1) 39.

görülmektedir¹⁴. Son olarak, söz konusu düzenleme aynı zamanda cinsiyet eşitlikçi bir yaklaşımdan hareketle, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, soybağı yoluyla çocuğun Türk vatandaşlığı kazanabilmesi açısından anne veya babanın Türk vatandaşı olmasını aramaktadır¹⁵.

Anayasa m.66'da yer alan ve çalışmamız açısından önem arz eden bir başka düzenleme bu maddenin üçüncü fıkrasında öngörülmüş olan kanunilik ilkesidir. Anayasa m.66 fıkra 3 uyarınca “*Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir*”. Bu ilkenin sonucu olarak, Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin şartların ve Türk vatandaşlığının kaybı sonucu doğuracak hallerin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir¹⁶. Dardağan Kibar'ın belirttiği gibi “*kanunilik ilkesinden anlaşılması gereken, ilk planda, vatandaşlığın kazanılması ve kaybı hallerinin, açık-seçik, kesin, müphemlik taşımayan ifadelerle, kanun hükmü içinde belirtilmesidir*”¹⁷. Yazara göre, vatandaşlığın kazanılması ve kaybı açısından, kanun içerisinde birbiriyle çelişen hükümlerin bulunması da kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bununla birlikte, vatandaşlığın kazanılması ve kaybı hallerine ilişkin ilgili hükmün kanunda öngörülmesi sonrasında ayrıntılı düzenlemelerin yönetmelik yoluyla getirilmesi mümkündür¹⁸.

Yine kanunilik ilkesinden hareketle, TVK'da, vatandaşlığın kazanılması veya kaybına ilişkin düzenleme olmayan bir durum açısından, benzer veya yakın bir duruma ilişkin düzenlemeden hareketle ve kıyas yoluyla vatandaşlığın kazanılması veya kaybı sonucuna ulaşılamaz¹⁹. Bir başka ifadeyle, vatandaşlığın kazanılması ve kaybı açısından kıyas yasağı Anayasa'da yer alan kanunilik ilkesinin bir sonucudur²⁰. Soybağının ortadan kalkmasının ilgili kişinin Türk vatandaşlığı üzerindeki olası etkilerine ilişkin aşağıda yapacağımız değerlendirmelerde Anayasa'da öngörülmüş olan kanunilik ilkesi belirleyici bir yere sahiptir.

3. TVK ve Yönetmelik'in Soybağı Esasına İlişkin Düzenlemeleri

TVK'nın ikinci bölümünde Türk vatandaşlığının kazanılması başlığı altında, ilk olarak, Türk vatandaşlığının doğumla veya sonradan kazanılabileceği (TVK m.5), sonrasında ise doğumla kazanılan vatandaşlığın soybağı veya doğum yeri esasına göre kazanılabileceği

14 Güngör (n 1) 52.

15 Güngör (n 1) 51; Doğan (n 1) 23; TVK'da da bu yaklaşım takip edilmiştir, bkz Faruk Kerem Giray, '5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme' (2011) 8 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) 381, 382; Tarman (n 4) 1064.

16 Güngör (n 1) 52; Tarman (n 4) 1064.

17 Gül Esra Dardağan Kibar, 'Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanuniliği İlkesi' in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz, Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 4.

18 ibid 4.

19 Güngör (n 1) 53.

20 Dardağan Kibar (n 17) 4.

(TVK m.6) belirtildikten sonra TVK m.7 soybağı esasını düzenlemektedir. TVK m.7’deki soybağı esasına ilişkin düzenlemeyi incelemeyi evvel, doğumla kazanılan vatandaşlık hakkında bazı temel esasları belirtmek faydalı olacaktır.

Doğumla kazanılan vatandaşlık asli vatandaşlık olarak da ifade edilmektedir. Burada söz konusu olan kanunen veya kanun gereği kendiliğinden kazanılan bir vatandaşlıktır²¹. Bir başka ifade ile, doğumla kazanılan vatandaşlık, ilgili milli hukuktaki düzenlemeler uyarınca, kişinin doğum anında ve doğum sebebiyle kazanmış olduğu bir vatandaşlıktır. Kişi, ilgili milli hukuktaki doğum esasına ilişkin şartları yerine getirdiğinde bu vatandaşlığı, kural olarak, doğum anında kazanır ve vatandaşlığın bu yolla kazanılmasında çocuğun veya ebeveynlerinin iradelerini ortaya koymalarına veya idarenin bir izin, onay veya kararına gerek duyulmamaktadır²². Latince ifadeyle *de lege* kazanım olarak adlandırılan bu vatandaşlık, TVK m.6’da da açıkça belirtildiği gibi “*kendiliğinden kazanılır*”. Bu sebeple, doğum yoluyla kazanılan vatandaşlık, sonradan kazanılmış (müktesep) vatandaşlıktan farklı olarak, *asli vatandaşlık* olarak nitelendirilmektedir²³. Bu yaklaşımı daha net ortaya koyabilmek adına 403 sayılı kanunda “*kanun yolu ile kazanma*” tabirinin kullanılmış olduğu görülebilir. TVK’da ise bu tabire yer verilmemiştir.

Doğum yolu ile kazanılan vatandaşlık TVK m.6’da kullanılan ifadeyle “*doğum anından itibaren hüküm ifade eder*”. Örneğin, aşağıda inceleneceği üzere, Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk açısından Türk vatandaşlığını kazanma şartları doğum tarihinden sonraki bir tarihte oluşsa da – bir başka ifade ile soybağı doğum tarihinden sonra kurulsu da- söz konusu olan yine doğumla kazanılan Türk vatandaşlığıdır ve ilgili çocuk doğum anından itibaren Türk vatandaşı olarak kabul edilecektir²⁴. Benzer şekilde, kural olarak, bir kişi doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olduğunu ergin olduktan sonra da iddia ve ispat edebilir²⁵. Bu durumda da ilgili kişi doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır. Bu açıklamalarımıza uygun olarak, Danıştay 10. Dairesi’nin 2016 yılında vermiş olduğu bir kararında “*5901 sayılı Kanun uyarınca evlilik birliği içinde Türk anadan doğanların bu konuda herhangi bir başvuruya gerek bulunmaksızın doğumla Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri ve bu kuralın uygulanmasına ilişkin zaman sınırlamasının da bulunmadığı (...)*” belirtilmiştir²⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere Türk vatandaşlık hukuku sistematğinde Türk vatandaşlığının kazanılmasında esas olarak soybağı esası benimsenmiştir²⁷. TVK

21 Güngör (n 1) 57; Güven (n 11) 126; Bilgin Tiryakioğlu, ‘Yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Eleştirel Analizi’ in *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (TBB Yayınları 2009) 28.

22 Nomer (n 2) 67; Doğan (n 1) 39.

23 Nomer (n 2) 66.

24 Erdem (n 4) 101; Güngör (n 1) 58.

25 Güngör (n 1) 57; Doğan (n 1) 40.

26 Danıştay 10 D, 6495/902, 19.02.2016 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11 July 2021.

27 Güven (n 11) 139; Doğan (n 1) 39.

m.7, üç ayrı fıkra altında soybağıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında ana veya babanın Türk vatandaşlığına sahip olması ve evlilik birliği içinde veya dışında doğan çocuklar açısından farklı ihtimalleri öngören bir düzenleme sunmaktadır. Sırasıyla bu fıkraları incelersek, TVK m.7 fıkra 1, evlilik birliği içinde Türk vatandaşı ana veya Türk vatandaşı babadan doğmakla çocuğun Türk vatandaşlığını kazanacağını düzenler. Bu fıkra uyarınca, çocuğun evlilik birliği içerisinde doğmuş olması ve çocuğun doğumu anında ana veya babadan birinin Türk vatandaşı olması gerekli ve yeterlidir²⁸. Bu fıkra açısından çocuk ile ona Türk vatandaşlığı kazandıracak Türk vatandaşı ana veya Türk vatandaşı baba arasında hukuken geçerli soybağının mevcut olması gerekir. Anayasa m.66 fıkra 2 hükmünde olduğu gibi, bu fıkarda da eşler arasında eşitlik ilkesi gözetilmiştir. Ayrıca, TVK m.7 fıkra 1’de açıkça belirtildiği üzere çocuğun doğum yerinin “*Türkiye içinde veya dışında*” olması soybağı esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında etki göstermemektedir. Benzer şekilde, çocuğun, örneğin yabancı devlet vatandaşı babadan dolayı soybağıyla veya Türkiye dışında doğmuş olması ihtimalinde doğum yeri esasıyla bir yabancı devlet vatandaşlığı elde etmiş olması soybağıyla Türk vatandaşlığını kazanmasına engel teşkil etmeyecektir²⁹. Bu durum, çok vatandaşlığa izin veren TVK m.44 hükmünün de bir gereğidir³⁰. Son olarak, soybağıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında, çocuğa Türk vatandaşlığını veren ana veya babanın Türk vatandaşlığını hangi yolla kazandığının da bir etkisi bulunmamaktadır. Ana ve/veya baba Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla sonradan kazanmış olsa da çocuğun doğumu anında Türk vatandaşlığına sahiplerse, çocuk da doğum anında ve soybağı yoluyla Türk vatandaşlığını elde edecektir.

Evlilik birliği dışında doğan çocuklar açısından ise, ana veya babanın Türk vatandaşı olmasına göre TVK m.7 fıkra 2 ve 3 iki farklı düzenleme getirilmiştir³¹. TVK m.7 fıkra 2’de, Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuğun Türk vatandaşı olduğu belirtilmiştir. Böylelikle, ananın Türk vatandaşı olması durumunda çocuğun evlilik birliği içinde veya dışında doğmuş olması Türk vatandaşlığı kazanılmasında bir farklılık yaratmamaktadır³². Her iki durumda da çocuk Türk vatandaşıdır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, evlilik birliği dışında doğum ve babanın Türk vatandaşı olması ihtimalinde, çocuğun Türk vatandaşlığı kazanabilmesi için baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi aranmıştır. Bir başka ifadeyle, bu olasılıkta Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için, çocuk ile Türk vatandaşı erkek arasında soybağının hukuken

28 Nomer (n 2) 68; Güngör (n 1) 60; Doğan (n 1) 41; Rifat Erten, ‘5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması’, in *Prof. Dr. Firat Öztan’a Armağan Cilt I* (Turhan Kitabevi 2010) 927; Rifat Erten, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler’ (2008) 4 Ankara Barosu Dergisi 36, 42.

29 Nomer (n 2) 68; Doğan (n 1) 43; Tarman (n 4) 1065.

30 Erdem (n 4) 103.

31 Nomer (n 2) 69 ve 70; Erten, ‘Türk Vatandaşlığının Kazanılması’ (n 28) 927.

32 Erdem (n 4) 105; Güngör (n 1) 61; Doğan (n 1) 42 ve 45.

kurulmuş olması gerekmektedir³³. Son olarak, yukarıda belirttiğimiz gibi, soybağı esası ile kazanılan Türk vatandaşlığı kendiliğinden kazanılan ve doğum tarihinden itibaren hüküm ifade eden bir vatandaşlıktır. Evlilik birliği dışında doğan çocuk ile Türk vatandaşı baba arasında soybağı doğumdan sonra ve hatta çocuğun erginliğinden sonra kurulsun bile bu vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade etmelidir³⁴.

Bu noktada sorulabilecek bir soru, TVK m.7 fıkra 3 uyarınca, evlilik birliği dışında doğan çocuğun Türk vatandaşı baba dolayısıyla Türk vatandaşlığını kazanmasında, babanın sadece doğum anında mı yoksa soybağının hukuken kurulması anında da Türk vatandaşı olmasının gerekip gerekmediğidir. Kanaatimizce, bu soru hakkında TVK ve Yönetmelik'te açık bir cevap bulunmamaktadır. Doktrinde Güngör, Yönetmelik m.7 fıkra 4'te yer alan "*Türk vatandaşı babaya soybağı ile bağlanması halinde*" ifadesinden ve Türk vatandaşlığının kazanılmasının tabii babalığın değil hukuki babalığın tespitine bağlanan bir sonuç olmasından hareketle, babanın, soybağının kurulduğu anda da Türk vatandaşı olması gerektiğini savunmaktadır³⁵.

Soybağı yoluyla kazanılan Türk vatandaşlığı doğum anında kendiliğinden kazanılır. Kanaatimizce, bu esastan hareketle, soybağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılıp kazanılmadığı değerlendirilirken çocuğun doğum tarihindeki hukuki duruma göre karar verilmelidir³⁶. Bu sebeple, doğum anında babanın Türk vatandaşı olması yeterli kabul edilmelidir. Ayrıca, soybağının sonradan kurulmasının özel hukuk alanında geçmişe etkili olarak, bir başka ifadeyle doğum tarihinden itibaren, sonuç doğuracağı da unutulmamalıdır. Çocuğun doğumu anında Türk vatandaşı olan baba, çocuğun doğum tarihi ve soybağının hukuken kurulduğu tarih arasında Türk vatandaşlığını kaybetmiş olsa da soybağının sonradan kurulması ile birlikte çocuğun doğum anından itibaren Türk vatandaşı olduğu kabul edilmelidir.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus, ilgili hukuki ilişkinin, eşlerden birinin yabancı devlet vatandaşlığı, tarafların yerleşim yerlerinin yurtdışında olması veya çocuğun doğum yeri sebebiyle elde ettiği olası yabancı devlet vatandaşlığı gibi sebeplerle, bir yabancılık unsuru ihtiva etmesi durumunda, baba ile çocuk arasında soybağının hangi milli hukuka göre kurulması gerektiğidir. Yönetmelik m.7 fıkra 4 "*Türkiye içinde veya dışında evlilik birliği dışında Türk vatandaşı babadan olan ve yabancı anadan doğan çocuk, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerine göre, Türk vatandaşı babaya soybağı ile bağlanması*" aramaktadır. Soybağının kurulmasına ilişkin uyuşmazlık Türk hakiminin önüne geldiğinde, Türk hakimi soybağına uygulanacak hukuku, öncelikli olarak uygulanması

33 Doğan (n 1) 45.

34 Güngör (n 1) 67; Doğan (n 1) 51.

35 Güngör (n 1) 62, dipnot 243.

36 Karşılaştırma için bkz Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m.6 fıkra 1 (a) bendi. İlgili düzenlemede, çocuğun soybağı yoluyla vatandaşlık kazanmasında, çocuğun doğum tarihinde ebeveynlerinden birinin ilgili devletin vatandaşı olması öngörülmüştür.

gereken ve uygulama alanı bulan milletlerarası anlaşmalar haricinde³⁷, 5718 sayılı ve 21 Kasım 2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (kısaca “MÖHUK”)³⁸ m.16 uyarınca belirleyecektir³⁹. Ayrıca, çocuk ile Türk vatandaşı baba arasında soybağını kuran kararı yabancı bir devlet mahkemesi de vermiş olabilir. Bu durumda ise, yine öncelikli olarak uygulanması gereken ve uygulama alanı bulan milletlerarası anlaşmalar haricinde, söz konusu yabancı mahkeme kararına MÖHUK m.50 ve devamında yer alan tanıma ve tenfiz hükümleri uyarınca Türkiye’de hukuki etki sağlanması yoluna gidilmelidir⁴⁰.

Son olarak, Yönetmelik madde 7’de soybağı esasına göre kazanılan Türk vatandaşlığı hakkında getirilen düzenlemede yer alan bir hususa değinmek istemekteyiz. Bu maddenin birinci fıkrası soybağı esasıyla kazanılan Türk vatandaşlığının kendiliğinden kazanıldığını belirttikten sonra ikinci cümlede şu ifadelerle yer vermiştir: “*Yapılan bildirim üzerine doğumdan itibaren Türk vatandaşlığı kazanılır*”. Doktrinde de belirtildiği üzere, Türk vatandaşlığının soybağı esasına göre kazanılmasının bildirim yapılması şartına bağlı olduğu şeklinde anlaşılabilir bu düzenleme çelişki yaratmaktadır ve kanunilik ilkesine aykırıdır⁴¹. TVK m.6 ve 7 uyarınca soybağıyla kazanılan Türk vatandaşlığı kendiliğinden ve kanunen kazanılan bir vatandaşlıktır. Türk vatandaşlığının soybağı yoluyla kazanılmasında, Yönetmelik ile TVK’da yer almayan bildirim şartının aranması yukarıda belirtmiş olduğumuz kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Erkan’ın belirttiği gibi, bildirim sonucunda aile kütüğüne kayıt yapılması şeklindeki bir işlem “*Türk vatandaşlığını kazanmanın bir sonucudur, sebebi değildir*”⁴². Söz konusu bildirim yapılması, idare nezdinde halihazırda doğumla kazanılmış olan Türk vatandaşlığının ortaya konması, resmi kayıtlara geçmesi ve vatandaşlığın ispatı açısından önem arz edebilir⁴³. Ancak, tüm bu hususlar, TVK m.6 ve 7 uyarınca soybağı yoluyla kazanılan vatandaşlığın kendiliğinden kazanıldığı esasını değiştiremez. Yönetmelik m.7’de yer alan bu ifadenin kanaatimizce de düzeltilmesi gerekmektedir.

37 Örneğin, 14 Eylül 1961 tarihli Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Kişi Halleri Komisyonu Sözleşmesi, 12 Eylül 1962 tarihli Evlilik Dışı Çocukların Ana Bakımından Soybağının Tesisi Hakkında Kişi Halleri Komisyonu Sözleşmesi veya 10 Eylül 1970 tarihli Evlenme ile Nesp Düzeltilmesi Hakkında Kişi Halleri Komisyonu Sözleşmesi. Bu sözleşmeler hakkında açıklamalar için bkz Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 177 vd; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 274 vd; Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 276 vd.

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

39 Erdem (n 4) 107; Nomer (n 2) 71 dipnot 27; Güngör (n 1) 63; Doğan (n 1) 47.

40 Erdem (n 4) 108; Güngör (n 1) 65.

41 Dardağan Kibar (n 17) 7; Mustafa Erkan, ‘Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi’ (2019) 39(2) PPIL 1, 21.

42 Erkan (n 40) 22.

43 Dardağan Kibar (n 17) 7.

B. Özel Durumlar: Saklı Nüfus ve On Sekiz Yaşından Sonra Yurt Dışından Yapılan Bildirimler

Soybağıyla Türk vatandaşlığının kazanılması açısından yürürlükteki hükümler incelendiğinde iki özel durumun bulunduğu görölmektedir. Bu başlık altında incelenecek durumlardan ilki, 19 Ekim 2017 tarihli 7039 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁴⁴ 33. maddesi ile TVK'ya getirilen Saklı Nüfus başlıklı Ek Madde 1 düzenlenmesidir. Bu başlık altında ikinci olarak, Yönetmelik m.8, m.9 ve m.10'da düzenlenmiş olan on sekiz yaşını tamamladıktan sonra doğuma ilişkin yurt dışından yapılan bildirimlerin Türk vatandaşlığı kazanılması açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

1. Saklı Nüfusa İlişkin Düzenleme

TVK Ek m.1, saklı nüfus başlığı altında şu düzenlemeyi getirmektedir: “*Onsekiz yaşını tamamlayıncaya kadar herhangi bir nedenle aile kütüklerine kaydedilmemiş olan ve yabancı bir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan kişiler; ana veya baba, bunların ölmüş olması halinde, varsa kardeşleri ile hısımlığını gösterir tıbbî rapor ibraz etmeleri durumunda Türk vatandaşlığını kazanır*”. Bu maddede, belli şartları haiz kişiler açısından Türk vatandaşlığının soybağıyla kazanılmasının ana veya baba, bunların ölmüş olması halinde varsa kardeşleri ile hısımlığı ortaya koyan tıbbî rapor sunulmasına bağlandığı görölmektedir. Bu maddenin uygulanabilmesi için, ilgilinin on sekiz yaşını tamamlamış olması, on sekiz yaşını tamamlayıncaya kadar aile kütüğüne kaydının yapılmamış olması ve bir yandan da yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip olmaması aranmaktadır. Bu madde, yukarıda açıklamış olduğumuz Türk vatandaşlığının soybağı yoluyla kazanılmasına ilişkin düzenlemeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, doktrinde haklı olarak bazı eleştirilere konu olmuştur.

Nomer, söz konusu düzenlemenin soybağıyla vatandaşlık kazanılmasına ilişkin TVK'daki esaslarla çeliştiği belirtmektedir. Yazara göre, burada “*Türk vatandaşlığının ‘kazanılması’ değil, soybağının tespitiyle kişinin soybağına bağlı olarak zaten ‘doğumla’ kazanılmış olan Türk vatandaşlığının aile kütüğüne kaydının yapılması söz konusudur*” ve “*dolayısıyla, soy esasına göre Türk vatandaşlığını kazanmış olduğu tespit edilen kişinin, Türk vatandaşlığını ‘kazanmasından’ söz edilmesi, üstelik Türk vatandaşlığının ‘on sekiz yaşını tamamlayıncaya kadar herhangi bir nedenle aile kütüklerine kayıt edilmemiş olması’ (bkz. NHK m.7) ve ek olarak ‘yabancı bir devletle vatandaşlık bağı bulunmaması’ şartlarına bağlanması (bkz. TVK m.44) doğru bir düzenleme değildir*”⁴⁵.

44 Nüfus Hizmetleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7039, Kabul Tarihi: 19.10.2017, RG 3.112017/30229.

45 Nomer (n 2) 72 dipnot 28a.

Güngör'e göre, TVK Ek Madde 1, Türk vatandaşlığını doğumla kazanan kişilerin Türk vatandaşlıklarını rüş yaşından sonra iddia ve ispat etmelerine doğumla kazanma sebebi ve zaman itibariyle sınırlama getirmektedir⁴⁶. Yazara göre, öncelikle, madde metninde kullanılan “*kazanır*” ifadesine rağmen, aile kütüğü, ana, baba ve kardeşlere yapılan göndermeler sebebiyle bu madde soybağıyla Türk vatandaşlığını kazanmayı konu almaktadır. Bu madde uyarınca, ilgili kişi, Türk vatandaşı ana veya baba ile olan soybağını veya bu kişiler ölmüşse kardeşleri ile hısımlığını ortaya koyarak Türk vatandaşlığını soybağı esasına göre kazandığını on sekiz yaşından sonra da iddia ve ispat edebilecektir. Ancak, maddede ilgili kişinin “*yabancı bir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan kişiler*”den olması aranmıştır. Yazarın, bu maddeyi, ilgili kişinin yabancı bir devlet vatandaşlığının bulunması halinde on sekiz yaşından sonra Türk vatandaşlığının iddiası ve ispatı yolunu kapattığı şeklinde yorumladığı anlaşılmaktadır⁴⁷. Yazar, bu düzenlemeyi kanunilik ilkesi ve Anayasa m.66 fıkra 2’de güvence altına alınan soybağı esasını uyarınca incelemiş ve bu maddenin Anayasa m.66 fıkra 2’yi “*göz ardı ettiğini*” belirtmiştir⁴⁸. Son olarak, yazar, bu maddenin, Anayasa’da yer alan kanun önünde eşitlik, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasına ilişkin hükümler, Anayasa m.66, TVK m.6, m.7, m.8 ve m.36 uyarınca gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁹.

Erkan, TVK Ek Madde 1 düzenlenmesine ilişkin birçok eleştiri yöneltmektedir⁵⁰. Öncelikle, soybağı yolu ile kazanılan Türk vatandaşlığı kendiliğinden kazanılan bir vatandaşlıktır. Ek Madde 1’de yer alan tıbbi raporun amacı soybağını kurmaktır ve ana veya baba ile, bunların ölmüş olmaları durumunda kardeşler ile hısımlık kurulur ise ilgili kişi TVK m.6 ve 7 uyarınca doğum anından itibaren Türk vatandaşı olarak kabul edilecektir. Yazara göre, burada kazanılmış bir vatandaşlığın ispatı gerekmektedir ve bu sebeple, Ek Madde 1’de yer alan “*Türk vatandaşlığını kazanır*” ifadesi TVK m.6 ile uyumlu değildir ve çelişmektedir⁵¹. Ek madde 1 düzenlemesinin uygulanabilmesi için gereken şartlardan bir tanesi “*onsekiz yaşını tamamlayıncaya kadar herhangi bir nedenle aile kütüklerine kaydedilmemiş*” olmaktır. Yazara göre onsekiz yaşını tamamlamış olanlar da soybağını ispat ederek Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Yazara göre, Nüfus Hizmetleri Kanunu m.20 ile Ek Madde 1 arasında bir çelişki de bulunmaktadır. Nüfus Hizmetleri Kanunu’na göre, Türk vatandaşlığını kazanan kişiler aile kütüğüne kaydedilirler. Bu madde ile Ek Madde 1’deki “*herhangi bir nedenle aile kütüklerine kaydedilmemiş*” kişilerin Türk vatandaşlığı kazanması arasındaki bağlantı yazara göre hatalıdır: “*aile kütüğüne kaydedilmek Türk vatandaşlığını kazanmanın*

46 Güngör (n 1) 58 ve 59.

47 ibid 59.

48 ibid 59.

49 Güngör (n 1) 60.

50 Erkan (n 40) 20-22.

51 ibid 21.

*bir somucudur; sebebi değildir*⁵². Son olarak, Ek Madde 1’deki “*yabancı bir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan kişiler*” şartı açısından yazar iki temel soruna işaret etmektedir⁵³. İlk olarak, doğumla kazanılan vatandaşlığın sadece ispat edilerek tescil edilmesi gerekir. Bu durumda, ilgili kişi aynı zamanda başka bir devlet vatandaşlığına da sahipse bu durumda Türk vatandaşlığı tescil edilmeyecek mi sorusu gündeme gelecektir. Ek Madde 1 uyarınca bu tescil gerçekleşmeyecektir ve bu durum çok vatandaşlığa izin veren TVK m.44 ile uyumsuzluk yaratmaktadır. İkinci sorun ise, uygulamada kişinin yabancı devlet vatandaşlığına sahip olup olmadığının tespitinin yaratacağı zorluklardır. Ayrıca, ilgili kişinin, yabancı devlet vatandaşlığına sahip olduğunun, tescilden sonra ortaya çıkması halinde, Türk vatandaşlığının iptali doğru bir çözüm olmayacaktır.

Dardağan Kibar’a göre, Ek Madde 1 kapsamında olan kişiler TVK m.6 kapsamında olan ve zaten doğumla vatandaşlık kazanan kişilerdir. Bu düzenleme, Türk vatandaşlığının kazanılmasına değil kazanılmış olan vatandaşlığın ispatıyla ilgilidir. Ek Madde 1 lafzı ise -hatalı olarak- doğumla vatandaşlık kazanılması açısından yeni bir yol sunulmuş gibi yorumlanmaya açıktır ve TVK m.6 ile çelişki yaratmaktadır. Halbuki, yazarın belirttiği gibi, ilgili kanunun gerekçesinde de Ek Madde 1 ile elde edilmek istenen amacın ilgili kişinin aile kütüğüne tescilinin sağlanması olduğu görülmektedir⁵⁴. Bu sebeplerle, yazara göre, bu madde kanunilik ilkesi açısından problem yaratmaktadır⁵⁵.

Kanaatimizce, Ek Madde 1 düzenlemesi Türk vatandaşlık hukuku sisteminde bazı aykırılıklar ve çelişkiler yaratmaktadır. İlk olarak, yukarıda belirttiğimiz gibi, soybağı yoluyla kazanılan Türk vatandaşlığı kendiliğinden kazanılmaktadır. Burada söz konusu olan, zaten soybağı esasıyla Türk vatandaşlığını kanunen, kendiliğinden ve doğum anından itibaren kazanmış olan kişinin, Türk vatandaşlığı bilgisinin aile kütüğüne tescilinin yapılması olmalıdır. İlgili kişi ile Türk vatandaşı ana veya babası arasında soybağı ilişkisi mevcutsa zaten Türk vatandaşlığı doğumdan itibaren ve kendiliğinden kazanılmıştır. Şayet ilgili kişi ile Türk vatandaşı kadın veya erkek arasında soybağı ilişkisi kurulmamışsa, ilgili kişinin Türk vatandaşlığını kazanması Ek Madde 1’de belirtildiği üzere hısımlığı gösterir tıbbî rapor ibraz edilmesi suretiyle değil soybağının hukuken kurulmasına bağlı olmalıdır. Bu sebeple, Ek Madde 1’de yer alan “*Türk vatandaşlığını kazanır*” ifadesi düzeltilmelidir. Ek Madde 1 düzenlemesinin, Türk vatandaşlığın kazanılması açısından kanunda düzenlenmiş farklı bir yol olarak kabul edilmesi, TVK

52 ibid 22.

53 ibid 22.

54 Madde gerekçesi için bkz <www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss497.pdf> s.11: “5901 sayılı Kanuna eklenen ek 1 inci madde ile saklı nüfus olan kişilerle ilgili olarak yeni bir düzenleme yapılmaktadır. Düzenleme ile on sekiz yaşını tamamlayıncaya kadar herhangi bir nedenle aile kütüklerine kaydedilmemiş olan ve yabancı devletle vatandaşlık bağı bulunmayan kişilerin, başvuru aşamasından tescil işlemine kadar olan sürecin çok uzun ve yapılan tahkikatların sağlıklı olmaması nedeniyle gösterdiği ailenin mensubu olduğuna dair tıbbi rapor ibraz edilmesi halinde doğrudan aile kütüklerine tescil edilmesi amaçlanmaktadır”. Erişim Tarihi 27 July 2021.

55 Dardağan Kibar (n 17) 15.

m.6 ve 7 hükümleri ile çelişkinin ortaya çıkması anlamına gelecektir. Ayrıca, Anayasa m.66 fıkra 2’de yer alan “*Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür*” esasına ilave şartlar getirmek suretiyle aykırılık teşkil edecektir. Madde gerekçesinde belirtilen amaç doğrultusunda, burada söz konusu olan, Ek Madde 1 kapsamında belirtilen ve zaten doğumla Türk vatandaşlığı elde etmiş kişilerin aile kütüğüne tescildir.

Tarafımızca kabul edilmemekle birlikte ve bir an için, kanun koyucunun amacının on sekiz yaşını tamamlamış ve yabancı devlet vatandaşlığına sahip olmayan kişiler açısından Türk vatandaşlığının soybağı yoluyla kendiliğinden kazanılmasında farklı bir yol getirilmesi olduğu varsayılsa bile bu düzenleme ilave hukuki sorunları beraberinde getirmektedir. İlgilinin on sekiz yaşını tamamlamış olması ve yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip olmaması şartı, ilk olarak, yabancı devlet vatandaşlarının soybağı yoluyla Türk vatandaşlığı kazanabilmeleri açısından belirsizlik yaratmaktadır. İkinci olarak, bu madde çok vatandaşlığı kabul eden TVK m.44 düzenlemesi ile birlikte değerlendirildiğinden kanun içerisinde bir uyumsuzluk yaratmaktadır. Son olarak, bu madde, on sekiz yaşını tamamlamamış ve tamamlamış kişiler arasında Türk vatandaşlığının kazanılmasında farklı bir uygulama getirecektir. Bu farklılığın nedenleri sorgulanabilir.

Sonuç itibariyle, Ek Madde 1 düzenlemesi, madde gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, düzenlemenin asıl amacı olan, Türk vatandaşlığını doğumla kendiliğinden kazanmış olan kişinin aile kütüğüne tescilinin sağlanması amacına uygun olarak ve bu amacı açıkça ortaya koyacak şekilde tekrar kaleme alınmalıdır.

2. On Sekiz Yaşından Sonra Yurt Dışından Yapılan Bildirimler

25 Nisan 2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁵⁶ (NHK) madde 15 doğuma ilişkin bildirim yükümlülüğü ve bunun süresini düzenlemektedir. Bu maddenin birincisi fıkrası uyarınca, “*Sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren Türkiye’de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilciliğe bildirilmesi zorunludur*”. Bu bildirim ile çocuğun Türk vatandaşlığına ilişkin kaydı aile kütüğüne yapılacaktır. Ancak, söz konusu bildirim Türk vatandaşlığının kazanılması açısından bir kurucu etkisi bulunmamaktadır. Soybağı yoluyla kazanılan Türk vatandaşlığı, yukarıda belirtildiği üzere, kendiliğinden ve kanun gereği kazanılmaktadır. Doğuma ilişkin yurtdışından yapılacak bildirimler ve vatandaşlık ilişkisi açısından Yönetmelik m.8, m.9 ve m.10’da bazı düzenlemeler yer almaktadır. Yönetmelik’te yer alan bu maddelerin kaleme alınış şekli sebebiyle, vatandaşlığın kazanılmasının İçişleri Bakanlığı’nın (kısaca “Bakanlık”) tespit kararına bağlı olduğu şeklinde bir yorum yapılabilmesi ihtimalini bertaraf etmek adına bu maddelerin incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

56 Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.04.2006, RG 29.4.2006/26153.

Yönetmelik m.8 ve m.10 arasındaki düzenlemelerde, yurt dışında yaşayan ve on sekiz yaşını doldurmuş olmalarına rağmen doğumlarına ilişkin bildirimde bulunulmamış kişilerin aile kütüğüne tescili, başvuru usulü ve başvuru hakkında verilecek karara ilişkin düzenlemeler içermektedir. Yönetmelik m.8 uyarınca, bu kişilerin aile kütüğüne tescil edilebilmesi için “*Türk vatandaşı ana veya babadan dolayı Türk vatandaşlığını kazandıklarının Bakanlıkça yapılacak inceleme sonucunda tespiti*” gerekmektedir. Bu amaç doğrultusunda ilgilinin Yönetmelik m.9’da yer alan belgelerden oluşan başvuru dosyasını sunması gerekir. Bu dosya karar alınmak üzere Bakanlığa gönderilecektir. Yönetmelik m.10 uyarınca, bu talebin kabul edilebilmesi için, ilgilinin Türk vatandaşı anadan doğduğu veya babadan olduğunun Bakanlıkça tespit edilmesi gerekir. Bu durumda, Yönetmelik m.10 fıkra 1 uyarınca ilgilinin “*doğumdan itibaren Türk vatandaşı olduğu aile kütüğüne tescil edilir*”. Aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği gibi, “*Türk vatandaşı anadan doğduğu veya babadan olduğunu ispata yarayacak yeterli bilgi ve belge bulunmaması halinde*” ilgilinin talebi reddedilecektir.

Kanaatimizce, bu maddelerde düzenlenen husus başvuru sahibinin aile kütüğüne tescil edilip edilmemesidir. Başvuru dosyasında sunulan belgeler ışığında, ilgilinin Türk vatandaşı anadan doğduğu veya Türk vatandaşı babadan olduğunun Bakanlıkça tespit edilmesi durumunda bu tescil yapılacaktır. Bakanlığın yapacağı inceleme, başvuruda bulunan kişinin Türk vatandaşlığını kazanmış olup olmadığına yönelik değildir⁵⁷. Unutmamak gerekir ki, soybağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması kanun gereği ve kendiliğinden gerçekleşen bir vatandaşlık kazanılması yoludur. Bir başka ifadeyle, yurt dışında yaşayan ve on sekiz yaşını doldurmuş olmalarına rağmen doğumuna ilişkin herhangi bir bildirimde bulunulmamış bu kişiler kanunen doğum anından itibaren Türk vatandaşlığına sahiptir. Bu maddelerde düzenlenmiş olan konu, Bakanlığın yapacağı inceleme neticesinde ilgilinin zaten doğumdan itibaren sahip olduğu Türk vatandaşlığına ilişkin bilginin aile kütüğüne işlenmesinden ibarettir. Bakanlık tarafından yapılacak inceleme, dosyada sunulan belgelerin doğru olup olmadığının tespitini ve dolayısıyla ilgilinin Türk vatandaşı anadan doğduğu veya babadan olduğunun tespitini amaçlamaktadır⁵⁸. Bir başka ifadeyle, ilgilinin Türk vatandaşlığı kazanmasına ilişkin yetkili makam tarafından alınan bir karar söz konusu değildir.

İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün internet sitesinde 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Açıklama başlıklı bir belge yer almaktadır. Bu belgede, “*yurt dışında bulunup da on sekiz yaşını tamamlayıncaya kadar doğuma ilişkin bildirimde bulunulmaması halinde Türk vatandaşı ana veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığı doğrudan kazanılamaz. Bu*

57 Doğan (n 1) 54.

58 ibid 54.

durumda bulunan ve Türk vatandaşı ana ve babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişilerin başvuruları halinde müracaat makamlarınca vatandaşlık durumlarının tespitine ve tesciline esas olmak üzere aşağıda belirtilen belgelerden oluşan dosya düzenlenir ve karar alınmak üzere Bakanlığa gönderilir” şeklinde bir açıklama yer almaktadır⁵⁹. Güngör’e göre, açıklamada yer alan Türk vatandaşlığının doğrudan kazanılmayacağına yönelik ifade yanıltıcıdır. Yazara göre, “*ayrıca, soybağı esasına dayanan kazanmalarda hem teknik anlamda ana babaya bağlı bir kazanma yoktur, hem de kazanma anı doğum anıdır. İdare yapılacak işlem durumun tespitinden ibarettir*”⁶⁰. Kanaatimizce, Yönetmelik’in ilgili maddelerinde düzenlenen husus soybağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının bir şartı olarak yorumlanmamalıdır. Bu yönde bir yorum, hem Anayasa m.66 fıkra 2’de yer alan soybağı esasına ve fıkra 3’te yer alan kanunilik ilkesine hem de doğumla kazanılan vatandaşlığın kendiliğinden kazanıldığını öngören TVK m.6’ya aykırılık teşkil edecektir.

III. Türk Medeni Kanunu Uyarınca Soybağının Ortadan Kalkması Halleri ve Özel Hukuk Alanında Gerçekleşen Etki

Çocuk ve çocuğun soybağı yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmasını sağlayan ana veya babası arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kalkmasının Türk vatandaşlığı üzerindeki olası etkilerini değerlendirmeden önce Türk hukuku uyarınca soybağı açısından bazı değerlendirmelerde bulunmak gerekmektedir. Çalışmamızın amacı soybağı açısından detaylı bir inceleme yapmak değildir. Bu kapsamda, ilk olarak, 22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 numaralı Türk Medeni Kanunu⁶¹ (TMK) uyarınca ana, baba ve çocuk arasında soybağının hangi yollarla kurulduğuna kısaca değinilecektir. Sonrasında, yine TMK’daki hükümlerden hareketle soybağının ne şekillerde ortadan kalktığı açıklanacaktır. Son olarak, bu açıklamalardan hareketle, soybağının ortadan kalkmasının özel hukuk alanında yarattığı etkiler ortaya konulacaktır. Özellikle, bu etkinin geriye dönük bir etki olup olmaması dikkate alınarak aşağıdaki bölümlerde Türk vatandaşlık hukuku açısından soybağının ortadan kalkmasının çocuğun Türk vatandaşlığı üzerindeki olası etkileri değerlendirilecektir.

TMK m.282, genel olarak soybağının kurulmasını düzenlemiştir. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca, ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulmaktadır. Çocuk ile anası arasında soybağı doğum ile birlikte kendiliğinden kurulur. Çocuk ile anası arasında soybağının kurulması için çocuğu doğuran kadının belirlenmesi yeterlidir⁶². Ayrıca, çocuk ile ana arasında soybağının kurulmasında çocuğun evlilik

59 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Açıklama, s.1, <www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/5901Sayili_Turk_Vatandasligi_Kanuna_Gore_Aciklama2009.pdf> Erişim Tarihi 27 July 2021.

60 Güngör (n 1) 67 dipnot 249.

61 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

62 Turgut Akıntürk and Derya Ateş Karaman, *Aile Hukuku* (17th edn, Beta 2015) 327; Mustafa Dural, Tufan Ögüz and Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku* (14th edn, Filiz 2019) 266.

içinde veya dışında doğmasının bir etkisi bulunmamaktadır⁶³. Baba ile çocuk arasında soybağının kurulması ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra baba ile soybağı “*ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur*” demek suretiyle soybağının kurulması için üç farklı yol olduğu gösterilmiştir⁶⁴. Ana ile evlilik yoluyla çocuk ile baba arasında soybağının kurulması ise, çocuğun doğumu anında babanın ana ile evli olması veya çocuk doğduktan sonra ana ile evlenmesi olarak iki farklı durumu kapsamaktadır. Son olarak, TMK m.282 fıkra 3’te soybağının evlat edinme yoluyla da kurulacağı düzenlenmektedir. Evlat edinme yoluyla soybağının kurulması mahkeme kararına dayanan bir soybağı kurulması yoludur. Bu yolla soybağının kurulması “*yapay soybağı*” olarak da adlandırılmaktadır⁶⁵. Ancak, evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığın kazanılması TVK’da doğumla vatandaşlık kazanılmasından ayrı bir yol olarak düzenlendiğinden, evlat edinmenin ve sonradan evlatlık ilişkisinin sona ermesinin soybağı üzerindeki etkileri bu başlık altında ayrıca incelenmeyecektir⁶⁶.

A. Çocuğun Gerçek Anasından Başka Bir Kadının Nüfus Kütüğüne Yazılmış Olması Durumu

Çocuk ile anası arasında soybağının kurulması doğumla kendiliğinden gerçekleşecektir. Bunun için, yukarıda belirtildiği gibi, çocuğun kendisi ile arasında soybağı kurulan kadın tarafından doğurulmuş olduğunun tespiti yeterlidir. Böylelikle, TMK m.282 fıkra 1 uyarınca çocuk ile ana arasında soybağı doğumdan itibaren kurulmuş olacaktır. Ancak, ana ile çocuk arasında kurulan soybağı açısından şöyle bir olasılık söz konusu olabilir: çocuğun kendisini doğuran kadından başka bir kadının nüfusuna kaydedildiği sonradan anlaşılırsa ne olacaktır? Bir başka ifadeyle, çocuğun gerçek anası, nüfusuna kaydedilen kadından başka bir kadın olabilir. Aslına bakılırsa, burada teknik olarak bir soybağının ortadan kalkması hali söz konusu değildir. Ancak, konu bütünlüğünü sağlamak açısından bu olasılığın da belirtilmesinde fayda vardır.

Bu durumun ortaya çıkması halinde, TMK m.282 fıkra 1 uyarınca, çocuk ile onu doğuran kadın arasında soybağı doğumla kurulduğundan, hatalı olarak nüfusuna işlenmiş kadın ile çocuk arasında soybağının kurulmadığı sonucuna varılmaktadır. Böyle bir durumda, nüfus kaydında bir yanlışlık olduğundan, TMK m.39 uyarınca açılacak kayıt düzeltme davası ile nüfus kaydının düzeltilmesi gerekecektir⁶⁷. Kayıt düzeltme davasıyla amaçlanan, nüfus kaydındaki yanlış kaydın düzeltilmesi, zaten

63 Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 266; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (8th edn, On İki Levha 2020) 139.

64 Çocuk ile babası arasında soybağının kurulması açısından detaylı inceleme için bkz Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 328 vd.; Hatemi (n 62) 142 vd ve 157 vd; Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 266 vd.

65 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 322.

66 Evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılması hakkında ayrıntılı inceleme için bkz Musa Aygül, ‘Evlat Edinme Yolu İle Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması’ (2012) 99 TBB Dergisi 45-80.

67 Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 266; Seda Öktem Çevik, ‘Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan) 2105, 2114.

kanunen kurulmuş olan soybağına ilişkin durumun nüfus kaydına işlenmesidir⁶⁸. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir⁶⁹. Doktrinde, bu durumda çocuğun anasının belirlenmesi için bir tespit davası açılması yoluna gidilebileceği de savunulmaktadır⁷⁰.

Böyle bir olasılıkta, örneğin, çocuğun hatalı olarak nüfusuna kaydedilmiş olduğu kadının Türk vatandaşı, çocuğu doğuran kadının yabancı bir devlet vatandaşı ve babanın da yabancı olması durumunda, çocuğun doğum anında kazanmış olduğu Türk vatandaşlığının akıbetinin ne olacağı açısından soru işaretleri doğabilir. Bir başka ifadeyle, ana ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin nüfus kaydında gerçek duruma getirilmesinin vatandaşlık açısından olası etkilerinin de değerlendirilmesi gerekir.

B. Soybağının Reddi

TMK m.286 ve devamında soybağının reddi davasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Soybağının reddi davası, çocuk ile baba arasındaki soybağının kesilmesi hallerinden bir tanesidir⁷¹. Soybağının reddi davası, TMK m.286 fıkra 1’de belirtildiği gibi, TMK m.285’te düzenlenmiş olan babalık karinesinin çürütülmesine yönelik bir davadır. Bu dava bozucu yenilik doğuran bir dava niteliği taşımaktadır⁷². Genel olarak, bu dava, babalık karinesinin çürütülmesini ve böylelikle çocuk ile ilgili erkek arasındaki soybağının ortadan kaldırılmasını amaçlar. Soybağının reddi davasının tarafları (TMK m.286 ve m.291), bu dava kapsamında hangi hususların ispat edilmesi gerektiği (TMK m.287 ve 288) ve bu davanın açılması açısından hak düşürücü süreler (TMK m.289) kanunda düzenlenmiştir.

Konumuz açısından önemli olan husus ise, soybağının reddi davasının mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde bu kararın özel hukuk alanında yaratacağı etkilerin belirlenmesidir. Soybağının reddi davasının mahkemece kabul edilmesi halinde, babalık karinesi mahkeme hükmü ile çürütülmüş olacak, çocuk ile ilgili erkek arasındaki soybağı ilişkisi ortadan kalkacaktır⁷³. Böylelikle çocuk, baba yönünden soybağı bulunmayan çocuk statüsüne geçecektir. Soybağının reddine ilişkin mahkeme

68 Öktem Çevik (n 66) 2113.

69 Yargıtay 2 HD, 13999/9607, 16.04.2012: “Davacı, davalılar M. ile A. gerçek annesi ve babası olmadığını, kendisinin M. ve H. evlilik dışı ilişkisinden doğduğunu bu nedenle mevcut kaydın iptali ile gerçek anne ve babasının nüfus kaydındaki hanesine tesile karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davanın nüfus sicilindeki yanlış kaydın düzeltilmesi davası olduğundan söz edilerek Asliye Hukuk Mahkemesine görevsizlik kararı verilmiştir. Davacının M. ile A. gerçek anne ve babası olmadığı, gerçek annesinin ise H. olduğuna ilişkin istemi, nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin olup, talebe ilişkin olarak verilen görevsizlik kararı doğru olduğundan; bu yönlerde ilişkin temyiz itirazları yersizdir.” <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11 July 2021. Ayrıca, bkz Yargıtay 2 HD, 9422/12119, 17.06.2010 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11 July 2021.

70 Hatemi (n 62) 139.

71 Soybağının reddi açısından detaylı inceleme için bkz Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 270 vd; Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 335 vd; Hatemi (n 62) 147 vd.

72 Hatemi (n 62) 147. Ayrıca, bkz Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 270; Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 344.

73 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 344; Hatemi (n 62) 147; Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 270.

kararı bir yenilik doğuran hüküm niteliğindedir ve geçmişe etkilidir⁷⁴. Bu kararın kesinleşmesi ile birlikte çocuk ile baba arasındaki soybağı, geçmişe etkili olarak, çocuğun doğduğu andan itibaren ortadan kalkacaktır⁷⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1979 yılında vermiş olduğu bir kararında soybağının reddi kararının geçmişe dönük etkisini şu ifadelerle açıklamıştır: “*Tenkis davaları yenilik doğuran davalardandır. Bu tür davalar, eda ve tesbit davalarında olduğu gibi etkisini geçmişe değil, kural olarak gelecekte gösterir. Nesebin reddi, babalığa hüküm gibi geçmişe etkili bazı inşai hükümler varsa da bunlar genel kuralın istisnalarıdır*”⁷⁶. Yargıtay 2.HD, 2014 tarihli bir kararında açıkça geçmişe dönük etkiyi belirtmektedir: “*Davacı tarafından, evlilik birliği içinde dünyaya gelen 12.07.2011 doğumlu Yağmur isimli çocuk hakkında soybağının reddi davası açılmıştır. Dava sonucunda soybağının reddine karar verilmesi halinde, bu hüküm geçmişe etkili olarak sonuç doğuracaktır*”⁷⁷. Bir başka ifade ile, geçmişe etkili olarak hüküm doğuracak bu karar ile birlikte soybağı ilişkisi doğum tarihinden itibaren ortadan kalkmış olacaktır.

C. Sonradan Evlenme ile Soybağının Kurulmasına İtiraz Davası

Ana ile babanın doğumdan sonra birbiriyle evlenmesi durumunda da evlilik dışında doğmuş çocuk ile baba arasında soybağı kurulacaktır. TMK m.292 uyarınca “*Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur*”⁷⁸. Bu düzenleme uyarınca, çocuk ile baba arasında soybağının kurulabilmesi için ana ile babanın çocuğun doğumundan sonra evlenmesi yeterli olacaktır⁷⁹. İlâveten, TMK m.293, eşlerin evlilik dışında doğmuş ortak çocuklarını bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Bu bildirim, evlenme sırasında veya evlenme sonrasında yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna yapılmalıdır. Ancak, bu bildirim kurucu nitelikte bir bildirim değildir⁸⁰.

Ancak, TMK m.294 sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz edilebileceğini öngörmüştür. Bu itiraz ana ve babanın yasal mirasçıları, çocuğun kendisi, Cumhuriyet savcısı veya TMK m. 294’ün ikinci fıkrasında belirtilen şartlarda çocuğun altsoyu tarafından yapılabilecektir. Söz konusu itirazın başarılı olabilmesi için, kocanın çocuğun babası olmadığından itiraz eden tarafından ispat edilmesi gerekmektedir.

74 Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 287. Hakan Pekcanitez and Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2017) 986: “*Geçmişe etkili olan inşai davalara, soybağının reddi, ölüme bağlı tasarrufların iptali, anonim ve limited şirketlerde genel kurul kararlarının iptali, yargılamanın yenilenmesi örnek olarak gösterilebilir*”.

75 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 344; Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 288.

76 Yargıtay HGK, 360/1269, 28.09.1979 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11 July 2021.

77 Yargıtay 2 HD, 12302/12992, 11.06.2014 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11 July 2021.

78 Çocuğun doğumundan sonra evlenme ile soybağının kurulması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 333-335; Hatemi (n 62) 157-162; Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 288-293.

79 Hatemi (n 62) 158.

80 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 334; Dural, Ögüz and Gümüş (n 61) 289.

TMK m.294 fıkra 3'te, tanımanın iptaline ilişkin hükümlerin sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz davasında kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. İtiraz, sonradan evlenme yoluyla çocuk ile baba arasında kurulan soybağının ortadan kaldırılması amacıyla yönelik bir iptal davası olarak tanımlanmaktadır⁸¹. İtiraz davası bozucu yenilik doğuran dava niteliğindedir⁸². Mahkemenin itirazı kabul etmesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda geçmişe etkili bir hüküm doğacaktır. Böylelikle, çocuk ile koca arasındaki soybağı geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır⁸³.

Doktrinde, sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz davasının yanı sıra, bu yolla soybağının kurulmasının kesin hükümsüzlüğünün de dava konusu edilebileceği belirtilmektedir. Dural'a göre, soybağının kurulmasının kesin hükümsüzlüğüne ilişkin itirazlar TMK m.294 uyarınca iptal davasına konu olmayacaktır. Yazara göre, örneğin evlenme sırasında çocuğun başka bir erkekle soybağının bulunmasına dayanan kesin hükümsüzlük iddiası herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmadan nüfus kütüğünün düzeltilmesi davası ile ileri sürülebilir⁸⁴. Ayrıca, Hatemi, tanımanın iptaline ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabileceğine ilişkin TMK m.294 fıkra 3'ten ve TMK m.297'da düzenlenmiş olan tanıyanın irade bozukluğu sebebiyle tanımanın iptalini talep edebilmesine ilişkin düzenlemeden hareketle, kocaya irade bozukluğu hallerinde dava açma hakkının tanınması gerektiğini savunmaktadır⁸⁵. Son olarak, soybağının sonradan evlenme yoluyla kurulmasının iptali yoluna gidilmesinin de mümkün olduğu doktrinde savunulmaktadır⁸⁶.

D. Tanımanın Kesin Hükümsüzlüğü ve İptali

Evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile babası arasında soybağının kurulması yollarından bir tanesi TMK m.295 ile 300 arasında düzenlenmiş olan tanıma kurumudur⁸⁷. Tanımada, TMK'da belirlenmiş olan şekil şartlarına uygun bir şekilde baba tarafından yapılacak irade beyanı ile çocuk ile babası arasında soybağı kurulmaktadır. Tanıma kurucu yenilik doğuran ve tek taraflı bir hukuki işlemdir⁸⁸. Geçerli bir şekilde tanıma beyanında bulunulması halinde, doğum anından itibaren çocuk ile babası arasında soybağı kurulacaktır. Bir başka ifadeyle, tanıma soybağı üzerinde geçmişe etkili olarak sonuç doğurmaktadır⁸⁹.

81 Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 289.

82 Hatemi (n 62) 159.

83 Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 290.

84 ibid 290.

85 Hatemi (n 62) 161.

86 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 335.

87 Tanıma hakkında detaylı inceleme için bkz Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 293 vd; Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 346 vd; Hatemi (n 62) 162 vd.

88 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 346; Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 294. Tanımanın hukuki niteliği açısından ayrıca bkz Hatemi (n 62) 164.

89 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 347.

Tanımanın geçersizliği açısından üç farklı durumu incelemek gerekmektedir. Bunlar, geçerlilik şartlarının eksikliği sebebiyle tanımanın kesin hükümsüzlüğü, tanımanın irade sakatlığı sebebiyle iptali ve tanımanın ilgili kişiler tarafından açılacak iptal davası sonucu iptali halleridir⁹⁰.

İlk olarak, tanımanın esasına veya şekline ilişkin geçerlilik şartlarında eksiklik olması durumunda, tanımanın kesin hükümsüzlüğü yoluna gidilebileceği doktrinde belirtilmektedir⁹¹. Aynı şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2018 yılında vermiş olduğu bir kararında, “*Tanıma, kesin hükümsüzlük, irade sakatlığı, ilgili kişiler tarafından açılacak iptal davası ile geçersiz hâle gelebilir. Buna göre; tanımanın yukarıda sayılan geçerlilik şartlarının eksik olması durumunda tanımanın kesin hükümsüzlüğü söz konusu olur*” demiştir⁹². Örneğin, tanıma beyanının TMK m.295 fıkra 1’deki şekil şartlarına uygun olarak yapılmaması halinde veya aynı maddenin üçüncü fıkrasına aykırı olarak, başka bir erkek ile çocuk arasında soybağı bulunmasına rağmen ve bu soybağı geçersiz kılınmadan tanımanın yapılmış olması hallerinde bu tanımanın kesin hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır. Bu tanıma kesin hükümsüzlük sebebiyle geçersiz olacağından hiçbir hukuki sonuç doğurmayacaktır⁹³. Doktrinde, böyle bir durumda iptal davası açılmasına gerek olmadan butlanın tespitinin de istenebileceği belirtilmektedir⁹⁴.

Tanımanın geçersizliği açısından diğer iki olasılık, tanıyanın ve ilgililerin iptal davası açma haklarıdır. Tanımanın şartlarını düzenleyen TMK, tanımanın geçersizliğinin sağlanması amacıyla tanımanın iptali davasına ilişkin düzenlemeleri de getirmektedir. İlk olarak, TMK m.297’de tanıyanın iptal davası açma hakkı düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca “*Tanıyan, yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle tanımanın iptalini dava edebilir*”. Tanıyanın tanıma iradesinin sakatlığına sebep olan yanılma, aldatma veya korkutma hallerinde tanıyan kişi tanımanın iptali davası açabilecektir⁹⁵. Bunun yanı sıra, bu hukuki ilişki ile ilgili diğer kişilerin de iptal davası açma hakları TMK m.298’de düzenlenmiştir⁹⁶. Bu madde uyarınca, ana, çocuk, çocuğun ölmüş olması durumunda altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer (örneğin babanın mirasçıları) tanımanın iptali davası açabilirler. Bu davada, kural olarak, davacı, tanıyan kişinin baba olmadığını ispatla yükümlüdür (TMK m.299). Ancak, TMK m.299 fıkra 2 uyarınca, tanımanın iptali davasının ana veya çocuk tarafından açılması durumunda, öncelikle davalı taraf olan tanıyan, gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğu ilişkin inandırıcı kanıtları sunmalıdır

90 Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 298.

91 Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 298; Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 354.

92 Yargıtay HGK, 1920/1432, 16.10.2018 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11 July 2021.

93 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 354.

94 Hatemi (n 62) 165; Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 354.

95 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 355; Hatemi (n 62) 167; Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 299.

96 Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 355; Hatemi (n 62) 165; Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 300.

ve bundan sonra davacının ispat yükü doğacaktır. Bu davalar açısından hak düşürücü süreler TMK m.300'de düzenlenmiştir. Tanımanın iptali davası bir bozucu yenilik doğuran dava olarak nitelendirilmektedir⁹⁷. Tanımanın iptali kararı geçmişe dönük etki doğuracaktır.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin 2019 yılında vermiş olduğu bir kararında da tanımanın iptali kararının geçmişe dönük etkisi açıklanmıştır: “(...) *tanıma işlemi yenilik doğurucu bir işlem olduğu gibi tanımanın iptali de aynı şekilde geçmişe etkili olan (bozucu yenilik doğurucu) inşai nitelikte bir dava türüdür. Buna göre tanımanın iptaline karar verildiğinde çocuğun nesebi geçmişe etkili olarak değişir ve artık daha önce tanımakla baba ile soybağı kurulan çocuğun artık baştan itibaren çocuğun babasının tanıyan kişi olmadığı tespit edilmiş olur. Çocuğun babası olmayan kişinin artık bu çocuk yönünden bir bakım yükümlülüğü ve sorumluluğu kalmayacaktır*”⁹⁸.

Sonuç itibarıyla, TMK uyarınca yapmış olduğumuz bu incelemede, çocuk ile ana ve baba arasında soybağının kurulması hallerini ve soybağının ortadan kalkması hallerini ve özellikle soybağının ortadan kalkmasının etkilerini incelemiş bulunuyoruz. Bu inceleme neticesinde soybağının ortadan kalkmasının geçmişe etkili olarak sonuç doğurduğu görülmektedir. Geriye dönük bu etki doğal olarak söz konusu kararların özel hukuk alanında doğurduğu etkidir. Şu aşamada sorulması gereken soru, çocuk ile baba arasında soybağının ortadan kalkması halinde, özel hukuk alanında söz konusu soybağı hiç doğmamış gibi etki doğururken, çocuğun soybağı esasına dayanarak kazanmış olduğu Türk vatandaşlığının akıbeti ne olacaktır? Benzer bir geriye dönük etki vatandaşlık hukuku açısından da söz konusu olabilir mi? Bu sorular bir sonraki başlık altında değerlendirilecektir.

IV. Soybağının Ortadan Kalkmasının Vatandaşlık Üzerinde Olası Etkileri Hakkında Değerlendirmeler

Çalışmamız kapsamında Türk vatandaşlık hukukunda soybağı esasıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını ve sonrasında TMK uyarınca soybağının ortadan kalkması hallerini ve bu hallerin özel hukuk alanında yarattığı etkileri incelemiş bulunuyoruz. Özellikle, baba ile çocuk arasındaki soybağının ortadan kalkmasının özel hukuk alanında geriye dönük etki yarattığı düşünüldüğünde, bu durumun vatandaşlık hukuku alanındaki olası etkilerini de değerlendirmek gerekmektedir. Bu durumu daha açık bir şekilde ortaya koyabilmek adına yukarıdaki açıklamalar kapsamında verilen örneğimiz hatırlanabilir: yabancı ana ve Türk vatandaşı babadan olan çocuk doğumla Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanmıştır. Ancak, sonrasında mahkeme kararı ile nesebin reddine hükmedilmiş ve bunun neticesinde baba ile çocuk arasındaki soybağı doğumdan itibaren ortadan kalkmıştır. Bu durumda çocuk Türk vatandaşlığını

97 Hatemi (n 62) 164.

98 Bursa 2 BAM, 1665/943, 3.7.2019 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 11 July 2021.

muhafaza edecek midir? Türk vatandaşlığının kaybı söz konusu olacaksa bu kayıp ne şekilde ve hangi şartlarda gerçekleşecektir? Görüldüğü gibi, eğer soybağının ortadan kalkmasının vatandaşlık hukuku alanında da sonuç doğurması gerektiği kabul edilirse, bu sonuç bizleri takip eden sorulara götürmektedir.

Bu bölümde, ilk olarak, soybağının ortadan kalkmasının çocuğun vatandaşlığı üzerindeki etkileri açısından 6 Kasım 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, İsviçre ve Fransız hukuku kapsamındaki düzenlemeler incelenecektir. Sonrasında ise, konu Türk Vatandaşlığı Kanunu'ndaki mevcut düzenlemeler ve doktrindeki görüşler ışığında değerlendirilecektir. Son olarak, bu değerlendirmelerden hareketle, çocuk ile ona soybağı yoluyla Türk vatandaşlığını kazandıran kişi arasında soybağının ortadan kalkmasının çocuğun Türk vatandaşlığı üzerinde olası etkileri hakkında değerlendirilmelerde bulunulacak, TVK ve Yönetmelik açısından düzenleme önerileri sunulacaktır.

A. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, İsviçre ve Fransız Hukuku Kapsamında Değerlendirmeler

Soybağının ortadan kalkmasının çocuğun soybağı yoluyla kazanmış olduğu vatandaşlığı üzerindeki etkilerini TVK açısından değerlendirmeden önce Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, İsviçre ve Fransız hukuklarındaki düzenlemeleri incelemek faydalı olacaktır. Aslına bakılırsa, incelememizin başından beri ortaya koymuş olduğumuz hukuki sorun gerek Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde gerek bazı yabancı hukuklarda vatandaşlık kaybı hallerinden biri olarak öngörülmüştür. Bu düzenlemeler sebebiyle, doğal olarak, aynı durumun Türk vatandaşlığı üzerindeki etkisinin irdelenmesi ihtiyacı daha da gerekli hale gelmektedir.

1. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi Madde 7 Fıkra 1 (f) Bendi Düzenlemesi

6 Kasım 1997 tarihli Avrupa Konseyi'nin hazırlamış olduğu Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi bugün itibariyle yirmi bir devlet açısından yürürlüğe girmiş bulunmaktadır⁹⁹. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m.7 fıkra 1 (f) bendinde soybağının ortadan kalkmasının çocuğun vatandaşlığı üzerindeki etkisini de kapsayan bir düzenleme mevcuttur. İlk olarak, uluslararası bir sözleşme olan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde bu durumun bir vatandaşlığın kaybı hali olarak öngörülmüş olması dikkat çekicidir. İlâveten, her ne kadar Türkiye bu milletlerarası sözleşmeye taraf değilse de TVK'nın hazırlanmasında bu milletlerarası sözleşmeden genel itibariyle faydalandığı bilinmektedir. TVK'nın

99 <www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166/signatures?p_auth=qOqt399T> Erişim Tarihi 27 July 2021. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi hakkında genel inceleme için bkz Gülin Güngör, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi' (1997-98) 17-18 MHB 229; Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku' (2002) 22 MHB 791; Gerard-Rene de Groot, 'The European Convention on Nationality: A Step towards a Ius Commune in the Field of Nationality Law' (2000) 7 Maastricht J Eur & Comp L 117; Roland Scharer, 'The European Convention on Nationality' (1997) 40 German YB Int'l L 438.

genel gerekçesinde birçok defa Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne göndermede bulunulmuştur¹⁰⁰. Bu sebeplerle de Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin ilgili hükmünün incelenmesi konumuz açısından önem arz etmektedir.

Sözleşme'nin yedinci maddesi *ex lege* (hukuken veya kanunen) veya yetkili makam kararıyla (Sözleşme'nin resmi metninde “*Taraf Devlet'in inisiyatifıyla*” tabiri kullanılmıştır) vatandaşlığın kaybı, bir başka ifadeyle vatandaşlığın irade dışı kaybı hallerini düzenlemektedir¹⁰¹. Bu maddenin birinci fıkrasında olumsuz bir cümle yapısı tercih edilmiştir ve taraf devletlerin iç hukuklarında, birinci fıkranın bentlerinde sayılan haller haricinde hukuken veya yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybı hallerini düzenleyemeyecekleri belirtilmiştir. Bir başka ifadeyle, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, vatansızlığın önlenmesi amacıyla da hareketle, vatandaşlığın kanun yoluyla veya yetkili makam kararı ile kaybedilme hallerini tahdidî olarak belirlemiştir¹⁰². Ancak, belirtmek gerekir ki, Sözleşme m.29 uyarınca ve Sözleşme'nin konu ve amacına uygun olmak kaydıyla, taraf devletler vatandaşlığın kaybı hallerine ilişkin çekince koyabilirler¹⁰³.

İşte Sözleşme m.7 fıkra 1 (f) bendinde soybağının sonradan ortadan kalkması halini de kapsayan vatandaşlığın kaybı hali düzenlenmiştir. Bu bentte, ilgili ergin olana kadar gerçekleşmesi şartıyla, iç hukukta düzenlenmiş ve vatandaşlığın *ex lege* kazanılmasını sağlayan ön şartların artık yerine getirilmiyor olması hali bir vatandaşlık kaybı durumu olarak öngörülmüştür¹⁰⁴. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, eğer çocuk vatansız kalacaksa, taraf devletin iç hukukunda bu durumu bir vatandaşlığın kaybı hali olarak düzenleyemeyeceği belirtilmiştir. Böylelikle, bu vatandaşlığın kaybı hali sebebiyle çocuğun vatansız kalmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Ayrıca, Sözleşme hakkında Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış açıklayıcı raporda Sözleşme m.7 hakkında şu genel açıklamalar yapılmıştır: bu madde, vatandaşlığın kanunen veya yetkili makam kararıyla kaybına ilişkin sınırlı sayıdaki halleri kapsayan bir liste sunmaktadır. Ancak, bu maddede sayılan hallerde zorunlu olarak vatandaşlığın kaybının gerçekleşeceği düşünülmemelidir¹⁰⁵. Bu hallerden biri gerçekleşse bile taraf devletler milli hukuklarında ilgili kişinin vatandaşlığını

100 Örneğin, Genel Gereke, s 3: “*Ülkemiz bu sözleşmeyi henüz imzalamamakla birlikte, Avrupa Birliği üyeliği sürecinde ülkemizin gündemine gelmesi muhtemel görünmektedir. Çünkü Avrupa Birliği düzeyinde yapılan değerlendirmelerde vatandaşlık alanında Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin temel alınması gerektiği yönünde eğitim ağırlık kazanmıştır*”

101 Tanrıbilir, ‘Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku’ (n 98) 805; Feriha Bilge Tanrıbilir, ‘Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’, in *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (TBB Yayınları 2009) 109; Güngör, ‘Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ (n 98) 239.

102 Tanrıbilir, ‘Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku’ (n 98) 806; Güngör, ‘Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’ (n 98) 240; De Groot (n 98) 127 and 139; Scharer (n 98) 448.

103 De Groot (n 98) 127.

104 Sözleşme m 7, f 1, f: “*where it is established during the minority of a child that the preconditions laid down by internal law which led to the ex lege acquisition of the nationality of the State Party are no longer fulfilled*”. Ayrıca, bkz Nimet Özbek, *Türk Vatandaşlık Hukukunda İlgilinin İstemi Gerekmezsiniz Türk Vatandaşlığıyla İlişkinin Kesilmesi* (1st edn, Yetkin Yayınları 2019) 50; De Groot (n 98) 143.

105 Council of Europe, European Treaty Series - No. 166, Explanatory Report to the European Convention on Nationality 10 <rm.coe.int/16800ccde7> Erişim Tarihi 27 July 2021.

kaybetmeyeceğini öngörebilir¹⁰⁶. Bir başka ifadeyle, taraf devletler kendi iç hukuklarında Sözleşme'ye göre daha lehte düzenlemeler yaparak, madde 7'deki durumlar gerçekleşmesine rağmen ilgili devlet vatandaşlığının kaybedilmeyeceğine yönelik düzenlemeler getirebilirler¹⁰⁷.

Aynı açıklayıcı raporda yukarıda belirttiğimiz (f) bendi özelinde şu açıklamalar yapılmıştır¹⁰⁸: genel olarak, (f) bendinin çocuğun medeni halinde gerçekleşen değişikliklerle vatandaşlığını kazanmasını sağlayan ön şartların sonradan ortadan kalkması, kaybolması hallerini kapsadığı belirtilmektedir. Aslına bakılırsa, açıklayıcı raporda tam olarak bizim incelediğimiz örneğe de yer verilmiştir. Buna göre, bazı milli hukuklarda, çocuğun ana veya babasına bağlı olarak soybağı esasıyla vatandaşlık kazanması ama sonradan çocuğa vatandaşlığı sağlayan kişinin çocuğun gerçek anası veya babası olmadığı ortaya çıkması halinde çocuğun vatandaşlığını kaybedebileceğinin öngörüldüğü belirtilmiştir. Ancak, bu sonucun gerçekleşmesi için çocuğun vatansız kalmaması şartı yerine getirilmelidir. Ayrıca, bu yolla vatandaşlığın kaybı halinin ne şekilde hukuki etki doğuracağı, bir başka ifade ile vatandaşlığın kaybı halinin geçmişe dönük (*ex tunc*) mü yoksa karar tarihinden itibaren (*ex nunc*) mi etki doğuracağı, taraf devletlerin iç hukuklarına bırakıldığı açıklanmıştır¹⁰⁹.

Böylelikle, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi çerçevesinde, soybağının ortadan kalkmasının çocuğun vatandaşlığı üzerindeki olası etkileri açısından üç opsiyon olduğu sonucuna varılmaktadır. İlk olarak, taraf devlet bu durumu bir vatandaşlığın kaybı hali olarak öngörmeyebilir. İkinci olarak, bu durum bir vatandaşlığın kaybı hali olarak öngörülmekle birlikte, bu kayıp, soybağının ortadan kalkmasına ilişkin karar tarihinden itibaren geleceğe yönelik etki doğuracak şekilde düzenlenebilir. Son olarak, vatandaşlığın kaybı geçmişe etkili olarak düzenlenebilir. *Ex tunc* etkinin kabul edilmesi durumunda, çocuk doğum tarihinden itibaren ilgili ülkenin vatandaşlığını hiç kazanmamış gibi kabul edilecektir. Son iki opsiyon açısından, çocuğun vatansız kalmaması şartının gözetilmesi gerekecektir.

Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, taraf devletler Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ni imzalarken bu maddeye ilişkin olarak çekince koyabilirler. Örneğin, Avusturya m.7 fıkra 1 (f) bendi açısından koymuş olduğu çekince ile, Avusturya vatandaşlığının kazanılmasını sağlayan önşartın ortadan kalkması açısından zaman sınırlamasını kabul etmemiştir. Bir başka ifade ile, söz konusu soybağı ilişkisi kişi ergin olduktan sonra ortadan kalksa bile Avusturya vatandaşlığı sona erecektir¹¹⁰. Benzer bir çekince Almanya tarafından da koyulmuştur¹¹¹.

106 Tanrıbilir, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Tasarı' (n 100) 111.

107 Scharer (n 98) 448.

108 Explanatory Report (n 104) 12.

109 ibid 12.

110 De Groot (n 98) 144; <www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166/declarations?p_auth=qOqt399T> Erişim Tarihi 27 July 2021.

111 <www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166/declarations?p_auth=qOqt399T> Erişim Tarihi 27 July 2021.

2. İsviçre ve Fransız Vatandaşlık Hukuklarındaki Düzenlemeler

Soybağının ortadan kalkmasının ilgilinin vatandaşlığı üzerindeki etkileri açısından yabancı hukuklarla karşılaştırmalı bir incelemenin yapılması çalışmamız ve özellikle Türk vatandaşlığına ilişkin değerlendirmelerimiz açısından faydalı olacaktır. Bu başlık altında İsviçre ve Fransız hukuklarındaki düzenlemeler incelenmiştir¹¹².

a. İsviçre Vatandaşlık Hukuku Düzenlemesi

İsviçre hukukunun vatandaşlığa ilişkin düzenlemeleri 20 Haziran 2014 tarihli İsviçre Vatandaşlığı Hakkında Kanun'da yer almaktadır¹¹³. Bu kanunun birinci maddesinde İsviçre vatandaşlığının kanunen kazanılmasını sağlayan temel yol olarak soybağı esasının benimsendiği görülmektedir. Bir başka ifadeyle, TVK'da olduğu gibi, soybağı yoluyla İsviçre vatandaşlığı ilgili kişinin talebine veya bir yetkili makam kararına gerek olmadan kendiliğinden ve doğum tarihinden itibaren kazanılmaktadır¹¹⁴.

Konumuz açısından, İsviçre Vatandaşlığı Hakkında Kanun'un beşinci maddesi açık bir düzenleme getirmektedir. İlk olarak, bu madde, İsviçre Vatandaşlığı Hakkında Kanun'un vatandaşlığın kanun uyarınca kaybedilmesi başlığını taşıyan ikinci bölümü altında yer almaktadır. Madde 5 uyarınca, çocuk ile o çocuğa İsviçre vatandaşlığını sağlayan ebeveyni arasında soybağının, kanunun kullandığı ifadeyle, iptal edilmesi halinde, çocuğun İsviçre vatandaşlığını kaybedeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemede soybağının iptali halinde İsviçre vatandaşlığının yine kanun uyarınca ve kendiliğinden kaybı söz konusudur. Çocuğun vatandaşlığının kaybının tek istisnası vatansız kalacak olmasıdır¹¹⁵.

Bu düzenleme açısından değerlendirilmesi gereken bir başka konu vatandaşlığın kaybı açısından bir zaman kısıtlamasının olup olmadığıdır. Çocuk ile örneğin İsviçre vatandaşı baba arasında soybağının çocuğun erginliğinden sonra ortadan kalkması halinde, bu durum vatandaşlık üzerinde etki doğuracak mıdır? İsviçre hukuku, soybağının ortadan kalkması durumunda, çocuğun yaşından bağımsız olarak İsviçre vatandaşlığını kaybedeceğini kabul etmektedir. Kanunun gerekçesinde bu sonuç açıkça belirtilmiştir¹¹⁶. Bir başka ifadeyle, soybağının iptalinin vatandaşlık üzerindeki etkisi üzerinde çocuğun yaşı bakımından bir sınırlama getirilmemiştir ve tek istisna yukarıda da belirtildiği gibi ilgilinin vatansız kalacak olmasıdır¹¹⁷.

112 Alman Hukuku açısından inceleme için bkz Işıl Egemen Demir, 'İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları', (2018) 139 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 129, 157-158.

113 Kanun metni için bkz <www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20092990/index.html> Erişim Tarihi 27 July 2021.

114 Céline Gutzwiller, *Droit de la nationalité suisse* (1st edn, Schulthess 2016) 23.

115 Gutzwiller (n 113) 24; Astrid Dapples, *Abrégé de droit civil, Bölüm 11, La nationalité suisse* (4th edn, Schulthess 2020) 743.

116 Bkz Message, FF 1987 III 285, 295 <www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10105263> Erişim Tarihi 27 July 2021.

117 Gutzwiller (n 113) 24.

İsviçre vatandaşlık hukukunda yer alan ve herhangi bir yaş sınırı olmadan vatandaşlığın kaybedileceğine ilişkin bu düzenlemenin Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m.7 fıkra 1 (f)'ye aykırılık oluşturduğu düşünülebilir. Ancak, her ne kadar İsviçre 6 Mayıs 1963 tarihinden beri Avrupa Konseyi'nin üyesi bir devlet olsa da Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne taraf değildir.

b. Fransız Vatandaşlık Hukuku Düzenlemesi

Fransız vatandaşlığına ilişkin temel düzenlemeler Fransız Medeni Kanunu'nda yer almaktadır¹¹⁸. Fransız Medeni Kanunu m.18, Fransız vatandaşlığı kazanılmasında esas yolun soybağı esası olduğunu düzenlemektedir. Bu madde uyarınca, ebeveynlerinden en az biri Fransız vatandaşı ise çocuk da Fransız vatandaşıdır¹¹⁹. Kanunun 20. maddesi birinci fıkrası uyarınca, Fransız vatandaşı kişi ile çocuk arasında soybağı sonradan kurulsa bile, çocuk doğum tarihinden itibaren Fransız vatandaşıdır. Çalışmamızın temel konusunu oluşturan soybağının ortadan kalkmasının vatandaşlık üzerindeki etkisi hakkında düzenleme ise aynı kanunun 20-1 maddesinde yer almaktadır. Bu madde, çocuğun soybağının onun vatandaşlığı üzerinde etki doğurabilmesi için erginlik öncesinde kurulması gerektiğini düzenler. Bu maddeden hareketle iki sonuca varılmaktadır. İlk olarak, çocuğun Fransız vatandaşlığını kazanabilmesi için çocuk ile Fransız vatandaşı kişi arasındaki soybağının çocuğun erginliği öncesinde kurulmuş olması gerekmektedir¹²⁰. Fransız doktrini, soybağı yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında bu yönde bir yaş sınırı getirilmesini iki sebebe dayandırmaktadır: çocuğun menşe vatandaşlığının hızlı bir şekilde, en geç erginlik öncesinde ve nihai olarak belirlenmesi gerekir ve bu yaş sınırı soybağı yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında çocuğun Fransız eğitim çevresinde ebeveyni tarafından yetiştirilmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu eğitim amacının gerçekleştirilebilmesi çocuğun küçüklüğü boyunca mümkün olmaktadır¹²¹.

İkinci olarak, kanunun 20-1 maddesi çalışmamızın esas konusu olan soybağının sonradan ortadan kalkmasının vatandaşlık üzerindeki etkisi açısından da bir sonuç doğurmaktadır. Bu hüküm, yukarıda incelemiş olduğumuz İsviçre hukuku düzenlemesi gibi açık bir düzenleme sunmamaktadır. Ancak, Fransız doktrininde de belirtildiği üzere, bu hükmün mefhumu muhalifinden hareketle soybağının çocuk on sekiz yaşına ulaştıktan sonra ortadan kalkması halinde çocuğun Fransız vatandaşlığı bu durumdan etkilenmeyecektir¹²². Bir başka ifadeyle, çocuk ile ona Fransız vatandaşlığı sağlayan ebeveyni arasındaki soybağının sonradan ortadan kalkması ancak çocuğun erginliği

118 <www.legifrance.gouv.fr/codes/section_1c/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136066?codeTitle=civil#LEGI_SCTA000006136066> Erişim Tarihi 27 July 2021.

119 Fabienne Jault-Seseke, Sabine Corneloup and Ségolène Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers* (1st edn, PUF 2015) 120; Paul Lagarde, *Nationalité, Répertoire de droit international* (Daloz 2013) 107 vd.

120 Lagarde (n 118) 113 ve 114.

121 Jault-Seseke, Corneloup and Barbou des Places (n 118) 122; Lagarde (n 118) 113.

122 Jault-Seseke, Corneloup and Barbou des Places (n 118) 122; Lagarde (n 118) 116.

öncesinde gerçekleşirse bu durum çocuğun Fransız vatandaşlığının kaybı sonucunu doğuracaktır. Bu açıdan, Fransız hukukunun Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ndeki yaş sınırına uygun bir düzenleme getirdiği sonucuna varılacaktır. Belirtmek gerekir ki, Fransa, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ni 4 Temmuz 2000 yılında imzalamış olmakla birlikte, bu anlaşma henüz Fransa açısından yürürlüğe girmemiştir.

B. Türk Vatandaşlık Hukuku Açısından Değerlendirmeler

Karşılaştırmalı hukuk incelemesi sonrasında konumuzun Türk vatandaşlık hukuku açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu amaç doğrultusunda, ilk olarak, yürürlükteki mevzuatımız çerçevesinde sorun ortaya konulacak ve doktrinde yer alan görüşler aktarılacaktır. Devamında, hukuki sebeplerle vatandaşlığın sona ermesinde kanun koyucunun yaklaşımına işaret sunması adına, evlat edinmenin sona ermesinin Türk vatandaşlığı üzerinde etki doğurmaması açıklanacaktır. Son olarak, çalışma konumuz açısından değerlendirmelerimiz sunulacaktır.

a. Sorunun ortaya konulması ve doktrindeki görüşler

Yukarıda yer alan örnekte belirttiğimiz gibi, çocuk ile ona Türk vatandaşlığını sağlayan Türk vatandaşı baba arasındaki soybağının sonradan ortadan kalkması durumunda, bu durumun çocuğun Türk vatandaşlığı üzerindeki olası etkileri Türk hukuku açısından ele alınmalıdır. Böyle bir durumda, çocuğun Türk vatandaşlığı sona ermeli midir ve bu sorumuzun cevabı evet ise, hangi şartlar dahilinde sona ermelidir? Eğer Türk vatandaşlığının devam edeceği sonucuna varılacaksa bu sonucun gerekçeleri neler olabilir? İşte, çalışmamızın bu bölümünde bu soruların cevapları aranacaktır.

İlk olarak, ne TVK ne de Yönetmelik soybağının ortadan kalkması durumunun soybağı yoluyla kazanılmış Türk vatandaşlığı üzerinde olumlu veya olumsuz etkilerini düzenlemektedir. Bir başka ifadeyle, soybağının ortadan kalkması durumunda Türk vatandaşlığının kaybedileceği veya muhafaza edileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Böylelikle, soybağı yoluyla kazanılmış vatandaşlık açısından, TVK'da ve Yönetmelik'te, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m.7 fıkra 1 bend (f)'nin karşılığının bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Benzer şekilde, 403 sayılı TVK'da da bu durumu karşılayan vatandaşlığın kaybına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı¹²³.

İkinci olarak, sorumuz açısından dikkate alınması gereken bir başka düzenleme 29 Eylül 2006 tarihli ve 2006/11081 numaralı Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'tir¹²⁴. Bu yönetmeliğin 104. maddesinde soybağının reddi durumunda nüfus kaydında yapılacak değişikliklere ilişkin düzenlemeler yer

123 Özbe (n 103) 177; Tanrıbilir, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku' (n 98) 806; Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Hükümleri' (2008) 76 TBB Dergisi 27, 30.

124 Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Numarası: 2006/11081, Tarihi: 29.09.2006, RG 23.11.2006/26355.

almaktadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrası şu şekildedir: “*Soybağı reddedilen çocuğun anasının yabancı uyruklu olduğunun mahkeme kararında belirtilmesi veya anasının yabancı uyruklu olması nedeniyle aile kütüklerinde kayıtlı olmaması ya da ana ve babasının yabancı uyruklu olduğunun belirlenmesi halinde; soybağı reddedilen çocuğun çıkartılacak aile nüfus kayıt örneği ile mahkeme kararının tasdikli bir sureti vatandaşlık incelemesi yapılmak üzere Bakanlığa gönderilir, Bakanlıkça verilecek karara göre işlem yapılır*”. Böylelikle, Türk vatandaşı baba ile çocuk arasında soybağının reddi kararından sonra, çocuğun vatandaşlık durumuna ilişkin kayıt yapılmadan önce konunun incelenmesi ve karara bağlanması için Bakanlığa gönderileceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.110 fıkra 2 bend (d)’de tanımanın iptali durumunda çocuğun tanıma yoluyla elde etmiş olduğu Türk vatandaşlığını koruyup korumayacağına tespiti amacıyla yine Bakanlığa başvurulacağı ve Bakanlığın talimatına göre işlem yapılacağı düzenlenmiştir¹²⁵. İlgili yönetmelikte yer alan bu düzenlemelerden hareketle soybağının ortadan kalkmasının vatandaşlık üzerinde etki doğurup doğurmayacağı sorusunun bir olasılık olarak dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu düzenlemelerde Bakanlığa başvurulacağı ve Bakanlığın kararına göre nüfus işleminin yapılacağı düzenlenmişse de Türk vatandaşlığı mevzuatımızda bu konuya ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum bir hukuki belirsizlik yaratmaktadır.

Çalışma konumuz Türk doktrininde bazı yazarlar tarafından inceleme konusu edilmiştir. Güngör’e göre soybağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması kendiliğinden ve doğum anından itibaren hüküm ifade edecektir. Ancak, bu yolla vatandaşlığın kazanılması soybağının kurulması şartına bağlıdır. Bu sebeple, yazara göre, “*soybağı ilişkisi iptal ya da reddedilen kişi bakımından aslında soybağı hiç kurulmamış kabul edilerek, idarenin Türk vatandaşlığının başlangıçtan itibaren kazanılmamış olduğunu tespit eden bir karar alması yeterli olacaktır*”¹²⁶. Yazar, idare tarafından alınacak bu kararın, vatandaşlığının “*soybağı ile kazanıldığına ilişkin olarak daha önce alınmış tespit kararının geri alınması*” anlamını taşıyacak bir karar olduğunu belirtmiştir ve vatandaşlık kararının geri alınmasına ilişkin TVK m.40 fıkra 1 ve on sekiz yaşını tamamladıktan sonra doğuma ilişkin yurt dışından yapılan bildirimlerle ilişkin Yönetmelik m.8/1’e göndermede bulunmuştur¹²⁷. Yazar, bu kararın “*hukuki istikrar açısından tartışmaya açık*” olduğunu ayrıca belirtmektedir¹²⁸.

Benzer şekilde, Doğan’a göre, soybağının iptali kararı kurucu yenilik doğuran bir karardır, bu karar doğum anından itibaren hüküm ve sonuç doğurur. “*Hal böyle olunca, çocuğun, soybağının kurulmasına bağlı olarak kazanmış olduğu vatandaşlık*

125 Ayrıca, bkz Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.110 fıkra 2, e, 1.

126 Güngör (n 1) 68.

127 Güngör (n 1) 68. Ayrıca, bkz Güngör (n 1) 219, dipnot 596.

128 ibid 68.

*da sona erecektir*¹²⁹. Bu sebeple, idarenin TVK m.40 hükmüne istinaden çocuğun Türk vatandaşlığına ilişkin bir tespit kararı alması gerektiği savunulmuştur.

Tanrıbilir, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile TVK hükümlerini karşılaştırdığı çalışmasında, TVK’da Türk vatandaşlığının kendiliğinden sona ermesine ilişkin herhangi bir düzenlemenin mevcut olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, bu durum, Türk vatandaşlık hukukunun vatansızlığı önleme ilkesine verdiği değerin önemli kanıtlarından bir tanesini oluşturmaktadır¹³⁰.

b. Evlat Edinmenin Sona Ermesinin Türk Vatandaşlığı Üzerinde Etki Doğurmaması

Soybağının ortadan kalkmasının Türk vatandaşlığı üzerindeki olası etkileri hakkında değerlendirmemizi yapmadan evvel evlat edinmenin sona ermesinin vatandaşlık üzerindeki etkisine ilişkin düzenlemeyi incelemek faydalı olacaktır. Bu incelemenin, kanun koyucunun yaklaşımı açısından bazı işaretler sunacağı kanaatindeyiz. Ancak, öncelikle bir hususun altı çizilmelidir. TVK ve Yönetmelik’te farklı hukuki müesseseler (özellikle vatandaşlığın kazanılması ve kaybı halleri) hakkında karşılaştırma yapılırken, son derece titiz davranılmalı, bu hukuki müesseseler arasındaki farklar dikkate alınmalı ve kanun koyucu tarafından farklı konulara ilişkin düzenlemeler yapıldığı unutulmamalıdır. Bu sebeple, evlat edinme açısından getirilen düzenlemeler sadece karşılaştırma yapmak ve kanun koyucunun yaklaşımını yorumlayabilmek adına değerlendirilmelidir. Kanunilik ilkesinden de hareketle, *“hakkında kanuni düzenleme olmayan bir durumda benzer duruma ilişkin bir kuralın uygulanması suretiyle bir kişinin Türk vatandaşlığı kazanması veya kaybetmesi söz konusu edilemez”*¹³¹. Bir başka ifadeyle, kanun koyucunun evlat edinme açısından benimsediği yaklaşım doğrudan doğruya soybağı konusuna uygulanamaz. Evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin hükümlerin bu açıklamalarımız çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamak isteriz.

Evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, TVK m.9 uyarınca Türk vatandaşlığının sonradan kazılması hallerinden birini teşkil etmektedir. TVK m.17’de belirtildiği gibi, evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılması, soybağı yolundan farklı olarak, yetkili makamın milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından incelemelerde bulunduğu ve yetkili makamın vatandaşlığa ilişkin kararının bulunduğu bir vatandaşlık kazanma yoludur.

TVK’da, evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığı kazanıldıktan sonra, evlat edinilen ve evlat edinilen arasındaki evlatlık ilişkisinin sona ermesi halinde evlat edinilen

129 Doğan (n 1) 52.

130 Tanrıbilir, ‘Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Tasarı’ (n 100) 111.

131 Güngör (n 1) 52.

kişinin Türk vatandaşlığının akıbeti hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, bu konu açısından bir düzenleme Yönetmelik m.32 fıkra 2’de Şu ifadelerle yer almaktadır: “*Evlat edinilen kişi, Türk vatandaşlığını kazandıktan sonra evlat edinen ile arasındaki evlatlık ilişkisinin herhangi bir Şekilde son bulması halinde, Türk vatandaşlığını muhafaza eder*”. Bir başka deyişle, evlat edinilen kişi, evlatlık ilişkisi son bulsa da sonradan kazandığı Türk vatandaşlığını muhafaza edecektir.

Yönetmelik’te yer alan bu düzenlemenin incelenmesi neticesinde Şu sonuçlara varılmaktadır: evlatlık ilişkisinin sona ermesi bir vatandaşlığının kaybı hali olarak TVK’da düzenlenmemiştir; TVK’da bir düzenleme olmamasına rağmen Yönetmelik’te açıklayıcı bir hüküm getirilmiştir; son olarak, evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılması bir sonradan kazanma yolu olmasına rağmen, evlatlık ilişkisi son bulması halinde ilgili kişi Türk vatandaşı kalmaya devam edecektir. Bir başka ifadeyle, evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması yolunun temelini oluşturan evlat edinme işlemi sonradan ortadan kalksa dahi, bu durum ilgili kişinin Türk vatandaşlığı üzerinde bir etki yaratmayacaktır. Bu noktada, TMK m.317 ve m.318’de evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının düzenlendiğini, ancak, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının geçmişe veya geleceğe dönük etki doğuracağı konusunda düzenleme bulunmadığını belirtmek gerekir. Doktrinde iki görüşün de savunulduğu anlařılmaktadır¹³². Dural’a göre, evlat edinmenin kaldırılmasına yönelik mahkeme kararı, bozucu yenilik doğuran dava niteliğindeki iptal kararı niteliğindedir. Bu karar geçmişe etkili olarak evlat edinme ilişkisini geçersiz hale getirecektir¹³³.

Sonuç olarak, evlatlık ilişkisinin son bulması halinde, evlat edinilmiş kişinin belirli bir süre Türk vatandaşı olarak kalmış olması gibi bir Şart aranmadan, sonradan kazandığı Türk vatandaşlığını muhafaza edeceği sonucuna varılmaktadır. Bu durum, Türk vatandaşlığının devamlılığının sağlanmasının amaçlandığı Şeklinde yorumlanmalıdır.

c. Sorunun Değerlendirilmesi

Bu başlık altında üç konu incelenecektir. İlk olarak, yürürlükteki mevzuat çerçevesinde sorumuza ilişkin görüşümüz aktarılacaktır. İkinci olarak, eğer yapılacak olan bir düzenleme ile soybağının ortadan kalkması neticesinde Türk vatandaşlığının sona ermesi isteniyorsa, bu düzenleme açısından dikkat edilmesi gereken hususlar belirtilecektir. Son olarak, kanaatimizce, soybağının ortadan kalkması halinde ilgili kişi Türk vatandaşlığını muhafaza etmelidir. Bu görüşümüzün dayanakları ve Yönetmelik’te bu yönde açıklayıcı bir hüküm getirilmesi gerekliliğine ilişkin çözümlerimiz ortaya konulacaktır.

132 Gözde Çağlayan Ayđın, ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Evlatlık İlişkisinin Kaldırılması’ (2019) 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407, 425.

133 Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 340, 342 ve 344. Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının geçmişe dönük sonuç doğurmadığı görüşü için bkz Akıntürk and Ateş Karaman (n 61) 389; Murat Aydoğdu, *Evlat Edinme* (2nd edn, Adalet 2009) (Dural, Öğüz and Gümüş (n 61) 342, dipnot 296’dan naklen).

Soybağının ortadan kalkmasının Türk vatandaşlığı üzerinde olası etkileri mevcut düzenleme açısından değerlendirildiğinde, ilgilinin Türk vatandaşlığının devam etmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Mevcut düzenleme açısından ulaştığımız bu sonucun iki temel dayanağı bulunmaktadır. İlk olarak, yukarıda açıklamış olduğumuz ve Anayasa’da güvence altına alınan kanunilik ilkesi gereğince Türk vatandaşlığı “*ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir*”. TVK’da bu durum bir vatandaşlık kaybı hali olarak öngörülmediğinden soybağının ortadan kalkması ilgilinin soybağı yoluyla ve kendiliğinden kazanmış olduğu Türk vatandaşlığı üzerinde herhangi bir etki doğurmamalıdır.

İkinci olarak, soybağı esası uyarınca ilgilinin kendiliğinden kazanmış olduğu bir vatandaşlık söz konusudur. Bir başka ifadeyle, bu yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasında herhangi bir yetkili makam kararı mevcut değildir. Türk vatandaşlığı kanunen kazanılmıştır. Vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin ortada bir yetkili makam kararı bulunmamaktadır. Soybağının sonradan ortadan kalkması sebebiyle Türk vatandaşlığının kaybı sonucunun doğabilmesi için TVK m.30 uyarınca Türk vatandaşlığını kazanma kararının iptali yoluna¹³⁴ veya (ve özellikle) TVK m.40 uyarınca Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararın geri alınması¹³⁵ yoluna başvurulamaz.

Yukarıda incelediğimiz iki özel durum olan saklı nüfus ve on sekiz yaşından sonra yurtdışından yapılan bildirimlere ilişkin düzenlemeler açısından geri alma yolunun düşünülmesi durumunda ise, değerlendirmelerimiz ışığında, bu iki durum açısından da vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin bir karar bulunmadığının altı çizilmelidir. Söz konusu olan zaten soybağı yoluyla kendiliğinden kazanılmış olan Türk vatandaşlığının aile kütüğüne tescilinin yapılmasıdır. Böylelikle, Yönetmelik m.8 uyarınca yurt dışında yaşayan ve on sekiz yaşını tamamladığı halde doğumuna ilişkin bildirimde bulunulmayan kişiler açısından geri alma yoluna başvurulabileceği yönündeki görüş de kanaatimizce reddedilmelidir. Eğer bu kişiler açısından vatandaşlık kazanılmasına yönelik bir idari kararın mevcut olduğu ve bu kararın geri alınabileceği görüşü kabul edilirse, soybağının ortadan kalkmasının vatandaşlık üzerindeki etkileri açısından Yönetmelik m.8 kapsamında olanlar ve olmayanlar arasında farklı bir uygulama yaratılmış olacaktır. İlk gruptakiler vatandaşlıklarını kaybedecekken, ikinci gruptakiler muhafaza edecektir. Son olarak, Yönetmelik m.66 uyarınca “*Geri alınan karar, ilk*

¹³⁴ Vatandaşlığa alınma kararının iptali hakkında bkz Turhan and Tanrıbilir (n 1) 103 vd; Doğan (n 1) 142 vd; Tiryakioğlu (n 21) 59 vd; Erdem (n 4) 257 vd; Tanrıbilir, ‘Tasarı Vatandaşlığın Kaybı’ (n 122) 50; Özbek (n 103) 155 vd; Tarman (n 4) 1080; Arzu Alibaba, ‘Türk Vatandaşlığının İrade Dışı Kaybı ve İnsan Hakları’ in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 54; Cemil Güner, ‘Türk Vatandaşlığını Kazanma Kararının İptaline İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış’, in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 61. Ayrıca idare hukuku ve vatandaşlık hukukunda iptal ve geri alma kavramlarına yüklenen farklı anlamlar açısından bkz Egemen Demir (n 111) 129

¹³⁵ Vatandaşlığa alınma kararının geri alınması hakkında bkz Turhan and Tanrıbilir (n 1) 105; Doğan (n 1) 207-208; Özbek (n 103) 164 vd; Erdem (n 4) 290; Egemen Demir (n 111) 155 vd; Tanrıbilir, ‘Tasarı Vatandaşlığın Kaybı’ (n 122) 55; Alibaba (n 133) 56; Tarman (n 4) 1080.

karar tarihinden itibaren hükümsüz hale gelir". Geri alma kararının geçmişe dönük etki doğuracağı dikkate alındığında bu sonucun hukuki istikrar ve hukuk güvenliği açısından sorun yaratmaya elverişli olduğu ortadadır¹³⁶. Bu sebeplerle, soybağının ortadan kalkması sebebiyle Türk vatandaşlığının kaybı sonucunu elde etmek için iptal veya geri alma yoluna gidilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Türk hukukunda, soybağının ortadan kalkması neticesinde ilgilinin soybağı yoluyla kazanmış olduğu Türk vatandaşlığının da kaybı sonucunun doğmasının istenmesi durumunda iki hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. İlk olarak, kanunilik prensibinden hareketle, bu vatandaşlık kaybı halinin açık bir şekilde kanunda yer alması gerekir. İkinci olarak, bu olasılıkta vatandaşlığın kaybı yolu, Türk vatandaşlığına alınma kararının iptali, geri alınması veya Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi olmamalıdır. Kanunen kazanılmış olan Türk vatandaşlığının, sonradan hukuki şartlarının mevcut olmadığına ortaya çıkması sebebiyle (soybağının sonradan ortadan kalkması) kanunen vatandaşlığın kaybı şeklinde ayrı bir olasılık TVK'da açıkça yer almalıdır. Ancak, bu durumda dahi Türk vatandaşlığının kaybı sonucunun doğabilmesi için kanaatimizce bazı şartların aranması gerekir.

Bu şartlardan ilki, ilgilinin bu sebeple vatansız kalmayacak olmasıdır. Bilindiği gibi herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır ilkesinden hareketle vatansızlığın önlenmesine yönelik yaklaşım TVK'da da benimsenmiştir¹³⁷. Ayrıca, birçok uluslararası sözleşme vatansızlığın önlenmesine yönelik düzenlemeler getirmektedir. Bu uluslararası sözleşmelerin başında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si m.15, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.7 ve 8, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi¹³⁸ m.4 ve Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme gelmektedir.

İkinci şart ise, Avrupa vatandaşlık sözleşmesi ve Fransız hukukunda da arandığı üzere, vatandaşlığın kaybı sonucu doğmasının belirli bir süre ile sınırlanmasıdır. Bu şartın temel gerekçesi, belirli bir süre bir devletin vatandaşı olarak kabul edilmiş ve vatanadaş olarak hayatını sürdürmüş bir kişinin sonradan ve geçmişe dönük olarak vatandaşlığını kaybetmesinin hukuki açıdan yaratacağı belirsizliklerin ve ilgili kişi açısından sebep olacağı olumsuzlukların engellenmesi fikrine dayanmaktadır. Soybağının ortadan kalkmasının vatandaşlığın kaybı sonucu doğurmasında süre sınırlaması açısından Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Fransız hukukundaki düzenlemelere yukarıda yer vermiştik. İlave olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 9 Aralık 2009 tarihli CM/Rec(2009)13 sayılı Çocukların Vatandaşlığı

136 Ayrıca bkz Güngör (n 1) 68.

137 Turhan and Tanrıbilir (n 1) 30; Doğan (n 1) 29; Vahit Doğan, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı – Avrupa Topluluğu Hukuku Açısından Bir Değerlendirme – Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna Katılım Süreci', in *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (TBB Yayınları 2009) 149. Ayrıca bkz Aybay (n 11) 56.

138 Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi hakkında ayrıca bkz Tanrıbilir, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Tasarı' (n 100) 100; Tanrıbilir, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku' (n 98) 795; Güngör, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi' (n 98) 234; Özbek (n 103) 38.

Hakkında Tavsiye Kararı'ndan da bahsetmek faydalı olacaktır¹³⁹. Bu tavsiye kararında öncelikle çocukların vatansızlığının önlenmesi amacı açık bir şekilde belirtilmiştir. Tavsiye kararında yer alan çocukların vatandaşlığı hakkında 18. prensipte ise belirli bir süre boyunca ve iyiniyetli olarak vatandaş olarak muamele görmüş çocukların sonradan vatandaşlık kazanmamış oldukları açıklanmamalıdır denilmektedir. Tavsiye kararının açıklayıcı metninde Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m.7 fıkra 1 (f) bendinde öngörülmüş olan yaş sınırı açısından da dikkat çeken değerlendirmeler yapılmıştır¹⁴⁰. Açıklayıcı metinde, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi madde 7 fıkra 1 (f) bendinde belirtilen yaş sınırı açısından ciddi kuşuların meydana geldiği belirtilmiş, belirli bir süre boyunca ve hukuka uygun olarak vatandaş olarak kabul edilen çocuğun sonradan vatandaşlığını kaybetmesinin yerindeliliğinin tartışılabileceği belirtilmiştir. Açıklayıcı metinde vurgulandığı üzere, bu durum, özellikle, çocuğun vatandaşlığının vatandaş olduğu devletin mevzuatı uyarınca yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanılması için öngörülmüş olan ikamet süresinden uzun bir süre devam etmiş olması halinde söz konusu olacaktır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m.6 fıkra 3 uyarınca, bu süre on yılı aşamaz. Ayrıca, çocuğun menfaatini gözeterek yaklaşımdan hareketle bu zaman sınırının daha da kısa tutulabileceği belirtilmektedir¹⁴¹.

Kanaatimizce, yeni bir düzenleme yapılacaksa da bu düzenleme Türk vatandaşlığının kaybı şeklinde değil, herhangi bir kaybın söz konusu olmadığı açıkça belirtildiği bir düzenleme şeklinde olmalıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, kanun koyucu bu durumu bir vatandaşlığın kaybı hali olarak öngörmemiştir. Ayrıca, evlat edinme açısından yaptığımız açıklamalarda da görüldüğü gibi, evlat edinmenin sona ermesi halinde Türk vatandaşlığının etkilenmeyeceğinin kabul edilmiş olması Türk vatandaşlık hukukunda benimsenen yaklaşımı ortaya koymaktadır. Benzer bir yaklaşımın, vatandaşlığın kendiliğinden kazanılma hali olan soybağı yoluyla kazanılan Türk vatandaşlığı açısından benimsenmemesi için herhangi bir sebep bulunmamaktadır ve hatta evleviyetle benimsenmesi gerekmektedir. Bu çözüm hem hukuk düzeninin genel menfaatine hem ilgilinin özel menfaatine uygun düşecektir. Vatandaşlık gibi, kişi ile devlet arasında hukuki bağı tesis eden bir alanda, belirsizliklerin ortadan kaldırılması, hukuki istikrarın sağlanması ve korunması son derece önemlidir. Tanrıbilir'in de belirttiği gibi "*vatandaşlık kişi ile devlet arasında sürekli bir bağdır ve bu bağın her an sona erdirilebilir olması hukuki güvenlik açısından sakıncalar doğurabilir*"¹⁴². Doğumdan itibaren Türk vatandaşı olarak kabul edilen ve hayatını bu şekilde sürdürmüş olan bir kişinin kendisine vatandaşlığını kazandıran kişi ile arasındaki soybağının sonradan ortadan kalkması neticesinde vatandaşlığını kaybetmesinin o kişi açısından olumsuz sonuçlar yaratacağı ve hukuki istikrarı zedeleyeceği açıktır.

139 <search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cff3b> Erişim Tarihi 27 July 2021.

140 Recommendation CM/Rec(2009)13, Explanatory Memorandum 30 <rm.coe.int/16807096bf> Erişim Tarihi 27 July 2021.

141 Explanatory Memorandum (n 139) 30.

142 Tanrıbilir, 'Tasarı Vatandaşlığın Kaybı' (n 122) 55.

Ayrıca, yukarıda soybağının ortadan kalkmasının TMK açısından etkilerini incelediğimiz bölümde, bu etkinin geriye dönük bir etki olduğu belirtilmişti. Ancak, bu geçmişe dönük etkinin özel hukuk alanında gerçekleştiği hatırlanmalıdır. Soybağının ortadan kalkmasının vatandaşlık hukuku alanında yaratacağı etkinin de geçmişe dönük etki olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Vatandaşlık hukuku açısından değerlendirildiğinde aile hukuku alanından farklılaşan menfaatler gündeme gelmektedir. Bu sebeplerle, özel hukuk alanındaki etkinin aynı şekilde vatandaşlık hukuku alanında doğması gibi bir zorunluluğun olmadığı kanaatindeyiz. Örneğin, doktrinde bazı yazarların savunduğu üzere evlat edinmenin sona ermesi özel hukuk alanında geçmişe dönük etki doğuracakken, evlat edinilen evlat edinme yoluyla kazandığı Türk vatandaşlığını muhafaza etmektedir. Bu durum, soybağı açısından benimsediğimiz görüşü destekler niteliktedir.

Ancak, evlat edinmenin sona ermesinde vatandaşlığın etkilenmeyeceği yönünde Yönetmelik'te yer alan açıklayıcı hükmün bir benzerinin soybağı yoluyla kazanılan vatandaşlık açısından getirilmemiş olması bir hukuki belirsizlik yaratmaktadır. Sonuç itibariyle, belirtmiş olduğumuz sebeplerle, soybağının sonradan ortadan kalkması Türk vatandaşlığının kaybı şeklinde bir etki doğurmamalıdır. İlgili kişi doğumla ve doğum tarihinden itibaren kazandığı Türk vatandaşlığını muhafaza etmelidir. Evlat edinmenin sona ermesinde olduğu gibi, bu yönde açıklayıcı bir düzenlemenin Yönetmeliğe eklenmesi hukuki öngörülebilirliği sağlamak açısından yerinde ve faydalı olacaktır.

V. Sonuç

Türk vatandaşlık hukukunda doğum ile kazanılan vatandaşlıkta soybağı esası temel yol olarak kabul edilmiştir. Çalışmamız kapsamında, kişinin soybağı esasıyla Türk vatandaşlığını kazanmasından sonra, bu vatandaşlığın kazanılmasına esas teşkil eden soybağı ilişkisinin ortadan kalkmasının ilginin Türk vatandaşlığı üzerindeki olası etkileri incelenmiştir. Bu erevede, Türk vatandaşlık hukukundaki soybağı esası, tarihsel perspektif ve yürürlükteki mevzuatımız uyarınca ortaya konulmuştur. Soybağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması Anayasal güvence altına alınmiştir. Bu yolla kazanılan vatandaşlık kanun gereği, kendiliğinden kazanılır ve doğum anından itibaren hüküm ifade eder.

TVK m.7 fıkra 3 uyarınca evlilik birliği dışında doğan ocuğun Türk vatandaşı baba dolayısıyla Türk vatandaşlığı kazanmasında cevap aradığımız sorulardan bir tanesi babanın hangi anda Türk vatandaşı olması gerektiğidir. Acaba babanın sadece doğum anında Türk vatandaşı olması yeterli midir, yoksa soybağının hukuken kurulması anında da Türk vatandaşlığına sahip olması mı gerekir? Bu soru hakkında ne TVK'da ne de Yönetmelik'te açık bir cevap bulunmamaktadır. Ancak, kanaatimizce doğum anında babanın Türk vatandaşı olması yeterli kabul edilmelidir. Soybağı yoluyla vatandaşlık

kazanılmasında Yönetmelik m.7 fıkra 1’de yer alan “yapılan bildirim üzerine doğumdan itibaren Türk vatandaşlığı kazanılır” şeklindeki düzenleme de incelenmiştir. Kanaatimizce, vatandaşlığın soybağı yoluyla kendiliğinden kazanılmasına ilave bir bildirim şartı bağlandığı şeklinde yorumlanmaya elverişli bu düzenleme çelişki yaratmaktadır ve kanunilik ilkesine aykırıdır. Bu sebeplerle, ifadenin düzeltilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde soybağı yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması açısından özel durumlar olarak adlandırdığımız saklı nüfus ve on sekiz yaşından sonra yurt dışından yapılan bildirimlerle ilişkin düzenlemeler de incelenmiştir. Bu kapsamda, saklı nüfusa ilişkin Ek Madde 1 düzenlemesi ele alınmış, yarattığı çelişkiler ve hukuki sorunlar açıklanmıştır. Kanaatimizce, bu madde doğumla kendiliğinden kazanılmış olan vatandaşlığın aile kütüğüne tescili amacını açıkça ortaya koyacak şekilde tekrar kaleme alınmalıdır. On sekiz yaşından sonra yurt dışından yapılan bildirimlerle ilişkin Yönetmelik m.8 ve 10 arasındaki düzenlemelerde söz konusu olan bu bildirimde bulunan kişinin aile kütüğüne tescil edilmesi talebidir. Kanaatimizce, bu düzenlemeler başvuru sahibinin Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin yetkili makam tarafından bir karar alınması şeklinde yorumlanmamalıdır.

Türk vatandaşlık hukuku açısından yaptığımız bu incelemede, TMK uyarınca soybağının ortadan kalkması halleri kısaca incelenmiştir. Bu inceleme neticesinde, soybağının ortadan kalkmasının özel hukuk alanında geçmişe dönük etki doğurduğu tespit edilmiştir. Söz konusu geçmişe dönük etkinin vatandaşlık hukuku alanında da aynı şekilde sonuç doğurması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Soybağının ortadan kalkmasının vatandaşlık üzerindeki olası etkilerine ilişkin değerlendirmelerimizde, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, İsviçre ve Fransız hukukundaki düzenlemeler de incelenmiştir. Bu üç düzenlemede de çalışmamızın temelini oluşturan durumun, farklı şartlara bağlı olarak, bir vatandaşlığın kaybı hali olarak yer aldığı gözlemlenmiştir.

Çalışmamızın devamında, soybağının ortadan kalkmasının Türk vatandaşlığı üzerindeki olası etkileri yürürlükteki mevzuatımız ve doktrindeki görüşler çerçevesinde incelenmiş, kanun koyucunun yaklaşımına ışık tutması adına evlat edinmenin sona ermesinin vatandaşlık üzerindeki etkileri belirtilmiş ve son olarak kendi görüşümüz açıklanmıştır. İlk olarak, ne TVK’da ne Yönetmelik’te soybağının ortadan kalkmasının vatandaşlık üzerinde olumlu veya olumsuz etki doğurması hakkında düzenleme yer almaktadır. Evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında ise, evlatlık ilişkisi herhangi bir şekilde sona ermesine rağmen evlat edinilenin Türk vatandaşlığını muhafaza edeceğine yönelik bir açıklayıcı hüküm Yönetmelik’te yer almaktadır. Bu hüküm, Türk vatandaşlığının devamlılığının sağlanmasının amaçlandığı şeklinde yorumlanmalıdır. Kanaatimizce, yürürlükteki mevzuatımız uyarınca, kendisine Türk vatandaşlığını kazandıran kişi ile

arasındaki soybağı ortadan kalkmasına rağmen ilgili kişi Türk vatandaşlığını muhafaza etmelidir. Bu görüşümüşün temel dayanağı kanunilik ilkesidir. Ayrıca, soybağı yoluyla kazanılan vatandaşlık kendiliğinden kazanılmaktadır. Bu kazanıma ilişkin bir yetkili makam kararı bulunmadığı için, iptal edilecek veya geri alınacak bir karar mevcut değildir. Buna mukabil, eğer soybağının ortadan kalkması neticesinde ilgilinin Türk vatandaşlığının kaybı sonucunun doğması kanun koyucu tarafından istenirse, bu sonucun kanunilik ilkesi gereğince açık bir şekilde ve bir kanunen (*de lege*) kayıp hali olarak TVK'da yer alması gerekir. İlaveten, bunun için ilgilinin vatansız kalmaması şartı aranmalı ve bu sonucun doğması belli bir süre (yaş sınırı) ile sınırlanmalıdır.

Kanaatimizce, Türk vatandaşlık hukuku sistematiği içerisinde yeni bir düzenleme yapılacaksa, bu düzenleme ilgilinin vatandaşlığını muhafaza etmesi yönünde olmalıdır. Evlat edinme aısından benimsenen yaklaşımın soybağı yoluyla kazanılan vatandaşlık aısından benimsenmemesi için geçerli bir sebep bulunmamaktadır. Hatta, evleviyetle ilgilinin soybağı yoluyla kazandığı Türk vatandaşlığını muhafaza etmesi gerektiği söylenebilir. Bu çözümler belirsizliklerin önüne geçilmesini ve hukuki istikrarını sağlanmasını temin edecektir.

Bu aıklamalardan hareketle, evlat edinmenin sona ermesinde vatandaşlığın sona ermeyeceğine ilişkin aıklayıcı hükme benzer şekilde, soybağının sonradan ortadan kalkmasının ilgilinin Türk vatandaşlığı üzerinde herhangi bir etki doğurmayacağına ilişkin bir hükmün Yönetmeliğe eklenmesi hukuki öngörülebilirliği sağlamak adına yerinde ve faydalı olacaktır.

Teşekkür: Bu çalışma kapsamında değerli görüşlerini ve yorumlarını benimle paylaşan ve akademik çalışmalarında her zaman bana desteğini sunan Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman'a, aile hukukuna ilişkin görüşlerini paylaşan Dr. Öğr. Üyesi Işık Öny'a ve yorumları için Ar. Gör. Meltem Ece Oba'ya teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca, bu çalışmanın kaynakça araştırmasındaki yardımlarından ötürü öğrenci asistanlarım Merve Demirkaya ve İrem Sabuncu'ya teşekkür ederim.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Acknowledgement: I would like to thank Prof. Dr. Zeynep Derya Tarman who shared her valuable views and comments with me within the scope of this study and who always supports me in my academic activities; Asst. Prof. Dr. Işık Öny who shared his views on family law with me; and Res. Asst. Meltem Ece Oba for her comments. I would also like to thank my student assistants Merve Demirkaya and İrem Sabuncu for their assistance in the bibliography research of this study.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Akıntürk T and Ateş Karaman D, *Aile Hukuku* (17th edn, Beta 2015).

Alibaba A, 'Türk Vatandaşlığının İrade Dışı Kaybı ve İnsan Hakları' in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirlı (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 39-60.

- Aybay R, *Vatandaşlık Hukuku* (1st edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2004).
- Aygül M, 'Evlad Edinme Yolu İle Vatandaşlığın Kaybedilmesi ve Kazanılması' (2012) 99 TBB Dergisi 45-80.
- Çağlayan Aygün G, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlatlık İlişkinin Kaldırılması' (2019) 5(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407-431.
- Çelikel A and Erdem B B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Dapples A, *Abrégé de droit civil, Bölüm 11, La nationalité suisse* (4th edn, Schulthess 2020) 731-750.
- Dardağan Kibar G E, Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanuniliği İlkesi' in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz, Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 3-16.
- De Groot GR, 'The European Convention on Nationality: A Step towards a Ius Commune in the Field of Nationality Law' (2000) 7 Maastricht J Eur & Comp L 117-157.
- Doğan V, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı – Avrupa Topluluğu Hukuku Açısından Bir Değerlendirme – Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna Katılım Süreci', *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (TBB Yayınları 2009) 139-155.
- Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (13th edn, Savaş Yayınevi 2016).
- Dural M, Ögüz T and Gümüş M A, *Aile Hukuku* (14th edn, Filiz Kitabevi 2019).
- Egemen Demir I, 'İdare Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Türk Vatandaşlığına Alınma Kararının İptali ve Geri Alınması Kavramları' (2018) 139 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 129-164.
- Erdem B B, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (5th edn, Beta 2016).
- Erkan M, 'Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi' (2019) 39(2) PPIL 1-32.
- Erten R, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler' (2008) 4 Ankara Barosu Dergisi 36-61.
- Erten R, '5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması', *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt I* (Turhan Kitabevi 2010) 917-960.
- Giray F K, '5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme' (2011) 8 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) 381-402.
- Gutzwiller C, *Droit de la nationalité suisse* (1st edn, Schulthess 2016).
- Güner C, 'Türk Vatandaşlığını Kazanma Kararının İptaline İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış', in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu* (Savaş 2019) 61-94.
- Güngör G, *Tâbiyet Hukuku* (7th, Yetkin 2019).
- Güngör G, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi' (1997-98) 17-18 MHB 229-250.
- Güven P, 'Türk Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması – Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Konunun Değerlendirilmesi' in Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds), *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyum (29 Şubat 2008)* (Seçkin 2008) 119-140.
- Hatemi H, *Aile Hukuku* (8th edn, 12 Levha 2020).
- Jault-Seseke F, Corneloup S. and Barbou des Places S, *Droit de la nationalité et des étrangers* (1st edn, PUF 2015).
- Lagarde P, *Nationalité, Répertoire de droit international* (Dalloz 2013).

Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (26th edn, Filiz 2019).

Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).

Öktem Çevik S, 'Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 2105-2130.

Özbek N, *Türk Vatandaşlık Hukukunda İlgilinin İstemi Gerekmeksizin Türk Vatandaşlığıyla İlişkisinin Kesilmesi* (1st edn, Yetkin Yayınları 2019).

Pekcanitez H and Yeşilırmak A, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2017).

Scharer R, 'The European Convention on Nationality' (1997) 40 German YB Int'l L 438-459.

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021).

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

Tanrıbilir F B, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Hükümleri' (2008) 76 TBB Dergisi 27-63.

Tanrıbilir F B, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı', in *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (TBB Yayınları 2009) 96-113.

Tarman Z D, '29.5.2009 Tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na Göre Vatandaşlığın Kazanılması, Kaybı ve Çok Vatandaşlık', in *Tuğrul Arat'a Armağan* (Yetkin 2012) 1063-1085.

Tiryakioğlu B, 'Yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Eleştirel Analizi', in *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (TBB Yayınları 2009) 24-66.

Turhan T and Tanrıbilir F B, *Vatandaşlık Hukuku* (1st edn, Yetkin 2010).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 9 Aralık 2009 tarihli CM/Rec(2009)13 sayılı Çocukların Vatandaşlığı Hakkında Tavsiye Kararı.

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Mücbir Sebeplerin Akreditife Etkisi

The Effects of Force Majeure on Accreditive

Vahit Doğan^{*}

Öz

Aralık 2019’da başlayan ve bütün dünyaya yayıldığı için de DSÖ tarafından yaygın salgın hastalık (pandemi) olarak ilan edilen süreç, hukuki ilişkilerin kahr ekseriyetini etkilediği gibi, milletlerarası ticarî ilişkileri de etkilemiştir. DSÖ’nün yaygın salgın hastalık ilanından sonra, hemen her ülke, salgından korunmak ya da asgarî zararlar çıkmak için bir kısım tedbirler almıştır¹. Alınan tedbirlerin ülke içi ticarî ilişkilere etkisi kadar milletlerarası ticarete de etkisi olmuştur. Bu bağlamda ülkelerin sınırlarını dış dünyaya kapatmaları ya da belli mal veya hizmetlerin ihracı ya da ithaline sınırlamalar-yasaklamalar getirilmesi milletlerarası ticarete tarafların yükümlülüklerini yerine getirmelerinin önünde önemli engeller oluşturmuştur.

Yaygın salgın hastalıktan korunmak amacı ile ülkeler tarafından alınan tedbirlerin, milletlerarası ticarete yaygın olarak kullanılan ödeme araçlarından birisi olan akreditife de etkileri olacağı muhakkaktır. Çalışmamızda, yaygın salgın hastalığın akreditife etkileri ele alınmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Akreditif, mücbir sebep, ifa imkânsızlığı, yaygın salgın hastalık, ABK, MTO

Abstract

The process that started in December 2019 and was declared a common epidemic (pandemic) by the World Health Organization (WHO) because of its worldwide prevalence has affected the majority of legal relationships as well as international commercial relationships. After the WHO’s announcement of a widespread epidemic, nearly every country has taken some measures to protect itself from the epidemic or to minimize the damage. The measures taken had an impact on international trade as well as on domestic commercial relations. In this context, countries closing their borders or imposing restrictions and prohibitions regarding the import-export of certain goods and/or services have raised major obstacles to parties fulfilling their obligations in international trade.

It is certain that the measures taken by governments to prevent the pandemic will have effects that regard the letter of credit that is one of the most important widely used payment instruments in international trade. In our study, the accreditation effects of the said pandemic will be addressed.

Keywords

Letter of credit, force majeure, impossibility of performance, pandemic, ICC, UCP

¹ Ülkemizde de, 11 Mart 2020 tarihinde ilk vakanın görülmesinden sonra bir kısım tedbirler alınmıştır. Sözleşmelere etkisi ile ilgili olarak, 7226 ve 7244 sayılı Kanunlar ve 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı genelgesinden bahsedilebilir. Ancak ele aldığımız konu ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.

^{*} Sorumlu Yazar: Vahit Doğan (Prof. Dr.), İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: dvahit@gmail.com ORCID: 0000-0001-8223-2128

Atf: Doğan V, “Mücbir Sebeplerin Akreditife Etkisi” (2021) 41(2) PPIL 559. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.943435>

Extended Summary

A letter of credit is a system that serves the buyer and seller in fulfilling the obligations that arise from contractual relationships. It especially helps the buyer fulfil debt payment in international commercial relations, especially in contracts dealing with the sale of goods. It is accepted that payment is to be made on the goods subject to the contract in the letter of credit in accordance with the document presentation. This will significantly eliminate the risks of international trade for both the buyer and seller. In this way, possible risks that may arise between the buyer and seller will be minimized. When the seller-exporter presents the documents representing the goods to the authorized bank, that party can receive the payment, while the buyer-importer is assured that no payment will be made before the presentation of the proper documents in accordance with the contract.

Although the “Letter of Credit” is defined throughout different doctrines, the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP) defines it as “any arrangement however named or described, that is irrevocable and thereby constitutes a definitive undertaking of the issuing bank to honor a complying presentation” (Art. 2).

Commercially, the parties want to secure themselves against the risk of the opposite party’s noncompliance with the contract. However, in some situations the debtor may not be able to pay their debt, and this does not always lead to a defective performance or a nonperformance. The problem of trust between parties in international trade is more intense than in domestic commercial relations. One of the parties (the seller) will send the goods to the other party (the buyer), but the seller will not know whether the other party (the buyer) will pay on time. Likewise, in the event that the cost of the goods is paid in advance, the buyer will not know whether the goods will be sent in the predetermined time and quality. Although various systems have been developed to eliminate this problem over the years, one of the most important and secure payment systems is the letter of credit, which enables performance between parties without using cash in international trade.

However, the letter of credit has not been subject to positive regulation in most countries active in international trade. This is because the Uniform Rules on Letters of Credit that the International Chamber of Commerce (ICC) has kept up-to-date since 1933 by considering the developments in international commercial relations, are accepted almost all over the world. The ICC last updated the Uniform Rules on Letters of Credit in 2007 and published Brochure Number 600, “Uniform Customs and Practice for Documentary Credit” (UCP) at that time.

These ICC regulations are accepted as the regulations embedded in the standard contracts issued by the letter of credit bank in the form of general transaction conditions. However, it is impossible to say that all aspects of the letter of credit are accounted for

in the regulations issued by the ICC. The matters excluded from the regulations will be resolved materially within the framework of the law to be determined based on the conflict of laws regulations due to the international nature of the issue. Today, the letter of credit holds an important function in terms of the development of international trade.

With the world going through a pandemic, nonessential and, sometimes, even essential works are being suspended depending on how bad the situation is in various countries. It is quite possible that debtors may not be able to pay their debts even in the event of a successful presentation that constitutes a force majeure or a circumstance that is highly unusual and unexpected. The provisions and consequences of nonperformance of the debt due to force majeure are accepted both in national law and international texts. Even hardships that do not constitute force majeure can be considered as the international regulations such as the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) and ICC suggest, considering the current pandemic. The Turkish regulation regarding hardship is in line with UNIDROIT and ICC. With the categorization of COVID-19 as a pandemic, it became necessary that the circumstances of performance with the letter of credit be interpreted accordingly. While the private relations were trying to survive the pandemic, governments closed borders, limited exports and imports, and changed work shifts as well as workdays if such conditions constituted force majeure or hardships.

It has been stipulated in UCP that the bank will not be responsible for force majeure. However, if the rules published by the ICC are contrary to the mandatory legal rules and fairness of the judge's law, these rules will not be considered. For this reason, it would be appropriate to consider the effect of force majeure on the letter of credit, considering the characteristics of the concrete case, and that the rule regarding the bank's absence of liability due to force majeure is not absolute..

I. Kavramsal Boyut

Pandemi ya da yaygın salgın hastalık; bir kıta veya tüm dünyaya, yani çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalıklara (epidemi) verilen genel addır. Yaygın salgın hastalık ilanı için, hastalığın kaynağı ve sebebi önemli olmayıp, canlıdan canlıya bulaşabilmesi yeterli olup, şahıs ve mal varlığı haklarında zarara yol açması, önlenememesi ya da önlenemesinin belli bir zamana yayılması gerekli görülmektedir². Yaygın salgın hastalık, diğer alanları olduğu gibi, ticarî hayatı da doğrudan etkilemekte ve tarafların yükümlülüklerini zamanında veya hiç yerine getirmelerine engel olmaktadır.

Kavramsal boyut başlığı altında, çalışma konumuz olan akreditif hakkında kısaca bilgi verildikten sonra, Covid 19'un yaygın salgın hastalık ilan edilmesinin hukukî ilişkilere ve özellikle akreditife etkisi, özellikle mücbir sebep olarak kabul edililmeyeceği ele alınmaya çalışılacaktır.

A. Akreditif

Tarihi süreç içinde en eski ödeme yöntemlerinden birisi olan akreditif³, milli hukuklarda düzenlenmemiş olup (milli hukukunda pozitif düzenlemeye yer veren nadir ülkelerden birisi ABD olup, UCC §5/101-118 arasında akreditife ilişkin hükümlere yer verilmiştir.), MTO tarafından yayımlanan Birörnek Kurallar çerçevesinde işlem aşamaları gerçekleştirilen bir ödeme aracıdır. MTO tarafından konuyla ilgili yapılan düzenlemelerin, istisnalar bir tarafa bırakılırsa, dünya genelinde bankalar tarafından yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir. MTO'nun akreditife ilişkin yürürlükteki düzenlemesi 2007 yılında güncellenerek yayımlanmış olan “Akreditife İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları” (ABK) başlığını taşıyan 600 sayılı broşürdür.

MTO'nun yapısı dolayısıyla, yayımlanmış olduğu kuralların hukukî niteliği hususunda görüş farklılıkları bulunmaktadır⁴. Bizim de katıldığımız hâkim anlayışa göre, genel olarak MTO kuralları, özelde ise ABK milletlerarası ticaretin kendine özgü kuralları içinde olup, pozitif hukuk kuralı olarak kabul edilmektedir⁵.

Akreditif doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır⁶. ABK'da yapılan tanımlamaya göre akreditif, “adı ve tanımlaması nasıl olursa olsun, amir bankanın

2 Bkz. <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.

3 Akreditife ilgili geniş bilgi için bkz. Wedemann, “Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch”, Schmidt K. (Hearus), (4th edn. 6 2019), H. “Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel” (1) vd. ; Jage Haas, G. Schmansky, H. Bunte ve J.H Lwowski Bankrechts Handbuch (5th edn 9 2017) 120, Vahit Doğan, Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, (4th edn 2016) , S. reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif (2nd edn 2009), A. Kaya, Belgeli Akreditife Lehdarın Hukuki Durumu (1995), Sibel Özel, Akreditif ve Hukuki Niteliği (1991), E. Göger, Akreditif Muamelesi ve Hukuki Mahiyeti (2nd edn 1980).

4 Wedemann, (n 3) 63 vd.

5 Wedemann (n 3) 1 vd, Reisoğlu (n 3) 22 vd, Doğan (n 3) 37 vd.

6 Doğan (n 3) 33 vd.

uygun bir ibrazı karşılayacağına ilişkin kesin yükümlülüğünü oluşturan dönülemez nitelikte herhangi bir düzenleme”dir (ABK m.2). Yapılan tanım, akreditifin hukukî niteliğinden çok fonksiyonlarını ön plana çıkarmıştır. Tanımda önem arz eden “ibrazın karşılanması”ndan ne anlaşılması gerektiği de aynı maddede açıklanmıştır. Buna göre,

- Akreditif belgelerin ibrazı üzerine ödeme yöntemiyle kullanımda ise ibrazda ödeme yapmak,
- Akreditif, vadeli ödeme yöntemiyle kullanımda ise vadeli ödeme yükümlülüğüne girmek ve ödeme vadesinde ödeme yapmak,
- Akreditif poliçe kabulü yöntemiyle kullanımda ise lehtar tarafından çekilen poliçeyi kabul etmek ve poliçenin ödeme vadesinde ödeme yapmak,

ibrazın karşılanması anlamına gelecektir.

Bu tanımlamadan hareket edildiğinde, milletlerarası ticarete, özellikle menkul satımını konu alan sözleşmelerde, temel ilişkinin para borçlusunun (amir) borcunu, sözleşmeye taraf olmayan bir banka ya da finans kurumu (amir ya da akreditif bankası) aracılığı ile ve önceden tespit edilen belgelerin ibrazı karşılığında para alacaklısına (lehtar) ödemeyi sağlayan bir ödeme yöntemidir.

Milletlerarası ticarî ilişkilerde, özellikle menkul satımını konu alan sözleşmelerde, taraflar ödemenin akreditifle yapılması hususunda mutabakata varmışlar ise, temel ilişkinin edim alıcısı konumunda olan para borçlusu, bankasına müracaat ederek, temel ilişkinin edim borçlusu-para alacaklısı lehine akreditif açılması için talimat verecektir. Akreditif amirinin bankaya vereceği talimat, tam ve kesin olmalıdır. Banka, talimatı değerlendirecek ve uygun görmesi hâlinde, müşterisi, temel ilişkinin para borçlusu adına, para alacaklısına akreditif açmayı kabul edecektir. Farklı bir ifade ile banka, müşterisi olan akreditif amiri ile yapacağı sözleşmeye bağlı olarak onun alacaklısı ile onun para borcunu ödeme bağlamında bir yükümlülük üstlenmektedir. Banka bu şekilde, bir nev’i amir lehine gayrınakdi kredi açmış kabul edilmektedir.

Akreditif amirinin talebini kabul eden akreditif bankası, temel ilişkinin para alacaklısının ülkesinde bulunan bir banka (muhabir banka) ile irtibata geçecek ve para alacaklısına, öngörülen belgelerin süresinde ve usulüne uygun olarak ibraz edilmesi hâlinde, ödeme yapacağını taahhüt eden, yani akreditif açma icabında bulunacaktır. Temel ilişkinin para alacaklısı ya da bankanın dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi yapacağı kişi, kural olarak yabancı ülkede olduğu için, onun bulunduğu ülkedeki bir banka devreye girmekte ve dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesi bu banka aracılığı ile yapılmaktadır. Kural olarak, taraflar arasında aksine bir düzenlemeye yer verilmemiş ise, para alacaklısı lehtarın ülkesindeki banka (muhabir

banka), akreditif bankası ile lehtar arasındaki muhaberatı gerçekleştirecek olup, bu bankanın lehtara karşı amir bankadan ayrı bir ödeme yükümünden bahsedilemez. Para alacaklısı, akreditif bankasının muhabir banka aracılığı ile kendisine ulaşan icabı kabul edebileceği gibi temel ilişkiye uygun olmaması gerekçesi ile reddedebilir. İcabın reddi hâlinde, akreditif bankası, amirin de görüşünü alarak temel ilişkiye uygun yeni bir icapta bulunabilir. Bankanın icabının lehtar tarafından kabul edilmesi ile, banka ile para alacaklısı lehtar arasında dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi de kurulmuş olacaktır. Para alacaklısı ile akreditif sözleşmesi yapılması ile, edim borçlusu-para alacaklısı, edimini temel sözleşmeye uygun olarak ifa ettiğini tevsik eden belgeleri bankaya ibraz edecektir. Banka, ibraz edilen belgelerin içerik olarak doğruluğunu incelemeyecek, yalnızca şekli anlamda, ibrazı öngörülen belgeler olup olmadığını inceleyecektir. Yapılacak inceleme sonucunda ibraz edilen belgelerin akreditif ilişkisinde öngörülen belgeler olduğu tespit edildiğinde, akreditif sözleşmesinde öngörülen usule uygun olarak amirin para borcu ifa edilecektir. Görüldüğü gibi temel ilişkinin edim borçlusunun edimini sözleşmeye uygun olarak ifa ettiğini tevsik eden belgeler, ilişkiye taraf olmayan bir banka veya özel finans kurumuna ibraz edilmekte, banka ya da özel finans kurumu da alıcının vekili sıfatı ile satıcıya satış bedelini ödemektedir⁷.

Kısa açıklamadan da anlaşılacağı gibi, temel ilişkinin tarafları arasında ödemenin akreditifle yapılması hususunda anlaşmanın varlığı ve tabii ki, para alacaklısının hangi belgeleri ibraz ederek banka ya da özel finans kurumundan ödeme talebinde bulunacağını tespit edilmesi gereklidir. Bu sebeple amirin akreditif bankasına yapacağı talep tam ve kesin olmalı ki, lehtar ödeme talebinde bulunabilmek için ibrazı gerekli belgeleri tereddütsüz sağlayarak bankaya ibraz edip ödemeyi alabilsin. Elbette ibrazın hangi süre içinde yapılacağını da tespit edilmesi gereklidir.

Bankanın para alacaklısına yaptığı ödemenin, temel ilişkinin para borçlusunun borcunun ifası yerine değil, ifası amacına hizmet ettiği kabul edilmektedir. Para borcunun akreditifle ödenmesinin kararlaştırılması hâlinde, edim borçlusu ile edim alacaklısı edimlerini bir anlamda karşılıklı ve aynı zamanda ifa etmiş kabul edilmektedir. Zira sözleşme konusu emtiayı temsil eden belgelerin ibrazı karşılığında, banka ödeme yapacaktır. Edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifa ediliyor olması, özellikle mesafeli satımlarda taraflar arasındaki güven bunalımını da önemli ölçüde bertaraf edecektir. Bu yönü ile akreditif, bir anlamda edim borçlusu ile para borçlusu arasındaki mesafe sebebi ile var olan güvensizlik duygusunu belli ölçüde bertaraf etmeye yardımcı olan hukukî araçlardan birisidir⁸.

7 Taraflar arasındaki ilişkilerin hukukî niteliği hususunda bkz. Bkz. Wedemann (n 3) 175 vd, Doğan (n 3) 97 vd, Kaya (n 3) 35 vd.

8 J. Zahn, J. Ehrlich ve D. Neumann, *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, (2001) 7 46.

B. Mücbir Sebep Kavramı

Sözleşmenin taraflarının iradesi dışında gerçekleşen bir olay sebebi ile borçlu borcunu ifa edemeyebilir. Tarafların iradesi dışında ortaya çıkan ve borçlunun borcunu ifa etmemesi ya da edememesine rağmen, onun sorumluluğunu sınırlayan ya da ortadan kaldıran hâllerden birisi de mücbir sebeplerin varlığıdır. Mücbir sebeplerle borcun ifa edilmemesinin hüküm ve sonuçları hem milli hukuklarda hem de milletlerarası metinlerde kabul edilmektedir.

Normal şartlarda, borçlu borcunu vadesinde hiç veya gereği gibi ifa etmez ise, temerrüde düşecek ve kendisi hakkında temerrüdün hüküm ve sonuçları uygulama alanı bulacaktır (TBK m.117 vd.). Borçlu, borcunu mücbir sebeplerden dolayı zamanında veya hiç ifa edemediğini ileri sürerek temerrüdün hüküm ve sonuçlarından kurtulabilme imkânına sahiptir.

Borçlunun borcunu ifa etmesine engel olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi hususunda, objektif ve subjektif teori olmak üzere iki farklı teori bulunmaktadır. Subjektif teori sözleşmenin taraflarını nazara almakta ve taraflar azamî ölçüde özen gösterse de gerçekleşmesine engel olunamayan olaylar mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Doktrinde hâkim olan objektif teoriye göre gerçekleşme tarzı itibarıyla, olayların normal akışına göre beklenilmesi mümkün olmayan, kaynağını sorumlunun işletmesi ve faaliyet alanı dışında bulan olaylar mücbir sebep olarak kabul edilmektedir⁹. Bu anlayışa göre mücbir sebep; “sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâlüne, mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay”¹⁰ olarak tanımlanmaktadır.

Mücbir sebebin borç ilişkisine etkisi, hukuk sistemlerinde farklı düzenlenmiş olabileceği gibi, hangi tür olayların mücbir sebep olarak kabul edilebileceği hususunda da farklı yaklaşımlar söz konusu olabilir¹¹. Ancak hemen her hukuk sisteminde; sözleşmenin ifasına engel olan ve illiyet bağımlı kesmesi sebebi ile sorumluluğu bertaraf edeceği kabul edilen bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için aranan şartlar aynıyet göstermektedir. Bunlar; tarafların kontrolü dışında gerçekleşme ya da

9 Geniş bilgi için bkz. D. Zetsche, Münchener Kommentar Zum BGB (2020) 8, BGB 676 (c), F. Graf von Westphalen, “Vertragsrecht AGB-Klauselwerke”, Graf von Westphalen ve G. Thusing (eds), Vertragsrecht Höhere Gewalt (2020) 2, Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16th edn 2014) 557, Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (12th edn 2016) 45 vd., A.P. Gözübüyük, Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller (3rd edn 1977) 29 vd.

10 S. Tekinay, S. Akman, S. Burcuoğlu ve A. Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (1993) 1002, Ş. B. Özçelik, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları (2009) 85 vd., Eren (n 9) 518.

11 Türk hukukunda, mücbir sebebin borç ilişkilerine etkisi ile ilgili genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Farklı hukuk sistemlerindeki bakış açısı için bkz. Ingebor Schwenzer, Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, VUWLR (2008) 39(39) 710 VD, H. Schmidt, “Covid 19 Rechtsfragen zur Corone-Krise”, (2020) 1.

haricilik, öngörülememe, kaçınılması mümkün olmamadır¹². Bu unsurlardan bir ya da birkaçının bulunmadığı ifaya engel hâl, mücbir sebep olarak kabul edilmeyip, şartların varlığı hâlinde beklenmeyen hâl olarak kabul edilebilir¹³. Elbette sözleşmenin ifa edilmemesi ile mücbir sebep olarak kabul edilen olay arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gereklidir. Başka bir ifade ile, mücbir sebep olarak kabul edilen vakıa gerçekleşmemiş olsa idi, borçlunun borcunu usulüne uygun olarak ifa edebilecek olması gereklidir.

Milletlerarası ticarete, UNIDROIT prensipleri (7.1.7), Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (8.108), ICC (MTO) model mücbir sebep maddesinde mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü hâllerine ilişkin düzenlemelerin de, yukarıda iç hukuk bağlamında verilen unsurları ihtiva ettiği görülmektedir. Milletlerarası alanda hangi sebeplerin mücbir sebep olarak kabul edilebileceği hususunda en kapsamlı düzenleme, MTO'nun 2003 yılında yayımlanmış olduğu model mücbir sebep düzenlemesinde yer almaktadır (ICC Force Majeure Clause 2003 m.3)¹⁴. Buna göre; savaş, silahlı çatışma, işgal, askeri seferberlik, iç savaş, isyan, ihtilal, darbe, halk ayaklanması, sivil itaatsizlik, terör, sabotaj, korsanlık, hükümet emri, yetkili otoriteler tarafından gerçekleştirilen meşru ya da gayrimeşru faaliyetler, sokağa çıkma yasaklaması, kamulaştırma, millileştirme, el koyma, şiddetli fırtına, tayfun, tufan, kasırga, hortum, tipi, volkanik aktiviteler, heyelan, tsunami, sel, kuraklık gibi doğal afetler, bulaşıcı hastalıklar, salgınlar, patlama, yangın, ulaşım, iletişim ya da elektrik akımının uzun süreli kesintisi, grev, lokavt, bojkot, fabrika ya da yerleşkenin işgali gibi sebepler mücbir sebep olarak kabul edilen örneklerdir.

Mücbir sebeplerin yanında aşırı ifa güçlüğünün de ele alınmasında fayda vardır. Aşırı ifa güçlüğünden maksat, sözleşmenin taraflarının sözleşmenin yapıldığı andaki durumlarında değişiklik yapan öngörülemeyen sebep nedeniyle ifanın orantısız ölçüde güçleşmesi olarak ifade edilebilir. Milletlerarası düzenlemelerde aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümlerin de ele alınmasında fayda vardır. UNIDROIT ve ICC'nin aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemelerinde, sözleşmenin yapılmasından sonra önceden öngörülemeyen ve kontrol edilemeyen sebepler ifayı aşırı derecede güçleştiriyor ise, aşırı ifa güçlüğü olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğüne ilişkin yer alan düzenleme, UNIDROIT ve ICC ile paraleldir¹⁵.

12 S. Akyazan "Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", (1973) VII BATIDER 291 vd, Eren (n 9) 519 vd, Graf von Westphalen, Vertragsrecht (n 9) 2, Zetzsche (n 9) 6.

13 Geniş bilgi için bkz. Göztübüyük (n 9) 157 vd.

14 ICC Force Majeure Clause için bkz. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-Force-Majeure-Hardship-Clause.pdf> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020.

15 Geniş bilgi için bkz. K. Oğuzman ve T. Öz, "Borçlar Hukuku-Genel Hükümler" (14th edn 2016) I 45-197.

Aşırı ifa güçlüğünün sözleşmelere etkisi TBK’da düzenlenmiştir¹⁶. Buna göre, aşırı ifa güçlüğüne düşen tarafın hâkimden sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenlemeden hareket edildiğinde, sözleşmenin karşı tarafına müracaat edilerek uyarılama talebinde bulunulması, TBK kapsamında uyarılama talebi olarak kabul edilemez. Kanunda, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasının mümkün olmaması hâlinde, sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Sürekli borç ilişkilerinde ise, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması mümkün değilse sözleşmeden dönme değil sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedebileceği hükme bağlanmıştır (TBK m.138)¹⁷.

Borçlu borcunu zamanında ve öngörülen usul ve standartlara uygun olarak hiç veya gereği gibi ifa etmez ise, borca aykırı davranmış, temerrüde düşmüş olur. Borca aykırılık sebebi ile borçlunun sorumluluğu gündeme gelecektir. Borca aykırılık hâlleri; imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Her bir aykırılığa bağlanan müeyyide de farklılaşmaktadır. Tabii ki, borçlunun borcunu ifa etmemesine bağlanan müeyyidenin uygulanabilmesi için, ifa engelini mücbir sebep olarak kabul edilen, yani borçlunun kontrolü dışında, öngörülemeyen ve kaçınılması imkânsız bir olaya dayanmaması gereklidir¹⁸.

Mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü hâllerinin taraflar arasındaki sözleşmede tespit edilmesinin yanında, sözleşmeye etkisi ve elbette mücbir sebep ya da aşırı ifa güçlüğünün ortaya çıkması hâlinde, diğer tarafa hangi süre içinde ihbarda bulunulması gerektiğinin de taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmesi isabetli olacaktır.

II. Mücbir Sebebin Sözleşmelere Etkisi

Sözleşmenin tarafları, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini sözleşmede öngörülen süre içinde hiç ya da gereği gibi ifa etmezler ise, normal şartlarda, temerrüde düşmüş kabul edilecek ve temerrüdün hüküm ve sonuçları uygulama alanı bulacaktır¹⁹. Ancak borcun ifası ya da zamanında ifası, borçluya atfedilebilecek bir kusur olmaksızın yani tarafların kontrolü dışında gerçekleşmiş, öngörülemeyen ve kaçınılması mümkün olmayacak şekilde ortaya çıkar ise, borçlunun sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir. Zira bu hâlde, ifa etmeme ya da gereği gibi ifa etmeme, borçluya atfedilemeyecek bir sebebe, yani mücbir sebebe dayanmakta, dolayısıyla da illiyet bağımlı kesmektedir.

Burada üzerinde durulması gerekli husus, borcun ifasına ya da zamanında ifasına engel olan hangi tür olayların mücbir sebep olarak kabul edileceğinin tespit

16 Akreditif bağlamında aşırı ifa güçlüğü gündeme gelmeyeceği için, burada ele alınmayacaktır.

17 Bkz. Oğuzman ve Öz (n 15) 202, Eren (n 9) 330.

18 Eren (n 9) 329.

19 S. Lorenz, Covid 19 Rechtsfragen zur Corone Krise, (15th edn 2020).

edilmesidir. Konuyla ilgili olarak milli hukuklarda ya da milletlerarası metinlerde, sözleşmenin ifasına ya da gereği gibi ifasına engel olan hâllerden hangilerinin mücbir sebep olarak kabul edileceği hususunda genel ilkeler bağlamında ortak kabuller bulunmasına rağmen, somut olayın özelliklerinin de nazara alınması gerektiği kabul edilmektedir. Zaten milli hukuklarda ya da milletlerarası metinlerde tarafların aksini kararlaştırmadıkları hâllerde, hangi tür olayların mücbir sebep olarak kabul edileceği örnekleme mahiyetinde sayılmaktadır. Borcun ifasına ya da usulüne uygun ifasına engel olan olay, taraflar arasındaki sözleşmede mücbir sebep olarak sayılmadığı gibi milli ya da milletlerarası metinlerde de öngörülmemiş olabilir. Borcun ifasına engel olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için genel ilkelere uygun olması, yani, tarafların kontrolü dışında gerçekleşmiş, öngörülemeyen ve kaçınılması mümkün olmayan bir olay olması yeterli olacaktır. Farklı bir ifade ile meydana gelen olay ile borcun ifası ya da zamanında ifanın yapılamaması arasında sebep- sonuç ilişkisinin, illiyet bağının varlığı gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla meydana gelen bir olay, bütün hukukî ilişkiler bakımından aynı şekilde değerlendirilip, mücbir sebep olarak kabul edilemez. Somut olayın özelliklerine bakılarak, meydana gelen olayın borcun ifasına etkisinin nazara alınarak mücbir sebep değerlendirmesinin yapılması gereklidir²⁰. Yargıtay kararlarında da aynı esas kabul edilmektedir. Farklı bir ifade ile edimin ifasına engel olan olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için varlığı gerekli; haricilik, öngörülemeslik ve kaçınılmazlık unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir. Yargıtay kararına konu olayda, Körfez krizinin çıkmasından uzun zaman geçmesine rağmen sınırların kapatılmaması ve taraflar arasındaki sözleşmenin imzalanmasından sonra sınır kapatma kararının mücbir sebep teşkil edip etmeyeceği hususunda ihtilaf çıkmıştır. İlk derece mahkemesinin, *“krizin kapsam dalgalanmasıyla sürüp bu arada sözleşme yapılmış olması karşısında tacir yönünden kestirilebilir olgunun mücbir sebep sayılamayacağı”* yönündeki kararı Yargıtay’ca onandıktan sonra karar düzeltme talebinde bulunulmuştur. Bu sefer Yargıtay²¹, *“Mücbir sebep, doğal, sosyal ya da hukuksal kaynaklı, öngörülme olasılığı bulunmayan oluşumlardır. İthal ve ihraç yasakları, bunlara olanak vermeyen sınır kapatmaları, hukuksal kaynaklı”* mücbir sebepler olarak kabul edilmiş ve, *“Yaklaşık yedi yıldır süren körfez krizi, kapsam dalgalanmaları göstermiş ve fakat hiçbir zaman sınır kapatmalarına kadar gitmemiştir. Bu durum, kapatmayı beklenir duruma getirmemiş, aksine benzer nedenlere yol açmayacak düzeyde süreceğine ilişkin işaretler vermiş olmaktadır. Öyleyse olaydan öngörülemeslik unsurunun varlığının kabulü”*nün gerekli olduğu yönünde hüküm kurmuştur.

Taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasından sonra, taraflara atfedilebilecek kusur olmaksızın meydana gelen bir olay sebebi ile borçlu borcunu hiç ya da sözleşmede öngörülen usule uygun olarak gereği gibi ifa edememiş olabilir. Farklı bir ifade ile

20 Eren (n 9) 559.

21 19. HD 25.10.2002 T ve E. 2002/4558-K. 2002/6953.

mücbir sebep borçlunun üstlendiği borcun ifasını imkânsız kılabilceği gibi, borcun zamanında ifasına engel olmuş da olabilir. İfanın ertelenmesi sonucunu doğuran mücbir sebep ile ifayı imkânsız hâle getiren mücbir sebebin borç ilişkilerine etkilerinin farklı olacağına kuşku yoktur. Uygulamada sözleşmelerde yer alan mücbir sebep kayıtlarında, kural olarak, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcun ifasının imkânsız hâle gelmesi düzenlenmekte olup, borçlunun temerrüdü ve gereği gibi ifa etmeme hâlleri nazara alınmamaktadır. Çalışma konumuz bakımından, gereği gibi ifa etmeme, kural olarak, söz konusu olmayacağından, burada ele alınmayacaktır.

A. Borcun İfasının İmkânsız Hâle Gelmesi

Borçlu, borcunu sözleşmeye uygun olarak vadesinde hiç veya gereği gibi ifa etmez ise, temerrüde düşecek ve temerrüdün hüküm ve sonuçları uygulama alanı bulacaktır (TBK m.117 vd.). Ancak borçlu, borcunu mücbir sebeplerden dolayı zamanında veya hiç ifa edemediğini ileri sürerek temerrüdün hüküm ve sonuçlarından kurtulabilme imkânına sahiptir. Farklı bir ifade ile taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasından sonra borcun ifası, borçluya atfedilemeyecek bir olay sebebi ile imkânsızlaşır ise borçlu, aynen ifa yükümünden kanun gereği kurtulacaktır. İfanın imkânsız hâle gelmesi ile birlikte borçlu borcun konusunun kusursuz imkânsızlık sebebi ile sona erdiği itirazında bulunabilecektir. Bu sonuç, aynen ifa yükümüne ilişkindir. Tabii ki aynen ifa yükümünün sona ermesi bakımından önemli olan, borcun ifasını imkânsız kılan olayın sürekli nitelik arz etmesi ve edimin tamamına ilişkin olmasıdır²².

Borçlunun kusuru olmadan borcun ifası sürekli imkânsız hâle gelmiş ise TBK m.136 hükmüne istinaden borçlunun borcundan kurtulacağına kuşku yoktur. Çünkü borç borçluya isnat edilemeyecek bir sebepten dolayı, sözleşmenin yapılmasından sonraki bir dönemde imkânsız hâle gelmiştir. Ancak karşılıklı ya da iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birisi borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesine rağmen diğer tarafın borcu imkânsızlık sebebi ile sona ermiş ise, borcunu ifa eden taraf, yapmış olduğu ifayı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edebilecektir. Elbette borcu imkânsızlık sebebi ile sona eren taraf, diğer taraftan borcunu ifa etmesini de talep edemeyecektir. Yani borç ifa edilmiş ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade talep edilecek, borç henüz ifa edilmemiş ise, borcun ifası talep edilemeyecektir (TBK m.136/2).

Taraflar arasındaki sözleşmede mücbir sebep olarak kabul edilmiş olayın borç ilişkisine etkisinden bahsedebilmek için, mücbir sebep olarak kabul edilen olayın vukuu ile borcun ifa edilememesi arasında illiyet bağı ya da sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gereklidir. Şayet mücbir sebep olarak kabul edilen olay gerçekleşmesine rağmen, borçlu borcunu ifa edebilecek durumda ise, mücbir sebebin borç ilişkisine etkisi olmamış kabul edilecektir.

²² Lorenz (n 19) 20.

B. Borcun Zamanında İfasının İmkânsız Hâle Gelmesi

Milletlerarası ticarî ilişkilerde, özellikle menkul satımını konu alan sözleşmeler ve buna bağlı olarak ödeme yöntemleri bağlamında, mücbir sebeplerin ortaya çıkması, kural olarak ifaya engel olmayıp, zamanında ifaya engel teşkil edecek şekilde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, geçici bir süre için ihracatçı ya da ithalatçı ülkenin sınırlarını kapatması, sözleşme konusu emtianın ihracına ya da ithalatına sınırlama ya da yasaklama getirilmesi gibi hâller borcu sona erdirmeyecek, ancak borcun zamanında ifasına engel olacaktır²³. Burada konuyla ilgili doktriner tartışmalara girilmeden, ithalat ya da ihracat yasakları sebebi ile ortaya çıkan imkânsızlığın, sonraki imkânsızlık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin ifade edilmesiyle yetinilecektir.

Normal şartlarda, borcunu zamanında ödemeyen borçlu temerrüde düşecek ve temerrüdün alacaklıya verdiği yetkilerden hareketle alacaklı, gecikmiş de olsa aynen ifayı talep edebileceği gibi kanunda tespit edilmiş olan diğer imkânlardan yararlanmayı da tercih edebilecektir (TBK m.125). Ancak borcun sözleşmede öngörülen sürede ifasına engel olay, mücbir sebebin varlığı için aranan, haricilik, öngörülemelik ve kaçınılmazlık unsurlarını taşıyor ise, borçlu mücbir sebep def'inde bulunacak ve temerrüdün hüküm ve sonuçlarından kurtulacaktır²⁴.

Milletlerarası ticarî ilişkilerde, özellikle ödeme yöntemlerinde borcun zamanında ifasını engelleyen mücbir sebeplerin ortaya çıktığı gözlenmektedir.

Taraflar, aralarındaki sözleşmede zamanında ifaya engel mücbir sebeplerin ortaya çıkması hâlinde, nasıl bir çözüm bulunacağını kararlaştırabilirler. Uygulamada mücbir sebep sayılan olayların borcun ifasını engellemesi hâlinde, ifa zamanının belli bir süre erteleneceği; engelin bu süre içinde ortadan kalkmaması hâlinde taraflardan birinin veya her ikisinin sözleşmeden dönme hakkının olacağı kabul edilmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmede hangi hâllerin mücbir sebep olarak kabul edileceği ve mücbir sebebin sözleşmeye etkisi hususunda hükme yer verilmemiş ise, problem bu hâlde çıkmaktadır. Bu sebeple zamanında ifaya engel olan mücbir sebeplerin sözleşmenin ifasına etkisinin ele alınması isabetli olacaktır.

Elbette borcun zamanında ifasına engel olayın mücbir sebep kaydının kapsamı içerisinde olup olmadığı, her somut sözleşme ilişkisi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede belirleyici olan unsur tarafların anlaşması ve somut olayın özellikleridir. Örneğin, doğal afetler mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Ancak doğal afetlere rağmen, borçlu borcunu ifa edebilecek durumda ise, yani sebep-sonuç ilişkisi bulunmuyor ise, zamanında ifa etmeme sebebi ile alıcının haklarını kullanmasına engel oluşturmaz.

23 İhracat veya ithalat yasakları, doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirilmektedir. Özellikle, yaygın salgın hastalık döneminde medikal malzemelerin ithal ya da ihracına getirilen sınırlamalar doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirilecektir. Bkz. Musa Aygül ve Vural Çelenk, "Ekonomik Yaptırımlar ve Akreditif, TFM (2018) 1 (4) 3 vd. Lorenz (n 19) 64 vd.

24 Lorenz (n 19) 23.

Borcun zamanında ifasına engel olabilecek nitelikteki mücbir sebeplerin ortaya çıkması hâlinde, borçlunun mücbir sebep klozunun kendisine verdiği hakları kullanabilmesi için alacaklıya bildirim yapması gerekli midir? Borcun ifasına engel nitelikli bir mücbir sebebin ortaya çıkmasından sonra borçlu, sözleşmenin diğer tarafına bildirim yapmakla yükümlüdür. Bildirim yükümünün süresi ile ilgili olarak farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Uygulamada bir kısım sözleşmelerde hangi sürede ve hangi şekilde bildirim yapılacağı açık olarak tespit edilmesine rağmen, genellikle “gecikmeksizin” veya “derhâl” bildirim yapılması gerektiği yönünde hükümlere yer verildiği görülmektedir. Sözleşmede yer alan “derhâl” veya “gecikmeksizin” kavramlarının içeriğinin, somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından tespit edileceği kabul edilmektedir. Diğer taraftan bildirim yükümüne uyulmamasının sonuçları hususunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bildirim yükümüne uyulmaması, mücbir sebebin ileri sürülmesine engel olacaktır. Doktrinde hâkim olan diğer görüşe göre ise bildirim yükümüne uymama mücbir sebebin ileri sürülmesine engel olmayacak, ancak bildirim yükümüne uyulmaması bir zararın doğmasına veya doğmuş olan zararın artmasına sebep olmuş ise, kendisine bildirim yükümü düşen taraf bu zarara katlanacaktır²⁵.

III. Mücbir Sebeplerin Akreditife Etkisi

DSÖ tarafından, Covid 19’un yaygın salgın hastalık (pandemi) olarak ilan edilmesinden sonra, özellikle milletlerarası alanda menkul satımını konu alan sözleşmelerin ifa süreci ile para borcunun ifa süreci bağlamında bir kısım hukukî problemlerin çıkması muhtemeldir. Ülkemiz dâhil birçok ülke, belli özelliklere sahip malların ihracı ya da ithaline yasaklama ya da kısıtlama getirdiği gibi²⁶, para borçlusu ile para alacaklısı arasındaki ödemeye aracılık eden bankaların çalışma gün ve saatlerinde de değişiklikler olmuştur.

ABK’da doğal afetler, isyan, ayaklanma, iç karışıklık, savaş hâli, terör eylemleri veya grev veya lokavtlar veya kendi kontrolleri dışındaki diğer nedenler mücbir sebep olarak kabul edilmiştir (m.36)²⁷. Akreditif ilişkisi bağlamında mücbir sebepler muhtelif şekillerde gündeme gelebilir: Temel ilişkinin ifasına ya da zamanında ifasına engel olabileceği gibi amir ile banka arasındaki ilişkiye ya da lehtar ile banka arasındaki ilişkiye etki etmiş de olabilir. Nihayet zamanında ve usulüne uygun olarak belge ibraz edilmesine rağmen, mücbir sebeplere dayalı olarak, ibraz edilen belgeler banka tarafından öngörülen beş banka iş günü içinde incelenemeyebilir. Bu hâllerin ayrı ayrı ele alınmasında fayda vardır.

25 Özçelik (n 10) 111 vd.

26 Ekonomik yaptırımların akreditife etkisi için bkz. Aygül ve Çelenk (n 23) 3 vd.

27 Haas Jager, Schmanky, Bunte ve Lwowski (n 3) 225.

A. Temel İlişki Sebebi ile Ortaya Çıkan Mücbir Sebebin Akreditife Etkisi

Mücbir sebep olarak kabul edilen hâller, lehtarın temel ilişki sebebi ile üstlendiği borcun hiç ifa edilmemesine neden olabileceği gibi zamanında ve usulüne uygun ifa edilmesine de engel olmuş olabilir. Temel ilişkinin ifasına engel olacak nitelikli mücbir sebepler ABK’da nazara alınıp düzenlenmemiştir. Ancak bu bir eksiklik teşkil etmez. Zira akreditifin temel ilişkiden bağımsızlığı kabul edilmiştir²⁸. Dolayısıyla, amir ile lehtar arasındaki temel ilişkiden doğan borcun hiç ya da zamanında ifa edilememesi, kural olarak, banka ile lehtar arasındaki dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesine etki etmeyecektir. Banka ile lehtar arasında dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesinin yapılmasından sonra, lehtarın temel ilişkiden doğan borcunu mücbir sebebin etkisi ile ifa edememesi, bankanın borcunu sona erdirmeyecektir. Lehtar, bankaya usulüne uygun belge ibraz eder ise, banka gerekli incelemeleri yapacak ve ibrazın usulüne uygun olduğu sonucuna varır ise, lehtara ödeme yapacaktır.

Amir ile lehtar arasındaki ilişkinin ifasına engel olan mücbir sebep borcun sona ermesine sebep olabilecek nitelikli bir mücbir sebep olabileceği gibi (örneğin, ithalat ya da ihracat yasakları), borcun zamanında ifasına engel bir mücbir sebep de olabilir. Banka açısından mücbir sebebin niteliğinin herhangi bir önemi yoktur. Banka belgelerle bağlı olduğuna göre, akreditife uygun olarak, usulüne uygun belge ibraz edilmiş ise, banka ödeme yapmakla yükümlüdür. Tabii ki, bu hâlde ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması def’i ile karşılaşılabileceği²⁹ gibi amir de, mahkemenen tedbir kararı olarak bankanın ödeme yapmasına engel olabilir.

B. Mücbir Sebebin Amir ile Banka Arasındaki İlişkiye Etkisi

Mücbir sebebin amir ile akreditif bankası arasındaki ilişkiye etkisi ABK’da nazara alınmamıştır. Dolayısıyla yetkili hukuk kapsamında mücbir sebebin etkisi nazara alınacaktır. Amir ile akreditif bankası arasındaki ilişkide, kural olarak, yabancı unsur bulunmayacağından akreditif talebinde bulunulan bankanın bulunduğu ülke hukuku kapsamında mücbir sebebin etkisi nazara alınacaktır. Türk bankalarının akreditif bankası olduğu olaylarda, mücbir sebebin amir ile akreditif bankası arasındaki ilişkiye etkisi bakımından Türk hukuku uygulama alanı bulacaktır³⁰.

1. Bankanın Akreditif Talebine Makul Sürede Cevap Vermemesi

Amir ile akreditif bankası arasındaki akreditif talebi, ABK’da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla akreditif talebine ilişkin sözleşmenin kuruluşu hususunda genel hükümler uygulama alanı bulacaktır³¹. Akreditif açma sözleşmesinin hukukî niteliği hususunda

28 Bkz. Wedemann (n 3) 55, Doğan (n 3) 254 vd.

29 Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olması ile ilgili olarak bkz. Doğan (n 3) 298 vd.

30 Amir ile banka arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk için bkz. Doğan (n 3) 164 vd.

31 Zahn, Ehrlich ve Neumann (n 3) 53, Reisoğlu (n 3) 195.

karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda “eser” ve “vekâlet” sözleşmesi olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Her iki sözleşmenin kuruluşu bakımından taraf iradelerinin uyuşması haricinde pozitif düzenlemelerde kabul edilen herhangi bir şart mevcut değildir³². Temel ilişkinin para borçlusu, borcunu ödemek amacıyla akreditif açılması için bankasına müracaat ettiğinde, banka amirin talebine makul süre içinde cevap vermekle mükelleftir. Banka makul süre içinde cevap vermemiş ise, tevdi edilen işin icrası bankanın mesleği icabı olduğu gibi, bu gibi işleri kabul edeceğini de ilan ettiğinden, icap kabul edilmiş nazarıyla bakılacaktır (TBK m.6). Şayet banka makul süre içinde cevap vermez ise TBK m.6’dan hareketle, amir ile banka arasında akreditif talebine ilişkin sözleşmenin kurulduğu kabul edilecektir. Banka sözleşmeden doğan yükümünü yerine getirmeyen ise amirin uğrayacağı zararları tazmin yükümünün olduğu kabul edilecektir³³.

Bankanın, akreditif talebine makul süre içinde cevap verememesi mücbir sebeplere dayanabilir. Bankayı etkileyen mücbir sebebin niteliği nazara alınarak banka ile amir arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığı tespit edilmelidir. DSÖ tarafından Covid 19’un yaygın salgın hastalık olarak ilan edilmesinden sonra, bankanın faaliyette bulunduğu ülkede alınan tedbirler (örneğin, sokağa çıkma yasağı ya da çalışmaya ara verme) sebebi ile banka, akreditif talebine makul süre içinde cevap veremez ise, kural olarak, banka ile amir arasında akreditif talebini içeren sözleşmenin kurulmadığının kabulü gereklidir. Ancak bu hâlde mücbir sebep bankanın borcunu sona erdirmeyecek, borcun zamanında ifasına engel olabilecektir. Dolayısıyla mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra, amirin de talebinin devam etmesi hâlinde, banka amirin talebine makul süre içinde cevap vermelidir. Makul süre içinde cevap verilmemesi hâlinde, TBK m.6’ya istinaden banka ile amir arasında akreditif talebine ilişkin sözleşmenin kurulduğu kabul edilmelidir.

2. Bankanın Akreditif Açma Yükümünü Yerine Getirememesi

Banka ile amir arasında usulüne uygun olarak akreditif açma sözleşmesi yapılmış ve fakat banka, mücbir sebebin etkisi ile öngörülen süre içinde lehtar ile dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesini yapamamış olabilir. Bankayı etkileyen mücbir sebebe binaen, öngörülen süre içinde bankanın lehtar ile dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi yapamaması sebebi ile bankanın sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Yargıtay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Karara konu olayda, temel ilişkinin borçlusu, bankasından üçüncü kişi ile akreditif sözleşmesi yapması için talepte bulunmuş, talep banka tarafından kabul edildikten sonra, TMSF bankaya el koyduğu için, banka lehtar ile akreditif sözleşmesini zamanında yapamamıştır. Temel ilişkinin borçlusu diğer bir bankaya müracaat ederek lehine akreditif sözleşmesi yapılmasını

32 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (1982) II (2) 22-194.

33 Bkz. Doğan, s.86 vd.

sağlamıştır. Ancak, ikinci banka ile yapılan akreditif temin etme sözleşmesi, ilk banka ile yapıldığından daha ağır şartlar taşıdığı için, aradaki fark sebebi ile uğradığı zararın tazmini talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi “*davalı bankanın geç gelen akreditif talimatını alır almaz teklifini geri aldığı bildirmediği, 6 gün geçtikten sonra teklifle bağlı bulunmadığını bildirmesinin iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle davayı*” kabul etmiştir. Temyiz üzerine Yargıtay³⁴, “*davacı firmanın ithalat işlemlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin akreditif talimatı ve gerekli belgeleri sunması ile davalı bankanın TMSF’na devredilmesi aynı tarihe (15.3.2001) denk gelmiş, bankanın yönetim ve denetiminin Fona geçmesi yürütülen işlemler için bir dezavantaj oluşturmuştur. Yeni yönetimin bankadaki olumsuzluklar nedeniyle işlemlerin kontrol ve denetiminde daha hassas davranması, önceden alınmış kararları gözden geçirmesi doğal olduğundan bu durum kısa süreli de olsa mücbir sebep sayılmalıdır. Mahkemece, önceki yönetim döneminde verilmiş olan teklifin üzerinden ithalat işlemleri için uzun sayılan 45 günlük bir süre geçtiği için yönetimin yeni devralındığı gün bir cevap verilmemesinin doğal olduğu ve akreditif açtırma talimatının gönderilmesiyle cevap verilmesi arasında geçen 6 günlük sürenin de bu şartlar altında makul sayılması gerektiği gözetilme*” diğinden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Türk bankalarından akreditif talebinde bulunulduğunda, Yargıtay kararından da anlaşıldığı gibi, mücbir sebeplerden dolayı banka, öngörülen süre içinde lehtar ile dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi yapamamış ise amirin uğradığı zarardan dolayı bankanın sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Lehtar ile akreditif sözleşmesi yapılmasına engel mücbir sebep, akreditif bankasını etkileyeceği gibi, muhabir bankayı da etkilemiş olabilir. Muhabir bankayı etkileyen mücbir sebebe binaen, lehtar ile dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi yapılamaması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dolayısıyla DSÖ tarafından Covid 19’un yaygın salgın hastalık olarak ilanından sonra, ülkelerce alınan tedbirlere binaen, amir bankanın ya da lehtarın ülkesinde bulunan muhabir bankanın çalışma sürelerinde yapılmış olan değişiklikler sebebi ile, lehtar ile akreditif sözleşmesi yapılamamış ise, doğacak zararlardan dolayı banka sorumlu tutulamaz. Ancak mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra, bankanın derhâl amiri bilgilendirmesi gereklidir. Amirin, akreditif açılması yönünde talebi devam ediyor ise, bankanın lehtar ile akreditif sözleşmesi yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

C. Mücbir Sebebin Lehtar ile Banka Arasındaki İlişkiye Etkisi

Akreditif ilişkisinde bankanın ödeme yükümünün doğabilmesi için, lehtarın, borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edildiğine tevsik eden belgeleri, ibraz süresi içinde bankaya ibraz etmesi ve bankanın da beş banka iş günü içinde yapacağı inceleme sonucunda, ibraz edilen belgelerin akreditife uygunluğunu tespit etmesi gereklidir

34 11. HD, 25.10.2004 T. ve E. 2004/1011-K. 2004/10271 Benzer karar, 11. HD, 08.03.2005 T. ve E. 2005/1989-K. 2005/2217.

(ABK m.14/b). Başka bir ifade ile banka, edim borçlusunun edimini gerçekte ifa edip etmediğini incelemeyecek, edimin ifa edildiğini tevsik eden belgelerin akreditife öngörülen belgeler olup olmadığını inceleyecektir. İbraz edilen belgelerin akreditife uygun olduğu tevsik edilmekle, banka ibrazı karşılamak, yani akreditife öngörülen usule uygun olarak lehtara ödeme yapmakla mükelleftir (ABK m.15).

Mücbir sebebin akreditife olan etkisi, esas itibarıyla lehtar ile banka arasındaki dar ve teknik anlamdaki akreditif ilişkisi sebebi ile ortaya çıkabilecektir. Bununla birlikte ABK’da mücbir sebeplerden dolayı bankanın hiçbir şekilde sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. ABK’da yer alan hükme göre, “*Bir banka doğal afetler, isyan, ayaklanma, iç karışıklık, savaş hali, terör eylemleri veya grev veya lokavtlar veya kendi kontrolleri dışındaki diğer nedenlere bağlı olarak faaliyetinde meydana gelecek kesintiden kaynaklanan sonuçlardan dolayı hiçbir yükümlülük ve sorumluluk üstlenmez*” (m.36/1). Ancak MTO tarafından yayımlanan kurallar, hâkimin hukukunun emredici kurallarına aykırı olmamak şartı ile uygulama alanı bulabileceğinden burada yer alan sorumsuzluk kayıtlarının mutlak olmadığı kabul edilmelidir³⁵.

Açıklanan sebeplerle mücbir sebebin, banka ile lehtar arasındaki dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesine etkisinin ibraz aşaması ve ibraz edilen belgelerin incelenmesi aşaması olmak üzere iki başlıkta ele alınması isabetli olacaktır.

1. İbraz Aşamasında Mücbir Sebebin Ortaya Çıkması

Bankasından lehine akreditif açılması için talepte bulunan temel ilişkinin para borçlusu akreditif amiri, geçerlik şartı olan akreditifin vadesinin yanında³⁶, sözleşme konusu emtianın yükleme süresi ve emtianın sözleşmeye uygun olarak taşıyıcıya teslim edildiğini gösteren vb. belgelerin ibraz süresini de açık olarak tespit etmelidir. Akreditifte ödeme, poliçe kabulü veya iştirah için bir vade tarihi şart koşulmuş ise, vesaikin ibrazı, bu vade tarihinden önce veya en geç vade tarihinde yapılmalıdır (ABK m.6/d)³⁷. Diğer bir ifade ile akreditifte vade tarihi ile ibraz süresi birbirinden farklı olarak düzenlenebilir. Belge ibraz süresi akreditifin vadesinden önceki bir süre olabileceği gibi en geç vade tarihi olmalıdır. Akreditifin vadesi içinde ve ibraz süresinde belgelerin akreditif bankasına ibrazı, uygun ibraz olarak kabul edilmektedir.

Covid 19 korona virüsün DSÖ tarafından yaygın salgın hastalık olarak ilan edilmesinden sonra, ülkemizin de içinde bulunduğu bir kısım ülkelerde sokağa çıkma yasağı ya da çalışma sürelerinde değişiklik yapılması yönünde kararlar alındığı bilinmektedir. Milletlerarası ticarî ilişkilerde temel ilişkinin edim borçlusu, akreditif ilişkisinin lehtarının edim borcunu temel ilişkiye uygun olarak ifa etmesine rağmen,

35 Doğan (n 3) 142 vd.

36 A. R. Schütze, Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr, (5th edn. 1999) 72, Zahn, Ehrlich ve Neumann (n 3) 65.

37 Schütze (n 36) 72.

alınan tedbirler sebebi ile ifayı tevsik eden belgeleri süresinde bankaya ibraz edememiş olabileceği gibi banka da mücbir sebeplerden dolayı geçici süre için çalışmasına ara verdiği için, belge ibrazını da kabul edememiş olabilir. Bu hâlde, ibraz süresinin dolup dolmadığına göre bir ayırım yapılması isabetli olacaktır.

Mücbir sebebin ortadan kalkmasından, yani bankanın tekrar çalışmaya başlamasından sonra, ibraz süresi henüz sona ermemiş ise, mücbir sebebin ibraza etkisinin kabulü mümkün değildir. Zira bu ihtimâlde lehtar, bankanın çalışmaya başladığı dönemde hâlâ devam eden ibraz süresi içinde belge ibrazını gerçekleştirebilecek ve bankadan ödeme talebinde bulunabilecektir.

İbraz bankasının faaliyetlerine mücbir sebep dolayısıyla verdiği arada, ibraz süresi sona ermiş ise, lehtar mücbir sebebin ortadan kalkıp, bankanın tekrar faaliyete geçmesinden sonra ibraz yapıp ödeme talebinde bulunabilecek midir? ABK’da yer alan düzenlemede buna cevaz verilmemektedir. ABK’da yer alan hükme göre, “*Bir banka tekrar faaliyete geçtiğinde faaliyetinin kesintiye uğradığı süre içinde vadesi son bulmuş bir akreditif altında ibraz karşılamayacak veya iştirâ etmeyecektir.*” (m.36/2). Hükümden net olarak anlaşıldığı gibi, banka mücbir sebebin etkisi ile faaliyetlerine ara vermiş ise, artık ibrazı karşılamayacağını kabulü gerekir³⁸. Bu hükmün uygulanması bakımından bir kısım hususların ele alınmasında fayda vardır.

Malum olduğu üzere ülkemizde 16-19 Mayıs 2020 tarihleri arasında sokağa çıkma yasağı ilan edildi. Ancak bir kısım işyerleri bakımından sokağa çıkma yasağına istisna getirildi. Bankalar bu istisna kapsamında olmamasına rağmen, üretim yapan bir kısım fabrikalar ve kargo şirketleri istisna kapsamına alındı. Örneğin, lehtar temel ilişki sebebi ile üstlendiği edimin ifası bağlamında gerekli hazırlıkları yapıp, sözleşme konusu emtiayı taşıyıcıya teslim ettiğini, ancak akreditif bağlamında sözleşme konusu emtianın taşıma aracına yüklendiğine ilişkin gözetim sertifikasının ibrazının şart koşulduğunu düşünelim. Sözleşme konusu emtia 14 Mayıs 2020 Perşembe günü taşıyıcıya teslim edilsin. Emtianın taşıma aracına yüklenmesi de 15 Mayıs 2020 Cuma günü mesai saati bitiminden sonra tamamlansın. Gözetim şirketinin emtianın tamamı taşıma aracına usulüne uygun olarak yüklenmeden gözetim raporu hazırlamayacağı nazara alındığında, lehtar 18 Mayıs 2020 Pazartesi günü belge ibrazını gerçekleştirecekti. Oysa kamu otoritesince alınan karar gereği, 18 Mayıs 2020 Pazartesi günü bankalar çalışmamaktadır. Verdiğimiz örnek kapsamında bankanın ibrazı karşılamayacağını kabul edilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu sebeple, ABK’da yer alan mutlak sorumsuzluk kaydının nazara alınmaması gereklidir. Bize göre mücbir sebepten dolayı lehtar, ibraz bankasına süresinde belge ibrazını yapamamış ise, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra, ibrazı yapabileceğinin ve dolayısıyla da bankanın bu ibrazı kabul edip ibrazı karşılayacağını kabul edilmesi isabetli olacaktır³⁹. Aksini kabul etmek,

38 Haas, Schimansky, Bunte ve Lwowski (n 3) 226.

39 Doğan (n 3) 223 vd.

temel ilişkinin edim borçlusunu, para alacaklısını uzun ve meşakkatli bir hukukî sürece sokacaktır.

Diğer bir ihtimal, temel ilişkiye uygun olarak borcun ifa edilmiş olmasına rağmen, lehtarın etkileyen mücbir sebeplerden dolayı belge ibrazı yapılamamış olabilir. ABK'da lehtarın mücbir sebepten etkilenerek ibraz yapamaması da nazara alınmamıştır. Lehtarın etkileyen mücbir sebebin usulüne uygun olarak süresinde ibraz yapılamamasına etki edip etmeyeceğini ibrazın niteliğinden hareketle tespit etmek isabetli olacaktır. Bir görüşe göre ibraz, bizzat lehtar veya onun nam ve hesabına tam yetkili temsilcisi tarafından yapılmalıdır. Doktrinde hâkim olan ve bize de uygun gelen diğer görüşe göre, belgelerin ibrazı, hukukî bir işlem değil fiili bir irade izharı olduğu için lehtar tarafından bizzat yapılması gerekli değildir⁴⁰. Ayrıca bizzat lehtar tarafından ibrazın yapılacağı kabulü, milletlerarası ticarî ilişkilerde kabul gören sürat unsurunun da bertaraf edilmesine anlamına gelecektir. Dolayısıyla ibraz, lehtar ya da lehtarın temsilcisi aracılığı ile yapılabilir. Bu sonuç 600 sayılı ABK'da da kabul edilmiştir. Buna göre, ibraz eden, ibrazı yapan bir lehtar, banka veya diğer taraf anlamına gelir (ABK m.2).

Açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, ibrazın bizzat lehtar tarafından yapılması gerektiği kabul edilir ise, mücbir sebepten etkilenen lehtarın, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra ibraz yapabileceğinin kabulü gereklidir. Bu ihtimâlde, gecikmiş ibrazı kabul eden banka, derhâl durumu akreditif amirine bildirmelidir. Ancak bizim de kabul ettiğimiz hâkim fikre göre, ibraz lehtar dışında onun temsilcileri aracılığı ile de yapılabilirdiğinden, kural olarak, mücbir sebepten etkilenme söz konusu olmayacaktır.

2. Ödeme Talebinden Sonra Mücbir Sebebin Ortaya Çıkması

Bankanın akreditif sebebi ile ödeme yükümünün doğabilmesi için, öngörülen belgelerin süresi içinde bankaya ibraz edilmiş olması tek başına yeterli değildir. Banka, yapacağı inceleme sonucunda, ibraz edilen belgelerin dış görünüş itibarıyla akreditife uygun olduğunu tespit etmekle, bankanın akreditif sebebi ile ödeme yükümü doğacaktır. ABK'ya göre banka, kendisine ibraz edilen belgeleri, ibrazı takip eden beş banka işgünü içinde incelemekle yükümlüdür (m.14/b). Öngörülen inceleme süresinin kesin olduğu kabul edilmiştir. Yapılacak inceleme sonucunda, ibrazın akreditife uygun olduğu tespit edilir ise, banka akreditifte öngörülen usule uygun olarak lehtara ödeme yapacaktır. Beş banka işgünü içinde yapılacak inceleme sonucunda belgelerin akreditife uygun olmadığı tespit edilir ise, banka, ödeme talebinin usulüne uygun olmadığına ilişkin bir rezerv koyacak ve durumu lehtara bildirecektir. Banka, öngörülen inceleme süresi olan beş banka işgünü içinde ibraz edilen belgelerin usulüne ya da akreditife uygun olmadığı yönünde lehtara bildirim yapılmamış ise ibraz edilen belgelerin ve ödeme talebinin usulüne uygun olduğu kabul edilmektedir (ABK m.16).

40 Bkz. Doğan (n 3) 242 vd.

Görüldüğü gibi, ibraz edilen belgelerin incelenmesi için bankaya tanınmış olan süre beş banka işgünü ile sınırlıdır. Bu süre içinde banka incelemeyi tamamlamakla yükümlüdür. Beş banka işgünü içinde, inceleme tamamlanıp, varsa tespit edilen eksiklikler lehtara bildirilmemiş ise, ibrazın usulüne uygun olduğu yönünde bir karine kabul edilmiştir.

ABK’da bankanın, etkisinde kaldığı mücbir sebep dolayısıyla inceleme yükümünü beş banka işgünü içinde tamamlayamamış olması da nazara alınmamıştır. Banka inceleme yükümünü, mücbir sebebin etkisi ile beş banka işgünü içinde tamamlayamamış ve banka ile lehtar arasındaki dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesinde aksine bir düzenleme de bulunmuyor ise, bankanın inceleme süresinin, bankanın tekrar faaliyete başlamasına kadar askıya alındığı kabul edilmelidir. Başka bir ifade ile mücbir sebebin etkisi ile inceleme yükümünün zamanında yerine getirilmemesi hâlinde, ibrazın usulüne uygun olduğuna dair kabul edilen karine nazara alınmayacaktır. Ancak unutulmaması gereken husus, bankanın inceleme süresi, beş banka işgünüdür. Banka işgünü, bankanın faaliyette bulunduğu ülke hukukuna göre tespit edilecektir. Örneğin, ülkemizde Covid 19 yaygın salgın hastalık döneminde zaman zaman sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir. Sokağa çıkma yasağının ilan edildiği günler, bankanın işgünü olarak kabul edilemeyecektir.

IV. Sonuç

ABK’da mücbir sebeplerden dolayı bankanın sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, MTO tarafından yayımlanan kurallar, hâkimin hukukunun emredici hukuk kurallarına ve hakkaniyete aykırı olması hâlinde, bu kurallar nazara alınmayacaktır. Bu sebeple, ABK’da mücbir sebeplerden dolayı bankanın sorumluluğunun olmayacağına ilişkin kuralın mutlak olmadığı, somut olayın özellikleri nazara alınarak, mücbir sebebin akreditife etkisinin nazara alınması isabetli olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Akyazan S, “Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmiyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme” VII (1973) BATİDER 291-310.

Aygül M ve Vural Çelenk B, “Ekonomik Yaptırımlar ve Akreditif” 4 (2018) TFM 1.

- Doğan V, “Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif” (4th edn. 2016).
- Eren F, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, (16th edn. 2014).
- Göğür E, “Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti”, (2nd edn. 1980).
- Gözübüyük A. P, “Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller”, (3rd edn. 1977) .
- Westphalen F, “Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke”, Graf von Westphalen ve Thusing G (Heraus.) München 2020.
- Haas J, Schimansky H, Bunte J. H ve Lwowski J, Bankrechts Handbuch (5th edn 2017).
- Kaya A, “Belgeli Akreditife Lehdarın Hukukî Durumu”, 1995.
- Lorenz S, Covid 19 Rechtsfragen zur Corone Krise (2020).
- Oğuzman K ve Öz T, “Borçlar Hukuku-Genel Hükümler”, (12th edn. II 2016).
- Özçelik Ş. B, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları (2009).
- Özel S, Akreditif ve Hukuki Niteliği (1991).
- Reisoğlu S, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif (2nd edn 2009).
- Schmidt H, Covid 19 Rechtsfragen zur Corone Krise (2020).
- Schütze R.A, Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr (5th edn 1999).
- Schwenzer I, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, (2008) VUWLR 39.
- Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (2nd edn 1982).
- Tekinay S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (1993).
- Wedemann F, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (4th edn 2019).
- Zahn J, Ehrlich D ve Neumann K, Zahlung and Zahlungsicherung im Aussenhandel, (7th edn 2001).
- Zetzsche D, münchener Kommentar zum BGB (8th edn 2020).

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi

The Authority of an Agent to Represent his Principal Before Courts: An Examination of The
Turkish Commercial Code in Terms of International Procedural Law

Emre Esen* 

Öz

Türk Ticaret Kanunu m.105(2) uyarınca; acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyumsuzlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, acenteye karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisi veya izafeten dava hakkı olarak adlandırılan bu imkân uygulamada daha ziyade yabancı tacirler aleyhine Türkiye'de dava açılabilmesi amacıyla kullanılmakta ve Türkiye'deki acente, yabancı tacire izafeten davalı gösterilmektedir. Türk tacirleri korumayı amaçlayan bu düzenlemede; yabancı tacire dava açılacak olduğunda Türkiye'de yetkili mahkeme bulunmayacağı ve davanın yabancı ülkede açılması mecburiyetinin doğacağı, bu mecburiyetin Türk tacirler bakımından zorluklara sebebiyet vereceği ve yabancı tacire Türkiye'de dava açılabilse dahi yabancı ülkeye tebligatın ciddi masraf ve zaman kaybına yol açacağı düşüncesiyle yabancı tacire izafeten Türkiye'deki acentesine karşı dava açılması imkânı getirilmiş ve Türkiye'de bir tebligat adresi tesis edilmiştir. Ancak yabancı tacire izafeten Türkiye'deki acentesine açılan davalarda acentenin hangi sıfatla yargılamada yer aldığı net olmadığı gibi, yetkinin tesis ediliş biçimi ve hakkında karar verilecek olan gerçek davalıya tebligat yapılmaksızın bir yargılamanın yürütülmesi sıra dışı uygulamalardır ve bu şekilde verilen Türk mahkeme kararlarının yurt dışında tenfizini neredeyse imkânsız hâle getirmektedir. Bu halde yabancı tacirin Türkiye'de malvarlığı yoksa Türk mahkemesi kararının etkisi kalmayacak, bu karar için harcanan zaman, emek ve para heba olacak ve Türk tacirleri korumak amacıyla getirilen düzenleme Türk tacirlerin aleyhine işlemiş olacaktır. Diğer taraftan TTK m.105(2) hükmüne istinaden Türk mahkemelerini yetkili kılabilmek için taraflar arasındaki yetki veya tahkim şartlarının geçersiz sayılması Türk hukukuna ve Türk ekonomisine zarar vermektedir. Bu nedenle TTK m.105(2) hükmünün kaldırılması ve yabancı tacir aleyhine açılacak davalar bakımından Türkiye'deki acentesinin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren bir düzenlemenin getirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Acentenin müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisi, izafeten dava, milletlerarası yetki, tanıma ve tenfiz

Abstract

Pursuant to Article 105(2) of the Turkish Commercial Code (TCC), an agent may sue or be sued on behalf of his client in disputes arising from agreements that the client has brokered or concluded. In Turkey, this agency relationship is mostly used when lawsuits are instituted against foreign merchants. In such situations, the agent represents the foreign merchant as a defendant in the suit. Article 105(2) of the TCC aims to protect Turkish merchants by providing them the opportunity to file a lawsuit before Turkish courts using a notification address in Turkey. The rationale for this process lies in the fact that there may be no competent Turkish court where lawsuits can be filed against foreign merchants and

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

Açık: Esen E, "Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi" (2021) 41(2) PPII 581. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.971471>

Turkish merchants may be compelled to file such lawsuits in foreign jurisdictions. Even where such lawsuits can be filed in Turkey, the defendant's country must be notified, and such notification may result in gross expenses and loss of time. Furthermore, the establishment of jurisdiction and the execution of a judgment without a notification to the real defendant are unconventional practices which foreign courts may not enforce. In such a situation, if a foreign merchant does not have assets in Turkey, a Turkish court's decision will have no effect and Article 105(2) of the TCC be redundant. Moreover, invalidating choice-of-court or arbitration clauses just to vest Turkish courts with jurisdiction pursuant to Article 105(2) of the TCC may yield undesirable results. Therefore, it is suggested that Article 105(2) of the TCC should be replaced with a regulation that allows lawsuits to be filed in Turkey, where the agent is located.

Keywords

Turkish Commercial Code, agent authority, international jurisdiction, recognition and enforcement

Extended Summary

Pursuant to Article 105(2) of the TCC, the commercial agent is the authorized representative of the principal before courts to “create an opportunity for Turkish merchants to file lawsuits against foreign merchants in Turkey” and “to establish a notification address in Turkey”. However, the authority that aims to protect Turkish merchants, who make contracts with foreign merchants, may have undesirable consequences for Turkish merchants, especially in cases where the foreign merchant does not have any assets in Turkey. This regulation, which may benefit Turkish merchants in exceptional circumstances, may also harm them, the Turkish economy, and may affect the image of Turkish law and judicial system on a macro scale.

Based on the foregoing, we suggest that the authority granted to agents, as stipulated in the TCC, should be replaced with a regulation that grants jurisdiction to the courts in Turkey, where the agent is located. However, until the proposed legal amendment is made, the option of filing a lawsuit against the agents of foreign merchants in Turkey, pursuant to Article 105(2) of the TCC, will need to be carefully analyzed by Turkish merchants. This analysis should begin with the determination of whether the foreign merchant has assets in Turkey and, if any, whether it can be ensured that the assets remain in Turkey until the determination of the suit. If these cannot be achieved, an examination should be made as to the enforceability of Turkish courts' decision in the state where the assets of the foreign merchant are located.

In such cases, certain issues should be considered such as whether the establishment of a competent court on the basis of the rules relating to commercial agent, whether the invalidity of jurisdiction, or an arbitration clause between the merchants to enable the Turkish merchant to take an action in Turkish courts, whether the execution of the proceedings without any notification to the foreign merchant will prevent the enforcement of the court's decision in a foreign state. Based on the foregoing, if it is concluded that the decision rendered by means of the right of the agent to represent the principal before courts may not be enforced in Turkey or in a state where the assets of

the foreign merchant (defendant) are located then there will be no basis for an action against the agent representing the principal.

An effective solution may be to take an action in accordance with the jurisdiction rules of the state where the foreign merchant's domicile and/or assets are located, or to obtain enforceable decisions from Turkish courts. In this respect, if the Turkish international jurisdiction rules establish the jurisdiction of the Turkish courts, then a lawsuit may be filed directly against the foreign merchant, and the foreign merchant may be notified about the suit in accordance with the international notification rule.

Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi

Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ [TTK] m.105(2) uyarınca; acente, aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, acenteye karşı da aynı sıfatla dava açılabilir.

TTK m.105(2) hükmünde getirilen bu imkân sayesinde, yerli veya yabancı tacir adına bir acentenin aracılık ettiği veya kurduğu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda bu tacir *adına* acentesine karşı dava açılabilir. Aynı şekilde, yerli veya yabancı tacir adına acentenin aracılık ettiği veya kurduğu bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda acentesi, bu tacir *adına* dava açılabilir. Ne var ki TTK m.105(2) hükmünde öngörülen “*adına* dava açmak” veya “*adına* dava açılmak” imkânlarının Medenî Usul Hukuku alanında tam olarak hangi hukukî müesseseyi karşıladığı belirsizdir. Son zamanlarda daha çok “acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisi” ifadesinin daha çok tercih edildiği gözlenen bu konuda çeşitli görüş ve öneriler mevcuttur ancak gerek doktrinde gerek yargı içtihatlarında ve gerekse 6102 sayılı TTK m.105 hükmünün gerekçesinde kullanılan *izafeten dava hakkı* ibaresinin bu müesseseyi ifade etmek bakımından daha uygun olduğunu düşünerek, çalışmamızda *izafeten dava hakkı* ibaresini kullanmayı tercih etmiş bulunuyoruz.

İzafeten dava hakkı gerek yerel ilişkilerde gerekse yabancılik unsuru taşıyan ilişkilerde kullanılabilir. Ancak uygulamada bu imkân daha ziyade yabancı tacirler aleyhine Türkiye’de dava açılabilmesini sağlamak amacıyla kullanılmakta ve Türkiye’deki acente, yabancı tacire izafeten davalı gösterilmektedir. İzafeten dava hakkının tanınmasındaki amacın “*yabancı tacirlere Türkiye’de dava açılması olanağını yaratmak*” ve “*Türkiye’de bir tebligat adresi tesis etmek*” olduğu da ilgili maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmektedir.

İzafeten dava hakkı bakımından yerel ilişkiler ile yabancılik unsuru taşıyan ilişkiler arasında önemli bir farklılık söz konusudur. TTK m.105(2) hükmü uyarınca yerel tacirler adına hareket eden acenteler bakımından taraflar izafeten dava hakkının kullanılmasını engelleyen bir anlaşma yapabilir. Ancak yabancı tacirler adına hareket eden acentelerin aracılık ettiği veya kurduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkının kullanılmasını engelleyen bir anlaşma geçerli sayılmayacaktır.

TTK m.105(2) hükmü, yabancı tacirler adına hareket eden acentelerin aracılık ettiği veya kurduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda uygulandığı ölçüde Milletlerarası Usul Hukuku alanını ilgilendirmektedir. Bu itibarla, bu hükmün Milletlerarası

¹ RG: 14.02.2011-27846.

Usul Hukuku anlayışına uygun bir şekilde düzenlenmiş olması beklenir. Ancak bu düzenlemenin içerdiği hükümler ile getiriliş amacı arasındaki ilişkiye baktığımızda ve izafeten dava hakkına istinaden açılan davalarda uygulanan usulün özelliklerini de dikkate aldığımızda, Milletlerarası Usul Hukuku anlayışı dikkate alınmaksızın getirildiği konusunda endişelerimiz bulunmaktadır². Bu sebeple “izafeten dava hakkı” konusunu, TTK m.105(2) hükmünün amacı ile sınırlı olarak, inceleme ihtiyacı hissetmiş bulunmaktayız.

I. İzafeten Dava Hakkına İlişkin Yasal Düzenlemenin İçerdiği Hükümler

Türk hukukunda ilk kez 26.5.1926 tarihli ve 865 sayılı Ticaret Kanunu³ m.95-96 hükümlerinde; Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde yabancı ticarethane ve şirketlerin nam ve hesabına icraî muamele eden mümessillerinin, kendilerine tevdi edilen ticaretin icrası için ifa etmiş oldukları muamelelerden kaynaklanan borçlardan dolayı yabancı ticarethane ve şirketler namına mahkemelerde dava açmaya yetkili oldukları ve aleyhlerinde de dava açılabilceği öngörülmüştür. Her ne kadar acenteliğe değil ticarî temsilciliğe ilişkin olsa da bu düzenlemenin sonraki yasal düzenlemelere kaynak teşkil ettiği söylenebilir⁴.

Kanun koyucu aynı bakış açısını 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı TTK⁵ m.119 hükmünde de muhafaza etmiş ve bu kez acentenin, aracılıkta bulunduğu veya akdettiği sözleşmelerden çıkacak ihtilaflardan dolayı müvekkili namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilceğini ve bu hükümlere aykırı olan şartların geçerli olmadığını öngörmüştür.

Aynı bakış açısının büyük ölçüde muhafaza edildiği 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı TTK m.105 uyarınca, acente; aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. 6102 sayılı TTK'da, 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, yalnızca yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartların geçersiz olduğu öngörülmüş ve ayrıca acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye'de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararların acentelere uygulanamayacağı kabul edilmiştir.

2 Bu vesileyle, Türkiye'de temel kanunları hazırlamak veya değiştirmek üzere oluşturulan komisyonların genelde sadece doğrudan ilgili olan hukuk alanının mensuplarından oluştuğunu, hazırlanacak yahut değiştirilecek kanunun kısmen temas ettiği diğer hukuk alanlarına yeterince önem verilmediğini ve bu tür hukuk alanlarından temsilcilerin katılıma ya hiç ya da yeterli düzeyde hassasiyet gösterilmediğini, bu nedenle temel kanunların yürürlüğe girmesiyle birlikte ilgili diğer hukuk alanları bakımından ortaya ciddi uyumsuzlukların çıktığını tecrübe ettiğimizi üzümlere ifade etmek isterim.

3 RG: 28.06.1926-406.

4 Emre Külüşlü, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi* (On İki Levha 2019) 6.

5 RG: 09.07.1956/9353.

II. İZAFETEN DAVA HAKKINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMENİN AMACI

İzafeten dava hakkına ilişkin yasal düzenlemenin amacı konusunda 6762 sayılı TTK'nın hükümet gerekçesinin "*Acentelik*" başlığını taşıyan 21. maddesinde aynen şu ifadeler yer almaktadır: "...acentenin müvekkili nam ve hesabına yaptığı muamelelerden çıkacak ihtilâflardan dolayı acente dâva açabileceği gibi kendisine karşı da dâva açılabilir. Bunun aksinin kararlaştırılması muteber değildir; çünkü tecrübe göstermiştir ki basılmış olan genel şartnamelere dayanarak ecnebi müesseseler namına muamele yapan (umumi vekiller), bazan ecnebi bir mahkemenin salahiyetli olduğunu ileri sürerler. Bu suiistimali önlemek maksadiyle tasarının 119 ncu maddesi ...teklif edilmiştir." ⁶

6102 sayılı TTK m.105 hükmünün gerekçesinde de izafeten dava hakkının varlık sebebinin "*yabancı tacirlere Türkiye'de dava açılması olanağını yaratmak*" olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca geçmişte yabancı tacire izafeten acentesine karşı açılan davalarda alınan kararların acenteye karşı uygulanabileceği şeklinde yapılan yorumlar sebebiyle ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla üçüncü fıkranın getirildiği belirtilmiştir⁷. Gerekçede yer verilen şu cümle de konumuz bakımından önem taşımaktadır: "*Oysa, Türkiye'de bir tebligat adresi tesis eden hükmün bu doğrultuda yorumlanması, maddenin amacına aykırıdır*". Bu cümlede kanun koyucu TTK m.105(2) hükmündeki izafeten dava hakkına ilişkin düzenlemenin, Türkiye'de bir tebligat adresi tesis etmeyi de amaçladığını ifade etmiştir. 6102 sayılı TTK m.105 hükmünün gerekçesinde ayrıca, 6762 sayılı TTK m.119(3)'deki "*Bu hükümlere aykırı olan şartlar muteber değildir*" hükmünün "*yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir*" şekline dönüştürülüp 6102 sayılı TTK m.105(2)'ye eklendiği ifade edilmektedir. Bunun sebebi olarak, maddenin ilk iki fıkrasındaki hükümlere aykırı şartları hükümsüz saymanın yerli tacirlerin acenteleri yönünden hiçbir anlam taşımadığı zira yerli tacirlerin yerleşim veya iş yerleri Türkiye'de bulunduğu için yetkili bir veya birkaç mahkeme bulmanın ve onları mahkemeye getirmenin güç olmadığı belirtilmiştir.

Yukarıda yer verilen gerekçelerden anlaşıldığı üzere; kanun koyucu, yabancı tacirler ile Türkiye'de hukukî işlem yapan kişilerin korunması amacını gütmektedir⁸ ki burada koruma sağlanan grubun esas itibarıyla Türk tacirler olduğu anlaşılmaktadır. İzafeten dava hakkı sayesinde sağlandığı varsayılan korumayı tetikleyen düşünce; yabancı tacir ile yapılan sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda yabancı tacire karşı dava açılacak olduğunda Türkiye'de yetkili bir mahkeme bulunmayacağı ve bu davaların yabancı ülkelerde açılması mecburiyetinin doğacağı, bu mecburiyetin bilhassa Türk tacirler bakımından ciddi zorluklara sebebiyet vereceği ve yabancı tacire karşı Türkiye'de dava

6 <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>

7 Bkz. Hilal Üçüncü, 'Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi' (2013) 37(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 980 dn 98.

8 Turgut Kalpsüz, 'Müvekkillere İzafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması' (1983) 12(1) BATİDER 2-3.

açılabilse dahi yabancı ülkeye yapılacak tebligatın ciddi masraf ve zaman kaybına yol açacağıdır⁹. Zorluk olarak görülen bu hususları aşmak adına, yabancı tacirlerin acente marifetiyle kurdukları sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda yabancı tacire izafeten Türkiye'deki acentesine karşı dava açılması imkânı getirilmiştir.¹⁰

III. Yabancı Tacire İzafeten Acentesine Karşı Açılan Davaların Sıra Dışı Özellikleri

A. Genel Olarak

TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacirlere izafeten Türkiye'deki acentelerine karşı açılan davalarda, davanın gerçek tarafı yabancı tacirdir ancak davalı koltuğunda acentesi oturmaktadır ve buna bağlı olarak, modern usul hukuku anlayışı açısından birçok belirsizlik ve soru işareti ortaya çıkmaktadır. TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacirlere izafeten Türkiye'deki acentesine karşı açılan davalarda acentenin hangi sıfatla yargılamada yer aldığı net olmadığı gibi, yetkinin tesis ediliş biçimi ve hakkında karar verilecek olan gerçek davalıya tebligat yapılmaksızın bir yargılamanın yürütülmesi de Medenî Usul Hukuku açısından sıra dışı uygulamalardır.

TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkının Medenî Usul Hukuku bakımından hangi hukukî müesseseyi karşıladığı tartışmalıdır. Dava takip yetkisi veya iradî temsil yahut vekâlet ehliyeti veyahut tebligat ehliyeti gibi kavramlara tekabül ettiği veya *sui generis* bir müessese olduğu yönünde çeşitli görüşler mevcuttur¹¹. Bu çalışmanın amacı, TTK m.105(2) hükmünde getirilen bu imkânın Medenî Usul Hukuku açısından analizini yapmak olmadığı için, biz bu tartışmaya girmeyeceğiz. Sadece TTK m.105(2) hükmündeki bu düzenlemenin Medenî Usul Hukukunda net bir karşılığının bulunmadığı hususunun altını çizmekle yetiniyoruz.

B. İzafeten Dava Hakkının Kullanıldığı Davalarda Yetki Tesis

İzafeten dava hakkının kullanıldığı hallerde taraf sıfatı yabancı tacire ait olmasına¹² rağmen davada Türk mahkemelerinin yetkisi acente esas alınarak tesis edilmektedir. Yabancı unsur içeren uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisini tayin eden 5718

9 Doktrinde, TTK m.105(2) hükmünün Türk tacirlere sağladığı avantajlardan biri olarak, yabancı ülke mahkemelerinde dava açılması durumunda alınacak kesinleşmiş ilâmların Türkiye'de tanınması veya tenfizi yoluna gidilmesi gereğini ortadan kaldırması gösterilmiş ise de [Cemil Güner, 'Türk Ticaret Kanununun 'Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi'ne İlişkin Hükmünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 10(2) İnÜHFD 524], Türk tacir tarafından güdülen amaç mahkeme kararını yabancı tacire karşı icra etmek suretiyle alacağına kavuşmak olduğu için, yabancı mahkemede alınacak kararın Türkiye'de tenfiz edilmesi yönünde bir ihtiyacın ortaya çıkma ihtimalinin gerçekleştiği kanaatindeyiz.

10 Bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 154; Güner (n 9) 523 vd.

11 Bu görüşler hakkında güncel ve detaylı bilgi için bkz. Üçüncü (n 7) 968 vd.; Güner (n 9) 529 vd.; Külüşlü (n 4) 18 vd.

12 Üçüncü (n 7) 979; Şafak Narbay and Murat Uyumaz, 'Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi' (2013) 11 (121) LHD 111; Güner (n 9) 527.

sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹³ [MÖHUK] m.40 uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin ettiği için, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁴ [HMK] m.6'daki genel yetki kuralı uygulanarak, davalı koltuğundaki acentenin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilir¹⁵. Kanun koyucunun “*yabancı tacirlere Türkiye’de dava açılması olanağını yaratmak*” şeklindeki amacı da bu sayede hayata geçirilmektedir. Ancak gerçek *davalı* olarak taraf sıfatına sahip bulunan ve hakkında karar verilecek olan kişi yabancı tacir iken, mahkemenin yetkisinin tayininde *davalı* olarak yabancı tacirin değil de -usul hukuku açısından hangi statüde bulunduğu tam olarak bilinmeyen- acentesinin esas alınması, yetki tayinine ilişkin temel usul hukuku anlayışına uygun düşmemektedir.

Yetki açısından bir diğer önemli husus, Türk tacir ile yabancı tacir arasındaki sözleşmede bir tahkim veya yetki şartının yer alması hâlinde TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkına ilişkin düzenlemenin aksinin kararlaştırılmayacağı yönündeki kuralın doğuracağı sonuçlardır. Yargıtay, acente aracılığıyla kurulan sözleşmede bir yetki şartı bulunması hâlinde, yabancı tacir aleyhine açılacak davanın ona izafeten acentesine karşı açılabilmesini sağlamak amacıyla, TTK m.105(2) hükmünün ikinci cümlesinde yer alan “*yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir*” şeklindeki düzenlemeyi dayanak göstererek, yetki anlaşmasını geçersiz sayan kararlar vermektedir¹⁶. Benzer bir durumda tahkim şartı açısından da aynı sonuca varacağını öngörmek mümkündür. Bu yöndeki kararlar yasaya uygun olmakla birlikte, milletlerarası ticarî ilişkilerin realitesine uygun değildir. Milletlerarası ticarî işlem ve ilişkiler tahtında kurulan sözleşmelerde yetki şartları veya tahkim şartları sözleşmenin en doğal ve en önemli unsurlarından biridir. Sırf yabancı tacir aleyhine Türk mahkemelerinde dava açılabilmesini sağlamak uğruna bir yetki anlaşmasını geçersiz saymak belki o somut olayda küçük ölçekli bir Türk şirketini yabancı devlet mahkemelerinde dava açmanın zorluklarından kurtarmış olabilir. Böylece milletlerarası ticarete dâhil olan Türk şirketlerine bir himaye sağlandığı zannedilebilir. Ancak bu bakış açısı uzun vadede Türk acentelerine ve Türk ekonomisine zarar verir. Zira bir Türk şirketiyle yaptığı yetki anlaşmasının veya tahkim anlaşmasının sırf Türk şirketi Türk mahkemesinde dava açabilsin diye geçersiz sayıldığını gören bir yabancı şirket, büyük ihtimalle artık Türk şirketleriyle ticaret yapmaktan ya tamamen vazgeçecek ya da Türk acente kullanmak istemeyecektir. Bilinmelidir ki Türk mahkemelerinin

13 RG: 12.12.2007/26728.

14 RG: 04.02.2011/27836.

15 Nuray Eksi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn, Beta 2000) 114; Güner (n 9) 532.

16 Yargıtay 11 HD, 3799/3051, 22.06.2020; Yargıtay 11 HD, 3298/2018, 25.02.2020; Yargıtay 11 HD 293 /953 05.02.2020 (www.lexpera.com.tr). Detaylı bilgi için bkz. Cemre Tüysüz, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi’ (2021) 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası

bu tür kararları çok kısa bir zamanda yurt dışında duyulmakta ve etkili olmaktadır. Bu nedenle anılan kararların etkisi sanıldığığının aksine daha çabuk ve daha yaygın bir biçimde görülecektir.

Kaldı ki 1926 yılında ve hatta 1956 yılında Türk şirketleri açısından yabancı bir ülkede dava açmanın büyük bir zorluk olduğu düşünülebilir ise de 2011 yılındaki koşullara baktığımızda, Türk şirketlerinin yabancı bir ülkede dava açmasının aynı ölçüde zorluk arz etmediği aşikârdır. Dolayısıyla yetki veya tahkim anlaşmalarını geçersiz saymayı gerektirecek bir himayeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Yabancı ülkede dava açmayı bir külfet olarak gören Türk şirketlerinin milletlerarası ticarî sözleşmelere girişmemesi beklenir. Bir taraftan milletlerarası ticaret yapmayı isterken diğer taraftan yurt dışında dava açmayı külfet olarak görmek bir çelişkidir. Milletlerarası ticaret yapmak isteyen, bu uğurda bir sözleşmeye taraf olan ve bu tür sözleşmelerin en doğal unsurlarından biri olan yetki şartını veya tahkim şartını kabul eden Türk şirketinin, uyumsuzluk doğunca sırf Türk mahkemelerinde dava açabilmek uğruna sözleşmedeki yetki şartının veya tahkim şartını geçersizliğini iddia etmesi ve TTK m.105(2) sayesinde bu iddiasının kabul görmesi yasaya uygun olmakla birlikte, milletlerarası ticaretin işleyişinde kabul edilebilecek bir bakış açısı değildir.

C. İzafeten Dava Hakkının Kullanıldığı Davalarda Tebligat

Yabancı tacire izafeten acentesine karşı açılan davalarda önem arz eden bir diğer husus, taraf sıfatına sahip bulunan ve hakkında karar verilecek olan yabancı tacire tebligat yapılmasını öngören bir düzenleme bulunmamasıdır. Bu tür davalarda davalı koltuğunda acente oturduğu için; davacının sunduğu dilekçeler ve deliller, bilirkişi raporları, mahkemenin ara kararları ve nihayet yabancı tacir hakkında verilen nihaî karar yabancı tacire değil acentesine tebliğ edilmektedir. Taraf sıfatını haiz yabancı tacire tebligat yapılmasına gerek duyulmamakta, yabancı tacirin davadan haberdar edilmesi, acentesinin takdirine bırakılmaktadır¹⁷. Acente tarafından herhangi bir bilgilendirme yapılmadığı takdirde, yabancı tacirin bu davadan haberinin dahi olmaması ihtimal dâhilindedir. Bu ihtimalde ortaya çıkan hukuka aykırılık sadece acente ile yabancı tacir arasındaki sözleşmenin acente tarafından ihlali değil, aynı zamanda yabancı tacirin *hukukî dinlenme hakkının* -Türk mahkemesi tarafından- ihlalidir¹⁸. Zira bir davada taraf sıfatına sahip olan kişinin davada sunulan beyanlardan ve delillerden ve mahkemece alınan kararlardan haberdar edilmesi, Türk yargılama hukukunun temel ilkelerinden biri olan *hukukî dinlenme hakkının* olmazsa olmaz unsurudur. "*Hukukî dinlenme hakkı*" başlığını taşıyan HMK m.27 hükmünde; davanın taraflarının, müdahillerin ve yargılamanın diğer ilgililerinin kendi hakları ile bağlantılı olarak *hukukî dinlenme hakkına* sahip oldukları ve bu hak kapsamında

17 Narbay and Uyumaz (n 12) 128-129; Güner (n 9) 525. Bu yönde bkz. Yargıtay 19.HD 3318/5393, 31.10.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

18 Bkz. Narbay and Uyumaz (n 12) 129; Kültürlü (n 4) 94.

yargılama ile ilgili bilgi sahibi olma, açıklama ve ispat, mahkemeler tarafından dikkate alınma/değerlendirilme ve gerekçeli karar haklarına sahip olduğu ve Türk mahkemelerince bu haklara riayet edilmesi gerektiği öngörülmüştür. *Hukukî dinlenilme hakkının* diğer unsurları olan açıklama hakkı ile dikkate alınma/değerlendirilme hakkının (gerekçeli karar hakkının) etkili bir şekilde kullanıldığından söz edebilmek, ancak ilgili tarafın (yabancı tacirin) hakkında ileri sürülen iddia ve savunmalar ile yargılama sürecine ilişkin her türlü işlem hakkında bilgi sahibi olmasıyla mümkün olacaktır¹⁹. Bu itibarla, taraf sıfatına sahip olan yabancı tacire tebligat yapılmaksızın sadece acenteye tebligatla yetinilmesi, HMK m.27’de kendisine tanınan açıklama ve dikkate alınma/değerlendirilme haklarından yararlanabilmesi için olmazsa olmaz bir ön koşul olan yabancı tacirin bilgi sahibi olma hakkından mahrum bırakılması anlamına gelmektedir. Taraf sıfatına sahip yabancı tacire tebligat yapılmaksızın verilen böyle bir karar bakımından HMK m.27 hükmüne aykırılık söz konusu olacaktır.

Bunun dışında, kendisine karşı tebligat yapılmaksızın yürütülen bir yargılama sonucunda verilen karara karşı yabancı tacir, “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” hükmünü içeren Anayasa m.36’da koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ve savunma hakkının Türk mahkemelerince ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa’ya aykırılık iddiasında bulunarak Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuruda bulunabilecektir²⁰. Zira yabancı tacir, dava dilekçesinin kendisine tebliğ edilmeyerek salt acenteye tebligat yapılmış olması nedeniyle, taraf sıfatına sahip olduğu davadan haberdar edilmemiş, böylece kendisine karşı ileri sürülen ve mahkeme kararına konu teşkil eden iddialar ile bu iddiaların ispatı mahiyetindeki bilgi ve belgeler hakkında açıklama ve ispat haklarını kullanmaktan mahrum bırakılmış olacaktır. Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen “savunma hakkı”, hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biridir ve AİHS m.6’da düzenlenen “adil yargılanma hakkı” kapsamında da korunmaktadır²¹. Bu itibarla, bir iç hukuk yolu olarak kabul edilen Anayasa Mahkemesine başvurunun da sonuçsuz

19 Bkz. Hakan Pekantez, Oğuz Atalay and Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku* (14th edn, Yetkin 2013) 393; Muhammet Özkes, *Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı* (Yetkin 2003) 86-87; David Harris, Michael O’Boyle and Colin Warbrick, *Law on the European Convention on Human Rights*, (2nd edn, Oxford University Press 2009) 254; Sezin Aktepe Artık, *Medenî Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, (Seçkin 2014) 341, 362 vd.; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet 2019) 612.

20 Aynı yönde Özkes (n 19) 60; Türkel Doğuş Taylan, ‘Müvekkile İzafeten Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukukî Dinlenilme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar’, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin 2009) 1108 vd.; Külüştü (n 4) 90-91.

21 Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m.6(1) hükmü, mahkemeye erişim hakkı, bağımsız ve tarafsız yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı gibi ulusal mahkemelerce riayet edilmesi gereken pek çok hakkı bünyesinde barındırmakta olup, söz konusu hakların içeriği ve sınırları AİHM içtihatlarıyla belirlenmektedir. Bu konuda bkz. Sibel Inceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (4th edn, Beta 2013) 105 vd.; Harris, O’Boyle and Warbrick (n 19) 201 vd.; Nuala Mole and Catharina Harby, *Right to a Fair Trial - A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, (2nd edn, Human Rights Handbooks 2006) 5 vd. Türk hukukunda hukukî dinlenilme hakkı kapsamında mütalaa edilen bilgi sahibi olma, açıklama ve dikkate alınma ve değerlendirilme hakkı gibi davalının temel savunma hakları, AİHS m.6(1) terminolojisinde ise hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edilmektedir ve bu hak kapsamında AİHM içtihatlarıyla geliştirilen silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama hakkı ve gerekçeli karar hakkı gibi haklara tekabül etmektedir. Bu yönde bkz. Arslan (n 19) 705-707; Aktepe and Artık (n 19) 341; Güray Erdönmez, *Pekantez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017) 862 vd.

kalması hâlinde, savunma hakkı ihlal edilerek verilen bu tür kararlara karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) müracaat da mümkündür. AİHM kararlarında da ifade edildiği üzere, davacı tarafça ileri sürülen iddialar/görüşler hakkında, ileri sürülen iddiaların önemli veya önemsiz olduğuna bakılmaksızın, karşı tarafa bilgilendirilme ve açıklamada bulunma olanağı tanınmalıdır²².

Bu itibarla yabancı tacire izafeten acentesine karşı açılan davalarda sadece dava dilekçesinin değil, yargılama dâhilinde sunulan her türlü belgenin, bilginin ve mahkemece alınan her türlü kararın, hukukî dinlenilme hakkının temel unsurlarından biri olan bilgi sahibi olma/bilgilenme hakkının bir gereği olarak yabancı tacire tebliğ edilmesi gerekir²³. Yabancı tacirin dava dilekçesini tebliğ ettikten sonra davaya iştirak etmemesi, mahkemenin “davalıyı yargılamanın tüm aşamalarından ve dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden haberdar etme” yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla bu hakkın, sırf dava dilekçesini tebliğ almasına rağmen davaya katılmadığı gerekçesiyle yabancı tacirin elinden alınması da adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.

D. İzafeten Dava Hakkına İlişkin Düzenleme Getiriliş Amacına Uygun Mudur?

TTK m.105(2)'deki izafeten dava hakkına ilişkin düzenleme, ilk bakışta, getiriliş amacına uygun gibi görünmektedir. Bir yabancı tacir Türkiye'deki acentesi vasıtasıyla bir sözleşme yapar ve bu sözleşmeden bir uyuşmazlık doğarsa, diğer âkit taraf, yabancı tacire karşı yurt dışında dava açmak veya Türkiye'de dava açıldığında yurt dışına tebligat yapmak gibi külfetlere maruz kalmasını diye, yabancı tacire izafeten Türkiye'deki acentesini davalı göstermek, Türk mahkemelerinin yetkisini acenteyi esas alarak tesis etmek ve tebligatı da acenteye yapmak gibi kolaylıklara TTK m.105(2) sayesinde kavuşmaktadır. Böylece kanun koyucu, her ne kadar TTK m.105(2) hükmünde açıkça yazmasa da, Türk tacir olduğu varsayılan diğer âkit tarafa bir hukukî himaye sağlamaya çalışmıştır. Acaba TTK m.105(2) hükmü, kanun koyucunun güttüğü amacı gerçekten sağlamakta mıdır?

Kanun koyucunun TTK m.105(2) hükmünde öngördüğü amacın tam olarak hayata geçirilebilmesi için, yabancı tacire izafeten acentesine karşı Türk mahkemesinde açılan davada yabancı tacir aleyhine verilen kararın icra edilmesi suretiyle, kanun koyucunun hukuken himaye ettiği Türk tacirin alacağına fiilen kavuşması gerekmektedir.

TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacire izafeten acentesine karşı başlatılan ve yürütülen bir yargılama sonucu verilen kararlara karşı, yabancı tacir tarafından kanun yollarına müracaat edildiği takdirde, acentenin davadaki konumu ve mahkemenin

22 Bkz. *Ruiz-Mateos v. İspanya*, 12952/87, 23.6.1993, para 63; *Bulut v. Avusturya*, 17358/90, 22.02.1996, para.49.

23 Pekcanite, Atalay and Özkes (n 19)393; Özkes (n 19) 86-87; Harris, O'Boyle and Warbrick (n 19) 254; Aktepe and Artık (n 19) 377.

yetkisinin tesisinde acentenin esas alınması hukuka aykırı olarak görülmeyebilir. Zira mahkemelerin bu tür kararları, Türk hukukundaki yasal düzenlemelere uygun düşen uygulamalardır. Ancak yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere, davada taraf sıfatına sahip olan yabancı tacire tebligat yapılmaksızın, sadece acenteye tebligat yapılarak yargılamanın yürütülmüş olması, HMK m.27 hükmünde yer verilen hukukî dinlenme hakkının, Anayasa m.36 hükmünde yer verilen adil yargılanma hakkının ve savunma hakkının, AİHS m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının Türk mahkemelerince ihlal edildiği anlamına gelmesi sebebiyle böyle bir ihtimalin oldukça düşük olduğu düşünülmekle birlikte; yukarıda sayılan bütün bu müracaat imkânlarının kullanılmış olmasına rağmen yabancı tacirin davadan haberdar edilmemek suretiyle savunma hakkını kullanmasına izin verilmeksizin verilen böyle bir kararın hukukî dinlenme hakkına aykırı olmadığı ve adil yargılanma hakkını ihlal edilmediği sonucuna varılacak olursa, *aleyhinde karar verilen yabancı tacirin Türkiye'de malvarlığının bulunması ihtimalinde* davacı Türk tacir, karara bağlanan alacağına nihaî olarak kavuşabilecektir.²⁴

Ancak yabancı tacirlerin Türkiye'de malvarlığının bulunması istisnaî bir durumdur. Nitekim 6102 sayılı TTK m.105 hükmünün gerekçesinde; izafeten dava hakkının, yabancı tacire izafeten acentesine karşı açılan davalarda alınan kararların acenteye karşı uygulanabileceği şeklinde yorumlanması üzerine acenteler temsil ettikleri kişilerin borçlarını ödemek zorunda bırakıldıkları için, acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye'de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararların acentelere uygulanamayacağını öngören (3). fıkranın getirildiği belirtilmektedir. Hatalı görülen bu uygulamanın ortaya çıkma sebebi, aleyhine karar verilen yabancı tacirin Türkiye'de malvarlığı bulunmaması sebebiyle davacının acentenin malvarlığı üzerinden alacağını tahsil etmek istemesidir. Kabul edelim ki, izafeten dava hakkının kullanılması suretiyle Türkiye'de yabancı tacir aleyhine verilen mahkeme kararının, çoğu kez, yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu yabancı devlette icra edilmesi gerekecektir ki bunun sağlanabilmesi için öncelikle Türk mahkemesi kararının o devlette tenfizi gerekecektir. İşte bu noktaya gelindiğinde, Türk mahkemesinde karar verilirken yabancı tacir bakımından yetki tesisinin nasıl yapıldığı, yabancı tacire tebligat yapılıp yapılmadığı, kendisini savunma imkânı tanınıp tanınmadığı gibi hususlar hayatî derecede önem arz edecektir.

Modern tenfiz hukuklarında yer verilen tenfiz koşulları açısından bakıldığında, TTK m.105(2) hükmündeki düzenleme şu noktalarda önem arz etmektedir:

a) Davalı yabancı tacir olmasına rağmen, kararı veren Türk mahkemesinin yetkisinin sanki acente davalıymış gibi tesis edilmesi;

Milletlerarası yetkinin tesisinde, ülke ile dava arasındaki gerçekçi ve objektif irtibat noktalarından hareket edilmesi ideal olup; geçici, zayıf veya subjektif

24 Bkz. *Gyuleva v. Bulgaristan*, 38840/08, 09/06/2016, para 40-48; *Gakharia v. Gürcistan*, 30459/13, 17/01/2017, para 39-46.

bağlantıların yeterli sayılması, verilen kararın milletlerarası alanda etkisini zayıflatır. Ancak milletlerarası yetki kurallarının ve bu kuralların tesisinde esas alınan bağlantı noktalarının tayin ve tespitinde kanun koyucuların tamamen bağımsız olması; zayıf, geçici, sunî veya sübjektif esaslara dayalı milletlerarası yetki kurallarının (aşırı yetki kuralları) ortaya çıkmasına sebep olmaktadır²⁵. Devletler, aşırı yetki kurallarına istinaden kendisini yetkili sayan yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınması ve tenfizini ya bizatihi aşırı yetki hâlini bir tanıma-tenfiz engeli olarak düzenlemek [meselâ Türk MÖHUK m.54(b)] ya da kararı veren yabancı mahkemenin tanıma-tenfiz devletinin yetki kurallarına göre de yetkili olmasını öngörmek [meselâ Arnavutluk Medenî Usul Kanunu m.394(a) veya Slovakya MÖHUK m.64 gibi] suretiyle engellemektedir.

Bir yabancı tacirin Türkiye'deki acentesinin aracılık ettiği sözleşmelerden doğan davalarda acentenin bulunduğu yer mahkemesinin bu yabancı tacir bakımından yetkili sayılması gerek Türk hukukunda gerekse Avrupa Birliği Hukukunda rastlanan bir tercihtir ve aşırı yetki olarak görülme ihtimali düşüktür. Hatta kimi uluslararası düzenlemelerde davalının (konumuz itibarıyla yabancı tacirin) acentesinin faaliyetlerinden doğan davalarda söz konusu acentenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından tanıma-tenfize konu kararı veren devletle makul ve adil bir irtibatı sağlaması itibarıyla, bir dolaylı yetki esası olarak da kabul edilmiştir²⁶. Ancak TTK m.105(2) hükmünde böyle bir yetki kuralı yer almamakta, sadece yabancı tacire izafeten acenteye karşı dava açılabileceği öngörülmekte ve davanın ve konusunu oluşturan sözleşmenin tarafı acente olmamasına rağmen yetki acenteye göre tesis edilmektedir. Yani acentenin bulunduğu yer mahkemesinin dolaylı olarak yetkili kılınması söz konusudur ancak yabancı mahkemelerin olası bir tanıma veya tenfiz davasında Türk mahkemesinin yetkisinin bu şekilde tesis edilmesini *aşırı yetki* olarak görmesi ihtimal dâhilindedir.

25 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 667 vd. Aşırı yetki kuralları (exorbitant jurisdiction) hakkında detaylı bilgi için bkz. Ekşi (n 15) *Milletlerarası Yetki* 56 vd; Esra Dardağan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Yetkin 2005) Nuray Ekşi, 'Yabancı Mahkemenin 'Aşırı' Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi' (2010) 9(2) İKÜHFD, Temmuz Y.9 71 vd.

26 Mesela, Medeni ve Ticari Konulara İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 2019 tarihli Lahey Konvansiyonu m.5'te Konvansiyon kapsamına giren bir taraf devlet mahkemesi kararının diğer bir taraf devlet mahkemesince tanınması veya tenfizi için, tanıma-tenfize konu kararı veren mahkemenin yetkisinin m.5'te yer alan dolaylı yetki esaslarından en az birini karşılaması gerektiği öngörülmüştür. Konvansiyon m.5(1)(d) uyarınca davalının menşee (tanıma-tenfize konu kararı veren) devlet mahkemesinde yargılamanın tarafı haline geldiği an itibarıyla menşee devlette ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan bir şubesi veya acentesi ya da başka bir kuruluşu bulunmakta ve kararın dayandığı dava (uyuşmazlık) bu şubenin, acentenin veya kuruluşun faaliyetinden kaynaklanmakta ise, söz konusu karar -diğer şartların da varlığı halinde- tanınacak veya tenfiz edilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (HCCH 2019 Judgments Convention)*, The Hague, 2020, para 155-159; Matthias Weller, 'The 2019 Hague Judgments Convention - The Jurisdictional Filters of the HCCH 2019 Judgments Convention' 21(2019-2020) Yearbook of Private International Law 289.

b) *Sırf Türk mahkemelerinde dava açma imkânı getirmek amacıyla yetki veya tahkim şartının geçersiz sayılması;*

Yabancı unsur taşıyan ticarî sözleşmeler bakımından yetki veya tahkim şartları doğal ve vazgeçilmez bir unsurdur. Taraflar arasındaki yetki veya tahkim şartını -Türk mahkemelerinin TTK m.105(2) hükmüne istinaden verdiği kararlarda olduğu gibi- milletlerarası yetkinin tesisinde geçerli olan ilkelere, ahde vefa prensibine ve milletlerarası ticarî örf ve âdet anlayışına uygun düşmeyecek bir gerekçeyle geçersiz saymak suretiyle kendisini yetkili sayan bir mahkeme tarafından verilen kararlar yine *aşırı yetki* kapsamında verilmiş kararlar olarak mütalâa edilebilir. Zira sözleşmedeki tahkim şartı veya başka bir devlet mahkemesini yetkili gören yetki şartı, bunları geçersiz görerek kendisini yetkili sayan mahkeme ile uyumsuzluğun tarafları ve/veya konusu arasında var olan ilişkiyi kesmektedir.²⁷

c) *Davalı yabancı tacire tebligat yapılmaksızın ve böylece kendisini savunma hakkı tanınmaksızın yürütülen bir yargılama neticesinde karar verilmiş olması*

Savunma hakkı, tüm hukuk sistemlerinde usul hukukunun temel ve vazgeçilmez ilkelerinden biridir. Bu hakka riayet edilmeden verilen kararlar, gerçek anlamda adaleti yansıtmaz ve adli hakikati ifade etmez. Bu nedenle gerek Anayasa m.36 gerekse AİHS m.6 kapsamında korunmakta olan *savunma hakkına* riayet edilmeksizin verilen bir kararın, nasıl ki Türk mahkemelerince tanınması veya tenfizi mümkün görülmemekte ise [MÖHUK m.54(c)-(ç)], benzer şekilde söz konusu hakka Türk mahkemelerince riayet edilmemiş olması da yabancı mahkemelerinin Türk mahkeme kararlarını tanımayı veya tenfizi reddetmesini haklı kılmaktadır. AİHM'nin, tanıma veya tenfiz davasının açıldığı âkit devlet mahkemelerinin tanıma veya tenfize konu kararın verildiği mahkeme önünde davalının savunma haklarına riayet edilmiş olup olmadığını denetleme yükümlülüğü altında olduğunu ortaya koyan içtihatları göz önüne alındığında²⁸, bir devlette davalının savunma hakkına riayet edilmeden verilen kararların bir

27 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 25) 668 dn.453; Burak Huysal, 'Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar İle Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi' 2011(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Atâ Sakmar Armağanı) 491 vd.

28 AİHM çeşitli içtihatlarında, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davasında taraf devlet mahkemelerinin, tanıma veya tenfize konu kararın verildiği yabancı mahkemede yürütülen yargılamada, aleyhine tanıma veya tenfiz talebinde bulunulan davalının savunma haklarına riayet edilmiş olup olmadığını araştırmakla yükümlü olduğunu, davalının yabancı mahkemenin savunma haklarını riayet edilmediğine dair itirazları yeterince dikkate alınmaksızın ve değerlendirilmeksizin tanıma veya tenfiz kararı verilmesinin AİHS m.6(1)'in ihlaline yol açacağını ortaya koymuştur. Mesela, *Pellegrini v. İtalya* kararında AİHM, yabancı mahkemenin varmış olduğu maddî netice başvurusunun (davalının) itiraz edemeyeceği kadar kesin/ tartışmasız olsa da, adil bir yargılamaya duyulması gereken güvenin bir gereği olarak, davalının yabancı mahkeme nezdindeki hakkında açılan davadan haberdar edilmiş olmasını, karşı tarafın iddialarına yönelik olarak açıklamada bulunmak imkânı tanınması gerektiğini vurgulamış, çelişmeli yargılama hakkı kapsamına giren bu usulî güvencelere Vatikan mahkemelerine riayet edilip edilmediği araştırılmaksızın verilen tanıma kararının AİHS m.6(1)'i ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bkz. *Pellegrini v. İtalya*, no.30882/96 20.7.2001, para.32-45. Benzer yönde bkz. *Avontis v. Letonya*, (GC) no.17502/07, 23.5.2016, para.117-124; *D.D. v. Fransa*, no.3/02, 8.11.2005, para.25-28. Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan (n 19) 839 vd.

başka devlette tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Tanıma ve tenfize ilişkin gerek millî yasalarda gerekse milletlerarası sözleşmelerde savunma hakkına riayet genelde müstakil bir tanıma-tenfiz koşulu olarak düzenlenmiş bulunmakla birlikte²⁹, böyle bir müstakil koşulun bulunmadığı hallerde savunma hakkı ihlalleri *kamu düzenine aykırılık* kapsamında dikkate alınmaktadır³⁰.

Bu bağlamda, Türk ve yabancı mahkeme uygulamasının da AİHM içtihatlarına paralel bir şekilde geliştiği ve davalının aleyhine açılan davadan haberdar edilmemiş olması nedeniyle yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınması veya tenfizi taleplerinin reddedildiği görülmektedir³¹. Bu itibarla, TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacire izafeten acentesine karşı Türkiye’de açılan davada yabancı tacire tebligat yapılmaksızın verilen kararların, hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu yabancı devletlerde tanınması ve tenfizin neredeyse imkânsız olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

İzafeten dava hakkının Türk hukukuna özgü olması³² sebebiyle tenfiz davasının görüldüğü devletin hukukuna yabancı olması, tenfiz talebinin reddi için muhtemelen tek başına bir sebep teşkil etmeyecektir. Ancak yabancı devletin tenfiz mahkemesi, yukarıda sayılan tenfiz koşulları ekseninde yapacağı değerlendirme esnasında, izafeten dava hakkını büyük olasılıkla yadırgayacak ve bu durum, tenfiz kararı vermek noktasında menfi bir bakış açısıyla hareket etmesine yol açabilecektir.

Yukarıda yapılan açıklamalar muvacehesinde, TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkının, getiriliş amacına çoğu kez uygun düşmeyeceği değerlendirilmektedir. Böyle hallerde, yabancı tacir aleyhine yabancı ülkede dava

29 Meselâ, kapsam itibariyle farklılık arz etse de, karşılaştırmalı hukukta tanıma veya tenfize konu kararın verildiği mahkemede davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması, tıpkı MÖHUK m.54(ç)’de olduğu gibi müstakil bir tanıma veya tenfiz şartı olarak düzenlenmiştir. Bkz. Brüksel Ibis Tüzüğü m.45(1)(b); İsviçre DÖHK m.27(2)(a); ZPO m.328(1)(b)-2; Belçika MÖHK m.25(1)(b)-2.

30 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 25) 688.

31 Meselâ Hollanda mahkemelerince verilen bir kararın İngiltere’de tenfizine ilişkin bir davada Hollanda’da yeniden başlatılan yargılamadan haberdar edilmeyen davalının adil bir yargılamadan açıkça istifade edememesi nedeniyle tenfiz talebi İngiliz mahkemelerince reddedilmiştir. Bkz. *Maronier v Larmer* [2002] EWCA Civ 774, [2003] QB 620, para.25-37. Kararın özeti ve ayrıntılı analizi için bkz. Xandra E Kramer, ‘Enforcement under the Brussels Convention: Procedural Public Policy and the Influence of Article 6 ECHR’, *International Lis*, 2003, 16-20. Örneğin, bir Alman Bölge Mahkemesi kararına konu tenfiz davasında, kararın verildiği Belçika mahkemelerince çıkarılan tebligat, davalının adresinin doğru bir şekilde belirtilmemesi nedeniyle Alman mahkemelerince davalıya ulaştırılmamıştır. Dava evrakı, Belçika mahkemesine geri gönderilmiş, ancak mahkeme tebligata ilişkin ilgili AB Tüzüğü uygulamayarak davalının gıyabında karar vermiştir. Alman mahkemesi de Brüksel I Tüzüğü m.34(2) uyarınca kararın tenfiz edilemeyeceğine, ayrıca Alman Anayasası ve AİHS m.6’daki usulî güvencelere aykırı Belçika kararının tenfizinin m.34(1) uyarınca kamu düzenine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. OLG Zweibrücken, 5.10.2005-3W 165/04, (Brukhard Hess, Thomas Pfeiffer and Peter Schlosser, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001, The Heidelberg Report on the Application of Regulation in 25 Member States* (Study JLS/C4/2005/03), München, Verlag C.H. Beck, 2008, 141, dn.716). Benzer nitelikte bir İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 126 III 327, 330, (Louwrens R. Kiestra, *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law*, (Springer 2014) 169 dn 107) Türk hukukunda da davalıya usulüne uygun bir tebligat yapılmadan, dolayısıyla savunma hakları kullanılmaksızın verilen yabancı kararların tanınması ve tenfizi MÖHUK m.54(c)-(ç) hükümlerine istinaden reddedilmektedir. Bkz. Yargıtay 2.HD, E.2015/24518, K.2015/25034, T.23.12.2015; Yargıtay HGK, 1136/974, 26.11.2014 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 2 HD, 532 /6718, 8.4.2009, (Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, (4th edn, Beta 2014 361-362.); Yargıtay 2 HD 10735/13428, 4.10.2005, (Ruhi (n 31) 361).

32 Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme*, (3rd edn, 1968) 530; Kalpsüz (n 8) 1; Sıtkı Anlam Altay, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi’, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C.I, 2010, 224; Güner (n 9) 523.

açmaktan kaçınmak amacıyla izafeten dava hakkını kullanarak acentesine karşı Türk mahkemesinde dava açmayı tercih eden Türk tacirlerin; bu davada yabancı tacirin hukukî dinlenme hakkının ihlal ettiği kabul edilmese dahi, alınacak kararın yabancı tacirin Türkiye’de malvarlığı bulunmaması sebebiyle Türkiye’de icra edilememesi ve yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu devlette tenfiz koşullarına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle bu devlette de icra edilememesi söz konusu olduğunda, Türk mahkemesinde bu kararı almak için sarf edilen para, emek ve zaman tamamen boşa gitmiş olacaktır. Bu ihtimalde TTK m.105(2) hükmü Türk tacirlere kolaylık sağlamış olmayacak, tam aksine zarar vermiş olacaktır.

Bu nedenle, izafeten dava hakkı kullanılmadan önce; yabancı tacirin Türkiye’de malvarlığı bulunup bulunmadığı ve bu malvarlığının dava sonuna kadar Türkiye’de kalmasının söz konusu olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Ayrıca, yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu yabancı ülkedeki tenfiz şartları da dikkatle analiz edilerek, Türk mahkemesinin vereceği kararın o devlette tenfiz kabiliyetine sahip olup olmayacağı baştan değerlendirilmelidir. Eğer yapılan değerlendirme sonucunda, izafeten dava hakkının kullanılması suretiyle alınan kararın Türkiye’de icra kabiliyetine sahip olmayacağı, yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu yabancı devlette ise tenfiz kabiliyetine sahip olmayacağı sonucuna varılacak olursa, izafeten dava hakkına istinaden dava açmaktan vazgeçilmelidir. Bu durumda eğer milletlerarası yetki kuralları Türk mahkemelerinin yetkisini tesis ediyor ise, doğrudan yabancı tacir aleyhine dava açma ve milletlerarası tebligat kurallarına göre yabancı tacire tebligat yapma yoluna gidilerek, yabancı ülkede tenfizi kabil bir kararı Türk mahkemelerinden almak veya yabancı tacirin yerleşim yerinin ve/veya malvarlığının bulunduğu devletin yetki kurallarına göre yetkili olan mahkemede dava açmak tercih edilmelidir.

Önemle belirtilmelidir ki; TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkı zorunlu olarak müracaat edilmesi gereken bir düzenleme değildir. Yabancı tacire karşı dava açmak isteyen Türk tacir diğer milletlerarası yetki kurallarına istinaden yetkili olan Türk mahkemelerinde veya kendi milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olan yabancı devlet mahkemelerinde dava açmayı da tercih edebilir³³.

Acentesi marifetiyle Türkiye’de bir sözleşme akdeden yabancı tacire karşı açılacak davalarda Türk mahkemelerinin yetkisini tesis edebilecek birden çok unsur bulunması ihtimal dâhilindedir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının tayin edeceğini öngören MÖHUK m.40 gereği yetkili olabilecek Türk mahkemelerini gözden geçirecek olursak; yabancı tacir bakımından HMK m.6’daki yerleşim yeri veya HMK m.9’daki mutad mesken esaslarına göre Türk mahkemelerinin yetkili olma ihtimalinin yalnızca gerçek kişi yabancı tacirler bakımından söz konusu olabileceği ancak bunun da yok denecek kadar az bir ihtimal

33 Üçüncü (n 7) 984; Narbay and Uyumaz (n 12) 111; Güner (n 9) 526.

olabileceği, uyuşmazlık malvarlığı haklarına ilişkin ise ve uyuşmazlık konusu malvarlığı değeri Türkiye’de ise Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı tacire karşı HMK m.9 uyarınca uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilmesi, en önemlisi uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin ifa yeri Türkiye’de bulunduğu takdirde –*ki bu çok yüksek bir ihtimaldir*– HMK m.10 uyarınca ifa yerinin bulunduğu yerdeki Türk mahkemesinde yabancı tacire karşı dava açılabilmesi görülmektedir³⁴. Milletlerarası ticarette kullanılan sözleşmeler ekseriyetle her iki tarafa da edimler yükleyen mahiyettedir ve her bir tarafın edimi çoğu kez farklı ülkelerde ifa edilir. HMK m.10 hükmünde yetkinin tesisi bakımından taraf edimleri arasında bir ayırım yapılmadığı ve sadece ifa yerlerinden birinin Türkiye’de bulunması yeterli sayıldığı için; dava konusu edim veya karakteristik edim olsun yahut olmasın, edimlerden herhangi birinin ifa yerinin Türkiye’de olması, HMK m.10 hükmüne göre Türk mahkemelerinin yetkili olması için yeterlidir³⁵.

E. İzafeten Dava Hakkının Doğurduğu Sorunların Ortadan Kaldırılması İçin Ne Yapılmalıdır?

TTK m.105(2) hükmü mevcut hâliyle yürürlükte kaldığı sürece, yabancı tacire izafeten acentesine dava açmayı düşünen Türk tacirlerin yukarıda izah olunan analizi doğru bir şekilde yapmaları ve buna göre hareket etmeleri hâlinde izafeten dava hakkının doğurabileceği olumsuz sonuçlardan kendi çabalarıyla sakınmaları mümkündür.

Ancak Türk tacirleri korumak amacıyla getirilen TTK m.105(2) hükmünün, yukarıda gerekçeli olarak izah edildiği üzere, Türk tacirlerin aleyhine sonuç doğurmak konusunda yüksek oranda risk içermesi kabul edilebilecek bir durum değildir. TTK m.105(2) hükmüne başvurulmasının doğurabileceği olumsuz sonuçların önlenmesi olasılığını Türk tacirlerin bu konudaki gayretine ve becerisine bırakmak yerine, TTK m.105(2) hükmünün Türk tacirlere sağlamaya çalıştığı korumanın gerek Türk tacirlere gerekse Türk hukukunun ve yargısının imajına zarar vermeyecek şekilde değiştirilmesi çok daha isabetli, objektif ve kalıcı bir çözüm olacaktır.

Bir başka ifadeyle; mühim olan yabancı taciri her hâl ve kârda Türk mahkemesinin önüne getirmek değil, yabancı taciri modern hukuk anlayışına uygun ve yabancı tacir aleyhine verilecek kararın yabancı mahkemelerce tenfizine engel teşkil etmeyecek şekilde Türk mahkemelerinin önüne getirmektir. Mühim olan; bir taraftan milletlerarası ticarete dâhil olan Türk tacirlere hukukî himaye sağlamaya çalışırken aynı zamanda Türk hukukunun ve Türk yargısının milletlerarası alandaki imajını zedeleden ve Türk ekonomisine zarar vermeden bunu sağlamaktır.

34 Yabancı tacire karşı açılacak davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olması hâlinde, TTK m.105(2) hükmünün getirilmesiyle hedeflenen amaç sağlanmış bulunduğu için, izafeten dava açılmasında hukukî menfaat bulunmadığı ve davanın doğrudan yabancı tacire yöneltilmesi gerektiği yönünde bkz. Külüşlü (n 4) 62, 65 vd.

35 Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 25) 474 vd.

Bunu sağlamak için, Türkiye’de acentesi aracılığıyla sözleşme yapan yabancı tacirlere karşı, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda izafeten dava hakkı açma imkânını ortadan kaldırmak ve acentenin bulunduğu yer mahkemesini yetkilendiren bir yetki kuralı getirmek yeterlidir³⁶.

Bu yetki kuralı, Türk mahkemelerinin yetkisinin tesisi bakımından, izafeten dava hakkının dolaylı ve garip bir biçimde tesis ettiği yetkinin aynısını doğrudan ve anlaşılır bir şekilde tesis edecektir. Bu açıdan kanun koyucunun -ısrarcı olduğu anlaşılana- amacından vazgeçmesini gerektirmeyen bir çözüm biçimidir.

Acentenin bulunduğu yer mahkemesi, diğer genel veya özel yetki kurallarının yanında bir alternatif yetki kuralı olarak getirilmelidir. Ayrıca bu yetki kuralına aykırı sözleşmelerin geçersiz sayılması fikrinden de vazgeçilmeli ve milletlerarası ticarete dâhil olan Türk tacirlerin yaptıkları sözleşmelerde yer alan yetki veya tahkim şartlarının olağan hükümler oldukları, bu tür ilişkilere giren Türk tacirlerin gerektiğinde yabancı devletlerde dava açmasının da olağan bir durum olduğu artık kabullenilmelidir.

Önerilen yetki esası Milletlerarası Usul Hukukuna yabancı değildir. MÖHUK m.46 uyarınca; sigorta sözleşmesinden doğan ve sigortacı aleyhine açılacak davalarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da *acentesinin* Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Diğer yandan, 12.12.2012 tarihli ve EU 1215/2012 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I Bis Recast Tüzüğü’nde³⁷ Avrupa Birliği üyesi devletlerde oturan kişiler adına başka bir Avrupa Birliği üyesi devlette yer alan acenteleri tarafından yürütülen faaliyetlerden kaynaklanan ve acente marifetiyle faaliyette bulunan taraf aleyhine açılacak davalarda, acentenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır [m.7(5)].

Bu veriler, önerdiğimiz yetki esasının “aşırı yetki” tesis eden bir kural olarak görülme riskinin düşük olduğunu göstermektedir. Bunun yanında; TTK m.102(1) hükmünde yer alan *acente* tanımının ve m.103(1) hükmünde acentelik hükümlerine tâbi olduğu öngörülen diğer kişilerin statülerinin de “aşırı yetki” tesisine yol açmayacak nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

İzafeten dava hakkının kaldırılması ve yerine “acentenin bulunduğu yer mahkemesi”ni yetkili kılan bir yetki kuralının getirilmesi hâlinde artık bu tür davalar Türk mahkemelerinde doğrudan yabancı tacir aleyhine açılacak ve tebligatların da yabancı tacire yapılması gerekecektir. Böylece yabancı tacirlerin savunma haklarının ihlal edildiğini ileri sürme olasılığı da ortadan kalkacak ve Türk tacirlerin yabancı

36 Benzer bir görüş için bkz. Karayalçın (n 32) 532.

37 (OJ. 20.12.2012 / L 351-1) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32012R1215>>

tacirler aleyhine Türk mahkemelerinden aldıkları kararların yabancı devletlerde tenfiz edilmesi de çok daha olası hâle gelecektir.

Önemle belirtelim ki, Türk mahkemelerinde açılan davalarda yurt dışına tebligat yapılması günümüz dünyasında çekinilecek bir zorluk olarak görülmemelidir. Zira devletler arasında akdedilen çok taraflı anlaşmalar sayesinde milletlerarası tebligat büyük ölçüde basit ve hızlı bir işlem hâline gelmiş bulunmaktadır³⁸. Türkiye de milletlerarası tebligat konusunu düzenleyen iki adet çok taraflı La Haye Anlaşması'na ve birçok iki taraflı anlaşmaya³⁹ taraftır. Çok taraflı anlaşmalardan 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Anlaşması⁴⁰ madde 1 uyarınca, taraf devletlerde bulunanlara tebligat, talep eden devletin muhatap devletteki konsolosu tarafından, muhatap devletin tayin edeceği yetkili makama tebliğ talebinin ve evrakının iletilmesi suretiyle yapılacaktır. Milletlerarası tebligat konusundaki asıl kolaylık ise 1965 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayrı Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Anlaşma⁴¹ ile sağlanmıştır. 1965 tarihli Anlaşma diplomatik yolları dışlayarak, ihdas ettiği merkezî makamlar marifetiyle milletlerarası tebligat işlemlerinin ifasını önemli ölçüde kolaylaştırmış ve buna bağlı olarak, yabancı unsur içeren davaların devlet mahkemelerinde görülmesini hızlandırmıştır. 1965 tarihli Anlaşma'nın 2. maddesine göre taraf devletler, diğer taraf devletlerden gelecek tebliğ taleplerini yerine getirmek üzere bir “merkezî makam” ihdas edecektir⁴². Anlaşma, tebliğ evrakının, tebliği çıkaran makam tarafından, resmî onay veya benzeri bir formaliteye gerek olmaksızın, tebligatın yapılacağı devletteki merkezî makama posta yoluyla gönderilmesini sağlayan basit bir usul öngörmüştür (m.3). Ancak 1965 tarihli Anlaşma'nın sağladığı kolaylık bununla sınırlı değildir. Anlaşmanın 10. maddesinin (a) bendinde çok daha basit ve hızlı bir başka usul daha öngörülmüştür: “*Talepte bulunulan devlet itiraz etmedikçe, Anlaşma: adlî belgelerin yabancı memleketlerdeki kişilere doğrudan posta vasıtası ile gönderilmesine ... engel teşkil etmez*”. Bu hükme göre taraf devletler, ülkelerinde bulunan şahıslara doğrudan adî posta yolu ile tebligata izin verebilirler. 1965 tarihli

38 Detaylı bilgi için bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 25) 588 vd.

39 Anlaşmaların listesi ve Resmî Gazete referansları için bkz. Şanlı (n 10) 210 vd.

40 RG: 23.05.1972/ 14194. Taraf devletlerin listesi şöyledir: Almanya, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Belarus (Beyaz Rusya), Belçika, Bosna-Hersek, Çekya, Çin (sadece Makau Özerk Bölgesi), Moğolistan, Danimarka, Ermenistan, Fas, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Karadağ, Kazakistan, Kıbrıs, Kırgızistan, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Kuzey Makedonya, Mısır, Moldova, Norveç, Özbekistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Surinam, Türkiye, Ukrayna ve Vatikan.

41 RG: 17.6.1972/14218. Taraf devletlerin listesi şöyledir: ABD, Almanya, Andora, Antigua and Barbuda, Arjantin, Arnavutluk, Avustralya, Bahamalar, Barbados, Belarus, Belçika, Belize, Bosna Hersek, Botswana, Brezilya, Bulgaristan, Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda, Çekya, Çin, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Karadağ, Kazakistan, Kıbrıs, Kolombiya, Kore Cumhuriyeti, Kosta Rika, Kuveyt, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malavi, Malta, Meksika, Mısır, Moldova, Monako, Norveç, Pakistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Saint Vincent and the Grenadines, San Marino, Seyşeller, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Sri Lanka, Tunus, Türkiye, Ukrayna, Venezuela, Vietnam ve Yunanistan.

42 Türkiye bakımından “Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü” merkezî makam olarak belirlenmiştir. Anlaşmaya göre taraf ülkelerin belirledikleri merkezî makamların ad ve adresleri Adalet Bakanlığı tarafından 1990 yılından bu yana her yıl düzenli olarak çıkarılan tebliğlerde ve Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün 16.11.2011 günlü Genelgesinde açıklanmıştır.

Anlaşma'nın 10(a) maddesi uyarınca; ABD, Andorra, Arnavutluk, Avustralya, Antigua ve Barbuda, Bahama Adaları, Barbados, Belarus, Belçika, Belize, Birleşik Krallık, Bosna-Hersek, Botswana, Çin (sadece Hong Kong ve Makau), Danimarka, Ermenistan, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, İzlanda, Lüksemburg, Japonya, Kanada, Kazakistan, Kolombiya, Kosta Rika, Letonya, Malavi, Pakistan, Portekiz, Romanya, Slovenya, Saint Vincent ve Grenadines, Seyşeller ile Vietnam, *muhatabın anlayacağı dilde düzenlenmiş olması şartıyla*, ülkelerinde bulunan şahıslara doğrudan posta yolu ile tebligata izin verdiklerini beyan etmiştir⁴³. Bu itibarla, anılan ülkelerde bulunan şahıslara yapılacak tebligatlar, tebligatı çıkaran makam tarafından, Türk veya yabancı resmî makamlar aracı kılınmaksızın, iadeli taahhütlü posta yoluyla doğrudan muhatabın adresine gönderilebilir. Milletlerarası tebligat meselesi bu derece kolaylaşmış ve süratlenmiş iken, yabancı tacirlere karşı Türk mahkemelerinde açılacak davalarda yurt dışına tebligatın zorluk arz edeceği gerekçesiyle, izafeten dava hakkı olarak adlandırılan mekanizmaya yer vermenin doğru olmadığını düşünmekteyiz.

Diğer taraftan; TTK m.105(2) hükmünde öngörülen izafeten dava hakkının kullanılması yoluyla yabancı tacir aleyhine açılan davalara katılmak acente açısından bir yükümlülük niteliğindedir⁴⁴ ve acentenin bu yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmemesi, özen yükümlülüğüne aykırı bir sonucun doğmasına sebep olabilir. Ayrıca acente bu yükümlülüğü gereği gibi yerine getirdiğinde de bazı külfetlere katlanmak durumunda kalacak ve bu külfetlerin yabancı tacirden tazmin edilmesi konusunda zorluk yaşayabilecektir. TTK m.105(2) hükmünde izafeten dava hakkı öngören hüküm kaldırılarak bunun yerine yabancı tacir aleyhine açılacak davalar bakımından acentenin bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan bir yetki kuralı getirilirse, izafeten dava hakkının Türk acenteler bakımından doğurabileceği bu tür olumsuz sonuçların da önüne geçilmiş olacaktır.⁴⁵

Sonuç

TTK m.105(2) hükmünde; “*yabancı tacirlere Türkiye’de dava açılması olanağını yaratmak*” ve “*Türkiye’de bir tebligat adresi tesis etmek*” suretiyle, yabancı tacirler ile sözleşme yapan Türk tacirleri korumak amacıyla getirilen izafeten dava hakkının, bilhassa yabancı tacirin Türkiye’de malvarlığının bulunmadığı hallerde Türk tacirler aleyhine sonuç doğurma ihtimali çok yüksektir. Ancak istisnaî hallerde Türk tacirlere yarar sağlayabilecek bu düzenlemenin, makro ölçekte Türk tacirlere, Türk ekonomisine ve Türk hukukunun ve yargısının imajına zarar verme ihtimali ise daha yüksektir.

43 1965 tarihi Sözleşme'nin 10(a) maddesi uyarınca ülkelerindeki şahıslara doğrudan posta yoluyla tebligat yapılmasına izin veren âkit devletlerin güncel listesi için bkz. www.hcch.net

44 Oğuz İmregün, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri (11th edn 1996)* 133; Altay (n 32) 240, 269 vd.

45 Külüşlü (n 4) 51 vd., 157.

Bu nedenle TTK m.105(2)'de öngörülen izafeten dava hakkı müessesesinin kaldırılmasının ve yerine, yabancı tacir aleyhine açılacak davalar bakımından Türkiye'deki acentesinin bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan bir düzenlemenin getirilmesinin her bakımdan uygun bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

Ancak önerdiğimiz yasal değişiklik yapılarına dek, TTK m.105(2) hükmüne istinaden yabancı tacirler izafeten Türkiye'deki acentelerine karşı dava açma seçeneğinin Türk tacirler tarafından dikkatle analiz edilmesi gerekecektir. Bu analiz; yabancı tacirin Türkiye'de malvarlığının bulunup bulunmadığı ve eğer varsa bu malvarlığının dava sonuna kadar Türkiye'de kalmasının temin edilip edilemeyeceği noktasından başlamalı, bu sorulara olumlu cevap verilemediği takdirde ise Türk mahkemelerince verilecek kararın yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu devlette tenfiz kabiliyetine sahip olup olmayacağı irdelenmelidir. Bu bakımdan özellikle; gerçek davalının yabancı tacir olduğu bu tür davalarda yetkili mahkemenin acente esas alınarak tesis edilmesinin, tacirler arasında bir yetki veya tahkim şartı bulunan hallerde bu şartların sırf Türk tacir Türk mahkemelerinde dava açabilsin diye geçersiz sayılmasının ve gerçek davalının yabancı tacir olduğu davada yargılamanın yabancı tacire hiç tebligat yapılmaksızın yürütülmesinin ve kararın dahi yabancı tacire tebliğ edilmemesinin, kararın yabancı devlette tenfizine engel teşkil edip etmeyeceğinin büyük önem arz ettiği hatırd tutulmalıdır. Yapılan bu analiz sonucunda, izafeten dava hakkının kullanılması suretiyle alınan kararın bir yandan Türkiye'de icra kabiliyetine sahip olmayacağı, diğer yandan ise yabancı tacirin malvarlığının bulunduğu yabancı devlette tenfiz kabiliyetine sahip olmayacağı anlaşılırsa, izafeten dava hakkına istinaden dava açmaktan vazgeçilmelidir. Böyle hallerde; eğer Türk milletlerarası yetki kuralları Türk mahkemelerinin yetkisini tesis ediyor ise, doğrudan yabancı tacir aleyhine dava açma ve milletlerarası tebligat kurallarına göre yabancı tacire tebligat yapma yoluna gidilerek, yabancı devletlerde tenfiz kabiliyeti olan bir kararı Türk mahkemelerinden almak veya yabancı tacirin yerleşim yerinin ve/veya malvarlığının bulunduğu devletin yetki kurallarına göre yetkili olan mahkemede dava açmak tercih edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Aktepe Artık S, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Seçkin 2014)

Altay SA, 'Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi', *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan* 2010 (1) 223 vd.

- Arslan İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet 2019)
- Dardağan E, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Yetkin 2005)
- Ekşi N, 'Yabancı Mahkemenin 'Aşırı' Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi' (2010) 9(2) Y.9 Temmuz İKÜHFD 71 vd.
- Ekşi N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn, Beta 2000)
- Erdönmez G, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017)
- Garcimartin F and Geneviève Saumier, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (HCCH 2019 Judgments Convention)*, The Hague, 2020.
- Güner C, 'Türk Ticaret Kanununun 'Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi'ne İlişkin Hükmünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 10(2) İnÜHFD 521-538
- Harris D, O'Boyle M and Warbrick C, *Law on the European Convention on Human Rights*, (2nd edn, Oxford University Press 2009)
- Hess B, Pfeiffer Thomas and Schlosser P, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001, The Heidelberg Report on the Application of Regulation in 25 Member States* (Study JLS/CA/2005/03) (Verlag C.H. Beck 2008)
- Huysal B, 'Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar İle Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi' (2011) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Atâ Sakmar Armağanı) 491 vd.
- İmregün O, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri* (11st edn, 1996)
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (4th edn, Beta 2013)
- Kalpsüz T, 'Müvekillere İzafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması' (1983) 12(1) Batider 1 vd.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme* (3rd edn, Fakülte Matbaası 1968)
- Kiestra, LR, *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law* (Springer 2014)
- Kramer Xandra E, 'Enforcement under the Brussels Convention: Procedural Public Policy and the Influence of Article 6 ECHR' (2003) *International Lis*, 16-20.
- Külüşlü E, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi* (On İki Levha 2019)
- Mole N and Harby C, *Right to A Fair Trial - A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights* (2nd edn, Human Rights Handbooks 2006)
- Narbay S and Uyumaz M, 'Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi' (2013) 11(121) *Legal Hukuk Dergisi* 101 vd.
- Özekes M, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Yetkin 2003)
- Pekcanitez H Atalay O and Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku* (14th edn, Yetkin 2013)
- Ruhi AC, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (4th edn, Seçkin 2014)
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019)

Türkel DT, 'Müvekkile İzafeten Acenteye Karşı Açılan Davalarda Hukukî Dinlenilme Hakkıyla Bağlantılı Sorunlar', *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (2009) 1105 vd.

Tüysüz C, 'Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi' (2021) 79(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası*

Üçüncü H, 'Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi' (2013) 37 (1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 961 vd.

Weller M, 'The 2019 Hague Judgments Convention - The Jurisdictional Filters of the HCCH 2019 Judgments Convention' 21(2019-2020) *Yearbook of Private International Law* 289 vd.

Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler

Certain Issues Concerning International Investment Arbitration within The Context of The *Ata v Jordan* Award

Miray Azaklı Köse^{*} , Melis Avşar^{**} 

Öz

Ata v Jordan kararı, uluslararası yatırım tahkimi bağlamında birçok hususa ilk olarak yer vermesi bakımından oldukça ilginç bir karardır. Bu karar ile tahkim anlaşması ve bu anlaşma uyarınca tahkime başvurma hakkı ilk kez bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiştir. Yine hakem heyetinin davalı devletin yargı teşkilatına yönelik olarak belirli bir eylemi yapması doğrultusunda karar vermiş olması, kararı oldukça dikkat çekici kılmıştır. Hatta bu karar ile ilk kez bir hakem heyeti davalı devletin iç hukukundaki yargı sürecinin sonlandırılmasına hükmetmiştir. Bu karar bakımından incelenmesi gereken temel meselelerden birini, ticari tahkimden alınan bir kararın yatırım olarak kabul edilip edilemeyeceği konusu oluşturmaktadır. Ancak bunun yanı sıra karar, yatırım tahkimi bağlamında teorik açıdan tartışmalı pek çok konuya değinmesi bakımından da araştırmacılar için zengin bir kaynaktır. Özellikle hakem heyetinin neyin yatırım teşkil ettiğine ilişkin, diğer bir ifadeyle konu bakımından yetkiye ilişkin (*ratione materiae*) değerlendirmeleri, zaman bakımından yargı yetkisinin (*ratione temporis*) tespitinde belirleyici olmuştur. Bu bağlamda çalışmada zaman bakımından yargı yetkisi üzerine değerlendirmeler ve zamana yayılan ihlal ile bileşik eylemden oluşan ihlal kavramları üzerinde durulmuştur. Yine karar, uyumsuzluğun tanımlanması ve uyumsuzluğun doğduğu tarihin tespiti gibi temel meselelerin bile oldukça karmaşık süreçler içerebileceğini göstermektedir. Karar vesilesiyle üzerinde durulan bir diğer husus ise genel uluslararası hukuka ait bir kavram ve onarım biçimi olan eski hâle iadenin yatırım tahkimi bağlamında uygulandığında icrası bakımından karşılaşılan zorluklardır. ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesi her ne kadar devletlerin hakem mahkemesi kararlarına uymakla yükümlü olduklarını öngörmüş ise de doğrudan o devletin milli mahkemesinin kararı gibi uygulanma kabiliyeti yalnızca parasal yükümlülükler bakımından tanınmıştır. Burada devletlerin egemenliğine müdahaleden kaçınma kaygısı ön planda olsa da genel uluslararası hukuk uyarınca kararın icrası için başvurulabilecek yolların oldukça sınırlı olduğu ve takdir yetkisinin yatırımcıda değil, devlette olduğu görülmektedir. Çalışmanın son bölümünde işletilebilecek bu mekanizmalara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası yatırım hukuku, ICSID, *ratione temporis*, tahkim anlaşması, tahkime başvurma hakkı, *Ata v Jordan*, iki taraflı yatırım anlaşması, diplomatik koruma

Abstract

The award in *ATA v Jordan* is important as it raised various issues in investment arbitration. The award is the first where an arbitral tribunal decided that an arbitration agreement and accordingly a claimant's right to arbitration were a separate investment under a Bilateral Investment Treaty (BIT) and ordered the respondent state's judicial authorities to perform

^{*} Sorumlu Yazar: Miray Azaklı Köse (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: miray.kose@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-9723-8618

^{**} Melis Avşar (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: melis.avsar@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-7957-6851

Atf: Azaklı Köse M, Avşar M, "Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler" (2021) 41(2) PPIL 605. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.950359>

certain acts. Moreover, the award is also noteworthy for being the first investment arbitral award to order the termination of judicial proceedings performed in accordance with internal law of the respondent state. The question of whether an award issued by a commercial arbitration tribunal could be deemed an investment is one of the main issues in the award of the tribunal in *ATA v Jordan*. Additionally, *ATA v Jordan* is a rich academic source for researchers as it refers to several theoretically controversial subjects of investment arbitration. This study particularly focuses on the tribunal's assessment of what constitutes an investment (i.e., assessments on jurisdiction *ratione materiae*) and how it determined whether the tribunal has jurisdiction *ratione temporis*. In this regard, this study considers the tribunal's assessment of temporal jurisdiction, the concept of a breach that extends in time, and a breach consisting a composite act. Further, the award reveals that prominent issues such as characterization of the conflict and determination of the time when the conflict arises might be subject to complex procedures. The study also examines in detail the inherent difficulties with regard to the enforcement of restitution—a concept and a form of reparation that belong to general international law—within the context of investment arbitration. Article 54 of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention stipulates that Contracting States are obliged to recognize an award rendered by an ICSID tribunal; however, it only imposes an obligation of enforcement of the pecuniary obligations as if it were a final judgment of a court in the state concerned. While a hesitation of any infringement to the sovereignty of the states is at the forefront here, available means provided by general international law for the enforcement of the awards are also quite limited; moreover, the power of discretion belongs to the states, not to investors. In the last section of this study, the available means of general international law are mentioned.

Keywords

International investment law, ICSID, *ratione temporis*, arbitration agreement, right to arbitration, *ATA v Jordan*, bilateral investment treaty, diplomatic protection

Extended Summary

In this study, certain issues in investment arbitration are examined within the context of the *ATA v Jordan* award. In other words, besides reviewing the award, some theoretically controversial issues are evaluated in terms of doctrine and jurisprudence. The *ATA v Jordan* award has some interesting and noteworthy features. For instance, in the award, the arbitration agreement and the claimant's right to arbitration were considered as a distinct investment by an investment arbitral tribunal for the first time. Interestingly, the investment arbitral tribunal also ordered the respondent state's judicial authorities to perform certain acts. The tribunal's assessments regarding jurisdiction *ratione temporis* are also controversial because the primary reason for the lack of a temporal jurisdiction decision by the tribunal was that an award rendered by a commercial arbitration tribunal cannot be deemed as a separate investment. Conversely, we argue that such a determination only refers to the tribunal's jurisdiction *ratione materiae* and should not have been decisive on the matter of jurisdiction *ratione temporis*. This is because a violation of a contract is not the same as a violation of an investment treaty. Moreover, the decisions of the Jordanian courts allegedly constitute a denial of justice, as they were rendered after the Turkey–Jordan Bilateral Investment Treaty (BIT) came into force; this BIT covers and protects investments that existed before its entry into force.

However, the tribunal decided that if an award rendered by the commercial arbitration tribunal could be accepted as an investment, then they would have

jurisdiction *ratione temporis*, as in the decision of *Saipem v Bangladesh*, where it was stated that awards rendered by commercial arbitration tribunals regarding the disputes arising within the scope of the investment activity in the host state are accepted as investments within the scope of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention. The scope of the investment was not considered limited only to the capital brought to the host state but a broader approach was also adopted by the tribunal.

The *ATA v Jordan* tribunal found jurisdiction *ratione temporis* regarding claims based on the right to arbitration because it held that the right to arbitration is a distinct investment. However, while examining this issue, the tribunal did not evaluate whether there should be any objective criteria for considering the right to arbitration as an investment. Conversely, the tribunal's finding on jurisdiction *ratione materiae* indicates that the right to arbitration is deemed as an investment under Article 25 of the ICSID Convention. This shows that the tribunal applied subjective criteria while defining the concept of investment. Consequently, the tribunal held that the Jordanian Court of Cassation's extinguishment of the claimant's right to arbitration is a violation of the Turkey–Jordan BIT. In contrast, the non-enforcement of a commercial arbitral award and the nullification of the right to arbitration cannot be regarded as an investment violation. The ICSID cannot be treated as a Court of Appeal that can decide on the legality of certain acts of national courts claimed to be unlawful under the New York Convention. However, if such alleged unlawful acts also form a violation of an investment treaty, the ICSID can find jurisdiction in that case.

In ICSID arbitration, compensation is generally concluded as a form of reparation. However, in *ATA v Jordan*, the tribunal ordered the restoration of the claimant's right to arbitration and the termination of the ongoing Jordanian court proceedings immediately and unconditionally. In this regard, the *ATA v Jordan* award is an example of an application for restitution, which re-establishes the situation that existed before the wrongful act was committed while providing freedom to tribunals to identify various forms of solutions. Thus, restitution provides ICSID tribunals with extensive powers to decide on the form of reparation to resolve conflicts.

When the *ATA v Jordan* tribunal decided to revive ATA's right to arbitration, a disagreement arose between the parties concerning how this should be perceived. Thereupon, a decision was made by the tribunal regarding the interpretation of its decision. In its decision, the tribunal clearly stated that the revival of ATA's right to arbitration should be understood as validating the arbitration clause contained in the contract between ATA and Arab Potash Company. It was stated that the establishment of a new arbitration agreement between the parties based on the court decision would exceed the tribunal's jurisdiction.

Nevertheless, under Article 54 of the ICSID Convention, Contracting States are obliged to recognize awards rendered by an ICSID tribunal. Article 54 of the ICSID Convention also imposes an obligation of enforcement of pecuniary obligations only, as if it were a final judgment of a court in the state concerned. Therefore, when restitution is awarded by an arbitral tribunal, like in the case of *ATA v Jordan*, enforcing such an award may be problematic. Although non-enforcement of the award of the ICSID tribunal by the respondent state constitutes a violation of the investment treaty in question, general international law remedies to compel a state to comply with its obligations are quite limited. By means of diplomatic protection, bringing an application to the International Court of Justice under Article 64 of the ICSID Convention or seeking a solution under Article VIII of the Turkey–Jordan BIT may provide means of ensuring state compliance. However, none of these means assure the enforcement of the award compared to those envisaged in Article 54 of the ICSID Convention.

***Ata v Jordan* Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler**

Giriş

Bu çalışmada inceleme konusu yapılan ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (*International Center for Settlement of Investment Disputes*–“ICSID”) hakem heyetince 2010 senesinde verilen *Ata v Jordan*¹ kararı, ticari hakem kararlarının ve ticari tahkime gitme hakkının, ICSID Konvansiyonu² ve iki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında yatırım olarak değerlendirilebilmesi meselesini tartışan önemli kararlardan biridir. Ticari hakem kararlarının yatırım olarak nitelendirilmesi ve akabinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Konvansiyonu’na³ aykırı uygulamaların yatırım hukuku bakımından bir ihlal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği bu kararda incelenme konusu yapılmıştır.

Ata v Jordan kararı, bazı yönleri ile ICSID içtihatlarında bir ilk olarak değerlendirilmektedir. Bu kararla ilk defa, “tahkime gitme hakkı” bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiştir. Ayrıca ICSID hakem heyeti ilk defa, ev sahibi devletin ülkesindeki yargı teşkilatının belirli bir eylemi yapmasına ilişkin bir karar vermiştir.

Bu çalışma kapsamında, ICSID içtihatları arasında bu ayırt edici yönleri ile kendine yer bulan *Ata v Jordan* kararını ve karar bağlamında gündeme gelen yatırım tahkimi meselelerini üç bölüm altında inceleyeceğiz. İlk bölümde, karara konu uyuşmazlığın esası ve ICSID hakem heyetinin bu uyuşmazlık hakkında ne şekilde karar verdiği özetlenecektir.

İkinci bölümde kararın esasına ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Kararın esasının birkaç temel husus üzerinde düğümlendiğinin söylenmesi mümkündür. Bunlar; konu ve zaman bakımından yargı yetkisine ilişkin problemler ile ev sahibi devlet tarafından yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin verilen ticari hakem kararının icra edilmemesinin ve tahkime gitme hakkının ortadan kaldırılmasının yatırım ihlali oluşturması bakımından meydana gelen bazı problemlerdir.

Çalışmanın son bölümünde ise, ICSID hakem heyetinin olayda tazminat yerine hükmettiği eski hâle iade kararı çerçevesinde, hakemlerce tazminat dışında hükmedilebilecek kararların türleri ve tazminat dışı hükmedilebilecek kararların icrasının doğurabileceği bazı problemler ortaya konulup bu problemlerin uluslararası hukuk mekanizmalarıyla ne şekilde çözülebileceği araştırılacaktır.

1 *ATA Construction, Industrial and Trading Company v The Hashemite Kingdom of Jordan*, Award, ICSID Case No ARB/08/2 (18 May 2010) <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0043.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

2 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (1965, Washington). Türkiye, ICSID Konvansiyonu’na 3460 sayılı Onaylamayı Uygun Bulma Kanunu ile taraf olmuştur. (RG 19830-06.12.1988)

3 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). Türkiye, New York Konvansiyonu’na 3731 sayılı Onaylamayı Uygun Bulma Kanunu ile taraf olmuştur. (RG 20877-21.5.1991) Konvansiyona çok sayıda devlet taraf olmuştur. Bu devletlerin listesi için bkz <<http://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

I. *Ata v Jordan* Kararına Konu Olan Uyuşmazlığın Esası

Davacı Türk şirketi ATA Construction, Industrial and Trading Company (“ATA”) ile Arab Potash Company (“APC”) arasında Lut Gölü’nde bir baraj inşası için 02.05.1998 tarihinde bir FIDIC⁴ Tip Sözleşmesi⁵ akdedilmiştir. Sözleşmeye göre bir uyuşmazlık çıktığında bunun Ürdün hukukuna göre ve uyuşmazlığın Ürdün Tahkim Kanunu’na uygun olarak birer hakemin taraflarca ve üçüncü hakemin ortaklaşa seçilmesi ile belirlenecek üç hakem tarafından oluşturulacak hakem heyetince çözüleceği kararlaştırılmıştır.⁶ Davalı APC şirketi Ürdün devleti kontrolündedir.⁷

Baraj, ATA tarafından inşa edildikten sonra, su doldurulması işlemi için APC’ye teslim edilmiştir. Ancak su doldurma işlemi esnasında barajın bazı kısımlarında çökmeler meydana gelmiştir. Oluşan bu zarardan kimin sorumlu olacağı konusunda ATA ve APC arasında bir uyuşmazlık çıkmıştır.⁸ APC, FIDIC Tip Sözleşmesinde yer alan tahkim kaydına dayanarak, ATA’ya karşı Ürdün’de bir ticari tahkim yargılaması başlatmıştır. Bunun üzerine ATA da ticari tahkim yargılamasında karşı dava açmıştır. Hakem heyeti, 30.09.2003 tarihinde nihai olarak APC’nin tüm iddialarını reddederek ATA’nın taleplerini kabul etmiştir. Bunun üzerine APC, 29.10.2003 tarihinde Amman İstinaf Mahkemesi’ne başvurarak Ürdün Medeni Kanunu’nun yanlış uygulandığı gerekçesi ile hakem kararının iptalini talep etmiştir. Mahkeme, 24.01.2006 tarihli kararında APC’nin iptal sebeplerini haklı bularak hakem kararının iptaline ve ayrıca taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının sona erdiğine hükmetmiştir. Bunun üzerine ATA, üst derece mahkemesi olan Ürdün Temyiz Mahkemesi’ne başvurarak kararın bozulmasını talep etmiştir. Ancak temyiz mahkemesi de kararı 16.01.2007 tarihli kararı ile onamıştır.⁹ İptal kararının temyiz mahkemesi tarafından da onanmasından sonra APC, daha önce ticari tahkimde görülen ve nihai olarak karara bağlanan aynı uyuşmazlıkla ilgili Ürdün devlet mahkemelerinde bir dava açmıştır.

ATA, FIDIC Tip Sözleşmesindeki tahkim kaydına istinaden yapılan yargılama neticesinde verilen hakem kararı (“FIDIC hakem kararı”) ile lehine hükmedilen tazminatın hukuka aykırı olarak kamulaştırıldığı ve adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlal edildiği gerekçeleri ile Türkiye-Ürdün arasındaki İki Taraflı

4 FIDIC, 1913 senesinde “*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*” adıyla kurulmuş olup günümüzde “*International Federation of Consulting Engineers*” (Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu) adıyla faaliyet gösteren bir meslek kuruluşudur. <<https://fidic.org/history>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

5 FIDIC tarafından sektörde faaliyet gösteren aktörler tarafından kullanılmak üzere hazırlanan, sözleşmenin teknik koşullarıyla birlikte uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin düzenlemeler içeren standart (form) sözleşmelerdir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz Axel Volkmar Jaeger and Götz Sebastian Hök, *FIDIC-A Guide for Practitioners* (Springer 2010) 125.

6 *Ata v Jordan* (n 1) para 31.

7 *Ibid* para 61.

8 *Ibid* para 32.

9 *Ibid* para 35, 36.

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma'nın¹⁰ ("Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması") ihlal edildiğini öne sürerek ICSID yargılamasını başlatmıştır.¹¹

II. Kararın Uluslararası Yatırım Tahkimi Bağlamında Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler

A. ICSID Hakem Mahkemesinin Konu Bakımından Yargı Yetkisine İlişkin Bazı Değerlendirmeler

1. FIDIC Hakem Kararının Bir Yatırım Olarak Kabul Edilmesi

Uluslararası ticari faaliyetlerin önemli bir kısmını oluşturan yabancı yatırımlarda, yatırımcı, ev sahibi devlet veya devlet kuruluşları ile akdedeceği sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde, ev sahibi devletin mahkemeleri yerine milletlerarası tahkimi tercih etmektedir. Yabancı yatırımcı açısından "tahkim sözleşmesi" büyük bir önem taşımaktadır. Bir ülkede yatırım yapmanın maliyeti hesaplanırken ayrıca ülkedeki hukuk güvenliği de belirleyici bir faktör olmaktadır.¹²

Tahkim sözleşmesi ile taraflar aralarındaki uyuşmazlığı (veya olası uyuşmazlıkları) bir hakem kararı ile nihai ve bağlayıcı olarak çözmeyi amaçlarlar.¹³ Tahkim sözleşmesinin ve buna bağlı olarak hakem kararının hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler vardır.¹⁴ Bu görüş farklılıklarının temelinde tahkim sözleşmesinin maddi hukuka ait bir sözleşme veya usul hukukuna ait bir sözleşme olarak nitelendirilmesi yatmaktadır. Ancak her hâlükârda yapılacak nitelendirmeden bağımsız olarak, hakem kararının resmî yargıda mahkeme kararına benzer bir fonksiyona sahip olduğu aşikârdır.¹⁵ Hakem kararının üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanımı da yoktur. Ancak yapılan çeşitli tanımlardan ortaya çıkan ortak özelliklere göre hakem kararı; hakemler tarafından, önüne gelen uyuşmazlığı bütün yönleriyle bağlayıcı bir şekilde çözen kararlardır.¹⁶ Hakem kararı ile uyuşmazlık bağlayıcı olarak çözüldüğü için, kararın aynı zamanda bir ekonomik değeri de olmaktadır. Çünkü kararın icra edilmesi ile karar lehine olan taraf ekonomik bir kazanç elde edecekken, icra edilmemesi hâlinde

10 Türkiye söz konusu anlaşmaya 4098 sayılı Onaylamayı Uygun Bulma Kanunu ile taraf olmuştur. (RG 22234-21.3.1995) Anlaşmanın Türkçe metni için ayrıca bkz Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar Cilt II* (2. Bs, Beta 2014) 798-805.

11 Ata v Jordan (n 1) para 37.

12 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bs, Beta 2019) 574.

13 Margaret L Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008) 179.

14 Bu görüşler için bkz Hong-Lin Yu, 'A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration' (2008) 1(2) *Contemporary Asia Arbitration Journal* 257 vd.

15 Loukas A. Mistelis, *Award as an Investment: The Value of an Arbitral Award or The Cost of Non-Enforcement* (Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No 129, 2013) 4.

16 Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) 737-738.

ise yine bunun da ekonomik sonuçları olacaktır.¹⁷ Ayrıca kararın yerine getirilmemesi, kamulaştırılma kapsamında görülebileceğinden, bu durum da kararın zımnen ekonomik bir değere sahip olduğunu gösterir niteliktedir. Bu nedenlerle hakem kararı aynı zamanda ekonomik bir değer de ifade ettiği için, bunun yatırım kavramı kapsamında olup olmadığı tartışılabilir bir mesele hâline gelmektedir.

Yatırımcı, ev sahibi devlette yaptığı yatırımdan doğan bir ticari uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözdüğünde hakem kararını ev sahibi devlette icra ederek yatırımını korumak ister. Ev sahibi devletin, yatırımcıya ICSID Konvansiyonu ve varsa yatırımcının uyuğunda olduğu devlet ile aralarındaki iki taraflı yatırım anlaşması ile sağlamayı taahhüt ettiği standartlar arasına “ticari hakem kararının ev sahibi devlette icra edilmesi”nin girip girmeyeceği ICSID kararlarına konu olmuş bir durumdur.¹⁸

Yatırımcının ev sahibi devletin ülkesinde “yatırım” olarak nitelendirilen faaliyetlerini sürdürürken herhangi bir uyuşmazlığa düşülmesi durumunda bu uyuşmazlığın çözümü için yatırım sözleşmesinde tahkim usulü öngörölmüş olabilir. Yani ortada yatırımdan kaynaklanan ticari bir uyuşmazlık söz konusu olabilir. Ancak bu durum, her koşulda bütün ticari uyuşmazlıkların ICSID ve/ya iki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında yatırım olarak kabul edilmesi anlamına gelmemektedir.¹⁹ ICSID’in konu bakımından yetkisi sadece yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsar, yoksa yatırımcı ile ev sahibi devletin ülkesinde sözleşme akdettiği kişi ile aralarından doğan salt sözleşmesel uyuşmazlıkları kapsamaz.²⁰

Ata v Jordan davasında, hakemler her ne kadar kendilerini zaman bakımından (*ratione temporis*) yetkisiz bulmuş olsalar da FIDIC hakem kararının yatırım kapsamında kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin birtakım değerlendirmelerde bulunmuşlardır.

Kararda özetle hakemlerce şu noktalar üzerinde durulmuştur:

- i) ICSID Konvansiyonu m. 25/1’de yatırım kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu tanımın yapılması, devletlerin kendi aralarında imzalayacağı iki veya çok

17 Mistelis (n 15) 9.

18 Bu konunun etrafıca tartışıldığı ilk karar olması bakımından önem arz eden bir karar *Saipem v Bangladesh* kararıdır. Karara konu uyuşmazlık, İtalyan şirketi Saipem ile Bangladeş devletine ait Petrobangla Şirketi arasında doğalgaz boru hattı inşasından doğan uyuşmazlığın ICC tahkiminde görülürken Bangladeş mahkemelerinin tahkime müdahale etmesinden çıkmıştır. Saipem, yerel mahkemelerin bu müdahalesinin İtalya-Bangladeş arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Hakemler, tahkime gitme hakkı ve hakem kararı ile tanınan hakların prensip olarak kamulaştırmaya konu olabilecek hususlar olduğunu kabul etmiştir: Bkz *Saipem SpA v The People’s Republic of Bangladesh*, Award, ICSID Case No ARB/05/07 (30 June 2009) para 122 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021). Ayrıca bkz Ionna Chaika, *The Non-Enforcement of International Commercial Awards as a Violation of Bilateral Investment Treaties* (International Hellenic University LLM Thesis 2015) 8.

19 Chaika (n 18) 17.

20 Yuval Shany, ‘Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions On Multisourced Investment Claims’ (2005) 99 *The American Journal Of International Law* 835, 843-844; ticari tahkim-yatırım tahkimi arasındaki farklar hakkında genel bilgi için bkz İnci Ataman Fıganmeşe, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’ (2011) 31(1) *MHB* 91, 93 vd.

tarafli yatırım anlaşmalarına bırakılmıştır.²¹ Türkiye-Ürdün İki Tarafli Yatırım Anlaşması'nın I/2/(a) maddesinde²² yatırım kavramının tanımı yapılmıştır. Buradaki tanımında yer alan “alacak hakkı” kapsamına hakem kararının girip girmeyeceği konusunda ise taraflar arasında anlaşmazlık vardır.²³

- ii) FIDIC hakem kararının yatırım olarak kabul edilmesi konusunda ICSID hakem heyeti, *Saipem v Bangladesh* davasında kullanılan kriterin olaya uygulanması neticesinde birtakım tespitlerde bulunmuştur. Buna göre, ATA'nın Ürdün'deki bütün faaliyetlerinin (*entire operation*) yatırım olarak kabul edilmesi gerektiğine ve ticari hakem kararının da bu kapsamda yer aldığı sonucuna varılmıştır.
- iii) Bu kabul ile birlikte hakem kararının bağımsız bir yatırım olmadığı ortaya konmuştur. FIDIC hakem kararının iptalinden doğan uyuşmazlık, esas uyuşmazlıktan ayrılamaz nitelikte görülmüştür. Bu yüzden hakemlerin zaman bakımından yetkisini belirlemek için esas uyuşmazlık, yani ATA ve APC arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlık için FIDIC tahkimine başvurulması tarihi (06.09.2000) esas alınmıştır.²⁴ Türkiye-Ürdün İki Tarafli Yatırım Anlaşması esas uyuşmazlığın gerçekleştiği tarihten sonra yürürlüğe girdiği için (23.01.2006 tarihinde), ICSID'in bu uyuşmazlık hakkında karar vermeye zaman bakımından yetkisi olmadığı tespit edilmiştir.²⁵

Yatırım kavramı, çoğunlukla iki tarafli yatırım anlaşmalarında sadece ev sahibi devlete getirilen sermaye olarak değil daha geniş kapsamlı olarak yatırımcının ev sahibi devletin ülkesinde sahip olduğu ya da kontrol ettiği değerler şeklinde tanımlanmaktadır.²⁶ Türkiye-Ürdün İki Tarafli Yatırım Anlaşması'nda da bu akıma uygun olarak yatırım kavramının kapsamı geniş tutulmuştur. Bu açıdan hakem kararının, Türkiye-Ürdün İki Tarafli Yatırım Anlaşması kapsamında kabul edilen yatırımlar kapsamına girdiğinin tespiti hakkında bir problemle karşılaşmamaktayız.²⁷

21 Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press 2009) 116.

22 Maddeye göre; “Yatırım” terimi, ev sahibi tarafın kanunlarına ve nizamlarına uygun olarak, her türlü malvarlığını ve bunlarla kısıtlı olmamak koşuluyla, özellikle aşağıdakileri içerir: (i) ... ; (ii) Yeniden yatırımlarda kullanılan gelirler, para alacakları veya mali değeri olup kanunen ifa edilebilen bir yatırımla ilgili diğer haklar, ...” olarak tanımlanmaktadır. Bkz Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 800.

23 Ata v Jordan (n 1) para 111-112.

24 İbid para 95.

25 İbid para 103. Bu tespitin eleştirisi için bkz aşağıda s. 619.

26 *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (United Nations Publication 2007) 7.

27 Ticari tahkimde verilen hakem kararlarının ICSID Konvansiyonu m. 25 ve iki tarafli yatırım anlaşmaları bakımından yatırım olarak kabul edilemeyeceğine örnek önemli bir karar *GEA v Ukraine* karardır (bkz *GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/08/16 (31 March 2011) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0356.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021. Karara konu olayda, ICC hakem kararının Ukrayna devlet mahkemelerince tenfizi reddedilmiştir ve bunun üzerine GEA, ICSID tahkimine başvurmuştur. ICSID hakem heyeti, ICC hakem kararının GEA'nın Ukrayna'daki yatırımından doğan hakları ve borçlarını karara bağlıyor olmasını, bunun bir yatırım olarak kabulü için yeterli bulmamıştır. ICC hakem kararının, ev sahibi devlete herhangi bir katkısı (*contribution*) olmadığı veya bunun bir ekonomik faaliyet olmadığını gerekçe göstermiştir (bkz *GEA v Ukraine*, para 161-162).

Bu karar ile birlikte hakemler önemli bir tespitte bulunmuş olmaktadır. Yatırımcının ev sahibi devlette yaptığı faaliyetler kapsamında bir uyuşmazlık çıktığında, âkit devletler arasındaki yatırım anlaşmasında buna ilişkin dayanak olması şartıyla, bu uyuşmazlığı çözen hakem kararı bir yatırım olarak kabul edilecektir.²⁸ Buna dayanak olarak hakem heyeti, FIDIC hakem kararının, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığa hukuken eşit olduğunu gerekçe göstermiştir. Gerçekten de FIDIC hakem kararına konu olayda taraflar arasındaki esas uyuşmazlık olan 19 numaralı barajda meydana gelen hasardan kimin sorumlu olduğuna karar verilmiştir.

Hakemlerin vardığı bu sonuç bakımından yapılacak bir diğer tespit ise yatırım kavramının tanımlanmasında ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi çerçevesinde birtakım objektif şartların sağlanmasının aranmamış olduğudur. Yatırım kavramının sübjektif olarak tanımlanması kabul edilmiş, taraflar arasındaki yatırım anlaşmasındaki tanımın kapsamına giren bir yatırım olmasının, ICSID'in yargı yetkisinin doğması bakımından yeterli olacağı kabul edilmiştir.²⁹

2. Tahkime Gitme Hakkının Yatırım Olarak Kabul Edilmesi

Tahkim anlaşması, mevcut bir uyuşmazlığın veya ileride doğabilecek bir uyuşmazlığın tarafların kendi seçecekleri hakemler vasıtası ile ve yine kendi belirleyecekleri kurallara dayanılarak çözülmesini öngören, bunun için de milli mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıran anlaşmalardır.³⁰ Milli mahkemelerce verilen kararların yerine getirilmesi devletlerin kendi icra organları vasıtası ile gerçekleştirilmesine rağmen, ticari tahkimde hakemlerin vereceği kararın icrası için böyle bir sistem öngörülmediği için kararın taraflarca rızaen yerine getirilmemesi hâlinde problemler ortaya çıkmaktadır.³¹ Bu problemlerin önüne geçmek için 1958 tarihinde yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin New York Konvansiyonu birçok devletin katılımı ile imzalanmıştır.

New York Konvansiyonu'nun II. maddesine göre âkit devletlerden her biri, tarafların aralarındaki belirli bir hukuki ilişkiden doğan veya doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi konusunda yaptıkları tahkim anlaşmalarını geçerli kabul edeceklerdir. Âkit devletler bu madde ile kendi iç hukuk düzenlemeleri ile getirecekleri kurallarla mahkemelerinin tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmelerini temin etme yükümlülüğü altına girmiştir.³²

28 Deyan Draguiev, 'State Responsibility for Non-Enforcement of Arbitral Award' (2014) 8(4) World Arbitration & Mediation Review 577, 591.

29 ICSID Konvansiyonu 25. madde çerçevesinde yatırım kavramının sübjektif olarak ne şekilde tanımlanacağı hakkında detaylı bilgi için bkz Brigitte Stern, 'The Contours of the Notion of Protected Investment' (2009) 24(2) ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 534, 538.

30 Gaillard and Savage (n 16) 381; Moses (n 13) 17.

31 Şanlı (n 12) 388.

32 Herbert Kronke, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Kluwer Law International 2010) 49.

Bu bağlamda taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının, ev sahibi devlet mahkemeleri eliyle New York Konvansiyonu'na aykırı olacak şekilde iptal edilmesi/yok sayılması, yatırım hukuku kapsamında da değerlendirilmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu değerlendirme ICSID hakem heyetince *Ata v Jordan* davasında şu şekilde yapılmıştır:

- i) 2001 yılında yürürlüğe giren Ürdün Tahkim Kanunu'nun 51. maddesi; hakem kararının iptali hakkındaki nihai kararın, karara dayanak teşkil eden tahkim anlaşmasını da ortadan kaldıracakını düzenlemektedir.³³
- ii) Hakemlerce tahkime gitme hakkı, Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması m. I(2)(a)(ii) kapsamında bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiştir. İhlalin, 2001 tarihli Ürdün Tahkim Kanunu ile değil ama bu kanunu uygulayan Ürdün Temyiz Mahkemesi tarafından gerçekleştirildiği ve bu yüzden uyuşmazlığı çözüme ICSID'in zaman bakımından yargı yetkisi olduğu sonucuna varılmıştır. Zira ATA ile APC arasındaki tahkim anlaşmasının geçerliliği üzerine bir uyuşmazlık Ürdün Temyiz Mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasının ortadan kaldırılması ana kadar henüz mevcut değildir.³⁴
- iii) Hakemler uyuşmazlığı görmede zaman bakımından kendilerini yetkili bulmalarının ardından şu tespitlerde bulunmuştur: Öncelikle devletler hukukunda kabul gören genel kurala göre, bir devletin kendi iç hukukunu uyguladığı gerekçesi ile uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği iddia edilemeyecektir.³⁵ Ancak taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının ortadan kaldırılması, Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın hem lafzına hem de ruhuna aykırılık teşkil etmektedir.³⁶
- iv) New York Konvansiyonu m. II uyarınca âkit devletler, taraflar arasındaki yazılı şekilde meydana getirilmiş tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmelidir. New York Konvansiyonu'nda tahkim anlaşmasının hangi durumlarda geçersiz ve uygulanamaz olacağı da düzenlenmiştir. Tarafların tahkim yeri olarak Ürdün'ü seçmesi ve uygulanacak hukuk olarak da Ürdün hukukunu seçmeleri karşısında, Ürdün Tahkim Kanunu m. 51'in uygulanmasının New York Konvansiyonu'na bir aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışma konusu yapılabilir. Ancak Ürdün Tahkim Kanunu, ATA ile APC arasındaki tahkim anlaşmasının akdedilmesinden sonra yürürlüğe girmiştir ve prensipte kanunların geçmişe yönelik olarak uygulanması yasaktır.³⁷

33 “*The final decision nullifying the award results in extinguishing the arbitration agreement.*” Bkz *Ata v Jordan* (n 1) para 116.

34 *Ibid* para 117-118.

35 *Ibid* para 122.

36 *Ibid* para 125.

37 *Ibid* para 128.

Ata v Jordan kararının bu bölüm kapsamında özellik arz ettiği konuların başında “tahkim anlaşması”nı bağımsız bir yatırım olarak kabul etmesi gelmektedir. Tahkim anlaşmasının/tahkime gitme hakkının bağımsız bir yatırım olarak kabulü ise Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması’na dayandırılmaktadır. Madde I(2)(a)(ii)’deki düzenleme şöyledir: “... *Para alacakları veya mali değeri olup kanunen ifa edilebilen bir yatırımla ilgili diğer haklar*,” yatırım olarak kabul edilmektedir. Bu maddede yer alan “*kanunen ifa edilebilen bir yatırımla ilgili diğer haklar*” kapsamına tahkime başvurma hakkının da girdiği kabul edilmiştir. Ancak bu noktada şu husus eklenmelidir. Bir görüşe göre, iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında bir yatırım olarak kabul edilen her husus aynı zamanda ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırım olarak kabul edilmeyebilir.³⁸ Zira devletlerin kendi arasında yaptıkları iki taraflı yatırım anlaşmaları ile kabul ettikleri yatırım kavramı, ancak ICSID Konvansiyonu anlamında objektif olarak da yatırım olarak nitelendirilebilirlerse ICSID’in yetkisi doğabilir.³⁹ Yatırım kavramının tanımlanmasında bu şekilde objektif kıstasların aranması gerektiği yönünde görüşler bulunmakla birlikte, Konvansiyonun 25. maddesinde herhangi bir yatırım tanımına yer verilmediği için bu şekilde objektif kriterler aranmasına gerek olmadığı, nelerin yatırım olarak kabul edileceğinin taraf iradeleri ile sübjektif olarak belirlenebileceği yönünde içtihatlar da bulunmaktadır. Örneğin; *Generation Ukraine v Ukraine* davasında,⁴⁰ Konvansiyonun 25. maddesinde bilinçli olarak yatırım kavramının tanımına yer verilmediği, yatırımın kapsamına nelerin girdiğinin tarafların iradesi ile belirleneceği, bu iradenin de iki taraflı yatırım anlaşmalarının yorumlanmasıyla anlaşılacağı yönünde karar verilmiştir.⁴¹

Tam tersi olasılıkta ise yani ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırımın varlığından bahsedebilmemize rağmen, devletler arasındaki iki taraflı yatırım anlaşması kapsamında bir yatırım mevcut değilse bu takdirde ev sahibi devletin zaten ICSID’e gitme konusunda rızası olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.⁴² *Ata v Jordan* davasında hakemler Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında bir yatırım olup olmadığını incelemesini yaparak, anlaşma kapsamında bir yatırımın varlığını tespit etmekle yetinmiş, ICSID Konvansiyonu m. 25 kapsamında bir değerlendirme ise yapmamıştır.⁴³ Ancak hakemlerin kendilerini uyumsuzluğu görmede yetkili bulmaları,

38 İlhan Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID* (1. Bs, Beta 2004) 155; Zeynep Çalışkan, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı’ (2009) 29(1-2) PPII 85, 108.

39 Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 117.

40 *Generation Ukraine INC v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/00/9 (16 September 2003) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

41 Melis Avşar, ‘ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı’ (2017) 37(2) MHB 95, 126.

42 Yılmaz (n 38) 156. Ancak bu kabul her zaman için doğru olmayabilir. Ev sahibi devletçe ICSID’in yargı yetkisine rıza gösterilmesi başka şekillerde de mümkün olabilir. Ev sahibi devletin ICSID’in yargı yetkisine ne şekillerde rıza gösterebileceği konusunda detaylı bilgi için Şanlı (n 12) 537 vd.

43 Bir uyumsuzluğu ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin genellikle ICSID hakemleri önüne gelen uyumsuzluklarda Salini Testi olarak adlandırılan kriterler çerçevesinde bir inceleme yapmaktadır. Detaylı bilgi için bkz Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 129; Alex Grabowski, ‘The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini’ (2014) 15(1) *Chicago Journal of International Law* 289, 295.

Konvansiyon m. 25 kapsamında bir yatırımın varlığını da kabul ettikleri anlamına gelmektedir. Böylelikle bu karar bakımından hakemlerin yatırım kavramını sübjektif olarak tanımlamayı seçtiği ve yatırım kavramını oldukça geniş bir kapsamda ele aldığı tespiti yapılabilir.⁴⁴ Hakemlerin bu kabulü, hem tahkime gitme hakkının bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmesi bakımından hem de yatırım kavramının sübjektif olarak tanımlanması bakımından emsal olabilecek niteliktedir.

B. Ticari Hakem Kararının İcra Edilmemesinin ve Tahkime Gitme Hakkının Ortadan Kaldırılmasının Yatırım İhlali Oluşturması Bakımından Bazı Değerlendirmeler

Ev sahibi devletin, yatırımı ihlal etmesi daha önce pek çok ICSID kararına da konu olduğu üzere; ihkak-ı haktan imtina edilmesi,⁴⁵ hukuka aykırı kamulaştırma,⁴⁶ adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü⁴⁷ ve etkili başvuru yolları sağlama (*effective means*) standardına aykırılık şeklinde meydana gelebilmektedir.⁴⁸ Örneğin; *White Industries v India* davasında⁴⁹ White, ICC hakem kararının tenfizi için Hindistan mahkemelerinde dava açmıştır. Ancak aradan sekiz yıl geçmesine rağmen hâla tenfiz kararı alamadığı için bu durumun Avustralya-Hindistan arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına aykırılık oluşturduğu iddiası ile yatırımcı UNCITRAL tahkimine başvurmuştur.⁵⁰ Hakemler, Hindistan'ın kararın tenfizi için etkili yöntemler sunmadığı gerekçesi ile iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal ettiği sonucuna varmışlardır.⁵¹

Bu şekilde bir ihlal söz konusu olmasa da ev sahibi devlet ile yatırımcının uyuğunda bulunduğu devlet arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmalarına aykırılık, eğer bir yatırımdan kaynaklanmaktaysa ICSID önüne götürülebilecek bir yatırım ihlalini oluşturacaktır.

44 Doktrinde *Ata v Jordan* kararıyla tahkime gitme hakkının yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmesel ilişkiden bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmesi, yatırımdan kaynaklanmayan ancak tahkim şartı içeren tüm sözleşmesel ilişkilerde ICSID'in yargı yetkisi olacağı anlamına gelebilecek yönde olduğu için eleştirilmektedir. Bkz Berk Demirkol, 'Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements and Awards in Investment Treaty Arbitration' (2015) 30(1) ICSID Review 56, 61-62.

45 İhkak-ı haktan imtina edilmemesi kuralı, yatırım hukukundaki adil ve eşit davranma yükümlülüğünün bir görünümüdür ve bir hakkın yerine getirilmesinden kaçınma anlamına gelmektedir. Bkz Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet Yayınevi 2013) 37.

46 Bu konuda detaylı bilgi için bkz Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2. Bs, Beta 2013) 84; H Zeynep Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha 2015) 11 vd.

47 Bu konuda detaylı bilgi için bkz Rumeysa Partalçı, 'Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü' (2016) 36(2) MHB 131.

48 Claudia Priem, 'International Investment Treaty Arbitration as a Potential Check for Domestic Courts Refusing Enforcement of Foreign Arbitration Award' (2013) 10(189) NYU Journal Of Law & Business 189, 218 vd; Chaika (n 18) 20 vd.

49 *White Industries Australia Ltd v Republic of India*, Final Award, UNCITRAL (30 November 2011) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

50 Priem (n 48) 210; Mistelis (n 15) 21; Chaika (n 18) 12.

51 Priem (n 48) 213; Mistelis (n 15) 24.

Bunlar dışında, ICSID kararlarında açıkça kabul edilmemiş olmakla birlikte doktrinde tartışılmakta olan bir konu da New York Konvansiyonu'na aykırılığın bir yatırım ihlali oluşturup oluşturmayacağıdır.⁵² Bu tartışmanın kaynağını esasında ticari bir hakem kararının ev sahibi devlette tenfiz edilmemesi hâlinde, yatırım tahkimini başvurulabilecek yeni bir hukuki yol olarak geliştirme amacı oluşturmaktadır.⁵³

Ata v Jordan davasında, hakemler ilk olarak, kendilerini zaman bakımından yetkili görmedikleri için esas hakkında bir karar vermemiş olsalar da ev sahibi devletin mahkemesi eylemleri ile, yatırımcının iki taraflı yatırım anlaşması kapsamındaki haklarını ihlal edebileceğini prensipte kabul edilmiştir. Karar bu yönüyle oldukça önem arz etmektedir.⁵⁴ Çünkü çoğu zaman devlet mahkemeleri eliyle gerçekleştirilen ihlaller, sadece ihkak-ı haktan imtina⁵⁵ kapsamında değerlendirilmektedir. Bu karar ile devlet mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen ihlallerin ihkak-ı haktan imtina oluşturmaya bile genel olarak iki taraflı yatırım anlaşmalarından doğan yükümlülüklerin ihlali kapsamında olabileceği kabul edilmiştir.⁵⁶ Zira bir yatırım ihlalinin bahsedilmemesi için bu ihlalin mutlaka ihkak-ı haktan imtina şeklinde gerçekleşmesi gerekmez. Devlet mahkemeleri eylemleri ile devletin uluslararası hukuktan (iki taraflı yatırım anlaşması) doğan diğer yükümlülüklerini doğrudan ihlal etmesi de mümkündür.⁵⁷

İkinci olarak kararda, “tahkime gitme hakkı” bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, bu hakkın ev sahibi devlet tarafından yok sayılmasının/ ortadan kaldırılmasının, ne şekilde bir yatırım ihlali oluşturacağı ifade edilmemiş; hakemler Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın hangi maddesinin ihlal edildiğine ilişkin ya da hangi standartlar⁵⁸ gerekçe gösterilerek ev sahibi devletin bir ihlalde bulunduğunu özel olarak belirtmemişlerdir. Kararda Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın başlangıç bölümündeki adil ve eşit davranma yükümlülüğünden bahsedilerek, Ürdün mahkemelerince gerçekleştirilen eylemin,

52 Brian King and Rahim Moloo, 'Enforcement after the Arbitration: Strategic Considerations and Forum Choice' (Arbitrate Atlanta, 2013) 27 <<http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2013/04/Enforcement-After-the-Arbitration.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021; Friedrich Rosenfeld, *Bridging the Gap between Investment and Commercial Arbitration* (Global Fellows Forum, New York University School of Law 2014) 2.

53 Chaika (n 18) 35; Priem (n 48) 220.

54 Joanna Dingwall and Hussein Haeri, 'Jordan: ICSID Tribunals finds Jordan in Violation of its Investment Treaty Obligations' (2010) 4 International Arbitration Law Review 1, 2.

55 Bu hakkın ihlali sıklıkla; yerel mahkemenin tarafların herhangi bir talebi hakkında inceleme yapmayı reddetmesi veya inceleme yapmayı haksız yere erteleme, kötü niyetle ve açıkça hukuku yanlış uygulaması veya mevcut yargı sisteminde adaletin sağlanmasının ciddi olarak yetersiz olması hâllerinde gündeme gelmektedir. Bkz Michael D Goldhaber, 'The Rise of Arbitral Power Over Domestic Courts' (2013) 1(2) Stanford Journal of Complex Litigation 373, 383.

56 *Saipem v Bangladesh* kararında ise Bangladeş mahkemelerinin ICC tahkimine müdahale etmesi ve nihayetinde ICC tahkimi sonucu verilen kararı yok hükmünde kabul etmesi kamulaştırma kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz Francesco Francioni, 'Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law' 2009 20(3) The European Journal of International Law 729, 737; Goldhaber (n 55) 394; Nalçacıoğlu Erden (n 46) 98.

57 Felipe Mutis Tellez, 'Does the Annulment of Arbitral Awards by National Courts Engage State Responsibility Under International Law' (2013) 16(CAR) CEPMLP Annual Review 1, 7.

58 Örneğin bir kamulaştırma mı olduğu, ihkak-ı haktan imtina mı edildiği ya da adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı bir eylemin mi olduğuna ilişkin bir nitelendirilme yapılmamıştır. İhlale ilişkin bu standartlar hakkında geniş bilgi için bkz Christoph Schreuer, 'Investments, International Protection' (2010) Encyclopedia of Public International Law 48 vd.

tarafklar arasındaki anlaşmanın lafzına ve ruhuna aykırılık teşkil ettiği tespitinde bulunulmuştur. Hakemlerin New York Konvansiyonu m. II'den bahsetmeleri ve buna aykırılığın taraflar arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının lafzına ve ruhuna aykırılık oluşturacağını ifade etmeleri, New York Konvansiyonu'nun altında yatan felsefe ile paralel bir yaklaşım benimsendiğini göstermektedir.⁵⁹ Ancak yatırım tahkiminde hakemler, hiçbir koşulda New York Konvansiyonu'nu bizzat kendileri uygulayarak ev sahibi devletin yerel mahkemelerinin yerine geçip bir tenfiz kararı veremez.⁶⁰

Son olarak hakemler, Ürdün Tahkim Kanunu m. 51'in geçmişe yönelik uygulanmasını, Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nı ihlal edici nitelikte bulmuşlardır. Eğer kanunun uygulanması bakımından böyle bir problem olmasaydı, tahkime gitme hakkını ortadan kaldıracı nitelikte olan 51. madde, tek başına yatırım anlaşmasına bir aykırılık olarak kabul edilemeyebilecekti. Ancak hakemler bu tespiti yaparken, bir yandan New York Konvansiyonu II. maddesi çerçevesinde tarafların yazılı olarak tahkime gitme konusunda anlaştıkları tahkim anlaşmalarını âkit devletlerin geçerli kabul edeceğini belirtmiş, sonra FIDIC Tıp Sözleşmesinde yer alan tahkim şartına tarafların seçtiği hukuk ve *lex arbitri* olan Ürdün hukukunun uygulanacağı, Ürdün mahkemelerinin tarafların seçtiği hukuku uygulamasının bir yatırım ihlali oluşturamayacağı ifade edilmiştir.⁶¹ Kanımızca hakemlerin yapmış oldukları bu tespitten, New York Konvansiyonu'na aykırılığın bir yatırım ihlali oluşturmayacağını kabul ettikleri sonucunun anlaşılması gerekmektedir.

C. ICSID Hakem Mahkemesinin Zaman Bakımından Yargı Yetkisine İlişkin Değerlendirmeler

1. Genel Olarak

ICSID hakem heyetince verilen *Ata v Jordan* kararındaki bir diğer temel meseleyi, hakem mahkemesinin zaman bakımından yargı yetkisi oluşturmaktadır. Kararda hakem heyetince, zaman bakımından yargı yetkisi incelenirken ikili bir ayırım yapılmıştır. FIDIC hakem kararının iptal edilmesine ilişkin uyuşmazlık, 19 numaralı barajın inşasına ilişkin esas uyuşmazlıktan ayrılamaz nitelikte görülüp Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce meydana geldiği için hakemlerce zaman bakımından yargı yetkisi bulunmadığı yönünde karar verilmiştir. Tahkime gitme hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlık bakımından ise zaman bakımından yargı yetkisinin bulunduğu yönünde karar verilmiştir.⁶²

⁵⁹ Rosenfeld (n 52) 14.

⁶⁰ Chaika (n 18) 39.

⁶¹ *Ata v Jordan* (n 1) para 128.

⁶² *Ata v Jordan* (n 1) para 103.

Uluslararası anlaşmaların uygulanmasına dair temel prensiplerden biri, anlaşmaların yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen olaylara uygulanması, diğer bir ifadeyle “geriye yürüme yasağı”dır (*non-retroactivity*). Uluslararası yatırım tahkiminde de âkit devletler arasında yatırım anlaşması ile aksi kararlaştırılmadıkça 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi⁶³ (“Viyana Sözleşmesi”) m. 28 uyarınca bir anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen durumlara/uyuşmazlıklara uygulanmayacağı kuralı kabul edilmiştir.⁶⁴

Birleşik Devletler ile Hollanda arasındaki Palmas Adası davasında⁶⁵ uygulanan ve uluslararası hukukta *intertemporal law* doktrini olarak bilinen yaklaşıma göre sonradan oluşan uluslararası hukuk kurallarının kendinden önce gerçekleşen olay ve durumlara uygulanması mümkün değildir.⁶⁶ Bu nedenle bir anlaşmanın uygulanması bakımından davaya konu uyuşmazlığın nitelendirilmesi son derece önemlidir. Çünkü uyuşmazlığın doğduğu tarih anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten öncesine tekabül ediyorsa, mahkeme uyuşmazlığı görmede zaman bakımından yetkisiz olacaktır.

Burada öncelikle kısaca ICSID’in zaman bakımından yargı (*ratione temporis*) yetkisinin ne olduğunu ifade etmek gerekir. ICSID tahkimine başvuru için üç şart aranmaktadır. Bunlar; taraflar arasında ICSID tahkimine gitmek için yazılı bir anlaşma olması, hem ev sahibi devletin hem de yatırımcının uyuşmazlığında olduğu devletin ICSID Konvansiyonu’na taraf olması ve uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanmasıdır.⁶⁷ ICSID’in zaman bakımından yargı yetkisine sahip olup olmadığı, taraflar arasında ICSID tahkimine gitme konusunda ne zaman yazılı bir anlaşma yapılmış olduğunun tespit edilmesine bağlı olarak cevaplanabilecek bir sorudur. Zira rıza şartı olarak da adlandırılan bu şartın gerçekleşmiş sayılması için genelde devletler iki taraflı yatırım anlaşmaları akdetmektedirler. Uyuşmazlık çıktığında ev sahibi devlet ile yatırımcının uyuşmazlığında bulunduğu devlet arasında ICSID’e gitme konusunda karşılıklı rızaları, yatırımın korunması ve teşviki anlaşması ile sağlandığı için bu anlaşmanın taraflar arasında ne zaman ve hangi şartlarla yürürlükte olacağını tespit etmek, ICSID’in zaman bakımından yargı yetkisini de belirlemektedir.⁶⁸

63 Vienna Convention on the Law of Treaties (1969, Vienna) Türkiye Viyana Sözleşmesi’ne taraf değildir. Ancak Viyana Sözleşmesi’nde yer alan kurallar ört ve âdet kuralı niteliğinde oldukları için devletler bu kurallara geçmişten beri uymaktadır. Bkz Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (9. Bs, Beta 2015) 19; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (14. Bs, Turhan Kitabevi 2015) 43.

64 John P Gaffney, ‘The Jurisdiction Ratione Temporis of ICSID Tribunal’ (2007) 22(7) MEALEY’S International Arbitration Report 1.

65 Island of Palmas Case (Netherlands v USA) (1928) RIAA vol II, 829.

66 Ibid 845.

67 Şanlı (n 12) 576; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4. Bs, Vedat Kitapçılık 2016) 40 vd; Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I* (5. Bs, Beta 2016) 134; Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayındarlı 2003) 148 vd; Nuray Ekşi, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfiz ve İcrası* (Beta 2009) 29 vd.

68 ICSID Konvansiyonu’nda ise özel olarak ICSID’in zaman bakımından yargı yetkisine ilişkin herhangi bir şart aranmamaktadır. Bkz Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 95.

Pek çok iki taraflı yatırım anlaşması, anlaşmanın zamansal bakımdan uygulanması konusunda özel hüküm içermektedir ve bunlardan bazıları anlaşmanın, yalnızca yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılacak yatırımlara değil; yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan yatırımlara da uygulanacağı yönündedir. Diğer bir ifadeyle, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan yatırımlar da anlaşmanın koruması altına alınmaktadır. Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması da bu yönde bir hüküm içermektedir. Madde IX(1)'e göre: “*Anlaşma, yürürlüğe giriş tarihinde mevcut yatırımlar yanında, bu tarihten sonra yapılan veya gerçekleşen yatırımlara da uygulanacaktır.*” Ancak mevcut yatırımları da içerecek şekilde yatırım anlaşmasının koruma kapsamını genişleten böyle bir hükmün varlığı, anlaşmanın, yürürlüğe girdiği tarihten önce mevcut *uyuşmazlıklar* bakımından da uygulanacağı anlamına gelmemektedir.⁶⁹ Çünkü söz konusu hüküm anlaşmanın koruması kapsamında olan yatırımların *hangileri* olduğuna ilişkin olup, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce mevcut olan *uyuşmazlıklara* anlaşmanın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir belirlemede bulunmamaktadır. Daha açıkça ifade etmek gerekirse, söz konusu anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan bir yatırımın anlaşma çerçevesinde korunabilmesi için de uyuşmazlığın yine anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra doğmuş olması gerekir. Yatırım anlaşmasının uygulanması bakımından iki taraflı yatırım anlaşmasında aksi yönde bir hükme yer verilmedikçe, anlaşmanın yürürlüğünden önce mevcut olan uyuşmazlıklara uygulanmaması esası hem ICSID hem de UNCITRAL tahkiminde⁷⁰ hâkim olan uygulamadır.⁷¹

Kıscacası hüküm, yalnızca konu bakımından anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan yatırımların korunacağını ifade etmektedir. Uyuşmazlık ve uyuşmazlığın doğduğu tarih ise farklı bir meseledir. O hâlde, ICSID’in zaman bakımından yargı yetkisinin belirlenmesinde taraflar arasındaki yatırımın teşviki anlaşması esas alınacak olup, bu doğrultuda anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce meydana gelmiş olan uyuşmazlıklar kapsam dışında kalacaktır.⁷²

69 *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States*, Award, ICSID Case No ARB (AF)/00/2 (29 May 2003) para 53-68 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>>; *SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/6 (29 January 2004) para 166 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021. Ayrıca bkz Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012) 41-42.

70 *MCI Power Group LC and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador*, Award, ICSID Case No ARB/03/6 (31 July 2007) para 136 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0500.pdf>>; *Societe Generale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA v The Dominican Republic*, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, UNCITRAL, LCIA Case No UN 7927 (19 September 2008) para 78 vd <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf>>; *Impregilo SpA v Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/3 (22 April 2005) para 300 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>>; *Generation Ukraine INC v Ukraine* (n 40) para. 11.2 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

71 Andrea Gattini, ‘Jurisdiction *ratione temporis* in International Investment Arbitration’ (2017) 16(1) *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 139, 142 vd; James Crawford and Simon Olleson, ‘The Application of the Rules of State Responsibility’ in Marc Bungenberg and Jörn Griebel (edn) *International Investment Law* (Beck, Hart, Nomos 2015) 440.

72 Mistelis (n 15) 16.

Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın VII. maddesi ise bir taraf devlet ile diğer taraf devletin uyuşundaki yatırımcısı arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkindir ve tahkim kaydı içermektedir. Buna göre, taraflardan biri ile diğer tarafın bir yatırımcısı arasındaki o yatırımcının yatırımı ile ilgili olarak doğan uyuşmazlıklar altı ay içinde iyi niyetle karşılıklı görüşmeler ve müzakereler yoluyla çözümlenemezse, yatırımcı tarafından ICSID'in de dahil olduğu belirli tahkim mercilerine sunulabilecektir. Söz konusu hüküm zaman bakımından yargı yetkisi açısından, taraflar arasındaki “uyuşmazlık”ın ne olduğunun tespitini ve daha da önemlisi söz konusu uyuşmazlığın “doğduğu tarih”in belirlenmesini gerekli kılmaktadır.

Ancak uyuşmazlığın nitelendirilmesi ve uyuşmazlığın doğduğu tarihin belirlenmesi her zaman kolay olmamaktadır. ICSID hakem heyetlerinin karara bağladığı çeşitli davalarda, uyuşmazlığın doğduğu tarihe ilişkin farklı içtihatlarla rastlanmaktadır. Örneğin, *Maffezini v Spain* davasında hakem heyeti, uyuşmazlık konusu olayların Arjantin-İspanya arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önce başlamasının, hukuki uyuşmazlığın da bu tarihte doğduğu anlamı taşımadığına hükmetmiştir.⁷³ Diğer bir ifadeyle, uyuşmazlık konusu olayların gerçekleşmeye başladığı tarih ile uyuşmazlığın doğduğu tarih birbirinin eş değeri olarak kabul edilmemektedir.

Jan de Nul v Egypt davasında ise, uyuşmazlık iki taraflı yatırım anlaşması 2002 yılında yürürlüğe girdiği sırada henüz İsmailiye İdare Mahkemesi önünde görülmektedir. Mahkeme nihai kararını 2003 yılında vermiştir. Uyuşmazlık ICSID önüne taşındığında hakem heyeti davacının ICSID önündeki uyuşmazlığın, idare mahkemesi önündeki uyuşmazlıktan farklı olduğu iddiasını haklı bulmuştur. Çünkü Mısır mahkemeleri önündeki dava, sözleşme (*contract*) ve Mısır hukukunun yorumu ile ilgili meselelere ilişkin iken; ICSID hakem heyeti önündeki dava iki taraflı yatırım anlaşmalarının ihlali iddialarına ilişkindir.⁷⁴ Hakem heyeti, kararının gerekçesini şu şekilde açıklamıştır:

“Yeni bir aktör olan İsmailiye Mahkemesi'nin müdahalesi, uyuşmazlığın yeni bir uyuşmazlık olup olmadığının belirlenmesinde belirleyici faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Başvurucuların davası doğrudan İsmailiye Mahkemesi'nin hukuka aykırılığı öne sürülen eylemine dayandığından, hakem heyeti orijinal uyuşmazlığın, İsmailiye Mahkemesi karar verdiği anda yeni bir uyuşmazlık olarak yeniden kristalleştiği kanaatinde dir.”⁷⁵

Ata v Jordan kararında ise hakem heyeti yukarıdaki iki kararda benimsenen yaklaşımdan farklı bir yaklaşımı tercih etmiştir. Belirtelim ki, davada taraflar arasındaki

73 *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/97/7 (25 January 2000) para 91-98 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

74 *Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13 (16 June 2006) para 117 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0439.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

75 *Ibid* para 128.

temel uyuşmazlık noktalarından biri uyuşmazlığın nitelendirilmesine ilişkindir. Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nı ihlal ettiği öne sürülen eylemlerden biri FIDIC hakem kararının iptali olduğundan; bu iddialara ilişkin olarak uyuşmazlığın doğduğu anın tespit edilmesi gerekmektedir. Hakem heyetine göre, davacının iddialarının temeli olan uyuşmazlık, FIDIC hakem kararının iptalini onaylayan Ürdün Temyiz Mahkemesi kararının verildiği 16.01.2007 tarihinde kristalleşmiştir ve hukuken sözleşmeden doğan uyuşmazlığa eşittir.⁷⁶ Sözleşmeden doğan uyuşmazlığın tarihi olarak ise FIDIC tahkim sürecinin başlatıldığı 06.09.2000 tarihi kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin tüm iddialar bakımından uyuşmazlığın doğduğu tarih olarak 06.09.2000 tarihi esas alınmıştır.⁷⁷

Hakem kararının iptal edilmesi yüzünden ortaya çıkan uyuşmazlığın esas uyuşmazlıktan yani barajdaki kısmı çökmeden hangi tarafın sorumlu olacağına ilişkin olan uyuşmazlıktan ayrılamaz nitelikte olduğu için bu tarihin esas alınması gerektiği kabul edilmiştir.⁷⁸

FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin bu uyuşmazlığı esas uyuşmazlığa bağlamanın en önemli sonucu, ICSID hakem heyetinin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olup olmadığını tespitinde baz alınacak tarih bakımından doğmaktadır. FIDIC hakem kararının bağımsız bir yatırım olarak değerlendirilmesi⁷⁹ ile esas uyuşmazlıktan ayrılamaz, ona bağlı bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmesi arasındaki fark, ICSID'in zaman bakımından yargı yetkisinin tayininde büyük önem taşımaktadır. *Ata v Jordan* davasında FIDIC hakem kararı, bahsettiğimiz ikinci olasılıktaki gibi değerlendirilmiş olup, esas uyuşmazlık tarihi, tarafların FIDIC tahkimine başvurmaları anı olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak ICSID hakem heyeti kendisini zaman bakımından yetkisiz bulmuştur. Hakemler, FIDIC hakem kararının yatırım kavramı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlerken sıklıkla *Saipem v Bangladesh*⁸⁰ kararına da atıfta bulunmuşlardır. *Saipem v Bangladesh* kararında, ICC hakem kararından doğan hakların uyuşmazlığa konu olan sözleşmeden kaynaklandığı bu kapsamda da yatırım niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.⁸¹ Ancak burada önemle vurgulamak isteriz ki, hakem kararının yatırım olarak kabul edilmesinin ardında yatan sebep, onun sözleşme ile korunan “yatırım”ın kendisinden ayrılamaz oluşudur. Gerçekten de kararın Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda yatırım kavramı içinde sayılan alacak hakkı kapsamında değerlendirilebilmesinin sebebi, 19

76 *Ata v Jordan* (n 1) para 95.

77 *Ibid.*

78 *Ibid* para 103.

79 İki taraflı yatırım anlaşmalarında genellikle yatırım kavramının kapsamı “bütün değerler” gibi ibarelerle geniş tutulmaya çalışılmıştır. Ancak buna karşın uygulamada ICSID hakem heyetince esas uyuşmazlığa/yatırıma bağlı bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmiştir. Bkz King and Moloo (n 52) 21.

80 *Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh*, Award, ICSID Case No ARB/05/07 (30 June 2009) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

81 Nalçacıoğlu Erden (n 46) 97.

numaralı barajın yıkılmasından ötürü alacak hakkı sahibi olan tarafın tespit edilmesidir. Eğer hakem kararına konu uyuşmazlık, bir yatırım uyuşmazlığı olmasa idi ICSID önünde dava konusu edilebilecek bir “yatırım”dan da bahsedilemeyecek ve hakem heyeti *ratione materiae* yetkisiz olacaktı. O hâlde FIDIC hakem kararının, ATA’nın Ürdün’deki bütün yatırım faaliyetleri çerçevesinde ve bu faaliyetler içinde yer alan bir “değer” (*value*) olarak kabul edilmesi ve konu bakımından yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmesi yerindedir.

Ancak uyuşmazlığa ilişkin hakem heyetinin yukarıda özetlediğimiz değerlendirmesi karşısında bazı hususların tartışılması gerekmektedir: Öncelikle ICSID önündeki uyuşmazlık yatırımcı-devlet arasındaki bir uyuşmazlıktır ve iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanmaktadır. Ayrıca bu anlaşmanın akdedilmesi iki devlet arasında ATA ile APC arasındaki sözleşmesel ilişkiden farklı, yeni bir hukuki ilişki kurulduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu hukuki ilişki kurulduktan sonra meydana gelen ihlallerin yatırım anlaşmasını ihlal eden yeni bir uyuşmazlık oluşturmaya yeterli olup olmadığı incelenmelidir. Üzerinde durulması gereken husus ise APC ile yatırımcı arasındaki sözleşmenin bir iç hukuk enstrümanı olması ve Viyana Sözleşmesi bağlamında bir uluslararası andlaşma niteliği taşıyamaması sebebiyle uluslararası sorumluluk doğurmaya elverişli olmamasıdır. Devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeler, en itibatlı oldukları hukuk olan ev sahibi devlet hukukuna tabi olduklarından ve dolayısıyla bu sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerin ihlaline ilişkin yatırım ihtilafları ev sahibi devlet hukuku uyarınca çözümleneceğinden, taraflar aksini kararlaştırmadıkça prensip olarak uluslararası hukuka tabi değildirlir.⁸²

Bu durum yatırım tahkiminde temel bir ayrıma, sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluk ile yatırım anlaşmasının ihlalinden doğan sorumluluk ayrımı yapılmasına yol açmıştır.⁸³ Her ne kadar sözleşmenin ihlali şemsiye kaydı, adil ve hakkaniyetli muamele esası ya da ihkak-ı haktan imtina gibi normlar bağlamında yatırım anlaşmasının koruması kapsamına dahil edilebilirse de bu durum, yatırım anlaşması bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlığın hukuken APC ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlığa eş değer olduğu anlamına gelmek zorunda değildir. Çünkü bu halde dahi uyuşmazlık, yatırım anlaşmasının kendisinde yer alan bir kural sebebiyle anlaşmanın kapsamına alınmaktadır. Dolayısıyla artık iddiaların dayanağı ve hukuki ilişkinin temeli sözleşme değil, yatırım anlaşması olmaktadır. Bu noktada sorulması gereken soru uluslararası anlamdaki ve yatırım anlaşması temelindeki uyuşmazlığın hangi

82 Miray Azaklı Köse, *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu (BM Uluslararası Hukuk Komisyonu Tasarısı Kapsamında)* (Adalet Yayınevi 2021) 179-180.

Yatırım anlaşmasının ihlalinden doğan sorumluluk ile yatırımcı-devlet arasında akdedilen sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluk arasındaki ayrım hakkında bilgi için ayrıca bkz. Azaklı Köse (n 82) 175-186.

83 Yatırım tahkimi alanında yatırım anlaşmasına dayanan iddiaların sözleşmeye dayanan iddialardan izole edilmesini savunanlar ile bu iki tür iddianın ilişkilendirilmesini savunanlar arasında bir çekişme olduğu ve bu durumun hakem mahkemeleri tarafından birbirine aykırı kararlar verilmesine yol açtığı belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle söz konusu ayrım tartışmalıdır. Bkz. James Crawford, ‘Treaty and Contract in Investment Arbitration’ (2008) 24(3) *Arbitration International* 351, 351.

tarihte doğduğudur. *Ata v Jordan* hakem heyeti ise hakem kararının iptaline ilişkin uyuşmazlığın, barajın yıkılmasından kaynaklanan ve dolayısıyla sözleşmeye dayanan uyuşmazlığa eş değer olduğu kanısındadır.

Yatırım anlaşmasının ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlığın ortaya çıktığı an barajın çökmesine ilişkin uyuşmazlıktan farklı olarak, hakem kararı ile iddiasını ispat etmiş olan ATA'nın elde ettiği hakka Amman İstinaf Mahkemesi'nin iptal kararı ile müdahale edildiği ve böylece yatırım anlaşması bağlamında ihkak-ı haktan imtina edildiğine ilişkin uyuşmazlığın doğduğu tarih olarak da değerlendirilebilir. Bu tarihe dek, yatırım anlaşmasının ihlaline ilişkin taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Çünkü yatırım anlaşması bağlamındaki uyuşmazlık barajda meydana gelen hasardan kimin sorumlu olduğu değil; yatırımı oluşturan operasyonun bir parçasını teşkil ettiği kabul edilen hakem kararının ev sahibi devlet mahkemelerince iptal edilmesi ile yatırım anlaşması uyarınca üstlenilen yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğidir.

Ata v Jordan hakem heyeti ise uyuşmazlığın Ürdün Temyiz Mahkemesi'nin iptal kararını onayladığı 16.01.2007 tarihinde kristalleştiği tespitini yapmıştır (ancak bunu sözleşmeden doğan uyuşmazlığa eş değer kabul etmektedir); ki bu tespit kabul edildiği takdirde de söz konusu tarih yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten sonrasına tekabül etmektedir.

Amman İstinaf Mahkemesi'nin hakem kararının iptaline ve ayrıca taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının sona erdiğine hükmettiği 24.01.2006 tarihli kararı ise iki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihin 1 gün sonrasında verilmiştir. Burada dikkati çeken bir diğer husus uyuşmazlık konusu her iki olay da aynı tarihte gerçekleştiği hâlde, tahkim anlaşmasının bağımsız bir yatırım olduğu gerekçesiyle tahkime gitme hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin uyuşmazlığın söz konusu tarihte doğduğunun kabul edilmesi ve böylece bu uyuşmazlık bakımından hakem heyetinin kendisini zaman bakımından yetkili görmesi;⁸⁴ FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin uyuşmazlığın ise hakem kararının bağımsız bir yatırım olmadığı gerekçesiyle zaman bakımından yargı yetkisi dışında kabul edilmesidir.⁸⁵ Burada da ICSID'in konu (*ratione materiae*) ile zaman bakımından yetkisine (*ratione temporis*) ilişkin değerlendirmeler birbirine karışmış görünmektedir.

Öncelikle şu soruyu sormak gerekir: FIDIC hakem kararının, yatırımı oluşturan bütün operasyona bağlı bir yatırım olarak kabul edilmesi hangi sonucu doğurur? Kanaatimizce bu belirleme yalnızca konu bakımından yetkiyi ilgilendirmektedir; çünkü burada esas önemli olan hakem kararının bir yatırım teşkil edip etmediği, yani konu bakımından ICSID'in yargı yetkisi kapsamında olup olmadığıdır. Somut olayda hakem heyetinin, FIDIC hakem kararının yatırımı teşkil ettiğini belirlemesi

⁸⁴ *Ata v Jordan* (n 1) para 120.

⁸⁵ *Ibid* para 103.

yeterli idi; çünkü Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın IX. maddesi hem anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce mevcut olan yatırımların hem de sonrasında yapılacak yatırımların koruma altına alınacağını kabul etmektedir. Eğer anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce mevcut olan yatırımlar koruma altına alınmamış olsa idi; bu takdirde hakem heyetinin FIDIC hakem kararının önceki yatırıma bağlı olduğu ve bağımsız bir yatırım teşkil etmediği belirlenmesi önem kazanacaktı. Çünkü bu takdirde FIDIC hakem kararına ilişkin uyuşmazlık konu bakımından yargı yetkisinin dışında kalacaktı. Mevcut durumda ise FIDIC hakem kararının bağımsız bir yatırım oluşturmaması, uyuşmazlığın doğduğu tarihin ve yukarıda belirttiğimiz üzere bizce yerinde olmayarak zaman bakımından (*ratione temporis*) yetkinin tespitinde de belirleyici olmuştur.

Sonuç olarak Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması 23.01.2006'da yürürlüğe girdiğinden ve uyuşmazlık tarihi anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihin öncesine tekabül ettiğinden, hakem heyeti ATA'nın FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin bütün iddiaları bakımından kendisini zaman açısından yetkisiz bulmuştur.⁸⁶ İhkak-ı haktan imtina edildiği iddiaları hakkında da hakemler kendilerini zaman bakımından yetkisiz bulmuşlardır.⁸⁷

Aslında davacı ATA, ihkak-ı haktan imtina yasağının ihlalinin iki taraflı yatırım anlaşmasının diğer uyuşmazlıktan bağımsız bir ihlali olarak zaten öne sürmüştü ve ihlalin iki taraflı yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana geldiğini iddia etmiştir.⁸⁸ Ancak hakem heyeti, bu iddiaları da yerinde bulmamış; söz konusu ihlallerin de anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önceki uyuşmazlığın bir parçası olduğunu belirterek zaman bakımından yetkisiz olduğuna hükmetmiştir. Hakem heyeti bu yöndeki kararına gerekçe olarak ihkak-ı haktan imtinaya ilişkin ihlal iddialarının karara bağlandığı *Mondev v United States*⁸⁹ kararını emsal göstermektedir:

*“Mondev hakem heyeti Massachusetts mahkemelerinin vereceği nihai karar haricinde, uyuşmazlığa konu olayların tamamının davada söz konusu olan anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelmesi nedeniyle kendisini ratione temporis bakımından yetkisiz bulmuştur. Bu davada başvuru iç hukuk yolları tüketilmeden ihkak-ı haktan imtinaya ilişkin bir iddianın tamamlanamayacağını ve iç hukuk yollarının NAFTA yürürlüğe girdikten sonra da tüketilmemiş olduğunu öne sürmüştür.”*⁹⁰

Oysa bu davada başvuru Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nın (“NAFTA”)⁹¹ yürürlüğe girdiği tarihten (01.01.1994) önceki eylemleri, devam

86 Ibid.

87 Ata v Jordan (n 1) para 108.

88 Ibid.

89 *Mondev International Ltd v United States of America*, Award, ICSID Case No ARB(AF)/99/2 (11 October 2002) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

90 Ibid para 109.

91 The North American Free Trade Agreement (1992, Washington).

eden ihlal kavramına dayanarak ve ihlalin tamamlanmadığını öne sürerek *ratione temporis* bakımından NAFTA koruması kapsamına almaya çalışmıştır.⁹² Davalı ABD ise zaten 01.01.1994 sonrasında Massachusetts mahkemelerinin verdiği kararların yürürlük öncesi eylemlerden ayrı olarak tek başına NAFTA'nın ihlaline yol açtığı iddiaları bakımından hakem heyetinin zaman bakımından yargı yetkisi kapsamında olduğunu kabul etmektedir.⁹³ Hakem heyeti de aynı hususu ifade ederek ilgili mahkeme kararlarının kendisi NAFTA'ya aykırı olmadıkça, 1994 öncesi eylemlerle ilişkili olmalarının NAFTA'nın ihlali anlamına gelemeyeceğini belirtmiştir.⁹⁴ Massachusetts mahkemelerinin kararlarının (NAFTA'nın 1105. maddesi 1. fıkrası uyarınca) ihkak-ı haktan imtina teşkil edip etmediği iddialarını incelemek bakımından kendisini yetkili görmüş⁹⁵ ve detaylı bir biçimde bu incelemeyi yapmıştır.⁹⁶ Dolayısıyla *Ata v Jordan* hakem heyetinin de yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten sonra verilen mahkeme kararları bakımından kendisini yetkili kabul etmesi ve bunların ihkak-ı haktan imtina teşkil edip etmediğini incelemesi mümkündür. Ancak hakem heyeti bu husus kabul edildiği takdirde dahi, FIDIC hakem kararının bağımsız bir yatırım olmaması ve yatırım teşkil eden operasyonun bir parçası olması nedeniyle mümkün olmayacağını ifade etmiştir.

Bu noktada *ratione temporis* yetki bakımından önemli olan ve *Mondev v United States* davasında da başvurusunun iddiasının temellerinden birini oluşturan “ihlalin zamana yayılması” hâline ve ayrıca “bileşik eylemden oluşan ihlal” hâline değinmenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

2. İhlalin Zamana Yayılması

Yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarih hem sorumluluğun doğması hem de zaman bakımından yargı yetkisi açısından belirleyicidir. Ancak bazı hâllerde devletin, yatırım anlaşmasının ihlalinin teşkil eden eylemleri anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarih öncesinde mevcut olduğu gibi, yürürlük tarihi sonrasında da devam etmekte, yani zamana yayılmaktadır.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (“ILC”) devletlerin uluslararası sorumluluğu konusundaki örf ve âdet hukuku kurallarını kodlaştırmak amacıyla kaleme aldığı ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen bir belge olan ILC Maddeleri'nde⁹⁷ zamana yayılan ihlal konusu şu şekilde düzenlenmiştir:

92 *Mondev v United States* (n 89) para 48.

93 *Ibid* para 47, para 51. Ancak davalı ABD söz konusu tarihte *Mondev*'in yatırımcı olduğu iddiasına karşı çıkmaktadır.

94 *Ibid* para 109.

95 *Ibid* para 96-97.

96 *Ibid* para 126 vd.

97 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

“*Madde 14*”

Bir Uluslararası Yükümlülüğün İhlalinin Zamana Yayılması

- (1) *Devletin devam eder nitelikte olmayan bir uluslararası yükümlülüğünü ihlali, etkileri sürse dahi, eylemin ifa edildiği anda meydana gelir.*
- (2) *Devletin devam eder nitelikteki bir uluslararası yükümlülüğünü ihlali, eylemin sürdüğü tüm zaman boyunca uzanır ve uluslararası yükümlülüğe aykırı olmaya devam eder.*
- (3) *Devletin belirli bir olayı önlemesini gerektiren bir uluslararası yükümlülüğün ihlali, olayın meydana geldiği anda ortaya çıkar ve olayın devam ettiği tüm zaman boyunca uzanır ve bu yükümlülüğe aykırı olmaya devam eder.”*

Yatırım tahkiminde hakem heyetleri, ihlalin devam eder nitelikte olduğu ve bu nedenle yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki ihlaller bakımından sorumluluğun doğacağı iddiaları ile karşılaşmışlardır. Örneğin, *Mondev v United States* davasında hakem heyeti, devam eder nitelikte ihlalin var olabileceğini kabul etmekle birlikte, devam eder nitelikte bir eylem ile sona eren ancak zarar verici etkileri devam eden eylem arasında ayırım yapılması gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁸ Örneğin, *Ioan Micula and others v Romania* davasını gören hakem heyetine göre, yürürlükteki yasal bir düzenlemenin devam eder şekilde uygulanması bu niteliktedir.⁹⁹ ILC de devam eder nitelikte ihlal ile belirli bir zamanda sona eren ancak etkileri devam eden ihlal arasında bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre esas itibarıyla devam etmekte olan ihlal, belirli bir zamanda başlamış ancak tamamlanmamış ihlaldir.¹⁰⁰ Örneğin, anlaşma yükümlülüklerine aykırı bir yasal düzenlemenin yürürlükte tutulması bu niteliktedir.¹⁰¹

Kamulaştırmanın ekonomik etkilerinin mülkiyetin kaybedildiği tarihten sonra da devam edebileceği, bu durumun ihlalin devam eder nitelikte olduğu anlamına gelmediği belirtilmiştir.¹⁰² *Impregilo v Pakistan* davasında yatırımcı anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten sonrasına da uzanan ve devam etmekte olan ihlallerden oluşan tek bir uyuşmazlık bulunduğunu öne sürmüştür.¹⁰³ Hakem heyeti ise gördüğü uyuşmazlığın ancak kamulaştırma ile karşılaştırılabileceğini belirterek ve kamulaştırmanın devam etmekte olan ihlal teşkil etmediğine ilişkin ILC Maddeleri şerhine atıf yaparak, ILC Maddeleri, madde 14 anlamında devam eder nitelikte bir ihlal olmadığına hükmetmiş ve yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki eylemler bakımından zaman yönünden yetkisiz olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁴

98 *Mondev v United States* (n 89) para 58.

99 *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania [I]*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/05/20 (24 September 2008) para 149 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

100 ILC Maddeleri Şerhi (n 97) Madde 14, para 5.

101 *Ibid* Madde 14, para 3.

102 *Ibid* Madde 14, para 6.

103 *Impregilo v Pakistan* (n 70) para 88.

104 *Ibid* para 312-314.

ILC Maddeleri düzenlemesinden ve yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, ihlalin zamana yayılmasından söz edilebilmesi için, ihlalin peş peşe, yani farklı zamanlarda değil; devam eder nitelikte olması gerekmektedir. *Ata v Jordan* davası özelinde ise hukuka aykırı kamulaştırmanın yanı sıra mahkemelerin peş peşe ve ihkak-ı haktan imtina teşkil ettiği öne sürülen eylemleri vasıtasıyla adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlal edildiği öne sürülmüştür. Ancak burada farklı tarihlerde verilen kararlar söz konusu olduğundan, devam etmekte olan ve zamana yayılan bir ihlalden ziyade, ihlal oluşturan bir dizi eylem söz konusudur. Bu bakımdan davacının *Ata v Jordan* davasında öne sürdüğü eylemler daha ziyade bileşik eylemden oluşan ihlal kavramı ile ilişkili görünmektedir. Aşağıda bu konu ele alınacaktır.

3. Bileşik Eylemden Oluşan İhlal

Bileşik eylemden oluşan ihlal, devletin birden fazla eyleminin bir araya gelerek uluslararası yükümlülüğü ihlal düzeyine ulaşmasını ifade etmektedir. Konu ILC Maddeleri'nde şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 15

Bileşik Eylemden Oluşan İhlal

- (1) Devletin uluslararası bir yükümlülüğünü, bir bütün olarak hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir dizi eylem veya ihmali vasıtasıyla ihlali, diğer eylem veya ihmaller ile birlikte değerlendirildiğinde **hukuka aykırılık oluşturmaya yeterli olan eylem veya ihmalin meydana geldiği anda** oluşur.
- (2) Böyle bir durumda ihlal, **diziyi oluşturan eylem veya ihmallerin ilkinden başlayarak tüm zaman boyunca uzanır ve bu eylem veya ihmaller tekrar ettiği müddetçe sürer ve uluslararası yükümlülüğe aykırı olmaya devam eder.**

Siemens v Argentine kararında sinsi kamulaştırma¹⁰⁵ bileşik eylemden oluşan ihlal olarak nitelendirilmiştir.¹⁰⁶ Belirtelim ki ihkak-ı haktan imtina da devletin çeşitli derecelerdeki mahkemelerinin kümülatif hatalarının bir araya gelmesi ile meydana geldiğinden, bileşik eylemden oluşan ihlal teşkil etmektedir.¹⁰⁷ Ancak yukarıdaki 15. madde düzenlemesinden anlaşıldığı üzere ihlal, bir dizi eylemin yükümlülüğü ihlal düzeyine ulaştığı anda başlamakta ve eylemler tekrar ettiği müddetçe sürmektedir. Bu nedenle *Chevron v Ecuador* davasında hakem heyeti yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki eylemleri de yargı yetkisi kapsamında kabul etmiş ve bu eylemlerin de ihkak-ı haktan imtinayı oluşturduğuna hükmetmiştir.¹⁰⁸

105 Sinsi kamulaştırma, dolaylı kamulaştırmanın bir alt türüdür. Devletin düzenleyici işlemlerle veya idari işlemlerle, devam eden bir süreç sonunda yatırımcının haklarını erozyona uğratması olarak tanımlanmaktadır. Bkz Nalçacıoğlu Erden (n 46) 63.

106 *Siemens AG v The Argentine Republic*, Award, ICSID Case No ARB/02/8 (17 January 2007) para 263-264 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

107 *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v The Republic of Ecuador*, Interim Award, UNCITRAL, PCA Case No 34877 (1 December 2008) para 301 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0150.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

108 Ibid.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin genel uygulaması, bir yatırım anlaşmasının yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen ve hukuka aykırılığı öne sürülen eylemlerin yatırım anlaşmasının ihlalinin oluşturmayacağı yönündedir. Bu bakımdan bileşik eylemden oluşan ihlal kavramının yatırım tahkiminde uygulanması ve yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki eylemlerin hakem heyetinin yargı yetkisi kapsamında kabul edildiği hâller sınırlı olmuştur. Hatta *MCI Power Group v Ecuador* davasında hakem heyeti yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayları, yalnızca yatırım anlaşması ihlallerinin arka planını ve uyuşmazlığı ortaya çıkaran koşulları değerlendirmek amacıyla sınırlı olarak yetkisi dahilinde kabul etmiştir.¹⁰⁹ Diğer bir ifadeyle, yürürlük tarihinden önceki olaylar yatırım anlaşmasının ihlalinin bir parçası olarak değerlendirilmemiştir.

Ata v Jordan davasında ise bileşik eylemden oluşan ihlal değerlendirmesine başvurmaya gerek bulunmamaktadır; çünkü ihkak-ı haktan imtina teşkil edebilecek mahkeme kararlarının her ikisi de Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra verilmiştir. Hatta belirtildiği üzere, FIDIC hakem kararının iptaline ilişkin mahkeme kararı, anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten tam 1 gün sonra verilmiştir.

Ata v Jordan kararında zaman bakımından yetkinin değerlendirilmesinde tartışmanın özünü, uyuşmazlığın nitelendirilmesi oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ATA ile APC arasındaki uyuşmazlığın meydana geldiği tarih ile Ürdün devlet mahkemesinin müdahalesi vasıtasıyla Ürdün devletinin uluslararası hukuk yükümlülüğünü ihlal tarihi aynı hususu ifade etmemektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın doğduğu tarihin anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten öncesi olduğuna ve zaman bakımından yetkisizliğe karar verildiği takdirde, ihlalin anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana geldiğine dayanılarak inceleme yapılmasına imkân bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere zaman bakımından yetkinin belirlenmesi kimi zaman oldukça karmaşık bir değerlendirme sürecine işaret etmektedir. Öncelikle en önemli hususlardan biri yatırım anlaşmalarında genellikle tanımı verilmeyen “uyuşmazlık”ın dava konusu olay özelinde nasıl nitelendirileceğidir. *Ata v Jordan* davasında bunun yanına, yatırımcının öne sürdüğü hakların bağımsız bir yatırım olup olmadığının değerlendirilmesi eklenmiştir.

Bununla birlikte taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçersiz sayılmasına ilişkin iddialar hakkında ise hakemler kendilerini zaman bakımından yetkili bulmuşlardır.¹¹⁰ Ürdün Temyiz Mahkemesi'nin taraflar arasındaki tahkim anlaşmasını ortadan kaldırmasını, mahkeme eylemi ile gerçekleştirilen bir ihlal olarak kabul etmişlerdir.

109 *MCI Power Group v Ecuador* (n 70) para 136.

110 *Ata v Jordan* (n 1) para 120.

Mahkemenin bu eyleminin, Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın lafzına ve ruhuna aykırı olduğu sonucuna varmışlardır.¹¹¹

ICSID hakemleri bu tespitlerden sonra; ATA ile APC arasındaki tahkim anlaşmasının geçerli hâle getirilmesine ve Ürdün devlet mahkemelerinde 19 numaralı baraja ilişkin görülen davanın da derhâl sonlandırılmasına, yargılama masraflarını tarafların eşit olarak karşılamasına karar vermiştir.¹¹²

III. ICSID Hakem Heyetinin Tazminat Dışında Verebileceği Kararlar ve Bunların Yerine Getirilmemesi Hâlinde Başvurulabilecek Yollar

A. ICSID Hakem Heyetinin Tazminat Dışında Verebileceği Kararlar

ICSID tahkiminde kararın ev sahibi devlette icrası için ayrı bir tenfiz prosedürüne ihtiyaç duyulmaması yatırımcı açısından önemli bir avantajdır. ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesine göre hakem kararı taraflar için bağlayıcıdır ve âkit devletlerde yerel mahkeme kararları gibi icra edilir.¹¹³ Ancak 54. madde ile öngörülen bu özel durum sadece, kararda yer alan parasal hükümlere ilişkindir.¹¹⁴ Diğer yandan ICSID hakem heyetinin, önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında karar verirken, hükmedebileceği onarım çeşitleri ICSID Konvansiyonu tarafından sınırlandırılmamıştır.¹¹⁵ Buna rağmen genellikle hakemlerce parasal kayıpları telafi etmeye yönelik maddi tazminata hükmedilmektedir.¹¹⁶ *Enron v Argentine* davasında¹¹⁷ hakemler bu durumu şu şekilde ifade etmişlerdir: “*bir kararda hem parasal hem de parasal olmayan konulara ilişkin tespitler yapılabilir ve parasal olmayan konulara ilişkin tespitler belirli bir davranışın gerçekleştirilmesini veya bir ihtiyati tedbiri içerebilir.*”¹¹⁸

Ata v Jordan davasında da hakemler bu doğrultuda şu hususlarda saptamalarda bulunmuştur:

- i) Ürdün devleti mahkemelerinin eylemi hukuka aykırı bir eylemdir. Bu yüzden bu hukuka aykırı eylemin bütün sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte bir karar alınması gerekmektedir.¹¹⁹

111 İbid para 125.

112 İbid para 133.

113 Şanlı (n 12) 548.

114 ICSID Konvansiyonu m. 54: “*Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir.*” Bkz Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 122.

115 Doktrinde, hakemlerin üç türlü karar verebileceği belirtilmektedir. Bunlar; eski hâle iadeye yönelik kararlar, zarar karşılama yönelik tazminat kararları ve bir ihlalin/hukuka aykırı eylemin varlığını tespit eden kararlardır. Detaylı bilgi için bkz Christoph Schreuer, ‘Alternative Remedies in Investment Arbitration’ (2016) 3(1) *The Journal of Damages In International Arbitration* 1, 4 vd.

116 Christoph Schreuer, ‘Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration’ (2004) 20(4) *Arbitration International* 325, 329.

117 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v The Argentine Republic* (Decision on Jurisdiction) ICSID Case No ARB/01/3 (14 January 2004) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

118 İbid para 77.

119 *Ata v Jordan* (n 1) para 129.

- ii) Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen eylemin sonuçlarını tam olarak ortadan kaldırılması konusunda *Chorzow* davasında¹²⁰ yer alan standartların uygulanması gerekir. Bu uygulandığında, ATA'nın ortadan kaldırılan tahkime gitme hakkını geri kazandırmanın, eylemin bütün sonuçlarını ortadan kaldırıcı nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.¹²¹
- iii) Sonuç olarak hakem heyeti kararda, Ürdün mahkemelerinde 19 numaralı baraja ilişkin görülmekte olan bütün davaların derhâl sonlandırılmasını ve ATA'nın 19 numaralı baraja ilişkin uyuşmazlığı tahkime götürme hakkının geri getirildiğine hükmetmiştir.¹²²

Karar incelendiğinde ilk göze çarpan husus, hakemlerce 19 numaralı baraja ilişkin ticari uyuşmazlık neticesinde alınan FIDIC hakem kararındaki tazminat tutarının ödenmesine ilişkin herhangi bir karar verilmemiş olmasıdır. Bunun nedeni, hakem heyetinin 19 numaralı baraja ilişkin uyuşmazlığı çözen FIDIC hakem kararı konusunda zaman bakımından bir inceleme yapmaya kendini yetkili görmemiş olmasıdır. Bu yüzden 19 numaralı baraj hakkında uyuşmazlığı çözebilecek nitelikte (maddi olarak) bir karar da vermeleri mümkün olmamıştır.

Chorzow standardının uygulanması, ICSID hakem kararının, ATA'nın ayrı bir yatırım olarak değerlendirilen tahkime gitme hakkının ihlalinden doğan tüm sonuçları onarıcı nitelikte olmasını gerekli kılar. “*Full Reparation*” olarak da adlandırılan bu standarda göre; karar, ihlalin bütün sonuçlarını ortadan kaldıracak nitelikte olmalı ve böyle bir ihlal hiç olmasaydı ne durumda olunacaksa o durumu tekrar tesis edebilecek nitelikte olmalıdır.¹²³ Kural bu olmakla birlikte eski hâle getirmenin mümkün olmayacağı durumlarda, zararın tazminat ödenmesi yolu ile karşılanması da kabul edilmektedir.¹²⁴ Zararın tazminat ödenmesi yolu ile karşılanmasında yine *Chorzow* davası ile getirilen, eylemin bütün hukuki sonuçlarını ortadan kaldırıcı nitelikte bir miktar hesaplanmalıdır.¹²⁵ Ayrıca ILC Maddeleri madde 30'da, devletin ihlale sebebiyet veren eylemi devam ediyorsa derhâl sonlandırılmasını ve eylemin bir daha tekrarlanmayacağını garanti altına alması da bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.¹²⁶

120 *Germany v Poland, Case Concerning the Factory at Chorzow* Judgement No 13 (13 September 1928) (Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A. No 9).

121 *Ata v Jordan* (n 1) para 131.

122 *Ibid* para 132.

123 Pierre Bienvenu and Martin J. Valasek, ‘Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law’ in Albert Jan van den Berg (edn), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Vol. 14 (Kluwer International Law 2009) 233.

124 Bu husus, ILC Maddeleri'nin *Chorzow* standardı benimsenerek hazırlanan 36. maddesinde de yer almaktadır: “**Tazminat** 1. Uluslararası hukuka aykırı eylem nedeniyle sorumlu olan devlet, zarar eski hale iade ile giderilemediği ölçüde, bu eylem ile yol açılan zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır. 2. Tazminat ispatlandığı takdirde kazanç kaybı dahil olmak üzere, parasal olarak değerlendirilebilir her türlü zararı kapsar.”

125 Bienvenu and Valasek (n 123) 235.

126 Christine Gray, ‘The Choice between Restitution and Compensation’ (1999) 10(2) *The European Journal of International Law* 413, 423.

Tekrar karara dönecek olursak, ATA'nın tahkime gitme hakkı eğer Ürdün Temyiz Mahkemesi'nce ortadan kaldırılmasaydı, 19 numaralı baraja ilişkin uyuşmazlık Ürdün devlet mahkemelerinde görülemeyecekti. Zira ATA tahkim itirazında bulunabilecekti. ICSID hakemleri ATA'yı eski pozisyonuna geri döndürmek için yerinde olarak tahkim anlaşmasını restore edip Ürdün mahkemelerinde görülmekte olan davaların da derhâl sonlandırılmasına karar vermiştir. Her ne kadar 2003 senesinden beri APC'de çoğunluk hisse Ürdün devletine ait olmasa da Ürdün devleti, APC'nin faaliyetlerinde hâlâ baskın bir rol oynamaktadır.¹²⁷ Yani Ürdün mahkemelerinin, ATA'nın tekrar ticari tahkime başvurması üzerine alacağı yeni FIDIC hakem kararını iptal etme ve Ürdün Tahkim Kanunu'na dayanarak tahkim anlaşmasını ortadan kaldırma ihtimali olacaktır. Ancak kanımızca bu ihtimal, ICSID hakemlerince haklı olarak, eski duruma getirme kararının alınması mümkün olmadığı şeklinde yorumlanmamıştır. ATA'nın tahkime gitme hakkının yeniden eski hâline getirilmesi, bu uyuşmazlığı çözmeye hakemlerce alınacak en uygun karar olmuştur.¹²⁸

Hakemlerin aldığı karar parasal bir yükümlülüğe ilişkin olmadığı için ICSID Konvansiyonu m. 54 kapsamında kendiliğinden âkit devletlerin yerel mahkemelerince verilmiş kararlar gibi icra edilemeyecektir.¹²⁹ Ancak bu durum, bu türden kararlara ev sahibi devletçe uymama konusunda bir serbestlik tanındığı anlamına gelmemektedir.¹³⁰ ICSID Konvansiyonu'nun 53. maddesi uyarınca taraflar hakem kararına uyma ve hükümlerini yerine getirme yükümlülüğü altındadırlar. ICSID hakem kararının tenfizine ilişkin bir sistem ise öngörülmemiştir. Tarafların karara uymaları, ICSID Konvansiyonu'ndan doğan bir yükümlülükleridir. Bu yüzden New York Konvansiyonu veya devletlerin iç hukuklarında yer alan tenfiz prosedürleri ICSID hakem kararlarına karşı işletilemeyecektir.¹³¹

ICSID hakem heyeti, ATA'nın tahkime gitme hakkının yeniden canlandırıldığına karar verdiğinde, bunun ne şekilde algılanması gerektiği konusunda da taraflar arasında bir anlaşmazlık çıkmıştır. Tarafların başvurusu üzerine hakemlerce kararın yorumuna ilişkin bir karar verilmiştir.¹³² Taraflar arasındaki anlaşmazlık; ATA'nın tahkime gitme hakkının eski hâline getirilmesinin taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşması kurulacağı yönünde mi yoksa Ürdün Temyiz Mahkemesi'nce ortadan kaldırılan orijinal tahkim anlaşmasının yeniden varlık kazanacağı yönünde mi anlaşılması

127 *Ata v Jordan* (n 1) para 127.

128 Schreuer, 'Alternative Remedies' (n 115) 19.

129 Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 1136.

130 Vincent O Orlu Mehielle, 'Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for The Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)' 2001) 7(1) Annual Survey of International Law & Comparative Law 1, 30; Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 1106.

131 Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair (n 21) 1118; Mahmut Tevfik Bırsel, 'Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları' (2005) 7 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 13.

132 *ATA Construction, Industrial and Trading Company v The Hashemite Kingdom of Jordan*, Decision on Interpretation and on the Request for Provisional Measures, ICSID Case No ARB/08/2 (7 March 2011) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0044.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2021.

gerektiği noktasında toplanmaktadır.¹³³ Hakemler kararında açıkça, ATA'nın tahkime gitme hakkının yeniden canlandırılmasının ATA ile APC arasındaki 02.05.1998 tarihli sözleşmede yer alan tahkim klozuna geçerlik tanınması şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Aksine bir yorumun ise yani taraflar arasında yeni bir tahkim anlaşmasının tesis edilmesinin, yetkilerini aşacağını belirtmişlerdir.¹³⁴

ATA'nın ikinci iddiası ise APC'nin tahkime gitme hakkının geri getirilmediği ve Ürdün Temyiz Mahkemesi tarafından ortadan kaldırıldığı, ICSID kararı ile sadece kendisinin tahkime gitme hakkının geri getirildiği ve bu yüzden olası bir tahkime sadece kendisinin başvurabileceği yönündedir. Bu konuda da hakemler, ICSID kararında APC'nin tahkime başvurma hakkının kaldırıldığına ilişkin bir hüküm olmadığını ve *Chorzow* standardının uygulanması ile durumun ihlalden önceki eski hâline getirilmesinin amaçlandığını (Ürdün Temyiz Mahkemesi eğer ATA ile APC arasındaki tahkim anlaşmasını ortadan kaldırmayı, her iki tarafın da hem tahkime başvurma hem de taraflardan birinin yerel mahkemelere başvurusu hâlinde tahkim itirazında bulunma hakkı olacaktı), bu yüzden bundan APC'nin tahkime başvurma hakkı olmadığı yönünde bir anlam çıkarılamayacağını ifade etmişlerdir.¹³⁵

Sonuç olarak, *Ata v Jordan* kararının bu konu bakımından taşıdığı en önemli özelliğin, ilk defa bir hakem kararı ile ev sahibi devletin mahkemelerinde görülmekte olan bir uyuşmazlığın sonlandırılmasına ilişkin yani ev sahibi devletin iç hukukundaki yargı sürecine dair bir karar verilmiş olması oluşturmaktadır.¹³⁶

B. ICSID Hakem Kararının Ev Sahibi Devletçe Yerine Getirilmemesi Hâlinde Yatırımcının Başvurabileceği Yollar

1. ICSID Konvansiyonu m. 27 Çerçevesinde Diplomatik Korumaya Başvurulması

Diplomatik koruma, bir devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini hukuka aykırı eylemleri ile ihlal etmesi üzerine diğer bir devletin uyuğunda bulunan gerçek veya tüzel kişilerin uğradığı zararlardan ötürü sorumluluğunun diplomatik yollarla veya diğer barışçıl yollarla çözülmesi için devletin girişimde bulunmasıdır.¹³⁷ Bu kapsamda diplomatik koruma çeşitli şekillerde yapılabilir. Devletler müzakere yolu, uluslararası bir mahkeme önünde dava açılması ve hatta kararı yerine getirmeyen

¹³³ Ibid para 36.

¹³⁴ Ibid para 41.

¹³⁵ Ibid para 43.

¹³⁶ Goldhaber (n 55) 393.

¹³⁷ Chittharanjan F Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (Oxford University Press 2008) 334; Lucy Reed and Lucy Martinez, 'Treaty Obligation to Honor Arbitral Awards and Diplomatic Protection' in R Doak Bishop (edn), *Enforcement Of Arbitral Awards Against Sovereigns* (JurisNet LLC 2009) 25.

devlete yönelik, karşı önlemler (*countermeasures*)¹³⁸ alınmasına kadar farklı yollara başvurma imkânına sahiptir.¹³⁹

ICSID Konvansiyonu'nun 27. maddesine göre, “*Alınabilecek herhangi bir kararın karşı tarafta uyulmaması ve uygulanmaması hâli haricinde, bu sözleşme çerçevesinde hakemliğe başvurmuş ve rızalarını göndermiş hiçbir âkit devlet anlaşmazlığa muhatap olan kendi vatandaşlarına diplomatik koruma uygulayamaz ve uluslararası iddiada bulunamaz.*” Bu madde ile kural olarak, uyuşmazlığa muhatap olan yatırımcının uyuşmazlıkta bulunduğu devletçe diplomatik koruma yoluna başvurulması yasaklanmaktadır. Bunun istisnasını, ev sahibi devletin ICSID hakemlerince alınacak herhangi bir karara uymaması ve kararı uygulamaması hâli oluşturur.¹⁴⁰ ICSID Konvansiyonu ile prensipte diplomatik koruma yolunun dışlanması sebebi, yatırımdan doğacak uyuşmazlıkların politik veya siyasi yollarla çözülmesi yerine mümkün mertebe hukuki yollarla çözülmesini sağlamaktır.¹⁴¹

Ev sahibi devletin, ICSID hakem kararına uymaması veya kararı uygulamaması hâlinde, yatırımcının uyuşmazlıkta bulunduğu devlet tarafından diplomatik korumadan yararlandırılabilmesi mümkündür. Ancak bu prosedür uygulamada pek kullanılmamaktadır. Bunun ilk nedenini, diplomatik koruma uygulanması konusunda karar verme yetkisinin, yatırımcının uyuşmazlıkta bulunduğu devlete ait olması oluşturmaktadır. Eğer yatırımcının uyuşmazlıkta bulunduğu devlet bu süreci işletmek istemezse, yatırımcının bu mekanizmayı kullanarak ICSID kararının yerine getirilmesini sağlama imkânı olmaz.¹⁴² İkinci olarak, diplomatik koruma yoluna başvurulabilmesi için bunun şartlarının oluşması gerekir.¹⁴³ Ev sahibi devletin ICSID kararını yerine getirmediği her durumda diplomatik korumanın şartlarının oluştuğu sonucuna da kendiliğinden varılamamaktadır. Son olarak, diplomatik koruma neticesinde yatırımcı lehine değil onun uyuşmazlıkta bulunduğu devlet lehine bir çözüm sunulmaktadır.¹⁴⁴ Diplomatik koruma yolunun işletilmesi neticesinde ev sahibi devletin bir tazminat ödemesi yönünde uzlaşırsa bu ödeme doğrudan yatırımcıya değil, diplomatik korumayı işleten devlete yapılacaktır. Bu şekilde alınacak tazminatın, yatırımcıya aktarılması gerekmektedir, buna ilişkin herhangi bir garanti mekanizması ise bulunmamaktadır.¹⁴⁵

138 Devletlerin bir yatırım anlaşmasının ihlali karşısında karşı önlemlere başvurmalarının hukuka uygun olup olmadığı hakkında bkz Azaklı Köse (n 82) 235-257.

139 Jorge Vinales and Dolores Bentolila, ‘The Use of Alternative (Non-Judicial) Means to Enforce Investment Awards Against States’ in Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo G Kohen and Jorge E Vinales (edn), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement: Assessing Their Interactions* (Brill 2012) 22.

140 Amerasinghe (n 137) 23; Gauthier Vannieuwenhuyse, ‘Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice’ (2009) 8(1) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 115, 119.

141 Christoph Schreuer, ‘Investment Protection and International Relations’ in A Reinisch and U Kriebaum (edn), *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold* (Eleven Publishing 2007) 347.

142 Vinales and Bentolila (n 139) 22; Vannieuwenhuyse (n 140) 121.

143 Vinales and Bentolila (n 139) 23; Reed and Martinez (n 137) 26.

144 Amerasinghe (n 137) 319.

145 Vinales and Bentolila (n 139) 23.

Ata v Jordan kararı bakımından konu değerlendirildiğinde diplomatik koruma yoluna başvurulması, ICSID kararının icrasını sağlamak bakımından etkili bir yöntem olarak görülmemektedir.

2. ICSID Konvansiyonu m. 64 Çerçevesinde Doğrudan Uluslararası Adalet Divanına Başvurulması

ICSID Konvansiyonu'nun 64. maddesi âkit devletler arasındaki anlaşmazlıkların çözüm yolunu düzenlemektedir. Maddeye göre; “*Bu Sözleşmenin yorumundan veya uygulanmasından doğan ve görüşmelerle çözüme kavuşturulamayan âkit devletler arasındaki anlaşmazlıklar devletler başka bir çözüm yöntemi üzerinde anlaşmadıkları takdirde Uluslararası Adalet Divanına götürülür.*”¹⁴⁶ Bu madde Konvansiyona taraf devletlerce şimdiye kadar hiç işletilmemiştir.¹⁴⁷

Bu madde kapsamında Uluslararası Adalet Divanı'na (*International Court of Justice*-“UAD”) yapılacak başvurular, ICSID hakemlerinin verdiği kararın yerindeliğine/doğruluğuna ilişkin olamaz. Âkit devletler sadece ICSID Konvansiyonu'nun yorumdan veya uygulanmasından doğan meselelere ilişkin UAD'a gidebilirler. UAD, ICSID hakem kararlarına karşı bir temyiz mercii olarak nitelendirilemez ve bu amaçla kullanılamaz.¹⁴⁸

ICSID ve UAD arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığı için, UAD'nın vereceği kararların ICSID hakemlerini ne ölçüde bağlayıcı olacağı da tartışmalıdır. Ancak ICSID'e taraf devletler açısından bağlayıcı olacağı için, kararı yerine getirmeyen ev sahibi devlet üzerinde bir baskı unsuru oluşturacaklardır.¹⁴⁹ Ancak yatırımcının bu yolla ICSID kararını icra ettirmesi o kadar da kolay değildir. Öncelikle, ICSID Konvansiyonu kapsamında UAD'ye başvurma imkânı, yatırımcıya değil yatırımcının uyuğunda bulunduğu devlete tanınan bir haktır. Bu yüzden yatırımcının ilk olarak uyuğunda bulunduğu devleti bu yolu işletmek için ikna etmesi gerekir.¹⁵⁰ Ayrıca UAD'nın ICSID kararına uyulmasını emreden bir karar vermesi de tartışmalı olmakla birlikte mümkün gözükmemektedir. Çünkü UAD Statüsü'nde Divan'a belirli bir davranışın yapılmasını emretmeye yönelik karar verme yetkisi verilmemiştir.¹⁵¹

Ekleme gerekir ki 64. madde uyarınca UAD'da dava açma hakkı ile m. 27 çerçevesinde diplomatik koruma neticesinde UAD'da dava açılması arasında fark vardır. 64. madde kapsamında UAD'a yapılacak başvurularda mahkeme, ICSID

146 Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 124.

147 Vannieuwenhuysse (n 140) 124; Schreuer, ‘Investment Protection’ (n 141) 348.

148 Vannieuwenhuysse (n 140) 122; Schreuer, ‘Investment Protection’ (n 141) 348.

149 Vannieuwenhuysse (n 140) 123.

150 Edward Baldwin, Mark Kantor and Michael Nolan, ‘Limits to Enforcement of ICSID Awards’ (2006) 23(1) *Journal of International Arbitration* 1, 21.

151 *Ibid* 22.

Konvansiyonu'na bir aykırılık olup olmadığı incelemesini yapacakken, diplomatik koruma neticesinde UAD'a başvurulması hâlinde, mahkeme ev sahibi devletin ICSID kararını uygulamaktan kaçınıp kaçınmadığı (diplomatik korumanın diğer şartlarının da oluşmuş olması gerekir) odaklı bir inceleme yapacaktır.¹⁵² Bir diğer fark ise diplomatik koruma yolu ile UAD'a sadece yatırımcıyı koruma hakkı sahibi olan yani uyuşunda bulunduğu devlet başvurabilecekken, m. 64 kapsamında UAD'a yapılacak başvurularda, ICSID Konvansiyonu m. 53'de yer alan âkit devletlerin ICSID'in kararına uyacağına ilişkin kuralı esas alınarak ICSID Konvansiyonu'na taraf bütün devletler başvurabilir.¹⁵³

3. Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması Çerçevesinde Başvurabilecek Yollar

Yatırım hukukunda devletlerin kendi aralarında akdettikleri iki taraflı yatırım anlaşmalarında genellikle taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktığında bunun nasıl çözümleneceğine ilişkin hükümlere de yer verilir. Bu uyuşmazlık çözme yöntemleri iki türlü uyuşmazlığı kapsar: Birincisi, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği konusu ve ikincisi, ev sahibi devlet ile yatırımcının uyuşunda bulunduğu devlet arasındaki yani anlaşmanın tarafları arasındaki uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği konusudur.¹⁵⁴

Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda da bu yöntem benimsenmiş olup, VII. maddesinde¹⁵⁵ bir âkit taraf ile diğer âkit tarafın uyuşunda bulunan yatırımcı

152 Vannieuwenhuyse (n 140) 118.

153 Reed and Martinez (n 137) 24.

154 Schreuer, 'Investment Protection' (n 141) 349.

155 "Madde VII: Bir Taraf ile Diğer Tarafın Yatırımcısı Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

1. Taraflardan biri ile diğer Tarafın bir yatırımcısı arasındaki o yatırımcının yatırımı ile ilgili olarak çıkan ihtilaflar, yatırımcı tarafından ev sahibi Tarafa ayrıntılı bilgi içerecek şekilde yazılı olarak bildirilecektir. Mümkün olduğunca, yatırımcı ve ilgili Taraf bu uyuşmazlıkları, iyi niyetle karşılıklı görüşme ve müzakereler yoluyla çözümlenemeye çalışacaklardır.
2. Eğer uyuşmazlıklar, birinci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde, bu yolla çözümlenemezse; yatırımcının seçebileceği aşağıdaki mercilere sunulabilir:
 - a) Her iki Tarafın da bu Sözleşmeye imzacı olmaları hâlinde, "Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü Sözleşmesi" ile kurulmuş olan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkezi (ICSID),
 - b) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)'un Tahkim Kurallarına göre bu maksatla kurulacak bir tahkim mahkemesi veya Yatırımcı, ihtilafa taraf olanın mahkemelerine uyuşmazlığı taşımış ve bir yıl içerisinde nihai karar verilmemiş ise,
 - c) Paris Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi
3. Tahkim kararı; uyuşmazlığın bütün tarafları için kesin ve bağlayıcı olacaktır. Her bir Taraf verilen kararın milli hukuku çerçevesinde yerine getirecektir." bkz Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 803.

arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ve VIII. maddesinde¹⁵⁶ âkit taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konuları düzenlenmiştir. Doktrinde iki taraflı yatırım anlaşmasında bu şekilde iki farklı uyuşmazlık çözüm yolu öngörülmesinin, yatırımcı-devlet ve devlet-devlet arasında aynı anda görülecek iki tahkim yargılamasında, taleplerin yarışması hâlinde birtakım sorunlar ortaya çıkarabileceğine işaret edilmektedir.¹⁵⁷ Her ne kadar bu şekilde açılacak iki davanın tarafları aynı olmasa da aynı konuya ilişkin birbirinden farklı iki karar verilmesi riski mevcuttur. Bu yüzden devletlere iki taraflı yatırım anlaşmalarına bu durumu düzenleyici hükümler koymaları önerilmektedir.¹⁵⁸ Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nda bu sorunu engelleyici bir hüküm mevcuttur. VIII. maddesinin son fıkrası uyarınca eğer yatırımcı-devlet arasındaki bir uyuşmazlık uluslararası bir tahkim mahkemesine sunulmuşsa ve hâlâ mahkeme önündeysse, aynı taraf devletler arasındaki aynı uyuşmazlık başka bir uluslararası tahkim mahkemesine götürülemeyecektir.

ICSID hakem kararının tazminat dışında vereceği kararların yerine getirilmemesi problemi, görüleceği üzere hem ICSID Konvansiyonu'na hem de âkit devletler arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına bir aykırılık oluşturmaktadır. Zira Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşmasının VII. maddesinin son fıkrası; yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yatırımdan doğan uyuşmazlığı çözen tahkim kararına, taraf devletlerin uyacağını ve bunların milli hukukları çerçevesince yerine getireceğini

156 "Madde VIII: Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

1. Taraflar, işbu Anlaşmanın yorumu ve uygulaması ile ilgili aralarındaki her türlü uyuşmazlığa iyi niyet ve işbirliği ruhu içinde, çabuk ve adil bir çözüm arayacaklardır. Bu bakımdan, Taraflar bu tür çözümlere ulaşmak için doğrudan ve anlamlı görüşmeler yapmayı kabul ederler. Eğer Taraflar, aralarında uyuşmazlığın başladığı tarihten itibaren altı ay içinde bu yöntemle uzlaşmaya varamazlarsa, uyuşmazlık Taraflardan birinin talebi üzerine, üç üyeli bir tahkim heyetine sunulabilir.
2. Talebin alınmasından itibaren iki ay içinde, her bir Taraf birer hakem tayin edecektir. Bu iki hakem üçüncü bir devlet vatandaşı olan üçüncü bir hakemi Başkan olarak seçeceklerdir. Taraflardan biri belirlenen süre içinde bir hakem tayin edemezse, diğer Taraf, Uluslararası Adalet Divanı Başkanından bu tayini yapmasını talep edebilir.
3. Eğer iki hakem, atanmalarından itibaren iki ay içinde Heyet Başkanının seçimi konusunda anlaşma sağlayamazlarsa, Heyet Başkanı, Taraflardan birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı Başkanı tarafından seçilecektir.
4. Uluslararası Adalet Divanı Başkanı, işbu Maddenin ikinci ve üçüncü paragraflarında belirtilen hâllerde görevini yerine getirmekten alıkonulursa veya bu şahıs Taraflardan birinin vatandaşı ise seçim Başkan Yardımcısı tarafından yapılacaktır ve Başkan Yardımcısı da anılan görevi yerine getirmekten alıkonulursa veya Taraflardan birinin vatandaşı ise seçim Taraflardan birinin vatandaşı olmayan en kıdemli Divan üyesi tarafından yapılacaktır.
5. Tahkim Heyeti Heyet Başkanının seçildiği tarihten itibaren tercihen üç ay içinde, işbu Anlaşmanın diğer maddeleriyle tutarlı olacak şekilde usul kuralları üzerinde anlaşmaya varacaklardır. Böyle bir anlaşmanın sağlanmaması hâlinde, Tahkim Heyeti, genel olarak kabul görmüş uluslararası tahkim usulü kurallarını dikkate alarak, usul kurallarını tayin etmesini Uluslararası Adalet Divanı Başkanından talep edecektir.
6. Aksi kararlaştırılmadıkça, Başkanın seçildiği tarihten itibaren sekiz ay içinde, bütün beyanlar yapılacak, bütün duruşmalar tamamlanacak ve Tahkim Heyeti, hangisi daha sonra gerçekleşirse, son beyanlardan veya duruşmaların bittiği tarihten sonra iki ay içinde karara varacaktır. Tahkim Heyeti, nihai ve bağlayıcı olacak kararını oy çokluğu ile alacaktır.
7. Başkanın, diğer hakemlerin masrafları ve yargılama ile ilgili diğer masraflar Taraflarca eşit olarak ödenecektir. Bununla birlikte, Tahkim Heyeti giderlerin daha yüksek bir oranının Taraflardan biri tarafından ödenmesine re'sen karar verebilir.
8. Eğer bir uyuşmazlık, işbu Anlaşmanın VII. maddesi uyarınca bir uluslararası tahkim mahkemesine sunulmuşsa ve hâlâ mahkeme önündeysse, aynı uyuşmazlık işbu Madde hükümleri uyarınca başka bir uluslararası tahkim mahkemesine sunulmayacaktır. Bu, her iki Taraf arasında doğrudan ve anlamlı görüşmeler yoluyla bağlantı kurmayı engellemeyecektir." bkz Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, *Cilt II* (n 10) 803-804.

157 Schreuer, 'Investment Protection' (n 141) 349.

158 Ibid.

düzenlemektedir. Bu yüzden ICSID hakem kararının ev sahibi devletçe yerine getirilmemesi aynı zamanda taraflar arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına da aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç

Yabancı yatırımcılar, ev sahibi devletin ülkesinde yaptıkları yatırımlar çerçevesinde meydana gelebilecek uyuşmazlıkların çözümü için çoğu zaman ev sahibi devlet veya devlet kuruluşu ile aralarındaki sözleşmeye ticari tahkim kaydı koymaktadırlar. Bu çerçevede bir uyuşmazlık çıktığı zaman yatırımcının tahkime başvurma hakkı ve tahkimden alacağı kararı ev sahibi devletin ülkesinde icra ettirebilmesi yatırımın korunması bakımından önemli olmaktadır. Ev sahibi devletçe yatırımcının ticari tahkime gitme hakkına veya ticari tahkimden aldığı kararın icra edilmesine bir müdahale söz konusu olduğunda, yatırımcının uluslararası yatırım hukuku kapsamında korunması söz konusu olabilmektedir. Çalışma kapsamında, bu ihtimalin tartışıldığı ve zaman bakımından yargı yetkisi ile tazminat dışı bir karara hükmedilmesi açılarından özgün tartışmalara yer verilen *Ata v Jordan* kararı incelenmiş olup şu sonuçlara varılmıştır:

1. Yatırımcının ev sahibi devlet ülkesindeki yatırımı kapsamında çıkan uyuşmazlıklar bakımından alınan ticari tahkim kararları, daha önce *Saipem v Bangladesh* kararında da kabul edildiği üzere, yatırımcının ev sahibi devletteki bütün yatırım faaliyetleri içerisinde yer alan bir değer olması sebebi ile bir yatırım olarak kabul edilmiştir. *Ata v Jordan* kararıyla yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım faaliyetine ilişkin olmaları kaydıyla ticari hakem kararları, birer yatırım olarak kabul edilmiştir.

2. Yatırımcının ev sahibi devletteki yatırım faaliyetleri çerçevesinde doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından sahip olduğu ticari “tahkime gitme hakkı” kararda, bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmiştir. *Ata v Jordan* kararı, tahkime gitme hakkının bir yatırım değeri olarak kabul edildiği ilk karardır. Ayrıca tahkime gitme hakkının, yatırım faaliyetlerinden bağımsız olarak bir yatırım olduğunun kabulü, zaman bakımından yargı yetkisinin tespitinde farklı yönde karar verilmesine sebep olmuştur.

Hakemler, tahkime gitme hakkını yatırım olarak kabul ederken birtakım objektif şartlar taşıması gerekip gerekmediği yönünde herhangi bir tespitte bulunmamıştır. Ancak hakemlerin kendilerini bu uyuşmazlık bakımından *ratione materiae* yetkili görmeleri, tahkime gitme hakkının ICSID Konvansiyonu m. 25 anlamında bir yatırım olarak kabul edildiği sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır. Bu sonucun doğuracağı bir diğer tespit ise, hakemlerin ICSID Konvansiyonu m. 25 çerçevesinde yatırım kavramını sübjektif olarak tanımlamış olduklarıdır.

3. Kararda, tahkime gitme hakkının Ürdün Temyiz Mahkemesi tarafından ortadan kaldırılmasının Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması’ndan doğan

yükümlülükler aykırılık çerçevesinde bir yatırım ihlali oluşturacağına karar verilmiştir. Bu karar ayrıca bir *devlet mahkemesinin* eylemleriyle iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal edebileceğini göstermesi bakımından da önemlidir.

4. New York Konvansiyonu'na aykırı olacak şekilde ticari hakem kararını tenfiz etmeme veya ticari tahkime gitme hakkını yok sayma, bir yatırım ihlali olarak kabul edilemez. ICSID, devlet mahkemelerinin New York Konvansiyonu'na aykırı uygulamalarının temyiz edileceği bir merci olarak görülemez. Ancak bu aykırılık aynı zamanda bir yatırım ihlali oluşturuyorsa ICSID'in böyle bir davayı görme bakımından yetkisi bulunabilir.

5. Yatırımcının, yapmış olduğu yatırım faaliyeti çerçevesinde ev sahibi devlet kontrolündeki şirket ile aralarındaki ticari tahkim kaydına istinaden almış olduğu ticari hakem kararının icra edilmemesi ve akabinde ev sahibi devlet mahkemelerince ticari hakem kararının iptal edilmesi konusunda hakem heyeti kendisini *ratione temporis* yetkisiz görmüştür. Ancak söz konusu yetkisizlik kararının alınmasında uyuşmazlığın nitelendirilmesi ve ticari hakem kararının esas yatırımdan bağımsız bir yatırım olarak kabul edilmemesi belirleyici olmuştur. Diğer bir ifadeyle, hakem heyetinin konu bakımından yetkiye ilişkin tespitleri zaman bakımından yetkisizliğin temel gerekçesini oluşturmuştur. Oysa yatırım anlaşmasının ihlaline ilişkin yapılacak bir değerlendirmede ihkak-ı haktan imtina teşkil ettiği öne sürülen mahkeme kararları Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra verilmiştir. Üstelik ICSID hakem heyetlerinin önceki bazı içtihatları, bu konuda *Ata v Jordan* hakem heyetinin de tercih ettiği takdirde daha liberal bir yorumda bulunmasına imkân veren örneklerin bulunduğunu göstermektedir. Ayrıca bir iç hukuk enstrümanı olan sözleşmeden doğan uyuşmazlık, bir uluslararası anlaşma olan yatırım anlaşmasından doğan uyuşmazlık ile her zaman aynı hususu ifade etmemektedir. *Ata v Jordan* hakem heyeti ise hakem kararının iptaline ilişkin uyuşmazlığın, barajın yıkılmasından kaynaklanan uyuşmazlığa, diğer bir ifadeyle sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığa eş değer olduğu kanaatindedir.

6. ICSID tahkiminde, hakemlerce çoğunlukla yatırımcıya bir tazminat ödenmesine hükmedilen kararlar verilmektedir. *Ata v Jordan* kararında ise tarafların tahkime gitme hakkının canlandırılmasına ve Ürdün devlet mahkemelerinde görülmekte olan ticari davanın sonlandırılmasına karar verilmiştir. Karar bu açıdan, ICSID hakemlerinin esasında bir onarım biçimi olan eski hâle iadedden hareketle, çok çeşitli ve somut uyuşmazlığı çözmeye yönelik yaratıcı karar verebilmelerine örnek olmuştur. Böylelikle ICSID'in karar vermede ne kadar geniş yetkilere sahip olduğu da bir kez daha gözler önüne serilmiştir.

7. ICSID Konvansiyonu m. 54'te, hakemlerce verilecek tazminata ilişkin kararların ev sahibi devlette herhangi bir tenfiz kararına gerek olmaksızın o devletin kendi

mahkemelerinin kararları gibi icra edileceği kabul edilmiştir. Ancak *Ata v Jordan* kararında olduğu gibi hakemlerce tazminat dışında hükmedilen kararların icra edilmesi bakımından bu madde uygulama alanı bulmaz. Hakemlerce verilecek tazminat dışı kararların yerine getirilmemesi hâlinde bu durum, ev sahibi devletin tarafı olduğu bir uluslararası andlaşmanın ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu takdirde; uluslararası hukukta kabul edilen diplomatik koruma yolunun işletilmesi, ICSID Konvansiyonu m. 64 kapsamında doğrudan Uluslararası Adalet Divanı'na başvurulması ve Türkiye-Ürdün İki Taraflı Yatırım Anlaşması çerçevesinde öngörülen usulün işletilmesi ile kararın yerine getirilmesi sağlanmaya çalışılabilir. Ancak bahsedilen bu yollardan hiçbirisi ICSID Konvansiyonu m. 54'teki düzenlemeyle kabul edilen doğrudan icra edilebilme imkânının sağladığı kolaylığı ve güvenceyi karşılamamaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4. Bs, Vedat Kitapçılık 2016)

Akkutay Aİ, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet Yayınevi 2013)

Amerasinghe CF, *Diplomatic Protection* (Oxford University Press 2008)

ATA Construction, Industrial and Trading Company v The Hashemite Kingdom of Jordan, Award, ICSID Case No ARB/08/2 (18 May 2010)

ATA Construction, Industrial and Trading Company v The Hashemite Kingdom of Jordan, Decision on Interpretation and on the Request for Provisional Measures, ICSID Case No ARB/08/2 (07 March 2011)

Ataman Figanmeşe İ, 'Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar' (2011) 31(1) MHB 91.

Avşar M, 'ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı' (2017) 37(2) MHB 95.

Azaklı Köse M, *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu (BM Uluslararası Hukuk Komisyonu Tasarısı Kapsamında)* (Adalet Yayınevi 2021)

Baldwin E, Kantor M and Nolan M, 'Limits to Enforcement of ICSID Awards' (2006) 23(1) Journal of International Arbitration 1.

Bienvenu P and Valasek MJ, 'Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law' in Albert Jan van den Berg (edn), *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, Vol 14 (Kluwer International Law 2009)

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking; United Nations Publication, New York, and Geneva, 2007.

- Birsel MT, 'Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları' (2005) 7 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.
- Chaika I, *The Non-Enforcement of International Commercial Awards as a Violation of Bilateral Investment Treaties* (International Hellenic University LLM Thesis 2015)
- Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v The Republic of Ecuador*, Interm Award, UNCITRAL, PCA Case No 34877 (1 December 2008)
- Crawford J, 'Treaty and Contract in Investment Arbitration' (2008) 24(3) *Arbitration International* 351.
- Crawford J and Olleson S, 'The Application of the Rules of State Responsibility' in Marc Bungenberg and Jörn Griebel (eds) *International Investment Law* (Beck, Hart, Nomos 2015)
- Çalışkan Z, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı' (2009) 29(1-2) MHB 85.
- Demirkol B, 'Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements and Awards in Investment Treaty Arbitration' (2015) 30(1) *ICSID Review* 56.
- Dingwall J and Haeri H, 'Jordan: ICSID Tribunals finds Jordan in Violation of its Investment Treaty Obligations' (2010) 4 *International Arbitration Law Review* 1.
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012)
- Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, (2001) 2 (Part Two) *Yearbook of the International Law Commission*.
- Draguiev D, 'State Responsibility For Non-Enforcement of Arbitral Awards' (2014) 8(4) *World Arbitration & Mediation Review* 591.
- Ekşi N, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası* (Beta 2009)
- Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/97/7 (25 January 2000)
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/01/3 (14 January 2004)
- Francioni F, 'Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law' (2009) 20(3) *The European Journal of International Law* 729.
- Gaffney JP, 'The Jurisdiction Ratione Temporis of ICSID Tribunals' (2007) 22(7) *MEALEY'S International Arbitration Report* 1.
- Gaillard E and Savage J (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999)
- Gattini A, 'Jurisdiction ratione temporis in International Investment Arbitration' (2017) 16(1) *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 139.
- GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/08/16 (31 March 2011)
- Generation Ukraine INC v Ukraine*, Award, ICSID Case No ARB/00/9 (16 September 2003)
- Germany v Poland, Case Concerning the Factory at Chorzow*, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A, No 9, Judgement No 13 (13 September 1928)
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2. Bs, Beta 2013)
- Goldhaber MD, 'The Rise of Arbitral Power Over Domestic Courts' (2013) 1(2) *Stanford Journal of Complex Litigation* 374.

- Grabowski A, 'The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini' (2014) 15(1) *Chicago Journal of International Law* 289.
- Gray C, 'The Choice between Restitution and Compensation' (1999) 10(2) *EJIL* 413.
- Impregilo SpA v Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/3 (22 April 2005)
- Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania [I]*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/05/20 (24 September 2008)
- Island of Palmas Case* (Netherlands v USA) (1928) RIAA vol II, 829.
- Jaeger AV and Hök GS, *FIDIC-A Guide for Practitioners* (Springer 2010)
- Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13 (16 June 2006)
- King B and Moloo R, 'Enforcement after the Arbitration: Strategic Considerations and Forum Choice' (Arbitrate Atlanta, 2013)
- Kronke H, 'Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention' (Kluwer Law International 2010)
- MCI Power Group LC and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador*, Award, ICSID Case No ARB/03/6 (31 July 2007)
- Mehielle VOO, 'Enforcing Arbitration Awards Under The International Convention For The Settlement Of Investment Disputes (ICSID Convention)' (2001) 7(1) *Annual Survey of International Law & Comparative Law* 1.
- Mistelis LA, Award as an Investment The Value of an Arbitral Award or The Cost of Non-Enforcement (Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No 129, 2013)
- Mondev International Ltd v United States of America*, Award, ICSID Case No ARB(AF)/99/2 (11 October 2002)
- Moses ML, *The Principles and Practise of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008)
- Nalçacıoğlu Erden HZ, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, (On İki Levha 2015)
- Nomer E, Ekşi N ve Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I* (5. Bs, Beta 2016)
- Nomer E, Ekşi N ve Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar C. II* (2. Bs, Beta 2014)
- Partalçı R, 'Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü' (2016) 36(2) *MHB* 131.
- Paulsson J, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press 2005)
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (14. Bs, Turhan Kitabevi 2015)
- Priem C, 'International Investment Treaty Arbitration as A Potential Check for Domestic Courts Refusing Enforcement of Foreign Arbitration Award' (2013) 10(189) *NYU Journal of Law & Business* 190.
- Reed L and Martinez L, 'Treaty Obligation to Honor Arbitral Awards and Diplomatic Protection' in R. Doak Bishop (edn), *Enforcement Of Arbitral Awards Against Sovereigns* (JurisNet LLC 2009)
- Rosenfeld F, *Bridging the Gap between Investment and Commercial Arbitration* (Global Fellows Forum, New York University School of Law 2014)

- Saipem SpA v People's Republic of Bangladesh*, Award, ICSID Case No ARB/05/7 (30 June 2009)
- Schreuer C, 'Alternative Remedies in Investment Arbitration' (2016) 3(1) *The Journal Of Damages In International Arbitration* 1.
- Schreuer C, 'Investment Protection and International Relations' in A. Reinisch and U. Kriebaum (edn), *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold* (Eleven Publishing 2007)
- Schreuer C, 'Investments, International Protection' (2010) *Encyclopedia of Public International Law* 48.
- Schreuer C, 'Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration' (2004) 20(4) *Arbitration International* 325.
- Schreuer C, Malintoppi L, Reinisch A and Sinclair A, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press 2009)
- SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6 (29 January 2004)
- Shany Y, 'Contract Claims Vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions On Multisourced Investment Claims' (2005) 99 *The American Journal Of International Law* 835.
- Siemens AG v The Argentine Republic*, Award, ICSID Case No ARB/02/8 (17 January 2007)
- Societe Generale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA v The Dominican Republic*, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, UNCITRAL, LCIA Case No UN 7927 (19 September 2008)
- Stern B, 'The Contours of the Notion of Protected Investment' (2009) 24(2) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 534.
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları* (9. Bs, Beta 2015)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bs, Beta 2016)
- Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States*, Award, ICSID Case No ARB (AF)/00/2 (29 May 2003)
- Tellez FM, 'Does the Annulment of Arbitral Awards By National Courts Engage State Responsibility Under International Law' (2013) 16(CAR) *CEPMLP Annual Review* 1.
- Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayındarlı 2003)
- Vannieuwenhuysse G, 'Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice' (2009) 8 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 115.
- Vinuales J and Bentolila D, 'The Use of Alternative (Non-Judicial) Means to Enforce Investment Awards Against States' in Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo G Kohen and Jorge E Vinuales (edn), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement: Assessing Their Interactions* (Brill 2012)
- White Industries Australia Ltd v Republic of India*, Final Award, UNCITRAL (30 November 2011)
- Yılmaz İ, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID* (Beta 2004)
- Yu HL, 'A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration' (2008) 1(2) *Contemporary Asia Arbitration Journal* 255.

Sanat Eserlerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Milletlerarası Tahkim ve Sanat Tahkim Mahkemesi

International Arbitration for Art-Related Disputes and the Court of Arbitration for Art

İbrahim Doğan Takavut* 

Öz

Milletlerarası alanda faklı uyuşmazlık türleri hakkında hizmet veren özel tahkim kurumları, tarafların ve piyasaların ihtiyaçları doğrultusunda kurulmakta ve kurumlar kapsamında bir tahkim uygulaması gelişmektedir. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında da gerek uyuşmazlıkların nitelikleri gerekse sanat piyasasının ihtiyaçları özel bir tahkim kurumunun kurulmasına ve kurum kapsamında özel kuralların düzenlenmesine sebep olmuştur. Hollanda Tahkim Enstitüsü (The Netherlands Arbitration Institute (NAI)) ve Lahey merkezli Sanatta Otantiklik Vakfı (The Foundation Authentication in Art (AiA)) tarafından Sanat Tahkim Mahkemesi (The Court of Arbitration for Art (CAfA)), milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim ve farklı alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile çözümlenebilmesi için 2018 yılında kurulmuştur. Kurum, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında alanında uzman kişilerce yapılan yargılamalar ile tarafların sanat piyasasına dair, bu piyasaya özel ihtiyaçlarını karşılayan çözümler sunma amacı taşımaktadır. Bu amaçla, kurum kapsamında yürütülecek olan tahkim yargılamalarında uygulanmak üzere, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların nitelikleri de dikkate alınarak tahkim kuralları düzenlenmiştir. Bu çalışmada, öncelikle sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında milletlerarası tahkimin unsurlarının neler olduğu ve neden sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların tahkim yolunu tercih ettikleri kısaca değerlendirilecektir. Ardından, CAfA kuruluş hikayesi ve CAfA Tahkim Kuralları incelenecektir. Çalışma kapsamında bütün CAfA Tahkim Kurallarının aksine kimi genel kurallar ve tahkim kurallarında yer alan; tahkim yerinin doğrudan belirlenmesine, sadece kurumca belirlenen listeden hakem seçilebilmesine ve kimi konularda tarafların uzman görüşü ileri sürmelerinin kısıtlanmasına dair kurallar, taşıdıkları önem sebebiyle ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Tahkim, Milletlerarası Tahkim, Sanat Hukuku, Sanat Tahkimi, Sanat Eserlerine İlişkin Uyuşmazlıklar

Abstract

The need for specialized arbitration institutions in international trade is clearly on the rise. Consequently, in recent years, new specialized arbitral institutions have started being established; these institutions have created specialized programs and rules intended to provide more effective dispute resolution strategies for particular economic sectors. The increasingly evident need for a specialized tribunal for art-related disputes has recently resulted in the establishment of a new specialized forum for those disputes, the Court of Arbitration for Art (CAfA). CAfA offers alternative dispute resolution solutions for art-related disputes through mediation and arbitration. In addition, CAfA promises fast, confidential arbitral processes and high-quality arbitral awards with the maximum degree of expertise among its panelists. Its primary aim is to provide high-quality, market-accepted resolutions to art law disputes. For this purpose, CAfA created and began implementing its own arbitration rules.

This study, first of all, examines the meaning and implications of the use of arbitration for art disputes. The need for arbitration for art-related disputes is explained further in the text. Thereafter, the history of CAfA and the CAfA Arbitration

* Sorumlu Yazar: İbrahim Doğan Takavut (Dr.), Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye. E-posta: dogantakavut@gmail.com ORCID: 0000-0002-1210-4662

Atf: Takavut ID, "Sanat Eserlerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Milletlerarası Tahkim ve Sanat Tahkim Mahkemesi" (2021) 41(2) PPIL 645. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.960766>

Rules has been examined. However, not all of the CAfA Arbitration Rules are evaluated. Instead, the study focuses on some general rules and, specifically, on the rule for the seat of a given arbitration, the rule that forces parties to appoint an arbitrator or arbitrators from the list of CAfA approved panelists and the rule that restricts the ability of parties to appoint experts concerning some specific art-related disputes. These specific rules have a significant effect on the arbitration process and arbitral awards in CAfA arbitration. Because before CAfA, there has been no other arbitral institution dedicated solely to art disputes at the national or international level, its success will depend on its effectiveness in interpreting and enforcing these rules.

Keywords

Arbitration, International Arbitration, Art Law, Arbitration for Art Disputes, Art-Related Disputes

Extended Summary

Arbitration is gaining popularity and providing a variety of specialized resolution forums and processes in international commerce. Accordingly, the scope of disputes subject to international arbitration is expanding rapidly. Lately, as in many other areas of arbitration law, art-related disputes have become the subject of international arbitration.

In international arbitration of art-related disputes, the legal dispute itself originates from a particular artwork and some problem arising out of it. However, the rest of the arbitration process remains subject to the underlying general principles of arbitration. For example, the subject matter of the dispute related to the artwork still must be one that is arbitrable, and there should be a written pre- or post-dispute arbitration agreement.

The reasons that parties choose arbitration over court proceedings for art-related disputes vary widely. First of all, arbitration can provide time-efficient and cost-efficient resolution methods for art-related disputes. There is also a risk that the art market may not accept court decisions since most judges generally do not have the required expertise in art and art law and are mostly not aware of the needs of the art markets. Considering that arbitration is a more flexible process than litigation in the courts and that arbitrators are more experienced on the topics at issue, arbitral awards are more likely to be accepted and welcomed by the art market than court decisions. Arbitral tribunals, within the scope of their defined jurisdiction, would also be able to provide market-accepted creative solutions (co-ownership, long-term loans, etc.), as an alternative to the typical financial solutions found in litigation. And last but not least, in principle, arbitration provides the kind of highly confidential process that is vitally necessary for dispute resolution in the art markets.

Although there are several international institutions that provide alternative dispute resolution services for art-related disputes, these are not specialized or limited to art-related disputes. The need for a specialized tribunal for art-related disputes resulted in the creation in 2018 of a new forum, the Court of Arbitration for Art

(CAfA). CAfA was founded by the nonprofit organization, Authentication in Art and Netherlands Arbitration Institute in 2018 and started to accept cases as of 2019. CAfA offers alternative dispute resolution solutions for all art-related disputes (including authenticity, stolen art, fraud, copyright, contractual disputes, and so on) through the processes of mediation and arbitration. CAfA promises fast, efficient and confidential arbitral processes and high-quality arbitral awards with the maximum degree of expertise.

CAfA administers its arbitration program through implementation of the CAfA Arbitration Rules. CAfA Arbitration Rules are designed to foster and maintain efficient arbitration processes for art-related disputes. Therefore, some of the rules have unique aspects especially appropriate for art-related problems. For example, the tribunal may appoint a technical processes adviser if the case involves technical issues. The technical processes adviser mainly assists the arbitral panel in the pre-hearing evidence-gathering and evidence-exchange processes. This technical service is crucial to the validity of the hearing process, especially for authenticity claims that might be complicated and affect the efficiency or trustworthiness of the arbitral processes.

CAfA Arbitration Rules also provide a conflict of laws rule for art-related disputes that helps arbitrators to determine the applicable body of law if parties have not chosen one. According to the rule, if the case involves a sale of a work of art, the governing law could be the law of the principal location of the seller if known at the time of the transaction, or, if no sale is involved, then the governing law could be the location of the owner of the object in question at the time of the commencement of the arbitration. Although use of this rule is not mandatory, it can be a useful avoidance tool for cross-border conflicts. As a default rule, CAfA may also publish dispute awards without stating the names of the parties. The publication of awards will serve as a public record for the artworks in the art market.

Some of the CAfA Arbitration Rules provide different restrictions. Those restrictions should be examined carefully as they directly affect the arbitration process and the result of the awards. According to the CAfA Arbitration Rules, the seat of arbitration is pre-determined as the Hague. This default choice will mean that *lex arbitri* will always be Dutch law. Although this rule could certainly provide uniformity, it remains open to criticism in international arbitration since it restricts the parties' right to choose the place of arbitration. Another rule forces parties to appoint the arbitrators from a list of approved panelists that CAfA composed. Although the arbitrator list consists of arbitrators who have significant art experience in litigating or advising clients in art law disputes and international arbitration, forcing parties to choose from a closed list might create its own problems, especially concerning the apparent independence and impartiality of arbitrators.

Moreover, according to CAfA Arbitration Rules, parties and the arbitral tribunal both have the right to provide or obtain expert opinion on any topic they think necessary. However, on the specific issues of forensic science or the provenance of an art object, parties are not allowed to provide experts. In those instances, only the tribunal has the power to appoint experts from the expert list CAfA established. This rule aims to limit conflicting expert opinions and bring about a more objective assessment of the topic. Nonetheless, if the arbitral tribunal does not administer this rule very carefully, it might affect the parties' right to a fair proceeding.

In this article, crucial elements of international arbitration for art-related disputes and the reasons why international arbitration is preferred for art-related disputes will first be explained. Then, international institutions providing alternative dispute resolution services for art-related problems will be reviewed to demonstrate the need for a specialized forum for art-related disputes. Following this discussion, the history of CAfA and some critical CAfA Arbitration Rules will be examined. Because before CAfA, there has been no other arbitral institution dedicated solely to art disputes at the international or national level, it is fair to say that its success and the future of international arbitration for art-related disputes will depend heavily on the effective interpretation of CAfA Arbitration Rules..

Sanat Eserlerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Milletlerarası Tahkim ve Sanat Tahkim Mahkemesi

Giriş

Milletlerarası tahkim hukukunun son yıllardaki gelişimine bakıldığında, tahkime elverişli uyuşmazlıkların ve tahkim hizmeti veren özel kurumların sayısının her geçen gün arttığı görülmektedir. Bu durum temel olarak, milletlerarası alanda tahkim yargılamasına ilişkin düzenlemeler arasında yer alan yeknesaklaşmandan, bu yeknesaklaşmanın devletlerde oluşturduğu güvenden ve tarafların tahkim yargılamalarında adil bir yargılama yapılacağına güvenerek tahkim anlaşmaları yapmalarından kaynaklanmaktadır. Tahkim yargılamalarına duyulan güven ve tahkim uygulaması arttıkça da tahkim hukuku, kendi kültürünü ve kurallarını oluşturmaktadır. Tahkim yargılamaları ile çözümlenen sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların sayısının artması ve bu konuda özel bir kurumun kurulması da bu gelişen tahkim hukukunun sonuçlarından bir tanesidir.

Günümüzde sanat eserleri, yüksek alım satım değeri olan özel bir piyasaya sahiptir. Bu piyasa, sanat eserlerinin kendine has nitelikleri ve sanat eserlerinin piyasada farklı amaçlar ile değerlendirilebiliyor olması sebebiyle, diğer piyasalardan farklılık arz etmektedir. Örneğin sanat eserleri, sanat piyasasında hem bir tüketim hem bir yatırım ürünü olarak işlev görebilmektedir. Bu sebeple sanat piyasası, menkul kıymet, gayrimenkul veya otomobil piyasası gibi daha bilindik piyasalara oranla farklı dinamiklere sahip bir piyasadır. Bu piyasanın belirli bir düzenlemeye tabi olmayan, şeffaf olmayan ve hatta rasyonel olmayan yapısı, piyasaya ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkların da karmaşık hale gelmesine sebep olmaktadır. Bu kendine has piyasada ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin devlet mahkemelerinde açılan davalar ve davalar sonunda verilen kararlar da, hem yargılamaların tarafları tatmin eder şekilde ilerlemediği hem de kararların piyasa ile doğrudan etkileşim kuramadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedirler.

Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında devlet yargılamalarının tarafları tatmin eden etkin çözümler ortaya koyamaması sebebiyle taraflar, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında arabuluculuk ve tahkim gibi farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelmektedirler. Taraflar, kendi tercihleri doğrultusunda, uzman kişiler tarafından sanat piyasası dinamikleri dikkate alınarak yürütülen, kısa süreli yargılamalar ve sanat piyasasında kabul edilen kararlar elde edebilmek amacıyla sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde özellikle tahkim yargılamalarını seçmektedirler.

Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yargılamalarına ilişkin ortaya çıkan talep ile birlikte, Spor Tahkim Mahkemesi (Court of Arbitration for

Sport (CAS)) gibi belirli bir sektördeki uyuşmazlıkların çözümü için kurulan tahkim kurumlarının alanlarında etkili çözümler ürettiğinin gözlemlenmesi, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında da özel bir tahkim kurumunun kurulması ve konu hakkında özel tahkim kurallarının düzenlenmesinin önünü açmıştır.

Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü hakkında ortaya çıkan bu eleştiriler ve daha etkili bir yönetim duyulan ihtiyaç sonucunda Sanat Tahkim Mahkemesi (The Court of Arbitration for Art (CAfA)) 2018 yılında Lahey, Hollanda'da kurulmuştur. CAfA, milletlerarası alanda, tamamen sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla kurulmuş ilk ve tek tahkim kurumu olma özelliğini taşımaktadır. Kurum, temel olarak, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların uzman kişiler tarafından ve sanat piyasasının dinamiği dikkate alınarak düzenlenmiş özel kurullar ile çözümlenebilmesini amaçlamaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, öncelikle, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında milletlerarası tahkimin esaslı unsurlarının neler olduğu incelenecektir. Ardından, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda, bu uyuşmazlıkların özel nitelikleri dikkate alınarak, neden tahkim yargılamalarının tercih edildiği veya edilmesi gerektiği değerlendirilecektir. CAfA ve CAfA Tahkim Kuralları hakkında incelemeye geçmeden önce birinci bölümde son olarak, milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında var olan kurumsal çalışmalar ve kurumsal çözüm merkezlerinden bahsedilecektir. Bu sayede milletlerarası alanda, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne özgülenmiş bir kuruma duyulan ihtiyaç ve kurumun kuruluşuna giden sürecin nasıl geliştiği ortaya koyulabilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise CAfA ve CAfA Tahkim Kuralları değerlendirilecektir. Öncelikle CAfA kuruluş hikayesinden bahsedilmesinin ardından, CAfA Tahkim Kuralları ve bu kurullarda yer alan, diğer tahkim kurumları ile paralel düzenlemelere sahip genel hükümlerden bahsedilecektir. Son olarak da CAfA Tahkim Kurallarında yer alan, kuruma özel hükümler ve bu hükümlerin hakem kararları hakkında açılacak tenfiz davalarında nasıl sonuçlar doğurabilecekleri ayrı başlıklar altında değerlendirilerek çalışma sonlandırılacaktır.

I. Sanat Eserlerine İlişkin Uyuşmazlıklar Hakkında Milletlerarası Tahkim

A. Sanat Eserlerine İlişkin Uyuşmazlıklar Hakkında Milletlerarası Tahkimin Unsurları

Tahkim, genel kabul edilmiş bir tanımla bulunmamakla birlikte, tarafların aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargılaması yerine özel yetki verilen hakemler tarafından çözüldüğü bir yargılama türü olarak ifade

edilmektedir¹. Tahkim yargılamaları ile taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı devlet yargılaması harici bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ile kesin ve bağlayıcı olarak çözüme kavuşturmak amacı içerisindeyler. Taraflar, tahkim yargılamalarında sahip oldukları geniş bir irade serbestisi ile tahkim yargılamasına uygulanacak hukuktan tahkim yargılamasının usulüne kadar birçok hususta kendi menfaatlerini gözeterek tercihlerde bulunabilme imkânlarına sahiptirler². Yine taraflar irade serbestisi kapsamında tahkim yargılamalarının, aralarındaki uyuşmazlığa özel olarak belirledikleri bir hakem veya hakem kurulu tarafından (*ad hoc*, geçici, arızı tahkim) veya kurumsal bir tahkim kurumu tarafından (enstitü veya sektörel tahkim) yürütülmesi konusunda anlaşabileceklerdir³.

Tahkim yargılamalarına konu uyuşmazlığın niteliği temel alınarak tahkim yargılamaları farklı isimler ile anılmaktadır. Ticari uyuşmazlıklara ilişkin tahkimler *ticari tahkim*, yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin tahkimler *yatırım tahkimi*, spor uyuşmazlıklarına ilişkin tahkimler *spor tahkimi* olarak ifade edilmektedir. Bu tahkim yargılamaları, özünde tahkim hukukunun genel ilkelerine tabi olmakla birlikte, ilgili uyuşmazlığa ilişkin hizmet vermek üzere özel kurulmuş tahkim merkezlerinde yürütülebilmekte ve yine uyuşmazlığın kendine has niteliği dikkate alınarak özel olarak düzenlenmiş kurallara tabi olabilmektedir. Örneğin, yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesine yönelik kurulmuş olan Uluslararası Yatırım Tahkim Merkezinde (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)) ICSID Tahkim Kuralları ile yatırım tahkimleri yürütülürken, spor uyuşmazlıklarının çözülmesi için kurulmuş Spor Tahkim Mahkemesinde (Court of Arbitration for Sport (CAS)) spor tahkimleri veya Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Tahkim ve Arabuluculuk Merkezinde (World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center (WIPO)) ağırlıklı olarak fikri haklara ilişkin tahkim yargılamaları yürütülmektedir⁴.

1 Gary B Born, *International Arbitration: Law and Practice* (2nd edn, Kluwer Law International 2015) 2; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 554; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 324; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020) 5; Ergin Nomer, Nuray Ekşi and Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku C.I* (5th edn, Beta 2016) 1; Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 801; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat Kitapçılık 2020) 445. Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere tahkim yargılamaları, devlet yargılamasına alternatif değil, devlet yargılaması ile birlikte uyuşmazlıkları sonlandıran bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. “*Aslında tahkim, bir yargılama faaliyeti olmasına karşın, devletin yargı organının faaliyetine alternatif olmayıp, sahip olduğu birtakım avantajlarla ona destek olan ve onu rahatlatacak bir kurumdur*”, Yargıtay 15 HD, 2474/3640, 26.09.2019 <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

2 Şanlı (n 1) 325.

3 Taraflar, *ad hoc* tahkim sisteminde yargılamanın usulünü belirlemek zorundayken, kurumsal tahkimde kurumsal tahkim kurallarına göre yargılama yürütülecektir. Bu sebeple kurumsal tahkimin *ad hoc* tahkime göre daha öngörülebilir ve güvenli olduğu söylenebilecektir. Günümüzde milletlerarası alanda da tarafların çoğunlukla kurumsal tahkimi tercih ettikleri söylenebilecektir. Taraflar her türlü uyuşmazlığa bakan, Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce (ICC)), Londra Tahkim Merkezi (the London Court of International Arbitration (LCIA)) veya İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) gibi kurumlardan veya aralarındaki uyuşmazlığın niteliğine göre özel olarak kurulmuş veya meslek odaları veya sektörel örgütlere bağlı tahkim kurumlardan tahkim hizmeti alabileceklerdir. ibid 385; Born (n 1) 26; Nomer, Ekşi and Öztekin Gelgel (n 1) 2; Çelikel and Erdem (n 1) 813; Tekinalp (n 1) 445.

4 Bahsi geçen tahkim kurumları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı (n 1) 391 vd; Born (n 1) 28 vd. Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, *Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)* (Vedat Kitapçılık 2013) 157 vd.

Çalışmamıza konu olan, sanat eserinden veya eser üzerindeki haktan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin uyuşmazlıkların çözümlendiği tahkim modeli de *sanat tahkimi* olarak ifade edilebilecektir⁵. Sanat tahkim yargılamaları ile de sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklara has durumlar dikkate alınarak düzenlenmiş özel kurallar dâhilinde yürütülen tahkim yargılamaları kastedilebilecektir.

Sanat tahkiminin konusu, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklardır. Fakat hangi uyuşmazlıkların sanat eserlerine veya eserler üzerindeki haklara ilişkin olduğu konusunda belirli bir ayırım bulunmamaktadır. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar, özel hukuk kapsamında Medeni Hukuk ve Borçlar Hukukuna dair hususlara ilişkin olabilecekleri gibi kamu hukuku kapsamında kültürel miras veya ceza hukukuna ilişkin de olabileceklerdir. Yani, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar özel ve kamu hukukuna ilişkin birçok farklı unsur ve hatta farklı disiplin ile ilişki halinde olabilecektir. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar bu sayılanlarla sınırlı olmamak kaydıyla; sanat eseri üzerindeki fikri haklara, sanat eserinin taşınmasına, sanat eserinin saklanmasına, sanat eserinin sergilenmesine, sanat eserinin satılmasına, sanat eserinde var olan ayıplara, sanat eserinin ihracatına, sanat eserinin sigorta işlemlerine, sanat eserinin vergi problemlerine, sanat eserinin gümrük problemlerine, sanat eserinin çalınmasına, sanat eserinin özgünlük problemlerine, sanat eserinin ithaline, sanat eserinin taklit edilmesine, sanat eserinde yer alan ifade özgürlüğüne veya sanat eseri üzerindeki kültürel miras problemlerine ilişkin olabilecektir. Her ne kadar sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların tek tek sayılması mümkün olmasa da bu uyuşmazlıkların ortak bir noktası olduğu görülmektedir. Bütün bu uyuşmazlıkların kaynağı olarak bir sanat eseri bulunmaktadır. Bu sebeple sanat tahkimine konu sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar tespit edilirken uyuşmazlıkların kaynağı olan sanat eserinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sanat tahkimine konu uyuşmazlıklar, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklardır. Bir tahkim yargılamasında, uyuşmazlığın kaynağının sanat eseri olup olmadığının tartışma konusu olması ihtimalinde hakemlerin konu hakkında bir değerlendirme yapmaları gerektir. Bir nesnenin sanat eseri olup olmadığına dair tartışma, çalışmamızın kapsamını aşan bir tartışmadır. Sanat eseri olarak; insan yapımı olan, sanata aday bir yapıt olarak sergilenmek üzere yapılan ve kurumlarca sanat eseri olarak kabul edilen nesnelerin kabul edilebileceği doktrinde ileri sürülmektedir⁶. Hukuki açıdan ise devletler, çoğunlukla, iç hukuk düzenlemeleri ile nelerin sanat eseri olduğuna dair düzenlemeler yapmışlardır. Bu düzenlemeler kapsamında hakemlerin, uyuşmazlık konusunun sanat eseri olup olmadığına dair bir vasıflandırma yapması gerekecektir. Türk hukuku açısından bir değerlendirme yapılması gerektiğinde başta 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) hükümleri⁷ olmak üzere ilgili mevzuat hükümleri

5 Quentin Bryne-Sutton, 'Arbitration and Mediation in Art-Related Disputes' (1998) 14 Arbitration International 447, 448.

6 Güldehen Kaya, 'Sanat Alıcılarının Sanatı Değerlendirme Yaklaşımları: Türkiye Örneği' (Işık University 2017) 5.

7 FSEK 1/B.a hükmü uyarınca eser "*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*" olarak tanımlanmıştır. RG 13.12.1951/7981.

değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekecektir⁸. Türk hukuku uyarınca bir sanat eseri için ortada fikri bir ürünün olması, bu fikri ürünün bir şekle bürünmüş olması, fikri ürünün sahibinin hususiyetini alması ve FSEK’te yer alan türlerden birinin mevcut olması gereklidir⁹.

Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında milletlerarası tahkimde, yargılamaya konu uyuşmazlığın kaynağının sanat eseri niteliğinden öte, ilgili uyuşmazlığın tahkim yargılamasına elverişli olup olmadığı daha büyük bir problem teşkil etmektedir. Bir uyuşmazlığın tahkim yargılamasına konu olabilmesi için ilgili uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekmektedir¹⁰. Aksi takdirde, yargılama sonunda verilen hakem kararlarının iptali veya tenfizlerinin reddi söz konusu olabilecektir¹¹. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların da tahkim yargılamalarının konusu olabilmeleri için tahkime elverişli olmaları gerekmektedir.

Her bir devlet, kendi iç hukuk düzenlemeleri ve taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler uyarınca hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olacağına karar vermektedir¹². Genel kural olarak, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olabilmesi için, ilgili uyuşmazlık

- 8 Örneğin Türk hukuku uyarınca 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında Kararda nelerin sanat eseri olduğuna dair daha ayrıntılı bir sıralama yapılmıştır. Karar EK-8’de Sanat Eserleri, Koleksiyon Parçaları ve Antika Eşyaya İlişkin Liste bulunmaktadır. Bu liste uyarınca “A) Sanat eserleri deyimi; a) Resimler, kolajlar ve dekoratif süs tabakları, b) Sanatçı tarafından tamamıyla elle yapılmış, mimari, mühendislik, ticari, topografik veya benzer amaçlara uygun plan ve çizimler hariç olmak üzere boyamalar ve çizimler, elle süslenmiş imalat malzemeleri, tiyatro dekorları, stüdyoların arka planları veya boyanmış tuvaler (G.T.İ.P.9701), c) Orijinal gravürler, resimler ve litografyalar, ç) Sınırlı sayıda siyah ve beyaz veya renkli olarak üretilmiş, mekanik veya fotomekanik işlem içermemesi kaydıyla, uygulanan işlem veya kullanılan malzeme hesaba katılmaksızın sanatçı tarafından tamamen elle yapılmış bir veya birden çok kaplama (G.T.İ.P.9702.00.00) d) Orijinal heykeller ve oyma işleri, e) Bir sanatçı tarafından yapılmış olması halinde her çeşit malzemenin, sanatçı veya onun varisinin gözetimi altında ve sekiz kopya ile sınırlı olmak üzere heykel kalıpları (G.T.İ.P.9703.00.00), f) Duvar halıları (G.T.İ.P.5805.00.00) ve duvar mefruşatı (G.T.İ.P.6304.00.00) sanatçı tarafından tasarlanan orijinalinden el yapımı, her birinden sekizden fazla kopya olmaması halinde, g) Tek parça seramikler (Tamamıyla sanatçı tarafından yapılmış ve imzalanmış.), ğ) Emay işi bakır, tamamıyla el yapımı, stüdyonun veya sanatçının imzasını taşıyan sekiz adet kopya ile sınırlı, (mücevherat ile altın ve gümüş vb. madenlerden mamul eşya hariç), h) Sanatçı tarafından çekilen, onun tarafından veya gözetimi altında basılan, onun tarafından imzalanın, numaralanan ve 30 kopya ile sınırlı olan fotoğraflar (her boyutta ve çerçevelenmiş olanlar dahil), anlamına gelir”. Herhangi bir uyuşmazlıkta ilgili karar hükümleri de dikkate alınabilecektir. 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında Karar, Karar Numarası: 2009/15481, Karar Tarihi : 29/9/2009, RG 07.10.2009/27369.
- 9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On iki Levha Yayıncılık 2015) 27 vd; Esra Dardağan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı* (Betik Yayıncılık 2000) 9 vd. FSEK 4. madde hükmü uyarınca “Güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olan; 1. Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler; güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler; kaligrafi, serigrafi, 2. Heykeller, kabartmalar ve oymalar, 3. Mimarlık eserleri, 4. El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları, 5. Fotoğrafik eserler ve slaytlar, 6. Grafik eserler, 7. Karikatür eserleri, 8. Her türlü tiplmelerdir. Krokiler, resimler, maketler; tasarımlar ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılması, düşünce ve sanat eserleri olmak sıfatlarını etkilemez” denilerek nelerin sanat eseri olarak kabul edilecekleri sayılmıştır.
- 10 Şanlı (n 1) 341; Akıncı (n 1) 92; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 684; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat Kitapçılık 2010) 12.
- 11 Tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlar, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15(2)(a) “(h)akem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı” hükmü uyarınca iptal edilebilecektir. RG 05.07.2001/24453. Yine aynı kararlar, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşması V(2)(a) “(t)anuma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilaf mevzuunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması” hükmü uyarınca tenfiz edilmeyeceklerdir. RG 21.5.1991/20877.
- 12 Born (n 1) 87; Nomer (n 1) 572; Huysal (n 10) 27. Türk hukuku uyarınca 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. maddesi uyarınca da Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar tahkim yargılamasına konu olamayacaklardır.

üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilme hakkının bulunması aranmaktadır¹³. Tarafların bir hak üzerinde tasarruf yetkilerinin kısıtlanması da genellikle ilgili hakkın kamu düzenine ilişkin bir özellik içermesinden kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlığa konu hak üzerindeki tasarruf hakkının kamu düzenine ilişkin hususlar ile sınırlandırılmış olduğu hallerde uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı söylenilebilecektir¹⁴. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklardan hangilerinin tahkime elverişli olduğunun da bu görüş dâhilinde, her bir uyuşmazlık için özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kültürel miras hukukunun, ceza hukukunun veya idare hukukunun kapsamına giren sanat eserlerine ilişkin kamu hukuku nitelikli uyuşmazlıkların, sanat tahkiminin kapsamı dışında kalacağı söylenebilecektir¹⁵. Bu sayılan alanların haricinde kalan sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların, özellikle fikri haklara ilişkin uyuşmazlıkların tarafların konu hakkında tasarruf hakkına sahip olmaları sebebiyle tahkime elverişli oldukları söylenebilecektir. Fikri haklara ilişkin mahkemelerin münhasır yetkileri, fikri hakların üzerindeki tasarruf yetkilerinin kanunen sınırlandırılmış olması, fikri hakların üçüncü kişilere etkisi ve fikri hak sahiplerinin mutlak hakları, fikri haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğinde tartışmaların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır¹⁶. Fikri hakların hükümsüzlüğü, tescili veya terkinin gibi konuların kamusal yönleri sebebiyle de bu konulara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir¹⁷. Fakat sanat tahkim yargılamalarına konu olabilecek sanat eserlerine dair fikri haklara ilişkin uyuşmazlıkların kamusal niteliğinin fazla olmadığı söylenebilecektir¹⁸. Marka, patent gibi fikri haklara ilişkin uyuşmazlıkların kamusal yönünden ve bu haklara ilişkin bir tescil veya terkin işleminin gerekliliğinden bahsedilecekken, sanat eserleri ve eser sahibinin haklarına ilişkin uyuşmazlıkların kamusal yönünden veya bu haklara ilişkin bir tescil veya terkin işleminin gerektiğinden çoğunlukla bahsedilemeyecektir. Devletler sanat eserlerini farklı statüler ile korurken, genellikle bir sicile kayıt zorunluluğu aramamaktadırlar¹⁹. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklara konu hakların, çoğunlukla, sicile kaydı gerekmediğinden, bu hakların kamusal bir taşımadıkları ve tahkime elverişli oldukları söylenebilecektir.

Sanat eserlerine ilişkin haklar üzerinde tarafların tasarruf yetkileri ve bu uyuşmazlıkların tahkime elverişlilikleri her bir uyuşmazlık ve bu uyuşmazlığa tabi hak kapsamında özel olarak değerlendirilmelidir. Örneğin Türk hukuku uyarınca

13 Şanlı (n 1) 506; Akıncı (n 1) 100; Huysal (n 10) 28; Tekinalp (n 1) 450.

14 Huysal (n 10) 248.

15 Born (n 1) 89; Akıncı (n 1) 100; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü* (Değişim 2008) 34.

16 Huysal (n 10) 230.

17 ibid 219 vd. Akıncı (n 1) 115; Çalışkan (n 15) 36; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, 'Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Tahkim' (2009) 2 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 335, 355.

18 B Bahadır Erdem, *Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Beta Yayıncılık 2003) 26.

19 Cahit Suluk, Karasu Rauf and Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2019) 5. Devletler, çoğunlukla, sanat eserlerine ilişkin haklar için sicile kayıt zorunluluğu aramazken çok nadir olarak sicile kaydı zorunlu kılan veya belirli eserlere ilişkin sicil zorunluluğu getiren hukuklar bulunmaktadır. Bu ülkelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dardağan (n 9) 63.

FSEK kapsamında eser sahibinin eser üzerinde mali ve manevi haklara sahip olduğu düzenlenmiştir²⁰. Bu haklara ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine, ilgili hak üzerinde eser sahibinin tasarruf yetkisine sahip olup olmadığına bakılarak karar verilecektir. Kamu yararı gerekçesiyle kanunen kısıtlanmadığı müddetçe, eser sahibinin mali haklarına ilişkin tasarruf yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir²¹. O halde işleme, çoğaltma, yayma, temsil veya yayın hakkı gibi kanunda yer alan mali haklara ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu söylenilebilecektir. Eser sahibinin eseri dolayısıyla doğrudan kişiliğine bağlı olarak sahip olduğu manevi haklar için ise aynı yorum yapılamayacaktır²². Eser sahibinin sahip olduğu manevi haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği değerlendirirken uyuşmazlığın niteliği dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Örneğin, eğer uyuşmazlık manevi hakkın devrine ilişkin ise manevi hakların devrinin mümkün olmaması sebebiyle uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı söylenebilecektir²³. Fakat kişilik hakkından doğan zararlar para ile tatmin edilebildiğinden, fikri haklara ilişkin manevi hakların ihlaline ilişkin uyuşmazlıkların, yani manevi hakların ihlaline ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli oldukları söylenebilecektir²⁴. Sonuç olarak, sanat eseri üzerinde eser sahibinin haklarına ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkime elverişliliklerine dair bir genelleme yapmak oldukça zordur. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığı değerlendirilirken, uyuşmazlığa konu hak üzerinde tarafların tasarruf yetkisine sahip olup olmadığına ve konu hakkında kamusal bir kısıtlamanın var olup olmadığına bakılmalıdır.

Doktrin ve uygulamada, sanat eserlerine ilişkin ortaya çıkan ve tahkim yargılamalarına konu olma ihtimali en yüksek uyuşmazlıkların, sanat eserlerinin otantikliğine ilişkin uyuşmazlıklar ve sanat eserlerinin mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklar olduğu söylenmektedir²⁵. Otantikliğe ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında genellikle eserlerin sahte, taklit, çalıntı olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekirken; mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar kapsamında genellikle eserin satışında ortaya çıkan problemlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin milletlerarası bir sicil veya kayıt sisteminin bulunmamasının eserlerin otantikliğine ve mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebep olduğu kabul edilmektedir²⁶.

20 Erdem (n 18) 28; Bozbel (n 9) 72; Dardağan (n 9) 60; Suluk, Rauf and Nal (n 19) 83.

21 Erdem (n 18) 28; Dardağan (n 9) 84; Suluk, Rauf and Nal (n 19) 90.

22 Bozbel (n 9) 100; Dardağan (n 9) 71.

23 Erdem (n 18) 28; Bozbel (n 9) 100; Dardağan (n 9) 84. Doktrinde manevi hakların kullanımının üçüncü kişilere bırakılabileceğine dair bir görüş de bulunmaktadır. Suluk, Rauf and Nal (n 19) 85. Manevi hakların kullanımının devredilebileceği kabul edilirse bu kullanım hakkının devrine ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olduğundan bahsedilebilecektir.

24 Huysal (n 10) 237.

25 Noor Kadhim, 'Arbitration in the Art World and the Court of Arbitration for Art: Heading Towards a More Effective Resolution of Arts Disputes?' (2019) 24 Art Antiquity & Law 223, 223.

26 ibid 224.

Sanat eserine ilişkin bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olması ilgili uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözümlenmesi için yeterli değildir. Tarafların aralarındaki sözleşmeden veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına konu olabilmesi için tarafların tahkim yargılaması konusunda anlaşmış olmaları gerekmektedir²⁷. Bu anlaşma olmadığı müddetçe bir tahkim yargılamasından bahsetmek mümkün değildir. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında milletlerarası tahkim de diğer tahkim türlerinde olduğu gibi tarafların iradelerine tabidir. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenebilmesi için taraflarca konu hakkında bir anlaşma yapılmış olması gereklidir. Sanat eserlerine ilişkin satış sözleşmelerinde, taşıma sözleşmelerinde, eser sözleşmelerinde, kredi veya sigorta sözleşmelerinde tahkim şartlarına rastlanılmaktadır²⁸. Fakat sanat eserlerine ilişkin, galeriler, sanatçılar veya tacirler arasında yapılan sözleşmelerin genellikle yazılı olmaması, yazılı olduklarında da ayrıntılı olmaması eserlere ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yargılamalarında çözümlenememesine sebep olabilmektedir²⁹. Sanat piyasasında karşılıklı güvene dayanılarak yazılı sözleşme yapılmaması veya sözleşme yapılsa dahi bu sözleşmelere tahkim şartı koyulmaması sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yargılamalarına konu olmasını zorlaştırmaktadır.

B. Sanat Eserlerine İlişkin Uyuşmazlıklar Hakkında Tahkim Yargılamalarının Tercih Sebepleri

Milletlerarası alanda taraflar, birçok farklı sebeple, uyuşmazlıklarının devlet yargılaması yerine tahkim yargılamasında çözümlenmesini tercih etmektedirler. Taraflarca tahkim yargılamaları genel olarak; irade serbestileri kapsamında tarafların menfaatleri doğrultusunda şekillendirilebildikleri, tarafsız ve bağımsız uzman kişilerce yürütüldükleri, yargılama sonunda bağlayıcı sonuca ulaşıldığı, devlet yargılaması ile karşılaştırıldığında görece ekonomik, uyuşmazlık konusu hakkında uzman kişilerce yürütülen ve hızlı bir yargılama sağlamaları sebebiyle tercih edilmektedirler³⁰. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda da taraflar benzer sebeplerle uyuşmazlıklarının tahkim yargılamalarında çözümlenmesini talep etmektedirler. Bununla birlikte sanat piyasasına ve sanat eserlerine ilişkin kimi özel durumların, tarafları sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkim yargılamalarına yönlendirdiği de söylenebilecektir. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim yargılamalarının tercih edilmesinde öne çıkan sebepler ve tahkim yargılamalarının bu sebepler hakkında sağlayabilecekleri çözümler, aşağıdaki paragraflar altında toplanabilecektir.

27 Born (n 1) 74; Şanlı (n 1) 325; Akıncı (n 1) 126; Nomer, Ekşi and Öztekin Gelgel (n 1) 1; Çelikel and Erdem (n 1) 802.

28 Bryne-Sutton (n 5) 447.

29 ibid 453; Kadhim (n 25) 225.

30 Born (n 1) 7 vd; Şanlı (n 1) 320 vd; Nomer, Ekşi and Öztekin Gelgel (n 1) 1; Çelikel and Erdem (n 1) 815–816.

Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların yabancılik unsuru taşıma ve milletlerarası bir nitelik taşıma ihtimali oldukça yüksektir. Uyuşmazlıkların taraflarının farklı devlet vatandaşlığına sahip olması veya eserlerinin bir ülkeden farklı bir ülkeye rahatlıkla taşınması gibi unsurlar sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların milletlerarası nitelik kazanmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar ortaya çıktığında ilgili uyuşmazlığın çözülmesine yönelik yetki ve kanunlar ihtilâfi problemleri, uyuşmazlıkları karmaşık bir hale getirebilmektedir. Bu durumun, derdest davalara veya aynı konu hakkında farklı devlet mahkemelerinden alınan kararlara sebep olması da kaçınılmazdır. Sanat eserine ilişkin herhangi bir uyuşmazlıkta yetkili devlet mahkemesinin hangisi olduğuna dair tartışma dahi yargılamaların uzamasına sebep olmakta ve esasa ilişkin hızlı bir yargılama yapılmasını engellemektedir. Bu sebeple, devlet yargılamalarında ortaya çıkabilecek ve uyuşmazlığın kısa sürede çözümlenmesini engelleyecek problemlerin önüne geçmek amacıyla taraflar, uyuşmazlıklarının tahkim yargılamaları ile çözümlenmesini talep etmektedirler³¹. Bu duruma örnek olarak, Rus koleksiyoncu Dmitry Rybolovlev ile eski danışmanı Yves Bouvier arasında ortaya çıkan uyuşmazlık örnek olarak gösterilebilecektir. Dmitry Rybolovlev, Singapur, Hong Kong, Paris ve Monako’da danışmanı Yves Bouvier’in kendisini dolandırdığı ve kimi eserler için kendisinden bir milyon dolardan fazla para aldığına dair davalar açmıştır. Rybolovlev bu davalarda, koleksiyoncu eski danışmanın kendisine aralarında Picasso’ya ait *Femme se Coiffant* ve *L’Espagnole à l’Éventail* isimli eserin de yer aldığı, çalıntı eserler sattığını iddia etmektedir. Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkta ilk iki yıl sadece hangi devlet mahkemesinin yetkili olduğu esasa girilmeden tartışılmıştır³². Eğer taraflar ilgili uyuşmazlıklar hakkında tahkim yargılamasını tercih etmiş olsalardı hangi mahkemenin yetkili olduğuna dair tartışma yüzünden iki yıl süre kaybetmeden daha kısa sürede bir hüküm elde edebileceklerdi.

Sanat piyasası, sanat eserlerinin başta alım satım yöntemi ile el değiştirdiği, ekonomik değere sahip bir ortamdır. Sanat piyasaları diğer piyasalardan farklı dinamiklere sahiptir. Eserlerin piyasa değerleri belirlenirken, sadece sanat piyasasının aktörleri veya arz talep dengesi değil, duygusal, psikolojik ve sosyal birçok farklı unsurun da dikkate alınması gerekmektedir³³. Sanat piyasasının sahip olduğu bu özellikler, normalde farklı piyasaları etkileyen kimi hususların, sanat piyasasında etkili olmamasına veya olamamasına sebep olabilmektedir. Sanat piyasasında bir eserin değerini etkileyemeyecek unsurlardan biri de devlet mahkemelerinin kararlarıdır. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında devlet mahkemelerince verilen kararların uyuşmazlığa konu eserin, sanat piyasasında yer alan değerini doğrudan etkilediğinden her durumda bahsedilemeyecektir. Her ne kadar yasal olarak devlet

31 Anne Laure Bandle and Sarah Theurich, ‘Alternative Dispute Resolution and Art-Law - A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre’ (2011) 6 Journal of International Commercial Law and Technology 28, 30; Kadhim (n 25) 226.

32 Kadhim (n 25) 226.

33 Kaya (n 6) 10.

mahkemelerinin kararları bağlayıcı olsa da bir sanat eserinin piyasa değerini belirleyen esaslı unsurun, konunun uzmanlarının verdiği görüşler olduğu kabul edilmektedir. Devlet mahkemelerinde bu uzmanların görüşleri değerlendirilebilecekse de hakimlerin uzman görüşü aksine karar verme ihtimalleri bulunmaktadır. Yargılamalarda takip edilmesi gereken usuli kurallar gereğince uzmanların görüşlerinin ikinci plana atılması veya karar verilirken farklı hususların uzman görüşlerinden önce dikkate alınması ihtimali bulunmaktadır. Devlet mahkemesince verilen bir karar, uyuşmazlığa konu eser veya sanatçı hakkında uzman olduğu kabul edilen kişinin görüşüne aykırılık teşkil ediyorsa da sanat eserinin piyasa değeri üzerinde etki gösteremeyebilecektir. Yani bir devlet mahkemesi kararının varlığına rağmen, ilgili mahkeme kararı aleyhine görüş bildiren bir uzmanın yorumu, eserin piyasa değerinin düşmesine veya sıfırlanmasına sebep olabilecektir³⁴. Sonuç olarak bir eserin değerini belirleyen esaslı unsurun, devlet mahkemesi kararından öte sanat piyasası ve piyasada kabul görmüş bilirkişiler olduğu söylenilebilecektir³⁵. Konu hakkında sanatçıların eserlerine ilişkin düzenlenen kataloglar örnek olarak gösterebileceklerdir³⁶. Sanat eserlerinin değerlerini genellikle sanatçılara ait, özel olarak düzenlenen kataloglar belirlemektedir. Bu kataloglar, sanatçıların mirasçıları veya sanatçıların kurmuş olduğu vakıf tarafından özel olarak düzenlenirken, devlet mahkemelerinin bu kataloglara müdahale haklarının olmadığı kabul edilmektedir. Konu hakkında Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinde görülen *Greenberg Gallery, Inc. v. Bauman* davası ve dava sonunda verilen karardan bahsedilecektir³⁷. İlgili davada mahkeme, uyuşmazlığa konu eserin orijinal bir Alexander Calder eseri olduğuna, Calder'in eserleri hakkında tanınmış bir uzman olan Klaus Perls'in görüşüne aykırı olarak karar vermiştir. Perls, uyuşmazlığa konu eserin orijinal bir eser olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Her ne kadar mahkeme 500.000 dolar değerindeki satım işleminin geçerli olduğuna ve eserin orijinal bir Calder olduğuna karar vermiş ise de, eser Calder'in kataloğundan çıkartıldığı için piyasa değerini kaybetmiştir³⁸. Eserin kataloğa alınması için açılan davada ise mahkeme, katalog sahibinin uyuşmazlığa konu eseri kataloğa almak gibi bir zorunluluğunun olmadığına hükmetmiştir³⁹. Yani her ne kadar devlet mahkemelerinden verilen bir karar ile eserin orijinal olduğuna hükmedilse de eserin sanatçının kataloğunda yer alıp almayacağına, vakıf ve vakıf kapsamında çalışan uzmanların kararlarına bağlı olduğu ve özel kişiler tarafından hazırlanan katalogların devlet mahkemelerinin yetki alanı dışında olduğuna karar verilmiştir. Devlet mahkemelerince verilen karara rağmen

34 Bryne-Sutton (n 5) 448; Kadhim (n 25) 226.

35 Judith Prowda, 'The Art of Art Authentication and a Global Alternative to Dispute Resolution' (2020) 13 New York Dispute Resolution Lawyer 14, 14.

36 A Sobolewski, 'The Authenticity Debacle: Why Art Authentication and Litigation Don't Mix' (2017) 35 Cardozo Arts & Ent. LJ 515, 521.

37 *Greenberg Gallery, Inc. v. Bauman* 817 F. Supp. 167 (D.D.C. 1993), <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/817/167/1459430/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

38 Prowda (n 35) 15; Kadhim (n 25) 226; Sobolewski (n 36) 528.

39 *Thome v. The Alexander and Laura Calder Foundation* 70 A.D.2d 88, 890 N.Y.S.2d 16 (1st Dep't 2009), <<https://law.justia.com/cases/new-york/appellate-division-first-department/2009/2009-08889.html>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

eserin otantikliği hakkında ortaya çıkan şüphe, eserin değerinin düşmesine veya yok olmasına sebep olmuştur. Devlet mahkemelerinin, bir eserin kataloğa alınmaması sebebiyle piyasa değerinin düşmesini veya kalmamasını önlemek için verdiği farklı kararlar da bulunmaktadır. Örneğin, Fransız Yüksek Mahkemesine konu olan *Fautes/ Altan et Polieri* kararında uyuşmazlık, Jean-Michel Atlan'a ait olduğu iddia edilen *Composition* isimli yağlı boya tablonun sahibi ve sanatçının eser haklarına sahip olan mirasçıları arasında çıkmıştır⁴⁰. Tablonun sahibi, tablonun otantikliğinin onaylanması ve sanatçının kataloğuna eklenmesi için sanatçının haklarını elinde bulunduran eşi ve kızından talepte bulunmuştur. Bu talebi reddedilince konu hakkında açtığı dava sonucunda tablonun otantikliğine mahkemece karar verilmesine rağmen sanatçının mirasçıları, eseri kataloğa eklememiştir. Bunun üzerine tablonun sahibi, uğradığı zarar sebebiyle eserin otantikliğini kabul etmeyen aile üyelerine karşı dava açmıştır. Yedi yıllık bir dava sürecinin ardından mahkeme, taraflar arasında bir orta yol bulmuştur. Mahkeme, sanatçının kataloğuna hangi eserlerin ekleneceğine dair hak sahiplerinin ifade özgürlüğüne sahip olduğuna ve fakat mahkeme kararı ile otantikliği ispatlanmış bir eserin katalog harici tutulamayacağına karar vererek, ilgili eserin katalogda “mahkemece otantikliğine karar verilmiş” ifadesi ile yer almasına karar vermiştir. Bu karar ile hem eser sanatçının kataloğunda yer almış hem de katalog sahibinin ilgili eserin otantikliği hakkında itirazları olduğu hüküm altına alınmıştır. Sonuç olarak, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında yapılan tahkim yargılamalarının konunun uzmanları tarafından yapılması, yargılama ve hakem kararına karşı piyasada bir güvenin oluşmasına ve hakem kararının piyasada kabul edilmesine yardımcı olmaktadır. Bu durumda da, devlet yargılamalarında olduğu gibi, karara rağmen eserin piyasa değerinin düşmesi veya sıfırlanması ihtimalinin düşük olduğu söylenebilecektir. Yani taraflar, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkları hakkında verilen kararların ticari hayatta karşılığının olması için tahkim yargılamalarını tercih etmektedirler.

Tahkim yargılamalarının taraflarca tercih edilmesine ilişkin en önemli sebeplerden birisi de tahkim yargılamalarının uzman hakemler tarafından yürütülmesidir⁴¹. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında devlet yargılamasında açılan davalarda davaya bakacak olan hâkimin konu hakkında özel bir uzmanlığa sahip olma ihtimali oldukça düşüktür. Bu sebeple uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için bilirkişilerin görüşlerine ihtiyaç ortaya çıkmaktadır. Devlet mahkemelerinde hakimlerin ilgili uyuşmazlık hakkında bilgilendirilmesi için bilirkişi görüşünün alınması, süreci uzatırken, farklı uzman görüşlerinin taraflarca ileri sürülmesi halinde de uyuşmazlık, bir bilirkişi savaşına dönüşebilmektedir. Ayrıca sanat piyasasında sektörde uzman olarak kabul edilen kişiler, devlet mahkemelerinde tanıklık yapmaktan veya davaların bir parçası

40 *Fautes/Altan et Polieri*, Cour de cassation [Cass.] Mar. 13, 2008, Bull. civ. I, No. 74 (Fr.), naklen Prowda (n 35) 16.

41 Born (n 1) 10; Şanlı (n 1) 320.

olmaktan, konu hakkında sorumlu tutulabilecekleri sebebiyle de çekinebilmektedirler⁴². Devlet yargılamalarında ortaya çıkan bu olumsuz durumlar, tahkim yargılamalarında uzman kişilerin hakem olarak görev alması ile önlenebilecektir. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında hızlı yargılamalarının gerçekleştirilmesi veya sanat piyasasının nitelik ve ihtiyaçlarına daha uygun kararların verilmesi, konu hakkında uzman kişilerce yapılacak tahkim yargılamaları ile sağlanabilecektir⁴³. Konu hakkında, Ressam Peter Doig hakkında Chicago mahkemelerinde açılan davadan özel olarak bahsedilmesi gerekir. Eski bir hapishane memuru olan Robert Fletcher, sahip olduğu Pete Doige imzalı yağlıboya tabloyu satmak istediğine, Doing'in eserin kendisine ait olduğunu kabul etmemesi sebebiyle tablonun değeri düştüğü için Doing'i dava etmiştir. Davada Fletcher, eserin Doig tarafından kırk yıl önce hapiste kaldığı sürede yapıldığını iddia etmiştir. Mahkeme Doing'den eserin kendisine ait olmadığını ve belirtilen sürede hapiste olmadığını ispatlamasını istemiştir. Mahkeme sürecinde, ressamın annesi tanık olarak çağırılmış, ressamın ilgili dönemde nerede olduğu ve resim üzerindeki imzanın oğluna ait olmadığına dair tanıklık yapması istenmiştir. Her ne kadar dava sonunda mahkeme ressam lehine hüküm vermiş ise de, sanat eserlerine ilişkin uzmanlar aracılığıyla kısa sürede çözümlenebilecek olan bu uyuşmazlık, uzun ve çetrefilli bir devlet yargılamasına konu olmuştur⁴⁴.

Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar konu olarak, ticari, kültürel, duygusal, ahlaki, politik, tarihi, dini ve etik meselelere ilişkin birçok farklı boyuta sahiptir⁴⁵. Sanat piyasası da sanat eserlerinin bu kendine has niteliklerine bağlı olarak duygusal, psikolojik ve sübjektif sosyal hususlara tabidir⁴⁶. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde bütün bu hususlar dikkate alınmadan yapılan bir yargılama, eksik kalmaktadır. Özellikle sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda sanatçıların veya eser sahiplerinin eserler ile sahip oldukları duygusal bağ, uyuşmazlıkların çözümünde farklı bir değerlendirme yönteminin kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Devlet yargılamalarında değerlendirme yapılırken, bütün bu hususların değerlendirilmesi, hâkimlerin sınırlı yetkilerinden ötürü çok mümkün olamamaktadır. Fakat tahkim yargılamalarında uyuşmazlığa ilişkin hususi durumların veya tarafların duygularının daha fazla dikkate alınarak, hakemlere tanınan yetkiler kapsamında, bir çözüm üretilebilme ihtimali daha yüksektir. Tahkim yargılamalarında hakemlerin gerek usule gerekse esasa ilişkin sahip oldukları serbesti, ilgili özel hususların, daha çok dikkate alınmasını sağlamaktadır.

Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların kendine has özel nitelikleri, hem uyuşmazlıkların çözümünde hem de yargılama sonunda karar verilirken dikkate alınmalıdır. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların nitelikleri ve tarafları göz

42 Örneğin hakkında açılan davalar sebebiyle Warhol Vakfı (Warhol Foundation), Andy Warhol eserleri hakkında otantiklik incelemesi yapmaktan vazgeçmiştir. Sobolewski (n 36) 516.

43 Bryne-Sutton (n 5) 452; Bandle and Theurich (n 31) 30.

44 naklen Kadhim (n 25) 228.

45 Bandle and Theurich (n 31) 30.

46 Kaya (n 6) 13.

önünde bulundurulduğunda, sadece bir taraf lehine veya sadece ekonomik çözümler getiren kararlar, etkili çözümler üretmeyebilecek, bu sebeple de tarafları tatmin etmeyebilecektir. Tahkim yargılamalarında hakemlerin, kendilerine tanınan yetki kapsamında, tarafların uzun süreli menfaatlerini veya profesyonel ilişkilerini de göz önünde bulundurarak iki tarafı da tatmin eden, ortak mülkiyet gibi farklı çözümler getirme ihtimalleri, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için tarafları tahkim yargılamalarına yönlendirmektedir⁴⁷.

Sanat piyasasında işlemler, genel olarak gizli ve anonimdir. Bu sebeple sanat piyasasındaki işlemlerin şeffaf oldukları söylenemeyecektir. Her ne kadar müzayedelerde yapılan işlemler daha şeffaf olsalar da galeriler eliyle yürütülen işlemlerde gizliliğin esas olduğu söylenebilecektir⁴⁸. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne yönelik yargılamaların gizli yürütülmesi, hem uyuşmazlığa konu eserin değeri hem de uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarındaki veya üçüncü kişiler ile olan ilişkileri açısından önem taşımaktadır. Bir eser hakkında, özellikle eserin otantikliği hakkında, bir uyuşmazlığın ortaya çıkması veya devlet mahkemelerinde bir dava açıldığının ortaya çıkması, eserin piyasa değerinin düşmesine veya tamamen yok olmasına sebep olabilmektedir. Otantikliği hakkında şüphe olan eserlerin, her ne kadar devlet mahkemelerince otantik olduğuna karar verilse de piyasada var olan güven zedelendiğinden eserin piyasada satımı zorlaşabilecek, bu durum da eserin değerinin düşmesine sebep olabilecektir⁴⁹. Yani bir uyuşmazlığa konu olmak eserin üzerine bir kara leke olarak yapışabilecektir. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne yönelik yargılamaların gizli olması aynı zamanda uyuşmazlığın taraflarının korunması için de önem arz etmektedir. Sanat piyasasının aktörleri iş yapabilmek, piyasanın kendilerine duyduğu güven ve ilişkileri koruyabilmek adına uyuşmazlıklarının gizli kalmasını isteyebilmektedirler⁵⁰. Örneğin kimi durumlarda koleksiyoncular, maddi sıkıntıda olmaları sebebiyle eserlerini satabilmekte ve bu durum hakkında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların gizli kalmasını tercih edebilmektedirler. Yine kimi durumlarda, eserler ile kişilerin özel hayatları arasındaki sıkı bağ sebebiyle, eser hakkında ortaya çıkan uyuşmazlıkların kişilerin saygınlık ve prestijini etkileme ihtimali bulunmaktadır. Bu durumlarda kişilerin özel hayatlarının korunabilmesi için eserlere ilişkin uyuşmazlıkların gizli kalması talep edilebilmektedir. Bütün bu sebeplerle sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün gizli yürütülmesi istenmesi, tarafları tahkim yargılamasına yönlendirmektedir⁵¹. Tahkim yargılamaları ile uyuşmazlık konusu veya uyuşmazlık konusuna ilişkin ticari sırlar rahatlıkla saklanabilecektir⁵². Taraflar

47 Çalışkan (n 15) 21; Kadhim (n 25) 225.

48 Kaya (n 6) 14.

49 Bryne-Sutton (n 5) 452; Kadhim (n 25) 227.

50 Kadhim (n 25) 227.

51 Bryne-Sutton (n 5) 452; Kadhim (n 25) 225; Bandle and Theurich (n 31) 31.

52 Şanlı (n 1) 322; Faruk Kerem Giray, 'Milletlerarası Tahkimde Gizlilik' (2015) 4 Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 65, 65; Candan Yasan, 'Milletlerarası Tahkimde Gizlilik' (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan 777, 779.

uyuşmazlık devlet yargılamasına taşındığında konu hakkında sahip olamayacakları gizliliği, tahkim yargılaması ile elde edebileceklerinden, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkim yargılamalarını tercih etmektedirler.

Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda taraflardan biri, bir kamu kurumu olabilmektedir. Böyle uyuşmazlıklarda devlet yargısında görülen davalarda, kamu lehine bir yargılama yürütülme şüphesi ortaya çıkmaktadır. Devlet mahkemeleri, devletlerin sosyal, siyasal ve ekonomik menfaatleri kapsamında işlem yapmaya yatkın olacaklarından adil olmayan yargılamaların yapılması veya kararların verilmesi ihtimali bulunmaktadır. Taraflardan birinin kamu kurumu olduğu sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda devlet yargılamalarına ilişkin çekincelerinin ortadan kaldırılması, yargılamaların özel olarak yetkilendirilmiş tarafsız ve bağımsız tahkim kurumlarınınca yürütülmesi ile sağlanabilecektir⁵³. Bu konuda, sanat tahkim yargılamaları içinde en popüler olanından, Maria Altmann ile Avusturya arasında gerçekleşen tahkim yargılamasından bahsedilebilecektir. Maria Altmann'ın amcası Ferdinand Bloch-Bauer'a ait olan altı adet Gustav Klimt tablosuna 2. Dünya Savaşı sırasında Naziler tarafından el konulmuş ve yıllar içinde tablolar Viyana da bulunan Avusturya Devlet Galerisi'nin (Austrian State Gallery) eline geçmiştir. Avusturya hukukunda, 1998 yılında yapılan kanuni değişiklik ile, 2. Dünya Savaşı sırasında sahiplerinden zorla alınan eserlerin iade edilmesine yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Altmann, bu kanuni düzenlenmeden yararlanmak istese de Avusturya mahkemelerinde dava masraflarını karşılayamayınca davayı kendi yerleşim yeri olan Amerika Birleşik Devletleri'nde açmıştır. *Republic of Australia v. Altmann* davası daha davanın esasına girilemeden Avusturya devletinin yargı bağımsızlığının değerlendirilmesi için Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve mahkeme Avusturya devletinin ilgili uyuşmazlık hakkında yargı bağımsızlığına sahip olmadığına karar vermiştir⁵⁴. Dört yıllık ağır ve karmaşık bir dava sürecinin ardından taraflar, uzlaşmak için yaptıkları bir toplantıda yargılamanın Avusturya'da gerçekleştirilecek bir tahkim yargılamasında devam ettirilmesi konusunda anlaşmışlardır. Tahkim yargılaması sonucunda da hakemler, altı tablodan beş tanesinin Maria Altmann'a iade edilmesi yönünde hüküm vermişlerdir⁵⁵.

C. Sanat Eserlerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümüne Yönelik Çalışmalar Yapan ve Hizmet Veren Kurumlar

Milletlerarası alanda uyuşmazlıkların çözümüne yönelik, devlet yargılaması haricinde farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri aranmaktadır. Bu arayış kapsamında arabuluculuk, uzlaştırma gibi pek çok farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ortaya çıkmış, bu alternatif çözüm yöntemleri de bir tahkim hukukunun ve tahkim kurumlarının oluşmasına

53 Şanlı (n 1) 320.

54 *Republic of Australia v. Altmann* 541 U.S. 677 (2004) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/677/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

55 Bandle and Theurich (n 31) 38.

yardımcı olmuştur⁵⁶. Benzer bir arayış sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü hakkında da varlığını sürdürmektedir. Milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne yönelik çalışmalar ve bu uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hizmet veren kurumlar bulunmaktadır. Bu çalışma ve kurumlardan kısaca bahsedilmesi ve kimi örnekler verilmesi, çalışmamızın ikinci bölümünde açıklanacak olan CAFA kuruluş hikayesinin daha net bir şekilde ortaya koyulmasını sağlayacaktır.

Milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne yönelik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine dair farklı kurumların özgün çalışmaları bulunmaktadır. Bu çalışmalara iki kurumun aktiviteleri örnek olarak gösterilebilecektir. Amerika Birleşik Devletleri New York Barosu bünyesinde Eğlence, Sanat ve Spor Hukukuna ilişkin Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Komitesi (New York State Bar Association, Entertainment, Arts and Sports Law ADR Committee) bulunmaktadır⁵⁷. Komite, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile çözümlenmesini destekleyici organizasyonlar düzenlemekte, konu hakkında eğitim çalışmalarında bulunmaktadır. Yine Cenevre Üniversitesi kapsamında yer alan Sanat-Hukuk Merkezi (Art-Law Centre of the University of Geneva) bünyesinde, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif çözüm yöntemlerinin kullanılmasına ilişkin araştırma ve analiz çalışmaları yapılmaktadır⁵⁸. Bu çalışmalar İsviçre Ulusal Bilim Vakfı (Swiss National Science Foundation) tarafından da desteklenmektedir. Merkez, 2010 yılında *ArThemis* adını verdikleri bir dijital platform kurmuştur. Bu platform, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin kullanılmasına ilişkin ayrıntılı bir veri tabanı oluşturulmasına yönelik çalışmalarda bulunmaktadır. Merkez, oluşturduğu veri tabanı sayesinde, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yöntemlerinin kullanılmasının artmasını amaçlamaktadır. Kurumlar, özel olarak tahkim hizmeti vermeseler de çalışmaları ile, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile çözümlenmesine yönelik özel kurumlara ve kurallara ihtiyaç bulunduğunu ortaya koymaktadırlar.

Milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile çözümüne yönelik arabuluculuk hizmeti veren kurumsal merkezler de bulunmaktadır. Örneğin Milan Tahkim Merkezi (Milan Chamber of Arbitration) 2015 yılında sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesine ilişkin *ADR Arte* isimli bir proje geliştirmiştir. Merkez, 2015 yılı ile 2017 yılları arasında sanat eserlerine ilişkin tam 32 tane uyuşmazlıkta arabuluculuk olarak görev almıştır⁵⁹. Tahkim merkezlerinin sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar

56 Kimi kaynaklarda tahkim de bir alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak sayılsa da genel kabul edilen görüş, tahkim yargılamaları ile diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi arasında var olan yapısal farklılıklardan ötürü, tahkimin bir alternatif uyuşmazlık yöntemi olmadığıdır. Nomer (n 1) 555.

57 Komite hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://nysba.org/committees/alternative-dispute-resolution-committee-entertainment-arts-and-sports-law/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

58 Merkez hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.art-law.org/en/centre/presentation/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

59 Proje hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.camera-arbitrale.it/en/mediation/art-related-disputes.php?id=526>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

hakkında arabuluculuk projeleri geliştirmeleri de ilgili uyuşmazlıklar hakkında devlet yargılaması haricinde farklı çözüm yöntemlerine duyulan ilgi ve ihtiyacı göstermektedir.

Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkim yargılamaları, milletlerarası alanda var olan kurumsal tahkim merkezlerince yürütülebilmektedir. Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce (ICC)), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (The London Court of International Arbitration (LCIA)) veya İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC)⁶⁰ gibi kurumlar, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında da tahkim hizmeti vermektedirler. Fakat bu kurumsal tahkim merkezlerinin, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında özel kuralları veya özel hizmetleri mevcut değildir. Bu durum da sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkim yargılamaları ile elde edilmeye çalışılan, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklara özel çözüm yöntemi ihtiyacını tam olarak karşılayamamaktadır.

Milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne dair özel tahkim hizmeti veren hiçbir merkezin bulunmadığı da söylenemeyecektir. Birleşmiş Milletler Örgütünün bir parçası olan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nce (World Intellectual Property Organization (WIPO)) kurulan WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi kapsamında arabuluculuk ve tahkim hizmeti vermektedir⁶¹. Merkezin esas amacı, patent, marka, yazılım, lisans sözleşmeleri, teknoloji uyuşmazlıkları, internet alan adları gibi sınai ve fikri mülkiyet hukuku alanlarında ortaya çıkan her türlü ticari uyuşmazlığın merkez kapsamında çözümlenmesidir⁶². Bununla birlikte WIPO kapsamında, kimi özel sektörlere ilişkin hizmet verilmek üzere çalışmalar da yapılmaktadır. Bu kapsamda Merkez, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında da özel bir tahkim hizmeti vermektedir⁶³. Kurumun internet sitesinde, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında yetkin hakemler ile yargılama yapıldığı ve uyuşmazlıkların en iyi şekilde çözümlenebilmesi için uyuşmazlıkların tarafları ile, örneğin müzeler ile, iş birliği yapıldığı belirtilmektedir. WIPO kapsamında fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının ihtiyaçları dikkate alınarak getirilen kuralların, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında da etkili çözümler sunacakları ileri sürülmektedir. Fakat kurumun sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklara özel kuralları bulunmamaktadır. WIPO Tahkim Kuralları ile, uzman hakem ve bilirkişiler tarafından, sadece ekonomik değil farklı çözümler değerlendirilerek, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklara dair özel durumlar ve gizlilik dikkate alınarak yürütülen WIPO tahkiminin, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında başarılı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu yine kurumun internet sitesinde iddia edilmektedir. WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi yıllardır faaliyet gösteren, başarılı bir tahkim merkezidir. Fakat kurumun sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında yürüttüğü

60 Merkez hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://istac.org.tr/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

61 Merkez hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.wipo.int/portal/en/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021; Çalışkan (n 15) 43 vd.

62 Şanlı (n 1) 393; Çalışkan (n 15) 45.

63 <<https://www.wipo.int/amc/en/center/specific-sectors/art/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

tahkim yargılamalarında kullandığı özel metotlar hakkında ayrıntılı bir bilgi veya bu yargılamalar sonunda verilen hakem kararlarına dair özel bir rapor bulunmamaktadır⁶⁴. Bu sebeple, kurumun sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında yürüttüğü tahkim yargılamaları, bu yargılamalar sonucunda verilen hakem kararlarının taraflarca ayrı bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan icra edilip edilmediği veya hakem kararları hakkında açılan iptal veya tenfiz davalarının sonuçları hakkında bir yorumda bulunmak mümkün değildir.

Bütün bu çalışmalar ve tahkim hizmeti veren kurumlar değerlendirildiğinde, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında özel kurallara tabi, özel bir tahkim kurumuna duyulan ihtiyacın ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Bu ihtiyacı karşılamak üzere de 2018 yılında Sanat Tahkim Mahkemesi (CAfA) kurulmuştur.

II. Sanat Tahkim Mahkemesi

A. Sanat Tahkim Mahkemesinin Kuruluşu ve Kapsamı

Milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların sayısının artması ve ilgili uyuşmazlıkların maddi değerlerinin yüksek olması, konu hakkında kısa sürede, yetkin kişiler tarafından verilen çözümlere dair ihtiyacın ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu durum da sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkları çözen özel bir tahkim mahkemesi ve bu tahkim mahkemesi kapsamında özel kurallara dair ihtiyacı arttırmıştır. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile çözümlenmesinin bu uyuşmazlıkların niteliklerine daha uygun olduğuna dair görüşün farklı kurumlarca yapılan araştırmalar sonucunda desteklenmesi, konu hakkında araştırmaların ve çalışmaların artması, özel bir tahkim mahkemesinin kurulması ve bu kurulan mahkemenin düzenlediği kurallar dâhilinde tahkim yargılamalarının yürütülmesinin önünü açmıştır.

Milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin ihtiyacın karşılanmasına yönelik Sanat Tahkim Mahkemesi (The Court of Arbitration for Art (CAfA)), Hollanda Tahkim Enstitüsü (the Netherlands Arbitration Institute (NAI)) ve Lahey merkezli Sanatta Otantiklik Vakfı (The Foundation Authentication in Art (AiA)) tarafından 7 Haziran 2018 tarihinde kurulmuştur⁶⁵. Mahkeme sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkları, kendi hazırladığı

64 Kadhim (n 25) 230.

65 Hollanda Tahkim Enstitüsü (NAI), 1949 yılında kurulmuş kurumsal tahkim ve arabuluculuk hizmeti veren bir kuruluştur. Kurum, 2015 tarihli güncellenen NAI Tahkim Kuralları ile ağırlıklı olarak tahkim hizmeti vermektedir. NAI hakkında ayrıntılı bilgi ve NAI Tahkim Kuralları için bkz. <<https://www.nai-nl.org/en/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021. Sanatta Otantiklik Vakfı (AiA) ise Lahey’de 2012 yılında kurulmuş bağımsız ve kâr amacı gütmeyen, sanat eserlerinin otantiklik denetiminde ilişkin sanat piyasasında etkili yöntemlerin oluşturulması için çalışma yapan bir kurumdur. Kurumun esas amacı; sanat piyasasında yer alan sanatçılar, sanat tarihçileri, finansal kuruluşlar, hukukçular gibi birçok farklı aktörün arasında bir diyalog kurmak ve sanat eserlerinin otantikliği başta olmak üzere sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında yeknesak ve etkili bir pratiğin oluşturulmasıdır. (CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 1.1.) AiA bu amaçlarla, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların, konusunda yetkin profesyonel ve uzman kişiler ile çözümlenmesi için konuya özel bir tahkim kurumunun kurulmasına öncülük etmiştir. (CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 1.4.) AiA hakkında ayrıntılı bilgi bkz. <<https://authenticationinart.org/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca çözümlenmek üzere, tahkim ve arabuluculuk taleplerini 1 Nisan 2019 tarihinden itibaren kabul etmeye başlamıştır.

NIA ve AiA tarafından kurulan CAfA, internet sitesinde yer alan bilgiler uyarınca; NIA idaresinde yetkin hakemlerce gizlilik içerisinde yürütülen, hızlı çözümlenen, diğer yargılamalara nazaran ekonomik olan, tanınması ve tenfizi kolay olan hakem kararları üreten ve tarafların süreç hakkında söz sahibi oldukları tahkim yargılamaları vaat etmektedir⁶⁶.

CAfA kapsamında tahkim yargılamaları, NIA tarafından yürütülmektedir. AiA, her ne kadar kurumun kuruluşuna ön ayak olsa da, kurum kapsamında yürütülen yargılamalar hakkında herhangi bir görev veya yetkiye sahip değildir. Tahkim yargılamalarının yürütülmesine ilişkin Lahey merkezli bir CAfA Kurulu oluşturulmuştur⁶⁷. Bu kurul, tahkim yargılamalarında liste dışından hakem belirlenmesi veya kurum tahkim kurallarının değiştirilmesi gibi konularda NIA ile birlikte hareket ederek, tahkim yargılamalarının yürütülmesine yardımcı olmaktadır.

CAfA sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim ve arabuluculuk hizmetleri vermek için kurulsun da gerek kurumun isminden gerekse düzenlenmiş olan kurallardan, kurum kapsamında esas olarak tahkim hizmeti verilmesinin amaçlandığı söylenebilecektir⁶⁸. Ayrıca CAfA kapsamında, sanat eserlerinin otantiklik problemlerine ilişkin özel bir hizmet verilmekle birlikte sanat eserlerine ilişkin bütün uyuşmazlıklar kurum tarafından çözümlenebilecektir. Örneğin, sanat eserlerine ilişkin telif sözleşmelerinden veya esere ilişkin herhangi bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraflarca tahkim anlaşması ile kurum yetkilendirildiği müddetçe, kurum ve kuralları kapsamında ilgili uyuşmazlık çözümlenebilecektir.

B. Sanat Tahkim Mahkemesi Tahkim Kuralları

1. Sanat Tahkim Mahkemesi Tahkim Kuralları Hakkında Genel Bilgi

CAfA tahkim yargılamalarına uygulanmak üzere NAI ve AiA tarafından CAfA Tahkim Kuralları (CAfA Arbitration Rules) düzenlenmiştir. 1 Ocak 2019 tarihinden yürürlüğe giren CAfA Tahkim Kuralları, 2015 tarihli NIA Tahkim Kurallarının AiA tarafından sanat tahkim yargılamalarına uygun olarak yeniden düzenlenmiş ve değiştirilmiş halidir⁶⁹. Yani CAfA Tahkim Kuralları, NIA Tahkim Kuralları ve AiA/NAI İlave Tahkim Kurallarının (AiA/NAI Adjunct Arbitration Rules) birleşiminden oluşmaktadır. CAfA tarafından yürütülen tahkim yargılamalarına, NIA Tahkim

66 İlgili hususlar için bkz. <https://www.cafa.world/arbitration/what_is_arbitration/> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

67 CAfA Tahkim Kuralları m. 1.n.

68 CAfA Arabuluculuk hizmetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.cafa.world/mediation/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

69 CAfA Tahkim Kuralları m. 1.h.

Kuralları ve AiA/NAI İlave Tahkim Kuralları, birlikte, CAfA Tahkim Kuralları adı altında uygulanacaklardır⁷⁰. NIA Tahkim Kuralları ile AiA/NAI İlave Tahkim Kurallarının çatışması halinde ise AiA/NAI İlave Tahkim Kurallarının öncelikle dikkate alınacağı kurum tarafından vurgulanmıştır⁷¹. Çalışmamız kapsamında da CAfA Tahkim Kuralları olarak ifade edilen kurallar, esas olarak, AiA/NAI İlave Tahkim Kuralları ve CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamalar olarak ifade edilen açıklamalar da AiA/NAI İlave Tahkim Kurallarına Dair Açıklamalardır⁷².

CAfA Tahkim Kuralları oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 62 maddeden oluşan tahkim kuralları, kaynak olan NIA Tahkim Kurallarında yer alan kurallara benzerlik teşkil ederken; kimi hususlarda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne yönelik farklı düzenlemeler getirmektedir. CAfA Tahkim Kuralları incelendiğinde; farklı milletlerarası tahkim kurumlarının kurallarında yer alan kurallara benzeyen genel kurallara ve sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde ortaya çıkan problemlere yönelik özel kurallara yer verildiği görülmektedir.

CAfA Tahkim Kuralları kapsamında düzenlenen ve sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklara özel yansımaları da olan genel kurallara; iletişime ilişkin kurallar, hakemlerin yetkilerine ilişkin kurallar ve özet karar usulüne ilişkin kurallar örnek olarak gösterilebilir.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca tahkim yargılamalarında kurum, hakemler veya taraflar arasındaki iletişimin esas olarak elektronik posta ile yapılacağı düzenlenmiştir⁷³. Tahkim yargılaması kapsamında bütün yazışmaların, aksi hakem kurulunca kararlaştırılmadığı müddetçe, elektronik posta üzerinden yapılacak olması, günümüz pratiğinde önem teşkil eden bir husustur. Tarafların, tanıkların ve bilirkişilerin tahkim yargılamalarına katılmalarında da çevrimiçi (online) çözümlerin değerlendirilecek olması, yine teknolojik imkânlarından yararlanmaya yönelik faydalı düzenlemelerdendir⁷⁴. Fakat unutulmamalıdır ki; bu kurallar dâhilinde yapılacak işlemlerin, tarafların adil yargılanma haklarına aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Tarafların adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden yargılamalar sonunda verilen hakem kararlarının iptal edilme veya tanıma veya tenfizinin reddi ihtimali bulunmaktadır⁷⁵. Bu durumun önüne geçebilmek için CAfA Tahkim

70 CAfA Tahkim Kuralları m. 2; CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 1.6 ve 3.1.

71 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 3.1.

72 CAfA Tahkim Kuralları ve CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama için bkz. <https://www.cafa.world/arbitration/rules_and_clauses/> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

73 CAfA Tahkim Kuralları m. 3.6.

74 CAfA Tahkim Kuralları m. 21.10.

75 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 725; Akıncı (n 1) 498. Amsterdam Bölge Mahkemesinin yeni tarihli bir kararında, online mahkeme (e-court) yöntemi ile yapılan bir yargılama sonucunda verilen hakem kararı, kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği sebebiyle karar tenfiz edilmemiştir. naklen Vesna Lazić and Alexandra Schluep, 'The Netherlands' in Frank-Bernd Weigand and Antje Baumann (eds), *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* (3rd edn, Oxford University Press 2019) 633.

Kurallarında, online iletişimin kullanımına dair tarafların ilgili iletişim yöntemini kullanıp kullanamayacağıının da değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁷⁶.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında hakemlere, tahkim yargılamalarını etkili bir şekilde yürütebilmeleri için geniş yetkiler tanınmaktadır⁷⁷. CAfA Tahkim Kurallarında da sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların etkili bir şekilde çözümlenebilmesi için hakemlere günümüz tahkim pratiği ile uyumlu olarak geniş yetkiler tanınmıştır. Örneğin Hollanda Tahkim Kanununda yer alan kurala benzer bir düzenleme getiren CAfA Tahkim Kuralları uyarınca, hakemler karar verirken ticari örf ve adetleri dikkate alabileceklerdir⁷⁸. Bu kural, CAfA kapsamında yapılacak yargılamalarda sanat piyasasına ilişkin hususların dikkate alınması, tarafların tatmin olacağı ve sanat piyasasınca kabul edilen hakem kararlarının verilebilmesi açısından önem teşkil etmektedir⁷⁹. Yine CAfA Tahkim Kuralları uyarınca, tahkim yargılamalarının etkili bir şekilde yürütülebilmeleri için hakemlere, istisnai hallerde kullanmak üzere, kendilerinin veya tarafların belirledikleri süreleri uzatabilme yetkisi de tanınmıştır⁸⁰. Bu kuralın tahkim kuralları kapsamında açıkça düzenlemeye tabi tutulmasının, tarafların irade serbestileri kapsamında yaptıkları tercihlerin hakemlerce dikkate alınmayabileceği veya tarafların irade serbestilerinin aşırı kısıtlanması anlamına geldiği söylenebilecektir. Fakat tahkim yargılamalarının yürütülmesi için hakemlere istisnai hallerde kullanmak üzere taraflarca belirlenen süreleri uzatma yetkisinin verilmesi, özellikle sanat eserlerine ilişkin karmaşık uyuşmazlıkların daha uzun süre gerektirmesi halinde, yargılamaların etkili bir şekilde yürütülebilmesi için önem teşkil etmektedir. Kural metninde de ilgili yetkinin istisnai hallerde kullanılabilmesinin vurgulanması, tarafların usuli tercihlerinin esas olduğu ve fakat hakemlerin süreleri belirleme konusunda istisnai yetkileri olduğunun kabul edildiğini göstermektedir⁸¹. Hakemlerin yetkilerine ilişkin CAfA Tahkim Kuralları kapsamında düzenlenen bu kurallar sayesinde, ticari teamüller dikkate alınarak veya taraflarca belirlenen süreler değiştirilerek verilen hakem kararları, hakemlerin yetkileri dahilinde verilmiş olacaklardır. Milletlerarası tahkimde hakem kararlarının iptal edilmemesi veya tenfiz edilebilmesi için hakem kararlarının, hakemlerin yetkileri dâhilinde verilmesi gerekmektedir⁸². Hakemlerin yetkilerinin kapsamını da tarafların aralarında yaptıkları

76 CAfA Tahkim Kuralları m. 3.2.

77 Born (n 1) 165.

78 Hollanda Tahkim Kanunu m. 1054.4; CAfA Tahkim Kuralları m. 42.4.

79 Tahkim yargılamalarında hakemlerin uyuşmazlık konusu sektöre ilişkin kural, örf-adet ve teamülleri dikkate alabilmeleri, taraf beklentilerine ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına daha uygun kararlar verilebilmesini sağlamaktadır. Şanlı (n 1) 321.

80 CAfA Tahkim Kuralları m. 4.3.

81 CAfA Tahkim Kuralları m. 4.3.

82 Nomer (n 1) 574; Şanlı (n 1) 482; Akıncı (n 1) 508; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 728. New York Anlaşması V(1)(c) hükmünde de “(h)akem kararı hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir ihtilafa müteallik olur yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şumulünü aşan hükümleri muhtevi bulunursa bununla beraber hakem kararının hakemliğe tabi bulunan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden tefrik edilebilecek durumda ise bunların tanınması ve icrası cihetine gidilebilir; ...” denilerek hakem kararının hakemlerin yetkileri dahilinde verilmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

tahkim anlaşması ve yine tarafların tahkim anlaşmasında atıfta buldukları hukuk veya kurallar belirlemektedir⁸³. Tarafların CAfA Tahkim Kurallarına yaptıkları atıf, bu kurallar dahilinde yer alan yetkilerin hakemlere tanındığı anlamına gelmektedir. Tarafların CAfA Tahkim Kuralları uyarınca hakemlere tanındığı yetkiler dahilinde verilen hakem kararlarının da hakemlerin kendilerine tanınan yetkileri aşmaları sebebiyle iptal edilme veya tanınıp tenfiz edilmeme ihtimali bulunmamaktadır.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca taraflarca, acil ve çok karmaşık olmayan uyuşmazlıklarda, özet karar -hızlı karar- usulü (*summary arbitral proceedings*) ile karar verilmesi talep edilebilecektir⁸⁴. Tahkim yargılamalarında hakemlerce özet karar usulü ile karar verilebilmesine ilişkin düzenlemeler, Hollanda tahkim hukukunda, Hollanda Tahkim Kanunu, NIA ve CAfA Tahkim Kurallarında benzer şekillerde düzenlemeye tabi tutulmuştur⁸⁵. Taraflar, sahip oldukları irade serbestisi çerçevesinde CAfA Tahkim Kurallarına atıf yaptıklarında, hakemlere özet karar usulü ile karar verme yetkisi de tanımaktadırlar⁸⁶. CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama uyarınca seri tahkim yargılamaları ile özet karar verme usulünün farklı iki yöntem olduğu vurgulanmıştır⁸⁷. Seri tahkim yargılamalarında, tahkim kurallarında yer alan süreler kısaltılarak yine genel usule tabi bir yargılama yürütülürken; özet karar usulü ile yürütülen yargılamalarda, tarafların iddia ve savunmalarının gücü, bu iddia ve savunmaların tahkim yargılamasında başarı olasılıkları veya ilgili uyuşmazlığın komplike yapısı sebebiyle esasa ilişkin bir tahkim yargılamasına ihtiyaç olup olmadığı değerlendirilerek bir karar verilmektedir⁸⁸. Yani uyuşmazlık hakkında ayrıntılı bir değerlendirme yapılmadan karar verilmektedir. Özet karar usulü ile ihtiyaç duyulan hızlandırılmış tahkim ihtiyacı karşılandığı için, CAfA Tahkim Kuralları kapsamında ayrıca seri tahkime ilişkin düzenlemelere yer verilmediği kurallara ilişkin açıklamada belirtilmiştir⁸⁹.

CAfA Tahkim Kuralları kapsamında özet karar usulü ile taraflar, tahkim yargılamasına konu uyuşmazlığa ilişkin bir tedbir kararı isteyebilecekleri gibi esasa ilişkin karar verilmesini de talep edebileceklerdir⁹⁰. Yargılamanın bütün tarafları talep ederse, hakemler uyuşmazlığın esası hakkında da karar verilebilmektedir⁹¹. Özet karar

83 Şanlı (n 1) 482.

84 CAfA Tahkim Kuralları m. 36.

85 Bkz. Hollanda Tahkim Kanunu m. 1043.b. ve NIA Tahkim Kuralları m. 36; NIA kapsamında özet karar usulü ile verilen kararlara ilişkin kurumun 2019 yılında yayınladığı “*NAI Summary Proceedings 2019*” isimli rapor için bkz. <<https://www.nai-nl.org/downloads/NAI%20Summary%20Proceedings%202019.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

86 Albert Marsman, *International Arbitration in the Netherlands: With a Commentary on the NAI and PCA Arbitration Rules* (Kluwer Law International BV 2021) paras 11–021.

87 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 9.6.

88 Ned Beale, Lisa Bench Nieuwveld and Matthijs Nieuwveld, ‘Summary Arbitration Proceedings: A Comparison between the English and Dutch Regimes’ (2010) 26 *Arbitration International* 139, 141.

89 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 9.6.

90 Marsman (n 86) paras 11–001.

91 CAfA Tahkim Kuralları m. 35.6; Lazic and Schlupe (n 75) 673.

usulü kullanılarak verilen hakem kararlarının ardından, taraflar, isterlerse uyuşmazlığın esasına yönelik yeni bir tahkim yargılaması başlatabilirler fakat bu durum, kurallar kapsamında zorunlu değildir⁹². Taraflar özet karar usulü ile bir karar elde ettikten sonra esasa ilişkin ayrı bir yargılama başlatmazlarsa hakem kararı kalıcı hale gelmektedir. Uygulamada tarafların özet karar usulü kullanılarak verilen hakem kararlarını bağlayıcı ve son karar olarak kabul ettikleri ve kararları icra ettikleri ileri sürülmektedir⁹³. Zaten Hollanda hukuku uyarınca özet karar usulü ile verilen bu hakem kararlarının diğer hakem kararları gibi icra edilebildikleri de kabul edilmektedir⁹⁴.

Her ne kadar özet karar usulü ile verilmiş hakem kararlarının Hollanda Hukuku uyarınca icra edilebilecekleri kabul edilse de ilgili kararların başka bir ülkede tanıma tenfiz davasına konu olması halinde bu kararların niteliklerinden ötürü sorunlar ortaya çıkabilecektir. Özellikle New York Anlaşması V(I)(e) hükmü uyarınca hakem kararlarının bağlayıcı olmasının ve V(I)(d) ve V(2)(b) hükümleri uyarınca adil yargılanmaya ilişkin hükümlere aykırılık teşkil etmemesinin aranması, özet karar usulü ile verilen kararlar hakkında tanıma tenfiz kararı verilmesini zorlaştıracaktır. Doktrinde, CAfA (ve NIA) tarafından özet karar usulü ile verilen hakem kararlarının New York Anlaşması hükümleri uyarınca tenfiz edilebilmeleri gerektiği savunulmaktadır. Hakemlerin özet karar usulü ile verdikleri hakem kararlarının; Hollanda hukuku uyarınca bağlayıcı olduğu, uyuşmazlığın esası hakkında yapılan tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararlarından farklı olduğu ve bu kararlara konu uyuşmazlıkların esası hakkında ayrı bir dava açılmasının gerekli olmaması ileri sürülerek hakem kararları hakkında tanıma tenfiz kararı verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁵. Fakat bu görüşü kabul etmek çok mümkün değildir. New York Anlaşması V(I)(e) hükmü uyarınca hakem kararları hakkında tanıma tenfiz kararı verilebilmesi için kararın bağlayıcı, verildiği ülke hukukuna ya da tahkimin tabi olduğu ülke hukukuna iptal edilmemiş ve icrasının askıya alınmış olmaması gerekmektedir⁹⁶. Bir hakem kararının bağlayıcı olması ile de kararın şekli ve maddi anlamda kesinleşmiş olması aranmaktadır⁹⁷. Özet karar usulü ile verilmiş olan hakem kararları hakkında tarafların tekrardan esasa ilişkin bir tahkim yargılaması başlatabilme ihtimalleri, ilgili kararlarda şekli ve maddi anlamda bir bağlayıcılığın olmadığını göstermektedir. Bu sebeple, özet karar usulü ile verilmiş olan hakem kararları hakkında, New York Anlaşması V(I)(e) hükmü uyarınca, tanıma tenfiz kararı verilmesi oldukça zordur. Bununla birlikte özet karar usulünün, New York Anlaşması V(I)(d) ve V(2)(b)

92 Marsman (n 86) paras 11–009; Beale, Nieuwveld and Nieuwveld (n 88) 157.

93 Lazić and Schlupe (n 75) 673.

94 CAfA Tahkim Kuralları m. 36.1; Marsman (n 86) paras 11–052.

95 Beale, Nieuwveld and Nieuwveld (n 88) 158; Marsman (n 86) paras 11–058.

96 Şanlı (n 1) 495; Akıncı (n 1) 531. New York Anlaşması V(1)(e) hüküm metni şu şekildedir: “*Hakem kararı tarafları için henüz vacibürriaye olmamış olur veya, bunun verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun bakımından selahiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa*”.

97 Şanlı (n 1) 495; Akıncı (n 1) 532; Tekinalp (n 1) 477.

hükümleri uyarınca aranacak olan tarafların adil yargılanma haklarına doğrudan aykırılık teşkil ettiği de söylenemeyecektir. CAfA Tahkim Kuralları uyarınca, özet karar usulü ile yürütülen yargılamalarda sürelerin kısa olması veya tarafların iddia ve savunma haklarının kısıtlanması doğrudan bir tenfiz engeli teşkil etmeyecektir. Tarafların, irade serbestisi kapsamında, ilgili usulü kendilerinin tercih ettikleri göz önüne alınarak, özet karar usulü ile yürütülen yargılamalarda tarafların adil yargılanma haklarına aykırılık teşkil eden özel bir aykırılığın olup olmadığı, her bir yargılama kapsamında özel olarak değerlendirilmelidir.

CAfA Tahkim Kurallarında, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların kendine has nitelikleri dikkate alınarak, diğer milletlerarası tahkim kurumlarının kurallarından farklılaşan kimi özel kurallara da yer verilmiştir. Bu kurallar, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların daha rahat çözümlenmesi ve sanat tahkiminin gelişmesi amacıyla taşımaktadırlar. Bu kurallara; tahkim yargılamalarına danışman atanmasına ilişkin kural, tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde uygulanacak hukukun nasıl tespit edilebileceğini gösteren kural ve hakem kararlarının yayımlanmasına ilişkin kural örnek olarak gösterilebilecektir.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca hakem kurulunun, uyuşmazlığa konu sanat eserlerinin otantikliği gibi çok karmaşık veya teknik uyuşmazlıkların ortaya çıkması ve çıkabilmesi ihtimali karşısında, tarafların onayını da almak suretiyle, tahkim yargılamasına yardım etmesi için bir danışman atama yetkisi bulunmaktadır⁹⁸. Teknik süreç danışmanı (*technical process advisor*) olarak adlandırılan bu kişi, delillerin toplanmasında ve delillerin teatisinde hakem kuruluna danışmanlık yapacaktır⁹⁹. Danışman, esas olarak, tahkim yargılamasına tabi uyuşmazlık hakkında delillerin etkili ve ucuz bir şekilde elde edilmesi konusunda hakem kuruluna yardımda bulunacaktır. Kurallarda da açıkça vurgulandığı üzere danışman, hakem kurulunun bir parçası olmayacak ve uyuşmazlığın esası hakkında yorumda bulunamayacaktır¹⁰⁰. Danışman, sadece kendisine başvuru konular hakkında önerilerde bulunabilecektir. Bu sebeple danışman tahkim yargılamalarına katılamayacak, sadece taraflarca talepte bulunulur veya hakem kurulunca re'sen karar verilirse, danışmanlığını yaptığı konuda özel olarak sorgulanmak üzere duruşmalara davet edilebilecektir¹⁰¹. Danışmanın atanmasından önce tarafların konu hakkında onayları alınırken, danışmanın çalışmasına ilişkin unsurların (danışmanın tahkim yargılamasındaki rolünün, yetkisinin kapsamının vb.) taraflara sorulacağı daha sonra bu unsurların danışman atama kararında da yer alacağı, danışmanın çalışmasının tamamen şeffaf olacağı, danışman ile yapılacak olan bütün iletişimin hakem kurulu veya taraflarca da paylaşılacağı ve tarafların danışmanın işlemleri hakkında yorum yapma haklarının olduğu, kurallar ve kurallara ilişkin

98 CAfA Tahkim Kuralları m. 29.7.

99 CAfA Tahkim Kuralları m. 29.7; CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 8.1 ve 8.3.

100 CAfA Tahkim Kuralları m. 29.9.

101 CAfA Tahkim Kuralları m. 29.9; CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 8.3.

açıklamalar kapsamında düzenleme altına alınmıştır¹⁰². Bu düzenleme sayesinde sanat eserlerine ilişkin yargılamaların karmaşık hale gelmemesi ve danışmanca çizilen yol dâhilinde hakem kurulunun etkin bir yargılama yapabilmesi sağlanacaktır.

CAfA Tahkim Kurallarında, tahkim yargılamalarında uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin özel bir düzenleme de yer almaktadır. Tahkim yargılamalarında tarafların, uygulanacak hukuku belirleme konusunda irade serbestisine sahip oldukları kabul edilmektedir¹⁰³. CAfA Tahkim Kuralları uyarınca taraflar, uyumsuzluklarına uygulanacak hukuku, milletlerarası alandaki diğer farklı kurum kurallarında olduğu gibi, irade serbestisi kapsamında belirleme hakkına sahiptirler. Taraflarca uygulanacak hukuk belirlenmezse de ilgili hukuk, hakemlerce belirlenecektir¹⁰⁴. Hakemlere uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun tespiti hakkında takdir yetkisinin tanınması günümüz milletlerarası pratiği ile uyumlu bir düzenlemedir. Milletlerarası alanda hakemlere uygulanacak hukukun tespit edilmesine ilişkin yetki verildiğinde, kurallarda ayrıca uygulanacak hukuka ilişkin ayrı bir bağlama kuralı verilmez. Hakemler çoğunlukla uygun gördükleri şekilde sıkı ilişkili hukuku tespit ederek uygulanacak hukuka karar verirler¹⁰⁵. CAfA Tahkim Kurallarının esas alındığı NIA Tahkim Kurallarında da hakemlere uygulanacak hukuku tespit etmeye yönelik yetki tanınmış ve ayrı bir bağlama kuralı düzenlenmemiştir¹⁰⁶. Fakat CAfA Tahkim Kurallarında, diğer kurum kurallarından farklı olarak, hakemlerce uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk tespit edilirken değerlendirilmek üzere bir bağlama kuralı düzenlemiştir. Hüküm uyarınca, taraflarca hukuk seçimi yapılmaz ise, tahkim yargılamalarına uygulanacak hukuk, eğer uyumsuzluk bir satım sözleşmesinden kaynaklanıyor ise satıcının satım işleminin yapıldığı andaki yer (mutad mesken/iş yeri/yerleşim yeri) devlet hukuku; satıcının bulunduğu yer (mutad meskeni/iş yeri/yerleşim yeri) bilinmiyor, tespit edilemiyor veya uyumsuzluk bir satım sözleşmesinden kaynaklanmıyor ise, tahkim yargılamasına başvurulduğu andaki uyumsuzluğa konu sanat eserin malikinin bulunduğu yer (mutad mesken/iş yeri/yerleşim yeri) devlet hukuku olabilecektir¹⁰⁷.

CAfA, sanat eserlerine ilişkin uyumsuzlukların çözümüne yönelik özel bir tahkim kurumu olduğu için yargılamalara konu olabilecek uyumsuzluğa uygulanabilecek hukukun tespitine dair özel bir bağlama kuralı düzenlenmiştir. Öncelikle, kuralın metni değerlendirildiğinde, hükmün emredici nitelikte olmadığı daha çok hakemlere yol göstermek amacı taşıdığı söylenebilecektir. Önce hakemlere yetki tanınıp, ardından kural metninde hangi hukukun hakemlerce belirlenebileceğine dair “*may be*” olasılık

102 CAfA Tahkim Kuralları m. 29.7; CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 8.2.

103 Nomer (n 1) 560; Şanlı (n 1) 366; Akıncı (n 1) 301; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 676.

104 CAfA Tahkim Kuralları m. 42.2.

105 Born (n 1) 240; Şanlı (n 1) 366; Akıncı (n 1) 305; Tekinalp (n 1) 459.

106 NIA Tahkim Kuralları m. 42.2.

107 CAfA Tahkim Kuralları m. 42.2; CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 9.1.

kalıbını kullanılması ilgili bağlama kuralının emredici olmadığını göstermektedir¹⁰⁸. Bağlama kuralının içeriği değerlendirildiğinde ise öncelikle satım sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun satıcı olduğu ve satıcının bulunduğu yer (mutad mesken/iş yeri/yerleşim yeri) hukukunun uygulanması gerektiğinin düzenlendiği görülmektedir¹⁰⁹. Önerilen bağlama kuralı, satım sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun satıcı olduğu ve satıcının bulunduğu yer hukukunun dikkate alınması gerektiğine dair genel kabul edilen kuralın bir yansımasıdır¹¹⁰. Fakat satım harici sözleşmelerde karakteristik edim borçlusu olarak veya sözleşmesel ilişki harici uyuşmazlıklarda bağlama noktası olarak, eserin malikinin dikkate alınması ve malikin bulunduğu yer (mutad mesken/iş yeri/yerleşim yeri) hukukunun uygulanmasının önerilmesi, genel kanunlar ihtilafı kuralları ile uyumlu değildir. Önerilen bağlama kuralı, satıma ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusundan veya uyuşmazlık konusu eserden önce eserin malikinin bulunduğu yer hukukunu dikkate alarak, uygulanacak hukukun pratik bir şekilde tespit edilmesini amaçlamaktadır¹¹¹. Fakat bu önerilen hukukun her uyuşmazlıkta, kanunlar ihtilafı kurallarına uygun veya uyuşmazlık ile sıkı ilişkili hukuk olduğunu söylemek oldukça zordur. Yine kural dahilinde, satıcının ve eserin malikinin bulunduğu yer hukukunu ifade etmek amaçlı “*principle location of the seller*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade ile satıcının herhangi bir anda bulunduğu yer hukukunun değil kişi tarafından değiştirilmesinin daha zor olduğu mutad mesken, işyeri veya yerleşim yeri gibi yer hukuklarının ifade edildiğinin kabul edilmesi gereklidir. Aksi halde ilgili kural uyarınca, özellikle eseri elinde bulduran kişi, rahatlıkla bulunduğu ülkeyi değiştirmek suretiyle kendisi için daha avantajlı bir devlet hukukunun uygulanmasını sağlayabilecektir. Bu durum da kanuna karşı hileye sebebiyet verebilecektir¹¹². Hükmün ortaya çıkartabileceği olumsuz durumlar sebebiyle, ilgili bağlama kuralının, hakem kuruluna sadece yol göstermek amaçlı, pratik zaruretlere sebebiyle, bağlayıcı olarak düzenlenmemiş olduğu, hakemlerce esasa uygulanacak hukukun tespitine dair değerlendirme yapılırken gözden kaçırılmamalıdır.

108 CAfA Tahkim Kuralları m. 42.2.

109 Önerilen bağlama kuralının satım sözleşmeleri esas alınarak düzenlenmiş olması, CAfA tahkim yargılamalarına, çoğunlukla, sanat eserlerine ilişkin satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların konu olacağına öngörülmesinden kaynaklanırken, yukarıda da belirtildiği gibi CAfA tahkim yargılamalarına sanat eserlerine ilişkin her türlü uyuşmazlık konu olabilecektir.

110 Türk hukuku uyarınca da 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 24(4) maddesi uyarınca taraflarca uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişkili içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur. Bu hüküm uyarınca satım sözleşmelerinde satıcı, karakteristik edim borçlusudur ve satıcının mutad meskeninin, işyerinin veya yerleşim yerinin dikkate alınması gereklidir. Akıncı (n 1) 306; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 10) 305 vd; Nomer (n 1) 328; Çelikel and Erdem (n 1) 398; Tekinalp (n 1) 291. Hakemlerin kullanabilecekleri farklı bağlama kuralları hakkında bkz. Born (n 1) 244 vd; Çelikel and Erdem (n 1) 383 vd; Tekinalp (n 1) 286–287.

111 Örneğin, eserlerin bir yerden farklı bir yere taşınmasının ortaya çıkartabileceği statü değişikliklerine ilişkin problemler, uygulanacak hukukunun eserin malikinin bulunduğu yer hukukuna bağlanması suretiyle önlenmeye çalışılmıştır.

112 Çelikel and Erdem (n 1) 91 vd.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca hakem kararlarının yayımlanmasına ilişkin de özel bir kural getirilmiştir. CAfA, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında gizli yürütülen ve fakat sanat piyasasında bilinen ve kabul edilen kararlar vermeyi amaçlamaktadır. Milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin bir sicil veya kayıt sisteminin var olmamasının ortaya çıkardığı problemlerin, CAfA tarafından verilen kararların yayınlanması ile önüne geçilmesi planlanmaktadır. Bu amaçla tahkim kuralları uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı veya kanunen gerekmediği müddetçe tahkim yargılamalarının gizli olacakları milletlerarası alanda yer alan düzenlemelere paralel bir şekilde düzenlenmeye tutulmuştur¹¹³. Bununla birlikte eğer bir taraf, hakem kararı verildikten sonra iki ay içinde itiraz etmez ise hakem kararının anonim bir şekilde NIA ve AiA tarafından yayınlanabileceği düzenlenmiştir¹¹⁴. Bu kural, milletlerarası alanda yer alan tahkim kurumlarının kurallarında yer alan düzenlemelerden farklı bir düzenlemedir¹¹⁵. Milletlerarası alanda genel olarak, hakem kararlarının gizli olacakları kabul edilirken, CAfA Tahkim Kuralları uyarınca aksi talep edilmediği müddetçe hakem kararlarının yayınlanabileceği düzenlenmiştir. Kural metninde tarafların kararların yayınlanmasına itiraz edebilecekleri söylendikten sonra uyuşmazlığa konu esere ait bilgilerin açıklanabileceği vurgulanmıştır¹¹⁶. Kural metninde yer alan bu ifade sebebiyle, tarafların iradesi dikkate alınmadan uyuşmazlığa konu eser hakkında bilgilerin kurum tarafından yayımlanabileceği düşünülebilecektir. Sanat piyasasında kabul edilen kararlar verilmesi ve eserler hakkında şeffaf bir kaydın oluşturulabilmesi için taraflarının iradeleri aksine uyuşmazlığa konu eserler hakkında bilgilerin yayınlanabileceği ileri sürülebilecektir. Bu kural ile tarafların CAfA tahkim yargılamalarını tercih ettiklerinde, uyuşmazlık hakkında verilen kararlarda esere ait bilgilerin yayınlanmasına da baştan rıza gösterdikleri de söylenebilecektir.

Uyuşmazlık konusu esere dair bilgilerin tarafların izni olmadan yayınlanabileceğini kabul etmek, zaten küçük olan sanat piyasasında taraflara veya uyuşmazlığa ilişkin bilgilerin de ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu durum, tahkim yargılamalarının sağladığı gizlilik sebebiyle tahkim yargılamalarını tercih eden tarafların kurumu seçme amaçlarına aykırılık teşkil edebilecek veya en baştan tahkim yargılamalarının yürütülmesi için kurumun tercih edilmemesine sebep olabilecektir¹¹⁷. Kurum, eser bilgilerinin yayınlanması ile sanat piyasasında sağlamayı çalıştığı şeffaflık karşısında tarafların kuruma ilgisini kaybedebilecektir. Kuralın tam olarak nasıl yorumlanacağı ve uygulanacağı zaman içerisinde verilen ve yayınlanan kararlar ile ortaya çıkacaktır.

113 CAfA Tahkim Kuralları m. 6.

114 CAfA Tahkim Kuralları m. 51.

115 Örneğin WIPO tahkiminde, WIPO Tahkim Kuralları m. 77 hükmü uyarınca hakem kararlarının gizli olacağı sadece tarafların rızalarının olduğu, kararın devlet yargılamasına konu olduğu veya kanunen kararın açıklanmasının zorunlu olduğu hallerde hakem kararlarının yayınlanabileceği düzenlenmiştir. Çalışkan (n 15) 91; Giray (n 52) 93.

116 CAfA Tahkim Kuralları m. 51 hükmünün İngilizce son cümlesi şu şekildedir: “(t)he name or identity of the art object in question may be revealed”.

117 Kadhim (n 25) 234.

Fakat kanaatimizce kuralın, tarafların hakem kararının isimsiz olarak yayınlanmasına karşı çıkmamaları halinde esere ait bilgilerin de karar içinde yayınlanabilmesine imkân tanındığı şeklinde yorumlanması faydalı olacaktır.

Her ne kadar hakem kararlarının kural olarak yayınlanabileceğinin kabul edilmesinin tahkim yargılamalarının veya hakem kararlarının gizliliğine aykırılık teşkil edebileceği söylenebilecekse de, tarafların konu hakkında itiraz haklarının olduğu ve kurumun tercih edilmesinin ilgili kuralın da tercih edildiği anlamına geldiği için bir mağduriyetin ortaya çıkmayacağı söylenebilecektir. CAfA ve AiA tarafından hakem kararlarının yayınlanması, hem CAfA Tahkim Kurallarının tahkim yargılamalarında nasıl uygulanacaklarının anlaşılması hem de sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkim yargılamaları ile nasıl kararlar verilebileceğine dair sanat piyasasında bir fikrin oluşması açısından önem teşkil etmektedir¹¹⁸. Bu sebeple kural olarak, itiraz edilmediği müddetçe, kararların yayınlanabilecek olması sanat tahkim hukukunun gelişmesine yardımcı olacaktır. CAfA hakem kararlarının yayınlanması, sanat piyasasının ihtiyaç duyduğu güvenilir ve şeffaf kararlar elde edilmesini sağlayacaktır. Ayrıca tahkim yargılamasına konu eserin bilgilerinin AiA tarafından paylaşılması, eser hakkında sanat piyasasında var olan uyuşmazlıkların veya esere dair piyasada oluşan güvensizliğin ortadan kalkmasını da sağlayabilecektir.

CAfA Tahkim Kuralları kapsamında düzenlenen bütün kuralların çalışmamız dâhilinde incelenmesi mümkün değildir. Bu sebeple CAfA Tahkim Kurallarında yer alan, uygulamada hakem kararları hakkında açılacak iptal veya tanıma tenfiz davalarında sorun çıkartabilecek kimi özel kuralların ayrı başlıklar halinde incelenmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Konu hakkında, tahkim yargılamalarında tahkim yerinin Lahey, Hollanda olarak belirlendiği kural ve tahkim yargılamalarında hakemlerin ve bilirkişilerin seçimine ilişkin düzenlenen özel kuralların değerlendirilmesi, CAfA Tahkim Kurallarının ve kuralların pratikte nasıl değerlendirileceklerinin anlaşılması açısından önemlidir. Bu kurallar ile CAfA Tahkim Kurallarının, tarafların tahkim yargılamasına ilişkin sahip oldukları irade serbestilerini diğer kurumsal tahkim kurallarına göre daha fazla kısıtladığı söylenebilecektir. Fakat CAfA kuruluş amacı göz önünde alındığında bu kuralların, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yargılamalarında etkili bir şekilde çözümlenmesi için düzenledikleri fark edilmektedir. Bu durumun ortaya koyulabilmesi için ilgili kurallar, tahkim yargılamalarda ortaya çıkardıkları özel durumlar ve hakem kararları hakkında açılacak iptal veya tanıma tenfiz davalarında ortaya çıkarabilecekleri haller, ayrı başlıklar halinde değerlendirilecektir. Her bir bölüm sonunda da ilgili kurallar dâhilinde verilen hakem kararlarının Türk mahkemelerinde bir davaya konu olmaları halinde, ilgili kuralların Türk hukukunca nasıl değerlendirilebilecekleri incelenecektir.

118 Tahkim kararlarının anonim olarak yayınlanmasının emsal kararlar oluşturulması için gerekli olduğu yönünde bkz. Giray (n 52) 114.

2. Tahkim Yerine İlişkin Kural ve Sonuçları

Milletlerarası tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamasının usulünü veya tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukuku belirleme konusunda geniş bir irade serbestisine sahiptirler¹¹⁹. Taraflar tahkim yargılamalarında sahip oldukları irade serbestisi kapsamında, tahkim yerini de belirleme yetkisine sahiptirler¹²⁰. Fakat tarafların tahkim yerine ilişkin tercihleri, usule ilişkin sıradan coğrafi bir tercih olmaktan öte tahkim yargılamasının niteliğini belirleyen hukuki bir tercihtir¹²¹. Tarafların tahkim yerine ilişkin yaptıkları tercih, tahkim yargılamalarında mülkilik ilkesi uyarınca tahkim yargılamalarının tabi olacağı hukuku yani *lex arbitriyi* belirlemektedir. *Lex arbitri*, tahkim yargılamalarının bir bütün olarak tabi olduğu hukuku ifade etmektedir¹²². Tahkim yargılamaları hakkında; tahkim yargılamalarının tabi olduğu hukuk, devlet mahkemelerinin tahkim yargılamalarına yardım ve müdahale yetkileri, tahkim yargılamasının tabi olduğu emredici hükümler veya yargılama sonunda verilen hakem kararları hakkında iptal davası açılıp açılmayacağı gibi hususların hepsi *lex arbitri* ve *lex loci arbitri* olarak tahkim yeri hukukuna tabidir¹²³. *Lex arbitrinin* tahkim yargılamaları üzerinde sahip olduğu hukuki sonuçlar göz önünde bulundurularak, milletlerarası alanda birçok düzenleme taraflara tahkim yerini de dolaylı olarak *lex loci arbitriyi* belirleme imkânı tanımıştır.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca da tahkim yargılamalarının, tarafların emredici kurallara aykırılık teşkil etmeyen usule ilişkin tercihleri kapsamında yürütüleceği kabul edilmiştir¹²⁴. Bununla birlikte yine CAfA Tahkim Kurallarında, tahkim yerinin neresi olacağı hakkında taraflara seçim hakkı tanınmadan, tahkim yeri doğrudan belirlenmiştir. CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmü uyarınca tahkim yargılamalarında tahkim yeri Lahey, Hollanda olarak kabul edilmiştir¹²⁵.

CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmü uyarınca; tarafların tahkim yerini irade serbestisi kapsamında serbestçe belirleyemeyecekleri, belirlenen tahkim yerinin zorunlu olduğu ve tahkim yargılamalarının tabi olacağı *lex arbitrinin* kesin olarak belirlendiği söylenilebilecektir. Bu durum, milletlerarası alanda taraflara tanınan irade serbestisine aykırılık teşkil ediyormuş gibi görünmektedir. Bu sebeple kuralın ve

119 Nomer (n 1) 556; Akıncı (n 1) 231; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 674.

120 Akıncı (n 1) 238; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 674.

121 Born (n 1) 111; Tekinalp (n 1) 449.

122 Bilgehan Yeşilova, 'Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri' (2007) 4 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265, 275.

123 *Lex arbitri* olarak, tarafların seçtikleri hukukun dikkate alınması gerektiğine dair bir görüş de doktrinde bulunmaktadır. Fakat günümüzde *lex arbitrinin* tahkim yeri hukukuna tabi olduğu genel kabul edilen görüştür. ibid 285 vd; Akıncı (n 1) 561 vd; Born (n 1) 112 vd; Kocasakal (n 4) 240; Gabrielle Kaufmann-Kohler, 'Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure - The Role of the Law of the Place of Arbitration' (1999) 9 Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series 336, 338 vd. Karşı görüş için bkz. Nomer (n 1) 562; Çelikel and Erdem (n 1) 809 vd.

124 CAfA Tahkim Kuralları m. 21.1.

125 CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7.

kuralın CAfA tahkim yargılamaları hakkındaki hukuki sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tahkim yerinin doğrudan belirlendiği CAfA Tahkim Kuralının değerlendirilebilmesi için CAfA Tahkim Kuralları düzenlenirken esas alınan NIA Tahkim Kurallarına ve NIA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamalara, CAfA Tahkim Kurallarında yer alan diğer kurallara ve CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamalara ve son olarak Hollanda tahkim hukukuna bakılması gerekmektedir.

CAfA Tahkim Kurallarında yer alan tahkim yerine ilişkin kural, NIA Tahkim Kurallarında yer alan düzenlemeden farklı bir düzenleme içermektedir. NIA Tahkim Kurallarının m. 21.7 hükmüne bakıldığında, tarafların tahkim yerini belirleme hakları olduğu ve tahkim yerinin taraflarca belirlenmemesi halinde tahkim yerinin hakemlerce belirleneceği düzenlenmiştir¹²⁶. Yani NIA Tahkim Kuralları, taraflara tahkim yerini belirleme hakkı tanımış ve tahkim yeri taraflarca belirlenmez ise nasıl belirleneceğini düzenlemiştir. Fakat CAfA Tahkim Kuralları düzenlenirken bu kural değiştirilmiş, tahkim yerinin doğrudan neresi olacağı belirtilmiştir. NIA Tahkim Kurallarının, CAfA Tahkim Kurallarının düzenlenmesi aşamasında pek çok konuda doğrudan dikkate alındığı göz önüne alındığında, CAfA Tahkim Kurallarında tarafların tahkim yerine ilişkin tercih yapabilme hakkının özellikle kısıtlandığı söylenebilecektir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmü uyarınca, tarafların tahkim yerini belirleme haklarının olmadığına dair yorum yapılırken CAfA Tahkim Kurallarında yer alan tahkim yerine ilişkin diğer kuralların da değerlendirmesi gereklidir.

Öncelikle CAfA Tahkim Kuralları m. 7.2.i ve m. 8.2.i hükümleri uyarınca davacının ve davalının dilekçelerinde varsa tahkim yerine ilişkin tercihlerini sunmaları gerektiği düzenlenmiştir¹²⁷. Bu hüküm uyarınca, tahkim yerinin taraflarca değiştirilebileceği düşünülebilir. Fakat, mevcut çelişki CAfA Tahkim Kuralları hazırlanırken, NIA Tahkim Kurallarının dikkate alınmasından kaynaklanıyor gibi görünmektedir. NIA Tahkim Kurallarında taraflara tahkim yerini belirleme hakkı tanındığı için, taraflarca tahkim yerine ilişkin bir tercihin olup olmadığının ilgili dilekçelerde belirtilmesi istenmiştir¹²⁸. Oysa CAfA Tahkim Kurallarında taraflara tahkim yerini belirleme hakkı tanınmamıştır. O halde taraflarca dilekçelerinde sunabilecekleri tahkim yerine ilişkin tercihin ne anlama geldiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Hollanda tahkim hukuku ve milletlerarası alanda genel kabul edilen görüş uyarınca, tahkim yeri, hukuki bir konsepttir¹²⁹. Yani tahkim yargılamalarında, tahkim yargılamasına ilişkin usuli işlemler veya duruşmalar coğrafi olarak tahkim yerinde gerçekleşsin

126 NIA Tahkim Kuralları m. 21.7.

127 CAfA Tahkim Kuralları m. 7.2.i ve m. 8.2.i.

128 NIA Tahkim Kuralları m. 7.2.i ve m. 8.2.d.

129 Nomer (n 1) 585; Akıncı (n 1) 237; Lazic and Schlupe (n 75) 658.

veya gerçekleşmesin, tahkim yargılamaları belirlenen tahkim yeri hukukuna tabidir. CAfA Tahkim Kuralları uyarınca da tahkim yargılamalarında kural olarak tahkim yeri Lahey, Hollanda olacaktır, fakat taraflar tahkim yargılamalarının fiziki olarak farklı bir yerde gerçekleştirilmesi konusunda anlaşabileceklerdir¹³⁰. Bu sebeple CAfA Tahkim Kuralları m. 7.2.i ve m. 8.2.i hükümleri uyarınca tarafların dava ve cevap dilekçesinde tercihte buldukları tahkim yerlerinin, tahkim yargılamasının fiilen gerçekleştirilmesini istedikleri yerlere ilişkin olduğu söylenebilecektir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 44.1.h hükmü uyarınca da hakem kararında yer alması gereken hususlar arasında, m. 21.7 hükmü uyarınca belirlenen tahkim yeri ile birlikte taraflarca veya hakem kurulunca belirlenen hakem kararının verildiği yerin olması gerektiği sayılmıştır¹³¹. NIA Tahkim Kurallarında taraflara tahkim yerini belirleme hakkı tanındığı için, hakem kararında tahkim yerinin belirtilmesi özellikle istenmiştir¹³². CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmü uyarınca tahkim yeri olarak Lahey, Hollanda olarak belirlendiğine göre CAfA Tahkim Kuralları m. 44.1.h hükmünde bahsi geçen tahkim yeri ve kararın verildiği yerin farklı anlamlara gelmesi gerekmektedir. Oysa Hollanda tahkim hukuku uyarınca tahkim yeri ile hakem kararın verildiği yerin aynı anlama geldiği kabul edilmektedir¹³³. Eğer tahkim yeri taraflarca veya hakemlerce belirlenmez ise hakem kararın verildiği yer, tahkim yeri olarak kabul edilecektir¹³⁴. Bu sebeple CAfA Tahkim Kuralları m. 44.1.h hükmü uyarınca hakem kararında, m. 21.7 hükmü uyarınca tahkim yeri olarak Lahey, Hollanda yazılacak, istenirse taraflarca veya hakem kurulunca belirlenen hakem kararının verildiği yer de ayrıca yazılabilecektir. Fakat unutulmamalıdır ki bu durumda hakem kararının verildiği yerin, tahkim yeri üzerinde bir etkisi bulunmayacaktır.

CAfA Tahkim Kuralları m. 35.2, m. 45.1.b ve m. 59 hükümleri uyarınca da Hollanda mahkemelerinin tahkim yargılamalarına yardım ve müdahale konusunda yetkili olabilmeleri için tahkim yerinin Hollanda olarak belirlenmesi veya hakem kararın Hollanda'da verilmesi gerektiği açıkça düzenlemiştir¹³⁵. Bu kurallar da NIA Tahkim Kurallarından birebir alınmış hükümlerdir¹³⁶. NIA Tahkim Kurallarından

130 Yine bu görüş dâhilinde hakemlerin, uygun gördükleri hallerde tahkim yargılamasına ilişkin işlemleri Hollanda'da veya farklı bir ülkede gerçekleştirebilecekleri CAfA Tahkim Kuralları m. 21.8 hükmünde düzenlenmiştir.

131 CAfA Tahkim Kuralları m. 44.1.h.

132 NIA Tahkim Kuralları m. 44.1.h.

133 Hollanda Tahkim Kanunu m. 1037.1; Türk hukukunda da hakem kararının verildiği yerin, hakemliğin veya usulün gerçekleştiği yer olduğu ifade edilmektedir. Nomer (n 1) 565 dn.350.

134 Hollanda Tahkim Kanunu m. 1037.2; Lazic and Schluep (n 75) 656.

135 CAfA Tahkim Kuralları m. 35.2 hükmü uyarınca, özet karar usulü ile karar verilebilmesi için tahkim yerinin Hollanda olarak belirlenmesi gereklidir. CAfA Tahkim Kuralları m. 45.1.b hükmü uyarınca, hakem kararlarının tarafların talebi üzerine devlet mahkemesine tevdi edilebilmesi için hakem kararının Hollanda verilmiş olması gerekmektedir. CAfA Tahkim Kuralları m. 59 hükmü uyarınca da, Hollanda mahkemelerinin, Hollanda Tahkim Kanunda yer alan hükümler kapsamında, hakemlerin atanmasına ilişkin tahkim yargılamalarına yardım edebilmesi, taraflar arasında hakem seçiminde bir taraf aleyhine hüküm doğuran tahkim şartlarına ilişkin karar verebilmesi veya bir tanının dinlenilmesine yönelik karar verebilmesi için tahkim yerinin Hollanda olması gerektiği düzenlenmiştir.

136 NIA Tahkim Kuralları m. 35.2, m. 45.1.b ve m. 59.

tarafra tahkim yerini belirleme hakkı tanındığı için, ilgili kurallarda “eğer tahkim yeri Hollanda’da” veya “hakem kararı Hollanda’da verilmişse” ifadeleri yer almaktadır. Fakat CAfA Tahkim Kurallarında tahkim yeri olarak m. 21.7 hükmü uyarınca Lahey, Hollanda doğrudan belirlendiği için ilgili maddelerde belirtilen yetkilerin, CAfA Tahkim Kurallarına tabi yargılamalarda doğrudan ortaya çıktıkları kabul edilecektir. Bu sebeple, CAfA Tahkim Kurallarında yer alan düzenleme ile Hollanda tahkim hukukunun ve Hollanda mahkemelerinin tahkim yargılamaları üzerinde yetkili olmalarının özellikle hedeflendiği söylenilebilecektir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmünün nasıl değerlendirilmesi gerektiği hakkında, CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamalarda yer alan ifadelerle bakılabilecektir. CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada, kurumun Lahey, Hollanda’da bulunmasından ötürü tahkim yargılamalarının genel olarak Hollanda Tahkim Kanununa tabi olacağı ve Lahey mahkemelerinin kontrol ve denetleme yetkisinin olduğu vurgulanarak, tarafların farklı bir tahkim yeri seçebilecekleri belirtilmiştir¹³⁷. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere CAfA, tahkim yargılamalarının Hollanda hukukuna tabi olmasını ve Lahey mahkemelerinin tahkim yargılamaları hakkında yetkili devlet mahkemeleri olmalarını açıkça amaçlamaktadır. Açıklamada tahkim yargılamalarının Hollanda Tahkim Kanununa tabi olacağı ve yargılamalar hakkında Lahey mahkemelerinin yardım ve müdahale yetkisinin olacağı belirtildikten sonra tarafların tahkim yerini seçebileceklerinin söylenmesi, taraflarca sadece duruşmaların fiziki olarak nerede gerçekleştirilebileceğine yönelik tercih yapılabileceğini göstermektedir. Taraflar hukuki tahkim yeri olan Lahey, Hollanda’yı ve *lex loci arbitri* olan Hollanda hukukunu değiştirme yetkisine sahip değillerdir.

CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada yer alan bir diğer hükümde de tahkim yargılamalarında tahkim yerinin Hollanda olduğu ve Hollanda, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Anlaşması’na (New York Anlaşması) taraf devletlerden olduğu için, Anlaşmaya taraf devletlerce CAfA hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin mümkün olduğu vurgulanmıştır¹³⁸. Bir hakem kararının New York Anlaşması kapsamında tenfiz edilebilmesi için, temel kural, kararın tenfiz istenen devletten başka bir devlette verilmiş olmasıdır¹³⁹. CAfA, tahkim yerini Hollanda olarak belirlediği için hakem kararlarının Anlaşmaya taraf diğer devletler için doğrudan Anlaşma kapsamında olduğunu kabul etmektedir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmünün değerlendirilmesine geçmeden önce son olarak, Hollanda tahkim hukukunda tahkim yerine ilişkin hükümlerin kısaca değerlendirilmesi, CAfA Tahkim Kuralları kapsamında tahkim yerinin Hollanda olarak belirlenmesinin amaç ve sonuçlarını daha net ortaya koyabilecektir.

137 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 6.1.

138 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 10.2.

139 Nomer (n 1) 576; Akıncı (n 1) 451.

Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanununun (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) en son 1 Ocak 2015 tarihinde güncellenen dördüncü kitabında tahkim yargılamalarına uygulanacak hükümler düzenlenmiştir¹⁴⁰. Bu hükümler Hollanda Tahkim Kanunu (HTK) olarak da adlandırılmaktadırlar¹⁴¹. HTK uyarınca tahkim yargılamasına uygulanacak hükümler iki gruba ayrılmışlardır. HTK 1020-1073 hükümleri arasında yer alan birinci kısımda, tahkim yeri olarak Hollanda'nın belirlendiği tahkim yargılamalarına ilişkin hükümler; HTK 1074-1076 hükümleri arasında yer alan ikinci kısımda ise tahkim yeri olarak Hollanda'nın belirlenmediği tahkim yargılamalarına uygulanacak ve bu yargılamalar sonucunda verilen hakem kararlarının nasıl tanınıp tenfiz edileceğine ilişkin hükümler yer almaktadır¹⁴². HTK hükümlerinden de anlaşılabilceği üzere Hollanda tahkim hukukunda milli ve milletlerarası tahkim ayrımı yapılmamıştır¹⁴³. Bu sebeple HTK birinci kısımda yer alan hükümler ister milli ister milletlerarası olsun tahkim yerinin Hollanda olarak belirlendiği tahkim yargılamalarına uygulanmaktadır. Yani, HTK açıkça mülkilik ilkesini dikkate alarak düzenleme yapmıştır. Bir tahkim yargılamasında tahkim yerinin Hollanda olarak belirlenmesi halinde yargılama, HTK hükümlerine tabi olmakta ve Hollanda mahkemeleri yetkili hale gelmektedir¹⁴⁴. Eğer tahkim yargılamalarında tahkim yeri olarak Hollanda belirlenmezse de HTK ikinci kısmında belirtilen hususlar uyarınca Hollanda mahkemelerinin tahkim yargılamaları üzerinde sınırlı bir yetkileri olacak ve hakem kararları bu hükümler kapsamında tanınıp tenfiz edileceklerdir¹⁴⁵. Tahkim yerinin Hollanda olarak belirlenmediği tahkim yargılamalarında devlet mahkemelerinin sadece tahkim itirazına, ihtiyati tedbir kararı verilmesine, delil tespitine veya tanık dinlenilmesine ilişkin konularda tahkim yargılamasına yardım ve müdahale yetkilerinin olduğu kabul edilmiştir¹⁴⁶.

Hollanda hukuku uyarınca HTK hükümlerinin uygulanması için tahkim yeri olarak Hollanda'nın belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Tahkim yeri olarak Hollanda'nın belirlendiği tahkim yargılamalarında tarafların farklı bir devlet hukukunun usul kurallarını seçme imkânlarının bulunduğu fakat bu durumda ilgili usul kurallarının HTK kapsamında düzenlenen emredici kurallar dâhilinde değerlendirileceği, tahkim yeri Hollanda olarak belirlenmişken HTK hükümlerinden ve Hollanda Mahkemelerin tahkim yargılamaları üzerindeki yardım ve denetleme yetkisinden vazgeçilemeyeceği

140 Lazić and Schluep (n 75) 632.

141 ibid. Hollanda Tahkim Kanununun NIA tarafından yapılan İngilizce çevirisi, CAFa internet sitesinde yer almaktadır. İlgili çeviri için bkz. <<https://www.cafa.world/arbitration/legislation/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

142 Hollanda Tahkim Kanunu m. 1073.1; Eğer taraflarca tahkim yeri belirlenmemiş ve taraflardan birisinin yerleşim yeri veya ikametgâhi Hollanda'da ise birinci bölümde yer alan unsurların mahkemelerce dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Hollanda Tahkim Kanunu m. 1073.2.

143 Lazić and Schluep (n 75) 633.

144 Hollanda Tahkim Kanunu m. 1074.

145 Lazić and Schluep (n 75) 632.

146 Hollanda Tahkim Kanunu m. 1074a, m. 1074b, m. 1074c.

kabul edilmektedir¹⁴⁷. Benzer bir anlayış NIA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada da tekrarlanmıştır. Tahkim yargılamalarında tahkim yeri olarak farklı bir ülkenin belirlenebileceği ve bu durumda da NIA Tahkim Kurallarının uygulanabileceği, fakat tahkim yeri olarak Hollanda'dan farklı bir tahkim yeri belirlenir ise yargılamanın Hollanda Tahkim Kanuna tabi olmayacağı açıklamada vurgulanmıştır¹⁴⁸. Yani Hollanda tahkim hukuku ve NIA Tahkim Kuralları uyarınca, tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuk tespit edilirken, tahkim yeri dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır¹⁴⁹. Tahkim yeri olarak Hollanda belirlendiği müddetçe tahkim yargılamaları HTK hükümlerine tabi olacaktır. Bu sebeplerle, CAfA Tahkim Kuralları uyarınca tahkim yerinin doğrudan Lahey, Hollanda olarak belirlenmiş olmasının, tahkim yargılamalarının tabi olacağı hukukun ve yetkili devlet mahkemelerinin belirlenmesine yönelik bir düzenleme olduğu söylenebilecektir.

Yukarıda verilen bütün hususlar birlikte değerlendirildiğinde, CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmü uyarınca, taraflara tahkim yerini belirleme hakkının verilmediği görülmektedir. Taraflar CAfA tahkim yargılamasını seçtikten sonra aralarında bir tahkim yeri belirleseler dahi belirlenen bu tahkim yeri, m. 21.7 hükmü kapsamında belirlenen hukuki tahkim yerini değiştirmeyecek sadece tahkim yargılamasına ilişkin usuli işlemlerin fiilen farklı bir yerde gerçekleştirilmesine yönelik talep olarak kabul edilecektir¹⁵⁰. CAfA kapsamında yapılan yargılamalar ve bu yargılamalar sonucunda verilen hakem kararları, Hollanda hukukuna, daha doğrusu Hollanda Hukuk Muhakemeleri Kanunu dördüncü bölüm birinci kısmında yer alan HTK hükümlerine tabi olacaklardır. CAfA hakem kararları HTK hükümleri uyarınca iptal davalarına konu olabilecek, farklı ülkelerde ise tanıma tenfiz davalarına konu olabileceklerdir.

CAfA, Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmü uyarınca tahkim yerini doğrudan belirleyerek, tahkim yargılamaları ve hakem kararları arasında bir bütünlük oluşturulmasını, tahkim yargılamalarının ve hakem kararlarının tabi olacağı hukuka ilişkin tartışmaların önlenmesini, Lahey mahkemelerinin sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında uzmanlaşmasını ve Lahey'in sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözüm merkezi haline gelmesini amaçlamaktadır¹⁵¹. Milletlerarası alanda mesleki veya sektörel tahkim kurumlarının kurallarında veya özel uyuşmazlık türleri için kurulmuş tahkim kurumlarının kurallarında benzer düzenlemeler ile

147 Lazić and Schlupep (n 75) 656.

148 NIA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 14.1.

149 Yine NIA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun tahkim yeri tarafından belirleneceği vurgulanmıştır. Eğer tahkim yeri olarak Hollanda seçilir ise Hollanda hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. NIA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 3.5.

150 Born (n 1) 113; Kaufmann-Kohler (n 124) 346; Tekinalp (n 1) 450.

151 Aynı yönde CAfA Tahkim Kuralları m. 61 hükmü uyarınca da taraflar ile hakemler, hakemler tarafından atanan uzman kişiler, NIA, AiA ve CAfA ile arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda; yine bu kurumların hakemler ve hakemler tarafından atanan uzman kişiler ile aralarında çıkan uyuşmazlıklarda, Hollanda Hukukunun ve Hollanda Rotterdam Bölge Mahkemelerinin (Rotterdam District Court) özel yetkili olduğu düzenlenmiştir.

karşılaşmak mümkündür¹⁵². Örneğin spor uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik CAS kapsamında CAS Tahkim Kodu uyarınca da tahkim yerinin Lozan, İsviçre olduğu doğrudan belirlenmiştir¹⁵³. Bu düzenleme; tahkim yargılamaları üzerinde yetkili hukukun ve yetkili devlet mahkemelerinin belirlenmesi, hakem kararına karşı gidilebilecek kanun yollarının net şekilde ortaya konulması, yargılamalarda usuli yeknesaklığın sağlanması ve bütün taraflar için objektif bir hukukun elde edilmesi amacını taşımaktadır¹⁵⁴. CAfA da benzer amaçlarla tahkim yerinin taraflarca irade serbestisi kapsamında değiştirilmesine izin vermeden tahkim yerini doğrudan Lahey, Hollanda olarak belirlemiştir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmü her ne kadar tahkim yargılamaları ve hakem kararları hakkında bir yeknesaklığın sağlanması amacı taşısa da farklı olumsuzluklara sebebiyet verebilecektir. Öncelikle, milletlerarası alanda taraflar bir tahkim yeri ve tahkim hukukunu seçerken o yer hukukunun tahkim hukuku alanında ne kadar gelişmiş olduğu veya o tahkim yerinin ne kadar tahkim dostu olduğunu değerlendirirler¹⁵⁵. Günümüzde Hollanda tahkim hukukunun, milletlerarası alanda en çok tercih edilen hukuklardan olduğu veya Hollanda'nın tahkim dostu ülkelerden biri olduğu doğrudan söylenemeyecektir. Bu sebeple taraflara, tahkim yeri olarak objektif veya tahkim dostu olduğunu düşündükleri bir yer hukukunu seçme imkânının tanınması, kurumun sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası alanda etkili bir kurum olma amacını daha fazla destekleyebilirdi. Yine, yargılamaların zorunlu olarak Hollanda hukukuna tabi kılınması, yargılamalar veya hakem kararları hakkında ortaya çıkacak uyuşmazlıkları Hollanda'da çalışan avukatların iş alanına giren bir mesele haline getirmektedir. Bu durum da kurumun ve kurallarının seçilmesinde bir dezavantaj olarak görülebilecektir. Bu sayılan sebeplerle, CAfA Tahkim Kuralları tarafından, tarafların irade serbestisi kapsamında yaptıkları en önemli tercih olan tahkim yerine ilişkin tercih hakkının kısıtlanması, kurumun tercih edilmesi hakkında olumsuz bir unsur olarak ortaya çıkabilecektir.

Türk tahkim hukuku uyarınca, genel olarak mülkîlik ilkesi kabul edilmekte ve tahkim yeri olarak Türkiye'nin belirlendiği tahkim yargılamalarında 4686 sayılı

152 Hububat ve Yem Ticareti Birliği Tahkim Mahkemesi (The Grain and Feed Trade Association Arbitration Tribunal (GAFTA Arbitration Tribunal)) Tahkim Kuralları m. 1.2 hükmü uyarınca tahkim yeri doğrudan İngiltere olarak belirlenmiştir. Tahkim kuralları için bkz. <<https://www.gafta.com/arbitration>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021. Yine Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi (The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal) Tahkim Kuralları m. 8 hükmü uyarınca tahkim yeri doğrudan İngiltere olarak belirlenmiştir. Tahkim kuralları için bkz. <<http://www.sugarassociation.co.uk/rsa-rules.php>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021. Bu tahkim kurumları, belirli bir sektörü ilgilendirdikleri ve kendi üyeleri arasındaki tahkim yargılamalarına ilişkin yeknesak bir tutum elde etmeyi amaçladıkları için tahkim yerinin tahkim kuralları kapsamında doğrudan belirlenmesi haklı bir sebebe dayanmaktadır.

153 Kocasakal (n 4) 238; Şanlı (n 1) 418; Kaufmann-Kohler (n 124) 348. CAS Tahkim Kodu R28. CAS Tahkim Kodu için bkz. <<https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

154 Kaufmann-Kohler (n 124) 348; Murat Nart Bozkurt, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Milletlerarası Spor Tahkim Mahkemesi' (2010) 10 Ankara Barosu Dergisi 165, 172. Tahkim yerinin kural olarak sabitlenmiş olmasının, olimpiyat oyunları kapsamında farklı şehirlerde gerçekleşen tahkim yargılamaları arasında birliktelik sağladığı da özellikle vurgulanmaktadır. Kocasakal (n 4) 241.

155 Born (n 1) 123 vd.

Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) hükümleri uygulanmaktadır¹⁵⁶. Yani tahkim yeri Türkiye olan tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararları MTK ile iptal davalarına konu olabileceken, tahkim yeri Türkiye olmayan tahkim yargılamaları sonunda verilen hakem kararları yabancı hakem kararları olarak tanıma tenfiz davalarına konu olacaklardır¹⁵⁷. CAfA Tahkim Kuralları m. 21.7 hükmü uyarınca tahkim yeri Hollanda olarak kabul edildiği için CAfA hakem kararları Türk hukuku açısından yabancı hakem kararları olarak kabul edilecek, Türk mahkemeleri önünde iptal davasına konu olamayacak, sadece tanıma tenfiz davalarına konu olabilecektir.

CAfA tarafından verilen hakem kararlarının Türkiye’de icra edilebilmeleri için bir tanıma tenfiz kararına ihtiyaç duyulacaktır. CAfA tahkim kararları hakkında açılacak tanıma tenfiz davası, Türkiye’nin de taraf olduğu New York Anlaşması hükümleri uyarınca karara bağlanacaktır. New York Anlaşması kapsamında bir hakem kararının tenfiz edilmesi için kararın tenfiz ülkesi dışında verilmiş olması veya kararın tenfiz istenilen devlette milli olarak kabul edilmemesi gerekmektedir¹⁵⁸. Yine hakem kararının, Türkiye’nin Anlaşmaya koyduğu çekinceler sebebiyle, akit bir devlette verilmiş olması ve ticari uyuşmazlıklara ilişkin olması gerekmektedir¹⁵⁹. CAfA hakem kararları hakkında Türk mahkemelerinde açılan tenfiz davalarında; hem Hollanda hem Türkiye New York Anlaşmasına taraf olduğu, CAfA Tahkim Kuralları uyarınca tahkim yeri Hollanda olarak sabitlendiği ve hakem kararı büyük ihtimalle bir ticari bir uyuşmazlığa ilişkin olacağı için New York Anlaşması hükümleri kapsamında değerlendirme yapılacaktır.

3. Hakemlerin Seçimine İlişkin Kural ve Sonuçları

Milletlerarası tahkim yargılamalarında taraflar, tahkim yargılamalarını yürütecek hakemleri belirleme konusunda geniş bir irade serbestisine sahiptirler¹⁶⁰. Hakemlerin kim olacağına, nasıl belirleneceğine, sayısına, niteliklerine dair birçok konuda taraflar tercihlerde bulunabileceklerdir. Fakat bu irade serbestisine ilişkin, milletlerarası alanda yer alan düzenlemeler ve uygulamalar ile kimi yaygın kısıtlamalar getirilmiştir. Hakemlerin sayıları, nasıl atanacakları veya niteliklerine dair getirilen kısıtlamalar, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarını etkilemediği sürece genel kabul gören kısıtlamalardır.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca taraflar, milletlerarası tahkim hukukunda yer alan genel düzenleme ve uygulamaya paralel olarak, hakemleri belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptirler¹⁶¹. Fakat bu irade serbestisi CAfA kuruluş amaç ve niteliği

156 Şanlı (n 1) 340; Akıncı (n 1) 239.

157 Nomer (n 1) 564; Akıncı (n 1) 452; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 708.

158 Nomer (n 1) 576; Şanlı (n 1) 428; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 707.

159 Nomer, Ekşi and Öztekin Gelgel (n 1) 111; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 707–708.

160 Born (n 1) 130; Şanlı (n 1) 363; Akıncı (n 1) 202.

161 CAfA Tahkim Kuralları m. 13.6.

göz önünde bulundurularak, milletlerarası alanda kabul edilmiş, hakem kararlarının tanınma ve tenfizinde sorun çıkarma ihtimali yüksek olmayan kimi kısıtlamalara tabi tutulmuştur. Örneğin, CAfA Tahkim Kuralları m. 12.2 hükmü uyarınca uyuşmazlık konusu talep, 1.500.000 dolar üstü ise ve tahkim yargılamalarının taraflarca tek hakem tarafından yürütülmesi kararlaştırılmadığı müddetçe, hakem kurulu üç kişiden oluşacaktır¹⁶². Bu kural, sanat eserlerine ilişkin karmaşık uyuşmazlıkların çözümünde tek bir hakem yerine birden fazla hakemin görüşünün aranması gerektiğine dair var olan genel kabulün bir sonucudur¹⁶³. Kural uyarınca, tahkim yargılamasını yürütecek hakem sayısı belirlenirken uyuşmazlığa konu sanat eserinin değeri dikkate alınacaktır¹⁶⁴. Eserin değeri hakkında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar hakkında da NIA özel olarak değerlendirme yapacaktır¹⁶⁵. Eserin değerinin tespitine ilişkin NIA tarafından yapılacak değerlendirmeye ilişkin CAfA Tahkim Kurallarında veya CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada özel bir hüküm yer almamaktadır. CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada ilgili değerlendirmenin NIA yönetim kurulu tarafından belirlenecek kişi tarafından yapılacağı belirtilirken, değerlendirilmenin nasıl yapılacağı konusunda bir ifadeye yer verilmemektedir. Değerlendirme yapılırken, hangi usul izlenirse izlensin, adil yargılanma hakkı kapsamında, taraflara görüşlerini ileri sürme veya ilgili karara itiraz edebilme imkânı tanınmalıdır. Tahkim kurumlarının kurallarının nasıl uygulanacağına dair sahip oldukları kontrol yetkisi kapsamında, NIA tarafından eserin değeri ve dolayısıyla hakemlerin sayısına ilişkin verilen kararların, taraflar ve hakemler için bağlayıcı bir etkiye sahip olduğu söylenebilecektir. Yine CAfA Tahkim Kuralları m. 11.7 hükmü uyarınca tek hakemin atandığı tahkim yargılamalarda hakemin veya üç kişilik bir hakem kurulunun belirlendiği tahkim yargılamalarında başkan olarak görev yapacak hakemin, hukuk eğitiminin olması gerektiği emredici olarak düzenlenmiştir¹⁶⁶. Aksinin taraflarca kararlaştırılmayacağına açıkça belirlendiği bu kuralın, CAfA Tahkim Kuralları düzenlenirken esas alınan NIA Tahkim Kurallarında yer almaması, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde hukukçu hakemlerin öncelikli olarak aranacağını göstermektedir. CAfA Tahkim Kuralları uyarınca hakemlerin hukukçu olmalarının aranması, CAfA kuruluş amaçlarından biri olan, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların konusunda uzman kişilerce çözümlenmesi amacına aykırılık teşkil ediyor gibi görünebilecektir. Fakat CAfA tarafından belirlenen hakem listesinde yer alan kişilerin hem hukuk eğitimine hem de sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında deneyime sahip oldukları göz önüne alındığında kuralın, kurumun sağlamaya çalıştığı özel yargılama yöntemine aykırılık teşkil etmediği görülecektir.

162 CAfA Tahkim Kuralları m. 12.2.

163 Kadhim (n 25) 231.

164 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 5.2.

165 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 5.2. Doktrinde, eğer sanat eseri gerçek değil ise değerinin sıfır olma ihtimali bulunduğundan ilgili kural kapsamında belirlenen değerın yargılama masraflarını olumsuz olarak etkileyebileceği söylenmektedir. Kadhim (n 25) 232.

166 CAfA Tahkim Kuralları m. 11.7.

CAfA Tahkim Kurallarında hakemlerin belirlenmesine ilişkin özel bir kapalı liste kuralı da düzenlemiştir. Milletlerarası alanda hizmet veren tahkim kurumları, genellikle, tahkim yargılamalarını yürütebilecek hakemlere dair bir liste oluştururlar¹⁶⁷. Bununla birlikte tarafların, kurumlarca belirlenen hakem listesi haricinde hakem tercih edebilecekleri kabul edilmektedir. Fakat mesleki tahkim birliklerinin tahkim kurallarında veya özel bir uyuşmazlık türüne bakan tahkim kurumlarının kurallarında, hakemlerin belirlenen listeden seçimlerinin zorunlu tutulmasına yönelik, kapalı liste uygulamalarına rastlamak mümkündür. Örneğin Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi (The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal) Tahkim Kuralları m. 9 hükmü uyarınca, Birlik Konseyi ve Sekreteryası hakem listesinden hakem seçmek suretiyle tahkim mahkemesini oluşturmaktadır¹⁶⁸. Bu durum, kurumun birliğe ilişkin bir tahkim kurumu olması ve yargılamanın birlik tarafından yürütülmesinden kaynaklanmaktadır¹⁶⁹. Yine spor uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik CAS tahkimi kapsamında CAS Tahkim Kodu uyarınca, hakemler kurum tarafından belirlenen listeden seçilebilmektedir¹⁷⁰. Bu durum da özel olarak spor uyuşmazlıklarına ilişkin hizmet veren kurumun, bünyesinde yürütülen yargılamaların spor hukuku hakkında yeterlilikleri teyit edilmiş hakemlerce yürütülmesi amacından kaynaklanmaktadır¹⁷¹. CAfA da özel bir uyuşmazlık türüne bakan tahkim kurumu olarak kapalı liste uygulamasına dair bir düzenleme getirmiştir. CAfA Tahkim Kuralları m. 11.6 hükmü uyarınca, tarafların tahkim yargılamalarını yürütmek üzere istedikleri her hakemi değil, sadece NIA ve CAfA Kurulu tarafından belirlenmiş listede yer alan hakemleri seçebilmelerine imkân tanınmaktadır¹⁷².

CAfA kapsamında sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların, konu hakkında uzman olmayan hakemler yerine konu hakkında bilgili ve deneyimli hakemlerce çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Bu amaçla, taraflarca seçilebilecek hakemlere ilişkin CAfA tarafından bir liste oluşturulmuştur¹⁷³. Bu listedeki hakemler CAfA Kurulu ve NIA tarafından seçilmektedirler¹⁷⁴. CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada, listede yer alan hakemlerin, milletlerarası alanda sanat hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ve milletlerarası tahkim alanında deneyimli avukatlardan seçildiği belirtilmektedir¹⁷⁵. CAfA hakem listesinde yer almak için başvuruçuların, avukat, hâkim veya akademisyen olması ve sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında en az iki buçuk yıl deneyim

167 Hakem listesi düzenleyen tahkim kurumları için bkz. Şanlı (n 1) 394 vd.

168 Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi (The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal) Tahkim Kuralları için bkz. <<http://www.sugarassociation.co.uk/rsa-rules.php>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

169 Şanlı (n 1) 415.

170 Kocasakal (n 4) 249; Bozkurt (n 155) 175. CAS Tahkim Kodu R40.

171 Kocasakal (n 4) 249.

172 CAfA Tahkim Kuralları m. 11.6.

173 CAfA tarafından belirlenen hakem listesi için bkz. <<https://www.cafa.world/arbitration/pool/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021. Listedeki 06.2021 tarihi itibarıyla 232 tane hakem bulunmaktadır.

174 CAfA Tahkim Kuralları m. 1.1.

175 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 2.1 ve 5.1.

sahibi olmaları aranmaktadır¹⁷⁶. Hakemlerin uzman olmasının arandığı konular olarak da; sanat eserlerinin otantikliğine, sanat eserlerinin müzayedelerde veya özel olarak satımlarına, fikri haklara, sigorta sözleşmelerine, vergi problemlerine, gümrük problemlerine, kanunlar ihtilafı problemlerine ilişkin uyuşmazlıklar sayılmaktadır. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde hakem olarak belirlenebilecek kişilere dair bir liste oluşturulması CAFA kuruluş amacı ile uyumludur. Fakat sorun, tarafların önceden belirlenen liste harici hakem belirleyemeyecek olmasıdır. Hakemlerin seçilmesine ilişkin getirilen bu kural, hakem kararları hakkında açılacak iptal veya tanıma tenfiz davalarında, hakemlerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına aykırılık teşkil edebileceği gerekçesiyle sorun çıkartabilecektir. Bu sebeple kuralın ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

CAFA tahkim yargılamalarında, çok istisnai durumlarda, CAFA tarafından belirlenen listede yer almayan bir hakemin tahkim yargılamasını yürütmek üzere seçilebileceği, kurallar kapsamında kabul edilmiştir¹⁷⁷. Bu istisnai hallere örnek olarak, CAFA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada, bir uyuşmazlık hakkında özel bir uzmanlığa sahip hakemin talep edilmesi ve bu uzmanlığa sahip hakemin CAFA tarafından belirlenen listede yer almaması örnek olarak gösterilmiştir¹⁷⁸. CAFA Tahkim Kuralları m. 13.4 hükmü uyarınca tarafların, istisnai hallerde, belirlenen liste dışından nasıl hakem belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. Tahkim yargılamasının listede yer almayan bir hakem tarafından yürütülmesine dair talebe ilişkin taraflar dinlendikten sonra CAFA Kurulunun görüşü alınarak NIA tarafından konu hakkında bir karar verileceği; eğer ilgili talep reddedilirse tarafların yine CAFA tarafından belirlenen listeden hakem seçmeleri gerektiği kabul edilmiştir¹⁷⁹. Fakat, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tek özel tahkim kurumunun CAFA olması ve CAFA tarafından belirlenen listedeki hakemlerin sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında milletlerarası alanda uzman ve deneyimli profesyoneller olması sebebiyle, ilgili istisnai kuralın uygulamasının çok nadir olacağı öngörülebilecektir.

Tahkim yargılaması başladıktan sonra taraflarca hakem belirlenmez veya belirlenemez ise CAFA Tahkim Kuralları m. 14 ve devamı hükümlerinde bulunan liste yöntemi ile tahkim yargılamalarını yürütecek hakemler belirlenecektir¹⁸⁰. Tarafların, kurallar uyarınca, liste yöntemi ile kendilerine sunulan hakemlere itiraz etme hakları bulunmaktadır¹⁸¹. Tarafların kendilerine sunulan hakem listesine yaptıkları itirazlar

176 CAFA tarafından hakemlerde aranacak kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.cafa.world/arbitration/arbitrators/>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

177 CAFA Tahkim Kuralları m. 11.6.

178 CAFA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 5.1.

179 CAFA Tahkim Kuralları m. 13.4. Bu istisnai halde belirlenecek hakemin, CAFA Tahkim Kuralları m. 11.7 hükmü uyarınca hukuk eğitimine sahip olmasının gerekip gerekmediğine ilişkin kurallar kapsamında bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat, CAFA Tahkim Kurallarının hakemlerin hukuk eğitimine sahip olmasını emredici olarak düzenlemesi göz önünde bulundurulurken, istisnai durumlarda da atanacak hakemlerin hukuk eğitimine sahip olmalarının aranacağı öngörülebilecektir.

180 CAFA Tahkim Kuralları m. 14.

181 CAFA Tahkim Kuralları m. 14.2.

sonucu ortak hakem tespit edilemez veya taraflarca itiraz edilmeyen hakemler görevi kabul etmez veya edemez ise tahkim yargılamasını yürütecek hakem veya hakemler, NIA tarafından doğrudan belirlenebilecektir¹⁸². NIA isterse, önceden belirlenmiş hakem listesinde yer almayan bir hakemi, tahkim yargılamasını yürütmek üzere belirleme yetkisine sahiptir¹⁸³. Yani hakemlerin belirli bir listeden seçilmesine dair zorunluluk sadece taraflar için geçerli olup, NIA tarafından hakem belirlenmesinin gerektiği hallerde NIA, liste dışından hakem belirleyebilecektir. Bu istisna, hakemlerin bir listeden seçilmesi kuralının tahkim yargılamalarının işleyişini aksatmaması, hakem belirlenmesine ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların kurum tarafından hızlı bir şekilde çözülebilmesi için önemlidir. Tarafların liste dışından hakem belirleyemezken kurumun liste dışından hakem belirleyebilmesine yönelik yetkinin, tarafların, tahkim yargılamalarının etkili bir şekilde yürütülmesine yönelik kuruma verdikleri yetki dâhilinde olduğu kabul edilebilecektir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 11.6 hükmü uyarınca, tarafların istedikleri hakem veya hakemleri seçme iradelerinin kısıtlanmasının, daha doğrusu tahkim yargılamasını yürütmek üzere sadece kapalı listeden hakem seçilmesine izin verilmesinin, adil yargılanma hakkına, özellikle tarafların eşitliği veya hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasına aykırılık teşkil edip etmediğine, genel hukuk kurallarına ve diğer CAfA Tahkim Kurallarına bakılarak karar verilmelidir.

Tahkim yargılamalarında tarafların usuli işlemlere etki edebilme konusunda eşit haklara sahip olmaları gerekmektedir¹⁸⁴. CAfA Tahkim Kuralları m. 11.6 hükmünün taraflar arasında eşitliğe aykırı bir sonuç ortaya çıkaracağına söylenmesi ise çok mümkün değildir. Öncelikle taraflar uyuşmazlıklarının CAfA tarafından çözümlenmesini istediklerinde, CAfA Tahkim Kuralları dâhilinde kimi kısıtlamalara tabi olacaklarını öngörebilmelilerdir. Bu kısıtlamalar, tarafların arasındaki uyuşmazlık hakkında özel bir yargılamanın sürdürülebilmesi için getirilmiş kurallardır. Yani tarafların CAfA tahkimini seçmiş olma sebepleri zaten bu kısıtlamalar ve bu kısıtlamalar kapsamında gerçekleştirilen yargılamalardır. Yine, milletlerarası alanda tahkim yargılamalarını yürütecek hakemlerin belirlenmesinde bir taraf lehine haksız durum ortaya çıkaran hükümlerin geçerli olmayacağı genel kabul edilmiş kuraldır¹⁸⁵. Yani tarafların, hakemlerin seçiminde eşit haklara sahip olmaları gerekmektedir. Bu kural Hollanda Tahkim Kanunda da açıkça düzenlemeye tabi tutulmuştur¹⁸⁶. CAfA Tahkim Kuralları içinde yer alan hakemlerin seçimine ilişkin kısıtlamanın doğrudan taraflar arasındaki eşitliğine aykırılık teşkil ettiği de söylenemeyecektir. İlgili kısıtlama

182 CAfA Tahkim Kuralları m. 14.3.

183 CAfA Tahkim Kuralları m. 11.6.

184 Tekinalp (n 1) 455; Akıncı (n 1) 234; Süheyla Balkar Bozkurt, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (On iki Levha Yayıncılık 2016) 389.

185 Nomer (n 1) 570 dn.361; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 694.

186 Hollanda Tahkim Kanunu m. 1028.1.

her iki taraf için de geçerlidir ve taraflar bu kısıtlamaya CAfA Tahkim Kurallarını seçtikleri için tabidirler. Bu sebeple ilgili kısıtlamanın taraflar arasında bir eşitsizliğe sebep olduğundan bahsedilemeyecektir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 11.6 hükmünün taraflar arasında bir eşitsizlik ortaya çıkarmayacağı açık olsa da ilgili kuralın hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığını etkileyip etkilemeyeceği daha zor bir sorudur. Tahkim yargılamalarını yürüten hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmaları gerekliliği milletlerarası alanda ve Hollanda tahkim hukukuna kabul edilmiş, NIA ve CAfA Tahkim Kuralları dâhilinde düzenlenmeye tabi tutulmuştur¹⁸⁷. CAfA Tahkim Kuralları m. 11.2 hükmü uyarınca hakemler, tahkim yargılamalarını tarafsız ve bağımsız bir şekilde yürütmelilerdir¹⁸⁸. Tahkim yargılamalarını yürütecek hakemler, ister listeden isterse liste dışından seçilsin, görevlerini ifa ederken tarafsız ve bağımsız olarak hareket etmek zorundadırlar¹⁸⁹. Ayrıca CAfA Tahkim Kuralları uyarınca, kim tarafından veya nasıl seçildiklerinden bağımsız olarak, tarafsızlık ve bağımsızlıklarına ilişkin bir şüphe ortaya çıkan hakemlerin reddi imkânı bulunmaktadır¹⁹⁰. Kurallar dâhilinde taraflar, hem hakem belirlerken hem de yargılama devam ederken hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkında değerlendirme yapma ve itirazda bulunma hakkına sahiptirler. Bu sebeplerle bir hakemin CAfA tarafından belirlenen listeden seçilmesinin, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları üzerinde doğrudan bir etkisinin olduğunun söylenmesi de çok mümkün değildir.

Tahkim yargılamalarının veya hakem kararlarının ne kadar başarılı oldukları, seçilen hakemlerin nitelikleri ile doğru orantılıdır. Bu sebeple bir uyuşmazlık hakkında uzman ve deneyimli kişilerin hakem olarak seçilmelerinin yargılamalarının başarısını ve hakem kararlarının etkinliğini doğrudan etkileyeceği aşikârdır. Bununla birlikte bir tahkim kurumunun hakemlerin seçimine yönelik kapalı liste uygulamasını zorunlu kılması, tahkim yargılamalarının belirli bir zümrenin etkisi altında kalmasına sebep olabileceği için bu durumun, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığını etkileyebileceği söylenebilecektir¹⁹¹.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca kapalı liste uygulamasının hakemlerin tarafsızlıklarına ve bağımsızlıklarına nasıl etki edebileceğinin tespiti için Uluslararası Barolar Birliği (International Bar Association (IBA)) tarafından düzenlenen Milletlerarası Tahkimdeki Menfaat Çatışmalarına İlişkin IBA İlkelerine (IBA İlkeleri) bakılarak bir değerlendirme yapılabilecektir¹⁹². IBA İlkeleri uyarınca

187 Born (n 1) 138; Nomer (n 1) 570; Lazic and Schlupe (n 75) 652; Antonio Rigozzi, 'Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport' (2010) 1 Journal of International Dispute Settlement 217, 236.

188 CAfA Tahkim Kuralları m. 11.2; Aynı kural, NIA Tahkim Kuralları m. 11.2 hükmünde de yer almaktadır.

189 Bozkurt (n 185) 355; Kocasakal (n 4) 253.

190 CAfA Tahkim Kuralları m. 19.1.

191 Kadhim (n 25) 232; Rigozzi (n 188) 239.

192 IBA İlkelerinin Türkçe çevirileri için bkz. <<https://www.ibanet.org/resources>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021.

tahkim yargılamalarında görünüşte veya fiilen bir menfaat çatışmasının bulunmadığı haller yeşil liste adı altında sayılmış ve hakemlerin bu hallerde isterlerse tarafları bilgilendirebilecekleri düzenlenmiştir. Hakemler ve taraf vekillerinin aynı mesleki kuruluşa veya sosyal kurum ya da hayır kurumlarına üye olması, sosyal medya ağları vasıtasıyla irtibatının bulunması veya hakem ve taraflardan birinin vekilinin, önceden bir davada hakem olarak birlikte görev yapmış olması gibi durumların hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını doğrudan etkilemeyeceği İlkeler kapsamında kabul edilmiştir. Fakat sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar konusunda deneyimli kişi sayısının azlığı ve kurum tarafından belirli bir listeden hakem seçilmesinin zorunlu kılınması, belirli bir süre sonra aynı kişilerin taraf vekili veya hakem olarak seçilmelerine, bu seçilen hakemler ile taraf vekilleri veya taraflar arasında menfaat çatışmalarının ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Her ne kadar taraf vekilleri ve hakemler arasındaki ilişkilerin tek başına hakemlerin tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını etkilemeyeceği söylenebilecekse de bu durumun farklı unsurlar ile desteklenmesi halinde hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında şüphe ortaya çıkabilecektir. Hakemlerin aynı kurumlara üye olmaları ve bu kurumun üyeleri arasında özel bir bilgi paylaşımının olması, tahkim yargılamalarında hakemlerin aynı kurumdan seçilmesi, hakemlerin aynı sosyal çevreden gelmesi gibi hususlar hakemlerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin şüphelerin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Özellikle bu hususların farklı tahkim yargılamalarında sistematik bir hale gelmesi hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları konusunda sorun çıkartabilecektir¹⁹³. IBA İlkelerinde turuncu listede yer alan; bir hakemin son üç yıl içerisinde taraflara danışmanlık hizmeti sağlaması, taraflardan birinin vekilliğini yapmış olması, taraflarca iki veya daha fazla sefer hakem olarak atanmış olması, hakem ve diğer bir hakemin aynı hukuk bürosunda faaliyet gösteren avukatlar olması veya hakem ve taraflardan birinin vekili arasında yakın arkadaşlık ilişkisinin bulunması halleri haklı şüpheye sebebiyet verebilecek hususlar olmaları sebebiyle tarafların konu hakkında bilgilendirilmesi ve tarafların konu hakkında ilgili hakem ile yargılamaya devam edilmesi konusunda rıza göstermeleri halinde yargılamaya devam edilebileceği düzenlemiştir. Bu hususların kapalı liste uygulaması olmayan tahkim kurumlarının yargılamalarında da ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. Fakat kapalı liste yöntemi, bu olasılıkların gerçekleşme ihtimalini arttırmaktadır. Özellikle sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklara dair kapalı bir piyasada ilgili menfaat çakışmaları ile hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkında şüphelerin ortaya çıkması olası hale gelecektir. Bu sebeple de CAFA Tahkim Kuralları ile yürütülen bir yargılama sonunda verilen hakem kararında hakemlerin tarafsızlıklarına ve bağımsızlıklarına ilişkin değerlendirmenin, hakemlerin tarafsızlıklarına ve bağımsızlıklarına ilişkin yapılacak genel bir değerlendirmeden daha sıkı yapılması gerektiği de söylenebilecektir¹⁹⁴.

193 Rigozzi (n 188) 238.

194 ibid 239.

Yine kapalı liste uygulamasında listenin belirli kişi veya kişilerce hazırlanmasının kurumun tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyebileceği, tarafların kendi dillerini konuşan, kendi ülkesinden bir uzmanı hakem olarak atayabilmesinin kurumun tercih edilmesini sağlayabileceği ileri sürülerek, kapalı liste uygulaması eleştirilmektedir¹⁹⁵. Kurumun tarafsızlık ve bağımsızlığı ile yürütülen tahkim yargılamalarında hakemlerin tarafsızlığı veya bağımsızlığından öte kurumun niteliği ve kuruma duyulan güven ifade edilmektedir. Kapalı liste uygulamasının olmadığı bir tahkim kurumu hakkında, taraflarda kurumun tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olmasına dair güvenin oluşacağından ve bu güvenin sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda CAfA tahkim yargılamalarının tercih edilmesini sağlayacağından bahsedilebilecektir.

Sanat eserlerine ilişkin bir piyasa bulunmakta ve sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında verilen kararların bu piyasada kabul görmesi gerekmektedir. Bu sebeple, sanat eserlerine ilişkin bir uyuşmazlık hakkında karar verilirken bu piyasa dâhilinde değerlendirme yapılması ve bu piyasa dâhilindeki aktörler tarafından karar verilmesi, kararın kabul edilmesini ve etkinliğini arttıracaktır. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklara özel bir tahkim kurumunun kurulmasının amaçlarından bir tanesi de tam olarak budur. Yani yargılamaların belirli bir zümrenin etkisi dahilinde olması, sanat piyasasının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Tahkim yargılamaları açısından önemli olan, seçilen hakemlerin görevlerini tarafsız ve bağımsız olarak yerine getirip getirmediğidir. Bunu sağlamaya yönelik, taraflar hakemlere itiraz hakkına sahip oldukları ve bu haklarını kullanabildikleri müddetçe, hakemlerin bir listeden seçilmesinin doğrudan hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin sorun çıkaracağı söylenemeyecektir. Bu durum yalnızca, hakemlerin tarafsızlıkları ve bağımsızlıklarına ilişkin yapılacak bir değerlendirmenin daha sıkı yapılmasına sebep olabilecektir.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca hakemlerin bir listeden seçilmesi gerekliliğine ilişkin kural, Türk hukukunda, CAfA hakem kararları hakkında bir tanıma tenfiz davası açıldığında tartışma konusu olabilecektir. CAfA hakem kararları hakkında Türk mahkemelerinde açılacak bir tanıma tenfiz davası, yukarıda belirttiğimiz üzere, New York Anlaşması kapsamında değerlendirilecektir. New York Anlaşması V(1)(b) hükmü uyarınca tahkim yargılamalarının adil yargılanmaya ilişkin hususlara uygun olması ve V(2)(b) hükmü uyarınca hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Hakemlerin tahkim yargılamalarını yürütürken tarafların adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden eylemleri kararın tenfiz edilmesine engel olacaktır¹⁹⁶. Yine hakemlerin tarafsız veya bağımsız olmama hallerinin kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği ve hakem kararının New York Anlaşması hükümleri uyarınca tenfiz edilmeyeceği söylenebilecektir¹⁹⁷. Türk mahkemelerinde açılan

195 Kocasakal (n 4) 249, 267.

196 Şanlı (n 1) 480.

197 ibid 518; Nomer (n 1) 570; Akıncı (n 1) 547; Bozkurt (n 185) 387.

bir davada, hakemlerin bir listeden seçilmesinin zorunlu tutulmasının yukarıda sayılan sebeplerden ötürü doğrudan bir tenfiz engeli oluşturacağı söylenemeyecektir. Eğer ilgili kural kapsamında tarafların adil yargılanma haklarına aykırı bir durum meydana gelmiş veya hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları ihlal edilmiş veya tarafların eşitliğine aykırı işlem yapılmış ise tenfiz davalarında hakem kararlarına ilişkin yapılan genel değerlendirmeye benzer olarak kararın tenfiz edilmemesi mümkün olacaktır¹⁹⁸. Bu değerlendirme yapılırken hakemlerin kapalı bir listeden seçilmesi sebebiyle daha sıkı bir değerlendirme yapılabilecektir fakat hakemlerin kurum tarafından belirlenen bir listeden seçilmesi zorunluluğu doğrudan bir tenfiz engeli teşkil etmeyecektir.

Son olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da devlet mahkemelerinde, New York Anlaşması hükümleri kapsamında adil yargılanmaya ilişkin hükümler hakkında değerlendirme yapılırken tarafların itirazına ihtiyaç duyulurken, kamu düzenine ilişkin hükümler hakkında re'sen değerlendirme yapılabilmektedir¹⁹⁹. Bu ayrım kapsamında, hakemlerin belirli bir listeden seçilmiş olunmasına ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlık hakkında tarafların bir itirazda bulunmuş olması beklenmeli ve hakimlerce re'sen kamu düzeni incelemesi yapılmasından çekinilmelidir. Hatta taraflarca hakemlerin tarafsızlıklarına ve bağımsızlıklarına ilişkin yapılan itirazlarda, tarafların bilgileri dahilinde olan ve tahkim yargılamasında ileri sürülmemiş olan itirazların, dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı kapsamında dikkate alınmaması da gereklidir²⁰⁰.

4. Bilirkişilerin Seçimine İlişkin Kural ve Sonuçları

Milletlerarası tahkim yargılamalarında, esas olarak taraflarca ve istisnai durumlarda hakemlerce, uyuşmazlık konusunun aydınlatılması için bilirkişilerin görüşlerine başvurulabilmektedir²⁰¹. Özellikle uyuşmazlık konusunun özel ve teknik bir bilgi isteyen konu hakkında olması halinde hakemler, karar verirken bilirkişilerin görüşlerinden yardım alabilmektedirler. Hakemler tarafların talepleri uyarınca veya re'sen bilirkişi atayabilecekleri gibi taraflar da uzman görüşlerini davaya sunabileceklerdir. Milletlerarası tahkim hukukunda taraflara, uzman görüşlerine başvurabilme konusunda geniş bir irade serbestisi sağlanırken, prensip olarak hangi konularda uzman görüşüne başvurulacağına dair bir kısıtlama da getirilmemektedir²⁰².

CAfA tahkim yargılamalarına konu uyuşmazlıkların, sanat eserlerine ilişkin olmaları sebebiyle bilirkişi görüşleri, tahkim yargılamalarının önemli bir parçası haline gelmektedir. Her ne kadar CAfA kapsamında, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında uzman hakemler ile yargılama yapılması amaçlansa da bu hakemlerin, sanat

198 Akıncı (n 1) 427; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 741.

199 Akıncı (n 1) 505; Çelikel and Erdem (n 1) 837.

200 Tekinalp (n 1) 470.

201 Born (n 1) 177; Şanlı (n 1) 371; Akıncı (n 1) 291.

202 Akıncı (n 1) 293.

eserlerine ilişkin her konuda ayrıntılı inceleme yapabilmeleri veya ayrıntılı inceleme yapılması gereken konularda uzmanlık sahibi olabilmeleri beklenemeyecektir. Bu sebeple de CAfA Tahkim Kuralları uyarınca tarafların davaya uzman görüşü sunabilecekleri veya hakem kurulunun tarafların talebi üzerine veya re'sen davaya bilirkişi atayabileceği düzenlenmiştir²⁰³.

CAfA Tahkim Kuralları kapsamında tahkim yargılamalarında bilirkişilerin yardımına başvurulabileceğinin düzenlenmesiyle birlikte, bilirkişilere ilişkin CAfA Kurulu ve NIA tarafından bir bilirkişi listesi hazırlanmıştır²⁰⁴. Bu liste; adli uzmanlar, sanat tarihçileri, akademisyenler gibi özellikle sanat eserlerinin otantiklik denetimi gibi konularda eserleri inceleme ve değerlendirme konusunda uzman kişilerden oluşmaktadır²⁰⁵. Bilirkişi listesinde yer alan uzman kişiler, CAfA tarafından belirlenen hakem listesinde yer almamaktadırlar ve dolayısıyla bu kişiler, tahkim yargılamalarında hakem olarak seçilememektedir. Bu sebeple; sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkim yargılamalarında bilirkişilere başvurulması gereken konuların çok teknik konular olduğu, bilirkişilere başvurunun istisnai olduğu ve listede yer alan bilirkişilerin sadece uzmanlık alanlarında görüş bildirebilmelerinin kabul edildiği söylenebilecektir.

CAfA tahkim yargılamalarında tarafların uzman görüşüne başvurmaları veya hakemlerin bilirkişi atamaları sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların nitelikleri dikkate alınarak kısıtlamalara tabi tutulmuştur. Sanat eserlerinin otantikliğine ilişkin uyuşmazlıkların veya sanat eseri üzerinde adli bir incelemenin gerekli olduğu uyuşmazlıkların, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar arasında özel bir niteliğe sahip oldukları kabul edilmektedir. Sanat eserlerinin otantikliğine dair uyuşmazlıkların, temel olarak konosörlük standartlarının, sanat eserinin geçmişine dair araştırmaların ve adli bilimin konusu olduğu kabul edilmektedir²⁰⁶. Eserin geçmişine dair yapılan araştırmada, eserin sahiplerinin kimler olduğu veya bir kataloğa kaydının olup olmadığı araştırılırken; konosörlük tarafından yapılan değerlendirmede, bir uzman, bir sanatçı hakkında sanatçının eseri ve tekniği hakkında sahip olduğu yetkinlik ile değerlendirme yapmaktadır²⁰⁷. Milletlerarası alanda bu konudaki uyuşmazlıklar, bilirkişiler arasında bir münakaşaya veya teknik anlamda bir savaşa dönüşebilmektedir. Bu durum da yargılamaların uzamasına veya daha karmaşık hale gelmesine sebep olabilmektedir. Bu durumun önüne geçebilmek, uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve etkili bir

203 CAfA Tahkim Kuralları m. 28.1 ve 29.

204 CAfA Tahkim Kuralları m. 1.o. CAfA tarafından belirlenen bilirkişi listesi için bkz. <https://www.cafa.world/arbitration/pool_of_experts/> Erişim Tarihi 01 Haziran 2021. Listede 06.2021 tarihi itibarıyla 8 tane bilirkişi bulunmaktadır. CAfA tarafından bilirkişilere ilişkin bir liste oluşturulması, milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek uzmanların tespit edilmesinde de kolaylık sağlayacaktır.

205 Her ne kadar belirli bir sanat eseri veya belirli bir sanatçı hakkında, her bir uyuşmazlıkta özel bir değerlendirme yapılması gerekse de listede yer alan bilirkişilerin sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında genel bir değerlendirme yapma uzmanlığına sahip oldukları kabul edilmektedir. CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 2.2.

206 Sobolewski (n 36) 520.

207 ibid 521.

biçimde sonuçlandırılabilmesi için CAfA Tahkim Kuralları, tarafların yargılamaya uzman görüşü sunmasına bir kısıtlama getirmiştir. Her ne kadar milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların hangi konularda uzman görüşüne dayanabilecekleri genel olarak kısıtlanmamış ve tarafların istedikleri her konuda uzman görüşüne başvurabilme hakları esas kabul edilmiş ise de CAfA, kimi uyuşmazlıklar hakkında tarafların uzman görüşüne başvurmasını kabul etmemiş, ilgili konular hakkında bilirkişilere başvurma hakkını sadece hakem kuruluna tanımıştır. CAfA Tahkim Kuralları m. 28.7 hükmü uyarınca, sanat eserlerine ilişkin adli bilimin kullanılmasının gerekli olduğu uyuşmazlıklarda veya bir sanat eserinin geçmişine ve otantikliğine ilişkin bilirkişi görüşünün gerekli olduğu uyuşmazlıklarda (“*issues of forensic science or the provenance of an art object*”) tarafların uzman görüşüne başvurabilme hakları kısıtlanmıştır. Bu konularda bilirkişi, sadece hakemler tarafından CAfA tarafından oluşturulan listeden atanabilecektir²⁰⁸. Taraflar bu konularda, hakemlerce atanan bilirkişilerin görüşleri ile çelişen veya yine hakemlerce atanan bilirkişinin görüşüne ekleme yapan kendi belirledikleri bir uzman görüşünü, tahkim yargılamasına sunamayacaklardır²⁰⁹. Yani, ilgili konular hakkında hakem kurulunun belirlediği bilirkişi, konu hakkında görüş vermeye yetkili tek bilirkişi olarak kabul edilecektir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 28.7 hükmü uyarınca, hüküm kapsamında belirtilen uyuşmazlıklar haricinde uyuşmazlıklar için tarafların uzman görüşü sunma hakları bulunmaktadır²¹⁰. Yani taraflar, tahkim yargılamasına konu uyuşmazlığa ilişkin meydana gelen zararlar, gümrüğe ilişkin uyuşmazlıklar veya yabancı hukukun nasıl uygulanacağı hakkında uzman görüşlerini ileri sürebileceklerdir. Tarafların uzman görüşüne başvurmaya ilişkin sahip oldukları irade serbestisi sadece hükümde belirtilen uyuşmazlıklar dâhilinde kısıtlanmıştır.

CAfA Tahkim Kuralları m. 29 hükmü uyarınca tahkim yargılamalarında hakemlerin, uyuşmazlığa ilişkin her konuda bilirkişi atama yetkileri de bulunmaktadır²¹¹. Kural uyarınca hakemler, tahkim yargılamalarında uyuşmazlığa ilişkin herhangi bir konuda bilirkişi yardımına ihtiyaç duyduklarında istedikleri bilirkişiyi atayabileceklerdir. Fakat CAfA Tahkim Kuralları m. 28.7 hükmü uyarınca, uyuşmazlık hakkında adli biliminin kullanılmasının gerekli olması veya bir sanat eserinin geçmişine ve otantikliğine ilişkin bilirkişi görüşünün gerekli olması hallerinde, hakemlerce bu bilirkişinin CAfA tarafından belirlenen listeden atanması gerekecektir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 29 hükmü uyarınca bilirkişinin atanmasına ilişkin düzenlemeler, hakemler tarafından atanan bütün bilirkişiler için geçerli olacaktır. Yani bu kurallar, hem 28.7 hükmü uyarınca hakemlerce atanması zorunlu olan bilirkişiler

208 CAfA Tahkim Kuralları m. 28.7 ve CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 7.1 ve 7.3.B.

209 CAfA Tahkim Kuralları m. 28.7; CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 7.2.

210 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 7.2.

211 CAfA Tahkim Kuralları m. 29; CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 7.3.

hem de 29 hükmü uyarınca atanan bilirkişiler hakkında uygulama alanı bulacaklardır. CAfA Tahkim Kuralları m. 29 hükmü uyarınca, hakemlerce atanan bilirkişilerin raporlarının taraflara iletilmesi²¹², tarafların istemesi halinde bilirkişinin duruşmada dinlenilmesi ve bilirkişinin taraflarca sorgulanabilmesi²¹³, taraflara bilirkişinin raporu hakkında yorum yapma imkânının tanınması²¹⁴ hakemler tarafından belirlenen bütün bilirkişiler için geçerlidir. Yine hakemler tarafından atanan bilirkişilere ilişkin CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada yer alan hususların, hakemler tarafından atanan bütün bilirkişiler için dikkate alınması gerekmektedir²¹⁵. Açıklamada yer alan hükümler uyarınca, tarafların bilirkişilerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları hakkında itiraz haklarının olduğu²¹⁶ ve bilirkişilerin taraflarca çapraz sorguya tabi tutulabilecekleri²¹⁷ vurgulanmıştır. Tarafların, hakemlerce belirlenen bilirkişilere karşı kendi savunmalarını hazırlamada farklı uzmanlardan yardım alma hakları da bulunmaktadır²¹⁸.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca tarafların belirli konularda uzman görüşü ileri sürememeleri ve konu hakkında sadece hakemlerin bilirkişi atayabilmeleri, tahkim yargılamalarında tarafların adil yargılanma haklarına veya kamu düzenine aykırı durumlar ortaya çıkartabilecektir. Bu sebeple özellikle bilirkişilerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları kapsamında, kısıtlamanın dikkatli değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle, her ne kadar hükümde belirtilen konularda sadece hakemlerin bilirkişi atama hakkı olsa da tarafların ilgili konular hakkında bilirkişi atanmasına dair taleplerinin hakemlerce değerlendirilmesi gereklidir. Taraflarca bahsi geçen uyuşmazlıklar hakkında bir bilirkişi atanması talep edilmesi halinde hakem kurulunun bu talebi değerlendirmek suretiyle karar vermesi gereklidir. Aksi bir durum, yani tarafların bilirkişi taleplerinin dikkate alınmaması, tarafların savunma hakkına aykırılık teşkil edebilecektir²¹⁹. İlgili kısıtlamanın amacı taraflarca farklı uzman görüşleri ileri sürülerek yargılamanın uzamasının önüne geçilmesidir; yoksa bir uyuşmazlık hakkında tarafların savunma haklarının engellenmesi değildir. İkinci olarak bilirkişilerin, ister hakemlerce isterse taraflarca atanmış olsun tarafsız ve bağımsız bir şekilde görüş bildirmeleri gerekmektedir²²⁰. Bilirkişilerin tarafsızlık ve bağımsızlığının sağlanması için, taraflara, bilirkişiye itiraz hakkının veya bilirkişinin sorgulanması hakkının tanınmış olması gerekmektedir. Örneğin bilirkişilerin çapraz sorguya tabi tutulabilmeleri bilirkişilerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarının ortaya

212 CAfA Tahkim Kuralları m. 29.3.

213 CAfA Tahkim Kuralları m. 29.4.

214 CAfA Tahkim Kuralları m. 29.5.

215 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 7.3 hükmü uyarınca 2010 tarihli Milletlerarası Tahkimde Delil İkamisi Hakkında IBA Kuralları 6. maddesinde yer alan Heyetçe-Atanmış Bilirkişilere ilişkin hükümler hakemlerce atanan bilirkişiler için dikkate alınabilecektir.

216 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 7.3.C.

217 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 2.2. ve 7.3.F.

218 CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklama 2.2.

219 Nomer (n 1) 573; Akıncı (n 1) 498 vd; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 10) 725; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet Yayınevi 2019) 612.

220 Akıncı (n 1) 293.

konulması için önem arz etmektedir²²¹. Bilirkişilerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına ilişkin bu anlayış, CAfA Tahkim Kurallarının tabi olduğu Hollanda hukukunda da kabul edilmiş bir görüştür. Hollanda tahkim hukuku uyarınca, tahkim kurulu tarafından atanan bilirkişilerin tarafsızlık veya bağımsızlıklarına ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzenine aykırılık ortaya çıkartabileceği ve bu sebeple hakem kararlarının iptal edilebileceği kabul edilmektedir²²². Bu sebeple Hollanda tahkim hukuku uyarınca, Hollanda Tahkim Kanununda da düzenlendiği üzere, bilirkişilerin atanması sırasında tarafların fikirleri alınmalı ve bilirkişilerin raporlarına karşı, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, cevap hakkı tanınmalıdır²²³. Yani CAfA Tahkim Kuralları m. 28.7 hükmü uyarınca hakemlerce atanan bilirkişiler tarafsız ve bağımsız bir şekilde görüş bildirirken; taraflar bu kişilere itiraz edilebilmeli, bu bilirkişilerin görüşlerine karşı görüş bildirilebilmeli veya bu kişileri çapraz sorguya tabi tutulabilmelilerdir. Hollanda hukuku ve CAfA Tahkim Kuralları ile CAfA Tahkim Kurallarına Dair Açıklamada yer alan hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde tarafların hakemlerce atanan bilirkişiler hakkında yeterli itiraz ve savunma hakkına sahip oldukları söylenebilecektir. Her ne kadar 28.7 hükmünde belirtilen konularda sadece hakemlerin bilirkişi atama hakkı olduğu düzenlense de tarafların bu bilirkişilere veya bilirkişilerin görüşlerine itiraz edebilme veya bu bilirkişileri sorgulama haklarının olması, ilgili hükmün doğrudan adil yargılanma hakkına doğrudan aykırılık teşkil etmeyeceğini göstermektedir.

CAfA Tahkim Kuralları m. 28.7 hükmü uyarınca tarafların kimi konular hakkında uzman görüşü sunabilme haklarının kısıtlanmış olmasının olumlu ve olumsuz sonuçları bulunmaktadır. Sanat eserlerinin otantikliğine ilişkin yalnızca CAfA tarafından belirlenen listeden, hakem kurulunca bilirkişi atanması ve dolayısıyla konu hakkında farklı bilirkişilerin görüşlerinin yargılamada değerlendirilmesinin önlenmesi, uyuşmazlığın uzamasına engel olacaktır. Eserin özellikle otantikliği hakkında büyük bir çatışma ortaya çıkmadığından, hakem kararının sanat piyasasında kabul edilmesi de kolaylaşacaktır. Hakem kurulunca atanan bilirkişiler, sadece kendilerini atayan hakem kuruluna karşı sorumluluk hissedeceklerinden taraflarca tutulan uzmanlara oranla daha tarafsız karar verebileceklerdir. Bütün bu hususlar, CAfA kuruluş amacına uygun sonuçlardır. Fakat sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında var olan bilirkişilerin sayısının kısıtlı oluşu (CAfA tarafından belirlenen bilirkişi listesinde şu anda sadece 8 tane bilirkişi vardır) ve uyuşmazlıklar hakkında sadece bir görüşün alınması, kimi olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilecektir. Örneğin, bir sanatçı hakkında veya bir eser özelinde değerlendirme yapılırken, o sanatçı veya eser hakkında uzman kişilerin görüşlerine de ihtiyaç duyulabilecektir. CAfA tarafından konu hakkında başvurulabilecek bilirkişilerin kısıtlanması eksik bir değerlendirmeye sebep olabilecektir. Ayrıca farklı bilirkişi görüşlerinin çatışması sonucu ortaya daha makul

221 ibid 294.

222 Lazic and Schluep (n 75) 671.

223 Hollanda Tahkim Kanunu m. 1042.4.

bir sonucun çıkma ihtimali daima bulunmaktadır. Herhangi bir uyuşmazlıkta, her ne kadar taraflarca bilirkişinin görüşüne itirazda bulunulabilecekse de, tek bir bilirkişinin görüşünde yanılması veya görüşün eksik kalma ihtimali de daima bulunmaktadır.

Sonuç olarak, CAfA Tahkim Kuralları m. 28.7 hükmü uyarınca tarafların davaya uzman görüşü sunma hakkının kısıtlanması, milletlerarası alanda tarafların sahip oldukları irade serbestisine getirilen farklı bir kısıtlamadır. Kısıtlama, CAfA tahkim yargılamaları kapsamında sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde etkili bir yargılama yönteminin elde edilmesini amaçlamaktadır. Özellikle eserlerin otantikliği konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların, hakemlerce belirlenecek bilirkişi tarafından değerlendirilecek olması yargılamaların daha kısa sürede çözümlenmesini sağlayacaktır. Bununla birlikte kural, hakemlerce çok dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Her ne kadar kural, tek başına tarafların adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmese de kuralın uygulanmasında ortaya çıkacak problemler tarafların adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edebilecektir. Kuralın tarafların adil yargılanma hakkında aykırılık teşkil etmemesi için kural uygulanırken taraflara itiraz ve eşit müdahale hakkının tanınmış olması gerekmektedir. Zaten CAfA Tahkim Kuralları uyarınca tarafların, hakem kurulunca atanan bilirkişi ve görüşleri hakkında, itirazda bulunabilecekleri ve hakemlerin bu itirazları dikkate almaları gerektiği kabul edilmiştir. Taraflarca hakemlerin atadıkları bilirkişiler hakkında yapılacak itirazlar, diğer bilirkişilere ilişkin yapılan itirazlara tabi olacaktır. Fakat hakemlerin atadıkları bilirkişiye ilişkin taraflarca yapılan itirazların, diğer bilirkişilere yapılan itirazlardan çok daha dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi, kuralın uygulanmasının adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmemesi için önem teşkil etmektedir.

CAfA Tahkim Kuralları uyarınca yürütülen ve tarafların kimi konularda uzman görüşü sunamadıkları kararlar, Türk mahkemelerinde tanıma tenfiz davasına konu olduklarında New York Anlaşması hükümleri kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır. Tarafların kurallarda belirtilen konular hakkında uzman görüşü ileri sürememeleri doğrudan bir tenfiz engeli teşkil etmeyecektir. Her şeyden önce taraflar ilgili konularda uzman görüşü ileri süremeyeceklerini bilerek CAfA Tahkim Kurallarını seçmişlerdir. Sadece ilgili konular hakkında uzman görüşü ileri sürememelerini gerekçe göstererek kararın tenfiz edilmemesi yönünde yapılan bir talep, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ve kabul edilmeyecektir. İlgili kural kapsamında bir itiraz yapılacak ise bu itirazın, hakemlerce kural kapsamında yapılan yargılama işleminin tarafların adil yargılanma haklarına aykırılık teşkil edip etmediği veya aykırılığın kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği yönünde olması gerekmektedir. Bilirkişilerin atanması ve çalışması hakkında taraflar eşit bir şekilde makul süre öncesinden haberdar edildikleri ve ilgili işlemler hakkında itiraz haklarını kullanabildikleri müddetçe hakem kararlarının New York Anlaşması V(1)b hükmü uyarınca adil yargılanma hakkına veya V(2)(b) hükmü uyarınca kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği söylenemeyecektir.

Sonuç

Sanat tahkimi tabiri ile sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümlendiği tahkim yargılamaları ifade edilmektedir. Sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların tek tip olmaması, sanat tahkim yargılamalarına konu olabilecek uyuşmazlıkların kapsamını da genişletmektedir. Sanat eserlerine ilişkin farklı konulardaki uyuşmazlıklar, tahkime elverişli oldukları müddetçe sanat tahkiminin konusu olabileceklerdir.

Tahkim yargılamaları içinde sanat tahkiminin ayrı bir nitelermeye ve kendine has düzenlemelere ihtiyaç duyması, hatta bu ihtiyaç kapsamında kurumsal bir sanat tahkim merkezinin kurulması, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların ve sanat piyasasının kendine has özel niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Devlet yargılaması, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında etkili çözümler üretmeyebilmektedir. Bu sebeple taraflar, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkları hakkında, alternatif uyuşmazlık yöntemlerine ve özellikle tahkim yargılamalarına yönelmektedirler.

Milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde tahkime duyulan ihtiyaç doğrultusunda özel bir kurumsal tahkim merkezi, CAfA, kurulmuş ve kurum dâhilinde özel tahkim kuralları, CAfA Tahkim Kuralları, düzenlenmiştir. CAfA, CAfA Tahkim Kuralları ile sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların özelliklerinin dikkate alındığı, kurum tarafından belirlenen listelerde yer alan uzman hakem ve bilirkişiler ile yürütülen özel bir tahkim yargılaması ve icra kabiliyeti yüksek hakem kararları vaat etmektedir.

Sanat tahkim yargılamalarına ilişkin düzenleme getiren CAfA Tahkim Kuralları incelendiğinde, hem milletlerarası tahkim alanında var olan güncel uygulamalara paralel hem de sanat tahkim yargılamalarına özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Kurallar kapsamında hakem kuruluna yardımcı olabilecek bir teknik süreç danışmanı atanabilmesi, sanat eserlerine ilişkin karmaşık uyuşmazlıklar hakkında tahkim yargılamalarının etkili bir şekilde yürütülebilmesine yardımcı olacaktır. Yine, hakem kararlarının taraflarca itiraz edilmemesi halinde kurumca yayınlanabilmesi, sanat eserlerine ilişkin milletlerarası alanda ortaya çıkan şüphelerin giderilmesini ve sanat eserlerinin ticaretinde güvenli bir kaydın oluşturulmasını sağlayacaktır.

CAfA Tahkim Kuralları kapsamında sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıkların etkili bir şekilde çözümlenmesi için getirilen kimi özel kurallar ise uygulamada çekincelerin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu duruma sebep olabilecek üç temel düzenlemeden bahsedilebilecektir. CAfA Tahkim Kuralları uyarınca tahkim yerinin taraflarca belirlenmesine izin verilmemiş, kurallar kapsamında tahkim yeri Lahey, Hollanda olarak doğrudan belirlenmiştir. Yine CAfA Tahkim Kuralları uyarınca, istisnai haller hariç olmak üzere, tahkim yargılamalarını yürütecek hakemlerin yalnızca kurumca belirlenen listeden seçilmesine izin verilmiştir. Ayrıca kurallar uyarınca sanat eserlerine ilişkin adli bilimin kullanılmasının gerekli olduğu uyuşmazlıklarda veya bir

sanat eserinin geçmişine ve otantikliğine ilişkin bilirkişi görüşünün gerekli olduğu uyuşmazlıklarda tarafların dosyaya uzman görüşü sunma haklarının olmadığı, ilgili uyuşmazlıklar hakkında sadece hakemlerin, kurum tarafından belirlenen listeden bilirkişi atayabilecekleri kabul edilmiştir.

CAfA Tahkim Kuralları ile getirilen bu özel kısıtlamalar, CAfA tahkiminin Hollanda tahkim hukukuna ve Hollanda mahkemelerine tabi olmasını, Lahey'in milletlerarası alanda bir sanat tahkim merkezi olmasını, kurum dâhilinde yürütülen tahkim yargılamalarının yeknesak bir şekilde gerçekleştirilebilmelerini amaçlayan iyi niyetli kısıtlamalardır. Kısıtlamalar ile temel olarak, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında bu uyuşmazlıkların nitelikleri dikkate alınarak yargılamaların etkili bir şekilde yürütülmesi hedeflenmektedir. Fakat bu kısıtlamalar eğer milletlerarası tahkim pratiği ile doğru bir şekilde değerlendirilmezlerse, sanat tahkim yargılamaları hakkında olumsuz sonuçlara sebebiyet verebileceklerdir. Tahkim yargılamalarının Hollanda hukukuna tabi kılınması tarafların kurumu tercih etmemelerine, hakemlerin belirli bir listeden seçilmesi tahkim yargılamalarının belirli bir zümrenin etkisinde kalmasına, tarafların kimi konularda uzman görüşü ileri sürememeleri adil yargılanma hakkına aykırı durumların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu ve bunun gibi olumsuz durumların önüne geçebilmek için ilgili kısıtlamaların milletlerarası tahkim pratiğine uygun olarak hakimler ve hakemler tarafından çok dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gereklidir.

Çalışma kapsamında sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında milletlerarası tahkimin nitelikleri, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında tahkime duyulan ihtiyacın nasıl ortaya çıktığının açıklanmasının ardından, milletlerarası alanda sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlık çözüm merkezi olma iddiası ile kurulan CAfA incelenmeye ve kuralları değerlendirilmeye çalışılmıştır. CAfA, sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda belirlediği uzman hakem ve bilirkişiler ile sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında etkili çözümler üretmek amacıyla kurulmuştur. Kurum dâhilinde başarılı tahkim yargılamalarının yürütülmesi ve kurum tarafından verilen hakem kararlarının sanat piyasasında kabul görmesi, hem milletlerarası alanda kurumun, hem de sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim yargılamalarının popülerliğini ve pratiğini arttıracaktır. Kurumun başarılı bir sanat tahkim merkezi olup olmayacağını ise hiç şüphesiz zaman gösterecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020)
- Arslan İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet Yayınevi 2019)
- Bandle AL and Theurich S, 'Alternative Dispute Resolution and Art-Law - A New Research Project of the Geneva Art-Law Centre' (2011) 6 *Journal of International Commercial Law and Technology* 28
- Beale N, Nieuwveld LB and Nieuwveld M, 'Summary Arbitration Proceedings: A Comparison between the English and Dutch Regimes' (2010) 26 *Arbitration International* 139
- Born GB, *International Arbitration: Law and Practice* (2nd edn, Kluwer Law International 2015)
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On iki Levha Yayıncılık 2015)
- Bozkurt MN, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Milletlerarası Spor Tahkim Mahkemesi' (2010) 10 *Ankara Barosu Dergisi* 165
- Bozkurt SB, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (On iki Levha Yayıncılık 2016)
- Bryne-Sutton Q, 'Arbitration and Mediation in Art-Related Disputes' (1998) 14 *Arbitration International* 447
- Çalışkan Y, *Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü* (Değişim 2008)
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020)
- Dardağan E, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı* (Betik Yayıncılık 2000)
- Erdem BB, *Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Beta Yayıncılık 2003)
- Giray FK, 'Milletlerarası Tahkimde Gizlilik' (2015) 4 *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 65
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat Kitapçılık 2010)
- Kadhim N, 'Arbitration in the Art World and the Court of Arbitration for Art: Heading Towards a More Effective Resolution of Arts Disputes?' (2019) 24 *Art Antiquity & Law* 223
- Kaufmann-Kohler G, 'Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure - The Role of the Law of the Place of Arbitration' (1999) 9 *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series* 336
- Kaya G, 'Sanat Alıcılarının Sanatı Değerlendirme Yaklaşımları: Türkiye Örneği' (Işık University 2017)
- Kocasakal HÖ, *Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)* (Vedat Kitapçılık 2013)
- Lazic V and Schlupe A, 'The Netherlands' in Frank-Bernd Weigand and Antje Baumann (eds), *Practioner's Handbook on International Commercial Arbitration* (3rd edn, Oxford University Press 2019)
- Marsman A, *International Arbitration in the Netherlands: With a Commentary on the NAI and PCA Arbitration Rules* (Kluwer Law International BV 2021)
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017)

- Nomer E, Ekşi N and Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku C.I* (5th edn, Beta 2016)
- Prowda J, 'The Art of Art Authentication and a Global Alternative to Dispute Resolution' (2020) 13 New York Dispute Resolution Lawyer 14
- Rigozzi A, 'Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport' (2010) 1 Journal of International Dispute Settlement 217
- Sobolewski A, 'The Authenticity Debacle: Why Art Authentication and Litigation Don't Mix' (2017) 35 Cardozo Arts & Ent. LJ 515
- Suluk C, Rauf K and Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2019)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019)
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020)
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat Kitapçılık 2020)
- Yasan C, 'Milletlerarası Tahkimde Gizlilik' (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan 777
- Yeşilova B, 'Tahkime Uygulanacak Hukuk (Lex Arbitri), Teorik Temelleri ve Düşündürdükleri' (2007) 4 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265
- Yüksel AEB, 'Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Tahkim' (2009) 2 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 335

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Tenfiz Edilmemiş Yabancı Hakem Kararları Açısından İlamsız İcra Takiplerine ve İhtiyati Hacze İlişkin Bazı Meseleler

Issues Regarding Foreign Arbitral Awards With Respect to General Enforcement Proceedings and Provisional Attachment Judgments

Cemre Tüysüz* 

Öz

Tahkim, milletlerarası ticari ilişkilerde uyuzmazlık çözüm yolu olarak sıklıkla tercih edilmektedir. Tahkim yargılaması sonucunda lehine karar alan taraf da, bu kararın icraî nitelikte olması durumunda icra etmek istemektedir. İlamsız icra takipleri de, Türk icra hukukunda, takip alacaklısına alacağını tahsil etme konusunda başvurabileceği imkânlardan birisidir. İlamsız icra takibine başvurabilmek için alacaklının herhangi bir mahkeme kararına dayanmasına gerek olmadığı gibi, herhangi bir belge sunması da zorunlu değildir. Çalışmamızda bu iki hukukî imkânın birbirlerine ne şekilde etki edecekleri incelenmiştir. Öncelikle yabancı hakem kararlarının Türk icra hukukundaki ilamsız icra takiplerine dayanak olup olmayacağı tartışılmıştır. Mevcut düzenlemelere göre, ilamsız icra takiplerinde alacaklının herhangi bir belgeye dayanma zorunluluğu olmadığı gibi, mevzuatta kanaat getirme şartı aranmaktadır. Çalışmada son olarak yabancı hakem kararlarının değerlendirilmesi mümkündür. Yabancı hakem kararlarının ilamsız icra takiplerine konu edilebileceği belirlendikten sonra ihtiyati haciz meseleleri değerlendirilmiştir. Çünkü ihtiyati hacze başvurulabilmesi sadece dava aşamasında değil, aynı zamanda ilamsız icra takipleri aşamasında da mümkündür. Bu nedenle ihtiyati haciz müessesesi için aranan şartlar bakımından da yabancı hakem kararı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme yapılırken de, ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için sadece yabancı hakem kararının bulunmasının yeterli olup olmadığı incelenmiştir. Çünkü ihtiyati haciz kararı verilmesinde mahkemeye alacağın varlığı konusunda kanaat getirme şartı aranmaktadır. Çalışmada son olarak yabancı hakem kararının ilamsız icra takibine konu edilmesi ve takip borçlusu tarafından da itiraz edilmesi üzerine açılacak itirazın iptali davası ve bu davadaki taleplerden icra inkâr tazminatı konuları değerlendirilmiştir. Burada da yabancı hakem kararına dayanan ilamsız icra takibindeki itirazın iptali davasının tekrar tahkimde mi çözüleceği belirlendikten sonra, bu davada takip alacaklısı tarafından ileri sürülebilecek en önemli taleplerden icra inkâr tazminatı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Yabancı hakem kararı, ilamsız icra takibi, itirazın iptali, icra inkâr tazminatı, ihtiyati haciz

Abstract

Arbitration is a dispute resolution method commonly preferred in international commercial relations. When a party receives an enforceable arbitral award, they intend to commence proceedings to enforce that award. General enforcement proceedings in Turkey do not require a judgment, yet along with any documents. In our research, the effects of the two legal proceedings have been examined. First of all, it is established that there is no legal prohibition on applying foreign arbitral awards as an addendum to general, enforcement proceedings. According to Turkish law, in general enforcement proceedings, claimant does not have any obligation to submit any documents as an addendum to their claim. In addition, the definition and versions of documents have been established extensively in Turkish law. Therefore, it is safe to say that

* **Sorumlu Yazar:** Cemre Tüysüz (Dr.), Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Adana, Türkiye. E-posta: cemretuysuz@yahoo.com ORCID: 0000-0001-5889-0681

Atf: Tuysuz C, “Tenzif Edilmemiş Yabancı Hakem Kararları Açısından İlamsız İcra Takiplerine ve İhtiyati Hacze İlişkin Bazı Meseleler” (2021) 41(2) PPIL 701. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.997201>

foreign arbitral awards may be attached to general enforcement proceedings. Moreover, due to its relation to the scope of this article, the regulation regarding the provisional attachment and relations to foreign arbitral awards have been viewed. Provisional attachments may be requested from Turkish courts, not only judicial proceedings but also general enforcement proceedings as well. We kindly try to establish the competence of foreign arbitral awards regarding the conditions required to appeal for provisional attachment. The reason for such evaluation is that the persuasion of the judge regarding the existence of the debt is required in order to request provisional attachment. Finally consequent to the debtor's objection, cancellation of the objection lawsuit and compensation claims which shall be brought up by the creditor has been evaluated by the aspects of arbitration law.

Keywords

Foreign arbitral awards, general enforcement proceedings without judgment, cancellation of debtor's objection, compensation for denial at general enforcement proceedings, provisional attachment

Extended Summary

International commercial arbitration is one of the most common dispute resolution methods in business relations. There are numerous reasons for parties to appoint arbitration as dispute resolution mechanism for disputes arising from their international commercial relations.

According to Turkish Law, a foreign arbitral award means that an award that has been given under the authority of foreign procedural laws. Therefore, any arbitral proceedings follow rules other than Turkish Civil Procedural Law (numbered 6100) and Turkish International Arbitration Law (numbered 4686) is deemed foreign by Turkish law.

General enforcement proceedings is a highly applied legal opportunity which enables debt collection swiftly in Turkey. According to the regulations stipulated in Turkish Enforcement and Bankruptcy Law (numbered 2004), creditor is not obligated to lean on a judgment (court or arbitral) in order to commence the enforcement proceedings. Therefore, in our opinion, it is essential to establish the applicability of foreign arbitral awards as a ground on general enforcement proceedings. If the answer is no, then the creditor must apply to Turkish courts in order to receive an enforcement judgment regarding the foreign arbitral award. However, this solution may be considered against the aim of general enforcement proceedings, which is enabling the debt collection swiftly without applying to courts.

Due to the regulations regarding the general enforcement proceedings in Enforcement and Bankruptcy Law and Turkish Civil Procedural Law, it is fair to say that creditor may lean on foreign arbitral awards at general enforcement proceedings.

Upon the objection of the debtor to general enforcement proceeding, in order to continue the proceedings, creditor shall apply to courts regarding the cancellation of the objection. In case that foreign arbitral award is subject to a collection claim, some questions may arise. First question is where should be this cancellation claim is brought

up? In courts or arbitration? Due to former arbitral proceeding, it is safe to say that there is no need to apply to arbitration again for the cancellation of debtor's objection.

Second question which may arise is regarding the compensation claims and courts decision regarding the wrongful objection of the debtor (art. 67 of Enforcement and Bankruptcy Law). In order to rule compensation on the cancellation of objection cases, some conditions must be met. The main condition related to our article is that the debt must be liquid. Therefore, the existence of foreign arbitral award must be examined through the scope of liquidity of the debt. If it is accepted that a foreign arbitral award consisting of a claim against the debtor must be deemed as a liquid debt, than court must order a fine against the debtor not less than 20% of the objected amount (art. 67 of Enforcement and Bankruptcy Law).

Finally, there may be problems occur regarding the provisional attachment decisions given by courts prior to commencement of enforcement proceedings. According to Turkish Law, court may decide attachments (seizure) on the funds of the debtor prior the enforcement proceedings under some conditions (art. 257 of Enforcement and Bankruptcy Law). The main condition within the scope of our article is that the judge must be convinced regarding the existence of debt. As a result of this, it is essential to establish that whether a foreign arbitral award meets the criteria to convince the judge regarding, the debt without ruling the enforcement of the arbitral award.

Foreign arbitral awards may have a legal effect in Turkey upon a Turkish court's recognition or enforcement decision. Prior to court decision, foreign arbitral award has no legal effect in Turkey. However, requirement set in provisional attachment is not as high as occurrence of legal effect, i. e. recognition or enforcement. As a result it is only required to convince that there is a high probability on the existence of debt. For this reason, it is safe to say that without the recognition or enforcement of the foreign arbitral award, the existence of them may be accepted as an indication of debt. Therefore provisional attachment decision may be given by courts based on a foreign arbitral award which has not been recognized or enforced yet.

Tenfiz Edilmemiş Yabancı Hakem Kararları Açısından İlamsız İcra Takiplerine ve İhtiyati Hacze İlişkin Bazı Meseleler

Giriş

Yabancı hakem kararı verildikten sonra aleyhine karar verilen taraf bu kararı kendi isteğiyle yerine getirebilecektir. Ancak bazı durumlarda da söz konusu kararın davayı kaybeden tarafça yerine getirilmemesi mümkündür. Bu hallerde de genel itibariyle yabancı hakem kararının Türkiye’de cebri icra yoluyla icra edilmesi gerekecektir.

Çalışmamızda henüz tenfizi talep edilmemiş yabancı hakem kararının Türkiye’de icrası aşamasında ortaya çıkması muhtemel problemler değerlendirilmiştir. Öncelikle, söz konusu hakem kararının tenfizi talep edilmeksizin doğrudan doğruya ilamsız icra takibine dayanak teşkil edip etmeyeceği incelenmiştir. İlamsız icra takibine konu olabileceği belirlendikten sonra da, bu aşamalarda önemli olduğunu düşündüğümüz konulardan ilki olan ihtiyati hacze ilişkin meseleler üzerinde durulacaktır.

Bilindiği üzere ihtiyati haciz, Türk icra hukukunda İcra ve İflas Kanunu¹ (İİK) m 257 vd düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde de ihtiyati haciz, alacaklının gerek açacağı davada gerekse de başlatacağı icra takiplerinde başvurabileceği bir geçici koruma tedbiri olduğu düzenlenmiştir (İİK m 264). Dolayısıyla yabancı hakem kararını tenfiz etmeksizin ilamsız icra takibine dayanak eden alacaklının, söz konusu ilamsız icra takibine başvurmadan ihtiyati haciz talep edip edemeyeceği de cevaplanması gereken sorulardan bir diğeridir. Ek olarak, ihtiyati hacizde teminat başlıklı İİK 259. maddede alacağı ilama dayanan alacaklının ihtiyati haciz taleplerinde teminat göstermesine gerek olmadığı da düzenlenmiştir (m. 259/2). Bir diğer konu ise alacağın ilam niteliğinde bir belgeye dayanması halinde, teminata yer olup olmadığı mahkeme tarafından belirleneceğinin belirtilmesidir (m 259/3). Dolayısıyla da yabancı hakem kararının tenfiz edilmeksizin Türk hâkimi açısından ilam veya ilam niteliğinde bir belge vasfını haiz olup olmadığı belirlenmesi, bu karara dayanılarak talep edilecek ihtiyati hacizlerde teminat zorunluluğunun olup olmadığı tespiti açısından elzemdir.

Konuyla ilgili incelenmesi gerektiğini düşündüğümüz bir diğer konu ise, yabancı hakem kararına dayanılarak başlatılan ilamsız icra takibinde ödeme emrine borçlu tarafından itiraz edilmesi üzerine itirazın iptali davasının akıbetidir. Buradaki sorunlar kanaatimizce iki ana başlıkta toplanmaktadır. Bunlardan ilki itirazın iptali davasının tahkimde mi yoksa Türk mahkemesinde mi görüleceğidir. İkinci sorun ise itirazın iptali davasında icra inkâr tazminatına hükmedilip edilemeyeceğidir. Çalışmamızda icra inkâr tazminatının esası incelendikten sonra yabancı hakem kararına dayanan ilamsız icra takiplerinde itiraz üzerine açılan itirazın iptali davalarında bu tazminata hükmedilip edilemeyeceği belirlenmeye çalışılacaktır.

¹ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.

I. Yabancı Hakem Kararı Verildikten Sonraki Aşamaların İcra Hukukuna Etkisi

A. Genel Olarak

Hakem kararlarının verildikten sonra tarafların iradeleriyle yerine getirilmeleri mümkündür. Ancak bazı durumlarda davayı kaybeden tarafın kararı yerine getirmemesi söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumların önlenmesi ve tarafların hakem kararını yerine getirmeleri için, devlet hukuklarında çeşitli düzenlemeler getirilmiştir.

Türk hukukunda hakem kararları verildikten sonra tarafların bu hakem kararına karşı başvurabilecekleri imkânlar çeşitlilik arz etmektedir. Bu çeşitlilik hakem kararının yabancı olup olmamasına ve tahkim yargılamasında uygulanan usul kuralına göre değişmektedir².

Türk hukukuna göre yabancı sayılan hakem kararının Türkiye’de icra kabiliyeti kazanması için, söz konusu hakem kararı hakkında tenfiz kararı verilmesi gerekmektedir³. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴ (MÖHUK) m 61/II’de yapılan atıf nedeniyle, yabancı hakem kararları hakkında tenfiz kararı verilmesi durumunda, yabancı hakem kararları Türk mahkemelerinden verilmiş ilamlar gibi sonuç doğuracaktır (MÖHUK m 57/I). Türk mahkemeleri tarafından verilen ilamlar da İİK m 24 vd hükümlerine göre ilamlı icra yoluyla yerine getirilecektir.

Lehine hakem kararı alan tarafın bu kararı tenfiz prosedüründen geçirek ilamlı icraya başvurması sıklıkla başvuru yoldur. Ancak bazı hallerde, örneğin tahkim yeri ülkesinde hakem kararına karşı iptal davası açılmış olması veya alacaklının tenfiz talebinin reddedileceği ihtimalini göz önünde bulundurması ve bu gibi nedenlerle, tenfiz prosedürüne girilmeksizin, yabancı hakem kararına dayanarak ilamsız icra yoluyla kararın yerine getirilmesi istenebilmektedir. Böyle bir durumda, alacaklının hakem kararına dayanarak ilamsız icraya başvurma imkânının olup olmadığı önem arz etmektedir.

Çalışmamızın bundan sonraki kısmında önce yabancı hakem kararlarının ilamsız icra takibi esasları çerçevesinde incelenmesi söz konusu olacaktır. 6100 sayılı Hukuk

2 Türk hukukuna göre yerli sayılan hakem kararları, tahkim usulüne Türk usul kurallarının uygulandığı hakem kararlarıdır. Tahkim usulüne uygulanacak olan kurallar ise Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) düzenlenmiştir. MTK ve HMK’da hakem kararının icrasının durdurulması için iptal davası öngörülmüştür (MTK m 15 ve HMK m 439). Her iki düzenleme arasındaki en büyük fark; iptal davasının açılmış olması HMK’ya tâbi hakem kararının icrasını kural olarak durdurmuyacak iken, MTK usulünün uygulandığı hakem kararı açısından iptal davası açıldığı takdirde kararın icrası doğrudan durdurulacaktır. HMK uyarınca hakem kararının icrası ise sadece, taraflardan birinin talebi üzerine hükümlenen para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile durdurulabilir (HMK m 439/IV).

3 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Uluslararası Ticari Akitler)* (7th edn, Beta 2019) 425; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (6th edn, Vedat Yayıncılık 2021) 335.

4 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 7.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

Muhakemeleri Kanunu⁵ (HMK) ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'na⁶ (MTK) tâbi hakem kararları Türk hukuku açısından yabancı hakem kararı olmadığından⁷, bundan sonraki bölümde incelenmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz.

B. Hakem Kararının Tenfiz Prosedürüne Başvurulmadan İlamsız İcraya

Esas Teşkil Edip Edemeyeceği Sorunu

1. Genel Olarak

Soruna çözüm bulunabilmesi için öncelikle, ilamsız icraya dayanak olabilecek belgelerin niteliğinin incelemesi gerekmektedir. İlamsız icra takibi alacaklının takip talebiyle başlamaktadır⁸. İlamsız icrada takip talebinin ihtiva etmesi gereken özellikler İİK m 58'de belirtilmiştir. Rehinle temin edilmemiş, herhangi bir senede dayanmasına gerek olmaksızın, kaynağı ve hukukî sebebi ne olursa olsun, tüm para ve teminat alacakları açısından genel haciz yoluyla ilamsız icra takibi başlatılabilecektir⁹.

Alacağın senede dayanması söz konusu ise söz konusu senedin takip talebinde belirtilme zorunluluğu bulunmaktadır (m 58/4). İlamsız icra takibi senet yerine belgeye dayanmakta ise; söz konusu belgenin aslı veya alacaklı yahut temsilcisi tarafından tasdik edilmiş, borçlu sayısından bir fazla örneğinin takip talebi anında icra dairesine verilmesi zorunlu tutulmuştur (m 58/5). Alacaklının ilamsız icra takibine başlayabilmesi için herhangi bir mahkeme ilamına gerek olmadığı gibi, alacağın kaynağını belirten bir senede dayanma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Buna rağmen tahkim yargılaması sonucunda lehine karar verilen taraf, tenfiz talep etmeksizin hakem kararını ilamsız icra takibine konu etmesi durumunda, yabancı hakem kararının o takip açısından senet olarak mı yoksa belge olarak mı değerlendirileceği sorunu ile karşılaşabilecektir. Sonuç itibarıyla tenfizi talep edilmeyen yabancı hakem kararının ilamsız icra takibi açısından senet veya belge vasfı taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekmektedir.

5 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

6 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453.

7 Bir hakem kararının Türk hukuku açısından milli olup olmadığı ona uygulanan usul kurallarına göre belirlenecektir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda, genel itibarıyla yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş hakem kararı yabancı hakem kararı olarak kabul edilmiştir. Yargıtay HGK, 126/109, 07.11.1951. Rabi Koral, 'Hakemlik Münasebetine İfade Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Otorite Kanunu Kriteri' (Otorite Kanunu), (1976) 42(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 155, 164-166. Yargıtay başka bir kararında ise bu görüşünün aksine karar vermiş olmasına rağmen, ondan sonraki kararlarda da otorite kanun kriterini uygulamaya devam etmiştir. Aksi yöndeki karar için bkz Rabi Koral, 'Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi', *Hıfzı Timur'a Armağan* (İstanbul 1979) 419, 419 vd. Doktrinde de hakem kararının yabancılık vasfında bu ölçüt esas alınmıştır. Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler* (n 3) 429; Günseli Öztekin Gelgel, *1958 tarihli New York Sözleşmesinde Hakem Kararları – V(1) E Maddesi* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1993) 19; Koral, *Otorite Kanunu* 7 vd; Turgut Kalpsüz, 'Hakem Kararlarının Milliyeti', (1978) IX(3) BATİDER, 601, 601 vd.

8 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Surturtekin Özkan and Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku* (7th edn, On İki Levha 2020) 171.

9 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C (I)* (6th edn, Demir Yayıncılık 2001) 192; Pekcanitez, Atalay, Surturtekin Özkan ve Özkes (n 8) 165.

2. Türk Usul Hukukunda Senet ve Belge Kavramları

Senet; Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde “*bir kimsenin yapmaya veya ödemeye borçlu olduğu şeyi göstermek için imzaladığı resmî kâğıt, belge*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla senet bir şahsın hukuken kendi aleyhine sonuç doğuran yazılı bir belge olarak tanımlanabilecektir¹⁰. HMK’da düzenlenmiş olan kesin deliller arasında, temsilî nitelik taşıyan tek delil olduğu da ifade edilmektedir¹¹. Ek olarak senedin düzenlendiği sırada hazır bulunmayanların (hâkim), senedin düzenleniş sebebi hakkında doğrudan kanaat sahibi olacağı belirtilmektedir¹².

Belge kavramı incelendiğinde ise Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde “*Bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika, doküman*” olarak tanımlandığı görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, senetten farklı olarak, belgenin tanımı yapılmıştır. HMK m 199’a göre; “*Uyuşmazlık konusu vakiaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları*” belge olarak kabul edilmiştir. HMK kapsamında her belge, ispat konusu olayı temsil eden dar anlamda delil olduğu fakat senet dışındaki belgelerin sadece delil başlangıcı olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir¹³.

HMK’da belge ve senet arasındaki farklı düzenlenme biçimi ile bu kavramlara ilişkin olarak Kanun koyucunun amacının tespiti için 199. madde gerekçesi incelendiğinde birkaç husus ön plana çıkmaktadır¹⁴. Bunlardan ilki belgenin kanunda bir üst kavram olarak kabul edildiği, belgenin kanunda tanımlanmasına rağmen, senet tanımının yapılmasından özellikle kaçınıldığı, bunun nedeninin de senedin öteden beri kanunda yer alması ve senet konusunda doktrinde ve yargı kararlarında ciddi bir tereddütün yer almamasıdır. Ek olarak, senedin kesin delil olması nedeniyle tanım yapılması durumunda ortaya çıkacak gelişmelere engel olunabileceğinden, senedin tanımının yapılmadığı gerekçede ifade edilmiştir.

Belge tanımıyla ilgili olarak ise; kanunda sınırlayıcı bir tanım yapmak yerine, belgenin ne olduğunu belirten bir çerçeve çizildiği, böylelikle de senet ile arasında kavram karmaşasının önüne geçilmek istendiği ifade edilmiştir. Ek olarak mevzuatımızda yer alan belge ile ilgili düzenlemelerde farklılık oluşmasını engellemek amacıyla Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun¹⁵ 3. maddesindeki belge tanımından yararlanıldığı da yine gerekçede belirtilen bir diğer husustur.

10 Hakan Pekcanitez, in *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds) (15th edn, On İki Levha 2017) 1738.

11 Pekcanitez (n 10) 1738; Haluk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları* (1st edn, Yetkin 2009) 11.

12 Pekcanitez (n 10) 1738.

13 Pekcanitez (n 10) 1738.

14 Madde gerekçesi için bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, 178.

15 Bilgi Edinme Kanunu, Kanun Numarası: 4982, Kabul Tarihi: 09.10.2003, RG 24.10.2003/25269.

Gerekçede ayrıca belge bir bilgi taşıyıcısı olarak ifade edilmiştir. Ancak, her bilgi taşıyıcısı yerine, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli olanlar, belge sayılmıştır. Tanımda belge sayılacak bilgi taşıyıcılarının bir kısmının örnek olarak sayıldığı, ancak tüm belgelerin de kanunda sayılanlardan ibaret olmadığı belirtilmiştir. Kanunun 199. maddesinde sayılan bilgi taşıyıcılarının farklı niteliklere sahip olanlardan en tipikleri olduğu, sadece yazılı ve basılı metinler değil, çizim, kroki gibi yazı dışındaki resim, plân vesaire belge olarak sayıldığı, görüntüyü anlık ya da hareketli taşıma niteliğine sahip fotoğraf veya filmin de ayrıca belirtildiği ifade edilmiştir. Gerekçede ayrıca farklı bilgi taşıyıcıları belirtmek suretiyle bu konudaki gelişmelere imkân tanıyacak bir tanımlama yapıldığı da yer almaktadır. Sonuç itibarıyla gerekçe incelendiğinde belgenin kanunda belirtilenle sınırlı olmadığı, yani kanunda verilen örnekler dışında da belge vasfını haiz bilgi taşıyıcıları olabileceğinin de kabulü gerekmektedir¹⁶.

3. Yabancı Hakem Kararının Türk Usul Hukukunda Senet ve Belge Kavramları Açısından İncelenmesi

Yabancı hakem kararının yukarıda ifade edilenler ışığında yapılacak inceleme sonucunda senet olarak kabul edilmesi kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Çünkü hakem kararı o hukukî ilişkinin taraflarınca değil, alacak ilişkisi dışındaki üçüncü kişi olan hakem/hakemlerce düzenlenen bir belgedir. Bu nedenle de yabancı hakem kararlarının medenî usul hukukundaki senet olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Yabancı hakem kararı HMK'da ve İİK'da yer alan senet olarak kabul edilemese bile, bunların mevzuatımızda tanımlanan belge vasfında olduğu kabul edilmelidir. Kanunun gerekçesinde de ifade edildiğine göre belge, kanunda örnekleri verilen bir bilgi taşıyıcısıdır. Söz konusu bilgi taşıyıcılarıyla çeşitli formlarda karşılaşılabilmektedir. Yabancı hakem kararı da tenfiz edilmediği takdirde, içerisinde yer alan bilgileri taşıyan bir belge olarak kabul edilmelidir.

Yabancı hakem kararının, Türk mahkemesince tenfiz edilmeden Türkiye'de ilamlı icra ile icra kabiliyeti kazanamayacağı yukarıda belirtilmiştir. Ancak buradaki icra kabiliyeti, hakem kararının ilam vasfı kazanması sonucunda ilamlı icraya başvurulabilmesi açısından değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, tenfizi talep edilmeyen hakem kararının sadece alelade bir belge olarak nitelendirilebilmesi mümkündür.

İİK'da ilamsız icrada takip talebinde belgeye dayanılabileceği düzenlenmiştir (İİK m 58/V). İİK m 58'de; alacağın belgeye dayanması durumunda, belgenin aslının veya alacaklı yahut mümessili tarafından tasdik edilmiş, borçlu sayısından bir fazla örneğinin takip talebi anında icra dairesine verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

16 Bersun Sarıgül Ata, 'Belge ve Belgenin Delil Kuvveti' (2020) 78(1-2) Ankara Barosu Dergisi, 1, 6.

Yargıtay kararlarına bakıldığında takip konusu alacağın dayandığı belge olarak; kredi üyelik sözleşmesinin, hesap özeti¹⁷, ihtarnamenin¹⁸, tarımsal krediler ikraz sözleşmesinin¹⁹, kredi kartına ilişkin hesap kat ihtarnamının²⁰, taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin²¹ ve bunlar gibi evrakın, kabul edildiği tespit edilmektedir. Yargıtay; icra takibinde bu belgelere dayanıldığı takdirde, bunların borçluya tebliğ edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Örneklerden de görüleceği üzere, taraflar arasındaki sözleşme ve ihtarname vs belgeler ilamsız icra takibine konu olabilmektedir. Kambiyo senetlerinde olduğu gibi belgede bulunması gereken zorunlu bir şart aranmamaktadır.

Sonuç olarak, mevcut düzenlemeler doğrultusunda; yabancı hakem kararının da tenfiz edilmeksizin, ilamsız icra takibine dayanak belge (yazılı metin) vasfında kullanılabilmesi kanaatindeyiz. Ancak eklemek gerekir ki, yabancı hakem kararının tenfiz edilmeksizin ilamsız icraya belge vasfında konulması, bu kararın ilam niteliğinde icra edildiği anlamına gelmemektedir. Çünkü takip alacaklısı; yabancı hakem kararını tenfize tâbi tutmaksızın ilamsız icraya başvurmakla, ilamlı icra takibi alacaklısına tanınan imkânlardan faydalanamayacaktır. Aynı şekilde, borçlu da, ilamlı icradaki kısıtlı imkânlar yerine, ilamsız icrada kendine tanınan; icra takibine itiraz etme, menfi tespit ve borçtan kurtulma davası açma gibi hukukî imkânlara başvurabilecektir²².

Her ne kadar konuyla ilgili doğrudan açıklama yer almasa da, ilgisi olduğunu düşündüğümüz bir Yargıtay kararının²³ incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay kararına konu olan olayda, Ürdün’de alınan hakem kararının tenfiz edilmeksizin ilamsız icraya dayanak olması söz konusudur. Takip borçlusu şirket tarafından İstanbul İcra Mahkemesi’nden kesinleşmeyen, tanıma ve tenfiz edilmeyen kararların takibe konulamayacağı ileri sürülerek takibin ve ödeme emrinin iptali talep edilmiştir. Yargıtay 12. HD borçlu şirketin talebinin tanınmadan ve tenfiz edilmeden ayrıca kesinleşmeden icraya konulamayacağı şeklindeki talebinin şikayet niteliğinde olduğuna, bu talep hakkında İİK m 16 uyarınca işin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

17 Yargıtay 12 HD, 31681/8646, 23.03.2016, Kazancı Hukuk Otomasyon.

18 Yargıtay HGK, 12-50/47, 02.02.2000, Kazancı Hukuk Otomasyon.

19 Yargıtay 12 HD, 18185/27521, 09.09.2013, Kazancı Hukuk Otomasyon.

20 Yargıtay 12 HD, 1057/16502, 22.09.2011, Kazancı Hukuk Otomasyon.

21 Yargıtay 12 HD, 22953/3116, 10.03.2011, Kazancı Hukuk Otomasyon.

22 Konuyla ilgili olarak doktrinde; bir yabancı hakem kararının sadece MÖHUK 50 ve 57. maddelerde belirtilen şartların hep birlikte var olması ile Türkiye’de ve yalnızca ilamlı icra yoluyla cebri icraya konu edilebilmesinden hareketle tenfiz edilmemiş hakem kararının ilamsız icra takibine konu edilmesine izin verilmemesi gerektiği, kanunda belirtilen şartların hep birlikte var olması halinde dahi yabancı hakem kararının ilamsız icra takibine konu edilmesinin dürüstlük kuralının ihlali anlamına geleceği ifade edilmiştir. Sedat Bozanoğlu and Mehmet Emre Günay, ‘Tenfiz Edilmemiş Yahut Kesinleşmemiş Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türk İcra İflas Hukuku Işığında “İnfaz” Kabiliyeti Genel Haciz Yolu İle İlamsız Takibe Konu Edilip Edilemeyeceği Uygulamada Yaşanan Sorunlar’ (2017) 91(1) İstanbul Barosu Dergisi 226, 238. Ancak ifade etmemiz gerekir ki, mevcut kanuni düzenlemeler doğrultusunda, temenni olarak kabul edilebilecek bu görüşün geçerli olması pek mümkün görünmemektedir.

23 Yargıtay 12 HD, 33160/10243, 06.04.2016 karar yayınlanmamıştır.

Yargıtay kararında, şikâyet konusu olay hakkında işlemin esasına ilişkin bir değerlendirme yapılmamış, sadece İcra Mahkemesi'nin inceleme eksikliğinden dolayı, mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Mahkeme tarafından yapılacak incelemede, söz konusu hakem kararının ilamsız icraya konulan alelade bir belge olarak dikkate alınması suretiyle icra takibinin iptali talebinin incelenmesi, kanaatimizce uygun olacaktır. Çünkü tanınmamış veya tenfiz edilmemiş, hatta kesinleşmeyen hakem kararı, ilam gibi icra kabiliyetini haiz olmadığından, alacağa dayanak belge niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla, hakem kararına ilişkin mahkemece yapılacak esaslı inceleme, ödeme emrine itiraz üzerine itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davasında söz konusu olacaktır. Bu nedenle mevcut düzenlemeler doğrultusunda; tanınmamış ve tenfiz edilmemiş veya kesinleşmeyen hakem kararının, ilamsız icra takibine dayanak olmasına izin verilmemesinin, herhangi bir belgeye dayanılmasına gerek olmaksızın sadece sebep belirtilmek suretiyle başlatılabilen ilamsız icranın özelliklerine aykırı olacağı kanaatindeyiz.

Bu konuyu bitirmeden eklemek istediğimiz bir diğer husus ise, alacaklının belge olarak yabancı hakem kararına dayanması halinde karşılaşması muhtemel önemli bir riske ilişkindir. Bilindiği üzere yabancı hakem kararlarının tenfizi davasında mahkeme tarafından, Türkiye'nin taraf olduğu 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu (NYK) ve MÖHUK'taki yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemeler açısından fark etmeksizin, yabancı hakem kararının esaslı incelenmeyecektir. Revizyon yasağı olarak kabul edilen bu durum ile birlikte, tenfiz hâkimi hakemlerin karar verirken maddi hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığını incelemeyecektir. Ancak yabancı hakem kararı tenfiz edilmeksizin ilamsız icra takibine konu edilerek takip başlatılması, bu takibe de süresi içerisinde takip borçlusu tarafından yapılan itiraz üzerine görülecek itirazın iptali davasında, hakem kararının tenfizi talep edilemediği için²⁴ yabancı hakem kararının içeriği, revizyon yasağıyla bağlı olmaksızın Türk hâkimi tarafından incelenebilecektir. Bu durumun da tenfiz davasında davacının koruma altına alındığı revizyon yasağından mahrum bırakılması nedeniyle, ilamsız icraya başvuran alacaklı açısından hukukî bir risk oluşturacağı kanaatindeyiz.

İİK m 257 vd maddelerde düzenlenen ihtiyati haciz, icra takibi öncesinde veya sonrasında başvurulabilen bir geçici hukukî korumadır. Dolayısıyla, yabancı hakem kararının ilamsız icra takibine dayanak belge olarak kullanıldığı durumlar açısından ihtiyati haciz önem kazanmaktadır. Bu nedenle, tenfizi talep edilmeyen hakem kararına dayanak yapılan ilamsız icra takiplerinde, ihtiyati haciz kararı verilip verilemeyeceğinin tespiti, tahkimin icra ve iflâs hukukuna temas ettiği bir diğer alandır.

24 Söz konusu itirazın iptali davasında yabancı hakem kararının tenfizinin talep edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz aşağıda 21 vd.

C. Tenfizi Talep Edilmeyen Yabancı Hakem Kararına Dayanan İlamsız Takipler Açısından İhtiyati Haczin İncelenmesi

1.Genel Olarak

Tahkim meselelerinin icra hukukuna etki ettiği bir diğer konu, icra takibi ve dava öncesinde talep edilen ihtiyati hacizdir. Burada inceleyeceğimiz husus ise, tenfizi talep edilmeyen yabancı hakem kararına dayanan ilamsız icra takipleri açısından ihtiyati haciz kararı verilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bunun için öncelikle ihtiyati haczin genel özelliklerinin gözden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır.

2. İhtiyati Haczin Genel Özellikleri

a. İhtiyati Haczin Tanımı ve Amacı

İhtiyati haciz ile ilgili doktrinde çeşitli tanımlar verilmiştir. Bir tanıma göre ihtiyati haciz; alacaklının bir para alacağıın zamanında ödenmesini güvence altına almak için, mahkeme kararı ile borçlunun mallarına geçici olarak el konulmasıdır²⁵. Diğer bir tanıma göre, bir para alacağıın tahsilini veya bir teminat borcunun yerine getirilmesini mümkün kılmak amacıyla, alacaklının talebi ve mahkemenin kararı üzerine borçlunun mal ve alacaklarına el konulmasıdır²⁶. Son olarak örnek vereceğimiz tanım ise, para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takibin sonucunun garanti altına alınması için, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici hukukî koruma olmasıdır²⁷.

Yargıtay ihtiyati haczi; İİK'nın 257. maddesi ve özel kanunlarda gösterilen hallerin varlığı halinde davadan ve icra takibinden önce veya sonra verilen, dava ve takibin kesinleşmesi üzerine kesin hacze dönüşen geçici bir haciz olarak tanımlamaktadır²⁸.

Doktrinde ihtiyati haczin amacının, alacaklıyı tatmin etmekten veya alacağı korumaktan ziyade, asıl alacağı konu edinen dava veya takip yolunun amacını sağlamak ve sonucunu korumak için bu yolu güvenceye almak olduğu belirtilmiştir²⁹.

b. İhtiyati Haczin Şartları

İhtiyati haciz kararı verilebilmesi için gereken şartlar İİK m 257'de belirtilmiştir. Kanunda ihtiyati haciz kararı verilirken aranacak şartlarda vadesi gelmiş alacaklar ve vadesi gelmemiş alacaklar olmak üzere ikili ayırım yapılmıştır. Kanunda vade

25 Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C (III)* (1st edn, Demir 1993) 2495.

26 Necmeddin M. Berkin, *İhtiyati Haciz*, (1st edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1962) 9.

27 Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz* (1st edn, Seçkin 1999) 12.

28 Yargıtay 12 HD, 6158/8652, 03.12.1980, Talih Uyar, *İcra Hukukunda Haciz (Haciz)* (3rd edn, Bilge 2016) 20.

29 Özkes (n 27) 15; Berkin (n 26) 9; Halef Ayyıldız, 'İcra Hukukumuzda İhtiyati Haciz' (1969) 60 (6) *Adalet Dergisi*, 375; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk ve İcra ve İflâs Usulleri* (5th edn, 1960) 312.

konusunda yapılan bu ayrımın, borcun muaccel olup olmaması şeklinde anlaşılmasının daha doğru olacağı da doktrinde belirtilmiştir³⁰.

Vadesi gelmiş alacaklar açısından ihtiyati haczin talep edilebilmesi için, İİK m 257’de iki şart aranmaktadır. Bunlardan ilki alacağın rehinle temin edilmemiş olmasıdır (İİK m 257/I). Rehin hakkının maddi hukuktaki teminat fonksiyonu doğrultusunda, rehinle temin edilen alacakların icra hukukunda ayrı tutulduğundan hareketle, hâlihazırda rehinle güvence altına alınmış bir alacak için ihtiyati haciz talep edilmesinin gereksiz olduğu doktrinde ifade edilmiştir³¹.

Rehinle temin edilmemiş alacaklarla ilgili olarak ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için aranan diğer şart da, doğal olarak, alacağın vadesinin gelmiş olmasıdır. Vade; taraflarca sözleşme içerisinde kararlaştırılabileceği gibi, kanunla veya âdetle belirlenebilir, işin özelliklerine ya da objektif iyiniyet kurallarına göre tespit edilebilir³². Dolayısıyla bir borcun vadesinin geldiğinin belirtilen unsurlara göre tespit edilmesi ve alacağın rehinle temin edilmemiş olması durumunda İİK m 257 uyarınca ihtiyati haciz kararı verilebilecektir.

Vadesi gelmemiş alacaklar açısından ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için İİK’ya göre iki şarttan birinin bulunması gerekmektedir. Bunlar; borçlunun belirli bir yerleşim yerinin bulunmaması (m. 257/II-1) ve borçlunun taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla hareket etmesidir (m. 257/II-2).

Taahhütlerinden kurtulma maksadı konusunda kanun; borçlunun mallarını gizlemeye, kaçırmaya veya kendisinin kaçmaya hazırlanması ile kaçmasını ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunmasını, ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için gerekli bir şart olarak düzenlemiştir. Borçluda bu davranışları sırasında taahhütlerinden kaçma kastının da bulunması gerekmektedir³³. Borçlunun amaçlamadığı bir şekilde malvarlığında azalma meydana gelmesinin veya kendisinin yer değiştirmesinin ise başlı başına ihtiyati haciz sebebi oluşturmayacağı ifade edilmektedir³⁴.

İİK m 257 uyarınca mahkeme tarafından ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için şartların varlığı noktasında alacaklının mahkemeye kanaat getirmesi gerektiği m 258’de düzenlenmiştir. Dolayısıyla tenfiz edilmemiş hakem kararının kararda belirtilen alacak hakkında mahkemeye kanaat getirmeye yeterli bir delil olup olmadığının da ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.

30 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan and Özkes (n 8) 503.

31 Özkes (n 27) 116; Umud Akdeniz, ‘İhtiyati Haciz Müessesesi’ (2006) 10(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197, 204.

32 Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993) 801 vd.

33 Özkes (n 27) 156; Akdeniz (n 31) 208; Edip Şimşek, ‘Kambyo Senetlerine Dayanan İhtiyati Haciz’ (1978) 66(3-4), Adalet Dergisi 200, 218; Ayyıldız (n 29) 379; Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C (II)* (1st edn, Yetkin 2001) 1083.

34 Özkes (n 27) 156. Bu doğrultuda doktrinde, borçlunun ticarethanesini başka bir yere nakletmesinin tek başına borçlunun taahhütlerinden kaçma maksadıyla kaçtığı anlamına gelmeyeceği örnek olarak verilmiştir. Uyar, *İhtiyati Haciz* (n 28) 32.

c. Tenfizi Talep Edilmemiş Hakem Kararlarına İlişkin İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir Mi?

i. Genel Olarak

İhtiyati haciz kararı verilebilmesi için İİK’da alacağın vadesinin gelip gelmediğine ilişkin ikili ayırım yapıldığından, tenfizi talep edilmeyen yabancı hakem kararının bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Tenfizi talep edilmemiş hakem kararının; karara konu alacağın, vadesi gelmiş alacak olarak yorumlanması durumunda mahkemece ihtiyati hacze karar verilebilmesi için, borçlunun maksadı araştırılmayacaktır. Aksinin kabulü halinde ise, borçlunun belirli bir yerleşim yerinin bulunmaması veya taahhütlerinden kaçma maksadı özel bir şart olarak aranacaktır³⁵.

ii. Alacağın Vadesinin Gelip Gelmediğinin Tenfizi Talep Edilmemiş Hakem Kararı İle Belirlenmesi

Alacağın vadesinin gelmesi, muaccel hale gelmesi demektir³⁶. Bir borcun muaccel hale gelmesi, vade öngörülüp öngörülmemesine göre değişmektedir. Muaccelliyet; alacaklının alacağını talep edebilir hale gelmesi olarak tanımlanmıştır³⁷. Tarafların sözleşme akdederken sözleşmeden doğan edimlerin ifasını kararlaştırdıkları zamana vade denmektedir. Vade; geleceği kesin olarak belirlenen bir vakit olarak belirtilmektedir. Vade; bazı durumlarda taraflarca belirli bir tarih şeklinde kararlaştırılabilirken (belirli vade), bazı durumlarda da kesin bir tarih vermeksizin, örneğin yaz sezonu sonunda (son günü belirsiz vade) gibi kararlaştırılabilir³⁸.

Türk Borçlar Kanunu’nda³⁹ (TBK) tarafların vadeyi tespit edebilecekleri düzenlenmiştir (m 90). Taraflar sözleşmede borcun vadesini kararlaştırmamışsa, bir borcun vadesinin gelip gelmediği (*muacceliyeti*) için niteliğine göre belirlenmektedir (TBK m 90). Dolayısıyla vade; taraflarca sözleşme içerisinde kararlaştırılabileceği gibi, kanunla veya âdetle belirlenebilir, işin özelliklerine veya objektif iyiniyet kurallarına göre tespit edilebilir⁴⁰.

Tenfizi talep edilmeyen hakem kararının, bu kriterlere göre alacakla ilgili olarak mahkeme nezdinde kanaat oluşturup oluşturmayacağının tespit edilmesi gerekmektedir.

35 İİK’da vadesi gelmemiş alacaklar açısından aranan şartlar, yabancı hakem kararı açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir. Borçlunun belirli bir yerleşim yeri olmaması veya borçlunun taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla hareket etmesi gibi özel şartlar, vadesi gelmemiş borçlar açısından her bir olayda aranacaktır. Bu şartların araştırılmasının tahkim özelinde herhangi bir değişiklik yaratmayacağı düşüncesinden hareketle, çalışma konumuzun kapsamında olmadığından, incelenmesi gerekli görülmemiştir.

36 Melek Bilgin Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (1st edn, Vedat 2015), 11.

37 Yüce (n 36) 12; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 32) 800; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin 2020), s. 77 vd; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I.* (2nd edn, Seçkin 2013) 20 vd.

38 Yüce (n 36) 54 vd.

39 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836

40 Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 32) 801 vd.

Bu tespit yapılırken de, ihtiyati haciz kararı verilmesinin vadesi gelmemiş alacağa ilişkin doğuracağı sonucun da göz önünde bulundurulmasında fayda vardır.

Hakem kararları sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesini sağlamakla birlikte, tahkime konu uyuşmazlıklar çeşitlilik arz edebilmektedir. Sıklıkla da sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edilmemesi nedeniyle tazminat talepleri hakemlerce karara bağlanmakta ve tazminata ilişkin karar verilmektedir. Dolayısıyla alacak dışında bu tarz tazminat kararlarının söz konusu olduğu durumlarda, borcun vadesinin gelmiş olması gerekçesiyle muaccelliyetin varlığı tespit edilememektedir. Tazminata ilişkin yabancı hakem kararlarının Türkiye’de sonuç doğurabilmesi için ise Türk mahkemesi tarafından tanınması veya tenfiz edilmesi gerekmektedir.

Hakem kararı verildikten sonra, davayı kaybeden tarafın kararı yerine getirmemesi üzerine, hakem kararı lehine olan tarafın, kararın ilamlı icra kapsamında icrasını sağlayabilmesi için tenfiz kararı alması gerekmektedir. Ayrıca, ilamlı icra dışında Türk mahkemeleri nezdinde yabancı bir hakem kararının hukukî sonuç doğurabilmesi, tanınması veya tenfiz edilmesine bağlıdır⁴¹. Dolayısıyla, yabancı hakem kararı tanınıp tenfiz edilmediği sürece, sadece hakem kararına dayanılarak mahkemece borcun vadesi geldiğinin, yani muaccel olduğunun kabulü kanaatimizce mümkün değildir. Borcun vadesinin geldiğinin mahkemece kabul edilebilmesi için, yabancı hakem kararının tanınması veya tenfizi gerekmektedir. Dolayısıyla, mahkeme tarafından borcun vadesinin geldiğinin (muaccel olduğunun) kabulünde, sadece hakem kararı yeterli olmamalı, başka belgelere dayanılarak vadesi gelen borcun varlığı takip alacaklısı tarafından ispat edilmeye çalışılmalıdır.

İcra ve İflâs Kanunu’nda düzenlenen muaccel olmayan borç hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesinin sonucu, tenfizi talep edilmeyen hakem kararının ihtiyati hacze konu olup olmayacağının belirlenmesinde önemlidir. İİK m 257/III’te muaccel olmayan bir borç için kanunda aranan şartların varlığı hâlinde ihtiyati hacze karar verilmesi durumunda, borcun sadece borçlu hakkında muacceliyet kesbededeği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hâliyle, esasında muaccel olmayan bir borç, ihtiyati haciz kararı ile birlikte borçlu açısından muaccel hale gelmektedir. İhtiyati haciz kararının bu sonucu doğurması, kanaatimizce tenfiz talep edilmeyen hakem kararları açısından önemlidir. Çünkü tenfizi talep edilmeyen hakem kararına dayanılarak ihtiyati haciz kararı verilmesi ile birlikte, esasında muaccel hale gelmemiş bir borca da kanunen muacceliyet yüklenmektedir. Dolayısıyla, Türk mahkemeleri tarafından verilecek tenfiz kararı ile yabancı hakem kararının ulaşacağı etkiye, bir nebze de olsa, tenfizi talep edilmemiş hakem kararına dayanılarak ihtiyati haciz kararı verilmesi halinde de ulaşılabileceğini düşünen kişilerin, ihtiyati haciz talep ederek tenfiz kararına yaklaşan bir uygulama

41 Akıncı (n 3) 335.

içerisine girmelerine ve suistimallere imkân tanıyan bir durum ortaya çıkaracaktır.

Tenfizi talep edilmeyen yabancı hakem kararının alacağın muaccel olduğu şeklinde kabul edilmemesi gerektiği ifade edildikten sonra, ihtiyati haciz kararı verilmesinde alacağın varlığı ve bu yönde mahkemeye kanaat getirme şartını sağlayıp sağlamayacağı konusunun da incelenmesi gerekmektedir.

iii. Alacağın Varlığı Hakkında ve İhtiyati Haciz Sebebinde Mahkemeye Kanaat Getirme Şartının Tenfiz Edilmemiş Hakem Kararı Açısından Değerlendirilmesi⁴²

İİK’da mahkeme tarafından borçlu aleyhine ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için alacaklının alacağı hakkında mahkemeye kanaat getirmesi şartı öngörülmüştür (m 258). Ancak kanaat getirmenin içeriği kanunda belirtilmemiştir. Doktrinde, kanunda belirtilen kanaat getirmenin ne olduğu konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilkinde; kanaat getirmenin, tam ispat yerine yaklaşık ispat olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁴³. Bir diğer görüşte, ihtiyati haciz açısından mahkemeye kanaat getirmenin gerçeğe benzerlik karinesi olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁴. Konuyla ilgili başka bir görüşte, hâkimin haciz sebebine, hacze esas alacağın varlığına inanabilir olmasının yeterli olduğu ileri sürülmüştür⁴⁵. Son olarak yer vereceğimiz görüşte, ihtiyati hacze karar verilebilmesi için mahkemenin az çok kanaat getirmesinin yeterli olduğu kabul edilmiştir⁴⁶. Yargıtay kararlarında, ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için mahkemeye kanaat getirilmesi için yaklaşık ispatın yeterli olduğu belirtilmektedir⁴⁷.

Tenfiz edilmemiş hakem kararının ihtiyati haciz kararı verilmesine yeterli olup olmadığı Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yargıtay; tenfizi talep edilmeyen yabancı hakem kararlarına dayanılarak ihtiyati haciz kararı verilmesi konusunda her iki yönde de kararlar vermiştir.

42 Yargıtay kararlarında ve doktrinde incelenen bir diğer konu olan; kesinleşmemiş tenfiz kararı uyarınca ihtiyati haciz kararı verilmesi, burada incelediğimiz konudan farklıdır. Çünkü kesinleşmemiş tenfiz kararına dayanılarak ihtiyati haciz talep edilmesi ile esasında önceden tenfiz prosedürüne başvurulmuş, mahkeme tarafından tenfiz kararı verilmiş ve mahkemenin bu tenfiz kararı henüz kesinleşmemiştir. Ancak biz burada, tenfize konu olmaksızın bir yabancı hakem kararının, ihtiyati haciz kararı verilmesi konusunda yeterli olup olmadığını incelemekteyiz. Kesinleşmemiş tenfiz kararları bakımından Yargıtay; ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için tenfiz kararının kesinleşmesine gerek olmadığı görüşündedir. Yargıtay 11 HD, 1287/4167, 06.04.2009 ve 19 HD, 7952/9703, 21.10.2009, Cüneyt Uyar, ‘Kesinleşmemiş Tenfiz İlamına Dayanılarak İhtiyati Haciz Talep Edilebilir Mi?’ (Kesinleşmemiş İlam), (2012) 86(3), İstanbul Barosu Dergisi, 295, 299-300. Yargıtay ile aynı görüşte Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Millîterarası Özel Hukuk*, (17th edn, Beta 2020), 719. Yargıtay’ın bu kararları; kanunda tenfiz kararının temyiz edilmesinin icrayı durduracağı düzenlenmesine (MÖHUK m 61’deki atf dolayısıyla MÖHUK m 57) rağmen, ihtiyati haciz yoluyla kararın icrası sonucunun sağlanması ile kanun hükmünün bertaraf edilme ihtimali endişesiyle eleştirilmiştir. Akıncı, (n 3), 360; Uyar C, Kesinleşmemiş İlam, 303.

43 Özekes (n 27) 217.

44 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt II, İflâs ve Konkordato Hukuku C. II*, (Tıpkı Basım, Demir 1992) 2507. Benzer şekilde Berkin (n 26) 46.

45 Ansay (n 29) 315.

46 Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, (8th edn, Filiz 2004) 487; Uyar, *İhtiyati Haciz* (n 28) 46.

47 Yargıtay 7 HD, 14865/9719, 02.05.2016; Yargıtay 15 HD, 4899/5464, 02.11.2015; Yargıtay 21 HD, 5842/8588 20.04.2015; Yargıtay 19 HD, 18723/1804, 23.01.2014; Yargıtay 11 HD, 11034/15365, 10.09.2013 Kazancı Hukuk Otomasyon.

Yargıtay bazı kararlarında; İİK m 257’de düzenlenen ihtiyati haczin, vadesi gelmiş ve rehinle temin edilmemiş bir para borcu için veya vadesi gelmemiş borçlar için istenebileceğini belirttikten sonra, yabancı mahkeme veya hakem heyeti tarafından verilen bir kararla tespit edilen alacak hakkında tedbir niteliğinde bulunan ihtiyati hacze karar verilmesinde, yabancı kararın tenfizi koşulunun aranmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁴⁸.

Yargıtay’ın yukarıda belirtilen kararlarının aksi yönünde, yani tenfiz edilmemiş yabancı karara istinaden alacağın varlığının ve muaccel olup olmadığının tespit edilemeyeceği, bu durumun yargılamayı gerektirdiği ve bu nedenle ihtiyati hacze karar verilemeyeceğine ilişkin kararı da bulunmaktadır⁴⁹.

İhtiyati haciz kararı verilmesinde aranan alacağın varlığı şartı açısından yabancı hakem kararının yeterli görülüp görülmeyeceği konusunun, hakem kararının içeriği ile ilgili verilecek bir örnekle daha iyi ifade edilebileceği kanaatindeyiz. Tahkim yargılaması sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yerine getirilmediğinin tespitine ilişkin olabileceği gibi (örneğin sözleşmede belirlenen bedellerin vadesinde ödenmemiş olmasının tespiti), sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zararların tazminine ilişkin de olabilmektedir. İlk halde alacağın varlığı ve vadesinin gelip gelmediği konusunda mahkemede kanaat uyandırılması esasında nispeten kolaydır. İhtiyati haciz talep eden tarafın, sözleşmedeki vadeye ilişkin düzenlemeler ile ödemenin yapılmadığına ilişkin banka kayıtları ve sair evrakı göstermesi yeterli olabilecektir. Ancak hakem kararında tazminata hükmedilen ikinci halde ise durum farklıdır. Yabancı hakem kararındaki tazminatın muaccel alacak olup olmadığı, hatta alacak olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, bu kararın tenfiz edilmesi şartına bağlıdır. Dolayısıyla, tazminat hükümleri içeren yabancı hakem kararı, tenfiz edilmediği sürece, Türk mahkemeleri açısından herhangi bir hukukî sonuç doğurmayacaktır. Bu haliyle de hakem kararı, alacağın varlığına ilişkin ihtiyati haciz şartı olarak da mahkeme tarafından inandırıcı bir ispat vasıtası olarak da kabul edilmemelidir.

Kanaatimizce yabancı hakem kararının tenfizi talebi yerine, ilamsız icra takibi yapılması ve ihtiyati haciz talep edilmesi durumunda, sadece tenfiz edilmemiş hakem kararına dayanılarak alacağın varlığı hakkında kanaat oluşturması yeterli görülmemelidir. Çünkü bir hakem kararının verildikten sonra Türk mahkemeleri açısından sonuç doğurabilmesi için, tanınmasına veya tenfizine karar verilmesi gerekmektedir⁵⁰. Ancak lehine karar alan tarafın, hakem kararını tenfize konu etmeyip

48 Yargıtay 6 HD, 3906/4941, 14.04.2014 Kazancı Hukuk Otomasyon. Aynı yönde; Yargıtay 11 HD, 4309/4022, 21.04.2005, Mustafa Oskay, Coşkun Koçak, Adnan Deynekli and Ayhan Doğan, *İİK. Şerhi, C. IV*, (1st edn, Turhan 2007) 5296-5298.

49 Yargıtay 15 HD, 7100/365, 26.01.2015, Kazancı Hukuk Otomasyon. Her ne kadar bu karara konu olay, yabancı devlet mahkemesi tarafından verilen karara ilişkin olsa da, yabancı hakem kararının söz konusu olduğu durumlarda ulaşılabilecek sonuç açısından bir fark bulunmamaktadır.

50 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2020) 796; Akıncı (n 3) 335.

ilamsız icraya ve ihtiyatî hacze dayanak teşkil etmesi, hakem kararının içeriğinin alacağın varlığı konusunda mahkemede kanaat uyandırmasını gölgeleyecek bir durumdur. Normalde alacaklıdan beklenen, söz konusu hakem kararının tenfizi ve bu arada alacağını temin etmesinin güvenceye alınması amacıyla ihtiyatî haciz kararı verilmesini talep etmesidir⁵¹. Bu yola başvurmayan, yani bir şekilde “*lehine olan hakem kararına güvenmeyen*” alacaklının, bu hareketiyle, mahkemede alacağın varlığına ilişkin kanaat getireceği kabul edilmemelidir⁵². Dolayısıyla, tenfizi talep edilmemiş hakem karardan başka delillerle, alacağın varlığı konusunda mahkemeye kanaat getirilmesi uygun olacaktır.

Sonuç itibariyle, Türkiye’de sonuç doğurabilmesi tanınmalarına veya tenfiz edilmelerine bağlı olan yabancı hakem kararları, tenfiz talep edilmediği takdirde; İİK m 258’de ihtiyatî haciz için öngörülen, alacağın varlığı ve muacceliyet açısından mahkemeye kanaat getirme ölçütünü karşılayacak nitelikte değildir⁵³. Bu nedenle yabancı hakem kararının tenfiz edilmeksizin ilamsız icraya konu olması ve bu ilamsız icra takibi ile ilgili olarak ihtiyatî haciz talep edilmesi durumunda, mahkemece ihtiyatî hacze karar verilebilmesi için, alacaklının yabancı hakem karardan başka deliller ile alacağın varlığını ve muacceliyetini ispat etmesi gerekmektedir.

Örnek verilen Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı üzere, Yargıtay tarafından her iki yönde de hüküm kurulmakta olduğundan, bu durum hukukî öngörülebilirlik sağlanmadığından karışıklık yaratmaktadır. Yabancı hakem kararlarının mevcut düzenlemeler ve ilamsız icra takibinin niteliği doğrultusunda, ilamsız icraya konu olabileceği yukarıda belirtilmişti. Ancak konuyla ilgili uygulamada yer alan karışıklıkların giderilebilmesi için, İİK’da yabancı hakem kararlarına dayanılarak ilamsız icra takibi başlatılamayacağı yönünde bir düzenlemenin getirilmesinin, hukukî öngörülebilirlik açısından elzem olduğu kanaatindeyiz⁵⁴. Bu yöndeki görüşümüzün bir diğer dayanağı ise tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının icra edilebilmesi için hakkında tenfiz kararı verilmesine ve bu kararın da kesinleşmesine ihtiyaç duymasıdır (MÖHUK m 57). Çünkü normalde taraflardan beklenen, lehine

51 Yabancı hakem kararının tenfizi davası sonuçlanıncaya kadar tenfiz davasında ihtiyatî haciz talep edilebileceği hakkında bkz. Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 50) 604.

52 Doktrinde, tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığı belli olmayan hakem kararına istinaden, yabancı hakem kararında belirtilen alacağı muaccel sayıp, borçlunun mallarına ihtiyatî haciz konulması, demokratik hukuk devletinde kabul edilmez bir durum olarak nitelendirilmiştir. Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 50) 605; Cemre Tüysüz, *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar* (1st edn, Beta 2017) 68.

53 Aynı yönde Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 50) 606.

54 Yargıtay İçtihadî Birleştirme Kurulu’nun Türk mahkemeleri tarafından verilen kararların ilamsız icra takibine dayanık olamayacağı, sadece ilamlı icra yoluyla icralarının istenebileceği yönünde önerimize benzer bir kararı bulunmaktadır. Kararda özetle; elinde ilam bulunan alacaklı için getirilen düzenlemelerin onu takip yapmaktan alıkoymadığı, aksine daha kolay, çabuk ve ucuz yolla alacağına kavuşturan özel bir yol sağladığı ifade edilmiştir. Ek olarak alacağı ilama bağlanmış alacaklının itiraza tâbi, uzayabilecek bir usulün takip edilmesi zorunlu ve daha masraflı olabilecek genel haciz yolu ile ilamsız takip yolunu seçmekte hukuki yararı bulunmadığı da belirtilmiştir. Öte yandan hiçbir belgeye dayalı olmaksızın icra takibine girişmek yerine alacağın hüküm altına aldırarak yolunu seçen alacaklının, bu seçimini takip aşamasında değiştirip ilama bağlı alacağını ilamsız takibe koymasının da haklı görülemeyeceği de ifade edilmiştir. Sonuç itibariyle, ilama dayalı bir alacağın ilamsız icra takibine konu edilmesinde alacaklının hukukî menfaatinin bulunmadığı kararda açıkça yer almaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2/3, 10.07.2017.

hakem kararı alan tarafın, bu kararı tenfiz prosedüründen geçirerek ilamlı icraya başvurmasıdır. Bu yolun tercih edilmeyerek ilamsız icraya başvurulması; her ne kadar yabancı hakem kararına dayanılarak ilamlı icra takibi kuvvetinde bir işlem yapılmasına yol açmasa bile, normal usulün bir şekilde bertaraf edilmesini sağlamaktadır.

İlâmsız icra takibine takip borçlusu tarafından yapılan itiraz üzerine, icra takibi durmaktadır (İİK m 66). Takip alacaklısının icra takibinin devamını sağlayabilmesi ve alacağını tahsil edebilmesi için itirazın iptali amacıyla dava açması (İİK m 67) veya itirazın kaldırılmasını (İİK m 68) talep etmesi gerekmektedir. Bu nedenle de yabancı hakem kararının ilamsız icra ile temas ettiği bir diğer konuyla da, itiraz üzerine başvurulacak itirazın iptali davası aşamasında karşılaşılmaktadır.

D. Tenfizi Talep Edilmeyen Yabancı Hakem Kararına Dayanan İcra Takibinde İtirazın İptali Davasına İlişkin Meseleler

1. Genel Olarak

Bilindiği üzere takip borçlusu tarafından ödeme emrine süresi içerisinde itiraz edilmesi durumunda icra takibi duracaktır (İİK m 66). İcra takibinin devamını isteyen takip alacaklısı genel mahkemelerden itirazın iptaline (İİK m 67) veya icra mahkemesinden kaldırılmasına (İİK m 68) karar verilmesini isteyebilecektir. Çalışmamızın bu bölümünde itirazın iptali davasında yabancı hakem kararının tenfizinin talep edilme imkânı olup olmadığı ve ilamsız icra takibine dayanak olması durumunda açılacak itirazın iptali davasında icra inkâr tazminatına (İİK m. 67/II) hükmedilip hükmedilmeyeceği incelenecektir.

2. İtirazın İptali Davasında Yabancı Hakem Kararının Tenfizi Talep Edilebilir Mi?

Konuya geçmeden evvel belirtmek istediğimiz husus, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğundan dolayı, söz konusu itirazın iptali davasının tahkimde görülüp görülemeyeceği sorunuyla karşılaşılabileceğidir⁵⁵. Ancak bu halde; ilamsız icra takibi yabancı hakem kararına dayandığından ve taraflar arasındaki uyuşmazlık önceden tahkime taşındığından, hakemler tarafından alacağın varlığına ilişkin bir karar verilmiştir. Dolayısıyla tekrar tahkime gidilerek uyuşmazlığın baştan çözümlenmesinde hukukî yarar bulunmamaktadır. Bu nedenle de alacaklı tarafından yabancı hakem kararının icrasından kaynaklanan itirazın iptali davasında tekrar tahkime başvurulmasında hukukî yararın mevcut olmadığı gerekçesiyle davanın tahkimde değil, görevli ve yetkili mahkemede görülmesi gerekmektedir.

55 Alacaklı tarafından ilamsız icra takibine başvurulması ve takip borçlusu tarafından süresi içerisinde itiraz edilmesi üzerine, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde itirazın iptali davasının tahkimde görülmesi gerekmektedir. Konuyla ilgili olarak bkz Tüysüz (n 52) 95 vd.

Yabancı hakem kararının ilamsız icra takibine konu edilmesi ve takip borçlusu tarafından süresi içerisinde ödeme emrine itiraz edilmesi üzerine itirazın iptali davasındaki talepler ile ilgili iki farklı öneride bulunulabilecektir. Bunlardan ilki, itirazın iptali davasının yerel mahkemede açılarak, bu davada yabancı hakem kararının tanınmasına ve borçlunun itirazının iptaline ve ilamsız icra takibinin devamına karar verilmesinin talep edilmesidir. Özellikle, itirazın iptali davasının hukukî niteliğinin tespit davası olduğunun kabul edilmesi halinde bu çözüm anlam kazanmaktadır⁵⁶. Tanıma kararı verilmesi ile birlikte yabancı hakem kararında borcun varlığına ilişkin tespit hükmünün mahkemece kabul edilmesi söz konusu olacaktır. Sonrasında da mahkeme tarafından borçlunun itirazın iptaline ve ilamsız icra takibinin devamına karar verilecektir.

Kanaatimizce bu çözüm yolu, karar sonrasında gerçekleştirilecek işlemlerin niteliğine uymamaktadır. Çünkü borçlunun itirazının mahkemece iptal edilmesi ile icra takibi kaldığı yerden devam edecektir. Böylelikle de ilamsız icra takibine konu borcun tahsili için icraî faaliyetlere girişilecektir. Bu doğrultuda yabancı hakem kararı bir şekilde icra edilmiş olacaktır. Tanıma kararlarında ise, icra edilebilecek hükümlerin yer almadığı yabancı bir karardaki adli hakikatin tanınması söz konusudur⁵⁷. Ancak yabancı hakem kararının tanınması sonucunda takibin devamına karar verilmesi halinde icra edilebilirlik vasfı tanıma kararına dayanılarak gerçekleştirilecektir. Yabancı hakem kararının tanıma kararıyla icra edilebilirlik vasfını kazanması hukuken mümkün değildir. Kanaatimizce mahkeme tarafından verilmesi gereken karar, yabancı hakem kararının tanınmasından ziyade, tenfizine yönelik olmalıdır.

56 İtirazın iptali davasının niteliği ile ilgili olarak doktrin ve Yargıtay kararlarında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. İtirazın iptali davasının niteliği ile ilgili hâkim görüşünün eda davası olduğudur. Kuru, C. I. (n 9) 281; Burhan Gündoğan, *İcra Hukuku Dersleri* (1st edn, Ajans Türk Matbaası 1970) 38; Ejder Yılmaz, *İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği, Saim Üstündağ'a Armağan*, (1st edn, Adalet 2009) 608; İlhan E. Postacıoğlu and Sümer Altay, *İcra Hukukunun Esasları* (5th edn, Vedat 2010) 224; Berkin (n 26) 180; Üstündağ (n 46) 106. Bunun karşısındaki görüşe göre itirazın iptali davası, alacağın varlığı veya yokluğunun tespitini amaçlayan bir tespit davasıdır. Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku C. I.*, (6th edn, Adalet 2013) 380; Tahir Çağa, 'Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair (İtirazın İptali)', (1976) VIII(3) BATİDER 1, 25; Tahir Çağa, 'Yine Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair (Yine İtirazın İptali)', (1979) X(2) BATİDER 369, 374; Yavuz N. Okçuoğlu, *Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım* (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1991) 408 vd. Bunlardan farklı olarak da doktrinde ileri sürülen görüşte ise, itirazın iptali davası icra hukukuna özgü bir dava olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşe göre itirazın iptali davasında alacaklı sadece itirazın iptali ve inkâr tazminatına hükmedilmesini talep edebilecektir. İtirazın iptali ve alacağın tahsilinin bir arada talep edilemeyeceği belirtilmiştir. Ek olarak itirazın iptali davasında mahkemece verilecek kararda tahsil hükmü yer almayacaktır. Pekcanitez, Atalay, Surgurtekin Özkan and Özekes (n 8) 197-198; Muşul, (n 56) 382. Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. "İİK'nun 67. maddesine göre açılan itirazın iptali davası açılış, biçim ve suretiyle, doğurduğu sonuçlar bakımından tahsil davasından farklıdır. İtirazın iptali davalarında mahkemece, itirazın iptaliyle yetinilecek, istem varsa icra inkâr tazminatına hükmedilecektir. Tahsil davasında ise, alacağın ve istem varsa faizin alınmasına ilişkin olarak hüküm kurulacaktır. Böylece itirazın iptali davasıyla alacak davası ayrı ayrı hukuksal sonuçlar doğuran iki ayrı dava türü olmaları nedeniyle bu bağlamdaki taleplerin birlikte dava konusu edilmesi olanağı yoktur." Yargıtay 19 HD, 4746/3086, 19.03.2004, Adnan Deyneklî and Sedat Kısa, *İtirazın İptali Davaları – İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı*, (2nd edn, Turhan 2005) 239. "İY'nin 67. maddesine göre açılan itirazın iptali davası, açılış biçim ve süresiyle, doğurduğu sonuçlar bakımından tahsil davasından ayrıdır. İtirazın iptali davalarında yargıç, itirazın iptaliyle yetinecek, istem varsa %40'dan aşığı olmamak koşuluyla inkâr ödencesine hükmedecektir. Ayrıca alacağın ve dolayısıyla faizin alınmasına karar verilemeyecektir. Tahsil davasında ise, alacağın ve istem varsa faizin alınmasına ilişkin olarak hüküm kurulacaktır. Böylece itirazın iptali davasıyla alacak davası ayrı ayrı hukuksal sonuçlar doğuran, iki ayrı dava türü olmaları nedeniyle bir arada dava edilmesi olanağı yoktur. Hem itirazın iptali ve hem de alacağın alınması içeren davalarda yargıç, hangi dava türüne göre karar vereceğini saptayabilmek için öncelikle HUMK'nun 179/3 ve 75/2. maddeleri doğrultusunda davacının hangi seçeneği istediği açıklattırılmalı, sonucuna göre dava koşulları yönünden araştırma ve inceleme yapılarak hüküm kurulmalıdır." Yargıtay 19 HD, 5279/7130 01.07.1994, Yargıtay Kararları Dergisi (1996) 22(1) 82-84.

57 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 50) 620, 622.

Yabancı hakem kararına ilişkin olarak tanıma kararı verilemeyeceğine ilişkin yukarıda belirttiğimiz neden doğrultusunda mevcut düzenlemeler ışığında ileri sürülebilecek bir diğer çözüm; yabancı hakem kararının tenfizi ile itirazın iptali davasının iki ayrı davada ileri sürülmesidir. Tenfiz kararı ile birlikte borçlunun itirazının iptaline ve borçlu aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesinin bir dava içerisinde birlikte talep edilmesi birkaç konu açısından değerlendirilmelidir.

Dikkat edilmesi gereken birinci konu davaların tâbi oldukları usuldür. Yabancı hakem kararının tenfizi davası basit yargılama usulüne (MÖHUK m 55), itirazın iptali davası ise genel usul olan yazılı yargılama usulüne tâbidir (İİK m 67). Birbirinden farklı yargılama usulüne tâbi taleplerin tek bir davada ileri sürülmesi halinde, usule ilişkin sorunların ortaya çıkma ihtimali yüksektir.

HMK'da davacının birbirinden bağımsız birden çok talebini aynı davada ileri sürebilmesi için birlikte dava edilen taleplerin aynı yargı çeşidi içerisinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir (HMK m 110). Burada aynı dava çeşidi olarak belirtilen kısmın dar yorumlanması gerektiği ve yargı çeşitleri (idari yargı, adli yargı, Anayasa yargısı ve uyuşmazlık yargısı) dışında da medeni usul hukukundaki usuller açısından da aranması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸. Zira farklı yargılama usullerine tâbi taleplerin aynı davada ileri sürülmesi halinde bu yargılama usullerinden hangisinin tercih edileceğinin çözümü pek mümkün görülmemektedir. Bu nedendir ki, basit yargılama usulüne tâbi bir talebin, yazılı yargılama usulüne tâbi bir taleple bir arada aynı dava içerisinde ileri sürülmemesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir⁵⁹. Böylelikle de HMK m 110'un bu şekilde yorumlanması sonucunda, birbirlerinden farklı usullere tâbi yabancı hakem kararının tenfizi ile itirazın iptaline ilişkin taleplerin tek bir davada yığılması engellenerek çıkması muhtemel sorunların önüne geçilecektir.

İkinci ve kanaatimizce en önemli husus, her iki dava sonrasında verilen kararlara ilişkin temyize başvurulmasının sonuçlarının farklılık göstermesidir. Şöyle ki, yabancı hakem kararının tenfizi kararının temyiz edilmesi hakem kararının icrasını durdurmakta iken, itirazın iptali davasının temyiz edilmesi, kural olarak kararın icrasını durdurmamaktadır. İtirazın iptali davasında mahkemenin yabancı hakem kararının tenfizi ile birlikte itirazın iptaline ve takibin devamına karar vermesi üzerine, bu kararın temyiz edilmesi halinde kararın tenfiz hükmü karar kesinleşinceye kadar sonuç doğurmayacak, buna karşın yabancı hakem kararına dayanan itirazın iptali ve takibin devamına ilişkin hüküm icra edilebilir bir karar olacaktır. Böylelikle de birbiriyle çelişen bir durum ile karşılaşılacaktır. Dolayısıyla, hükmün temyizinin birbirlerinden çok farklı sonuçlar doğuran iki talebin tek bir davada görülmesi, temyiz üzerine sorun

58 Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)* (1st edn, Nemaş 1999) 35. Aynı yönde Baki Kuru, Ramazan Arslan and Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (24th edn, Yetkin 2013) 271. Aksi yönde ise bkz, Elif Aksoy, *Objektif Dava Birleşmesi* (2015) 117(2), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 201, 212.

59 Pekcanitez (n 10) 1095. Farklı yargılama usullerine tâbi taleplerin aynı davada ileri sürülemeyeceğine ilişkin düzenleme İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 90. maddesinde de yer almaktadır.

çıkmasına neden olacaktır. Dolayısıyla temyizın etkisi bakımından ortaya çıkan bu farklılık, her iki talebin tek bir davada görülmesini kanaatimizce engellemektedir⁶⁰.

Açıkladığımız nedenlerle; davacı alacaklının öncelikle yabancı hakem kararının tenfizini talep etmesi ve itirazın iptali davasını da tenfiz davasından ayrı olarak ikame etmesi gerekmektedir. Sonradan açacağı itirazın iptali davasında alacaklı, tenfiz davasının sonucunun kesinleşmesini HMK m 165 kapsamında bekletici mesele olarak talep edebilecektir⁶¹.

Yabancı hakem kararının tenfizi talebinin reddedilmesinin itirazın iptali davasına ne şekilde etki edeceği konusunda gerek Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu'nda gerekse MÖHUK'ta düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce burada MTK m 15/A-VII'deki düzenlemenin kıyasen uygulanması uygun olacaktır. MTK m 15'te; *hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya MTK'da öngörülen usule uyulmadığı, tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, MTK hükümlerine uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu*⁶², *hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği, hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği veya istemin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı*⁶³, *tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediği*⁶⁴, *kararın kamu düzenine aykırı olduğu*⁶⁵ sebeplerinden birine göre iptal kararı verilmiş ise, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, uyuşmazlığın tekrar tahkime götürülebileceği belirtilmiştir. Bu hükmün kıyasen uygulanması ile bu sebeplerden birine göre yabancı hakem kararının tenfizi talebinin reddine karar verilmesi durumunda, taraflar arasında alacağın varlığına ilişkin bir hakem kararı bulunmamaktadır. Bu nedenle de taraflar arasındaki tahkim anlaşması nedeniyle itirazın iptali davasının tahkim anlaşması nedeniyle tahkimde görülmesi gerekmektedir. Sonuç itibarıyla tenfiz talebi reddedilen hakem kararına konu alacağın belirlenmesi tahkim anlaşması kapsamında olduğundan, tahkim itirazı üzerine itirazın iptali davasının tahkime sevk edilmesi gerekmektedir. Böylelikle de taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının icrası engellenmeyecektir.

Ancak buradaki önemli olan nokta; tahkimde görülecek davanın önceki hakem kararına konu dava ile aynı olamayacağıdır. Çünkü bu dava icra takibine dayanan bir alacağa ilişkin olduğundan alacaklı tarafından itirazın iptali davasının açılması gerekmektedir⁶⁶. Bu nedenle tenfiz davasının kesinleşmesinin bekletici mesele yapıldığı

60 Aynı yönde bkz Cemal Şanlı, *Hukuki Mütalaaların (Mütalaaların)* (1st edn, Adalet 2016) 486.

61 Şanlı, *Mütalaaların* (n 60) 487.

62 Bu iptal sebepleri New York Konvansiyonu m. V/1-d'de tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

63 Bu iptal sebepleri New York Konvansiyonu m. V/1-c'de tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

64 Bu iptal sebebi New York Konvansiyonu m. V/1-b'de tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

65 Bu iptal sebebi New York Konvansiyonu m. V/2-b'de tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir.

66 Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunması durumunda itirazın iptali davasının tahkimde görülmesi gerektiği konusunda bkz. Tüysüz (n 52) 95 vd.

itirazın iptali davasına bakan mahkemenin, taraflar arasında geçerli ve uygulanabilir tahkim anlaşması bulunması nedeniyle yetkisizlik kararı vermesi ve itirazın iptali davasına konu uyuşmazlığı tahkime havale etmesi gerekmektedir. Zira geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığının devlet mahkemeleri tarafından tespit edilmiş olması halinde, uyuşmazlığın tahkime havale edilmesi NYK m 2/III’te açıkça düzenlenmiştir.

MTK m 15’te yukarıda sayılan iptal sebeplerine özel olarak düzenleme getirildiğinden, bunlar dışındaki sebeplerden dolayı hakem kararının iptal edilmesi durumunda, itirazın iptali davasının tahkime havale edilmesine gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla, NYK’daki; tahkime elverişli olmayan bir konuda hakem kararı verilmesi ve geçerli bir tahkim anlaşması bulunmaması nedeniyle hakem kararının tenfiz edilmemesi durumunda, uyuşmazlık mahkeme tarafından yeniden tahkime havale edilemeyecektir. Bu halde, itirazın iptali davasına mahkemede devam edilerek, uyuşmazlığın esasına geçilmesi gerekmektedir.

Yukarıda ikinci halde belirttiğimiz çözüm, mevcut kanunî düzenlemelere uygun olmakla birlikte kanaatimizce sonuçları itibariyle âdil olmayabilecektir. Takip alacaklısının; borçlunun itirazının iptali ve icra inkâr tazminatına hükmedilmesi amacıyla ilamsız icra takibine başvurmuş olması muhtemeldir. Borçlunun da bu ilamsız icra takibine, yabancı hakem kararının tenfiz prosedüründen geçirilmesinde hukukî menfaati bulunduğu hareketle, itiraz etmesi mümkündür. Ancak İİK m 67 doğrultusunda borçlu aleyhine; aşağıda görüleceği üzere, tenfiz kararı sonrasında alacağı bilebilir durumda olması gerekçesiyle mahkemece icra inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekmektedir. Yabancı hakem kararının tenfiz prosedüründen geçmesinde hukukî menfaati bulunan borçlunun, bu itirazı nedeniyle aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesi kanaatimizce âdil sonuç doğurmayabilecektir. Dolayısıyla bu durumun yasal olarak düzeltilmesi ile birlikte âdil sonuçlara ulaşılmasını engelleyecek uygulamanın önüne geçilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce en uygun çözüm, İİK’ya yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmeksizin icra edilemeyeceği, bu tarz kararlar doğrultusunda ilamsız icraya başvurulamayacağı şeklinde bir hükmün eklenmesidir. Böylelikle uygulamada çıkması muhtemel karışıklıklar engellenmiş ve hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır. Kaldı ki, yabancı hakem veya mahkeme kararlarının tenfiz edilmesi sonrasında icra edilmesi, normal ve hukuken beklenen usuldür⁶⁷.

3. İtirazın İptaline Karar Verilmesi Halinde Mahkemece İcra İnkâr Tazminatına Hükmedilebilir Mi?

a. Genel Olarak

Yabancı hakem kararına dayanan ilamsız icra takiplerine ilişkin olarak itirazın iptali davası açılması durumunda, bu davada ileri sürülebilecek bir diğer talep ise, takip borçlusu aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesidir. Bu bölümde öncelikle

⁶⁷ Benzer şekilde bkz yukarıda 19.

icra inkâr tazminatı kısaca incelenecek olup sonrasında mahkemece buna hükmedilip hükmedilemeyeceği konusu irdelenecektir.

b. İcra İnkâr Tazminatı

İcra inkâr tazminatı İİK m 67’de düzenlenmiştir. Maddeye göre “*Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir.*”

İİK m 67’de düzenlenen icra inkâr tazminatı diğer başka hukuk düzenlerinde rastlanan bir tazminat olmayıp, Türk hukukuna özgü bir kavramdır⁶⁸. İcra inkâr tazminatı çeşitli kanunlar vasıtasıyla ve zaman içerisinde birbirinden farklı oranlarda Türk hukukunda yer almıştır⁶⁹.

İİK m 67’de düzenlenen tazminat esasında iki taraflıdır. Sadece itirazın haksızlığı nedeniyle borçlunun tazminata mahkûm edilmesi (*icra inkâr tazminatı*) düzenlenmeyip, aynı zamanda haksız ve kötünietli olarak icra takibi yapan alacaklının da tazminat (*kötüniet tazminatı*) ödemeye mahkûm edilebileceği İİK m 67’de düzenlenmiştir.

İcra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için aranan ilk şart; borçlu aleyhine geçerli bir ilamsız icra takibi yapılmış olmasıdır⁷⁰. İlamsız icra takibinin geçerli olmasından

68 Ejder Yılmaz, İcra Tazminatı, *Haluk Konuralp Anısına Armağan* Cilt 2 (1st edn, Yetkin 2009) 675, 683; Baki Kuru, İcra İnkâr Tazminatı, *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı* (1st edn, Adalet Bakanlığı 1968) 725, 727; Ali Yeşilürmak, ‘Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yolu İle Takip Yapılabilir Mi?’ (2011) 96(1) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 205, 220. İcra inkâr tazminatına benzer bir kurumun Roma Hukukunda “*actio certae creditae pecuniae*” yani belirli bir para borcunun hüküm altına alınmasını öngören davada bulunduğu da doktrinde belirtilmektedir. Postacıoğlu and Altay (n 56) 232-233.

69 İcra inkâr tazminatının tarihsel gelişimi için bkz, Yılmaz, İcra Tazminatı (n 68) 681 vd; Postacıoğlu and Altay (n 56) 232 vd.

70 Burada önemli olan ilamsız icra takibine başvurulmuş olmasıdır. Alacaklının elinde ilâm bulunmasına rağmen sırf icra inkâr tazminatı elde etme amacıyla, bu ilâmı icra takibi konusu yapıp, ilamsız icra takibini başlatmasının da bir önemi olmayacaktır. Yargıtay’ın da görüşü bu yödedir. “*Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu kararlarının, ilgili kamundan ve taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan kesinliği, sadece, bu kararların başka hiçbir merci nezdinde tartışma ve uyuşmazlık konusu yapılamayacağı anlamında olup, yerel mahkemenin ve özel dairenin kabullerinin tersine, bu kesinlik, anılan kararlara ilâm hükmünde belge niteliği kazandırmaz. Gerçekten de, hangi belgelerin ilâmların ıcrası hakkındaki hükümlere tabi bulunduğu, İcra ve İflâs Kanunu’nun 38. maddesinde tahdidi olarak sayılmış; mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ıkararını havi ve şen tanzim edilen noter senetleri, temyiz kefaletnameleri ile İcra dairesindeki kefaletlerin, ilâmların ıcrası hakkındaki hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir.*

Açıklanan bu yasal duruma göre, uyuşmazlığa konu para cezasının onanmasına ilişkin Tahkim Kurulu kararının ilâm hükmünde bir belge niteliği taşımadığı açıktır. Kaldı ki, anılan belge ilâm hükmünde olsa bile, bozma ilâmında da açıklandığı üzere, elinde ilâm hükmünde bir belge bulunan alacaklının ilamsız icra takibi yapmasını engelleyen herhangi bir yasa hükmü yoktur. Borçlunun borca itirazına olanak vermesinin ve böylece alacağına kavuşmasının gecikmesini ihtimalini bünyesinde taşımasına; kısaca, ilâmlı takip yoluna kıyasla, kendisi için daha az avantajlı olmasına rağmen, somut olayda ilamsız takip yolunu seçen davacı alacaklının, salt icra inkâr tazminatı alabilmek amacıyla bu yola gittiğinin kabulüne hukuken olanak bulunmadığı gibi; davacı hangi saikle hareket etmiş olursa olsun, borca haksız şekilde itiraz ettiği çekişmesiz olan borçlu davalının da, borca haksız şekilde itiraz etmesi ve açılacak itirazın iptali davasında davacı alacaklının da istemesi halinde inkâr tazminatına mahkûm edileceğini bilebilecek durumda bulunduğu açıktır. Direnme kararında da vurgulandığı üzere, kesin nitelikteki Tahkim Kurulu kararıyla belirlenen borcunu, icra takibine rağmen ödemeyen ve takibin ilamsız olmasının kendisine verdiği olanağı kullanarak borca haksız şekilde itiraz eden davalının, asıl borçla birlikte, icra inkâr tazminatına da mahkûm edilmesi; eğer isteseydi borca itiraz etmeyerek önleme olanağına sahip olduğu halde, itiraz yolunu seçmek suretiyle bizzat kabullendiği kaçınılmaz bir hukuksal sonuçtur.” Yargıtay HGK, 13-722/707, 15.12.2004, Kazancı Hukuk Otomasyon. Aynı görüşte Yılmaz, İcra Tazminatı (n 68) 689-690; Kuru, C. I (n 9) 301.

kasıt ise, borçlunun ilamsız icra takibine yaptığı itirazdan sonra, icra mahkemesi tarafından ortadan kaldırılmamış olmasıdır⁷¹. Aksi takdirde, itirazın iptali davası devam ederken ilamsız icra takibinin iptal edilmiş olması halinde, ilamsız icra takibine borçlu tarafından yapılan itirazın iptal edilmesine gerek kalmayacağından ve itirazın iptali davası normal bir eda veya tespit davasına⁷² dönüşecektir. Böylelikle de dava itirazın iptali davası olmaktan çıkacaktır⁷³.

İcra inkâr tazminatı talebinin kabulü için aranan bir diğer şart da borçlunun ödeme emrine itiraz etmiş olmasıdır. Aksi takdirde, yani borçlunun aleyhine başlatılan ilamsız icra takibindeki ödeme emrine süresi içerisinde itiraz etmemiş olması halinde ilamsız icra takibi kesinleşeceğinden, itirazın iptali davasına ve dolayısıyla da icra inkâr tazminatına gerek kalmayacaktır.

İcra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için aranan üçüncü şart ise itirazın iptali davasının İİK m 67’de belirtilen süre içerisinde açılmış olmasıdır. İİK m 67’de itirazın iptali davasının borçlu tarafından yapılan itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıl⁷⁴ içerisinde açılması gerektiği belirtilmektedir. İtirazın iptali davasının açma süresinin geçirilmesi halinde alacaklının icra inkâr tazminatı ve itirazın iptali davası açma hakkı ortadan kalkacaktır. Ancak bu durumda borcun sona ermesi söz konusu olmayacak, alacaklının genel hükümlere göre alacak (tahsil) davası açma hakkı saklı kalacaktır (İİK m 67/IV⁷⁵).

İcra inkâr tazminatı için aranan dördüncü şart, alacaklının talepte bulunmuş olmasıdır. İİK m 67’de “*diğer tarafın talebi üzerine*” icra inkâr tazminatına

71 Yılmaz, İcra Tazminatı (n 68) 689; Kuru, C. I (n 9) 310.

72 İtirazın iptali davasının niteliği ile ilgili olarak kabul edilen iki temel görüşün; itirazın iptali davasının eda veya tespit davası olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu açıklamalar doğrultusunda davanın eda davası olarak savunulması ve ilamsız icra takibinin iptali durumunda itirazın iptali davası eda davasına, karşı görüşün savunulması durumunda ise davanın alacağın tespiti davasına dönüşeceği düşünülebilir. Eda davasına dönüşeceği yönünde bkz, Yılmaz, İcra Tazminatı, (n 68) 689; Kuru, Arslan and Yılmaz, (n 58) 168; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan and Özkes, (n 8) 205.

73 Yargıtay, yetkisizlik nedeniyle geçersiz bir icra takibine dayanılarak itirazın iptali davası ikame edilmesi durumunda, bu davanın usul ekonomisi dikkate alınarak normal bir tahsil davasına dönüşeceği yönünde karar vermiştir. “İİK’nun 67. maddesinde düzenlenen itirazın iptali davası takip hukukuna özgü bir tahsil davasıdır. İtirazın iptali davasının dayandığı takiple bağlantılı olması ve dava sonucuna göre tazminata hükmedilmesi yönleri ile normal tahsil davasından ayrılmaktadır. Bu dava takiple bağlantılı olduğundan davanın dayandığı takibin geçerli bir takip olması gerekir. İcra takibi Beyoğlu İcra Müdürlüğünde başlatılmış, İcra Dairesi’nin yetkisine ve borca itiraz üzerine Beyoğlu Ticaret Mahkemesinde açılan itirazın iptali davası ile ilgili dosya yetkisizlik kararıyla Mersin Ticaret Mahkemesine gönderilmiştir. Beyoğlu İcra Dairesi yetkili kabul edilmediğine göre ortada yetkili yerden başlatılmış geçerli bir takip bulunmamaktadır. Ancak bu durumda, davacının dava açarken tahsil talebinde de bulunduğu hususu ile usul ekonomisi dikkate alınarak dava, normal bir tahsil davası olarak görülüp sonuçlandırılmalı ve dava sonucunda icra inkâr tazminatına hükmedilmemelidir.” Yargıtay 19 HD, 7220/3629, 11.05.2000, Kazancı Hukuk Otomasyon. Kararda, yetkisizlik üzerine icra dosyasının gönderilmesine rağmen geçerli bir icra takibi bulunmadığından icra inkâr tazminatına hükmedilmemesi gerektiği kanaatimizce hatalı olarak belirtilmiştir. Şöyle ki, icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için aranan şart geçerli ilamsız icra takibinin varlığıdır. Yetkisizlik kararı üzerine icra takibi yetkili yerde devam edebiliyor ve ediyor ise kanaatimizce geçerli ilamsız icra takibi şartı sağlanmış olmalıdır. Aynı görüşte bkz, Yılmaz, İcra Tazminatı (n 68) 689.

74 Alacaklı tarafından açılacak itirazın iptali davasının açılması için bazı hallerde (İİK m 65 ve 264) 7 gün süre verilmiştir. Ancak bu süreler borçlunun malları üzerinde ihtiyati haczin uygulandığı haller olup, bu yedi günlük süre sonunda itirazın iptali davasının açılmamasının sonucu, itirazın iptali davasının açılma süresinin geçirilmesi nedeniyle dava açma hakkının düşmesi değil, sadece borçlunun malları üzerindeki ihtiyati hacizlerin kalkmasıdır. İtirazın iptali davasını açma süresi bu hallerde dahi bir yıldır.

75 Madde metni: “Birinci fıkrada yazılı itirazın iptali süresini geçiren alacaklının umumi hükümler dairesinde alacağını dava etmek hakkı saklıdır.”

hükmedilebileceği belirtildiğinden, tarafların talebi olmaksızın mahkeme tarafından itirazın iptaline karar verilmesi halinde doğrudan icra inkâr tazminatına hükmedilmesi söz konusu olmayacaktır. İcra inkâr tazminatının ne zaman talep edeceği konusu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre icra inkâr tazminatı talebinin dava dilekçesinde yer alması gerekmektedir⁷⁶. İslah yoluyla bile icra inkâr tazminatı talep edilemeyecektir⁷⁷. Bunun karşısındaki görüşte ise, icra inkâr tazminatı talebinin dava dilekçesinde yer almasının gerekmediği, dava dilekçesinde yer almayan bu taleplerin ıslah yoluyla ileri sürülmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir⁷⁸. Yargıtay ise bu konuda farklı kararlar vermiştir. Yargıtay'ın icra inkâr tazminatına ilişkin istemin süreye bağlı olmadığı yönünde kararları⁷⁹ bulunduğu gibi, inkâr tazminatına ilişkin taleplerin dava dilekçesinde, kötüniyet/haksız takip tazminatına ilişkin taleplerin de cevap dilekçesinde olması gerektiği yönünde kararları⁸⁰ da bulunmaktadır.

İcra inkâr tazminatı için aranan son şart ise borçlunun haksız bir şekilde itirazda bulunmasıdır. İİK m 67/II'de borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse, icra inkâr tazminatına hükmedileceği belirtilmiştir. Ancak buradaki haksızlığın tespitinde tek ölçüt, borçlunun ödeme emrine yapmış olduğu itirazının iptaline karar verilmesi değildir. Bazı hallerde itirazın iptali talebi kabul edilse dahi icra inkâr tazminatına hükmedilmemesi, bu itirazın haksız olduğunun tespit edilememesi nedeniyle mümkündür⁸¹. İcra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için muhakkak davanın

76 Kuru, Arslan, Yılmaz (n 58) 169; Kuru, C. I (n 9) 304; Üstündağ (n 46) 110.

77 Deyneklı and Kısa (n 56) 184.

78 Postacıoğlu and Altay (n 56) 234.

79 “Öte yandan, doktrinde benimsenen ve mahkemece de kabul edildiği şekilde, İ.İ.K. `nun 68. maddesindeki icra ve inkâr tazminatının, talep şartına bağlı olması nedeniyle bu talebin mutlaka dava dilekçesinde yer alması gerektiği aksi halde iddianın genişletilmesi savunması ile karşılaşılabileceği görüşünün icra inkâr tazminatının özelliği ve niteliği ile bağdaşıp bağdaşmayacağı üzerinde de durulmalıdır. Bilindiği üzere uygulamada icra inkâr tazminatı olarak nitelendirilen bu tazminat türü, İ.İ.K. `nun sadece dava konusu olan 68. maddesinde değil, aynı Yasa `nın 67, 68/a, 69, 72, 169/a ve 170. maddelerinde de yer almış bulunmaktadır. Bu tür tazminatın amacı bir yönden, borçluları dayanaksız bir şekilde icra takibine itiraz etmekten men etmek, diğer yandan ise itiraz veyahut ihtiyati tedbir alınmak suretiyle durdurulan icra takibi nedeniyle alacağına zamanında kavuşmayan alacaklının bu sebepten kaynaklanan zararının ayrı bir davaya gerek olmaksızın giderilmesini sağlamaktır. İşte bu nedenledir ki, Yasa `da icra inkâr tazminatına taban olarak % 40 oranı öngörölmekle yetinilmemiş, alacaklının ileri süröüp kanıtlayabilmesi halinde tazminata bu oran üzerinde de hükmedileceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Yukarıda sayılan tüm maddelerde varsayılan zarar, icra takibine itiraz veyahut ihtiyati tedbir kararı alınıp, uygulanması anında itibaren başlayıp, itirazın kaldırılması, itirazın iptali veyahut menfi tesbit davası sonuçlanıncaya kadar olan devrede oluşan zarardır. Görölmekte olan bir dava sırasında oluşacak zarar miktarı dava açılması sırasında bilinmesi mümkün olmadığına göre, alacaklının bu tür davalar sırasında oluşabilecek tüm zararını alabilmesi amacıyla icra inkâr tazminatına hükmedilemek için (talep) şartı bulunan hükümlerdeki bu şartın sadece dava dilekçesinde yer alması gerektiğinin ileri süröülmesinin, hükmedilecek bu tazminatın niteliği ve kapsamı ile bağdaşmadığı görölmektedir. Bunun dışında yerleşmiş Yargıtay uygulamasına göre, icra inkâr tazminatına, görölen davada hükmedilmesi gerektiği, bu tür tazminatın ayrı bir dava ile istenmeyeceği de dikkate alındığında, talep şartının sadece dava dilekçesi ile sınırlandırmasının menfaatlere dengesine uygun dışmediğinden bir başka deyişle, adaletli sonuç doğurma imkânı tanımadığından bu görüş benimsenmemiştir. Kaldı ki dava dilekçesinde icra inkâr tazminatı istenilmemişse de ilk oturumda davacı vekilince, sözlü olarak bu tazminat talep edilmiş ve davalıarca o anda bu isteğe açıkça karşı çıkmamış bulunmaktadır.” Yargıtay HGK, 12-296/404, 19.04.1995, Kazancı Hukuk Otomasyon. Yine bu yönde: Yargıtay 12 HD, 6180/6513, 26.04.1995.

80 “İtirazın iptali davasının reddedilmesi halinde borçlu lehine hükmedilecek tazminatın esasa cevap süresi içinde talep edilmesi gerekir. Davalı vekili esasa cevap süresini geçirdikten sonra kötüniyet tazminatı talebinde bulunmuş, davacı vekili buna karşı çıkararak savunmanın genişletilmesi itirazını öne sürmüştür. O halde İİK `nun 67/2. maddesi gereğince davalı lehine % 40 oranında tazminata hükmedilmesi doğru değildir.” Yargıtay 11 HD, 4447/6029, 01.10.1998. Yine bu yöndeki kararlar: Yargıtay 11 HD, 1364/1447, 05.03.1998; Yargıtay 19 HD, 11656/7740, 13.09.1996; Yargıtay 19 HD, 9593/10109, 27.10.1994 Kazancı Hukuk Otomasyon.

81 Kuru, C. I (n 9) 304.

kabul edilmesi gerekir, ancak itirazın iptali davasının kabul edildiği her halde icra inkâr tazminatı ödenmesine de karar verilmesi gerekmemektedir. Bu durum esasında borçlunun davayı kaybetmesine rağmen itirazının haksız olmadığı durumlarda söz konusudur. Buna alacağın likit olmaması denmektedir.

Alacağın likit olması onun; belli, bilinebilir, hesaplanabilir alacak olduğunu ifade etmektedir. Doktrinde genel itibariyle likit alacak kavramı; alacaklının icra takibinde talep ettiği alacak tutarını veya alacağı bütün unsurları ile bilmekte veya bilmek (*hesap edebilmek*) durumunda olduğu ve alacağın miktarının belirlenebilmesi için tarafların üzerinde anlaşmasına veya mahkemeden ilam alınmasına gerek olmayan alacak olarak ifade edilmektedir⁸². Yargıtay tarafından alacağın likit olmasına ilişkin yapılan tanım da doktrindeki tanıma paraleldir⁸³.

Borçlunun itirazında haksız olması, borçlunun kötüniyetli olarak icra takibine itiraz etmesi değildir. Yani borçlunun kötüniyetli olması icra inkâr tazminatı için aranan şartlardan biri olarak kabul edilmemektedir⁸⁴. Burada aranan borçlunun borcunu bilmesi veya bilebilecek, hesaplayabilecek durumda iken ilamsız icra takibindeki ödeme emrine itiraz etmesidir. Ancak bunun yanında İİK m 67/III'te "*İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötü niyetin sübutuna bağlıdır*" şeklinde düzenlendiğinden, bu hallerde icra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için kötüniyetin kanıtlanmış olması gerekmektedir. Borçlunun niyeti bu şartta aranmayacaktır. Bunun nedeni itirazın borçlu tarafından değil, onun yerine hareket eden veli, vasi veya mirasçı tarafından yapılmış olmasıdır. Veli, vasi veya mirasçının kötüniyetli olduğu, ödeme emrine itiraz ederken adına itiraz ettikleri borçlunun gerçekten borçlu olduğunu bilerek veya bilmek durumunda olmasına rağmen itiraz ettikleri halde kabul edilmektedir⁸⁵.

Son olarak, icra inkâr tazminatı ile ilgili belirteceğimiz husus ise tazminat miktarıdır. İİK m 67/II'de tazminatın miktarı, "*davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere*" şeklinde düzenlemiştir.

82 Kuru, C. I (n 9) 304-305; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, (2nd edn, Adalet 2013) 230; Kuru, Arslan and Yılmaz (n 58) 169; Muşul (n 56) 393; Üstündağ (n 56) 134; Pekcanitez Atalay, Sungurtekin Özkan and Özekes (n 8) 206.; Yılmaz, *İcra Tazminatı* (n 68) 701. Likit alacak kavramı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz 'İcra İnkâr Tazminatı Açısından Likit Alacak Kavramı' ('Likit Alacak'), (2008) 67 Bankacılar Dergisi 85, 85 vd.

83 "*İcra ve İflâs Kanunu'nun 67. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca bir itirazın iptali davasında icra inkâr tazminatına hükmolunabilmesi için, diğer yasal koşulların yanında, takibe konu alacağın likit olması da zorunludur. Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için ise, ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusuz tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tesbit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez. En önemlisi borçlu itirazında haksız olmalıdır.*" Yargıtay HGK, 19-109/152, 12.03.2003, Kazancı Hukuk Otomasyon. Ayrıca Yargıtay tarafından hangi alacakların likit sayıldığına ilişkin örnekler için bkz. Yılmaz, *İcra Tazminatı* (n 68) 702, dn 42-94 arası kararlar ve likit sayılmayan alacaklar için bkz. ibid 705, dn 95-120 arasındaki kararlar.

84 Kuru, C. I (n 9) 317; Yılmaz, *İcra Tazminatı* (n 68) 707; Muşul (n 56) 394. Üstündağ ise kötüniyet yerine kusur terimini kullanmıştır (Üstündağ, (n 46) 109). Ancak kusur terimi ile kötüniyet hukuken birbirlerinden farklı durumları kapsadığından, kusur tabirinin kullanılmasının uygun olmadığı kanaatindeyiz. Aynı görüşte, Yılmaz, *İcra Tazminatı* (n 68) 707, dn 121.

85 Yılmaz, *İcra Tazminatı* (n 68) 707; Muşul (n 56) 394; Üstündağ (46) 110.

İcra tazminatlarının genel itibariyle kötüniyetle mücadele amacıyla konulduğu belirtilmektedir⁸⁶. Bunun yanında icra inkâr tazminatı ve kötüniyet tazminatının konuluş amacının, borçluların haksız itirazlarının önlenmesi ve alacaklıları da takiplerinde daha dikkatli olmaya sevk etmek olduğu, yani borçluların dayanağı bulunmadan icra takibine itiraz etmemelerini, alacaklıların da gerçekten alacaklı olmadığı halde borçlu aleyhine haksız takipte bulunmasını önlemek olduğu ifade edilmiştir⁸⁷. Bu durumun bir diğer uzantısı da tarafların gereksiz yere icra dairelerini ve mahkemeleri meşgul etmelerinin önlenmesidir.

İcra inkâr tazminatı şartları ve hükümleri İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen icra hukuku müesseseleridir⁸⁸. İcra inkâr tazminatı; Türk hukukunda sadece cebri icra hukuku alanında öngörölmüş bir tür özel hukuk cezasıdır⁸⁹. Dolayısıyla icra inkâr tazminatına ilişkin verilen bilgiler ışığında, yabancı hakem kararının tenfizini bekletici mesele yapan itirazın iptali davasına bakan mahkemenin, tenfiz kararı sonrası icra inkâr tazminatına karar verip vermeyeceği incelenmelidir.

c. İtirazın İptali Davasında Yabancı Hakem Kararına Dayanan Ödeme Emrine İtiraz Eden Borçlu Aleyhine İcra İnkâr Tazminatına Karar Verilme Sorunu

İlamsız icra takibinde alacaklının yabancı hakem kararına dayanması ve borçlunun itirazı üzerine görölen itirazın iptali davasında mahkeme tarafından tenfiz edilmeyen yabancı hakem kararının, icra inkâr tazminatı verilmesi açısından yeterli olup olmayacağı önemlidir. Burada yabancı hakem kararının henüz tenfiz edilmeden Türk hukuku açısından likit alacak kapsamında sayılıp sayılmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.

Konuyla ilgili iki çözüm ileri sürülebilecektir. Bunlardan ilki; yabancı hakem kararı henüz tenfiz edilmediği takdirde Türkiye'de hukukî sonuç doğurmayacağından dolayı, likit alacak olarak da değerlendirilmemelidir. Çünkü, likit alacak ile ilgili yukarıda ifade ettiğimiz, alacağın borçlu tarafından bilinebilir olma özelliğinin hakem kararı hakkında Türkiye'de tenfizine karar verilmeden söz konusu olmayacağından kaynaklanmaktadır.

Ek olarak, tenfiz ret sebeplerinin var olup olmadığının Türk mahkemesi tarafından incelenmesinde takip borçlusunun menfaati bulunduğundan dolayı, icra takibine itiraz etmesinde haklı olacağı da ileri sürülebilecektir. Böylelikle de mahkeme ilamına

86 Yılmaz, İcra Tazminatı (n 68) 677 ve yine aynı konuda bkz Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, (1st edn, Ege Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi 1973) 138 vd. Bu tarz cezaî hükümlerin Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmediği, bunun bir istisnası olan MK m 2'deki dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz Yılmaz, ibid 677-680.

87 Yılmaz, İcra Tazminatı (n 68) 683-684.

88 Yılmaz, İcra Tazminatı (n 68) 684; Yeşilirmak, (n 68) 221; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan and Özkes (n 8) 200. Karşı görüş için bkz Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt 1* (4th edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1955) 37.

89 Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan and Özkes, (n 8) 200. Bu tazminatın munzam zarar olduğu da doktrinde ileri sürülmüştür. Senai Olgaç, *İcra İflâs, Cilt 1* (2nd edn, Olgaç Matbaası 1978) 501.

dayanmadan bilinebilecek bir alacak olma olarak da ifade edilebilen likit alacağın, bu özelliklerinin tenfiz edilmemiş yabancı hakem kararında bulunmadığı ve bu nedenle de icra inkâr tazminatına hükmedilmemesi gerektiği ileri sürülebilecek bir diğer gerekçedir.

Konuyla ilgili savunulabilecek diğer çözüm yolu ise, eğer yabancı hakem kararının verildiği andan itibaren tenfiz edilmesine gerek olmadan likit alacak olarak kabul edilmesi söz konusu ise, itirazın iptali davasında diğer şartların varlığı halinde mahkeme tarafından icra inkâr tazminatına karar verilmesi gerektirir. Burada taraflar arasında alacağın varlığına ilişkin olarak taraflar arasında önceden tahkim yargılaması sonuçlandırıldığından, takip borçlusunun alacağın varlığını bildiği varsayılabilir.

Kanaatimizce yukarıda ifade ettiğimiz tarzda çözümlerden sadece birinin doğru olduğunun baştan kabulü, tahkimin niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bilindiği üzere tahkim, taraf iradelerine dayanan bir yargılama faaliyetidir⁹⁰. Dolayısıyla burada ilk başta tarafların iradelerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Taraflar aralarında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde tahkimi tercih ederken, tahkim anlaşması ile tahkimin bağlı olduğu usul kurallarını da seçebilmektedirler. Bu seçimi de dilerlerse kendilerinin kaleme alacakları kurullarla gerçekleştirebilecekleri gibi, Milletlerarası Ticaret Odası⁹¹ (MTO), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi⁹² (LCIA) veya İstanbul Tahkim Merkezi⁹³ (İSTAC) ve bunlar gibi, tahkim alanında uzmanlaşmış kurumların düzenledikleri tahkim kurallarını tercih edebilmektedirler⁹⁴. Bu kurullar içerisinde de hakem kararlarının verildikleri andan itibaren taraflar için bağlayıcı olduğuna dair hükümler bulunabilmektedir. Dolayısıyla ister taraflarca kararlaştırılsın, isterse de tarafların seçtikleri tahkim kurullarında hakem kararının verildikten sonra taraflar açısından bağlayıcı olduğu kabul edildiği takdirde, kanaatimizce yabancı hakem kararı içerisinde yer alan alacağına ilişkin hükmün, alacağı likit hale getirdiği söylenebilecektir. Böylelikle de bu hallerde itirazın iptali davasını gören mahkemece, hakem kararı verildiği anda taraflar açısından bağlayıcı olduğundan, karar içerisinde yer alan alacağın likit kabul edilmesi gerekecektir. Sonuç olarak bu halde, itirazın iptali davasında icra inkâr tazminatına karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bunun karşısında, hakem kararının verildiği andan itibaren taraflar açısından bağlayıcı olduğuna ilişkin olarak taraflarca herhangi bir seçim yapılmamışsa,

90 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler* (n 3) 324.

91 MTO Tahkim Kurallarınının 34. maddesinde “*Her karar taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar, uyuşmazlığı Kurullar uyarınca tahkime sunmakla, verilecek kararı derhal icra etmeyi kabul ederler ve bu tür bir feragat geçerli olarak yapılabildiği ölçüde kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmiş sayılırlar.*” şeklinde konu düzenlenmiştir (m 34/6).

92 LCIA Tahkim Kuralları’nda MTO tahkim kurallarına benzer düzenlemede bulunulmuştur. “*Her karar (gerekçeleri ile birlikte) taraflar için nihai ve bağlayıcıdır. Taraflar verilecek kararı derhal ve gecikmeksizin (27. madde hariç) icra etmeyi kabul ederler ve uygulanacak hukukta bu tür bir feragat geçerli olarak yapılabildiği ölçüde herhangi bir devlet mahkemesine veya yetkili kuruma; itiraz, inceleme ve yeniden yargılama amacıyla kanuni yollara başvurma haklarından gayrikabili rücu olarak feragat etmiş sayılırlar.*” (m 26.8).

93 İSTAC Tahkim Kuralları’nın 36. maddesinde “*Hakem kararı, taraflar için bağlayıcıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir (m 36/4).

94 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler* (n 3) 385; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 50) 764; Akıncı (n 3) 364.

kanaatimizce burada da likit bir alacak olmadığından icra inkâr tazminatına hükmedilmesine gerek bulunmamaktadır.

Sonuç itibarıyla, icra inkâr tazminatına hukuka uygun bir şekilde karar verilebilmesi için esas alınması gereken ölçüt; hakem kararının Türkiye’de sonuç doğurabilmesi için tenfiz edilip edilmemesi değil, tahkimin kendine has özelliğidir. Tahkimin taraf iradelerine dayanan yargılama usulü olması nedeniyle, hakem kararının da alacağı likit hale getirip getirmediği kanaatimizce yine taraf iradelerine göre ortaya çıkacaktır. Taraflar hakemlerce karar verildikten sonra bu karar ile bağlı olduklarını kararlaştırmışlar ise, hakem kararı verildiği anda icra inkâr tazminatında aranan likit alacak olma şartını taşıyacaktır. Aksi takdirde, yani hakem kararının verildiği anda bağlayıcı olduğu kararlaştırılmamışsa, icra inkâr tazminatı için öngörülen likit alacak şartı sağlanmadığından takip borçlusu aleyhine icra inkâr tazminatına karar verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç

Milletlerarası ticari tahkim uyuşmazlık çözüm yolu olarak, milletlerarası ticari ilişkilerde sıklıkla tercih edilmektedir. İlamsız icra takipleri de bazı durumlarda, Türk hukukunda alacaklıya, mahkemeye başvurmaksızın alacağını elde etmesini sağlayabilen bir hukukî imkândır. Alacaklılar da gerek bu sebeple, gerekse de borçlu tarafından haksız bir şekilde icra takibine itiraz edilmesi durumunda alacağın %20 ’sinden aşağı olmamak kaydıyla hükmedilecek icra inkâr tazminatını elde edebilmek amacıyla ilamsız icra takibine başvurma konusunda istekli olabilmektedir.

Türk usul kuralları uygulanmadan yürütülen tahkim yargılamaları sonucunda verilen kararlar, Türk hukuku açısından yabancı hakem kararı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla yabancı hakem kararını Türk mahkemesi tarafından tenfizi talep edilmeksizin, ilamsız icra takibine dayanak yapılma imkânının olup olmadığının tespiti kanaatimizce önemlidir.

Türk icra ve iflâs hukukundaki düzenlemelere bakıldığında, alacaklının ilamsız icra takibine başvururken herhangi bir ilama dayanmasına gerek olmadığı gibi, herhangi bir belge sunma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ek olarak, alacağın bir belgeye dayanması halinde bu belgenin takip talebine eklenmesi gerektiği İcra ve İflâs Kanunu’nda düzenlenmiştir. Türk usul hukukundaki belgenin ne olduğuna dair düzenlemeler incelendiğinde de hakem kararının belge vasfını taşıdığı ve bu nedenle tenfiz edilmesine gerek olmaksızın ilamsız icra takibine dayanak yapılabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Her ne kadar ulaşılmaması gereken sonuç bu olsa bile, uygulamada ortaya çıkması muhtemel birkaç sorunun varlığına da işaret etmek gerekmektedir. Kanaatimizce

bu sorunlardan ilkiyle ihtiyati hacze ilişkin meselelerde karşılaşılabilecektir. Türk hukukunda ilamsız icra takiplerinde mahkemece ihtiyati hacze karar verilebileceği düzenlenmiştir. Mahkeme tarafından ihtiyati hacze karar verilebilmesi için aranan şartlar da İİK’da sayılmıştır (m 257). Bunlardan konumuz açısından önemli olduğunu düşündüğümüz şart, alacağın varlığı hakkında mahkemede yeterli kanaat oluşturmaktır. Yabancı hakem kararının tenfizi talebi yerine, ilamsız icra takibi yapılması ve ihtiyati haciz talep edilmesi durumunda, sadece tenfiz edilmemiş hakem kararına dayanılarak alacağın varlığı hakkında kanaat oluşturulması yeterli görülmemelidir. Lehine karar alan tarafın, hakem kararını tenfize konu etmeyip ilamsız icraya ve ihtiyati hacze dayanak teşkil etmesi, kanaatimizce hakem kararının alacağın varlığı konusunda mahkemede kanaat uyandırmasını gölgeleyecek bir durumdur. Normalde alacaklıdan beklenen, söz konusu hakem kararının tenfizi ve bu arada alacağını temin etmesinin güvenceye alınması amacıyla ihtiyati haciz kararı verilmesini talep etmesidir. Bu yola başvurmayan, yani bir şekilde “*lehine olan hakem kararına güvenmeyen*” alacaklının, bu davranışıyla, mahkemede alacağın varlığına ilişkin kanaat getireceği kabul edilmemelidir. Dolayısıyla, alacağın varlığı konusunda mahkemede kanaat oluşabilmesi için tenfizi talep edilmemiş hakem kararından başka diğer delillerin varlığının aranması kanaatimizce uygun olacaktır.

Çalışma konumuzla bağlantısı olduğunu ve uygulamada çıkmasının muhtemel olduğunu düşündüğümüz bir diğer mesele ise icra inkâr tazminatına ilişkindir. Şöyle ki, icra inkâr tazminatı kanunda yer alan şartların varlığı ve mahkemece itirazın iptaline karar verilmesi halinde, alacağın %20’sinden aşağı olmamak üzere hükmedilmesi gereken bir icra tazminatıdır (İİK m 67/II). Yabancı hakem kararının tenfiz edilmeksizin ilamsız icra takibine dayanak yapılması ve söz konusu icra takibine de itiraz edilmesi durumunda, icra inkâr tazminatının itirazın iptali davasındaki akıbeti kanaatimizce önemlidir.

Yabancı hakem kararının Türk mahkemesi tarafından tanınması veya tenfizine karar verilmediği takdirde icra inkâr tazminatında aranan alacağın likit olması şartını sağlayıp sağlamadığının tespiti gerekmektedir. Burada esas alınması gereken ölçüt ise; hakem kararının Türkiye’de sonuç doğurabilmesi için tenfiz edilip edilmemesi değil, tahkimin özelliğidir. Tahkimin taraf iradelerine dayanan yargılama usulü olması nedeniyle, hakem kararının da alacağı likit hale getirip getirmediği kanaatimizce yine taraf iradelerine göre belirlenmelidir. Kanaatimizce, taraflar hakemlerce karar verildikten sonra bu karar ile bağlı olduklarını kararlaştırmışlar ise, hakem kararı verildiği anda icra inkâr tazminatında aranan likit olacak olma şartını taşımalıdır. Aksi takdirde, yani hakem kararının verildiği anda bağlayıcı olduğu kararlaştırılmamışsa, icra inkâr tazminatı için öngörülen likit olacak şartı sağlanmadığından takip borçlusu aleyhine icra inkâr tazminatına karar verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylelikle de kanaatimizce tahkimin taraf iradelerini üstün tutan niteliğine uygun ve objektif bir kritere göre icra inkâr tazminatına karar verilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akdeniz U, 'İhtiyati Haciz Müessesisi' (2006) 10(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197-226.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (6th edn, Vedat Yayıncılık 2021).
- Aksoy E, 'Objektif Dava Birleşmesi', (2015) 117(2) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 201-232.
- Alangoya Y, *Medenî Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)* (1st edn, Nemaş 1999).
- Ansay SŞ, *Hukuk ve İcra ve İflâs Usulleri* (5th edn, 1960).
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (2nd edn, Seçkin 2013).
- Ayyıldız H, 'İcra Hukukumuzda İhtiyati Haciz', (1969) 60 (6) Adalet Dergisi 374-385.
- Belgesay MR, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Cilt I* (4th edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1955).
- Berkin NM, *İhtiyati Haciz* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1962).
- Bozanoğlu S and Günay ME, 'Tenfiz Edilmemiş Yahut Kesinleşmemiş Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türk İcra İflas Hukuku Işığında "İnfaz" Kabiliyeti Genel Haciz Yolu İle İlamsız Takibe Konu Edilip Edilemeyeceği Uygulamada Yaşanan Sorunlar' (2017) 91(1) İstanbul Barosu Dergisi 226-240.
- Çağa T, 'Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair (İtirazın İptali)' (1976) VIII(3) BATİDER 21-31.
- Çağa T, 'Yine Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair (Yine İtirazın İptali)' (1979) X(2) BATİDER 369-376.
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (17th edn, Beta 2020).
- Deynekli A and Kısa S, *İtirazın İptali Davaları – İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı*, (2nd edn, Turhan 2005).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin 2020).
- Gündoğan B, *İcra Hukuku Dersleri* (1st edn, Ajans Türk Matbaası 1970).
- Kalpsüz T, 'Hakem Kararlarının Milliyeti' (1978) IX(3) BATİDER, 601-633.
- Konuralp H, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları* (1st edn, Yetkin 2009).
- Koral R, 'Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi', *Hıfzı Timur'a Armağan* (İstanbul 1979) 419-491.
- Koral R, 'Hakemlik Münasebetine İfade Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Otorite Kanunu Kriteri' (Otorite Kanunu) (1976) 42(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 155-199.
- Kuru B, Arslan R and Yılmaz E, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (24th edn, Yetkin 2013).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I* (6th edn, Demir Yayıncılık 2001).
- Kuru B, *İcra İnkâr Tazminatı, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı* (1st edn, Adalet Bakanlığı 1968) 725-741.

- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku C. III* (1st edn, Demir 1993).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt II, İflâs ve Konkordato Hukuku (C. II)*, (Tıpkı Basım, Demir 1992).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2nd edn, Adalet 2013).
- Muşul T, *İcra ve İflâs Hukuku C. I*. (6th edn, Adalet 2013).
- Okçuoğlu YN, *Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım* (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1991).
- Olgaç S, *İcra İflâs, Cilt I*, (2nd edn, Olgaç Matbaası 1978).
- Oskay M, Koçak C, Deynekli A and Doğan A, *İİK. Şerhi, C. IV*, (1st edn, Turhan 2007).
- Özekes M, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz* (1st edn, Seçkin 1999).
- Öztekin Gelgel G, *1958 tarihli New York Sözleşmesinde Hakem Kararları – V(1) E Maddesi* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1993).
- Pekcanitez H, Atalay O, Surgurtekin Özkan M and Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku* (7th edn, On İki Levha 2020).
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds) (15th edn, On İki Levha 2017).
- Postacıoğlu İ E and Altay S, *İcra Hukukunun Esasları* (5th edn, Vedat 2010).
- Sarıgül Ata B, ‘Belge ve Belgenin Delil Kuvveti’ (2020) 78(1-2) Ankara Barosu Dergisi 1-40.
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2020).
- Şanlı C, *Hukuki Mütalaalarım (Mütalaalarım)* (1st edn, Adalet 2016).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Uluslararası Ticari Akitler)* (7th edn, Beta 2019).
- Şimşek E, ‘Kambiyo Senetlerine Dayanan İhtiyati Haciz’ (1978) 66(3-4) Adalet Dergisi 218-242.
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993).
- Tüysüz C, *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar* (1st edn, Beta 2017).
- Umar B, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (1st edn, Ege Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi 1973).
- Uyar C, ‘Kesinleşmemiş Tenfiz İlamına Dayanılarak İhtiyati Haciz Talep Edilebilir Mi?’ (Kesinleşmemiş İlam), (2012) 86(3) İstanbul Barosu Dergisi, 295-305.
- Uyar T, *İcra Hukukunda Haciz (Haciz)* (3rd edn, Bilge 2016).
- Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları* (8th edn, Filiz 2004).
- Yeşilirmak A, ‘Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yolu İle Takip Yapılabilir Mi?’ (2011) 96(1) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 205-228.
- Yılmaz E, ‘İcra İnkâr Tazminatı Açısından Likit Alacak Kavramı’ (‘Likit Alacak’), (2008) 67 Bankacılar Dergisi 85-94.
- Yılmaz E, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. II* (1st edn, Yetkin 2001).
- Yılmaz E, İcra Tazminatı, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Cilt 2 (1st edn, Yetkin 2009) 675-754.
- Yılmaz E, İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği, *Saim Üstündağ’a Armağan* (1st edn, Adalet 2009) 597-615.
- Yüce MB, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (1st edn, Vedat 2015).

Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Fundamental Changes Introduced by the New Swiss Rules of Mediation After the 2019 Revision – New Regulations Compatible with Singapore Convention on Mediation

2019 Revizyonundan Sonra Yeni İsviçre Arabuluculuk Kurallarının Getirdiği Temel Değişiklikler-
Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi ile Uyumlu Yeni Düzenlemeler

Serpil Işık* 

Abstract

Mediation, as an alternative dispute resolution method, is widely preferred by parties with disputes in many countries. For this reason, in relation to alternative dispute resolution methods including mediation, both in Anglo-American Law and in Continental European Law, various technical and legal arrangements have been made. In Swiss Law, mediation gained legal ground when the Swiss Federal Code of Civil Procedure Law became effective on the 1st of January, 2011. Accordingly, in Switzerland mediation takes place as per articles 213 to 218 of the Federal Swiss Civil Procedures law. While developments related to *Ad Hoc mediation* were specified in Swiss law, mediation rules were also foreseen at the various Institutional arbitration centers. Accordingly, the Swiss Chambers' Arbitration Institution accepted mediation rules for the first time in addition to the arbitration rules in 2007. In this way, the Swiss Rules of Commercial Mediation, arranged by the Swiss Chambers were provided for those making applications in the year 2007. Furthermore, on the 1st of July 2019, the Swiss Chambers' Arbitration Institution revised the Swiss Rules of Commercial Mediation, which they accepted in 2007. Hence, the Swiss Rules of Mediation which were revised as of the 1st of July 2019, replaced the Swiss Commercial Mediation Rules of year 2007. In the revision of the Swiss Rules of Mediation on the 1st of July 2019, developments related to the *UNCITRAL United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* approved on the 25th of June, 2018 have become effective. Following the 2019 revision, the Swiss Rules of Mediation have become one of the regulations bringing out rules that are in conformity with the developments foreseen in the Singapore Convention on Mediation. In our study, the aim was to reveal the fundamental changes brought up with the application of the Swiss Rules of Mediation since the 1st of July 2019.

Keywords

Mediation, Institutional Mediation, Swiss Rules of Mediation (2019), Swiss Chambers' Arbitration Institution, Singapor Convention on Mediation, Mediation-Arbitration

Öz

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, pek çok ülkede uyuşmazlığa düşen taraflar arasında yaygın bir şekilde tercih edilmektedir. Bu sebeple, arabuluculuğun da dahil olduğu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin olarak, gerek Anglo-Amerikan Hukukunda gerekse de Kıta Avrupası hukuklarında çeşitli teknik ve hukuksal düzenlemelerin yapılması yoluna gidilmiştir. İsviçre Hukukunda arabuluculuk 1 Ocak 2011 tarihinde İsviçre Federal Medeni Usul Kanununun (*Schweizerische Zivilprozessordnung-SchwZPO*) yürürlüğe girmesi ile hukuksal bir zemine kavuşmuştur. Buna göre, İsviçre'de arabuluculuk İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun 213 ile 218'inci maddeleri arasında öngörülmektedir. İsviçre hukukunda *Ad Hoc* arabuluculuğa ilişkin gelişmeler yaşanırken çeşitli kurumsal tahkim merkezlerinin nezdinde

* **Correspondence to:** Serpil Işık (Res. Assit. Dr.), İstanbul University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Enforcement - Bankruptcy Law, İstanbul, Turkey. E-mail: isikserpil1988@hotmail.com; serpil.isik@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-4329-1138

To cite this article: Isik S, "Fundamental Changes Introduced by the New Swiss Rules of Mediation After the 2019 Revision – New Regulations Compatible with Singapore Convention on Mediation" (2021) 41(2) PPII 733. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.905016>

arabuluculuk kuralları da mevcuttu. Buna göre, İsviçre Odaları Tahkim Kurumu 2007 yılında tahkim kurallarına ek olarak ilk kez arabuluculuk kuralları da kabul etmiştir. Böylelikle, 2007 yılında İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun düzenlediği İsviçre Ticari Arabuluculuk Kuralları uygulamacıların hizmetine sunulmuştur. Bununla birlikte, İsviçre Odaları Tahkim Kurumu, 2007 yılında kabul ettiği İsviçre Ticari Arabuluculuk Kurallarını 1 Temmuz 2019 tarihinde revize etmiştir. 1 Temmuz 2019 tarihinde İsviçre Arabuluculuk Kurallarının revize edilmesinde 25 Haziran 2018 tarihinde onaylanan UNCITRAL Arabuluculuktan Doğan Milletlerarası Anlaşma Belgelerine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi hakkındaki gelişmeler de etkili olmuştur. Buna göre, 7 Ağustos 2019 tarihinde imzaya açılan arabuluculuk yoluyla elde edilen milletlerarası anlaşma belgelerinin icra edilebilirliğini kolaylaştırmayı planlayan Singapur Sözleşmesi hakkındaki gelişmeler dikkate alınarak arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi ve anlaşma belgesinin sertifikalandırılması hakkında yeni kurallar getirilmiştir. 2019 revizyonundan sonra İsviçre Arabuluculuk Kuralları Singapur Konvansiyonunda öngörülen gelişmelerle uyumlu kurallar getiren ilk düzenlemelerden birisi olmuştur. Bu sebeple çalışmamızda, 1 Temmuz 2019 tarihinden itibaren uygulanan İsviçre Arabuluculuk Kuralları ile getirilen temel değişikliklerin ortaya konulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk, Kurumsal Arabuluculuk, İsviçre Arabuluculuk Kuralları (2019), İsviçre Odaları Tahkim Kurumu, Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi, Arabuluculuk-Tahkim (*Mediation-Arbitrarion*)

Fundamental Changes Introduced by the New Swiss Rules of Mediation After the 2019 Revision: New Regulations Compatible with the Singapore Convention on Mediation

I. Introduction

In recent years, globalization of international trade and the complexity of international transactions among parties have caused an evolution of relations based on contracts¹. As a result of this, for the resolution of problems originating from relations that become complex, the interest shown in methods offering alternatives to government judgments has gradually increased².

Mediation is an alternative dispute resolution method with which parties try to resolve disputes amicably or try to avoid future disagreements with the help of a mediator as an unbiased third party³. Mediation⁴, as an alternative dispute resolution method⁵, is widely

- 1 Julien Burda, 'The Participation of Third Parties to Arbitration under Swiss Law' (2011) 2011 International Business Law Journal 515. David W Plant, 'Mediation in International Commercial Arbitration: Some Practical Aspects' (1998) 4 ILSA Journal of International & Comparative Law 329.
- 2 Paul D Emond, 'Introduction: The Practices of Alternative Dispute Resolution' (1998) 36 Osgoode Hall Law Journal, The Practices of Alternative Dispute Resolution (ADR) 617.
- 3 Kent L Brown, 'Confidentiality in Mediation: Status and Implications', (1991) 1991 Journal of Dispute Resolution (J Disp Resol) 308; Serpil Işık, 'Mediation As An Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: An Overview' (2017) 65 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 55 et seq.; Mindy D Rufenacht, 'The Concern over Confidentiality in Mediation – An in – Dept Look at the Protection Provided by the Proposed Uniform Mediation Act' (2000) 2000 Journal of Dispute Resolution (J Disp Resol) 113; John P McCrory, 'Confidentiality in Mediation of Matrimonial Disputes' (1988) 51 Modern Law Review (Mod L Rev) 442; Jacqueline Durand, 'The Institutionalizing of Mediation and Its Effect on Unrepresented Parties: Is Justice Really the Goal of Court-Mandated Mediation' (2016) 29 Georgetown Journal of Legal Ethics (Geo J Leg Ethics) 976; Vidur Dhawan, 'Commercial Mediation in the UAE and the Laws Concerning Mediation' (2019) 6 Court Uncourt 38. There is no accepted universal definition of mediation. There are various definitions in the doctrine about the mediation, which is applied alternatively to the resolution of the dispute between the parties, by an alternative. For various definition of mediation, see Natalia M Gren, 'The Principles of Mediation' (2016) 2016 Journal of Eastern European Law (JE Eur L) 75-79; Thomas O Main, 'Mediation: An Unlikely Villain' (2019) 34 Ohio State Journal on Dispute Resolution 556; Barbara J Dawson, 'Seeking Success in International Mediation', (2016) 42 Litigation (Litig) 18; Bradley C Nahrstadt, 'The Defence Perspective on Mediation' (2016) 83 Defense Counsel Journal 68; Amos Gabrieli, Nourit Zimerman and Michal Alberstein, 'Authority-Based Mediation' (2018) 20 Cardozo Journal of Conflict Resolution 37; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (3th edn, Adalet 2016) 23. There are also several definitions of mediation in positive regulations. For example, in Turkish Law, a definition related to mediation is made in article 2 of the Law on Mediation in Civil Disputes (Işık, 'Mediation' (n 3) 39). In addition, the European Judicial System (EJS) defines mediation as follows: "*Mediation is a voluntary non-binding private dispute resolution process in which a neutral and independent person assists the parties in facilitating the discussion between the parties in order to help them to resolve their difficulties and reach an agreement.*". See generally about mediation: Nevhis Deren-Yıldırım, 'Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler' (2008) in *Arabuluculuk Kanunu Tasarısı-Eleştiriler-Sempozium Notları* (Istanbul Barosu Yayını) 81-99; Muhammet Özokes, 'Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi' 2006 (7) Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD) 40-45; Namlı M., 'Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi' (2018) 15 Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1295-1327; Süha Tanrıver, 'Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençler Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi' in *Fırat Öztan'a Armağan* (2010) 2025-2036.
- 4 Mediation is a concept whose origin is the word "*mediare*" in Latin and meets the meanings of "*intervening*" and "*finding the middle*" (Gülğün İldir, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)* (1th edn, Seçkin 2003) 78, fn. 2).
- 5 Alternative dispute resolution methods are methods that allow parties with disputes to resolve their disputes without having to sue (Heiner Eiholzer, *Die Streitbeilegungsabrde (Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation)* (Universitätverlag 1998) 3).

preferred among parties having disputes in many countries⁶. For this reason, regarding alternative dispute resolution methods including mediation, various technical and legal arrangements have been made in both Anglo-American law and in Continental European laws⁷. In this way, mediation and other alternative dispute resolution methods became institutionalized⁸.

With the effect of these ongoing developments, various steps have been taken for various arrangements aiming to make alternative methods to judgments in classical government courts become more effective within Swiss law⁹. Hence, as the Federal Swiss Civil Procedure Code related to Swiss law (*Schweizerische Zivilprozessordnung*) (SchwZPO) became effective on 1 January 2011, mediation attained legal grounds at the federal level for the first time¹⁰. Accordingly, regulations related to mediation have been arranged in the articles numbered from 213 to 218 in the Federal Swiss

- 6 Durand (n 3) 976; Noble T Foster and Selden Prentice, 'The Promise of Confidentiality in Mediation: Practitioners' Perceptions' (2009) 2009 Journal of Dispute Resolution 163; Lawrence R Freedman and Michael L Prigoff, 'Confidentiality in Mediation: The Need for Protection' (1986) 2 Ohio State Journal on Dispute Resolution (Ohio St J on Disp Res) 37; Alison Jaime Lee and Carl Giesler, 'Confidentiality in Mediation' (1998) 3 Harvard Negotiation Law Review 285; Mustafa Serdar Özbek, 'Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHF), (2007) 56(1) 187. Mediation, primarily its roots in China and Japan, came to the agenda after American researchers' studies on the traditional dispute resolution forms of the Far East after the Second World War and since the mid-1960s (Seda Özmumcu, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (3th edn, On İki Levha 2013) 274).
- 7 Lee and Giesler (n 6) 285; Işık, 'Mediation' (n 3) 58; Christof Schwenkel, 'Confidence in Alternative Dispute Resolution: Experience from Switzerland' (2014) 6 International Journal for Court Administration (IJCA) 37; Mustafa Serdar Özbek, 'Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması' in Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan (Seçkin 2006) 441. In the United States (USA), Continental European Law and the United Kingdom (UK), many alternative dispute resolution methods are instruments used in dispute resolution (Hakan Pekcanitez, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri', Hukuki Perspektifler Dergisi, (2005) 15; Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 64 Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD) 151. For detailed explanations about the emergence and change of alternative dispute resolution methods (ADR) over time, see: Jordi Nieva-Fenoll, 'Mediation and Arbitration: A Disappointing Hope' (2016) 6 International Journal of Procedural Law (IJPL) 351-355). For alternative dispute resolution options in the US, see, Elena Nosyreva, 'Alternative Dispute Resolution in the United States and Russia: A Comparative Evaluation' (2001) 7 (1)(3) Annual Survey of International & Comparative Law 8 et seq.
- 8 Işık, 'Mediation' (n 3) 58.
- 9 Symeon C. Symeonides, 'The Swiss Conflicts Codification: An Introduction' (1989) 37 American Journal of Comparative Law (Am J Com L) 187 et seq.
- 10 Schwenkel (n 7) 37; Serpil Işık, 'İsviçre'de Hukuk Uyuşmazlıklarının Alternatif Yollarla Çözülmesi Kapsamında Tahkim ve Arabuluculuk ile İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun Önerdiği İsviçre Ticari Arabuluculuk Kurallarına Genel Bir Bakış' (2019) 10 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHF) 456; Meier (10) 15; Domitille Baizeau and Catherine A. Kunz 'Switzerland' in Renate Dendorfer-Ditges (eds) *Mediation in 16 Jurisdictions Worldwide* (Getting the Deal Through) 93; Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (1th edn, On İki Levha 2013) 23. Thus, in Swiss Law, the lawmakes made arrangements in the Swiss Federal Civil Procedure Law, which enter into force on 1 January 2011, by introducing mediation for the first time at federal level and harmonizing its regulations with the United States, Canada and the European Union (Işık, 'İsviçre' (n 10) 456; Meier (10) 15; Baizeau and Kunz (n 10) 93). For a Turkish translation of the Swiss Federal Civil Procedure Code, see: Murat Atalı, 'İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler' (2006) 3 Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi (MİHDER) 607-631; Yavuz Alangoya, 'İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru' (2006) (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan) 83; Murat Atalı, 'İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı' (Çev. Murat Atalı), (2005) 1 Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi (MİHDER) 162-166. Also, mediation in Swiss Law is voluntary (Paolo Michele Patocchi, 'National Report for Switzerland (2017)', in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1984, Supplement No. 95, July 2017) 94; Baizeau and Kunz (n 10) 93; Işık, 'İsviçre' (n 10) 457).

Civil Procedure Code (SchwZPO) with regards to Swiss law¹¹. Amendments made in the Swiss law system in relation to mediation and the provision of corporate legal regulations have increased the interest of parties with disputes among themselves to apply for mediation.

While developments were experienced in relation to *ad hoc mediation* in Swiss law, at the same time, institutional mediation rules were foreseen in various arbitration centers¹². Accordingly, with the aim of providing advanced dispute resolution services, in addition to the arbitration rules that were accepted in 2012 within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI), which was established by the six leading commercial and industrial chambers of Switzerland (Basel, Bern, Geneva, Ticino, Vaud, and Zurich: "Chambers") in 2004, in the year 2007 mediation rules [*Swiss Rules of Commercial Mediation* (SRCM)] were also introduced¹³.

The Swiss Chambers' Arbitration Institution, which has published corporate arbitration and mediation rules with the aim of resolving private civil disputes in alternative ways in Switzerland, revised the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 on 1 July 2019¹⁴. Accordingly, starting from 1 July 2019, the *Swiss Rules of Mediation* (SRM) replaced the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007¹⁵. In this famous example of corporate mediation in Switzerland, the new Swiss mediation rules accepted by the Swiss Chambers' Arbitration Institution bear various changes to their structure¹⁶. Hence, the fundamental changes made with the 2019 revision to

11 Baizeau and Kunz (n 10) 93; Philipp S Gelzer and Peter Ruggle, *Basler Kommentar; Schweizerische Zivilprozessordnung* in Karl Spühler, Luca Tenchio, Dominik Infanger (Herausgeber) (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2017) 1151 et seq.; Schwenkel (n 7) 38; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)* (1th edn, Yetkin 2012) 63; Işık, 'İsviçre' (n 10) 457; Yazıcı Tıktık (n 10) 23; Ferhat Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık* (1th edn, Seçkin 2019) 34, fn. 36. Indeed, according to Article 213 of the Swiss Federal Civil Procedure Law, which regulates mediation, the court may encourage the parties to mediate at every stage of the case, and the parties may also request to apply to mediation at every stage of the proceedings (Art. 213 (1) (2) SchwZPO). As a matter of fact, in the German original text of article 213 of the Swiss Federal Civil Procedure Code, there is a statement like this: Art. 213 "*Mediation statt Schlichtungsverfahren*"

"Auf Antrag sämtlicher Parteien tritt eine Mediation an die Stelle des Schlichtungsverfahrens.

²Der Antrag ist im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen.

³Teilt eine Partei der Schlichtungsbehörde das Scheitern der Mediation mit, so wird die Klagebewilligung ausgestellt".

For article 213 of the Swiss Federal Civil Procedure Code, see Philipp S Gelzer and Peter Ruggle, *Basler Kommentar; Schweizerische Zivilprozessordnung* in Karl Spühler, Luca Tenchio, Dominik Infanger (Herausgeber) (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2017) Art. 213 (n 11) 1152 et seq.

12 Meier (n 10) 11; Baizeau and Kunz (n 10) 95. Accordingly, the Swiss Chambers' Arbitration Institution ("SCAI") in Switzerland; Mediation Centers of WIPO and CAS, Federation of the Swiss Mediation Association "FSM"; There are prominent Institutions that offer mediation services such as the Swiss Lawyers Association (SLA)... (Patocchi (n 10) 95; Baizeau and Kunz (n 10) 95; Meier (n 10) 11; Işık, 'İsviçre' (n 10) 457; Jeremy Lack, 'Civil & Commercial Mediation in Switzerland' 1-10 <<https://www.swissarbitration.org/files/489/1%20%20Lack%20-%20Civil%20and%20Commercial%20Mediation%20in%20Switzerland.pdf>> (Last Online Access 30 December 2019) 2.

13 Baizeau and Kunz (n 10) 95; Işık, 'İsviçre' (n 10) 458; Patocchi (n 10) 8; Naón/Mason, Horacio A. Grigera Naón and Paul E Mason, 'International Commercial Arbitration Practice: 21st Century Perspectives' (2010) LexisNexis Matthew Bender § 50.07[1].

14 Florian Mohs, Lukas Rusch and Luca Bossard, 'Revised Swiss Rules of Mediation entered into force on 1 July 2019' 1-5 (Pestalozzi Attorneys at Law) <<https://pestalozzilaw.com/en/news/legal-insights/revised-swiss-rules-mediation-entered-force-1-july-2019/>> (Last Accessed: 23 March 2020) 1.

15 Işık, 'İsviçre' (n 10) 457.

16 See Section V and VI below.

the Swiss Rules of Mediation attract attention. With the said changes, the language of the mediation rules of the Swiss Chambers' Arbitration Institution has become plain and new mediation rules have been shortened¹⁷. Following the 2019 revision, compared to the 31 original articles, the Swiss Rules of Mediation now constitute only 26 articles¹⁸. Among the differences from the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007, mediation is not only limited to "commercial topics"; it is related to all private civil disputes¹⁹. For the selection and assignment of mediators, a simplified designation procedure was introduced²⁰. In order to eliminate any doubts related to the role of the mediator during mediation activities, an open arrangement has been made in the provision of the 10th article²¹. As per the Swiss Rules of Mediation of 2019 accepted by the Swiss Chambers' Arbitration Institution, detailed arrangements have been made about dispute resolution processes including *mediation* and *arbitration* together²² (*Mediation-Arbitration* - "Med-Arb"; *Arbitration-Mediation* - "Arb-Med"). Hence, the Swiss Rules of Mediation of 2019 stipulate arrangements that support the relationship between mediation and arbitration²³. Again, if there are any disputes related to mediation costs, as a new tool for the resolution of that issue, the *Advisory Council for Mediation* has been established within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution²⁴.

- 17 Because the 2007 Swiss Rules of Commercial Mediation consisted of 8 chapters and 31 articles in total (Işık, 'İsviçre' (n 10) 458). For the 3-item rules foreseen in the 2007 Swiss Rules of Commercial Mediation, which have come into force, see [https://www.swissarbitration.org/files/50/Swiss%20Rules%202019/2007%20Swiss%20Rules%20of%20Commercial%20Mediation%20\(English\).pdf](https://www.swissarbitration.org/files/50/Swiss%20Rules%202019/2007%20Swiss%20Rules%20of%20Commercial%20Mediation%20(English).pdf) (Last Online Access: 27 February 2020).
- 18 For the 26 articles brought by the new Swiss Rules of Mediation after the 2019 revision, See: http://www.swissarbitration.org/files/838/Swiss%20Rules%202019/Web%20versions%202019/Mediation%20Web%202019/mediation_2019_webversion_english.pdf (Last Online Access 27 February 2020).
- 19 Naón and Mason (n 13) § 50.07[1] p 50-07; Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 1. In the revised Swiss Mediation Rules proposed by the Swiss Chambers' Arbitration Institution after the 2019 revision, the deletion of the word "*Commercial*", which is in the Swiss Rules of Commercial Mediation, is to be used for both *commercial* and *non-commercial* disputes. For more information about See Section V, A below.
- 20 See "*Simplified designation procedure*" Art. 5 SRM.
- 21 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2. The role of mediator Art. 10 It was clarified in SRM and in the explanation in the introduction. As a matter of fact, in terms of the role of the mediator, an expression like the following is included in the introduction part: "*Mediation is a method of dispute resolution whereby the parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute or avoid future conflicts with the assistance of a neutral third party, the mediator. The mediator facilitates the exchange of information and perspectives between the parties and encourages them to explore solutions that meet their needs and interests. Unless specifically requested by the parties, the mediator does not give his or her own views (as would an expert), and abstains from making proposals (as would a conciliator)*" See "*Introduction*" Swiss Rules of Mediation, p. 3. See also Section V, B below.
- 22 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2. Mediation-Arbitration ("*Med-Arb*") in the Swiss Rules of Mediation revised after the 2019 revision is regulated in article 18. *Arbitration-Mediation* ("*Arb-Med*"), will be carried out in accordance with the principles in article 19. See: Articles 18-19. See also Section V, E, 2 and 3 below.
- 23 Regulations regarding dispute resolution methods involving mediation and arbitration together in the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 SRM, it was implemented within the framework of the principles envisaged in Art. 23-24. Just as the 2007 Swiss Rules of Commercial Mediation, parties wishing to apply to the arbitration path during mediation or mediation during the arbitration action, the new Swiss Rules of Mediation (SRM) of Art. 18-19, they have the opportunity to resolve the disputes between them by means of arbitration/mediation by following the procedure stipulated in the 18-19 regulations (See also Section V, E, 2 below). Swiss Chambers' Arbitration Institutions has introduced regulations emphasizing the relationship between mediation and arbitration see Naón and Mason (n 13) § 50.07[4] p 50-17; Baizeau and Kunz (n 10) 94; Işık, 'İsviçre' (n 10) 463-46; Jeremy Lack, 'The New Swiss Rules of Commercial Mediation of the Swiss Chambers of Commerce and Industry': Possible Links to Arbitration', 105-124 <https://www.swissarbitration.org/files/489/jl_2008_Swiss_Rules_Commercial_Mediation.pdf> (Last Online Access 28 February 2019) 121.
- 24 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 4. The revised 2019 Swiss Rules of Mediation provides as SCAI Advisory Council for Mediation. Accordingly, in accordance with Article 24(4) of the Swiss Rules of Mediation, disputes related to mediation costs will be submitted to the SCAI Mediation Advisory Council and a solution will be achieved. See, Art. 24(4). See also Section V, D below.

Apart from these changes, in the revision of the mediation rules of the Swiss Chambers' Arbitration Institution, developments related to the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (UNCITRAL, New York, 2018; also known as the "Singapore Convention on Mediation") became effective, having been approved on 25 June 2018²⁵. After approval of the final drafts on 25 June 2018, the Singapore Convention on Mediation was unanimously accepted by the General Assembly of the United Nations²⁶. Hence, being open for signatures on 7 August 2019, the Singapore Convention on Mediation was signed by 46 countries in the first stage²⁷. With the Singapore Convention on Mediation, it has become possible to execute agreements of reconciliation attained as a result of the agreement of parties by mediation in other countries²⁸. Developments seen in relation to the Singapore Convention on Mediation, which was planned to facilitate the execution of international agreement documents, resulted in the revision of the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 as foreseen within the Swiss Chambers' Arbitration Institution²⁹. Hence, by being revised on 1 July 2019, the Swiss Rules of Mediation became one of the first corporate mediation arrangements meeting the requirements of the Singapore Agreement³⁰. Accordingly, in order to have conformity with the Singapore Convention on Mediation, in the regulations of Art. 17(2)(3) of the Swiss Rules of Mediation of 2019, a provision was introduced enabling approved copies to be given in such a way as to facilitate execution of reconciliation agreements³¹. As the Swiss Chambers' Arbitration Institution has introduced regulations related to the usage of mediation outside the national borders for parties wishing to resolve their disputes

- 25 For the English text of the UNCITRAL, *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, see, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf (Last Online Access 20 February 2020). For the Turkish translation of the Singapore Convention, see Ergun Özsunay, "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi": Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumlu Bakımından Bir Değerlendirme" (2019) 93 İstanbul Barosu Dergisi 31-49. For more information about Singapore Convention, see Eunice Chua, "The Singapore convention on mediation – A brighter for Asian dispute Resolution" (2019) Asian Journal of International Law Research Collection Scholl Of Law 1 et seq.; Bruno Zeller/Leon Trakman: "Mediation and Arbitration: the process of enforcement", *Uniform Law Review* (Unif. L. Rev.), Vol. 24, Issue 2, June 2019, (pp. 449-466), s. 449 et seq.; Özsunay, 'Singapur Sözleşmesi' (n 25) 35 et seq.
- 26 Zeller and Trakman (n 25) 453 et seq.; Sibel Özel, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25 2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Baykal Armağanı) 1194; Güven Yerar, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk* (1th edn, On İki Levha 2019) 153; Özsunay, 'Singapur Sözleşmesi' (n 25) 31; Talat Kaya, 'Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi' (2019) 25 2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Baykal Armağanı) 981-982; Ersin Erdoğan, 'Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi' in Ersin Erdoğan (ed.) *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (6-7 Aralık 2018) 189; Faruk Kerem Giray, 'Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İllâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemenin Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?' (2019) 39(2) Public and Private International Law Bulletin 533; Dhawan (n 3) 40.
- 27 Özsunay, 'Singapur Sözleşmesi' (n 25) 31; Özel (n 26) 1195; Yerar (n 26) 153; Kaya (n 26) 982; Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (1th edn, On İki Levha 2020) 83.
- 28 Zeller and Trakman (n 25) 449; Özel (n 26) 1195.
- 29 Peter F Phillips, 'New Swiss Rules of Mediation' <<http://www.businessconflictmanagement.com/blog/2019/08/new-swiss-rules-of-mediation/>> (Last Online Access 16 March 2020).
- 30 See Section VI, C below.
- 31 Art. 17(2)(3) SRM.

by means of the Swiss Rules of Mediation of 2019, this has doubtlessly contributed to the increasing popularity of mediation in Switzerland.

For this reason, in our study, by evaluating the Swiss Rules of Mediation that have been in application since 1 July 2019, an evaluation of the fundamental changes introduced with these regulations will be conducted with examples with respect to corporate mediation. In this context, first the history of the Swiss Chambers' Arbitration Institution will be described, and general explanations of this famous Swiss corporate arbitration center will be made. Afterwards, in accordance with the Swiss Rules of Mediation that were amended with the 2019 revision, the mediation procedure will be described. Finally, the fundamental changes introduced with the new revised Swiss Rules of Mediation of 2019 will be outlined.

II. General Explanations About the Establishment, History, and Purpose of the Swiss Chambers' Arbitration Institution

In the Swiss legal system, options for alternative dispute resolution play an important role³². The Swiss Chamber of Commerce has been carrying out international arbitration judgments since 1911³³. With the aim of providing advanced dispute resolution services, six commercial and industrial chambers (*Basel, Bern, Geneva, Ticino, Vaud, and Zurich: "Chambers"*) harmonized their arbitration rules in 2004 and established

32 Schwenkel (n 7) 49. Historically, Geneva and Zurich hosted *institutional* and *Ad Hoc* arbitral proceedings. Likewise, Lusanne is another Swiss canton that stands out in terms of international arbitration proceedings with the Sports Arbitration Court (CAS/TAS) which deals with most of the sport-related disputes internationally (Naón and Mason (n 13) p 50-2). See also <https://www.tas-cas.org/en/index.html> (Last Online Access 25 November 2019). Indeed, Switzerland and international arbitration are considered interconnected and intertwined for many people in conflict (Stephen R Bond, 'The New Swiss Law on International Arbitration and the Arbitral Institutions' (1989) 1989 International Business Law Journal (Int'l Bus L.J) 786). Switzerland has been a preferred country for years to host both institutional and *Ad Hoc* arbitration proceedings (Martin Wiebecke, 'Switzerland' in: Carter, James H. (eds), *The International Arbitration Review*, (7th Edition, United Kingdom, Law Business Research 2016) 509; Simone Hofbauer, 'Chapter 1, Part I: History of Arbitration', in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2013) 3). Concordat (The Concordat-the Swiss Intercantonal Arbitration Convention) was valid for international arbitration and internal arbitration in Switzerland (Marc Blessing, 'The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism', in *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 1988, Volume 5 Issue2) 12; Robert Briner, 'National Report – Switzerland', in Albert Jan van den Berg (eds), *Yearbook Commercial Arbitration* 1989 (14), (Kluwer Law International 1989) 1; Briner Robert, 'National Report for Switzerland (1978- 1982-1984) [ARCHIVED]', in Pieter Sanders (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1978(3)* (Kluwer Law International 1978) 181; Patocchi (n 10) 3; Walter J Habscheid, 'Das neue schweizerische Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht' (34 Jahrgang 1988) 10 *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* 766; Thomas Rüede and Reimer Hadenfeldt, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: nach Konkordat und IPRG* (2. Auflage, Schulthess 1993) 6; Daniel Hochstrasser and Simone Fuchs, *Basler Kommentar* in: Honsell, Heinrich; Vogt, Nedim Peter (Hrsg.), Schnyder, Anton K.; Bertl, Stephan V. (Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn 2013) 1664; Stefanie Pfisterer-Berner Kommentar, Stacher, Marco (Hrsg.): *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III Art. 353-399 ZPO, Art. 407 ZPO* (Stämpfli 2014) Art. 353, 1; Cesare Jermini and Nicola Bernardoni, 'Chapter 1, Part II: Domestic Arbitration under the New Swiss Code of Civil Procedure', in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2013) 17). Today, international arbitration in Swiss Law, the provisions of the Swiss International Private Law Act (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht- SchwIPRG*) (Art. 176-194) will apply (Briner, 'Switzerland' (n 32) 2; Wiebecke (n 32) 500; Habscheid (n 32) 766; Rüede and Hadenfeldt (n 32) 10 et seq.; Hochstrasser and Fuchs, BSK IPRG (n 32) 1665; Jermini and Bernardoni (n 32) 17; Nevhis Deren-Yıldırım, *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (1th edn, Alkım, 2004) 14). In terms of national arbitration in Switzerland, the provisions of the Swiss Federal Civil Procedure Code (SchwZPO Art. 353-399), which entered into force on 1 January 2011, will apply (Hofbauer (n 32) 5-6; Wiebecke (n 32) 500; Jermini and Bernardoni (n 32) 17; Hochstrasser and Fuchs, BSK IPRG (n 32) 1665).

33 Naón and Mason (n 13) p 50-2.

the Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI)³⁴. Afterwards, Neuchatel was also included in the Swiss Commercial and Industrial Chambers³⁵.

The Swiss Chambers' Arbitration Institution is an unbiased and independent private institution in Switzerland³⁶. When the structure of the Swiss Chambers' Arbitration Institution is examined, it is seen that it shows similarities to other corporate arbitration centers³⁷. Accordingly, this famous center providing corporate arbitration services in Switzerland realizes its activities through an Arbitration Court (*Schiedsgerichtshof*) and a Secretary (*Sekretariat*) constituting its structure³⁸. The Arbitration Court (*Schiedsgerichtshof*)³⁹ as a part of the structure of the Swiss Chambers' Arbitration Institution is composed of implementers experienced in international arbitration issues⁴⁰. The Arbitration Court is responsible for the execution of arbitration judgments as per Swiss rules⁴¹. The position of Secretary within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution was established to assist the Arbitration Court with its works⁴². The Secretary realizes tasks by directly getting into contact with arbitration parties and committees of referees⁴³. The Secretary of the Swiss Chambers' Arbitration Institution works with offices in Geneva, Lugano, and Zurich opening cases in English, German, French, and Italian⁴⁴. With the publication of the 2007 mediation rules, the Swiss Chambers' Arbitration Institution established an Advisory Council for Mediation (*Advisory Council*) comprising experienced mediators with the aim of providing guidance and assistance regarding mediation activities⁴⁵.

34 Patocchi (n 10) 8; Isik, 'İsviçre' (n 10) 458; Bernhard F Meyer and Dominik Vock, *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit in Torggler, Helwig; Mohs, Florian; Schäfer, Friederike; Wong, Ventis Valentina* (Hrsg.) (2. Aufl., Nomos Österreich Schulthess 2017) N 438 p 136; Naón and Mason (n 13) § 50.01 p 50-2.

35 Naón and Mason (n 13) § 50.01 p 50-2 fn 1.

36 Xavier Favre-Bulle, 'The Swiss Rules of International Arbitration ("Swiss Rules"): From 2004 to the (Light) 2012 Revision (Le Reglement Suisse D'Arbitrage International ("Swiss Rules"): de 2004 A la Revision (Legere) de 2012)' (2013) 2013 (1) International Business Law Journal 24. See, <https://www.swissarbitration.org/>. (Last Online Access: 26 November 2019). See, English version of the Swiss Rules of Mediation, p. 3.

37 Favre-Bulle (n 36) 23. As a result of the changes in the Swiss Rules in the structure of the Arbitral Institution of the Swiss Chambers' the effectiveness of the management of the services provided regarding the dispute resolution methods has been increased and the institutional structure has been facilitated (Favre-Bulle (n 36) 23).

38 Offering institutional arbitration and mediation services in Switzerland, this renowned center performs its activities through the "three institutions" that make up its structure (Favre-Bulle (n 36) 24). Accordingly, the Swiss Chambers' Arbitration Institution, which is an "institution" independent of the seven Swiss Chambers of Commerce and Industry, itself (SCAI); is an "arbitral tribunal" (*Schiedsgerichtshof*) responsible for overseeing each arbitration process and a "Secretariat" (*Secretariat*) created to assist the court (Meyer and Vock (n 34) N 440-442 p 136; Favre-Bulle (n 36) 23-24).

39 See Favre-Bulle (n 36) 24.

40 Meyer and Vock (n 34) N 441 p 136.

41 Meyer and Vock (n 34) N 441 p 136. At the same time, Meyer/Vock states that although the court was established, arbitration control was left to the arbitral tribunals. See, Meyer and Vock (n 34) N 441 p 136. However, Favre-Bulle states that the arbitral tribunal is responsible for overseeing the arbitration process (Favre-Bulle (n 36) 24).

42 Favre-Bulle (n 36) 24; Meyer and Vock (n 34) N 441 p 136.

43 In other words, the Secretariat, located in the structure of the Swiss Chambers' Arbitration Institution, is supporting the court and the parties in resolving the dispute (Meyer and Vock (n 34) N 442 p 137).

44 For the SCAI Secretariat addresses, see Swiss Rules of Mediation, Annex A, p. 10. Also, for updated information on SCAI Secretariat addresses, see SCAI's website see: <https://www.swissarbitration.org/Mediation/Initiating-mediation>) (Last Online Access: 3 December 2019).

45 See Art. 24(4) SRM.

III. Alternative Dispute Resolution Methods Within The Body Of The Swiss Chambers' Arbitration Institution

A. Rules Related to Arbitration (International Swiss Arbitration Rules)

At the beginning, the Swiss Commercial and Industrial Chambers (Basel, Bern, Geneva, Vaud, and Zurich) (*Swiss Chambers*) had their own arbitration rules regarding international commercial disputes⁴⁶. By harmonizing their rules related to arbitration, the Swiss Commercial and Industrial Chambers accepted the *Swiss Rules of International Arbitration*⁴⁷ (*Swiss Rules*) in the first uniform version becoming effective on 1 January 2004⁴⁸. The Swiss Rules were based on the 1976 version of the UNCITRAL⁴⁹ arbitration rules of the United Nations⁵⁰.

In their first version, the Swiss Rules were accepted as being the most modern and cheapest arbitration rules in the world and, in fact, the need for revision was low⁵¹. However, in order to harmonize with the latest developments in international arbitration, the Swiss Chambers decided to revise the Swiss Rules in 2010⁵². Regarding arbitration, rules of the Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI) were revised and the Swiss Rules of International Arbitration ("Swiss Rules 2012") were accepted, becoming effective on 1 June 2012⁵³. The purpose of revising the Swiss Rules on 1 June 2012 was to make the processes related to arbitration judgments more efficient and less costly, to rearrange the arbitration court, to enable more flexibility for arbitration procedures with many parties, and to improve cost control⁵⁴.

B. Mediation Rules Stipulated by the Swiss Chambers' Arbitration Institution

1. In General

A situation where parties having disputes among themselves apply for mediation by means of corporate centers allows disputes to be effectively resolved by the mediation method⁵⁵. In accordance, with the aim of resolving disputes among parties by the

46 Meyer and Vock (n 34) N 438 p 136.

47 "The Swiss Rules of International Arbitration" (SRIA) ("Swiss Rules").

48 Patocchi (n 10) 9; Meyer and Vock (n 34) N 438 p 136; Işık, 'İsviçre' (n 10) 458; Favre-Bulle (n 36) 21.

49 UNCITRAL- "United Nations Commission on International Trade Law".

50 Favre-Bulle (n 36) 21; Naón and Mason (n 13) § 50.02 p 50-2; Patocchi (n 10) 9.

51 Meyer and Vock (n 34) N 439 p 137.

52 Meyer and Vock (n 34) N 439 pp 136-137.

53 Patocchi (n 10) 9; Favre-Bulle (n 36) 21; Işık, 'İsviçre' (n 10) 458; Domitille Baizeau and Sam Moss 'İnşaat Uyuşmazlıklarının İsviçre Milletlerarası Tahkim Kuralları Çerçevesinde Etkim Çözümü İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun İşlevi', (Çev. Gözde Kasap) in Yeşim Atamer Ece Baş Süzal and Elliot Geisinger (eds) *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I* (On İki Levha 2018) 207; Meyer and Vock (n 34) N 439 p 137. The Swiss Rules, the original version of which consists of 44 items, consists of 45 items as a result of the revision (Meyer and Vock (n 34) N 439 p 137).

54 Meyer and Vock (n 34) N 439 p 137; Baizeau and Moss (n 53) 210-211; Patocchi (n 10) 9.

55 Alysoun Boyle, 'Effectiveness in Mediation: a New Approach' (2017) 12 Newcastle Law Review 153.

mediation method in an effective way, mediation rules have also been introduced by the Swiss Chambers' Arbitration Institution, apart from arbitration rules⁵⁶.

2. Swiss Rules on Commercial Mediation (2007)

The Swiss Commercial and Industrial Chambers accepted the Swiss Rules of Commercial Mediation (SRCM) in 2007⁵⁷. With the acceptance of mediation rules by the Swiss Chambers' Arbitration Institution in 2007, it was possible for a connection to be established between *mediation* and *arbitration*⁵⁸. For an application period of twelve years, starting from 2007, when the Swiss Rules of Commercial Mediation became effective, until 1 July 2019, when they were revised and the old version became ineffective, the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 helped parties resolve commercial and industrial disputes among themselves⁵⁹. In this context, according to the Swiss Rules of Commercial Mediation, 64% of cases using mediation were resolved amicably⁶⁰. With the aim of harmonizing the mediation rules, the Swiss Chambers' Arbitration Institution replaced the prior rules of 2007 with the Swiss Rules of Mediation (SRM)⁶¹.

3. New Swiss Mediation Rules (2019)

The Swiss Rules of Mediation became effective on 1 July 2019⁶². Starting from 1 July 2019 the Swiss Rules of Mediation (SRM) replaced the Swiss Rules of Commercial Mediation (SRCM) (2007) within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution⁶³.

When the new Swiss Rules of Mediation are structurally evaluated, it is seen that they comprise 8 sections⁶⁴. As part of the Swiss Rules of Mediation being implemented on 1 July 2019, principles were regulated in relation to “Introductory Rules” (Arts. 1-2 SRM), “Selection of Mediator(s)” (Arts. 3-8 SRM), “The Mediator” (Arts. 9-10 SRM), “Procedural Rules” (Arts. 11-15 SRM), “End of the Mediation and Certification

56 Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 458.

57 Naón and Mason (n 13) § 50.07[1] p 50-13; Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 458; Baizeau and Kunz (n 10) 95; Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 1.

58 Lack ‘Mediation in Switzerland’ (n 12) 1.

59 Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 466.

60 As can be seen, according to the Swiss Rules of Commercial Mediation (2007) the success rate of the parties who want to resolve their mismatch according to the mediation rules envisaged by SCAI from 2007 to 2008 is quite high. https://pestalozzilaw.com/media/publications/documents/2019_Streamlining_the_Swiss_Rules_of_Mediation.pdf (Last Online Access: 23 November 2019).

61 <https://www.swissarbitration.org/Mediation/Mediation-rules> (Last Online Access: 23 November 2019).

62 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 1.

63 Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 457; Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 1; Phillips, F. Peter, “New Swiss Rules of Mediation” See: <http://www.businessconflictmanagement.com/blog/2019/08/new-swiss-rules-of-mediation/> (Last Online Access: 23 November 2019).

64 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 1.

thereof” (Arts. 16-17 SRM), “Mediation and Arbitration” (Arts. 18-19 SRM), “Exclusion of Liability” (Art. 20 SRM), and “Costs” (Arts. 21-26 SRM) within the scope of 8 sections, respectively⁶⁵. As can be seen, the Swiss Rules of Mediation are stipulated in the form of 26 articles⁶⁶.

By adopting an extensive and serious user consultancy procedure, with regards to the reviewed mediation rules, it was aimed to clarify the language of the mediation rules being presented to the implementer, to simplify the language, and to facilitate usage of the rules with respect to various types of disputes⁶⁷.

IV. Explanation and Evaluation of New Swiss Rules Of Mediation (2019) Being Stipulated within the Body of the Swiss Chambers’ Arbitration Institution

A. Area of Application of Swiss Rules of Mediation (2019)

It is seen today that parties apply for mediation in order to resolve various disputes among themselves⁶⁸. Accordingly, mediation is an alternative method of dispute resolution being frequently applied when there are disputes related to family law, commercial law, business law, and others⁶⁹. The Swiss Rules of Mediation (2019) will be applied for all mediation procedures being explicitly accepted by parties having disputes among themselves to apply mediation as per the specified rules⁷⁰. Unless it is decided otherwise among the parties, the Swiss Rules of Mediation (2019) will be applied for all mediations transmitted to the Secretary with regards to mediation requests starting from 1 July 2019⁷¹ (Art. 1(2) SRM).

65 In the arrangements envisaged within the scope of 26 articles in 8 sections envisaged within the scope of the Swiss Rules of Mediation presented by the Arbitration Institution of the Swiss Chambers, under section I. titled “*Introductory Rules*”, Scope of Application (Art. 1 SRM), Request for mediation (Art. 2 SRM); Under the section II. titled “*Selection of Mediator(s)*”, Number of Mediators (Art. 3 SRM), Designation of a mediator (Art. 4 SRM), Simplified designation procedure (Art. 5 SRM), Confirmation of a mediator (Art. 6 SRM); Replacement of a mediator (Art. 7 SRM); Transmission of the file to the mediator (Art. 8 SRM); Under the Section III. “*Mediator*”, the Independence, impartiality and availability of the mediator (Art. 9 SRM); Role of the mediator (Art. 10, SRM); Under the Section IV. “*Rules of Procedure*”, Conduct of the Mediation (Art. 11 SRM), Representation (Art. 12 SRM), Confidentiality (Art. 13 SRM), Seat of the mediation (Art. 14 SRM) Applicable law (Art. 15 SRM); In Section V. “*End of the Mediation and Certification thereof*”, End of the Mediation and Certification thereof (Art. 16); Settlement agreement and Certification thereof (Art. 17 SRM), In the Section VI. titled “*Mediation and Arbitration*”, Recourse to arbitration (Art. 18 SRM), Mediation during the course of arbitral proceedings (Art. 19 SRM), Under the Section VII. titled “*Exclusion of Liability*”, Exclusion of liability (Art. 20 SRM); Under the Section VIII. titled “*Costs*”, Mediation Costs (Art. 21 SRM), Appointment of the Mediation Costs (Art. 22 SRM), SCAI Fees, Costs and Expenses (Art. 23 SRM), The mediator’s fees and expenses (Art. 24 SRM), Deposits for fees and Costs (Art. 25 SRM) Statement of costs (Art. 26 SRM) are foreseen. See, http://www.swissarbitration.org/files/838/Swiss%20Rules%202019/Web%20versions%202019/Mediation%20Web%202019/mediation_2019_webversion_english.pdf (Last Online Access: 30 November 2019).

66 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 1.

67 See, Section V, A below.

68 Rachael Field and Neal Wood, ‘Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality’ (2005) 5 Queensland University of Technology Law and Justice Journal 143.

69 Jonathan Crowe, ‘Two Models of Mediation Ethics’ (2017) 39 Sydney Law Review 147; Field and Wood (n 68) 143.

70 Art. 1(1) SRM. Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2. As a matter of fact, according to paragraph 1 of the Article 1 of the Swiss Rules of Mediation, the mediation rules of the Swiss Mediation Rules refer to the Mediation Rules of any Swiss Chamber of Commerce and Industry, or the parties of the dispute, in accordance with the Swiss Mediation Rules. Its clearly stated that it will be applied to all mediations that they agree to do (See, Art. 1(1) SRM).

71 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2.

B. Applying for Mediation as per the Swiss Rules of Mediation (2019)

Mediation starts when negotiations among parties are not providing any help or when no results can be obtained from those negotiations as per the decision of the parties involved in the dispute⁷². According to the 2nd article of the Swiss Rules of Mediation, one of the involved parties will submit a mediation request by transmitting it to the Swiss Chambers' Arbitration Institution⁷³. Within this context, parties wishing to resolve their disputes by means of mediation within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution will apply to one of the Secretary offices stipulated in Appendix A of the Swiss Rules of Mediation and they will be able to make a request for mediation in English, German, French, or Italian⁷⁴. The request being made by parties will be sent by e-mail to the Secretary within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution⁷⁵. As per the request of the Secretary, the party or parties making the request will provide printed copies of the request⁷⁶. Parties and the Secretary could accept the presentation of all other documents by *e-mail* or *other electronic forms*⁷⁷. When parties wish to apply for mediation in accordance with the Swiss Rules of Mediation within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution, if any deficiencies are determined in relation to the request, the Secretary could ask the requesting parties to correct those deficiencies within an appropriate time period⁷⁸.

C. Assignment of Mediator as per Swiss Rules of Mediation (2019) and Principles Related to Mediators

If the parties applying for mediation as per the Swiss Rules of Mediation as stipulated by the Swiss Chambers' Arbitration Institution submit their mediation request in a valid way, it will be passed on for assigning a mediator as per the regulations stipulated in Arts. 3-10 of the Swiss Rules of Mediation (SRM) with the aim of resolving the dispute⁷⁹.

72 Durand (n 3) 976; Leonard L Riskin, 'The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing' (1985) 37 University of Florida Law Review 22.

73 Baizeau and Kunz (n 10) 96; Işık, 'İsviçre' (n 10) 459; Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2.

74 Art. 2(1) SRM. Işık, 'İsviçre' (n 10) 459. According to Article 2(2) of the Swiss Rules of Mediation, the mediation request should include: "(a) the names, addresses, telephone numbers, fax numbers (if any), e-mail addresses and other contact details for appropriate electronic communication (if any) of the parties and their counsel (if any), as well as a copy of the counsel's Power-of-Attorney; (b) a copy of the agreement to mediate or relevant mediation clause in an existing agreement (if any); (c) a short description of the dispute, and an estimate of the amount in dispute (if any); (d) a joint designation of the mediator, or a description of any desired qualifications of the mediator; (e) an indication, if the parties so wish, that the Simplified Designation Procedure, pursuant to Article 5, should apply; (f) a proposal as to the language of the mediation if the parties have not previously agreed thereon; (g) a confirmation of the payment of the registration fee, pursuant to Appendix B of the Rules in force at the date on which the Request is submitted to the Secretariat".

75 Art. 2(3) SRM.

76 Işık, 'İsviçre' (n 10) 459.

77 Art. 2(3) SRM.

78 Art. 2(4) SRM. Indeed, in such a case, if the parties wishing to apply for mediation within the Swiss Chambers' Arbitration Institution resolve the deficiencies detected within the time period determined by the Secretariat, it will be considered that the original request for mediation was submitted on the date of receipt by the Secretariat of the Swiss Chambers' Arbitration Institution (Art. 2(4) SRM).

79 See, "II. Selection of mediator(s)" Art. 3-8 SRM and "III. The Mediator" Art. 9-10 SRM. On the appointment of the mediator in accordance with the 2007 Swiss Rules of Commercial Mediation foreseen and revised within the Arbitration Body of the Swiss Chambers, See Naón and Mason (n 13) § 50.07[2] p 50-07; Işık, 'İsviçre' (n 10) 460-461.

1. Number, Selection, and Assignment of Mediators

According to the new revised Swiss Rules of Mediation (2019) stipulated by the Swiss Chambers' Arbitration Institution, as per the agreement of both parties regarding the dispute, “*one mediator*” will be selected as a rule⁸⁰. In other words, unless decided otherwise by all parties, according to the Swiss Rules of Mediation stipulated by the Swiss Chambers' Arbitration Institution, mediation will be carried out by one mediator⁸¹. On the other hand, the Swiss Rules of Mediation specify that it is also possible to assign more than one mediator for the resolution of a dispute by the parties⁸².

Parties could jointly determine the mediator who will assist them in resolving the dispute among themselves⁸³. Furthermore, it will also be required that the mediator(s) being jointly determined by the parties be confirmed by the Secretary of the Swiss Chambers' Arbitration Institution⁸⁴. In the event that the mediator(s) being assigned by the parties have not been confirmed by the Secretary, the Secretary will allow a period of fifteen days in order for the parties to assign a new mediator in a joint way⁸⁵.

According to the Swiss Rules of Mediation stipulated by the Swiss Chambers' Arbitration Institution, if it is requested by the parties, the Secretary will assist in determining co-mediators⁸⁶. A new practice accepted as a result of the revision of the Swiss Rules of Mediation with respect to the assignment of mediators is related to the “*simplified designation procedure*” stated in the 5th article of the Swiss Rules of Mediation⁸⁷. Accordingly, as per the regulation of the 5th article of the Swiss Rules of Mediation, the simplified designation procedure will be applied in situations in which parties have reached an agreement or where the amount of dispute is below 50,000 Swiss Francs (CHF) and the parties have not made any objections⁸⁸.

80 Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 460. See also Article 3 SRM. Also, for more informations about the mediator’s choice in general, see Nahrstadt (n 3) 68; Hans-Patrick Schroeder, ‘The Advocate’s Role in Mediation Proceedings: A German Perspective on Effective Mediation Advocacy’ (2017) 5 Yearbook on International Arbitration (YB on Int’l Arb) 257; Riskin (n 72) 22.

81 Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 460.

82 Art. 3 SRM. Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 460.

83 Art. 4(1) SRM.

84 Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 460. In this context, the Swiss Rules of Mediation (SRM) envisaged by the Arbitral Agency of the Swiss Chambers will be approved in accordance with the regulations stipulated in Article 6.

85 Art. 4(1) SRM. Within five days from the receipt of the appointment notice in writing, and if this objection is considered valid, the Swiss Chambers' Arbitration Institution Secretariat will appoint another mediator from the list immediately proposed under Article 4(2) of the Swiss Rules of Mediation and will continue the mediation procedure (Art. 4(4) SRM).

86 Art. 4(3) SRM. For more information about co-mediation, see Seda Özmumcu, ‘Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arbuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi’ (2018) 13 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 et seq. For more information about *Co-Mediation*, see also Keryn Foley, ‘To Co-Mediate or Not to Co-Mediate – That Is The Question’ (2017) 29(1) Bond Law Review (Bond L Rev) 95 et seq.; Baizeau and Kunz (n 10) 96.

87 See, Article 5 SRM. Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3. About the simplified procedure in the appointment of the mediator, see Section V, C below.

88 Art. 5(1) SRM. Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3.

2. Features and Roles of Mediators as per the Swiss Rules of Mediation (2019)

Mediation is an alternative method of dispute resolution where a third person named the “Mediator” assists the disputing parties to resolve the dispute among them⁸⁹. For this reason, the personal features of the mediator who will be selected to enable an agreement among the parties bear significant importance⁹⁰.

As per the quality of mediation activity, the mediator will always be unbiased and independent with regards to the parties in dispute⁹¹. In the provision of Art. 9(1) of the Swiss Rules of Mediation, it has been explicitly stated that the mediator should be unbiased and independent and that he should be suitable for being a mediator⁹². During the mediation period, if any situation arises that could affect the unbiased or independent state of the mediator, it is required that the mediator inform the parties immediately⁹³. On the other hand, if the parties are informed about a situation that could raise doubts about the unbiased or independent state of the mediator but they give consent to the situation, the mediator may continue performing his mediation activities⁹⁴.

D. Mediation Procedure as per the Swiss Rules of Mediation

After approval and assignment of the mediator as per the Swiss Rules of Mediation, the Secretary within the body of the Swiss Chambers’ Arbitration Institution will deliver the mediation file to the mediator⁹⁵. After the file is delivered by the Secretary to the mediator, as per the rules stipulated in the 11th and 15th articles of the Swiss Rules of Mediation, the mediation activity will be realized⁹⁶.

89 Eiholzer (n 5) N 64 pp 17-18; Durand (n 3) 976; Main (n 3) 556; Ildır (n 4) 90. Mediation is a process in which a neutral third party (mediator) engages in face-to-face interviews with people who have a dispute between them (Nahrstadt (n 3) 68; Brain A Pappas, ‘Mindful Mediation’ (2019) 48 *Southwestern Law Review* (Sw L Rev) 353).

90 Işık, ‘Mediation’ (n 3) 69; Ildır (n 4) 90.

91 Rodney A Max, ‘Mediation in Public Policy’ (2016) 47 *Cumberland Law Review* (Cumb L Rev) 300; Dawson (n 3) 18; Sherif Elnegahy, ‘Can Mediation Deliver Justice’ (2017) 18 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 774; Pappas (n 89) 353; Schroeder (n 80) 250; Neil Andrews ‘Mediation: International Experience and Global Trends’ (2017) 4(2) *Journal of International and Comparative Law* (J Int’l & Comp L) 221; Durand (n 3) 985; Kekeç (n 3) 61 et seq.; Gren (n 3) 78. Indeed, in the provision of Article 9(1) of the Swiss Rules of Mediation, it is clearly stated that the mediator should be impartial, independent and suitable for mediation (See, Article 9(1) SRM).

92 Art. 9(1) SRM; cf. Art. 12(1) SRCM. Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 460.

93 Art. 9(3) SRM.

94 However, it may be requested by the parties not to continue the mediation activity upon notification of the situations requiring them to be suspicious about the impartiality or independence of the mediator. It will inform the Secretariat that, if the parties do not consent to continue the activities of the mediator mutually, the mediator should be replaced in accordance with Article 7 of the Swiss Rules of Mediation (Art. 9(3) SRM). Indeed, in accordance with the provisions of articles 4 and 5 of the Swiss Rules of Mediation, in accordance with the provisions of the Swiss Rules of Mediation, in accordance with the provisions of Article 4 and 5 of the Swiss Rules of Mediation, if the mediator who is tasked mediator who is tasked with resolving the dispute between the parties is no longer accepted and longer accepted and is unable to fulfill his duty, in accordance with the provisions of Article 7 of the Swiss Rules of Mediation appointment of a mediator is accepted (Art. 7 SRM).

95 Art. 8(1) SRM. In such case, the mediation file will be forwarded to the mediator only after the payment of the administrative costs, in accordance with the Swiss Rules of Mediation, Annex B, which is in force at the time of the mediation request (Art. 8(2) SRM).

96 See: Articles 11-15 SRM.

1. Execution of Mediation Procedure

After the file is received from the Secretary, the mediator will contact the parties to organize a first meeting about how the mediation will proceed⁹⁷. According to Article 11(2) of the Swiss Rules of Mediation, a short note summarizing the agreement of the parties regarding mediation and relevant arrangements (language, meeting time and place, application, participants, etc.) will be prepared by the mediator and a copy of it will be submitted to the parties and the Secretary⁹⁸.

According to the 14th article of the Swiss Rules of Mediation, the place where the mediation activity will take place shall be the Secretary's office where the mediation request was submitted, unless determined otherwise by the parties⁹⁹.

According to the Swiss Rules of Mediation of 2019, depending on the agreement of the parties, the mediator could organize separate meetings with the parties¹⁰⁰ (Art. 11(3) SRM). In a situation like this, unless the mediator has private authorization to disclose the information obtained from these separate meetings, he will apply strict confidentiality regarding information shared during the meetings¹⁰¹ (Art. 11(3) SRM; Art. 13(2) SRM).

Unless it is decided otherwise among the parties, execution of mediation activity is subject to Swiss laws¹⁰² (Art. 15(1) SRM). The mediator realizing the mediation activity facilitates information exchange among the parties and their viewpoints, and he encourages them to discover solutions that meet their requirements and interests¹⁰³. In this way, the parties applying for mediation reveal their agreement requests in

97 Art. 11(2) SRM. Naón and Mason (n 13) § 50.07[3] p 50-07; Işık, 'İsviçre' (n 10) 461. On the first meeting with the party during the mediation process, see: Christopher W. Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict, (Arabuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler)* (Çev. Ed.: Tarkan Kaçmaz; Abbas Tümmüklü, Çev. Tarkan Kaçmaz; Mustafa Tercan) (4th edn, Nobel 2016) 187 et seq.; Gabrieli, Zimmerman and Albstein (n 3) 24.

98 Art. 11(2) SRM.

99 Art. 14 SRM.

100 Gabrieli, Zimmerman and Albstein (n 3) 32. Indeed, when separate meetings are held, the parties will also have the opinion that the mediator also see the balance between them (Gabrieli, Zimmerman and Albstein (n 3) 32).

101 Indeed, this is also a requirement of the principle of confidentiality. Regarding the privacy policy, see: Brown (n 3) 309; Sarah Rudolph Cole, 'Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled' (2006) 54 University of Kansas Law Review (U Kan L Rev) 1440; Ellen E Deason, 'The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach' (2006) 54 University of Kansas Law Review (U Kan L Rev) 1387 et seq.; Rachel K Ehrlich and Emily E Garrison, 'Questions Every Litigator Should Ask about Mediation Confidentiality' (2016) 21 Woman Advocate 12 et seq.; Ronan Feehily, 'Confidentiality in Commercial Mediation: A Fine Balance (Part 1)' (2015) 2015 Journal of South African Law (J S Afr L) 517 et seq.; Field and Wood (n 68) 144 et seq.; Foster and Prentice (n 6) 163 et seq.; Freedman and Prigoff (n 6) 37 et seq.; Christopher Honeyman and Bobbi McAdoo, 'Confidentiality in the Mediation Process: Perhaps...' (2002) 2 Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment 9; Lee and Giesler (n 6) 295; McCrory (n 3) 444 et seq.; Rufenacht (n 3) 114 et seq.; Sarah Williams, 'Confidentiality in Mediation: Is It Encouraging Good Mediation or Bad Conduct' (2005) 2005 Journal of Dispute Resolution 215 et seq.; Durand (n 3) 985; Yazıcı Tıktık (n 10) 51 et seq.; Max (n 91) 299.

102 The relationship between the Swiss Chambers' Arbitration Institutions and any person involved in mediation (parties, representatives and consultants of the parties, mediators, experts, etc.) is subject to Swiss law (Art. 15(2) SRM).

103 Naón and Mason (n 13) § 50.07[3] p 50-16; Gabrieli, Zimmerman and Albstein (n 3) 38; Main (n 3) 556; Ildır (n 4) 88; Kekeç (n 3) 25; Yazıcı Tıktık (n 10) 43; Ali Yeşilirmak, *Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim (Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde)* (1th edn, On İki Levha 2011) 18.

order to resolve the dispute with the help of a mediator¹⁰⁴ as an independent and unbiased third party¹⁰⁵. The task of the mediator is to convince the parties about the attractiveness of a resolution based on reconciliation and to assist them in resolving the dispute among them by reaching a mutual agreement¹⁰⁶. Being different from a judge or arbitrator¹⁰⁷, the mediator cannot make a decision that binds the parties¹⁰⁸. The purpose of mediation is to help parties with disputes among themselves to resolve those disputes on their own¹⁰⁹. For this reason, as long as negotiations continue in an efficient way, the mediator will bring the parties together and make efforts to facilitate negotiations among them¹¹⁰. In this regard, mediation is a voluntary method for resolving a dispute¹¹¹. The mediator is not a *judge* or an *arbitrator*¹¹². During the mediation activity, the mediator has an *unbiased* and *independent* role¹¹³.

According to the Swiss Rules of Mediation, parties wishing to resolve a dispute among themselves by means of mediation do not have to personally attend the mediation discussions¹¹⁴. Hence, as per the rules related to representation as stipulated in the 12th article of the Swiss Rules of Mediation, the parties could attend all the discussions personally, or, with regards to legal people, participation could be done by means of representatives being properly assigned and authorized for the relevant institution, the complete contact details of whom shall be transmitted to the mediator, the other party/parties, and the Secretary in written form¹¹⁵ (Art. 12 SRM). Furthermore, parties wishing to resolve a dispute among themselves as per the Swiss Rules of Mediation could be represented by a legal consultant or an attorney whom they will select¹¹⁶.

If one of the parties having a dispute among themselves incurs any losses during the mediation activity, the people incurring damages could bring the issue of responsibility

104 Dawson (n 3) 18; Nahrstadt (n 3) 71; Pappas (n 89) 353; Schroeder (n 80) 250.

105 Riskin (n 72) 24; Schroeder (n 80) 250; Miruna Constantinescu and Monica Simona Corchiş, 'Are Mediation Clauses Binding and Mandatory?' (2017) 7 Juridical Tribune 55.

106 Eiholzer (n 5) N 64 p 17; Riskin (n 72) 24; Main (n 3) 556; Ildir (n 4) 88.

107 Max (n 91) 300.

108 Riskin (n 72) 22; Elnegahy (n 91) 774; Gabrieli, Zimmerman and Albstein (n 3) 28; John Birkle, 'Mediation: An Effective Arm of Alternative Dispute Resolution' (1993) 3 Res IPSA Loquitur 75; Durand (n 3) 976; Kekeç (n 3) 69.

109 Riskin (n 72) 22; Ildir (n 4) 90.

110 Durand (n 3) 976; Işık, 'Mediation' (n 3) 64.

111 Constantinescu and Corchiş (n 105) 53; Pappas (n 89) 353; Schroeder (n 80) 251; Martha E. Simmons, 'One Mediation Accessible to All' (2016) 23 Dispute Resolution Magazine 23; Andrews (n 91) 220; McCrory (n 3) 442; Baizeau and Kunz (n 10) 94; Durand (n 3) 976.

112 Max (n 91) 300.

113 Max (n 91) 300; Dawson (n 3) 18; Elnegahy (n 91) 774; Pappas (n 89) 353; Schroeder (n 80) 250; Işık, 'Mediation' (n 3) 460; Durand (n 3) 985; Gabrieli, Zimmerman and Albstein (n 3) 38, 41.

114 Işık, 'İsviçre' (n 10) 461.

115 Indeed, a parallel arrangement was envisaged in the 2007 Swiss Rules of Commercial Mediation. Because, in Article 19 of the 2007 Swiss Rules of Commercial Mediation, issues related to representation were expressed. According to the aforementioned arrangement, parties with disputes will be able to participate in all sessions in which the mediation activity takes place, through duly authorized representatives whose names and addresses will be communicated to the mediator, the other party and the Swiss Chambers' Commerce and Industry. In this context, a lawyer of their choice can also assist the parties during the mediation activity. See, SRCM Art. 19. See also Işık, 'İsviçre' (n 10) 461).

116 Art. 12 SRM; Art. 19 SRCM. Işık, 'İsviçre' (n 10) 461.

of the mediator to the agenda¹¹⁷. Hence, in regulations related to mediation rules, stipulations that the mediator will not incur responsibility could be raised¹¹⁸. In accordance, in the mediation rules foreseen by the Swiss Chambers' Arbitration Institution, regulations were introduced stating that the mediator will not be responsible for the activities that he realizes¹¹⁹. Hence, in the regulation of the 20th article of the Swiss Rules of Mediation of 2019, arrangements were made stipulating that in certain situations the mediator could be exempt from liability, similarly to the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007¹²⁰ (SRCM Art. 25).

According to the new arrangement foreseen in the 20th article of the Swiss Rules of Mediation of 2019, neither the Swiss Chambers' Arbitration Institution nor the chambers, personnel, managers, board members, mediators, arbitrators, members of the mediation consultancy council within the body of the institution, or expert people assigned by them shall be held responsible due to any actions or transactions originating from mediation activities carried out within the framework of the Swiss Rules of Mediation unless there is severe negligence or intention related to said actions or transactions¹²¹. As can be seen, according to the 20th article of the Swiss Rules of Mediation, in order for the mediator or any person taking part in the mediation activity to be held responsible, it is necessary that the occurring action or transaction be realized intentionally or as a result of severe negligence¹²² (Art. 20 SRM).

2. Confidentiality¹²³

One of the most important factors for mediation activity being preferred by the involved parties is the fact that it is carried out under the principle of confidentiality¹²⁴. According to the 13th article of the Swiss Rules of Mediation of 2019, mediation activity being realized within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution is confidential¹²⁵. Accordingly, none of the observations, declarations, or proposals

117 Kekeç (n 3) 210.

118 Ibid 210.

119 Işık, 'İsviçre' (n 10) 464-465.

120 See: 2019 Swiss Rules of Mediation (SRM) Art. 20. Cf.: Swiss Rules of Commercial Mediation Ar. 25. In the regulation that expresses the irresponsibility of the mediator from the mediation activity and which is foreseen under the article titled "exclusion from responsibility" in Article 25 of the 2007 Swiss Rules of Commercial Mediation (SRCM); it is regulated that any of the Swiss Chambers' Arbitration Institution or its employees, mediators or appointed experts will not be responsible for the action carried out pursuant to the Swiss Rules of Commercial Mediation unless the action has been deliberately or due to gross negligence (Işık, 'İsviçre' (n 10) 464).

121 Art. 20 SRM.

122 As a matter of fact, in the 25th article of the 2007 Swiss Rules of Mediation, it is clearly stated that in order to be mediation activity, the action or action that caused the damage must be done deliberately or as a result of heavy negligence.

123 For the definition of confidentiality, see Yazıcı Tıktık (n 10) 52; Kevin Gibson, 'Confidentiality in Mediation: A Moral Reassessment' (1992) 1992 Journal of Dispute Resolution 27; Durand (n 3) 985.

124 Yıldırım (n 11) 67; Durand (n 3) 975.

125 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2. Mediation in Swiss Law has always been done according to the principle of confidentiality, see Meier (10) 13; Baizeau and Kunz (n 10) 94; Lack, 'Swiss ADR Rules' (n 23) 120; Işık, 'İsviçre' (n 10) 461.

made during the mediation activity or the documents prepared for mediation purposes can be disclosed other than for mediation purposes, and they cannot be used even in the case of arbitration without obtaining the consent of all people included in the mediation process¹²⁶.

As can be seen, confidential communication during the mediation process is protected by the principle of confidentiality¹²⁷. While mediation activity is being conducted, strict confidentiality should be ensured¹²⁸. For this reason, all parties should have confidence that the mediation is confidential and that in the following arbitration processes the parties shall not be harmed, and they should be able to rely on any agreement reached on the basis that the arbitration shall be confidential; for this reason, arbitrators should not consider information and documents that are disclosed by violating such an agreement¹²⁹. In a similar way, according to the Swiss Rules of Mediation, unless it is decided otherwise by the parties, a mediator cannot be assigned as an arbitrator, judge, expert, or representative or consultant of a party in a following case related to the same dispute or he cannot include one of the mediating parties after a request is made¹³⁰.

According to the 2nd paragraph of the 13th article of the Swiss Rules of Mediation, mediation sessions are private¹³¹. In other words, as per the principle of confidentiality related to mediation activities, the mediator can have discussions with parties in different sessions and he has the opportunity to have private discussions with them¹³². Furthermore, with the consent of the mediator, the parties can agree that people other than themselves and representatives or consultants can participate in the sessions¹³³.

The Swiss Chambers' Arbitration Institution will keep the main documents of the file for a minimum of 10 years after the approval of mediation (Art. 13(4) SRM). After this period is over, the Swiss Chambers' Arbitration Institution will destroy all documents, both physically and electronically¹³⁴.

126 Art. 13(1) SRM. Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2.

127 Andrews (n 91) 222, 224; Constantinescu and Corchiş (n 105) 55. For more information about confidentiality see Brown (n 3) 309; Cole (n 101) 1440; Deason (n 101) 1387 et seq.; Ehrlich and Garrison (n 101) 12 et seq.; Feehily (n 101) 517 et seq.; Field and Wood (n 68) 144 et seq.; Foster and Prentice (n 6) 163 et seq.; Freedman and Prigoff (n 6) 37 et seq.; A.K.C. Koo and Yun Zhao, 'The Development of Legal Protection for Mediation Confidentiality in Hong Kong' (2011) 40 *Common Law World Review* 264-266; Gibson (n 123) 27 et seq.; Honeyman and McAdoo (n 101) 9; Lee and Giesler (n 6) 295; McCrory (n 3) 444 et seq.; Rufenacht (n 3) 114 et seq.; Williams (n 101) 215 et seq.; Durand (n 3) 985; Kekeç (n 3) 77 et seq.; Yazıcı Tıktık (n 10) 51 et seq.

128 Dhawan (n 3) 39. Confidentiality is considered as one of the main features of mediation (Andrews (n 91) 224). In fact, according to *Max*, confidentiality is the most important feature of mediation (Max (n 91) 299).

129 Baizeau and Kunz (n 10) 94; Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2. In the same direction, see, Schroeder (n 80) 258.

130 Art. 13(3) SRM. Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2.

131 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2.

132 Gabrieli, Zimmerman and Albstein (n 3) 32.

133 Art. 13(2) SRM.

134 Art. 13(4) SRM.

E. Ending of Mediation Period and Preparation of Documents Related to This Termination

The outcome in the majority of mediations is that the dispute is completely and finally resolved¹³⁵. In the 1st paragraph of the 16th article of the Swiss Rules of Mediation, regulations are specified about the situations in which mediation activity will be ended¹³⁶. According to the Swiss Rules of Mediation, the mediator will notify the Secretary about the ending of the mediation process, the date of termination, and whether the mediation has been ended completely or partially or without any conclusions with a written document¹³⁷.

The outcome of a successful mediation procedure is a situation in which a reconciliation agreement is prepared as determined by the parties, which contains the particulars that are agreed upon¹³⁸. This final solution among the parties will reflect an efficient and mutually applicable outcome with regards to both parties¹³⁹. Since mediation is a voluntary process¹⁴⁰, the reconciliation agreement will be binding on the parties as long as they accept it¹⁴¹. According to the regulation stipulated in the 5th paragraph of the 16th article of the Swiss Rules of Mediation, as per the request of the parties or mediator, the Secretary will provide a mediation document for the parties and mediator, confirming that mediation has taken place and stating whether reconciliation was reached or not¹⁴².

135 Nahrstadt (n 3) 68; Melis Taşpolat Tuğsavul, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği', (2019) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 334; Kekeç (n 3) 194.

136 According to Article 16(1) of the Swiss Rules of Mediation revised in 2019, mediation will end in the following cases: "1. A mediation under the Rules shall be deemed to have ended:

(a) upon the signing by all parties of a settlement agreement putting an end to the dispute; (b) after 90 days, if a defective or incomplete Request has been submitted to the Secretariat, and the Requesting Party(ies) have not timely remedied the defect as requested by the Secretariat; (c) at any time after the mediator has provided the parties with a written note, pursuant to Article 11(2) of the Rules, if a party noti es the mediator and the Secretariat in writing of its decision to terminate the mediation and the remaining parties do not wish to continue without that party; (d) at any time after the mediator has provided the parties with a written note, pursuant to Article 11(2) of the Rules, if, in the opinion of the mediator, further efforts would not contribute to a resolution of the dispute and he/she noti es the parties and the Secretariat in writing of his/her decision to terminate the mediation; (e) upon expiration of any time limit set by the parties or the mediator for the resolution of the dispute, if not extended by agreement of all parties and the mediator; (f) in the event of non-payment, by the parties, of the deposits according to Article 25 of the Rules, or of the SCAI administrative costs according to Section 2 of Appendix B of the Rules, within the time limit set respectively by the mediator or by the Secretariat."

137 Art. 16(2) SRM. In this context, in multilateral mediation, if one party or some parties decide to withdraw from mediation:

(a) The remaining parties inform the Secretariat in writing whether they wish to mediate immediately and if so, if they wish to continue mediation with the appointed mediator;

(b) The mediator immediately notifies the Secretariat in writing that the party has withdrawn from mediation and specifies whether to agree to continue mediation with the remaining parties (Art. 16(3) SRM).

138 Zeller and Trakman (n 25) 449. For more information about scope of the agreement see Max (n 91) 300.

139 Constantinescu and Corchiş (n 105) 55.

140 Mediation is a voluntary process, *see*: Constantinescu and Corchiş (n 105) 53; Pappas (n 89) 353; Schroeder (n 80) 251; Simmons (n 111) 23; Andrews (n 91) 220; McCrory (n 3) 442; Baizeau and Kunz (n 10) 94; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes, Murat Atalı and Seven, Vural, *Hukuk Uyumazlıklarında Arabuluculuk* (2th edn, On İki Levha 2019) 28 et seq.; Kekeç (n 3) 70; Emond (n 2) 617; Gren (n 3) 76.

141 Dhawan (n 3) 38.

142 Art. 16(5) SRM.

V. Fundamental Changes Introduced with the New Swiss Rules on Mediation Being Reviewed Following The 2019 Revision

A. General and Structural Changes Made to the Swiss Rules of Mediation (2019)

In relation to the Swiss Rules of Mediation being reviewed with the 2019 revision submitted by the Swiss Chambers' Arbitration Institution, plain, clear, and simplified language has been preferred¹⁴³. At the same time, when compared with the Swiss Rules of Commercial Mediation (SRCM), the revision made on 1 July 2019 for the Swiss Rules of Mediation has aimed to facilitate usage of mediation in various types of disputes¹⁴⁴. For this reason, the word “commercial” that was used in the Swiss Rules of Commercial Mediation has been removed from the new Swiss Rules of Mediation as reviewed by the Swiss Chambers' Arbitration Institution following the 2019 revision to emphasize that the rules can be used for both commercial and non-commercial disputes¹⁴⁵. Therefore, the rules could be applied for mediation when there are disputes related to *family law*, *commercial law*, and *business law*¹⁴⁶.

B. Role of Mediation According to the Swiss Rules of Mediation (Art. 10 SRM)

The objectives of mediation activity will vary according to the role of the mediator or the style of mediation¹⁴⁷. It is accepted that during the mediation process a single type of approach is not followed¹⁴⁸. When compared with the 2007 Swiss Rules of Commercial Mediation, the Swiss Rules of Mediation of 2019 clarify whether the mediator assisting to resolve the dispute among the parties can express his opinions or not and whether it is possible for him to make any proposals if requested by the parties¹⁴⁹. This particular issue has been clearly addressed in the 10th article of the Swiss Rules of Mediation of 2019¹⁵⁰. In this context, Article 10 of the Swiss Rules of Mediation with the “*Role of Mediator*” sidebar is as follows:

143 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 1.

144 Accordingly, mediation mostly involves family law, commercial law, labor law, etc. It is an alternative dispute resolution method that is frequently applied by the parties in the case of disputes related to. The Swiss Rules of Mediation (2019) will apply to all mediation procedures in which the parties whose disputes are openly agree to mediate in accordance with the said rules. See, Section IV, A above.

145 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 1. In our opinion, removing the word “*Commercial*” mentioned in the Swiss Rules of Commercial Mediation clearly shows that it covers all private law disputes in terms of mediation rules adopted by the Swiss Chambers' Arbitration Institution after the 2019 revision.

146 Field and Wood (n 68) 143; Crowe (n 69) 147.

147 Crowe (n 69) 147; Durand (n 3) 979.

148 Robert A. Baruch Bush, ‘A Pluralistic Approach to Mediation Ethics: Delivering on Mediation’s Different Promises’ (2019) 34 *Ohio State on Dispute Resolution* 462; Nahrstadt (n 3) 71. Indeed, according to *Nahrstadt*, when it comes to mediation style, there are basically two types. These are “*Evaluative mediation*” and “*Facilitative mediation*”. For more information about “*evaluative mediation*” and “*facilitative mediation*” see Seda Özümücü, ‘Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk’ (2013) 73 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)* 1369-1389. For more information about mediation models, see Gabrieli, Zimmerman and Albstein (n 3) 5-8; Koo and Zhao (n 127) 263 et seq.; Durand (n 3) 979; Kekeç (n 3) 238-245.

149 For the role of the mediator under the 2007 Swiss Rules of Commercial Mediation, see Baizeau and Kunz (n 10) 97.

150 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2.

“1. The mediator shall assist the parties in their negotiations, with a view to reaching a mutually acceptable and satisfactory resolution of their dispute. The mediator has no authority or power to impose a settlement on the parties.

2. The mediator and the parties shall be guided by the principles of fairness, party autonomy, and mutual respect.”

Within the framework of the Swiss Rules of Mediation of 2019, the mediator does not have the authorization to make any solution proposals to the parties wishing to resolve the dispute among themselves¹⁵¹. Hence, the mediator will provide assistance in order for the disputes among parties to be resolved in an acceptable and satisfactory way¹⁵² (Art. 10 SRM). During mediation discussions, as the parties communicate with each other, it will be possible for them to understand their relevant interests and common aspects better and to see and evaluate strong and weak points from a legal point of view, as well as the outcomes that may arise if no solution is created¹⁵³.

The role of the mediator during mediation activity bears importance not only to guide the parties but also to ensure compliance with ethical requirements at the same time¹⁵⁴. In this respect, the parties wishing to apply for mediation as per the Swiss Rules of Mediation of 2019 and the mediators will act in accordance with principles of justice, autonomy of parties, and mutual respect¹⁵⁵.

C. Making Arrangements for a Simplified Procedure for Assignment of Mediators (Art. 5 SRM)

A new feature introduced with the Swiss Rules of Mediation of 2019 is the “simplified designation procedure” being accepted for the assignment of mediators¹⁵⁶. The simplified designation procedure is important as it enables a mediator to be assigned more quickly and for time to be saved while resolving disputes among parties¹⁵⁷. A new aspect accepted for the assignment of mediators as a result of the revisions made to the Swiss Rules of Mediation is the simplified designation procedure stipulated in

151 Art. 10 SRM.

152 Eiholzer (n 5) N 64 p 17; Riskin (n 72) 24; Birkle (n 108) 76.

153 Riskin (n 72) 26; Birkle (n 108) 77.

154 Bush (n 148) 484.

155 Art. 10(2) SRM.

156 Simplified Designation Procedure is regulated in the 5th article of the revised Swiss Rules of Mediation proposed by the Swiss Chambers' Arbitration Institutions:

“1. The Simplified Designation Procedure shall apply for the designation of the mediator if the parties jointly agree, or do not object to its application in cases where the amount in dispute is below CHF 50,000. 2. Whenever the Simplified Designation Procedure applies, the Secretariat shall, in accordance with Article 6: (a) confirm the mediator jointly designated by the parties; or (b) appoint one mediator taking into account the parties' description (if any) of their preferences or desired qualifications of the mediator as submitted to the Secretariat pursuant to Article 2(2)(d) of the Rules, but without submitting a list of mediators to the parties.”

157 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3.

the 5th article of the Swiss Rules of Mediation¹⁵⁸. According to the regulation of the 5th article of the Swiss Rules of Mediation, a simplified designation procedure will be applied in situations in which parties have reached an agreement or in cases in which the amount of dispute is below the value of 50,000 Swiss Francs (CHF) and the parties do not raise objections¹⁵⁹. According to the simplified designation procedure, the Secretary of the Swiss Chambers' Arbitration Institution approves the mediator being assigned jointly by the parties, or, if the parties have a preference, by considering the explanations and the requested qualities, the Secretary can directly assign someone as the mediator¹⁶⁰. In this regard, the simplified designation procedure stipulated in the 5th article of the Swiss Rules of Mediation allows a mediator to be assigned more quickly and for the dispute to be resolved faster¹⁶¹.

D. Mediation Costs and Amendment Related to the Advisory Council for Mediation (Art. 24(4) SRM)

Alternative dispute resolution methods including mediation are cheaper when compared with opening cases¹⁶². Although mediation is a cheap alternative dispute resolution method when compared with government judgments, it causes certain costs to arise¹⁶³. Parties wishing to resolve disputes among themselves by means of mediation within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution are obliged to pay for certain costs as per the regulations stipulated in the 21st and 26th articles of the Swiss Rules of Mediation¹⁶⁴. Costs related to the Swiss Rules of Mediation as stipulated by the Swiss Chambers' Arbitration Institution show variations¹⁶⁵. As a result of mediation activity, mediators could gain the right to obtain certain wages¹⁶⁶. In this respect, another new aspect introduced by the Swiss Rules of Mediation of 2019 is that when there is a disagreement regarding the wages of the mediator, an Advisory Council for Mediation is established in order to provide assistance for resolving such disputes¹⁶⁷ (Art. 24(4) SRM). Furthermore, it will be seen with time whether the Advisory Council for Mediation will become an authority dealing with dispute resolutions regarding issues other than the wages of mediators¹⁶⁸.

158 Ibid 3.

159 Art. 5(1) SRM.

160 Art. 5(2) SRM.

161 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3.

162 Nahrstadt (n 3) 68; M Gino Sr Brogdon, 'Most Common Mistakes in Mediation' (2016) 45 Brief 51; Constantinescu and Corchiş (n 105) 55; Durand (n 3) 975; Yıldırım (n 11) 64; Kekeç (n 3) 89.

163 Yazar (n 26) 151. Mediation process is not a free activity (Mert Namli, 'Belçika Hukukunda Arabuluculuk Sistemi' in *Arabuluculuk Sempozyumu* 11 Aralık 2008 (İstanbul Barosu Yayınları 2008) 110).

164 Articles 21-26 SRM. As a result of the mediation process, mediators will be entitled to a certain fee (Işık, 'Mediation' (n 3) 78). Alternative dispute resolution methods, including mediation, are cheaper compared to filing a lawsuit (Nahrstadt (n 3) 68; Brogdon (n 162) 51; Constantinescu and Corchiş (n 105) 55).

165 Baizeau and Kunz (n 10) 97; Işık, 'İsviçre' (n 10) 465.

166 Işık, 'Mediation' (n 3) 78.

167 See Art. 24(4) SRM.

168 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 4.

E. Dispute Resolution Methods Including Mediation as Stipulated in the New Swiss Rules of Mediation and Arbitration Together (Arts. 18-19 SRM)

1. In General

As alternative dispute resolution methods have developed throughout the world, the number of methods that can be applied for the resolution of disputes is increasing with time¹⁶⁹. In this respect, alternative dispute resolution methods for which parties can apply if they cannot resolve their disputes among themselves show variations today¹⁷⁰. As alternative dispute resolution methods are developing and yielding new varieties, the idea to combine arbitration with other alternative dispute resolution procedures has emerged¹⁷¹. Today “*hybrid methods*” (or “*hybrid processes*”), formed by combining two or more of the alternative dispute resolution methods, are preferred by many parties¹⁷². In this regard, alternative dispute resolution methods can be defined in the form of “*mediation-arbitration*” (Med-Arb) or “*arbitration-mediation*” (Arb-Med)¹⁷³. Dispute resolution methods in the form of mediation-arbitration are also defined as “*graded*” or “*arbitration agreements with multiple stages*”¹⁷⁴. Decisions today are frequently made by parties to apply procedures outside the court, such as having reconciliation before arbitration, or mediation and reconciliation¹⁷⁵. In this way, while the parties resolve the dispute among themselves, they aim to improve efficiency and gain certain advantages by incurring fewer damages¹⁷⁶.

The Swiss Rules of Mediation proposed by the Swiss Chambers’ Arbitration Institution stipulate regulations that support the relationship between mediation and arbitration as an alternative dispute resolution method¹⁷⁷. In the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007, regulations related to dispute resolution methods including mediation and arbitration together were applied within the framework of the principles foreseen by SRCM Arts. 23-24¹⁷⁸. As in the case of the Swiss Rules

169 Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 453.

170 Tang Houzhi, ‘Is There an Expanding Culture that Favors Combining Arbitration with Conciliation or Other ADR Procedures?’, in Albert Jan van den Berg (eds.), *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series* (Kluwer Law International 1998) 108; Nuray Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (1th edn, Beta 2015) 4; Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 453; Nosyreva (n 7) 9.

171 Houzhi (n 170) 108.

172 Ekşi (n 170) 4; Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 454; Houzhi (n 170) 108; Nosyreva (n 7) 9. “*Mini-trial, early neutral evaluation, med-arb, rent-a-judge and ombudsman*” are hybrid alternative dispute resolution methods (Nosyreva (n 7) 9).

173 Eiholzer (n 5) 15-29; Ekşi (n 170) 4; Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 454.

174 Cemile Demir Gökyayla, ‘Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu’ (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 584.

175 Mine Tan Dehmen, ‘Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi’ (2005-2006) 25 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 451; Ekşi (n 170) 15.

176 Tan Dehmen (n 175) 451. For this reason, clauses envisaging the consumption of some stages before arbitration are encountered in practice. The doctrine also uses these clauses before the arbitration stages (Ekşi (n 170) 15).

177 Naón and Mason (n 13) § 50.07[4] p 50-17; Lack, ‘Swiss ADR Rules’ (n 23) 121; Baizeau and Kunz (n 10) 94; Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 463-464.

178 Naón and Mason (n 13) § 50.07[4] p 50-17; Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 463-464; Baizeau and Moss (n 53) 210.

of Commercial Mediation of 2007, parties wishing to apply for arbitration during mediation activity or those wishing to apply for mediation during arbitration activity have the opportunity to resolve their disputes by means of arbitration/mediation on the condition that they comply with the regulations of Arts. 18-19 in the new Swiss Rules of Mediation of 2019 (SRM)¹⁷⁹. In our opinion, the fact that provisions have been stipulated about mediation and arbitration in both the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 and the Swiss Rules of Mediation of 2019 emphasizes the close bond between mediation and arbitration among the alternative dispute resolution methods¹⁸⁰.

2. “Mediation-Arbitration” (Med-Arb) as Stipulated in the Swiss Rules of Mediation of 2019

Mediation-arbitration (*Med-Arb*) is a dispute resolution method wherein parties having a dispute among themselves agree with an unbiased third person to resolve that dispute, and in the event that they cannot resolve the dispute by means of mediation, they can apply for the arbitration method¹⁸¹. As mediation-arbitration enables the parties to resolve the dispute among themselves in a fast, effective, and less costly way, it is a dispute resolution method having many advantages¹⁸². In the mediation-arbitration method, when parties applying for mediation come to a point at which they understand that they cannot resolve their dispute with mediation, they can continue with arbitration and receive a final and binding decision with the mediation of referees¹⁸³. For this reason, while mediation and arbitration are stipulated together, the fact that a final and binding decision will be issued as a result of mediation creates an advantageous situation with respect to the parties¹⁸⁴.

If the parties cannot resolve their dispute with the Swiss Rules of Mediation related to mediation as accepted by the Swiss Chambers’ Arbitration Institution, they will also have the opportunity to continue with the arbitration method¹⁸⁵. Furthermore, in the 18th article of the revised Swiss Rules of Mediation of 2019, a dispute resolution

179 See Articles 23-24 SRM; Articles 18-19 SRM.

180 See Section I. Introduction above.

181 Demir Gökyayla (n 174) 580; Yazar (n 26) 31. Parties with disputes will primarily apply for mediation through alternative dispute resolution methods; However, if the dispute cannot be resolved through mediation, the agreements that they have agreed to continue with the dispute resolution method are called “*Mediation-Arbitration*” (Med-Arb). For more information about “*mediation-arbitration*” see: Demir Gökyayla (n 174) 579 et seq. Dispute resolution in the form of mediation-arbitration is also referred to as “*cascading*” or “*multi stage arbitration agreements*” (Demir Gökyayla (n 174) 584).

182 Işık, ‘İsviçre’ (n 10) 464; Demir Gökyayla (n 174) 580; Ali Yeşilirmak, ‘Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)’, in Ersin Erdoğan (ed.) *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (6-7 Aralık 2018) 184; Yazar (n 26) 31.

183 Yazar (n 26) 32; Yeşilirmak, ‘Med-Arb’ (n 182) 184; Demir Gökyayla (n 174) 580.

184 Demir Gökyayla (n 174) 580-581; Yazar (n 26) 32; Yeşilirmak, ‘Med-Arb’ (n 182) 184.

185 Naón and Mason (n 13) § 50.07[4] p 50-17.

method in the form of “mediation-arbitration” (*Med-Arb*) has been specified¹⁸⁶. In accordance with the 1st paragraph of the 18th article with the side heading of “Recourse to arbitration” in the Swiss Rules of Mediation of 2019, the disputing parties can apply at any time to the Swiss Chambers’ Arbitration Institution and agree to apply for the arbitration method in accordance with the Swiss Rules of International Arbitration (*Swiss Rules*) as stipulated by the Swiss Chambers’ Arbitration Institution¹⁸⁷. In this context, as per Art. 18(1) of the Swiss Rules of Mediation, both parties of the dispute can start arbitration processes by making a notification of arbitration as per the 3rd article¹⁸⁸ of the Swiss Rules of International Arbitration stipulated by the Swiss Chambers’ Arbitration Institution in accordance with the specified rules¹⁸⁹. In such a situation, if the parties having a dispute among themselves can resolve their dispute during the arbitration judgment, any relevant provisions specified under the

186 About *Med-Arb* see: Hochstrasser and Fuchs, BSK IPRG (n 32) N 329 et seq.; Demir Gökyayla (n 174) 580 et seq.; Baizeau and Kunz (n 10) 94; Houzhi (n 170) 108-109; Ildir (n 4) 100 et seq.

187 Art. 18(1) SRM.

188 As a matter of fact, the principles regarding the arbitration notification stipulated in the paragraphs 1 to 6 of the article titled “Notice of Arbitration and Answer to the Notice of Arbitration” of the Swiss Rules for International Arbitration stipulated by the Arbitration Institution of the Swiss Chambers are as follows:

“1. The party initiating arbitration (hereinafter called the “Claimant” or, where applicable, the “Claimants”) shall submit a Notice of Arbitration to the Secretariat at any of the addresses listed in Appendix A.

2. Arbitral proceedings shall be deemed to commence on the date on which the Notice of Arbitration is received by the Secretariat.

3. The Notice of Arbitration shall be submitted in as many copies as there are other parties (hereinafter called the “Respondent” or, where applicable, the “Respondents”), together with an additional copy for each arbitrator and one copy for the Secretariat, and shall include the following: (a) A demand that the dispute be referred to arbitration; (b) The names, addresses, telephone and fax numbers, and e-mail addresses (if any) of the parties and of their representative(s); (c) A copy of the arbitration clause or the separate arbitration agreement that is invoked; (d) A reference to the contract or other legal instrument(s) out of, or in relation to, which the dispute arises; (e) The general nature of the claim and an indication of the amount involved, if any; (f) The relief or remedy sought; (g) A proposal as to the number of arbitrators (i.e. one or three), the language, and the seat of the arbitration, if the parties have not previously agreed thereon; (h) The Claimant’s designation of one or more arbitrators, if the parties’ agreement so requires; (i) Confirmation of payment by check or transfer to the relevant account listed in Appendix A of the Registration Fee as required by Appendix B (Schedule of Costs) in force on the date the Notice of Arbitration is submitted.

4. The Notice of Arbitration may also include:

(a) The Claimant’s proposal for the appointment of a sole arbitrator referred to in Article 7; (b) The Statement of Claim referred to in Article 18.

5. If the Notice of Arbitration is incomplete, if the required number of copies or attachments are not submitted, or if the Registration Fee is not paid, the Secretariat may request the Claimant to remedy the defect within an appropriate period of time. The Secretariat may also request the Claimant to submit a translation of the Notice of Arbitration within the same period of time if it is not submitted in English, German, French, or Italian. If the Claimant complies with such directions within the applicable time-limit, the Notice of Arbitration shall be deemed to have been validly filed on the date on which the initial version was received by the Secretariat.

6. The Secretariat shall provide, without delay, a copy of the Notice of Arbitration together with any exhibits to the Respondent.”

See: https://www.swissarbitration.org/files/50/Swiss%20Rules%202019/Swiss%20Rules%20of%20International%20Arbitration%202012_2019%20English-Turkish%20revis....pdf (Last Online Access: 26 December 2019).

189 Art. 18(1) SRM.

conditions of the 34th article¹⁹⁰ with the heading of “*Settlement or Other Grounds for Termination*” as stated in the Swiss Rules of International Arbitration shall be applied¹⁹¹. Again, according to the regulation of Art. 18(2) of the Swiss Rules of Mediation, the parties can make a written agreement to resolve all or any part of their dispute in accordance with other rules of arbitration¹⁹².

3. “Arbitration-Mediation” (Arb-Med) as Stipulated in the Swiss Rules of Mediation of 2019

If the parties cannot resolve the dispute among themselves as per the new Swiss Rules of Mediation related to arbitration accepted by the Swiss Chambers’ Arbitration Institution, they will also have the opportunity to continue with the mediation method¹⁹³. Hence, in the 19th article of the revised Swiss Rules of Mediation of 2019, regulations related to mediation during arbitration processes were made¹⁹⁴. In this context, as per Art. 19(1) of the Swiss Rules of Mediation of 2019, any of the parties or an arbitrator could assert that the parties wish to resolve the conflict among themselves in an amicable way by having a mediation agreement during the arbitration judgment that takes place within the body of the Swiss Chambers’ Arbitration Institution¹⁹⁵. In such a case, after the Secretary within the Swiss Chambers’ Arbitration Institution receives the request and registry fee from the parties wishing to apply for mediation during the arbitration judgment process, the process will be continued with the selection of mediation in conformity with the rules related to “Selection of Mediator(s)”¹⁹⁶ (Arts. 3-8 SRM) as stipulated in the 2nd part of the Swiss Rules of Mediation of 2019¹⁹⁷.

¹⁹⁰ As a matter of fact, the principles stipulated by article 34 of the Swiss Rules of International Arbitration, which are envisaged by the Swiss Chambers’ Arbitration Institution, under the heading “*Settlement or other grounds for termination*”, are as follows:

“1. If, before the award is made, the parties agree on a settlement of the dispute, the arbitral tribunal shall either issue an order for the termination of the arbitral proceedings or, if requested by the parties and accepted by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms. The arbitral tribunal is not obliged to give reasons for such an award.

2. If, before the award is made, the continuation of the arbitral proceedings becomes unnecessary or impossible for any reason not mentioned in Article 34(1), the arbitral tribunal shall give advance notice to the parties that it may issue an order for the termination of the proceedings. The arbitral tribunal shall have the power to issue such an order, unless a party raises justifiable grounds for objection.

3. Copies of the order for termination of the arbitral proceedings or of the arbitral award on agreed terms, signed by the arbitrators, shall be communicated by the arbitral tribunal to the parties and to the Secretariat. Where an arbitral award on agreed terms is made, Articles 32(2) and (4) to (6) shall apply”.

¹⁹¹ Art. 18(1) SRM. Baizeau and Moss (n 53) 210.

¹⁹² Art. 18(2) SRM. Naón and Mason (n 13) § 50.07[4] p 50-17

¹⁹³ Naón and Mason (n 13) § 50.07[4] p 50-17.

¹⁹⁴ Art. 19 SRM.

¹⁹⁵ Article 19(1) of the Swiss Rules of Mediation revised by the Swiss Chambers’ Arbitration Institution provided as follows:

“1. In all arbitral proceedings pending before SCAI, a party or the arbitrator(s) may suggest that the parties seek to amicably resolve the dispute, or any part of it, by recourse to mediation.

2. If the parties to an arbitration agree to mediation under the Rules, the Secretariat, upon receipt of the Request and the registration fee, shall proceed with the selection of the mediator pursuant to Section II of the Rules.”

¹⁹⁶ For more information about the “*Selection of mediator(s)*” (Art. 3-8 SRM), See Section IV, C, 1 above.

¹⁹⁷ Art. 19(2) SRM.

We would like to state that there are no regulations related to this issue in the Swiss Rules of International Arbitration¹⁹⁸. Furthermore, this should not be deemed a deficiency in our opinion, because there is no doubt that arbitrators or parties can propose to apply for the mediation method when the arbitration judgment process is taking place in accordance with the Swiss Rules of International Arbitration.

F. Preparation of Documents Related to the Termination of Mediation Activity (Art. 16(5) SRM)

In accordance with the new regulation stipulated in the 5th paragraph of the 16th article of the Swiss Rules of Mediation and as per the requests of parties or mediators, the Secretary will provide a mediation certificate to parties and mediators confirming that mediation has taken place and stating whether it caused a reconciliation to take place or not¹⁹⁹. The Secretary could request that parties or mediators submit any documents considered appropriate to finalize the mediation process²⁰⁰. Such documents will be in English, German, French, or Italian, or they could be officially translated into one of these languages²⁰¹.

G. Reconciliation of Parties Following the Mediation Activity and Documentation of Agreement of Settlement (Art. 17(2)(3) SRM)

If the parties reach an agreement as a result of mediation activity, they can be issued a certificate of settlement²⁰². With the new regulation introduced by the 17th article of the Swiss Rules of Mediation, this point has been clearly explained²⁰³. According to the 1st paragraph of the 17th article of the Swiss Rules of Mediation, unless it is decided otherwise in writing by the parties, reconciliation will not be reached until it is concluded in writing and signed by the relevant parties²⁰⁴.

If it is requested by the parties and if it is submitted with an original signed copy of the settlement agreement, the Secretary could give approved copies of the settlement agreement to the parties²⁰⁵. According to the 3rd paragraph of the 17th article of the Swiss Rules of Mediation, if it is requested by the parties and if the mediator confirms that he has witnessed the parties signing the settlement agreement, or if the

198 See: Swiss Rules for International Arbitration (Articles 1-45 SRIA).

199 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3.

200 Art. 16(5) SRM.

201 Art. 16(5) SRM.

202 Birkle (n 108) 78-80; Işık, 'Mediation' (n 3) 76. As a matter of fact, the parties have an interest in preparing a document that they have agreed. In this regard, it is important to prepare a viable settlement agreement that ends the dispute between the parties (Renate Dendorfer-Ditges and Philipp Wilhelm, 'Mediation in a Global Village: Legal Complexity of Cross-Border Mediation in Europe' (2017) 5 Yearbook on International Arbitration 242).

203 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3.

204 Art. 17(1) SRM.

205 Art. 17(2) SRM.

parties sign the settlement agreement in front of the Secretary, the Secretary could give the parties a certificate of conformity with the original in relation to the settlement agreement²⁰⁶. In such a situation, the Secretary could request that the parties or the mediator submit a document considered to be appropriate for the approval of the settlement agreement²⁰⁷. Such a document could be in English, German, French, or Italian or could be officially translated to one of these languages²⁰⁸. It will be necessary that the document presenting the settlement agreement reached as a result of mediation meet certain conditions in such a way as to allow it to serve in correspondence to the financial and applicable decision of a court reached by mediation²⁰⁹.

VI. Impact of the Singapore Convention on The Swiss Rules of Mediation and the Amendments that Were Made

A. In General

In the revision of the mediation rules within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution, developments related to UNCITRAL (*United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation or "Singapore Convention on Mediation"*; New York, 2018), which was approved on 25 June 2018 and which was open for signatures on 7 August 2019, have been effective²¹⁰. For this reason, we will now discuss the Singapore Convention, and the amendments accepted within the context of harmonizing the new Swiss Rules of Mediation following the 2019 revision with the Singapore Convention shall be identified.

B. Singapore Convention on Mediation: An Overview

It will be beneficial to use mediation if any disputes arise in relation to contracts being made on foreign soil or in relation to an agreement concluded outside of national borders, as a method of resolution with regards to the negotiations to be made²¹¹. This will also bring the execution of international agreement documents that are obtained by means of mediation onto the agenda²¹². Furthermore, the fact that there are no regulations enabling agreement documents obtained as a result of mediation activity

206 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3.

207 Ibid 3.

208 Art. 17(4) SRM.

209 Dawson (n 3) 19. For the same direction See: Dendorfer-Ditges and Wilhelm (n 202) 242.

210 For the English text of UNCITRAL, *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, See https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf (Last Online Access: 20 February 2020).

211 Dawson (n 3) 19.

212 Zeller and Trakman (n 25) 449; Erdoğan (n 26) 190.

to be recognized in foreign countries constituted a problem and a deficiency²¹³. For this reason, UNCITRAL or the “Singapore Convention on Mediation” was established, aiming to facilitate the execution of international agreement documents accepted as a result of mediation activity²¹⁴.

The United Nations agreement (“*Singapore Convention on Mediation*” or “*Singapore Convention*”) accepted with regards to international peace agreements concluded as a result of mediation was open to signatures on 7 August 2019 and has been signed by 46 countries, including Turkey²¹⁵. The Singapore Convention on Mediation provides the impact of the New York Convention of 1958 in relation to the recognition and enforcement of decisions of foreign referees with regards to mediation²¹⁶. The Singapore Convention also enables the application of reconciliation agreements related to mediation that are concluded in writing outside of national borders with the aim of resolving commercial disputes²¹⁷. With the Singapore Convention, a settlement agreement concluded as a result of mediation gains a new status and becomes easily executable in other countries, as well²¹⁸. For this reason, the Singapore Convention, by facilitating the execution of reconciliation agreements with regards to commercial disputes, will provide a significant contribution for the development of the commercial mediation process²¹⁹.

C. Amendments Made Within the Context of Harmonizing the New Swiss Rules of Mediation with the Singapore Convention

Developments seen since 2018 in relation to the Singapore Convention, which was designed to facilitate the execution of international agreement documents obtained by means of mediation, have been effective for the revision and review of the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 as stipulated by the Swiss Chambers’ Arbitration

213 Ekşi (n 170) 9; Zeller and Trakman (n 25) 449; Erdoğan (n 26) 190. Recognition and enforcement of the agreement document obtained after the mediation activity in a manner similar to the regulation adopted in terms of recognition and enforcement of the 1958 New York Convention (*The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*) with the Singapore Convention (Erdoğan (n 26) 189; Yazar (n 26) 154).

214 Yazar (n 26) 154; Erdoğan (n 26) 190; Chua (n 25) 1; Zeller and Trakman (n 25) 450; Dhawan (n 3) 40.

215 Özsunay, ‘Singapur Sözleşmesi’ (n 25) 31; Yazar (n 26) 153; Kaya (n 26) 982. The countries that signed the Singapore Convention are: “*Afganistan, Amerika Birleşik Devletleri, Belarus, Benin, Bruney Sultanlığı, Çin, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Eswatini, Fiji, Filipinler, Gürcistan, Grenada, Haiti, Honduras, Hindistan, İran, İsrail, Jamaika, Karadağ, Katar, Kazakistan, Kolombiya, Kongo, Kore Cumhuriyeti, Kuzey Makedonya, Lao Demokratik Halk Cumhuriyeti, Malezya, Maldivler, Mauritius, Nijerya, Palau, Paraguay, Samoa, Sırbistan, Suudi Arabistan, Sierra Leone, Singapur, Sri Lanka, Şili, Timor-Leste, Türkiye, Uganda, Ukrayna, Uruguay, Ürdün ve Venezuela*”. See <https://www.singaporeconvention.org> (Last Online Access 20 February 2020).

216 Chua (n 25) 1; Özel (n 26) 1191 et seq.; Erdoğan (n 26) 189; Yazar (n 26) 155-156; Özsunay, ‘Singapur Sözleşmesi’ (n 25) 32; Kaya (n 26) 982; Erkan (n 27) 84; Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3. On June 1958, the Convention on the Recognition and Execution of Foreign Arbitral Awards was adopted in New York (Christina Ungeheuer, *Die Beachtung von Eingriffsnormen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit* (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 1857, Peter Lang 1996) 28).

217 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3; Zeller and Trakman (n 25) 449; Yazar (n 26) 155; Kaya (n 27) 983; Erkan (n 26) 83.

218 Özel (n 26) 1195; Zeller and Trakman (n 25) 449.

219 Kaya (n 26) 984; Özel (n 26) 1195.

Institution²²⁰. One of the main objectives in relation to the stipulation of the Swiss Rules of Mediation of 2019 was accordingly to harmonize the mediation rules foreseen by the Swiss Chambers' Arbitration Institution with the Singapore Convention on Mediation. The Swiss Rules of Mediation revised on 1 July 2019 were among the first corporate regulations on mediation meeting the requirements of the Singapore Convention that was signed on 7 August 2019²²¹.

According to the Swiss Rules of Mediation of 2019, submission of approved copies of settlement agreements being given by the Secretary of the Swiss Chambers' Arbitration Institution is accepted to meet the requirements of the Singapore Convention²²². In our opinion, one of the most fundamental revisions in the Swiss Rules of Mediation of 2019 is the submission of approved copies of settlement agreements and approval documents by the Secretary of the Swiss Chambers' Arbitration Institution.

VII. Evaluation of Expected Impact of New Revised Swiss Rules on Mediation

The Swiss Rules of Mediation of 2019, which were made effective on 1 July 2019 as a result of the updating and review of the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 as stipulated by the Swiss Chambers' Arbitration Institution, will make a contribution to the increasing popularity of mediation in recent times and will also empower Switzerland as a center for mediation. In recent years, the Singapore Convention on Mediation has possibly been the most important development with regards to international mediation. The Singapore Convention on Mediation was accepted 7 August 2019 and was signed by 46 countries²²³. As establishing rules for mediation-stipulating provisions in conformity with the Singapore Convention is a current trend in the world, the Swiss Rules of Mediation of 2019 are at the forefront as an important source of regulation²²⁴. Regulations related to the certification of reconciliation agreements as stipulated in the 16th and 17th articles of the Swiss Rules of Mediation of 2019 have been introduced in light of the impact of the Singapore Convention and this is an indicator that the current developments are being considered²²⁵. In our opinion, the updating of the Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 and the existence of regulations in conformity with the Singapore Convention on Mediation will enable the application of settlement agreements signed as a result of mediation activities being realized within the body of the Swiss Chambers' Arbitration Institution

220 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 3.

221 See <https://hsfnotes.com/adr/2019/07/31/new-swiss-rules-of-mediation/> (Last Online Access: 16 March 2020).

222 See Art. 17 SRM.

223 Ergun Özsunay, 'Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında Uncitral Model Kanunu, 2002'yi Revize Ederek Onun Yerine Geçen "Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Uncitral Model Kanunu, 2018" (Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)' (2019) 93 İstanbul Barosu Dergisi 16.

224 Peter F Phillips, 'New Swiss Rules of Mediation' <<http://www.businessconflictmanagement.com/blog/2019/08/new-swiss-rules-of-mediation/>> Last Online Access 16 March 2020.

225 Art. 16-17 SRM. For more information about the 16th and 17th articles of the Swiss Rules of Mediation of 2019, See Section V, F and G above.

outside of the national borders and will accordingly improve the attractiveness of mediation in Switzerland.

The Swiss Rules of Mediation have been designed to enable interaction with the Swiss Rules of International Arbitration introduced by the Swiss Chambers' Arbitration Institution and regulations emphasizing the relationship between mediation and arbitration have also been made²²⁶. Hence, according to Art. 18 of the Swiss Rules of Mediation of 2019, it will be combined with an arbitration judgment being continued as per the Swiss Rules of International Arbitration²²⁷. At the same time, as per the rule introduced by the 19th article of the Swiss Rules of Mediation of 2019, regulations have been made such that during a continuing arbitration procedure it could be possible for mediation to be conducted at the request of one of the parties²²⁸. As can be seen, there is a close relationship between mediation as foreseen with the Swiss Rules of Mediation of 2019 and arbitration as foreseen with the Swiss Rules of International Arbitration²²⁹. In our opinion, this situation will increase the popularity of arbitration in accordance with the rules of arbitration in Switzerland²³⁰. In this way, contributions will be made to make mediation become more attractive for enterprises and investors in Switzerland.

VIII. Conclusion

In Swiss judgment system alternative dispute resolution methods pay an important role. Steps have been taken to make legal arrangements in Swiss Law with the aim to enable more effective usage of methods constituting alternatives for the classic government judgment way. In Swiss Law mediation has been arranged in 213rd-218th articles of Swiss Federal Code of Civil Procedure that was made effective on 1th of January 2011 and it has gained a legal ground. Hence, with the regulations being made in relation to mediation in Swiss legal system it was enabled for mediation to become institutionalized as an alternative dispute resolution method and it was tried to increase the interest of parties having dispute among them to apply for mediation.

While these developments took place in relation to *Ad Hoc mediation* in Swiss law, various changes and developments were also lived through in relation to institutional mediation. Swiss Chambers' Arbitration Institution that has published institutional arbitration and mediation rules with the aim to resolve private legal disputes by alternative ways in Switzerland provides service for parties having dispute among themselves for a significantly long period. Leading Commercial and Industrial

226 Mohs, Rusch and Bossard (n 14) 2.

227 Art. 18 SRM. Also compare: Articles 23-24 SRCM.

228 Art. 19. SRM.

229 See Section V, E, 1 above

230 Işık, 'İsviçre' (n 10) 463-464.

Chambers of Switzerland (*Basel, Bern, Geneva, Ticino, Vaud and Zurich*) having the objective of providing advanced dispute resolution services have come together in 2004 and they have harmonized arbitration rules and Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI) has been established. Swiss Chambers' Arbitration Institution which is an unbiased and independent private institution in Switzerland has first of all accepted uniform Swiss Rules of International Arbitration which were made effective on 1th of January 2004 with the aim to resolve international commercial disputes. Afterwards rules relating with arbitration within body of Swiss Chambers' Arbitration Institution have been revised and Swiss Rules of International Arbitration (SRIA) ("*Swiss Rules 2012*") have become effective on 1th of June 2012. With the aim to resolve the disputes among parties in an effective way, Swiss Chambers' Arbitration Institution has also brought up regulations relating with mediation in addition to arbitration rules being stipulated within its body. Accordingly, Swiss Chambers' Arbitration Institution has accepted Swiss Rules of Commercial Mediation in 2007. The parties having commercial disputes among them have found the opportunity to resolve their disputes in a fast, effective and less costly way by means of Swiss Rules of Commercial Arbitration of 2007. With the acceptance of mediation rules within body of Swiss Chambers' Arbitration Institution in 2007, it was enabled to create a bond between mediation and arbitration. Although the number of disputes being resolved with mediation in Switzerland remains in the shadow of arbitration, the number of disputes resolved as per Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 has increased gradually through the years. For a period of twelve years until 2019, Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 have helped parties to resolve their disputes as being commercial and interest focused. At the same time, if the parties wish to resolve the disputes among them as per Swiss Rules of Commercial Mediation of year 2007 being brought up by Swiss Chambers' Arbitration Institution, they can attain high level of success.

Swiss Chambers' Arbitration Institution which has published various rules with the aim to resolve the disputes among the parties in Switzerland, has revised Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 on 1th of July 2019. Since the time they were made effective, Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 have been revised for the first time. Hence, new Swiss Rules of Mediation (SRM) being revised on 1th of July 2019 were made effective. Swiss Rules of Mediation of 2019 provides a legal frame in order to resolve the disputes among parties amicably with the help of an unbiased and independent third person by means of mediation. New Swiss Rules of Mediation being reviewed aims to clarify the language used in mediation rules that are provided to implementers by adopting a comprehensive and serious user consultancy and to simply it and to facilitate their usages with respect to various types of disputes. In this context, the purpose of revisions being realized is to promote the usage of mediation rules more by clarifying, shortening and simplifying their contents.

Stages relating with mediation process being brought up with Swiss Rules of Mediation of 2019, show similarity to Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007. Hence, following 2019 revision people wishing to apply for mediation by means of new Swiss Rules of Mediation being reviewed will first make a request for mediation. Accordingly, mediation procedure being realized within body of Swiss Chambers' Arbitration Institution starts with a request and continues with selection and assignment of mediators and then it is realized with mediation agreement and mediation procedure and as the mediation activity is finalized, it is completed with certification of settlement agreement. As it can be seen, the stages being realized as per the new Swiss Rules of Mediation being brought up by Swiss Chambers' Arbitration Institution can be summarized and shortly defined as: "*mediation request*", "*selection and assignment of mediator*", "*realization of mediation procedure*", "*finalization of mediation activity*" and "*certification of settlement agreement*".

As per the new Swiss Rules of Mediation being revised, one (or all) of the parties will submit its/their request for mediation to the Secretary of Swiss Chambers' Arbitration Institution and make a request. According to Mediation Rules of 2019, various arrangements relating with starting of mediation have been clarified in article 2. Accordingly, mediation request will be submitted in one of the languages of English, German, French or Italian as per the rules specified in Annex A to one of the offices of Secretary. Furthermore, mediation request can be transmitted to Secretary by *e-mail* or by *other electronic means*. If mediation request is submitted in a valid and complete way, it will be passed on the selection and assignment of mediator as per the regulations that are stipulated in articles 3-10 SRM.

According to new Swiss Rules of Mediation mediator could be one person or more in number. The parties will jointly determine the mediator who will help them resolve the dispute. It will be required for the mediator being selected by parties to be also confirmed by Swiss Chambers' Arbitration Institution afterwards. New Swiss Rules of Mediation enables for *co-mediators* to be determined if it is requested by the parties. Again, with respect to the assignment of mediator "*simplified designation procedure*" in article 5 has been brought up in relation to the assignment of mediator.

After the assignment of mediator, Secretary of Swiss Chambers' Arbitration Institution will transmit the mediation file to the mediator. Hence, unless it is determined otherwise by the parties, mediation activity will be realized at the Secretary office where mediation request was made. Regarding mediation procedure, rules relating with the procedure specified in articles 11-15 SRM shall be complied with. In this respect the parties can realize mediation activity with an attorney or representative if they wish (Art. 12 SRM). *Confidentiality* is a rule with regards to mediation activity (Art. 13 SRM). For this reason, mediator could have discussions with the parties in

separate sessions. Therefore, during mediation process confidentiality will be applied. Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 were also enabling for mediator to have separate meetings when it was appropriate. Furthermore, in article 11(3) of Swiss Rules of Mediation of 2019, an arrangement has been made such that unless it is explicitly specified and unless participants give the authorization to mediator to disclose such information obtained in different meetings, they will be kept confidential. On the other hand, in Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007, the particular about whose consent was required has not been specified.

Mostly seen way of finalizing the mediation activity is where parties reach an agreement about dispute resolution. However, as per the revised Swiss Rules of Mediation it has not been stipulated that the only way of ending the mediation process is where the parties reach agreement. Accordingly, as per article 16(1) of Swiss Rules of Mediation of 2019 mediation activity could be finalized. Hence, mediator will immediately notify Secretary that mediation activity has been finalized by submitting a written document where the outcome of mediation activity has been stated.

In the new revised Swiss Rules of Mediation of 2019, previous Swiss Rules of Commercial Arbitration of 2007 have been shortened, simplified and clarified for user friendliness without changing the important parts and basic functionality of the rules. Thus, as being different from Swiss Rules on Commercial Mediation of year 2007, Swiss Rules on Mediation of 2019 are composed of 26 articles and not 31 articles. On the other hand, certain major changes were made with Swiss Rules of Mediation of 2019. We will explain the outcomes relating with major changes being brought to revised Swiss Rules of Mediation that were made effective on 1th of July 2019 by categorizing them as given below:

1) According to Swiss Rules of Mediation of 2019, mediation was not only limited with *commercial topics*. It has become a way to be applied with respect to private legal disputes. In order to attract attention to this particular, the word “*Commercial*” has been removed from Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007 and the name has been amended by being defined as Swiss Rules of Mediation of 2019.

2) A new feature brought up with Swiss Rules of Mediation of 2019 is related with “*simplified designation procedure*” being established for the assignment of mediator. Hence, according to simplified designation procedure being stipulated in 5th article of Swiss Rules of Mediation of 2019, if the parties clearly reach an agreement or if the dispute amount is below 50.000 Swiss Francs, simplified designation procedure could be followed up in case the parties don't object to this. *According to our opinion*, simplified designation procedure will enable for mediator to be assigned more quickly and for the dispute among the parties to be resolved more quickly in the end.

3) A fundamental change being realized in Swiss Rules of Mediation of 2019 is related with the role of mediator being specified in 10th article. With the new rules a regulation has been made in a way to eliminate the doubts about the role of mediator. In this respect, clarification

has been made in the regulation of 10th article in Swiss Rules of Mediation of 2019 being accepted about whether mediator could express his opinions during the mediation process or not and whether he could make a proposal in case it is requested by the parties or not.

4) Another fundamental change brought up with Swiss Rules of Mediation of 2019 is related with establishment of “*Advisory Council for Mediation*” that could provide assistance in case any disputes arise in relation to wages of mediator. Hence, as per the regulation of article 24(4) of Swiss Rules of Mediation, it was stated that disputes relating with wages or expenses of mediator should be submitted to *Advisory Council for Mediation* within body of Swiss Chambers’ Arbitration Institution.

5) Regulations have been made in Swiss Rules of Mediation of 2019 with regards to dispute resolution ways including “*mediation*” and “*arbitration*” together. In Swiss Rules of Commercial Mediation of 2007, it was also enabled for dispute resolution methods including mediation and arbitration to take place. As it was the case with previous regulations, applications could be made for dispute resolution ways including mediation and arbitration together in accordance with 18th-19th articles of Swiss Rules of Mediation of 2019. In this context, editorial amendment has been made in 19th article of Swiss Rules of Mediation of 2019 which enabled for mediation to take place during the arbitration process. Accordingly, as per 19th article of Swiss Rules of Mediation if one of the parties or arbitrators wishes to resolve the dispute, they have by applying for mediation method during while the arbitration activity takes place within body of Swiss Chambers’ Arbitration Institution, this could be possible. A regulation relating with this particular is not stated in Swiss Rules of International Arbitration of 2012. However, there are no obstacles to avoid for referees or parties to apply for mediation by withdrawing from arbitration process while arbitration activity is taking place in accordance with Swiss Rules of Arbitration of 2012 within body of Swiss Chambers’ Arbitration Institution.

6) Developments relating with Singapore Convention with which it is planned to facilitate execution of international agreement documents being obtained by means of mediation, have also been effective in the revision of mediation rules being effective since 2007, on the date of 1th of July 2019. Hence, Swiss Rules of Mediation of 2019 are among the first regulations being in harmony with the developments foreseen with Singapore Convention. One of the main objectives relating with Swiss Rules of Mediation of 2019 was to harmonize mediation arrangements with Singapore Convention on Mediation.

Singapore Convention is almost one of the most important regulations relating with mediation in recent years. If it becomes successful, Singapore Convention will enable for applicability of reconciliation agreements across the borders. Swiss Rules of Mediation of 2019 being in conformity with Singapore Convention which enables applicability of settlement agreement being obtained with mediation in different countries will contribute to increasing popularity of mediation in the coming years.

List of Abbreviations

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution
Am J Com L.	: American Journal of Comparative Law
Arb-Med	: Arbitration-Mediation
Art.	: Article
AUE	: United Arab Emirates
AÜHFĐ	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Aufl.	: Auflage
BM	: Birleşmiş Milletler
Bond L. Rev.	: Bond Law Review
BSK	: Basler Kommentar
C.	: Cilt
CAS	: Court of Arbitration for Sport
cf.	: compare
Cumb. L. Rev.	: Cumberland Law Review
Çev.	: Çeviren/Çevirmenler
Çev. Ed.	: Çeviri Editörleri
Ed./Edit/Eds.	: Editör
EJS	: The European Judicial System
et seq.	: et sequentes
f/ff.	: der/die folgende(n)
fn.	: footnote
Geo J Leg Ethics	: Georgetown Journal of Legal Ethics
GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GÜHFĐ	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HPĐ	: Hukuki Perspektifler Dergisi
Hrsg.	: Herausgeber
IJCA	: International Journal for Court Administration
IJPL	: International Journal of Procedural Law
ILSA	: International Law Student Association
Int'l	: International
Int'l Arb	: International Arbitration
Int'l Bus L J	: International Business Law Journal
InULR	: Inonu University Law Review
IPRG	: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İnÜHFĐ	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFĐ	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J Disp Resol	: Journal of Dispute Resolution
JE Eur L	: Journal of Eastern European Law
J. Int'l & Comp. L.	: Journal of International and Comparative Law
J S Afr L	: Journal of South African Law
Kap.	: Kapitel
Litig	: Litigation
Med-Arb	: Mediation-Arbitration

Mod L. Rev.	: Modern Law Review
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MİHDER	: Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
no	: Numara
N.	: Nummer/Numara/Kenar Numarası/Paragraf Numarası
Ohio St J on Disp Res	: Ohio State Journal on Dispute Resolution
p./pp.	: Page/pages
Q. U Tech L & Just J	: Queensland University of Technology Law and Justice Journal
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
Rdn.	: Randnummer(n)
S.	: Sayı
SCAI	: Swiss Chambers' Arbitration Institution
SchwZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
SchwIPRG	: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
SMC	: Singapore Mediation Convention
SRCM	: Swiss Rules for Commercial Mediation
SRM	: Swiss Rules for Mediation
SRIA	: Swiss Rules of International Arbitration
Sw L Rev	: Southwestern Law Review
TAS	: Tribunal Arbitral du Sport
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
UAE	: United Arab Emirates
UK	: United Kingdom
U Kan L Rev	: University of Kansas Law Review
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
Unif. L. Rev	: Uniform Law Review
Univ.	: University
v.	: versus/karşısında
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
YB on Int'l Arb	: Yearbook on International Arbitration

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Bibliography

- Alangoya Y, 'İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru' (2006) (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Aramağan) 83.
- Andrews N 'Mediation: International Experience and Global Trends' (2017) 4(2) *Journal of International and Comparative Law* 217-252.
- Atalı M, 'İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler' (2006) 3 MİHDER 607-631 (*Ön Tasarı*).
- Atalı M, 'İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı' (Çev. Murat Atalı), (2005) 1 MİHDER 162-166 (*İsviçre Federal*).
- Baizeau D and Kunz AC 'Switzerland' in Renate Dendorfer-Ditges (eds) *Mediation in 16 Jurisdictions Worldwide* (Getting the Deal Through) 93-99.
- Baizeau D and Moss S 'İnşaat Uyuşmazlıklarının İsviçre Milletlerarası Tahkim Kuralları Çerçevesinde Etkim Çözümü İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun İşlevi' (Çev. Gözde Kasap) in Yeşim Atamer Ece Baş Süzel and Elliot Geisinger (eds) *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları Uluslararası İnşaat Hukuku Konferansları-I* (On İki Levha 2018) 207-226.
- Birkle J, 'Mediation: An Effective Arm of Alternative Dispute Resolution' (1993) 3 *Res IPSA Loquitur* 73-80.
- Blessing M, 'The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism', in *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 1988, Volume 5 Issue2) 9-82 (*Switzerland*).
- Bond SR, 'The New Swiss Law on International Arbitration and the Arbitral Institutions' (1989) 1989 *International Business Law Journal* 785-792.
- Boyle A, 'Effectiveness in Mediation: a New Approach' (2017) 12 *Newcastle Law Review* 148-161.
- Briner R, 'National Report – Switzerland', in Albert Jan van den Berg (eds), *Yearbook Commercial Arbitration* 1989 (14), (Kluwer Law International 1989) 1-44 (*Switzerland*).
- Bond SR, 'The New Swiss Law on International Arbitration and the Arbitral Institutions' (1989) 1989 *International Business Law Journal* 785-792.
- Briner Robert, 'National Report for Switzerland (1978- 1982-1984) [ARCHIVED]', in Pieter Sanders (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1978(3)* (Kluwer Law International 1978) 181 – 206 (*National Report for Switzerland*).
- Brogdon, MGS, 'Most Common Mistakes in Mediation' (2016) 45 *Brief* 50-55.
- Brown KL, 'Confidentiality in Mediation: Status and Implications', (1991) 1991 *Journal of Dispute Resolution* 307-334.

- Burda J, 'The Participation of Third Parties to Arbitration under Swiss Law' (2011) 2011 International Business Law Journal 515-530.
- Bush, RAB, 'A Pluralistic Approach to Mediation Ethics: Delivering on Mediation's Different Promises' (2019) 34 Ohio State on Dispute Resolution 459-536.
- Chua E, 'The Singapore convention on mediation – A brighter for Asian dispute Resolution' (2019) Asian Journal of International Law Resarch Collection Scholl Of Law 1-11.
- Cole SR, 'Protecting Confidentiality in Mediation: A Promise Unfulfilled' (2006) 54 University of Kansas Law Review 1419-1456.
- Constantinescu M and Corchiş MS, 'Are Mediation Clauses Binding and Mandatory?' (2017) 7 Juridical Tribune 53-63.
- Crowe J, 'Two Models of Mediation Ethics' (2017) 39 Sydney Law Review 147-166.
- Dawson BJ, 'Seeking Success in International Mediation', (2016) 42 Litigation 18-19.
- Deason EE, 'The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach' (2006) 54 University of Kansas Law Review 1387-1418.
- Demir Gökyayla C, 'Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu' (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 575-616.
- Dendorfer-Ditges R and Wilhelm P, 'Mediation in a Global Village: Legal Complexity of Cross-Border Mediation in Europe' (2017) 5 Yearbook on International Arbitration 235-246.
- Deren-Yıldırım N, *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (1th edn, Alkım, 2004) (*Tahkim*).
- Deren-Yıldırım N, 'Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler' (2008) in Arabuluculuk Kanunu Tasarısı-Eleştiriler-Sempozyum Notları (İstanbul Barosu Yayını) 81-99 (*Arabuluculuk*).
- Dhawan V, 'Commercial Mediation in the UAE and the Laws Concerning Mediation' (2019) 6 Court Uncourt 38-40.
- Durand J, 'The Institutionalizing of Mediation and Its Effect on Unrepresented Parties: Is Justice Really the Goal of Court-Mandated Mediation' (2016) 29 Georgetown Journal of Legal Ethics 973-990.
- Ehrlich RK and Garrison EE, 'Questions Every Litigator Should Ask about Mediation Confidentiality' (2016) 21 Woman Advocate, 12-16.
- Eiholzer H, *Die Streibeilegungsabrde (Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation)* (Universitätverlag 1998).
- Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M and Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (2th edn, On İki Levha 2019).
- Ekşi N, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (1th edn, Beta 2015).
- Elnegahy S, 'Can Mediation Deliver Justice' (2017) 18 Cardozo Journal of Conflict Resolution, 759-804.
- Emond PD 'Introduction: The Practices of Alternative Dispute Resolution' (1998) 36 Osgoode Hall Law Journal, The Practices of Alternative Dispute Resolution (ADR) 617-623.
- Erdoğan E, 'Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi' in Ersin Erdoğan (ed.) *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, (6-7 Aralık 2018) 189-202.

- Erkan M, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (1th edn, On İki Levha 2020).
- Favre-Bulle X, ‘The Swiss Rules of International Arbitration (“Swiss Rules”): From 2004 to the (Light) 2012 Revision (Le Reglement Suisse D’Arbitrage International (“Swiss Rules”): de 2004 A la Revision (Legere) de 2012)’ (2013) 2013 *International Business Law Journal* 21-40
- Feehily R, ‘Confidentiality in Commercial Mediation: A Fine Balance (Part 1)’ (2015) 2015 *Journal of South African Law* 516-536.
- Field R and Wood N, ‘Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality’ (2005) 5 *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 143-159.
- Foley K, ‘To Co-Mediate or Not to Co-Mediate – That Is The Question’ (2017) 29(1) *Bond Law Review* 95-108.
- Foster TN and Prentice S, ‘The Promise of Confidentiality in Mediation: Practitioners’ Perceptions’ (2009) 2009 *Journal of Dispute Resolution* 163-174.
- Freedman LR and Prigoff ML, ‘Confidentiality in Mediation: The Need for Protection’ (1986) 2 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 37-46.
- Gelzer PS and Ruggle P, *Basler Kommentar; Schweizerische Zivilprozessordnung* in Karl Spühler, Luca Tenchio, Dominik Infänger (Herausgeber) (3. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2017).
- Gabrieli A, Zimmerman N and Alberstein M, ‘Authority-Based Mediation’ (2018) 20 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 1-48.
- Gibson K, ‘Confidentiality in Mediation: A Moral Reassessment’ (1992) 1992 *Journal of Dispute Resolution* 25-66.
- Giray FK, ‘Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkmeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?’ (2019) 39(2) *Public and Private International Law Bulletin* 609-643.
- Gren, Nataliia M, ‘The Principles of Mediation’ (2016) 2016 *Journal of Eastern European Law* 75-79.
- Habscheid WJ, ‘Das neue schweizerische Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht’ (34 Jahrgang 1988) 10 *Recht der Internationalen Wirtschaft* 766-772.
- Hochstrasser D and Fuchs S, *Basler Kommentar* in: Honsell, Heinrich; Vogt, Nedim Peter (Hrsg.), Schnyder, Anton K.; Berti, Stephan V. (Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn 2013) (BSK IPRG).
- Hofbauer S, ‘Chapter 1, Part I: History of Arbitration’, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013) 3-16.
- Honeyman C and McAdoo B, ‘Confidentiality in the Mediation Process: Perhaps...’ (2002) 2 *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment* 8-10.
- Tang H, ‘Is There an Expanding Culture that Favors Combining Arbitration with Conciliation or Other ADR Procedures?’, in Albert Jan van den Berg (eds.), *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series* (Kluwer Law International 1998) 101-120.
- Işık S, ‘Mediation As An Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: An Overview’ (2017) 65 *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul* 55-87 (*Mediation*).

- Işık S, 'İsviçre'de Hukuk Uyuşmazlıklarının Alternatif Yollarla Çözülmesi Kapsamında Tahkim ve Arabuluculuk ile İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun Önerdiği İsviçre Ticari Arabuluculuk Kurallarına Genel Bir Bakış' (2019) 10 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 452-469 (İsviçre).
- Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)* (1th edn, Seçkin 2003).
- Jermine C and Bernardoni N, 'Chapter 1, Part II: Domestic Arbitration under the New Swiss Code of Civil Procedure', in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2013) 17-23.
- Kaya T, 'Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi' (2019) 25 2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Baykal Armağanı) 1190-1210.
- Kekeç EK, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (3th edn, Adalet 2016).
- Koo AKC and Zhao Y, 'The Development of Legal Protection for Mediation Confidentiality in Hong Kong' (2011) 40 Common Law World Review 263-277.
- Lack J, 'Civil & Commercial Mediation in Switzerland' 1-11 <<https://www.swissarbitration.org/files/489/J%20Lack%20-%20Civil%20and%20Commercial%20Mediation%20in%20Switzerland.pdf>> Last Online Access: 30 December 2019 (*Mediation in Switzerland*).
- Lack J, 'The New Swiss Rules of Commercial Mediation of the Swiss Chambers of Commerce and Industry': Possible Links to Arbitration', 105-124 <https://www.swissarbitration.org/files/489/jl_2008_Swiss_Rules_Commercial_Mediation.pdf> Last Online Access: 28 February 2019 (*Swiss ADR Rules*).
- Lee AJ and Giesler C, 'Confidentiality in Mediation' (1998) 3 Harvard Negotiation Law Review 285-298.
- Main TO, 'Mediation: An Unlikely Villain' (2019) 34 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 537-574.
- Max RA, 'Mediation in Public Policy' (2016) 47 Cumberland Law Review 293-304.
- McCrory JP, 'Confidentialty in Mediation of Metrimonial Disputes' (1988) 51 Modern Law Review 442-466.
- Meier I, 'Mediation and Conciliation in Switzerland' 1-19 <https://www.uzh.ch/175jahre/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report_mediation_eng.pdf> Last Online Access: 23 November 2019.
- Meyer BF and Vock D, *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit* in Torggler, Helwig; Mohs, Florian; Schäfer, Friederike; Wong, Venus Valentina (Hrsg.) (2. Aufl., Nomos Österreich Schulthess 2017).
- Mohs F, Rusch L and Bossard L, 'Revised Swiss Rules of Mediation entered into force on 1 July 2019', s. 1-5 (Pestalozzi Attorneys at Law) <<https://pestalozzilaw.com/en/news/legal-insights/revised-swiss-rules-mediation-entered-force-1-july-2019/>> Last Online Access: 23 March 2020.
- Moore CW, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict, (Arabuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler)* (Çev. Ed.: Tarkan Kaçmaz; Abbas Türnüklü, Çev. Tarkan Kaçmaz; Mustafa Tercan) (4th edn, Nobel 2016).
- Nahrstadt BC, 'The Defence Perspective on Mediation' (2016) 83 Defense Counsel Journal 68-83.
- Namlı M, 'Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi' (2018) 15 Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1295-1327 (*Avrupa Adalet Divanı*).

- Namlı M, 'Belçika Hukukunda Arabuluculuk Sistemi' in *Arabuluculuk Sempozyumu* 11 Aralık 2008 (İstanbul Barosu Yayınları 2008) 99-123 (*Belçika Hukukunda Arabuluculuk*).
- Naón HAG and Mason PE, 'International Commercial Arbitration Practice: 21st Century Perspectives' (2010) LexisNexis Matthew Bender 1-19.
- Nieva-Fenoll J, 'Mediation and Arbitration: A Disappointing Hope' (2016) 6 International Journal of Procedural Law 350-362.
- Nosyreva E, 'Alternative Dispute Resolution in the United States and Russia: A Comparative Evaluation' (2001) 7 (1)(3) Annual Survey of International & Comparative Law 7- 19.
- Özbek, MS 'Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması' in Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan (Seçkin 2006) 441-502 (*Avrupa'da Arabuluculuk*).
- Özbek MS, 'Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2007) 56(1) 183-231 (*Arabuluculuk Yönergesi*).
- Özkes M, 'Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi' 2006 (7) Hukuki Perspektifler Dergisi 40-45.
- Özel S, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25 2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Baykal Armağanı) 1190-1210.
- Öz mumcu S, 'Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk' (2013) 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1369-1389 (*Arabulucunun Rolü*).
- Öz mumcu S, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (3th edn, On İki Levha 2013) (*Uzak Doğu'da Arabuluculuk*).
- Öz mumcu S, 'Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi' (2018) 13 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-36 (*Eş Arabuluculuk*).
- Öz sunay E, 'Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında Uncitral Model Kanunu, 2002'yi Revize Ederek Onun Yerine Geçen "Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Uncitral Model Kanunu, 2018" (Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)' (2019) 93 İstanbul Barosu Dergisi 15-29 (*UNCITRAL 2018*).
- Öz sunay E, "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi": Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme' (2019) 93 İstanbul Barosu Dergisi 31-49 (*Singapur Sözleşmesi*).
- Pappas BA, 'Mindful Mediation' (2019) 48 Southwestern Law Review 351-366.
- Patocchi PM, 'National Report for Switzerland (2017)', in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds) *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (Kluwer Law International Kluwer Law International 1984 Supplement No. 95 July 2017) 1-98.
- Pekcanitez Hakan, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri', Hukuki Perspektifler Dergisi, (2005) Kasım 12-16.
- Phillips PF, 'New Swiss Rules of Mediation' <<http://www.businessconflictmanagement.com/blog/2019/08/new-swiss-rules-of-mediation/>> Last Online Access: 23 November 2019.
- Pfisterer S-Berner Kommentar, Stacher, Marco (Hrsg.): *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III Art. 353-399 ZPO, Art. 407 ZPO* (Stämpfli 2014) (*SchwZPO*).
- Plant DW, 'Mediation in International Commercial Arbitration: Some Practical Aspects' (1998) 4 ILSA Journal of International & Comparative Law 329-336.

- Riskin LL, 'The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing' (1985) 37 University of Florida Law Review 19-28.
- Rufenacht MD, 'The Concern over Confidentiality in Mediation – An In – Dept Look at the Protection Provided by the Proposed Uniform Mediation Act' (2000) 2000 Journal of Dispute Resolution 113-134.
- Rüede T and Hadenfeldt, R, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: nach Konkordat und IPRG* (2. Auflage, Schulthess 1993).
- Schroeder HP, 'The Advocate's Role in Mediation Proceedings: A German Perspective on Effective Mediation Advocacy' (2017) 5 Yearbook on International Arbitration 247-268.
- Schwenkel C, 'Confidence in Alternative Dispute Resolution: Experience from Switzerland' (2014) 6 International Journal for Court Administration 37-53.
- Simmons ME, 'One Mediation Accessible to All' (2016) 23 Dispute Resolution Magazine 23-26.
- Symeonides SC, 'The Swiss Conflicts Codification: An Introduction' (1989) 37 American Journal of Comparative Law 187-246.
- Tan Dehmen M, 'Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi' (2005-2006) 25 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 451-472.
- Tanrıver Süha, 'Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençler Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi' in Fırat Öztan'a Armağan (2010) 2025-2036 (*Arabuluculuk ve Uzlaştırma*).
- Tanrıver Süha, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 64 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 151-177 (*Arabuluculuk*).
- Taşpolat Tuğsavul M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği', (2019) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 333-379 (*Hukuki Nitelik*).
- Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)* (1th edn, Yetkin 2012) (*Arabuluculuk*).
- Ungeheuer C, *Die Beachtung von Eingriffsnormen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit* (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 1857, Peter Lang 1996).
- Wiebecke M, 'Switzerland' in: Carter, James H. (eds), *The International Arbitration Review*, (7th edn, United Kingdom, Law Business Research 2016) 500-516.
- Williams S, 'Confidentiality in Mediation: Is It Encouraging Good Mediation or Bad Conduct' (2005) 2005 Journal of Dispute Resolution 209-226.
- Yarar G, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk* (1th edn, On İki Levha 2019).
- Yazıcı Tıktık Ç, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (1th edn, On İki Levha 2013).
- Yeşilirmak A, 'Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)', in Ersin Erdoğan (ed.) *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (6-7 Aralık 2018) 181-188 (*Med-Arb*).
- Yeşilirmak A, *Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim (Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde)* (1th edn, On İki Levha 2011) (*Arabuluculuk*).

Yıldırım F, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık* (1th edn, Seçkin 2019).

Zeller B and Trakman L, 'Mediation and Arbitration: the process of enforcement' (2019) 24 *Uniform Law Review* 449-466.

Databases/Online Resources

<https://home.heinonline.org/>

<https://www.swisslex.ch/de/recherche/search/new>

<https://www.kluwerlawonline.com/>

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iaufdi>

<http://www.iacajournal.org>

https://www.swissarbitration.org/files/838/Swiss%20Rules%202019/Web%20versions%202019/Mediation%20Web%202019/mediation_2019_webversion_english.pdf

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iaufdi/issue/50190/645703>

<https://www.swissarbitration.org/Mediation/Mediation-rules>

https://www.swissarbitration.org/files/50/Mediation%20Rules/code_of_conduct_english.pdf

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/853192>

https://pestalozzilaw.com/media/publications/documents/2019_Streamlining_the_Swiss_Rules_of_Mediation.pdf

<http://www.businessconflictmanagement.com/blog/2019/08/new-swiss-rules-of-mediation/>

https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2017/07/Review_of_the_Swiss_Rules_of_International_Arbitration_and_Commercial_Mediation.pdf

<https://www.tas-cas.org/en/index.html>

<https://www.swissarbitration.org/>

<https://www.swissarbitration.org/Mediation/Initiating-mediation>

https://www.swissarbitration.org/files/50/Swiss%20Rules%202019/Swiss%20Rules%20of%20International%20Arbitration%202012_2019%20English-Turkish%20revis....pdf

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf

<https://www.singaporeconvention.org>

[https://www.swissarbitration.org/files/50/Swiss%20Rules%202019/2007%20Swiss%20Rules%20of%20Commercial%20Mediation%20\(English\).pdf](https://www.swissarbitration.org/files/50/Swiss%20Rules%202019/2007%20Swiss%20Rules%20of%20Commercial%20Mediation%20(English).pdf)

<https://hsfnotes.com/adr/2019/07/31/new-swiss-rules-of-mediation/>

Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Elektronik Tahkim

Electronic Arbitration in the Resolution of Disputes Arising From Electronic Consumer Contracts*

Nilay Dağdelen Yaşar** 

Öz

Ticaretin elektronik ortama taşınmasıyla birlikte sınır ötesi bir hal alan elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların sayısında da ciddi bir artış yaşanmıştır. Ancak mevcut geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemleri elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde değişen ihtiyaçlara cevap verememektedir. Olası bir uyuşmazlık halinde etkin bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının varlığına ilişkin endişeler ve uyuşmazlığın nasıl çözümleneceğine ilişkin belirsizlikler özellikle tüketicilerin elektronik ticaret işlemlerine taraf olmalarının önünde engel teşkil etmektedir. Halbuki olası bir uyuşmazlık durumunda sözleşme ilişkileri bakımından zayıf konumda olan tüketicilerin haklarının korunması büyük önem arz eder. Bu kapsamda özellikle tüketiciler nezdinde güvenin inşası ve elektronik ticaret potansiyelinin tam anlamıyla kullanılabilmesi için elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların etkin ve hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulması gerekir. Bunun için elektronik ticaretin kendine has özellikleriyle uyumlu ve bu alandaki ihtiyaçları karşılayan yeni bir uyuşmazlık çözüm sistemine ihtiyaç olduğu açıktır. Bu kapsamda elektronik ortamda akdedilen tüketici sözleşmeleri için devlet yargılamasına ve hatta geleneksel alternatif çözüm yollarına da alternatif çözüm yolları arayışı gündeme gelmiştir. Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve özellikle elektronik tahkim devlet yargılamasına ve geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına alternatif olarak bu ihtiyaçların ve arayışların sonucu olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır. İşbu çalışmanın odak noktasını da yabancı unsurlu elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan sorunlar ve bu tür uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve özellikle elektronik tahkim oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Elektronik Ticaret, Elektronik Tüketici Sözleşmeleri, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Çevrimiçi Alternatif Çözüm Yolları, Elektronik Tahkim

Abstract

With the mobilization of trade to the electronic environment, there has been a significant increase in the number of disputes arising from E-commerce. However, current traditional dispute resolution methods cannot respond to evolving needs to resolve such disputes. The uncertainties about resolving possible disputes and the concerns about an effective way to exercise their right to seek remedies causes consumers to take a distant stance toward E-commerce. Therefore, protecting the rights of consumers (in case of a possible dispute) is important. In order to increase consumer confidence in E-commerce and use the existing E-commerce potential entirely, there should be an effective and rapid dispute

* Bu makale yazarın “Elektronik Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yollar: Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri” başlıklı Yüksek Lisans tezinden hazırlanmıştır.

** **Sorumlu Yazar:** Nilay Dağdelen Yaşar (Doktora Öğrencisi), Koç Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye.
E-posta: ndagdelen@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-8555-2589

Atf: Dağdelen Yaşar N, “Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Elektronik Tahkim” (2021) 41(2) PPIL 779. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.941244>

settlement mechanism to resolve disputes arising from E-commerce. It is clear that there is a need for a new dispute resolution system that is compatible with the unique features of E-commerce. As such, the search for alternative dispute resolution methods for the disputes arising from electronic consumer contracts has come to the agenda. Online alternative dispute resolution methods, and electronic arbitration, have emerged due to the need for alternatives to litigation and traditional alternative dispute resolution methods. This study analyzes the problems encountered in the resolution of disputes arising from cross-border electronic consumer contracts and electronic arbitration as an online alternative dispute resolution method to be used for such disputes.

Keywords

Electronic Commerce, Electronic Consumer Contracts, ADR, ODR, Electronic Arbitration

Extended Summary

There is an exponential increase in the volume of E-commerce. Although the volume of global E-commerce has not reached the desired levels that reflect the current potential, despite all technological developments, the disputes arising from cross-border E-commerce contracts are inevitably increasing in a world where E-commerce is developing. The uncertainties around resolving possible disputes and the concerns about an effective way to exercise their right to seek remedies, increases consumers wariness toward E-commerce. Protecting the rights of consumers (in case of a possible dispute) is important. Currently, the most crucial issue is to ensure consumer certainty and confidence in dispute resolution.

In terms of dispute resolution, the classical method involves litigation before the state courts. If there is no agreement or legal regulation requiring the resolution of the dispute through alternative means, the disputes are resolved through litigation. However, parties are faced with several problems before the courts, especially with cross-border disputes. In this regard, state judgment does not appear as a reasonable option in resolving disputes arising from electronic consumer contracts due to structural reasons and the problems of jurisdiction, cost, and speed encountered. In addition, considering that the monetary value of disputes arising from electronic consumer contracts is often low, consumers refrain from seeking their rights through litigation. The absence of a supranational court that can be resorted to settle disputes arising from international commerce and the state judgments' incompatibility with the structure of consumer disputes arising from E-commerce has increased interest in alternative dispute resolution methods.

Alternative methods used in dispute resolution are out-of-court solutions such as arbitration, mediation, and negotiation, known as alternative resolution methods. Those dispute resolution methods are not new institutions to the existing order. However, these methods have seen resurgence due to increasing and changing needs regarding resolving disputes. Traditional alternative dispute resolution methods have many advantages over litigation. However, traditional alternative resolution methods, which

require the parties and neutral third parties to come together physically (as in the state judgment) do not fully meet the expectations in adapting to the specific characteristics of the disputes arising from E-commerce. Nevertheless, considering that foreign electronic consumer disputes are generally low-value disputes, traditional alternative dispute methods do not provide expected efficiency and effectiveness.

Consequently, there is a need for a new dispute resolution system that is compatible with the peculiarities of E-commerce. This system must ensure the effective and rapid resolution of disputes arising from existing E-commerce. In this respect, the need for an effective and rapid resolution system has led to the emergence of online alternative dispute resolution methods in the legal order with the idea of using technology to resolve disputes over time.

Online alternative dispute resolution methods merge as rapidly rising methods and are supported in the international legal order. This is a result of their compatibility with the unique features of E-commerce and ability to eliminate the problems encountered in the existing dispute resolution methods. Online alternative dispute resolution methods are set procedures, some of which are entirely automated, and can involve the intervention of a neutral third party. There are three basic dispute resolution methods meant by online alternative dispute resolution methods: Electronic negotiation, electronic mediation, and electronic arbitration, which is the focus of this study.

Electronic arbitration allows resolving disputes in an electronic environment by using the benefits provided by the technology, and all arbitration activities during electronic arbitration take place over the Internet. An electronic arbitration process begins with a valid online arbitration agreement and ends with a final online arbitration award. The most important feature that distinguishes electronic arbitration from traditional arbitration is that the process is undertaken entirely electronically as in other alternative online dispute resolution methods. Electronic arbitration can be considered the most effective, fast, and practical solution for resolving cross-border electronic consumer disputes, considering the peculiarities of these disputes. Regardless of the case's value, electronic arbitration is further supported by the idea that it will reduce the costs incurred compared to the traditional arbitration resolution method. Consequently, it is necessary to provide state-sponsored or private initiatives that have set out to provide an electronic arbitration platform as easily accessible dispute resolution methods. In summary, electronic arbitration emerges as a dispute resolution method that needs to be widespread to increase the consumers' confidence in E-commerce. This will ensure customer trust in an effective dispute resolution mechanism and use of the existing E-commerce potential.

Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Elektronik Tahkim

Giriş

Ticaret hayatının elektronik ortama taşınması ve sınır aşan bir boyuta evrilmesi ile elektronik ortamda yürütülen uluslararası ticaret hacmindeki artış, beraberinde elektronik ticaretten doğan uyuşmazlıkları ve bu uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yol arayışlarını da getirmiştir.¹ Zira elektronik ticaretin giderek yaygınlaştığı bir düzende, uluslararası karakterli ve özellikle zayıf konumda olan tüketicilerin taraf olduğu elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından mevcut uyuşmazlık çözüm yöntemleri yetersiz kalmaya başlamıştır. Uluslararası karakterli uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek uluslarüstü bir mahkemenin bulunmaması ve devlet yargılamasında yaşanan diğer problemler elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için devlet yargılamasına alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine olan ilgiyi arttırmıştır. Şüphesiz ki müzakere, arabuluculuk ve tahkim gibi geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri devlet yargılamasının güçlü bir alternatifi konumundadır. Ancak geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de elektronik tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde özellikle hız ve masraflar yönünden tam olarak bekleneni verememektedir.

Yabancı unsurlu elektronik tüketici işlemlerinin beklenen potansiyele ulaşabilmesi ancak adil, etkili ve öngörülebilirliği sağlayan bir uyuşmazlık çözüm aracının varlığı ile sağlanabilir. Bu kapsamda düzenleme konusu yapılması gereken en önemli husus yabancı unsurlu elektronik tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların nasıl çözüme kavuşturulacağı meselesidir.² Zira elektronik ticaret potansiyelinin tam anlamıyla kullanımının sağlanması ve özellikle elektronik tüketici uyuşmazlıklarının çözümü hususunda tüketiciler nezdinde güvenin inşası için öngörülebilirliğin sağlanmasına ve bu bağlamda pratik, hızlı ve ekonomik çözüm yollarına ihtiyaç bulunmaktadır.

Geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ilgili yaşanan problemler neticesinde daha etkin bir çözüm yolu arayışının bir neticesi olarak tarafların fiziki olarak bir araya gelmelerine gerek kalmadan aralarındaki çeşitli uyuşmazlıkların çözümünü mümkün kılan platformların oluşturulmasıyla beraber çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hukuk dünyasında yerini almaya başlamıştır.

İşbu çalışmanın odak noktasını da yabancı unsurlu elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan sorunlar ve

1 UNCITRAL Technical Notes on Online Dispute Resolution (New York April 2017) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf> Erişim Tarihi 17 February 2021.

2 Mehmet Polat Kalafatoğlu, 'Yabancı Unsurlu E-Tüketici Uyuşmazlıklarının İnternet Üzerinden Çözülmesi (Online Dispute Resolution) Konusunda, Görüş, Düşünce ve Öneriler' (2018) 34(2) BATIDER 305; UNCTAD 'Consumer Protection in Electronic Commerce' (24 April 2017) TD/B/C.1/CPLP/ 10.

bu tür uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan elektronik tahkim³ oluşturmaktadır.

I. Elektronik Tüketici Sözleşmeleri ve Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar

1. Genel Olarak

İster geleneksel yollarla ister elektronik olarak akdedilmiş olsun tüketici sözleşmeleri, taraflar arası güç dengesizliğinin olduğu ve zayıf konumda olan tüketicinin korunmasını esas alan sözleşmelerdir.⁴ Tüketicilerin korunması fikrinin temelinde pazarlık gücü açısından görece zayıf konumda olan tüketicilerin taraf oldukları sözleşmesel ilişkilerde güçlendirilmesi bulunmaktadır.⁵ Taraflar arasındaki güç dengesizliğinden sebeple tüketicilerin korunması gerektiği yönündeki yerleşik anlayış ülkelerin iç hukuklarında da yerini almıştır.⁶

Türk hukukunda tüketici ve tüketicinin korunması fikri ilk olarak 1980’li yıllarda ortaya çıkmış ve 1982 Anayasası m.172 hükmünde düzenleme konusu yapılmıştır.⁷ Türk hukukunda tüketici sıfatı, niteliği ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişilere tanınmıştır.⁸ Tüketici sözleşmeleri ise bir mal veya hizmetin bir işin veya mesleğin gereği olarak değil ancak kişisel ve özel kullanım

- 3 Elektronik tahkim uygulaması için yabancı öğretilerde “elektronik tahkim (*electronic arbitration*)”, “çevrimiçi tahkim (*online arbitration*)”, “siber tahkim (*cyber arbitration*)” veya “sanal tahkim (*virtual arbitration*)” ifadeleri yaygın olarak kullanılır iken Türk öğretisinde konuya ilişkin kaynaklarda elektronik tahkim, çevrimiçi tahkim, online tahkim ve internet tahkimi ifadelerine rastlanılmaktadır. Bu çalışma kapsamında “online tahkim” ifadesi *online* kelimesinin Türkçe olmaması sebebiyle, “çevrimiçi tahkim” ve “internet tahkimi” ifadeleri de elektronik tahkime ilişkin teknik özellikleri tam olarak yansıtmadığı düşüncesiyle tercih edilmemiştir. Çevrimiçi tahkim ifadesi kullanılmayarak ayrıca geleneksel tahkim yargılamasında faydalanılmaya başlanılan çevrimiçi duruşma/toplantı yapma imkanı ile kavramsal karışıklıkların da önüne geçilmek istenmiştir. Öte yandan Türk mevzuatındaki güncel kanunlaşma çalışmaları dikkate alındığında kanun koyucunun her ne kadar öz Türkçe olmasa da “elektronik” ifadesini sıklıkla tercih ettiği görülmektedir. Bu nedenle bu çalışmada “elektronik tahkim” ifadesi tercih edilmiştir.
- 4 Tüketici hukuku alanının, devletlerin ticari hayattan kaynaklanan özel hukuk ilişkilerine yani tüketici sözleşmelerine zayıf tarafın korunması gayesiyle müdahale ettiği bir alan olduğu yönünde İ. Yılmaz Aslan, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku* (1st edn, Ekin 2014) 2, 63.
- 5 1982 Anayasası m.172 hükmü gereğince tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler almak devletin görevleri arasındadır. Zayıf tarafın korunmasının kamu menfaatinin gereği sosyal bir hareket olduğu yönünde Sema Çörtöğlü Koca, *Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri)* (1st edn, Yetkin 2016) 29ff.
- 6 ibid 31ff; Benzer şekilde Aslan (n 4) 29ff; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, ‘Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini’ (2014) 63(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 834; Daha detaylı bilgi için Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (1st edn, Seçkin 2016) 27ff.
- 7 İbrahim Ermenek, ‘Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri’ (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 564; Aslan (n 4) 60.
- 8 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 28.11.2013/28835) m.3(1)/k’da tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda tüketici tanımı Avrupa Birliği mevzuatı ile farklılık arz etmektedir. Avrupa Birliği 2008/48/CE sayılı Yönergesi kapsamında tüketici gerçek kişi olarak kabul edilmiş olup bu yönde ve daha detaylı bilgi için H.Tamer İnal, *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku* (1st edn, Seçkin 2014) 269ff; Aslan (n 4) 8; John Dickie, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union* (1st edn, Hart Publishing 1999) 74; Yine İsviçre hukukunda da sadece gerçek kişilerin tüketici olarak kabulü yönünde İnal (n 8) 287.

amacıyla tüketicinin genellikle sözleşmeye konu mal veya hizmeti işinin veya mesleğinin bir gereği olarak ticari amaçla arz eden kişiden temin ettiği sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır.⁹Öğretide kısmen veya tamamen internet vasıtasıyla kurulan ve taraflarından en az bir tanesinin tüketici olduğu sözleşmeler elektronik tüketici sözleşmeleri olarak nitelendirilmektedir.¹⁰

2. Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Karşılaşılan Belirsizlikler

Ticaret hacmindeki büyümeler ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler hukuki ilişkilerin genellikle bir ülkeyle sınırlandırılmaz hale gelmesine ve uluslararası karakter kazanmasına sebep olmuştur. Dünya üzerindeki nüfus ve etkileşim arttıkça uyuşmazlıkların da artması kaçınılmaz hale gelmiştir.¹¹ Teknolojideki ve ticaret alanındaki gelişmelere paralel olarak mahkemelerin uluslararası nitelik taşıyan uyuşmazlıklarla ilgili faaliyetleri artış göstermiştir.¹²

Elektronik ticaretin bu denli geliştiği ve yabancı unsurlu elektronik sözleşmelerin yaygınlaştığı bir düzende bu tarz sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların artması kaçınılmaz bir sonuç olup yabancı unsurlu elektronik sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceği meselesinin açığa kavuşturulması gerekmektedir.¹³ Özellikle taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerin gelişebilmesi için tüketicilerin olası bir uyuşmazlık halinde haklarının korunması meselesi büyük önem arz etmektedir. Bu noktada en önemli husus, muhtemel uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceği noktasında belirliliğin ve tüketici nezdinde güvenin sağlanmasıdır.¹⁴ Özellikle tüketici ile satıcının hiç karşı karşıya gelmeden, tüketicilerin sözleşmeye konu ürün veya hizmet hakkında yalnızca satıcıların sözleşmenin kurulmasına aracılık eden iletişim araçları vasıtasıyla vermiş olduğu bilgilere güvenerek akdettikleri elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından tüketici nezdinde güven sağlayacak düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁵ Zira tüketiciyi koruyan genel düzenlemeler

9 Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, (1st edn, Yetkin 2000) 32; Bayraktaroğlu Özçelik (n 6) 842; Benzer şekilde tüketici tanımı için Mireze Philippe, 'Where is everyone going with online Dispute Resolution (ODR)?' (2002) *International Business Law Journal* 169.

10 Kalafatoğlu (n 2) 305.

11 Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (1st edn, On İki Levha 2011) 19.

12 Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (1st edn, Beta 2015) 135; Kalafatoğlu (n 2) 310; Riikka Koulu, 'Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement' (2016) 13(1) *Scripted* 41; Ethan Katsh, 'The New Frontier: Online ADR becoming a global priority' (2000) *Kış Dispute Resolution Magazine* 6.

13 Kalafatoğlu (n 2) 310.

14 Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (1st edn, Vedat 2003) 121; Louis F. Del Duca, Colin Rule and Vikki Rogers, 'Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross- Border Small Value – High Value Claims – OAS Developments' (2010) *Standford University Law School, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Paper 1635463*, 3.

15 Aslan (n 4) 480.

elektronik tüketici sözleşmelerine uygulanabilir olmakla birlikte elektronik ticaretin kendine has özellikleri elektronik tüketici sözleşmelerine taraf konumdaki tüketicilerin çok daha sıkı bir şekilde korunmasını gerektirmektedir.¹⁶

Aynı yargı yetkisi içinde yer almayan satıcılar ve tüketiciler arasında kurulacak olan yabancılik unsuru taşıyan elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından bu durumun çok daha büyük önem arz ettiğinden bahsedilebilir.¹⁷ Zira genel olarak tüketiciyi koruyucu düzenlemelere olan ihtiyaç bir yana yabancılik unsuru taşıyan elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından olası bir uyuşmazlıkla ilgili belirsizlikler ve başvurulabilecek etkin bir çözüm yolunun varlığı ile ilgili endişeler tüketicilerin bu tarz sözleşmelere taraf olmaktan imtina etmelerine sebep olmaktadır.¹⁸ İnternet üzerinden gerçekleştirilen elektronik ticaret uygulamasında işlem yapmak çok basit iken elektronik ticaret hacmi istenilen seviyelerde değildir. Bu kapsamda olası bir uyuşmazlık halinde uyuşmazlığın nasıl çözüleceği ile ilgili belirsizlikler tüketicilerin elektronik ticaret kullanımını konusunda çekingen davranmasının ardında yatan başlıca neden olarak gösterilmektedir.¹⁹

II. Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Geleneksel Yollar

Uyuşmazlıkların çözümü için başvurulmuş en klasik yöntem mahkemeler nezdinde gerçekleştirilen devlet yargılamasıdır.²⁰ Uyuşmazlıkların çözümünde başvurulmuş diğer yöntem ise alternatif çözüm yöntemleri olarak da adlandırılan tahkim, arabuluculuk ve müzakere gibi mahkeme dışı çözüm yollarıdır.

1. Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Devlet Yargılaması ve Karşılaşılan Sorunlar

Aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların bu uyuşmazlığın devlet yargılaması ile çözüme kavuşturulmasını istemesi en temel haklardan biri olan evrensel nitelikteki hak arama özgürlüğünün bir tezahürüdür. Öte yandan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak devletlerin yargı erkini hâkimler aracılığıyla kullanmak suretiyle yerine

16 ibid 486.

17 Öğretide yabancılik unsuru yerine milletlerarası unsur veya uluslararası unsur kavramları da kullanılmaktadır.

18 Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (n 14) 122; Benzer şekilde elektronik ticarete tüketici nezdinde güvenirliliğin sağlanması amacıyla etkili bir uyuşmazlık çözüm yöntemi gerektirdiği yönünde Colm Brannigan, 'Online Dispute Resolution' in GINETTE FISHER and ALLAN J. STITT (eds) *Alternative Dispute Resolution Practice Manual* (LexisNexis Canada, 2007) 6904; UNCTAD (n 2) 12.

19 İnal (n 8) 424.

20 Melis Ercan, 'Uyuşmazlıkların Online Çözüm Yöntemleri' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2012) 8; Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (n 14) 175; Maddi anlamda yargılamanın taraflar arasındaki uyuşmazlığın devletin bağımsız mahkemeleri vasıtasıyla maddi hukuk kurallarının uygulanması suretiyle çözüme kavuşturulması çabalarını ifade ettiği yönünde Baki Kuru, Ramazan Arslan and Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku* (1st edn, Yetkin 2014) 56.

getirmeleri gereken en temel görevlerden birisidir.²¹ Bu kapsamda eğer taraflar arasında uyuşmazlığın alternatif yollarla çözümlenmesini öngören bir anlaşma veya kanuni bir düzenleme yok ise uyuşmazlıklar devlet mahkemeleri vasıtasıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak özellikle yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların devlet yargılaması vasıtasıyla çözüme ulaştırılmaya çalışıldığı hallerde taraflar pek çok sorunla karşı karşıya kalmaktadır.

a. Milletlerarası Mahkemenin Yokluğu

Uluslararası karakterli uyuşmazlıkların çözümü için tarafların başvurabilecekleri devlet mahkemelerine alternatif milletlerarası bir mahkeme bulunmadığı gibi elektronik tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde devletlerin milletlerarası yetkisini düzenleyen yeknesak bir milletlerarası yetki kuralı şu an için mevcut değildir.²² Devletlerin uymakla yükümlü oldukları yeknesak yetki kurallarının yokluğu devletlere kendi iç hukuklarında yetki düzenlemeleri yaparken geniş bir serbesti sağlamaktadır. Bu serbesti yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda devletlerin birbiriyle çatışan milletlerarası yetki kuralları tayin etmelerine sebep olabilmektedir. Birbiriyle çatışan yetki kuralları, uluslararası karakterli uyuşmazlıkların hangi devletin mahkemeleri nezdinde görülecek yargılama neticesinde çözüme kavuşturulacağı konusundaki belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir.

b. Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tespitinin Zor Olması

Halihazırda yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından yetkili mahkemenin tespitini hususu milletlerarası usul hukuku alanında problemlerle dolu bir konu iken uluslararası elektronik ticaretin gelişmesiyle daha da karmaşık bir hal almıştır.²³ Taraflar aralarındaki uyuşmazlığı devlet yargılaması ile çözüme ulaştırmak istediklerinde yetkili mahkemeyi tespit edebilmek için zaman ve para harcamak durumunda kalmaktadırlar.²⁴ Öte yandan her ne kadar sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilebilecek olsa da sözleşme müzakereleri aşamasında zayıf konumda olan taraflar söz konusu işlemi gerçekleştirebilmek amacıyla herhangi bir uyuşmazlık halinde hakkında hiç bilgi sahibi olmadıkları yabancı bir mahkeme nezdinde haklarını aramalarını öngören hükümleri

21 Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 1(64) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 152; Süha Tanrıver, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış' in Mehmet Ünal (ed), *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (1st edn, Yetkin 2006) 822; Benzer şekilde Alper Uyumaz, 'Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları' (2012) 20(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 104.

22 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Aktillerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (1st edn, Beta 2013) 110; Kalafatoğlu (n 2) 310; Karen Stewart and Joseph Matthews, 'Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes' (2002) 56 University of Miami Law School Institutional Repository 1111.

23 Del Duca, Rule and Rogers (n 14) 4.

24 Pablo Cortes, 'Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union' (2010) Taylor & Francis <<https://library.open.org/handle/20.500.12657/34626>> Erişim Tarihi 5 May 2021 33.

kabul etmek zorunda kalabilmektedirler.²⁵ Bu durum tarafların eşitliği ilkesi gibi hak arama özgürlüğünü de ciddi anlamda zedelemektedir. Üstelik uyuşmazlığın taraflardan birinin hiç aşinalığının, bilgisinin olmadığı yabancı bir ülkenin tarafsız olacağına şüphe ile yaklaşılabilir mahkemeleri nezdinde çözüme kavuşturulması gerekebileceği ihtimali tarafların sözleşmenin veya söz konusu hukuki işlemin tarafı olma fikrine tereddütlerle yaklaşmasına sebep olup uluslararası işlem hacimlerini etkileyebilmektedir.²⁶

Genel anlamıyla belirli bir yerde bulunmaya veya belirli bir yer ile olan ilişkiye bağlı olarak düzenlenmiş mevcut milletlerarası yetki kuralları elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıklara nasıl uygulanacaktır? Aslında internetin bu denli gelişmesinden önce yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde hangi mahkemenin yetkili olduğu sorusuna verilebilecek iki muhtemel cevap bulunmaktaydı: tüketicinin bulunduğu yer ya da satıcının bulunduğu yer mahkemesi. Ancak uluslararası elektronik ticaretin gelişmesiyle birlikte bu sorunun cevabı da karmaşık bir hal almıştır. Ya tüketici ve satıcı farklı yerlerde iken bir ürünün satışına aracılık eden elektronik pazar veya ilgili internet sitesinin ağ sunucusu veya ağ hizmeti sağlayıcısı üçüncü bir ülkede mukim ise bu durumda ne olacaktır? Bu durumda uyuşmazlığı çözmeye üçüncü ülkenin mahkemeleri de yetkili olmalı mıdır?²⁷ Teorik olarak, bu tarz engellerin üstesinden gelmek için, belirli uyuşmazlıklar bakımından tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun yetki kurallarının uygulanması ve tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin tayin edilmesini öngören bir dizi özel uluslararası hukuk kuralının oluşturulması önerilmektedir. Bu çözüm yolu en azından tenfiz ve tanıma aşamalarına kadar tüketicinin ana dilinde ve tüketicinin aşına olduğu hukuk araçları vasıtasıyla hakkını aramasına izin veren tüketicinin yararına basit bir öneridir.

Benzer kaygılarla, milletlerarası yetkinin belirlenmesinde Cenevre Üniversitesi'nin önderliğinde yürütülen bir “*Geneva Internet Disputes Resolution Policies 1.0*” (“GIDRP 1.0”) projesi kapsamında internet kaynaklı bazı uyuşmazlıkların çözümünde yol gösterici olması için bazı esaslar belirlenmiştir.²⁸ Buna göre, milletlerarası yetkili mahkemenin tespitinde elektronik ticarete ortam sağlayan internet sitesinde kullanılan dil, kullanılan reklamların hedef aldığı kitle, ülkelere göre erişim sayısı gibi bazı kriterlere göre hedef testinin uygulanması önerilmektedir. Bu teste göre, ilgili internet sitesi sahibinin bilinçli bir şekilde tüketicinin yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu ülkeye faaliyetlerini yöneltmediği hallerde dahi ilgili internet sitesinin yapısı veya iş yapma modeli dolayısıyla eğer ki tüketicinin yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu ülkeyle bağlantısının varlığı objektif olarak tespit

25 Sözleşme serbestisine rağmen genelde ekonomik olarak güçlü tarafın sözleşme şartlarını belirlediği ve zayıf tarafın bu şartları kabul etmek zorunda kaldığı yönünde Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1st edn, Beta 2013)58.

26 İnal (n 8) 424.

27 Del Duca, Rule and Rogers (n 14) 4; Kalafatoğlu (n 2) 312.

28 <<https://geneva-internet-disputes.ch>> Erişim Tarihi 1 March 2021.

edilebilir durumda ise, o ülkenin mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kabulü gerektiği savunulmaktadır.²⁹ Ancak söz konusu kriterlerin herhangi bir bağlayıcı niteliği olmadığı gibi yetki problemine ne denli çözüm getirdiği meselesi de tartışmalıdır.

Tamamen tüketici lehine olan bu önerilerin satıcılar bakımından ne denli kabul edilebilir olacağı hususu da ayrı bir tartışma konusudur.³⁰ Tüketicilerin menfaatlerine göre getirilmiş bu çözüm önerisi satıcılar için büyük problemlere neden olma potansiyeline de sahiptir.³¹ Zira örnek olarak Amazon, eBay veya Alibaba gibi dünyanın dört bir yanına internet üzerinden ürün ve hizmet sağlayan ve genellikle muhatapları nihai tüketiciler olan satıcılar için tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini öngören milletlerarası düzenlemeler bu tarz globalde ürün ve hizmet sağlayan firmalar açısından dünyanın her yerinde devlet yargılaması ile karşılaşma problemine neden olacaktır.³² Bu kapsamda bu firmaların dünyanın dört bir yanında kendilerini savunmak için avukat istihdam etmeleri ve hukukunu, dilini bilmedikleri ve üstelik tarafsızlığı şüpheli devlet mahkemeleri nezdinde yürütülecek yargılama sürecini takip etmelerini gerektirecektir. Amazon, eBay veya Alibaba gibi dünya lideri konumundaki şirketlerin tüm bu yorucu süreçler ile başa çıkabilecekleri düşünülse bile bu durum elektronik ticaret alanında faaliyet gösteren diğer ve görece daha küçük ölçekli şirketler/kişiler bakımından söz konusu işlemin tarafı olma fikrine imtina ile yaklaşmalarına sebep olacaktır. Üstelik yargılama masraflarının bir noktada bir şekilde tüketiciye yansıtılması ihtimali de bulunmaktadır. Ayrıca bu çözüm anlayışının pratikte daha farklı problemlere sebep olması beklenebilir. Her ne kadar tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun yetki kuralları gereğince yetkili mahkeme tespit edilecek ve bu kapsamda örneğin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinin milletlerarası yetkisinin varlığı kabul edilecek olsa da bu mahkemenin tüketici lehine vermiş olduğu kararın genellikle satıcının mal varlığının bulunduğu ülkede yerine getirilmesi gerekeceğinden tüketici nihayetinde yabancı bir devlet mahkemesi önünde tenfiz talebinde bulunmak durumunda kalacaktır.³³ Bu nedenle tüketicinin olağan yargılama masraflarının yanı sıra tanıma ve tenfiz işlemleri için yapılacak olan ek masrafları da göze alması gerekecektir.³⁴ Tanıma ve tenfiz işlemlerinin maddi boyutunun yanı sıra tüketici açısından başkaca zorlukları da olacaktır. Bu kapsamda tanıma ve tenfiz şartları tüketicinin hukukunu hiç bilmediği ülkenin kanunlarına göre belirlenecek ve bu durum ayrıca tüketicinin ilgili ülkede işlemlerin takibi için avukat tutmasını gerektirecektir.

29 Kalafatoğlu (n 2) 313.

30 Del Duca, Rule and Rogers (n 14) 5.

31 Mal veya hizmet sunan taraflar açısından belirsizliğe yol açacağı ve elektronik ticaret hacmini olumsuz etkileyeceği yönünde Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (n 14) 120.

32 Benzer şekilde Kalafatoğlu (n 2) 313.

33 Del Duca, Rule and Rogers (n 14) 5.

34 Kalafatoğlu (n 2) 315.

c. Devlet Mahkemelerinin Yapısının Uluslararası Karakterli Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Uygun Olmaması

Mevcut düzene getirilen bir diğer eleştiri ise devlet mahkemelerinin genel anlamıyla uluslararası karakterli uyuşmazlıkların çözümü için uygun bir yapıya sahip olmadığı yönündedir.³⁵ Zira milli mahkemelerin ve bu mahkemelerde hukuk yargılaması faaliyetini yürüten hakimlerin bağlı oldukları devletin politikalarının etkisi altında oldukları yönünde yerleşik bir anlayış bulunmaktadır. Bu anlayış devlet mahkemelerinin yabancılık unsuru içeren sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklarda kendi vatandaşı olmayan gerçek kişiler ve yine aynı devlet sınırları içerisinde kurulu olmayan tüzel kişiler bakımından uyuşmazlığın çözümü sırasında tarafsızlığı sağlayamayacakları yönündeki endişeleri de beraberinde getirmektedir.³⁶

Bahsi geçen endişelerin yanı sıra günümüzde birçok devlet mahkemesinin ağır iş yükü dolayısıyla çok yavaş işlediği de öğreti ve uygulamada sıkça dile getirilen bir gerçektir.³⁷ Üstelik devlet yargılamasının usul kuralları ile sıkı sıkıya bağlı olması devlet yargılaması sürecini daha da yavaşlatmaktadır. Bu nedenle yetkili mahkemenin sorunsuz bir şekilde tespiti halinde dahi uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri nezdinde çözüme ulaştırılması çok uzun bir zamana yayılabilmektedir. Devlet yargılaması vasıtasıyla özellikle milletlerarası uyuşmazlıkların çözümü uzun bir süreci gerektirmektedir.³⁸ Yoğun iş yükü gibi çeşitli nedenleri olsa da nihayetinde hukuk yargılamasının hızlı ve etkin bir şekilde çalışmıyor oluşu ticaret hayatının gerekleriyle de örtüşmemektedir.³⁹ Üstelik adaletin gecikmesi kişilerin devlete olan güvenini zedelemekte ve usul ekonomisi ilkesine de zarar vermektedir.⁴⁰

Öte yandan yargılama sürecinin uzaması tarafların hâlihazırda katlanmak zorunda kalacakları masrafları da arttırmaktadır. Bu kapsamda tüketiciler bakımından taraf oldukları bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için uzun yıllar süren ve ciddi masraflara sebep olan devlet yargılaması faaliyetlerine katlanmalarını beklemek çok da makul değildir. Özellikle elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların parasal değerinin genellikle çok düşük olduğu düşünüldüğünde taraflar çok uzun sürecek ve bu doğrultuda ciddi masraflara sebep olacak düşük değerli uyuşmazlıklar bakımından tabiri caiz ise astarı yüzünden pahalıya gelecek düşüncesiyle devlet yargılaması yoluyla haklarını aramaktan imtina etmektedirler.⁴¹ Bir diğer ifade ile devlet yargılamasının çok uzun sürmesi ve uyuşmazlık değerinin düşük olması,

35 UNCTAD (n 2) 10.

36 Şanlı (n 22) 73.

37 Türk mahkemelerinin en büyük problemlerinden birinin aşırı iş yükleri olduğu yönünde Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (1st edn, Yaklaşım 2004) 347.

38 Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, 'Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk' (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191.

39 Yeşilirmak (n 11) 2; Karim Benyekhlef and Fabien Gelin, 'Online Dispute Resolution' (2005) 10(2) Lex Electronica 43.

40 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (n 37) 347.

41 Katsh (n 11) 6; UNCTAD (n 2) 10; Del Duca, Rule and Rogers (n 14) 4; Bu halde tüketicinin muhtemelen hakkını aramaktan vazgeçeceği yönünde Kalafatoğlu (n 2) 314.

tarafların ve özellikle zayıf konumda olan tüketicilerin söz konusu uyuşmazlık bakımından devlet yargılamasına başvurmalarına engel olmaktadır.⁴²

d. Uygulanacak Hukuk Meselesi

Değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele ise yabancılık unsuru içeren elektronik sözleşmelere hangi hukukun uygulanacağına ilişkindir. Zira milletlerarası yetkili mahkemenin tespiti ile birlikte uyuşmazlığın esasın uygulanacak hukuk da duruma göre değişiklik gösterebilecektir.⁴³ Öğretide internetin sağlamış olduğu imkanlarla coğrafi sınırları olmayan bir alan yaratıldığından bahisle mevcut kanunlar ihtilafı kurallarının internet üzerinden yürütülen yabancılık unsuru içeren sözleşmelere ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanmasının uygun olmadığını savunan yazarlar mevcuttur.⁴⁴ Buna göre elektronik ortamda kurulan sözleşmelerin niteliği gereği bunlara alışılacagelmış bağlama kurallarının uygulanması uygun düşmemektedir. Bu nedenle bu tarz çevrimiçi ortamda kurulan sözleşmelere bunların niteliklerine uygun, ortak bir kurallar bütünüün uygulanmasının gerektiği belirtilmektedir.⁴⁵ Zira iç hukuk ilişkilerinde uygulanan kurallar, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların yapısına uygun düşmemekle birlikte farklı hukuk düzenlerinde mukim taraflar nezdinde uygulanacak hukuk kuralları bakımından da ayrıca bir belirsizlik yaratmaktadır. Uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar için öngörülen bu kurallar bütünü için doktrinde farklı adlandırmalar mevcut olsa da⁴⁶ elektronik ticaret alanındaki *lex mercatoria*⁴⁷ niteliğini haiz bu kurallar bütünü genel olarak *lex electronica* olarak ifade edilmekte ve *lex electronica* ile elektronik ticaretin kendine özgü yapısına uygun kuralların oluşturulması amaçlanmaktadır.⁴⁸ Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kimselerin bu faaliyetler sırasında karşılaşmış oldukları uyuşmazlıkları çözerken kullanmış oldukları kurallar, yöntemler ve uluslararası kuruluşlar tarafından elektronik ticaret için getirilen kural ve ilkeler *lex electronicanın* kaynaklarını oluşturmaktadır.⁴⁹ Ancak *lex electronicanın* belirli bir alanda akdedilen sözleşmeler bakımından kurallar

42 Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti (n 14) 208; Cortes (n 24) 34.

43 Kalafatoğlu (n 2) 315.

44 Banu Şit, 'İnternet ve Milletlerarası Yetki' in Osman Berat Gürzumur (ed), *Doç. Dr. Haluk Konuralp'a Armağan C.III* (1st edn, Yetkin 2009) 924; Fügen Sargin, 'İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk' (1st edn, Yetkin 2005) 34; Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby, 'E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law"' (2000) 15(3) Ohio State Journal on Dispute Resolution 726.

45 Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti (n 14) 123.

46 Öğretide bu kurallar bütünüünü ifade etmek üzere *lex electronica*, *lex mercatoria electronica*, *cyber-lex*, *net lex*, *netiquette* gibi kavramlar türetilmiştir.

47 *Lex mercatoria* ve milletlerarası ticari sözleşmelerde uygulaması hakkında daha detaylı bilgi için Musa Aygül, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması' (2004) 12(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-85; Lex Mercatoria'nın Türk tahkim hukukundaki yeri ile ilgili daha detaylı bilgi için F. İtr Bingöl, 'Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri' (2017) 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1953,1969.

48 Kalafatoğlu (n 2) 315.

49 Bu yönde ve daha detaylı bilgi için Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (n 14) 168; Gamze Turan, 'Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2008) 77 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 115.

getirdiği ve bu nedenle elektronik sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tümüne uygulanabilir nitelikte olmadığı için bu yöndeki ihtiyacın *lex electronicanın* kapsamı dışında kalan elektronik sözleşmeler bakımından devam ettiği de öğretilere dile getirilmektedir.⁵⁰

Tüm bu değerlendirmeler ışığında denilebilir ki elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemeleri uyuşmazlık tarafları için makul bir seçenek olarak karşımıza çıkmamaktadır. Devlet yargılaması, hem yapısal nedenlerle hem de karşılaşılan yetki, masraf ve hız problemleri nedeniyle her geçen gün gelişmeye devam eden elektronik ticaretten kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalmaya başlamıştır.

2. Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Geleneksel Alternatif Çözüm Yöntemleri⁵¹ ve Karşılaşılan Sorunlar

Devlet yargılaması günümüzde hala en çok tercih edilen çözüm yolu olsa da uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek yegâne yöntem değildir. Üstelik belirttiği üzere geleneksel devlet yargılaması elektronik ticaretten kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalmaktadır. Hem uluslararası ticaretten kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde başvurulabilecek uluslararası bir mahkemenin yokluğu hem de devlet yargılamasının elektronik ticaretten kaynaklı tüketici uyuşmazlıklarının yapısına uygun olmaması devlet yargılamasına alternatif çözüm yöntemlerine olan ilgiyi de artırmıştır.

Aslında müzakere, arabuluculuk ve tahkim gibi mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri var olan düzene yeni bir müessese değildir. Ancak son yıllarda uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak artan ve değişen ihtiyaçlar sebebiyle tekrardan gündeme gelmiştir.⁵² Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin devlet

50 *Lex electronicanın* belirli elektronik sözleşmeler kapsamında kurallar getirdiği ve bu nedenle elektronik sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tümüne uygulanabilir nitelikte olmadığı, ayrıca *lex electronicanın* kapsamı dışında kalan elektronik sözleşmeler bakımından bu yöndeki ihtiyacın devam ettiği yönünde Turan (n 49) 115.

51 Tahkim müessesesinin gerçekten yargılamaya alternatif bir çözüm yolu olup olmadığı hususu öğretilere tartışmalı olmakla birlikte kanaatimce tahkim, karakteristik özellikleri bakımından diğer mahkeme dışı alternatif çözüm yollarından ayrılıyor olsa bile yine de devlet yargılamasına alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisidir. Bu nedenle bu çalışmada da alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında değerlendirme konusu yapılmıştır.

52 Mustafa Özbek, 'Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (2007) (68) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 268; Mustafa Özbek, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış' (2004) 1(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 262; Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin Anglosakson temelli bir müessese olduğu yönünde Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (n 21) 151; Tanrıver, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış' (n 21) 822; Muhammed Özekes, 'Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi' (2006) 7 Hukuki Perspektifler Dergisi 42; Yine aynı yönde İlker Koçyiğit and Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (1st edn, Adalet Bakanlığı 2019) 4; Alternatif uyuşmazlık çözümünün, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki geçmişinin 1960'lı yıllara dayandığı ancak bu alandaki asıl gelişmelerin 1980'li yıllarda sağlandığı ve alternatif uyuşmazlık çözümünün geçmişinin Avustralya'da 1985'lere dayanırken İngiltere'deki geçmişinin daha yeni olduğu yönünde Gülgün İldir, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü - Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (1st edn, Seçkin 2003) 31, 38ff; Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tarihi gelişimi hakkında daha detaylı bilgi için İbrahim Özbay, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' (2006) 10(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 461ff; Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ticaret alanında 1920'lerden bu yana var olduğu yönünde Arthur M. Monty Ahalt, 'What You Should Know About Online Dispute Resolution' (2009) 20 Practical Litigator 21.

yargılamasına kıyasla taraflara sağlamış olduğu pek çok avantaj bulunmaktadır. Yine de yabancı unsurlu elektronik tüketici uyuşmazlıklarının genellikle düşük değerli uyuşmazlıklar olduğu göz önüne alındığında mahkeme dışı bu uyuşmazlık yöntemleri de masraflar ve hız yönünden bekleneni sağlayamamaktadır.⁵³ Uyuşmazlıklar yabancı unsurlu olduğunda ortak yer taraflardan birinin yerleşim yeri olarak belirlense dahi diğer tarafın katlanması gereken ulaşım, konaklama gibi masraflar da söz konusu olmaktadır. Üstelik tarafsız üçüncü kişilerin genellikle bir ücret karşılığında bu işi yaptığı düşünüldüğünde süreç boyunca tarafların göze almaları gereken masraflar katlanmaktadır. Elektronik ticaretten kaynaklanan ve genellikle düşük değerli olan bu tarz uyuşmazlıklar bakımından göze alınması gereken bu masraflar da tarafların haklarını aramalarının önünde bir engel teşkil etmektedir. Bu nedenle adalete erişim gecikmekte ve özellikle elektronik tüketici uyuşmazlıkları bakımından zaten zayıf konumda olan tüketici daha da mağdur olmakta, çoğu zaman hakkını aramaktan vazgeçmektedir.

Yukarıda bahsi geçen sorunlar nedeniyle elektronik ticaretten kaynaklı ve özellikle tüketicilerin taraf olduğu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından devlet yargılamasına ve mahkeme dışı çözüm yöntemlerine alternatif çözüm yöntemleri arayışı mevcuttur. Zira teknolojinin hızlı değişimi ile elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıklardaki artış ve bu uyuşmazlıkların kendilerine özgü özellikleri göz önüne alındığında tıpkı devlet yargılaması gibi mahkeme dışı bu çözüm yöntemleri de her geçen gün değişen ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalmaya başlamıştır. Şu an için milletlerarası hukuk düzeni bakımından adil, etkili ve öngörülebilirliği sağlayan bir uyuşmazlık çözüm aracının bulunmaması büyük bir problemdir.⁵⁴

Bu kapsamda tüketici nezdinde güvenin oluşturulabilmesi için öncelikli olarak öngörülebilirliğin sağlanması, elektronik tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için milletlerarası düzende bu tarz uyuşmazlıkların yapısına uygun bir çözüm yönteminin geliştirilmesi ve kullanımının yaygınlaştırılması gerekmektedir.⁵⁵ İşte, çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemlerine alternatif olarak gelişen teknolojik imkanlarla birlikte değişen ihtiyaçların ve arayışların sonucu olarak uyuşmazlıkların çözümünde de teknolojinin nimetlerinden yararlanma fikri ile beraber hukuk düzeninde yerini almaya başlamıştır.

53 Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genellikle düşük değerli elektronik tüketici uyuşmazlıkları bakımından pahalı bir yöntem olarak değerlendirilebileceği yönünde Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (n 14) 208; Kalafatoğlu (n 2) 317.

54 Stewart and Matthews (n 22) 1111.

55 Bu yönde ibid 1111.

III. Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Elektronik Tahkim

1. Çevrimiçi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

a. Genel Olarak

Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, devlet yargılaması ve geleneksel alternatif çözüm yöntemlerine alternatif olarak her iki uyuşmazlık çözüm anlayışından farklı bir biçimde teknolojinin ve internetin yardımıyla elektronik ticaretin gereksinimlerine göre şekillenmiş, zaman ve masraftan tasarruf sağlayan çözüm yöntemleridir.⁵⁶ Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, internetin sağlamış olduğu kolaylığın kullanılması suretiyle, uyuşmazlıkların istenilen yerde ve zamanda, istenilen şekilde ve tarafların fiziki olarak bir araya gelmelerine gerek olmaksızın çözümlenmesi sürecini ifade etmektedir.⁵⁷

Öğretide çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözümü fikrinin, internet ortamında yürütülen çevrimiçi faaliyetlerin kapsamı arttıkça uyuşmazlıkların çoğalacağı bilinciyle ortaya çıktığı belirtilmektedir. Zira internet aslında kullanıcıların coğrafi sınırlamalarla bağlı olmaksızın farklı yetki alanlarında daha fazla sözleşmesel ilişkiye girmesine vesile olmaktadır.⁵⁸ Bu kapsamda çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin kökenlerinin basit bir öngörüye dayandığı söylenebilir. Uluslararası çevrimiçi işlem hacmi arttıkça bu işlemlerden kaynaklı çevrimiçi uyuşmazlıklar da o ölçüde artmaktadır. Bu nedenle elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için bu uyuşmazlıkların yapısına uygun çözüm yöntemlerine ihtiyaç bulunmaktadır.⁵⁹

Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, geniş bir yelpazedeki yaklaşımları ve yöntemleri kapsamaktadır. Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bazıları tamamen otomatik olarak yürütülen bazıları ise tarafsız bir üçüncü kişinin müdahalesini içeren bir dizi prosedürü ifade etmektedir.⁶⁰ Çevrimiçi alternatif

56 Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, 'Elektronik Ticarete Elektronik Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Süreci' (2008) (123) *Mevzuat Dergisi* 1.

57 Brannigan (n 18) 6901; İnan Uluç, 'Online Uyuşmazlık Çözümü' *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan 2. Cilt*, (1st edn, Yetkin 2015) 1614; Suzanne Van Arsdale, 'User Protections in Online Dispute Resolution' (2015) 21 *Harvard Negotiation Law Review* 110; Benzer bir tanım için Ahalit (n 52) 22; Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bilişim araçları vasıtasıyla yürütülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olduğu yönünde UNCTAD, *E-Commerce and Development Report 2003*, Chapter 7 'Online dispute resolution: E-Commerce and beyond' (United Nations, New York and Geneva, 2003) 177; Başka bir tanıma göre çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlık çözme becerileri ve kaynaklarının bir ağ üzerinden uygulanması sureti ile uyuşmazlıkların çözüme ulaştırılması sürecini ifade etmektedir. Bu yönde ayrıca Katsh (n 11) 6; Ercan (n 20) 8; Julia Hörnle, 'Online Dispute Resolution - The Emperor's New Clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration' (Egov.ufsc.br, 2007) <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18561-18562-1-PB.pdf>> Erişim Tarihi 1 May 2021 2; Philippe (n 9) 168; Benzer bir tanım için UNCTAD (n 2) 10.

58 Koulu (n 12) 41.

59 Benzer şekilde UNCTAD (n 2) 15.

60 Rafal Morek, 'Regulation of Online Dispute Resolution: Between Law and Technology' (Studylib.net, 2005) <<http://studylib.net/doc/5911383/regulation-of-online-dispute-resolution-#>> Erişim Tarihi 17 February 2021.

uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile kastedilen üç temel uyuşmazlık çözüm yöntemi bulunmaktadır: Elektronik müzakere, elektronik arabuluculuk ve bu çalışmanın odak noktasını oluşturan elektronik tahkim.

b. Çevrimiçi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Öne Çıkan Özellikleri

Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayıran en önemli özellikleri elektronik ortamda internet teknolojisine bağlı olarak gerçekleştirilmeleridir.⁶¹ Bu demek değildir ki geleneksel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde internet ve teknolojinin nimetlerinden hiç faydalanılmamaktadır. Tarafların veya temsilcilerinin fiziki olarak bir araya gelmeleri suretiyle yürütülen geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde de çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi internet teknolojilerinden yararlanmak mümkündür. Hatta artık günümüzde devlet yargılamasındaki uyuşmazlıklarda bile gelişen teknolojinin nimetlerinden faydalanılmakta ve duruşmalar elektronik olarak yürütülebilmektedir. Burada çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geleneksel çözüm yöntemlerinden ayrılmasına sebep olan unsur tüm sürecin elektronik ortamda yürütülmesidir. Bir diğer ifade ile, internet temelli araçlar geleneksel devlet yargılamasında ve geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde en azından şu an için yardımcı kaynaklar arasında iken çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en esaslı unsurunu oluşturmaktadırlar.⁶²

Geleneksel devlet yargılamasından farklı olarak çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrı düşünmek mümkün değildir.⁶³ Çünkü her iki alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi de aslında gönüllülük esası, irade serbestisi, gizlilik gibi aynı temel ve prensipler üzerine kurulmuştur. Bu iki alternatif uyuşmazlık çözüm sisteminin farklılaştığı nokta çözüme ulaşmada kullanılan usulde yatmaktadır.⁶⁴ Geleneksel olarak nitelendirdiğimiz müzakere, arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde tarafların bir araya gelerek yüz yüze görüşmeler yapması esas iken çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde tüm süreç elektronik ortamda cereyan etmektedir. Aslında çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, mevcut yöntemlerin bir rakibi veya alternatifini olarak görülmemesi gerekir. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlık çözümünü mahkeme koridorları dışına taşımış, uyuşmazlık taraflarına çok daha esnek bir çözüm yöntemi sunmuştur. Çevrimiçi alternatif

61 *ibid* 6; Hörnle (n 57) 2; Arsdale (n 57) 109; Mireze Philippe, 'ODR Redress System for Consumer Disputes – Clarifications, UNCITRAL Works & EU Regulation on ODR' (2014) 1(1) International Journal of Online Dispute Resolution 57; Benzer yönde bir tanım için Daniel Rainey, 'Third Party Ethics in the Age of the Fourth Party' (2014) 1(1) International Journal of Online Dispute Resolution 40.

62 Elektronik tahkim ile elektronik araçların kullanıldığı geleneksel tahkim sürecinin farklı olduğu yönünde ayrıca (n 141).

63 Hörnle (n 57) 1; Brannigan (n 18) 6905; Uluç (n 57) 1615.

64 Uluç (n 57) 1615; Arsdale (n 57) 111.

uyuşmazlık yöntemleri ise bunun da ötesine geçmektedir.

Genel olarak ifade edildiği üzere geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri güçlerini yüz yüze iletişim tekniklerinden almakta olsa da çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile amaçlanan da ihtiyaçlar doğrultusunda teknolojinin avantajlarını kullanarak ve var olan tekniklerin üzerine eklemeler yaparak yeni bir yol oluşturmaktadır.⁶⁵ Elektronik iletişim vasıtaları bilgilerin hızlı bir şekilde aktarılmasını sağlamakta ve taraflar arasındaki iletişimi hızlandırmaktadır.⁶⁶ Bu kapsamda çevrimiçi alternatif çözüm yöntemlerinin yüz yüze iletişimin sağlamış olduğu etkileşimi sağlayıp sağlayamayacağı tartışmalı olsa da yüz yüze iletişim eksikliğinden kaynaklı sorunların video konferans gibi olanakların kullanımının artırılması ve bu olanakların geliştirilmesi yoluyla taraflar arasındaki etkileşim oranının artırılması mümkündür.⁶⁷ Şu an için yüz yüze iletişim yerine kullanılacak alternatiflerin video konferans gibi elektronik ortamlarla kısıtlı olması bunun gelecekte de böyle olacağı anlamına gelmemektedir. Günümüzde bile çalışmalara konu olan ve hayata geçirilmeye çalışılan sanal gerçeklik ve hologram çalışmaları da bunun için bir gösterge kabul edilebilir. Kanaatimce günden güne gelişmeye devam eden teknoloji sayesinde taraflar arasındaki iletişimi ve dolayısıyla etkileşimi arttıracak yeni teknikler geliştirilerek bu soruna çözüm bulunabilir durumdadır.⁶⁸

c. Çevrimiçi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Hangi Uyuşmazlıklar Bakımından Uygulanabilir Olduğu Meselesi

Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tanımı konusunda doktrinde birbiri ile aşağı yukarı örtüşen anlayışlar söz konusu olsa da bu çözüm yöntemlerinin hangi uyuşmazlıklar bakımından uygulanabilir olduğu yönünde bugün için uluslararası anlamda ortak bir düzenleme söz konusu değildir.⁶⁹

İlk ortaya çıktığı zamanlarda çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yalnızca elektronik ve düşük değerli uyuşmazlıklar bakımından uygulanabilir olduğu yönünde yanlış bir anlayış mevcuttu ve bu yöntemler ağırlıklı olarak elektronik ticaretten kaynaklanan tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılmaktaydı.⁷⁰ Zira

65 Katsh (n 11) 6.

66 Katsh, Rifkin and Gaitenby (n 44) 719; Benyekhlef and Gelinas (n 39) 87.

67 Katsh, Rifkin and Gaitenby (n 44) 718; Brannigan (n 18) 6913; Benyekhlef and Gelinas (n 39) 129; Arno R. Lodder and John Zeleznikov, 'Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model' (2005) 10 Harvard Negotiation Law Review 297; Video konferans gibi teknolojilerin yüz yüze iletişimin yerini dolduramayacağı yönünde Cortes (n 24) 58 fn 36; Elektronik iletişim vasıtalarının tarafların ve bağımsız konumdaki arabulucu, hakem gibi üçüncü kişilerin taraflarla olan etkileşimini kısıtladığı ve video konferans olanağının yüz yüze etkileşim eksikliğini tam olarak gidermediği yönünde Richard Michael Victorio, 'Internet Dispute Resolution (iDR): Bringing ADR into the 21st Century' (2001) 1(2) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 292-293.

68 Benzer şekilde Seda Özümücü, 'Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları' (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 451.

69 Uluç (n 57) 1615.

70 Serkan Kaya, *Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution* (1st edn, On İki Levha 2020) 15; UNCTAD (n 57) 182; Morek (n 60) 8.

genellikle fiziki olarak farklı yerlerde bulunan taraflar arasındaki elektronik tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için aynı şekilde internet ortamının kullanılmasının mantıklı olduğu düşüncesi hakimdir.⁷¹ Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanımı elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan anlaşmazlıklar ile sınırlı olmamakla birlikte, bu anlaşmazlıklar için özellikle uygun kabul edilmekteydi.⁷² Her ne kadar çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bir süre için elektronik tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için başvurulan bir yöntem olmaya devam etse de gün geçtikçe kullanım alanı genişlemiştir.⁷³ Zamanla çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin çevrimiçi ortamda ortaya çıkan birçok uyuşmazlığın çözümünde kullanılabilecek bir yöntem olabileceği konusunda uluslararası alanda bir fikir birliği oluşmuştur.⁷⁴ Zamanla ister elektronik ticaretten kaynaklansın ister geleneksel yollarla internet yardımı olmadan gerçekleştirilen hukuki işlemlerden kaynaklansın uyuşmazlıkların çözümünde uygun düştüğü ölçüde çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılabileceği anlayışı gelişmiştir.⁷⁵

Günümüzde çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri elektronik ticaretten kaynaklı uyuşmazlıkların yanı sıra genel olarak düşük değerli tüketici uyuşmazlıklarından, yüksek değerli ticari anlaşmazlıklara kadar pek çok uyuşmazlık için kullanılabilir. ⁷⁶Bu kapsamda genel bir değerlendirme yapıldığında denilebilir ki elektronik ticaretin artmasıyla beraber elektronik ticaretten kaynaklanan elektronik uyuşmazlıklar da artarken bu doğrultuda çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanabileceği uyuşmazlıkların kapsamı da genişlemektedir.⁷⁷ Ancak çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru için uyuşmazlığın elektronik ticaretten kaynaklanması yönünde bir zorunluluk da bulunmamaktadır.⁷⁸

Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, özellikle elektronik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde taraflara yeni bir alternatif sunmaktadır. Mevcut düzende elektronik ortamda kurulan özellikle yabancılik unsuru içeren sözleşmeler bakımından geleneksel çözüm yöntemlerinin yetersiz kalması ve elektronik sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların yapısına uygun olmaması sebebiyle çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kullanımı tavsiye ve teşvik edilmektedir.⁷⁹

71 Cortes (n 24) 33; Hörnle (n 57) 2.

72 Cortes (n 24) 33.

73 UNCTAD (n 57) 182.

74 Morek (n 60) 11.

75 Joseph W. Goodman, 'The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber - Mediation Websites', (2003) 2(1) Duke Law & Technology Review 1; Hörnle (n 57) 2; Morek (n 60) 8; Brannigan (n 18) 6902.

76 James C. Melamed, 'Online Dispute Resolution', *2019 Handbook on Dispute Resolution* (Oregon State Bar, 2019) ch 41 3; Genellikle tüketici, aile, iş ve ticaret hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulduğu yönünde Kaya (n 70) 15.

77 Bu doğrultuda Esther van den Heuvel, 'Online Dispute Resolution as a Solution to Cross-border E-disputes: An Introduction to ODR' 13 <<https://www.oecd.org/digit al/consumer/1878940.pdf>> Erişim Tarihi 22 April 2021.

78 Lodder and Zeleznikov (n 67) 300; UNCTAD (n 57) 177.

79 Kalafatoğlu (n 2) 306.

Çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin elektronik tüketici uyuşmazlıkları bakımından uygulaması için verilebilecek örneklerden biri 2016 yılında bu alandaki uzun soluklu çalışmaların ardından Avrupa Komisyonu⁸⁰ (*European Commission*) tarafından elektronik tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılmak üzere faaliyete geçirilen Avrupa Birliği Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Platformu'dur.⁸¹ Bu bölgesel platform Avrupa Birliği'nin tüm resmi dillerinde çevrimiçi olarak hizmet sunacak şekilde tüketicilerin muhtemel bir uyuşmazlık halinde çevrimiçi uyuşmazlık çözüm yollarına ilk başvuru noktası olarak kullanıcı dostu ve etkileşimli bir internet sitesi olarak tasarlanmıştır.⁸² 2016 yılında faaliyete alınan ve çok aşamalı bu sistemde özetle tarafların öncelikli olarak uyuşmazlık hakkında kendi aralarında uzlaşmaları, uzlaşamamaları halinde iste platform üzerinden elektronik şikayet dilekçesi oluşturmaları gerekmektedir.⁸³ Bundan sonraki aşamada ise tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm sağlayıcısı üzerinde anlaşmaları beklenmektedir. Akabinde uyuşmazlığın, üzerinde mutabakata varılan ve platform üzerinden elektronik olarak uyuşmazlığın iletildiği alternatif uyuşmazlık çözüm sağlayıcısı vasıtasıyla en geç 90 gün içerisinde çözüme ulaştırılması ön görülmektedir.⁸⁴ Bu platform ile amaçlanan tüketicilerin ve tacirlerin çevrimiçi ve düşük değerli mal ve hizmet sözleşmelerinden doğan anlaşmazlıklarının basit ve hızlı bir şekilde çözüme ulaştırılmasıdır. Bölgesel olarak faaliyete geçirilen platform üzerinden hizmet veren çözüm sağlayıcılarının anlaşmazlık hakkında bağlayıcı bir karar verip veremeyeceği meselesi ile tarafsız çözüm sağlayıcılarının üstleneceği arabulucu rolü ile ilgili detaylar hakkında düzenlemeler ise üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır.⁸⁵ Bu platform sayesinde Avrupa Birliği'nde yerleşik tüketiciler ve tacirler elektronik ticaretten kaynaklanan anlaşmazlıkları farklı çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm sağlayıcılarının

80 Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği içerisinde üye devletlerden bağımsız bir şekilde birliğin çıkarlarını gözetecek şekilde konumlandırılmış bütünleştirici kurumlarından bir tanesidir.

81 Dayanak mevzuat metinleri için Council Directive 2013/11/EU of 21 May 2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [2002], OJ L 165/63; Council Regulation (EU) No 524/2013 of 21 May 2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [2013], OJ L 165/1; Ayrıca Ivana Markovinovic Zunko, 'Implementation of the ODR (Online Dispute Resolution) Platform According to the Regulation (EU) No 524/2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes' (16th International Scientific Conference on Economic and Social Development – The Legal Challenges of Modern World, Split, September 2016) 270; Söz konusu sistemin Amazon, e-Bay ve Alibaba gibi dünya üzerindeki elektronik ticaret liderlerinin kendi iç şikayet prosedürleri ile beraber yürütülecek şekilde tasarlandığı yönünde Andrew Goodman, *Arabuluculuğa Hazırlanmak – Arabuluculuktan Yararlanacaklar için Rehber*, (1st edn, Mediation Publishing 2017) 11; Uygulamanın ilk yılında 24.000'den fazla tüketici şikayet başvurusu alındığı ve uyuşmazlıkların çoğunun dış giyim, uçak bileti ve bilgi teknolojileri ürünlerinden kaynaklandığı yönünde Commission, 'Buying online and solving disputes online: 24.000 consumers used new European platform in first year' (Press release, 24 March 2017) IP/17/727.

82 Kalafatoğlu (n 2) 332.

83 Council Regulation (EU) No 524/2013 of 21 May 2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [2013], OJ L 165/1, art 8.

84 Council Regulation (EU) No 524/2013 of 21 May 2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [2013], OJ L 165/1, arts 9-10; Council Directive 2013/11/EU of 21 May 2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [2002], OJ L 165/63, art 8/e.

85 Kalafatoğlu (n 2) 333; Council Directive 2013/11/EU of 21 May 2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [2002], OJ L 165/63, arts 9-10.

bulunduğu bir sisteme elektronik ortamda taşıma imkânına kavuşmuşlardır.⁸⁶ Avrupa Birliği'nin çevrimiçi alternatif çözüm yollarını desteklemesinin nedeni olarak bu yöntemlerin iyi bir şekilde işleminin mal ve hizmetlerin alıcısı konumunda olan tüketicileri birlik içerisindeki diğer tacirlerden elektronik olarak alışveriş yapmaya ve herhangi bir problemle karşılaştıkları hallerde çözüm aramaya teşvik edecek olması gösterilmektedir.⁸⁷

2. Elektronik Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişli Olup Olmadığı Meselesi

Herhangi bir uyuşmazlık bakımından tahkim yargılamasına başvurulabilmesi için taraf iradelerinin yanı sıra söz konusu uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekmektedir. Bu doğrultuda elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da tahkim yoluyla çözüme ulaştırılabilmesi için öncelikli olarak tahkime elverişli olup olmadıklarının tespiti gerekir.

Genel olarak objektif tahkime elverişlilikte tarafların iradelerine bağlı olmayan uyuşmazlıklar sınır olarak belirlenmiştir.⁸⁸ Ancak bu alanda karşılaştırmalı hukuk düzeninde yeknesaklığı sağlayacak herhangi bir uluslararası düzenleme bulunmamaktadır.⁸⁹ UNCITRAL Model Kanunu da objektif tahkime elverişlilik meselesi ile ilgili bir tanım getirmemiş ve her devlete tahkime elverişli meseleleri kendi iç hukuklarında düzenleme yetkisi vermiştir (m.1/5).⁹⁰ Objektif tahkime elverişliliğin taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının bir şartı olup olmadığı meselesi de öğretide tartışmalıdır.⁹¹ Akıncı'ya göre tahkime elverişlilik ile tahkim anlaşmasının geçerliliği farklı meseleler iken bir başka görüşe göre ise tahkime elverişlilik meselesi tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyen bir husus olup bu kapsamda tahkime elverişli olmayan bir konu hakkında taraflar arasında tahkim anlaşması veya şartının

86 Goodman (n 81) 29.

87 Commission 'A step forward for EU Consumers: Questions & Answers on Alternative Dispute Resolution and Online Dispute Resolution' (Memo, 12 March 2013) MEMO/13/193, 1.

88 Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, 'Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2008) 119; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1st edn, Vedat 2010) 12; Ayrıca tahkime elverişliliğin konu ve ehliyet bakımından olmak üzere kendi içinde objektif ve subjektif tahkime elverişlilik olarak ikiye ayrıldığı yönünde Nevhis Deren Yıldırım, 'Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik' *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan* (1st edn, Vedat 2007) 51-52; Huysal (n 88) 2; Bu kapsamda bir konunun tahkime elverişli olup olmadığı meselesinin objektif tahkime elverişliliğin konusunu oluştururken, tarafların tahkim anlaşması akdetmeye ehil olup olmadıkları meselesinin subjektif tahkime elverişliliğin konusunu oluşturduğu yönünde Huysal (n 88) 15ff; Gökçe Kurtulan, 'Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği' (2017) (131) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 240; Kaya (n 70) 139.

89 Kurtulan (n 88) 240.

90 Deren Yıldırım (n 88) 52; Tahkime elverişlilik konusunda farklı ülkelerin düzenlemeleri hakkında detaylı bilgi için Huysal (n 88) 26ff; Öte yandan yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (RG 5.7.2001/24453) m.15/A/2/a hükmü uyarınca hakem ya da hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması hakem kararının iptal sebebi olarak sayılmıştır. Ayrıca anılan kanunda Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların ve iki tarafın iradesine bağlı olmayan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenemeyeceği düzenleme konusu yapılmıştır (MTK m.1/4). Bu yönde Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (1st edn, Vedat 2016) 51,72-73.

91 Kurtulan (n 88) 242.

akdedildiği hallerde söz konusu tahkim anlaşmasının veya şartının geçersiz olduğu kabul edilmektedir.⁹²

Türk hukukunda tüketici ve haliyle elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından da tahkim yargılamasına başvurulabilmesi için söz konusu uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekmektedir. Aslında diğer mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları gibi tahkim yargılamasının da özellikle uluslararası nitelikli tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için uygun bir yöntem olduğundan bahsedilebilir.⁹³ Ancak taraflarından birinin zayıf konumda olduğu tüketici sözleşmeleri gibi sözleşmeler bakımından tahkime elverişlilik meselesi ayrıca önem arz etmektedir.⁹⁴ Türk milletlerarası tahkim hukukunda zayıf tarafın korunması amacıyla tüketicinin taraf olduğu sözleşmeler bakımından uyuşmazlıkların tahkim yargılaması ile çözüme ulaştırılacağı yönündeki tahkim şartlarının geçersiz olduğu kabul edilmektedir.⁹⁵ Bir görüşe göre zayıf konumdaki tüketicilerin müzakere etmeden kabul etmek zorundaki kaldıkları tahkim şartlarının geçersiz olmasının temelinde tüketicinin mahkemeler tarafından daha iyi korunacağı düşüncesi yatmaktadır.⁹⁶ Bir diğer görüş ise tüketici uyuşmazlıkları bakımından kanunda tüketicilerin başvurmaları gereken zorunlu bir uygulamanın ayrıca düzenlenmiş olduğundan ve tüketicilerin korunması amacının mahkemelerce gerçekleştirilebilecek olduğundan bahisle tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli kabul edilmediğini savunmaktadır.⁹⁷ Bir diğer görüşe göre⁹⁸ ise her durumda uyuşmazlık ortaya çıkmadan tüketicilerin akdemiş oldukları tahkim anlaşmaları haksız şart⁹⁹ denetimine takılacak ve bu nedenle geçersiz sayılacaktır.¹⁰⁰

92 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 90) 114 fn 216; Huysal (n 88) 14; Kaya (n 70) 145.

93 Tüketicilerin ilgili mevzuat hükümleri uyarınca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurabileceğini öngören 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 28.11.2013/28835 m.68/5 hükmü doğrultusunda tüketicilerin arabuluculuk yoluna başvurabileceği ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (RG 22.6.2012/28331) üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulacağına ilişkin düzenlemesi kapsamında tüketici uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuk yolu açık tutulmuş olup bu yönde detay bilgi için Kurtulan (n 88) 253-254.

94 Süheyla Balkar Bozkurt, 'Online Tahkim' (2014) (Ocak 2014) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 487.

95 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 90) 85; Bu yönde detaylı bilgi için Kalafatoğlu (n 2) 320; Tüketici uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuk yolunun kanun koyucu tarafından açık tutulmasına rağmen tahkim yolunun zımnen kapatılmış olmasının hukuki olarak izahı bulunmadığı yönünde Kurtulan (n 88) 253.

96 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 90) 85.

97 Huysal (n 88) 129; Benzer şekilde paket-tur sözleşmesinde yer alan tahkim şartının haksız şart niteliğinde olduğu ve yazılmamış sayılması gerektiği yönünde Yargıtay 13 HD, 3492/11120, 25.09.2008; Tüketici hukukunun amacının sadece tüketiciyi değil kamu düzenini de korumak olduğu bu nedenle tüketici uyuşmazlıklarının miktara göre mutlaka tüketici mahkemelerinde veya tüketici hakem heyetinde çözüme kavuşturulması gerektiği yönünde Yargıtay 13 HD, 6195/12026, 20.10.2008; Detay bilgi için ayrıca Seda Özümücü, '6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış' (2014) 16(Özel Sayı: Hakan Pekcantez'e Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 833ff.

98 Kurtulan (n 88) 258.

99 Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (RG 17.6.2014/29033) Ek-1 m.1/n hükmünde hakeme başvuru öngören şartlar doğrudan haksız şart olarak kabul edilmiştir. Anılan düzenlemenin yerindeliği ve temelinde yatan Avrupa Birliği düzenlemesi ile ilgili detay bilgi için Kurtulan (n 88) 256ff; Tüketici sözleşmelerinde haksız şartların unsurları hakkında detaylı bilgi için Süleyman Topak, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları' (2016) (122) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 281ff; Ferman Kaya, *E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukuku Uygulamaları* (1st edn, Seçkin 2016) 270.

100 *ibid* 258.

Yargıtay da benzer bir yaklaşım ile vermiş olduğu bir kararda tüketiciyle müzakere edilmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye eklenen ve iyi niyet koşullarına aykırı olarak tarafların sözleşmesel hak ve yükümlülüklerinde dengesizliğe sebep olan şartların haksız şart niteliğinde olduğundan bahisle paket-tur sözleşmesinde yer alan ve uyuşmazlıkların çözümünde tüketici mahkemelerinin görevini ortadan kaldıran tahkim şartının tüketici bakımından bir bağlayıcılığı olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁰¹ Bu kapsamda kanaatimce her tahkim şartını doğrudan taraflar arasında eşitsizliğe sebep olacak ve sözleşmenin karşı tarafının aleyhine bir hüküm olarak kabul etmek yerinde bir yaklaşım değildir.¹⁰²

Öte yandan tüketici uyuşmazlıkları bakımından uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra akdedilen tahkim sözleşmelerinin geçerliliği konusu uyuşmazlık ortaya çıkmadan akdedilen tahkim sözleşmelerinin geçerliliği kadar tartışmalı değildir. Bu kapsamda Huysal'a göre uyuşmazlık doğduktan sonra akdedilen tahkim sözleşmelerinin geçerliliğini etkileyen bir engel bulunmamaktadır.¹⁰³ Kurtulan ise uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra akdedilen tahkim sözleşmelerinin yanı sıra tüketiciler tarafından ayrıca müzakere edilerek akdedilmiş tahkim şartlarının da geçerli kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁴ Bu doğrultuda yalnızca tüketici uyuşmazlıkları ve haliyle elektronik tüketici uyuşmazlıkları bakımından değil genel olarak zayıf tarafın korunduğu sigorta ve iş hukuku sözleşmeleri bakımından ortada herhangi bir uyuşmazlık yok iken akdedilen ve haksız şart niteliğini haiz tahkim şartlarının veya bu yöndeki tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı sonucuna varılabilir.¹⁰⁵ Fakat uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra sözleşmenin zayıf tarafında olan tüketicinin korunması ihtiyacının daha az olacağından bahisle uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra akdedilen tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi ile ilgili olarak aynı sonuca varmamak gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁶

101 Yargıtay 13 HD, 7789/12275, 25.09.2006; Bu kapsamda satıcının veya sağlayıcının genel işlem şartları hakkında tüketiciyi bilgilendirmesi ve genel işlem şartlarının içeriğini öğrenmesine imkan sağlaması gerektiği yönünde ayrıca Zeynep Özcan and Ali Türk 'Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi' (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1493; Bu yönde ayrıca Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 90) 87.

102 Melis Sılcı Korkmaz, *New York Konvansiyonu Uyarınca Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet* (1st edn, On İki Levha 2020) 71; Genel olarak tahkim şartının genel işlem şartlarında düzenlenmiş olmasının başlı başına tahkim şartının geçersiz olmasına sebep olarak kabul edilmemesi gerektiği ve tahkim şartının genel işlem koşulları kapsamında öngörülmesini engelleyen bir düzenleme olmadığı yönünde ve hatta ayrıca internet üzerinden akdedilen sözleşmeler bakımından genel işlem şartlarının kabul edildiğine ilişkin kutucuğun tıklanmasının milletlerarası tahkim anlaşmaları için öngörülüş şekli şartını karşılayacağı yönünde Berk Demirkol, 'Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması' (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 1346ff; Benzer şekilde genel olarak ana sözleşmenin parçası veya eki olduğu belli olan genel işlem şartları altında yer alan tahkim şartının taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması kurulduğunun kabulü için yeterli olduğu yönünde Sibel Özel, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması' (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 319.

103 Huysal (n 88) 130.

104 Kurtulan (n 88) 258.

105 Benzer şekilde bir diğer zayıf tarafın korunduğu sözleşme tipi olan iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı yönünde Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 90) 79ff.

106 Huysal (n 88) 130; Kalafatoğlu (n 2) 321.

Avrupa ülkeleri özelinde bir değerlendirme yapıldığında ise bu yönde sadece birkaç ülkenin yasal mevzuatında hüküm bulunduğu görülmektedir.¹⁰⁷ Avrupa ülkeleri bakımından genel eğilim, tahkim şartlarının tüketici lehine olacak şekilde geçersiz sayılabileceği ancak tüketicilerin rızası doğrultusunda tahkim yargılamasına gidilebileceği yönündedir.¹⁰⁸ Amerikan hukuku bakımından ise daha liberal bir anlayış benimsenmiş olup genel olarak tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Ancak bu yaklaşım doğrultusunda tüketiciler bazen haksız tahkim şartları sebebiyle yüksek bedelli tahkim yargılamalarına katılmak zorunda kalabilmektedir.¹¹⁰ Bu kapsamda, tüketicilerin yüksek tahkim masraflarına katılmak durumunda kalmalarına sebep olacak veya tüketicilerin bazı haklarını kullanmalarını engelleyecek tahkim yargılamaları bakımından mahkemelerin ilgili tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedebileceği kabul edilmektedir.¹¹¹ Bu nedenle de her ne kadar tüketici uyuşmazlıklarında tahkim yargılaması yaygın bir şekilde kullanıyor olsa da elektronik tüketici uyuşmazlıklarının genellikle düşük değerli uyuşmazlıklar olduğundan bahisle Amerikan hukuku kapsamında tahkim yargılamasının yapısına uygun düşmediğinden bahsedilmektedir.¹¹²

Belirtmekte fayda vardır ki diğer şartlar bir yana 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi (“New York Sözleşmesi”)¹¹³ kapsamında bir hakem kararı hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesi için de söz konusu hakem kararının tanıma ve tenfizin talep edildiği ülkenin hukukuna göre tahkime elverişli bir hususa ilişkin olması gerekmektedir (m.V.2a) Bu kapsamda elektronik tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli kabul edilmediği bir hukuk düzeni bakımından bu hususta verilmiş bir karar tanıma tenfiz şartlarını sağlayamayacağından kararın tanınması ve tenfizi yönündeki talep reddedilecektir. Üstelik bu hususun aleyhine tenfiz talep edilen tarafından ileri sürülmesine de gerek yoktur. Zira ilgili devlet mahkemesinin söz konusu şartın sağlanıp sağlanmadığını resen dikkate alma yetkisi bulunmaktadır.¹¹⁴

107 Bu kapsamda örnek olarak Finlandiya uygulamasında tüketici uyuşmazlıkları bakımından tahkime gitmek yasak iken İspanya ve Portekiz de bu uyuşmazlıklar bakımından tahkim yargılamasına başvurmak mümkündür. Bu yönde Benykhlef and Gelinas (n 39) 64 fn 178; Fransız hukuk sisteminde yabancılık unsuru içeren tüketici sözleşmelerindeki tahkim şartının geçerli olabileceğine ilişkin yargı kararları mevcut iken yabancılık unsuru içermeyen tüketici sözleşmelerindeki tahkim şartının geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde Kaya (n 70) 143; Alman ve Avusturya hukukunda genel olarak ayrı bir tahkim anlaşması yapılması şartıyla tüketicilerin taraf oldukları uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir. İsveç hukukunda ise uyuşmazlık çıkmadan önce akdedilen tahkim anlaşmaları geçersiz kabul edilmektedir. Bu yönde Kalafatoğlu (n 2) 322 fn 54-56.

108 UNCTAD (n 57) 179.

109 Bu yönde Kalafatoğlu (n 2) 323-324.

110 Benykhlef and Gelinas (n 39) 66.

111 Kaya (n 70) 149.

112 Bu yönde ancak B2B sözleşmeler bakımından tahkim şartının geçerli kabul edileceği yönünde UNCTAD (n 57) 179; Bu yönde Kalafatoğlu (n 2) 323-324.

113 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Dair Kanun, Kanun Numarası:3731, Kabul Tarihi:8.5.1991, RG 25.9.1991/21002; Ayrıca New York Sözleşmesi'nin milletlerarası hakem kararlarının tanınması ve tenfizde milletlerarası hukuk alanındaki en önemli düzenleme olduğu yönünde Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 90) 36.

114 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (1st edn, Beta 2017) 578.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında denilebilir ki diğer hususlar bir yana tahkime elverişlilik meselesinin tüketicilerin haklarını aramalarının önünde engel teşkil etmemesi ve adalete erişimlerini kısıtlamaması adına elektronik ticaretten kaynaklanan ve tüketicilerin taraf olduğu özellikle yabancı unsurlu ve düşük değerli uyuşmazlıklar bakımından elektronik tahkim imkanının tanınması ve bu kapsamda gerekli hukuki alt yapının hazırlanması daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.¹¹⁵ Zira özellikle Türk milletlerarası tahkim hukukunda zayıf tarafın korunması amacıyla tahkim anlaşmasının uyuşmazlık öncesinde yapılmış olduğu tüketici uyuşmazlıkları bakımından tahkim yolunu kapatan mevcut yaklaşım tüketicilerin korunmasından ziyade adalete erişim ve hak arama sürecini zorlaştırarak tüketiciler aleyhine sonuçlar doğuracak niteliktedir. Bu anlayışın özellikle yabancı unsurlu ve düşük değerli elektronik tüketici uyuşmazlıkları bakımından tahkim anlaşmasının uyuşmazlık öncesinde veya sonrasında yapıldığına bakılmaksızın öncelikli olarak terk edilmesi ve elektronik tahkim gibi detayları aşağıda detaylıca incelenecek olan bir müesseseden faydalanabilme imkanının getirilmesi yerinde olacaktır.

3. Çevrimiçi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Elektronik Tahkim

İnternetin gelişmesi ile birlikte hakemlerin ve uyuşmazlık taraflarının elektronik olarak tahkim sürecine katılmaları mümkün hale gelmiş ve bu alanda hizmet vermek üzere özelleşmiş kurumsal tahkim için internet siteleri kurulmuştur. Özetle, çevrimiçi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak elektronik tahkim fikri uygulamaya geçirilmiştir.¹¹⁶

Elektronik tahkim anlamında ilk denemelerden birisi 1995-1996 yıllarında Amerika’da Ulusal Otomatik Bilgi Araştırmaları Merkezi (*National Center for Automated Information Research*), Amerikan Tahkim Kurumu (*American Arbitration Association – “AAA”*) ve Siber Hukuk Enstitüsü (*Cyberspace Law Institute*) önderliğinde Villanova Üniversitesi’nde uygulamaya konan “Sanal Hakem Projesi (*Virtual Magistrate Project*)”dir.¹¹⁷Söz konusu proje ile amaçlananlardan birisi internet kullanıcılarının sistem sağlayıcılarına veya diğer internet kullanıcılarına karşı elektronik ortamdaki haksız fiil niteliğindeki eylemlerinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde çevrimiçi çözüm yöntemlerinin kullanımının mümkün olup olmayacağını test edilmesiydi.¹¹⁸ Aynı zamanda uyuşmazlık taraflarına 72 saat gibi bir sürede hızlı ve ucuz bir çözüm yolunun sağlanması amaçlanmaktaydı.¹¹⁹ Proje şu şekilde işlemektedir: Uyuşmazlık tarafları bunun için tasarlanmış özel bir sisteme kaydolarak

115 Balkar Bozkurt (n 94) 492.

116 Ziya Akıncı, ‘Elektronik Tahkim’ (Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir May 2001) 429; *Online tahkimin online uyuşmazlık çözüm yöntemleri kapsamında alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu yönünde Özümücu* (n 68) 434.

117 Cortes (n 24) 54; Stewart and Matthews (n 22) 1123; Victorio (n 67) 281.

118 Ercan (n 20) 42; Victorio (n 67) 283; Frank A. Cona, ‘Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution’ (1997) 45(3) *Buffalo Law Review* 988.

119 Victorio (n 67) 284; Martin C. Karamon, ‘ADR on the Internet’ (1996) 11 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 548.

bu sisteme gönderilen bütün mesajları görüntüleyebilir hale gelmekteydi. Bu sayede taraflar arasındaki iletişim kolaylaştırılarak süreç boyunca taraflar arasındaki erişim adaleti sağlanmaktaydı. Süreci başlatmak isteyen taraf elektronik posta vasıtasıyla veya sistemin internet sitesi üzerinden herhangi bir ücret ödmeden şikayet formunu doldurmaktaydı.¹²⁰ Şikayet alındıktan sonra AAA tarafından eğitilmiş hakemlerin yer aldığı bir havuzdan uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için alanında uzman bir hakem görevlendirilmekteydi.¹²¹ Tarafların ve hakemlerin yapmış oldukları tüm gönderimler taraflar için özgülenmiş bir elektronik adrese gönderilmekte ve katılımcılar bu adrese gönderilen tüm mesajları otomatik olarak almaktaydı. Hakem uyuşmazlıkla ilgili bir karara vardığında da kararını bu elektronik adrese göndererek tüm tarafların aynı anda kararı öğrenmelerini sağlamaktaydı. Uyuşmazlık özelinde özellikle hakem ile gizli mesajların paylaşımı için bir sistem de düşünülmüştü. Ancak gizli mesajların iletimi için tarafların gizlilik talebi ile bu sistem üzerinden hakem ile iletişime geçmesi ve hakemin bu talebi uygun görmesi gerekmekteydi.¹²² Süreç tamamen gizli bir şekilde yönetilse de süreç sonunda tesis edilen kararlar Villanova Üniversitesi'nin projeye ilişkin sayfasında internet üzerinden kamu ile paylaşılmaktaydı.¹²³

Öğretide elektronik tahkim alanındaki ilk denemelerden biri olan Sanal Hakem Projesinin başarısız olmasının ardında pek çok neden olduğu belirtilmektedir. Buna göre öncelikli olarak Sanal Hakem Projesi vasıtasıyla çözüme ulaştırılabilecek uyuşmazlıkların kapsamı bakımından hatalı bir değerlendirme yapılmış ve elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların hatalı bir şekilde kapsam dışında bırakılmıştır. Hatta Sanal Hakem Projesi vasıtasıyla çözüme kavuşturulması öngörülen uyuşmazlıkların elektronik tahkim yerine elektronik arabuluculuk müessesesinin uygulanmasına daha uygun olduğu da belirtilmiştir.¹²⁴ Bunun dışında Sanal Hakem Projesi güvenilirliği tartışmalara konu elektronik postaya dayanan ilkel bir yazılım üzerine kurgulanmıştı. Üstelik Sanal Hakem Projesi kapsamında tesis edilen kararların icrası ile ilgili endişelerin de uygulamaya olan ilgiyi azalttığı belirtilmektedir. Ancak uygulamanın başarısızlığının arkasındaki en önemli etken olarak uyuşmazlık taraflarında yeterli farkındalığın sağlanamamış olması ve tarafları elektronik tahkim sürecine ikna etmenin zor olması gösterilmektedir.¹²⁵ Projenin başarılı bir uygulama sağlayıp sağlamadığı hususu bir yana¹²⁶ elektronik ticaretten kaynaklanan

120 Victorio (n 67) 283.

121 *ibid* 284 fn 30; Cona (n 118) 987.

122 Robert Gellman, 'A Brief History of the Virtual Magistrate Project: The Early Months' (The Online Dispute Resolution Conference, Washington DC, May1996).

123 Benyekhlef and Gelinis (n 39) 90; Karamon (n 119) 548.

124 Benyekhlef and Gelinis (n 39) 90-91.

125 Cortes (n 24) 55; Benzer şekilde Gurinder Bains and Kevin Andrade, 'The Potential for Mediating Disputes Online' (Cfcj-fcjc.org, 2001) 6-7 <<https://www.cfcjfcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/174>.

36-mediating_disputes_online.pdf>Erişim Tarihi 5 May 2021.

126 Projenin pek çok sorunla karşılaştığı çünkü uyuşmazlık taraflarının uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla çözülmesine rıza göstermekten imtina ettikleri yönünde Katsh, Rifkin and Gaitenby (n 44) 709.

uyuşmazlıkların çözümünde hızlı ve düşük bütçeli bir çözüm arayışının varlığını göstermesi ve kendinden sonraki uygulamalar için yol gösterici olması açısından önemi tartışmasızdır.

Elektronik tahkim süreci aslında geleneksel anlamdaki tahkim sürecinin elektronik ortamda yürütülmesini ifade eder. Tahkim yargılamasının elektronik ortamda yürütülmesinin önünde hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Zira irade serbestisi kapsamında ulusal ve uluslararası mevzuatlar taraflara genellikle tahkim yargılamasının usulünü belirlemek konusunda geniş bir serbesti tanımaktadır.¹²⁷ Üstelik tahkim yargılamasının elektronik ortamda taraflara sağlamış olduğu avantajlar düşünülünce, uyuşmazlığın taraflarının belirlemiş olduğu sınırlar çerçevesinde, hakemlerin teknolojik imkanlardan faydalanarak çevrimiçi bir ortamda yargılamayı yürütmeleri pekala mümkündür.¹²⁸

Elektronik tahkimi geleneksel tahkim yönteminden ayıran en önemli özellik diğer çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi sürecin tamamen elektronik ortamda yürütülmesinden ileri gelmektedir.¹²⁹ Elektronik tahkimde, yargılama boyunca karara ulaşmada kullanılan araçlar farklılaşmaktadır.¹³⁰ Yoksa geleneksel tahkim sürecinde olduğu gibi elektronik tahkim süreci de elektronik araçlar vasıtasıyla akdedilen geçerli bir tahkim sözleşmesi ile başlayıp bir tahkim kararı ile sona ermektedir.¹³¹ Geleneksel tahkim yargılamasından farklı olarak elektronik tahkimde, tarafların kendi aralarındaki veya hakemlerle olan iletişimleri elektronik ortamda gerçekleşmekte, beyan ve deliller dahil olmak üzere sürece ilişkin tüm belgeler elektronik ortamda elektronik posta veya diğer iletişim platformları aracılığıyla iletilmekte ve tüm süreç fiziki olarak bir araya gelmeden yürütülmektedir.¹³²

127 Ziya Akıncı, 'Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim' (Milletlerarası Tahkim Semineri, 2013) 110; Balkar Bozkurt (n 94) 482.

128 Katsh, Rifkin and Gaitenby (n 44) 723.

129 Elektronik tahkimin sürece ilişkin tüm işlemlerin elektronik ortamda yürütüldüğü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu yönünde Jasna Arsic, 'International Commercial Arbitration on the Internet: Has the Future Come Too Early?' (1997) 14(3) Journal of International Arbitration 209; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, 'Online International Arbitration' (2007) 4(1) Ankara Law Review 84; Geleneksel tahkim yargılamasında teknolojinin sunmuş olduğu elektronik iletişim araçlarından yararlandığı hallerde tahkim süreci için elektronik tahkim, tüm sürecin çevrimiçi ortamda yürütüldüğü tahkim süreci için ise *online* tahkim kavramının kullanılması gerektiği ve *online* tahkim süreci neticesinde verilen kararların bağlayıcı olmaması nedeniyle *online* tahkim müessesesinin tahkim yargılaması olarak nitelendirilemeyeceği yönünde Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (n 14) 217.

130 Balkar Bozkurt (n 94) 468.

131 Kaya (n 70) 22; J. Cesar Betancourt and Elina Zlatanska, 'Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, and Is It the Way Forward' (2013) 1(3) International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management 262.

132 Akıncı, Elektronik Tahkim (n 116) 429; Ercan (n 20) 100; Balkar Bozkurt (n 94) 469; 21 Şubat 2019 tarihi itibarıyla geçerli olan Shenzhen Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin (*Shenzhen Court of International Arbitration*) Elektronik Tahkim Kuralları (*Online Arbitration Rules*) m.2/1 hükmünde elektronik tahkim, tahkimin internet veya diğer bilgi teknolojileri vasıtasıyla yürütüldüğü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmış olup m.6 hükmünde elektronik tahkim yargılamalarının elektronik olarak yürütüleceği ve davanın kabulü, ücret ve masrafların ödenmesi, delil ikamesi ve hakem kararının tesisi gibi yargılamaya ilişkin tüm işlemlerin genel olarak elektronik ortamda yürütüleceği düzenleme konusu yapılmıştır. Her ne kadar m.23/2 hükmünde gerekli hallerde hakem heyetinin duruşmaların "*offline*" olarak yürütülmesine karar verebileceği düzenlenmiş olsa da genel eğilimin elektronik tahkim sürecinin her aşamasının fiziki olarak bir araya gelmeden yürütülmesi yönünde olduğu sonucuna varılabilir. Anılan kurallar için Shenzhen Uluslararası Tahkim Mahkemesi Elektronik Tahkim Kuralları 2019 <<http://www.scia.com.cn/files/fckFile/file/SCIA%20Online%20Arbitration%20Rules.pdf>> Erişim Tarihi 2 September 2021.

Bu kapsamda kanaatimce bir tahkim yargılamasının elektronik tahkim yargılaması olarak nitelendirilebilmesi için sürecin tamamen elektronik ortamda yürütülüyor olması önem arz etmektedir. Ancak öğretide bir görüş önemli işlemlerin çevrimiçi teknoloji vasıtasıyla elektronik ortamda yürütüldüğü bir tahkim sürecinde sadece bazı usul işlemlerinin fiziki olarak gerçekleştirilmesinin söz konusu tahkim sürecinin elektronik tahkim olarak nitelendirilmesine engel olmayacağını savunmaktadır.¹³³ Bir diğer görüş ise işlemin niteliğine bakmaksızın sürecin bir kısmının fiziki bir kısmının elektronik ortamda yürütüldüğü tahkim yargılamasını “kısmi” elektronik tahkim olarak nitelendirmektedir.¹³⁴

Sürecin sanal ortamda yürütülmesinin yanı sıra elektronik tahkimi geleneksel tahkim yargılamasından ayıran bir diğer unsur verilen kararların bağlayıcılığı ile ilgilidir.¹³⁵ Zira geleneksel tahkim yargılamasında kural hakem kararlarının bağlayıcı olmasıdır. Buna karşılık, elektronik tahkimde durum farklıdır. Elektronik tahkimde bağlayıcı tahkim gibi bağlayıcı olmayan tahkim imkanı da bulunmaktadır. Her ne kadar bağlayıcı olsun olmasın elektronik tahkim faaliyetinin aynı kurallar çerçevesinde yürütüldüğünden bahsedilse de¹³⁶ bağlayıcı olmayan tahkimin aslında tahkim müessesesinin özünde yatan bağlayıcılık karakteri ile çeliştiği de sıklıkla dile getirilmektedir.¹³⁷ Elektronik tahkim ile geleneksel tahkim yargılamasını birbirinden ayıran bağlayıcılık unsuru elektronik tahkim müessesesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi hususunda da önem arz etmektedir. Tarafların bağlayıcı olmayan tahkim yolunu seçtiği haller dışında elektronik tahkim süreci neticesinde verilen kararlar da tıpkı geleneksel tahkim yargılamasında olduğu gibi bağlayıcı olmakta ve tenfiz işlemine konu olabilmektedir.¹³⁸ Bu bağlamda bağlayıcı nitelikteki kararların verildiği elektronik tahkim yargılamasının gerçek anlamda bir tahkim yargılaması olarak kabul edilebilirliği hususu açık olsa da bağlayıcı olmayan bir elektronik tahkim süreci söz konusu olduğunda elektronik tahkim müessesesinin hukuki nitelendirmesini yapmak zorlaşmaktadır.¹³⁹ Elektronik

133 Chinthaka Liyanage, ‘Online Arbitration Compared to Offline Arbitration and the Reception of Online Consumer Arbitration: An Overview of Literature’ (2010) 22(1) Sri Lanka Journal of International Law 180.

134 Farzaneh Badiei, ‘Online Arbitration Definition and Its Distinctive Features’ in Marta Poblet, Brooke Abrahams and John Zeleznikow (eds), ODR (CEUR-WS.org 2010) 92; Bu tarz tahkim yargılamalarının “geniş anlamda *online* tahkim” olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde Balkar Bozkurt (n 94) 472-473.

135 Balkar Bozkurt (n 94) 469.

136 Balkar Bozkurt (n 94) 470.

137 Bu yönde ve belki de bu anlayışın gelişen teknoloji ve koşullarla beraber tekrardan gözden geçirilmesi gerektiği yönünde Thomas Schultz, ‘Online Arbitration: Binding or Non-Binding?’ (ADR Online Monthly, 2002) <<http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html>> Erişim Tarihi 2 March 2021.

138 Akıncı, Elektronik Tahkim (n 116) 435; Ercan (n 20) 100; Bozkurt Yüksel, Online International Arbitration (n 129) 92-93.

139 Gabrielle Kaufmann-Kohler, ‘Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration’ in Gerald Aksen (ed) *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber amicorum in honor of Robert Briner* (1st edn, ICC 2005) 442; Bağlayıcı nitelikte bir kararın verilmediği bu tarz yöntemlerin tahkim yargılaması olarak nitelendirilmemesi gerektiği yönünde ayrıca Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (n 14) 217ff; Bağlayıcı kararların tahkim yargılamasını diğer uyuşmazlık çözüm yollarından ayıran unsur ve tahkim sürecinin amacı olduğu ve bu nedenlerle çevrimiçi bir tahkim kararının taraflardan herhangi birini bağlamadığı durumlarda sürecin gerçek bir tahkim yargılaması olarak kabul edilemeyeceği yönünde Badiei (n 134) 91; Bağlayıcı elektronik tahkim uygulaması için “mükemmel tahkim biçimi (*perfect form of arbitration*)” nitelendirmesi için Schultz (n 137) 3.

tahkim neticesinde verilen kararların yerine getirilmesinin tarafların iradesine bırakıldığı bir diğer ifade ile bağlayıcı olmayan bir elektronik tahkim yargılamasının söz konusu olduğu hallerde sürecin tahkim olarak nitelendirilmemesi ve sürecin ancak sözleşme hukukuna ve başvuru elektronik tahkim sağlayıcısının kurallarına tabi olarak değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmektedir.¹⁴⁰

Son olarak, elektronik tahkim müessesesi ile günümüzde özellikle COVID-19 küresel salgını sebebiyle çevrimiçi olanaklardan faydalanılarak yürütülen geleneksel tahkim sürecini ayırt etmekte fayda bulunmaktadır. Her ne kadar tüm dünyada baş gösteren COVID-19 küresel salgını sebebiyle pek çok işlem gibi tahkim süreci de elektronikleşmeden nasibini almış olsa da elektronik tahkim ile geleneksel tahkim sürecinin elektronik ortamda yürütülmesi aynı şey değildir. Zira kanaatimce tahkim sürecinin bir kısmının elektronik ortamda yürütülmesi, örneğin duruşmaların elektronik olarak gerçekleştirilmesi geleneksel tahkim yargılamasını elektronik tahkim olarak nitelendirmeye yetmez. Öğretide de tahkim sürecine ilişkin temel işlemlerin fiziki olarak yürütüldüğü ancak teknolojinin sadece kolaylaştırıcı veya hızlandırıcı bir araç olarak kullanıldığı hallerde söz konusu tahkim yargılamasının elektronik tahkim olarak nitelendirilemeyeceği savunulmaktadır.¹⁴¹Bu farklılığa dikkat çekmek için Milletlerarası Tahkim Odası (“MTO”) nezdinde yürütülen tahkim süreci örnek verilebilir. Zira MTO’nun 9 Nisan 2020 tarihinde yayınlamış olduğu COVID-19 Küresel Salgının Etkilerini Azaltmaya Yönelik Alınabilecek Önlemlere İlişkin Kılavuz’da yer alan önemli düzenlemelerden biri çevrimiçi duruşmalara ve tahkim sürecinin uzaktan yürütülmesine ilişkindir. Yine MTO’nun revize ettiği ve 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren tahkim kurallarınının 26. maddesinde de çevrimiçi duruşmalar düzenleme konusu yapılmıştır. Anılan düzenlemeler uyarınca MTO nezdinde yürütülen tahkim yargılamasında sürecin elektronik ortamda yürütülmesi ve duruşmaların elektronik ortamda yapılması mümkün olmakla birlikte bu özellik kanaatimce söz konusu kurumsal tahkim müessesesinin elektronik tahkim olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Zira taraflardan birinin talep etmesi halinde duruşmaların çevrimiçi olarak gerçekleştirilmesi mümkün olmayıp tarafların fiziki olarak bir araya gelmesi gerekmektedir. Bu nedenle burada elektronik tahkim müessesesinden ziyade geleneksel tahkim sürecinin teknolojik imkanlardan faydalanılarak elektronik ortama uyarlanması söz konusudur.¹⁴²

Ülkemizde de İstanbul Tahkim Merkezi (“ISTAC”) tarafından hem bilişim ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerle paralellığı yakalamak hem de COVID-19 küresel salgını nedeniyle ISTAC kurallarına göre yürütülen tahkim yargılamalarında devamlılığı

140 Kaufmann-Kohler (n 139) 442; Bağlayıcı olmayan elektronik tahkimin hukuki niteliğinin *lex arbitriye* göre belirleneceği yönünde Schultz (n 137) 3; Bağlayıcı olmayan elektronik tahkimin kendi içinde “isteğe bağlı bağlayıcı (*optionally binding*)” ve “gerçekten bağlayıcı olmayan (*truly non-binding*)” tahkim olarak ikiye ayrıldığı yönünde *ibid* 4; Benzer başka bir sınıflandırma için Badiei (n 134) 92.

141 Liyanage (n 133) 180.

142 Milletlerarası Ticaret Odası Milletlerarası Tahkim Kuralları 2021 <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>> Erişim Tarihi 8 May 2021, m. 26.

sosyal mesafe tedbirlerine uygun olarak sağlamak amacıyla 20 Nisan 2020 tarihinde “Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları” yayınlanmıştır.¹⁴³ ISTAC’ın yayınlamış olduğu kurallar uyarınca, ISTAC nezdinde yürütülen tahkim davalarında katılımcıların fiziksel olarak bir araya gelmelerine gerek kalmaksızın video konferans ya da telekonferans uygulamaları vasıtasıyla duruşma ve toplantı yapabilmeye imkanı getirilmiştir (m.1). Ayrıca katılımcılar, hakem veya hakem kurulunun izni doğrultusunda duruşma sırasında yargılamaya ilişkin belgeleri elektronik ortamda iletme imkanına kavuşmuşlardır (m.6). Ancak MTO nezdinde yürütülen tahkim yargılamasında olduğu gibi ISTAC’ın Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları vasıtasıyla getirmiş olduğu elektronik imkanlar nedeniyle ISTAC nezdinde yürütülen geleneksel bir tahkim yargılamasını elektronik tahkim olarak nitelendirmek de kanaatimce mümkün değildir.¹⁴⁴ Zira elektronik tahkim uygulamasından farklı olarak burada sadece duruşmaların belirli esaslar dahilinde elektronik olarak gerçekleştirilmesi ve belge iletimi, tanık dinletilmesi gibi usuli işlemlerin sadece duruşma süresince elektronik ortama taşınması söz konusudur. Öte yandan duruşma sırasında da belgelerin elektronik ortamda sunulabilmesi hakem veya hakem kurulunun iznine bağlıdır.¹⁴⁵ Bir diğer ifade ile hakem veya hakem heyetinin izin vermediği hallerde yargılamaya ilişkin belgelerin elektronik ortamda sunulması mümkün olmayıp, fiziki olarak teslimi gerekmektedir. Son olarak, her ne kadar Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları m.2/1 hükmünde taraflardan birinin talebi doğrultusunda veya hakem ya da hakem kurulunun uygun görmesi durumunda duruşma ve toplantıların fiziksel olarak bir araya gelmeksizin video konferans ya da telekonferans uygulamaları vasıtasıyla gerçekleştirilmesi öngörülmüş olsa da kanaatimce bu düzenlemeyi tarafların tek taraflı irade beyanıyla çevrimiçi duruşma yapılabileceği şeklinde yorumlamamak gerekir. Zira düzenlemede taraflardan birinin talebi üzerine ifadesi yer alsın da taraf iradesinin ön planda tutulduğu tahkim yargılaması bakımından duruşmanın şekli konusunda tarafların ortak iradesinin esas alınması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.¹⁴⁶ Aksi halde taraflardan birinin iradesi hilafına bir yargılama usulü söz konusu olacaktır. Bu kapsamda, MTO ile benzer şekilde ISTAC kurallarına göre yürütülen bir tahkim yargılamasında taraflardan birinin talep etmesi halinde duruşmaların çevrimiçi olarak gerçekleştirilmesi ve tarafların fiziki olarak bir araya gelmeleri gerektiğinin kabulü gerekir. Tüm bu nedenlerle ISTAC nezdinde yürütülen bir tahkim yargılamasını da yalnızca çevrimiçi duruşma yapma imkanının bulunması ve kısıtlı elektronik belge iletim olanağı sebebiyle elektronik tahkim uygulaması olarak nitelendirmek mümkün değildir.¹⁴⁷

143 İstanbul Tahkim Merkezi Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları 2020 <<https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/istac-cevrimici-durusma-usul-ve-esaslari/>> Erişim Tarihi 30 August 2021.

144 Belirli bir kısmının elektronik ortamda yürütüldüğü tahkim yargılamalarının “kısmi elektronik tahkim” veya “geniş anlamda online tahkim” olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde farklı görüş için (n 134).

145 Özmmucu (n 68) 448.

146 Bu yönde ve detaylı bilgi için Ahmet Dülger, “Tahkim Duruşmalarının Online Yapılması: ISTAC ve Abu Dabi Tahkim Merkezi Kuralları İncelenmesi” in Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı (eds), *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu : Bildiri Tam Metin Kitabı (29-30 Mayıs 2020)* (1st edn, İbn Haldun Üniversitesi 2020) 125.

147 Online tahkim yargılaması olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde Özmmucu (n 68) 447ff.

4. Elektronik Tahkim ile İlgili Özellik Arz Eden Bazı Meseleler

a. Elektronik Tahkim Şartının Şekli Geçerliliği Hakkında Değerlendirmeler

Geçerli bir tahkim yargılamasından bahsedebilmek için taraflar arasında yazılı bir tahkim şartının veya tahkim sözleşmesinin varlığı gerekmektedir.¹⁴⁸ Bu prensip elektronik tahkim için de geçerlidir.

Sözleşmelerin internet ortamında kurulması bu sözleşmelerin ve bu sözleşmelerde yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin maddelerin geçerliliği ile ilgili uyuşmazlıkların da gündeme gelmesine sebep olabilecek niteliktedir. Bu noktada sorulması gereken sorulardan bir tanesi herhangi bir şekle bağlı olmadan elektronik posta veya internet sitesi gibi elektronik araçlar vasıtasıyla akdedilen elektronik sözleşmeler kapsamında düzenlenen tahkim şartının veya yine bu vasıtalar kullanılarak akdedilen tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkindir. Elektronik posta veya internet siteleri üzerinden yapılan tahkim şartı veya tahkim sözleşmelerinin yazılılık şartını sağlayıp sağlamadığı sorusu öğretide de tartışma konusu yapılmıştır.¹⁴⁹ Bu kapsamda Akıncı, elektronik posta vasıtasıyla akdedilen bir sözleşmedeki tahkim şartının New York Sözleşmesi m.II/2 hükmü uyarınca yazılılık şartını sağladığının kabulünün önünde bir engel bulunmadığını, elektronik postanın da tıpkı mektup veya telgraf gibi bir iletişim aracı olduğunu üstelik ilgili maddede sayılanların tahdidi olmadığını¹⁵⁰ ve hatta uygun şekilde yapıldığında günümüz teknolojisinde faks veya mektuptan daha güvenilir olduğunu savunmaktadır.¹⁵¹ Ancak belirtmek gerekir ki New York Sözleşmesi'nin m.II/2 hükmü uluslararası ticaret uygulamasındaki ihtiyaçları karşılamadaki başarısızlığı nedeniyle sıklıkla eleştiri konusu da yapılmaktadır.¹⁵² Bu kapsamda 2006 yılında UNCITRAL'ın New York Sözleşmesi'nin m.II/2 ve VII/1 hükümleri hakkında vermiş olduğu tavsiye niteliğindeki karar da teknolojik alanda yaşanan gelişmeler ve elektronik ticaret kullanımındaki artış ile ulusal ve uluslararası mevzuattaki ve uygulamalardaki değişiklikler göz önüne alınarak söz konusu m.II/2 hükmünde yer alan yazılılık şartının yazıldığı hali ile dikkate alınmaması ve burada sayılan vasıtaların tahdidi olarak algılanmaması gerektiğine kanaat getirilmiştir.¹⁵³

148 Akıncı, Tahkim Giderlerinin Azaltılması (n 127)108; Balkar Bozkurt (n 94) 479; Banu Şit, 'Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı İle Akdedilen Tahkim Anlaşmaları' (2006) 25(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 411.

149 *ibid* 418.

150 New York Sözleşmesi m.II/2 hükmünün "shall include" şeklinde kalem alındığı ve maddede sayılanların münhasır nitelikte olmadığı yönünde Akıncı, Tahkim Giderlerinin Azaltılması (n 127) 109; Maddede sayılanların tahdidi olup olmadığı ile ilgili mahkeme uygulamalarında ve öğretide tartışmalar olduğu yönünde Reinmar Wolff, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary* (1st edn, Hart Publishing 2012) 126.

151 Akıncı, Elektronik Tahkim (n 116) 431; Akıncı, Tahkim Giderlerinin Azaltılması (n 127) 108; Benzer şekilde Şit (n 148) 424.

152 Leonardo D. Graffi, 'Securing Harmonized Effects of Arbitration Agreements Under the New York Convention' (2006) 28(3) Houston Journal of International Law 691.

153 UNCITRAL Recommendation Regarding the Interpretation of Article II Paragraph 2, and Article VII, Paragraph I, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Done in New York, 10 June 1958 (7 July 2016) adopted by the UNCITRAL at its Thirty-Ninth Session, Official Records of the General Assembly, Supplement 17 (A/61/17), Annex II; Wolff (n 150) 128.

Yabancılık unsuru içeren ve genel olarak tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçildiği hallerde uygulama alanı bulan ve UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanmış olan¹⁵⁴ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹⁵⁵ (“MTK”) uyarınca da tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağı düzenleme altına alınmış ve yazılı şekil şartının sağlandığının kabulü için diğerlerinin yanı sıra tahkim anlaşmasının elektronik ortama geçirilmiş olmasının ve hatta asıl sözleşmenin bir parçası haline getirmek amacıyla tahkim şartı içeren başka bir belgeye yollama yapılmasının da yeterli olacağı kabul edilmiştir (MTK m.4/2).¹⁵⁶ Ancak atf yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliği için asıl sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve atf yapılan belgedeki tahkim şartının asıl sözleşmenin bir parçası yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda elektronik ortamda akdedilen sözleşmeler bakımından ikinci şartın yer aldığı belgenin kullanıcının ekranına sunulması ve kullanıcının dikkatini çekmek amacıyla bu yönde bir açıklamaya yer verilmesi elektronik tahkim şartının geçerliliği bakımından gereklidir.¹⁵⁷

Öte yandan New York Sözleşmesi’nin yazılılık şartını öngören m.II hükmü kapsamında UNCITRAL söz konusu düzenlemenin elektronik sözleşmeler bakımından probleme sebep olabileceği iki husus tespit etmiştir. Bu kapsamda öncelikli olarak doğrudan elektronik ticaret halinde yani elektronik ticarete konu ürünün fiziki bir varlığının bulunmadığı ve elektronik teslimatın mümkün olduğu hallerde satıcının yazılı olarak bir iletişimde bulunmadığı meselesinin dikkate alınması gerekmektedir. Zira bu tarz sözleşmesel ilişki hallerinde genellikle alıcılar internet sitesi üzerinden ödemeyi yapmadan belirli şartları kabul ettiklerine dair bir kutucuğa tıklamakta ve akabinde ürünü bilgisayarına indirmektedir. Ancak bu gibi durumlarda satıcının yazılılık şartını sağlayacak şekilde bir belge değiş tokuşundan bahsedilememektedir. Bu hususun nasıl değerlendirilmesi gerektiği açık değildir. İkinci problematik husus ise yazılılık şartını sağlayan belgelere yapılan atflar için elektronik sözleşmelerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesine yöneliktir.¹⁵⁸

Ancak tüm bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık taraflarının elektronik sözleşmelerin kurulmasında kullanılan araçlar vasıtasıyla akdedilen tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinin tahkim hukuku bakımından yazılılık şartını sağladığının kabulü gerekmektedir.¹⁵⁹ Her ne kadar örneğin elektronik posta vasıtasıyla kararlaştırılan

154 Bu yönde Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti (n 14) 219; Şit (n 148) 413.

155 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası:4686, Kabul Tarihi:21.6.2001, RG 5.7.2001/24453.

156 Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti (n 14) 221; Şit (n 148) 413; Akıncı, Milletlerarası Tahkim (n 90) 108.

157 Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti (n 14) 221; Balkar Bozkurt (n 94) 481.

158 Stewart and Matthews (n 22) 1134.

159 Balkar Bozkurt (n 94) 481; Akıncı, Elektronik Tahkim (n 116) 432; Akıncı, Tahkim Giderlerinin Azaltılması (n 127) 110; Hatice Özdemir Kocasakal, “İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Yetkili Mahkemenin Tespiti” (2002) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 496.

tahkim şartının yazılılık şartının sağladığından bahsedilse de taraflardan birinin söz konusu elektronik postanın kendisi tarafından gönderilmediği yönündeki iddiası söz konusu şartın yazılılık şartını sağlayıp sağlamadığını etkilemese de ispat hukuku bakımından tartışmalara sebep olabilecek nitelikte olduğunun da göz ardı edilmemesi gerekir.¹⁶⁰

b. Elektronik Tahkim Neticesinde Verilen Kararların Bağlayıcı Olup Olmadığı Meselesi ve Kararların Yerine Getirilmesi

Elektronik tahkim ile geleneksel tahkimi birbirinden ayıran unsurlardan birinin yargılama neticesinde verilen kararların bağlayıcılığı noktasından kaynaklandığından daha önce bahsedilmişti. Normal şartlar altında milletlerarası mevzuat dikkate alındığında elektronik tahkim sürecinde verilen kararların da tıpkı geleneksel tahkim yargılaması neticesinde tesis edilen kararlar gibi bağlayıcı olduğu ve tenfiz istemine konu olabileceğinden bahsedilebilir.¹⁶¹ Ancak günümüzde elektronik tahkim hizmeti sağlayıcısı olarak kabul edilen pek çok kuruluş tarafından sağlanan elektronik tahkim uygulaması neticesinde verilen kararlar bağlayıcı nitelikte olmamaktadır.¹⁶² Her ne kadar elektronik tahkim alanında kapsamlı istatistikler mevcut olmasa da bu kapsamdaki kısıtlı çalışmalar bağlayıcı elektronik tahkim uygulamalarından ziyade bağlayıcı olmayan elektronik tahkim uygulamalarının daha çok tercih edildiğini göstermektedir.¹⁶³

Kanaatimce bağlayıcı olmayan nitelikten anlaşılması gereken söz konusu kararın tıpkı bir mahkeme kararının veya geleneksel anlamda tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının yerine getirilmesi için söz konusu olan tanıma tenfize prosedürüne konu olamamasıdır.¹⁶⁴ Elektronik ortamda gerçekleştirilen uyuşmazlık çözüm süreçleri sonucunda tesis edilecek kararların tanınması ve tenfizi hususunda uluslararası alanda tıpkı yabancı hakem kararlarının tanınma ve tenfizinde olduğu gibi bir anlaşma bulunmadığı için bu kararların tanınması ve uygulanabilirliği konusu tartışmaları beraberinde getirmektedir.¹⁶⁵ Bu kapsamda New York Sözleşmesi m.V.1e hükmü uyarınca taraflar için bağlayıcı olmayan kararlar hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilemeyeceği hususu bu kararların yerine getirilmesi noktasında sıkıntılara

160 Akıncı, Elektronik Tahkim (n 116) 432; Akıncı, Tahkim Giderlerinin Azaltılması (n 127) 110.

161 Bozkurt Yüksel, Elektronik Ticarete Elektronik Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Süreci (n 56) 5.

162 Balkar Bozkurt (n 94) 469 (Ancak bu kapsamda belirtmekte fayda vardır ki bağlayıcı olmayan elektronik tahkim örneği olarak kanaatimce elektronik tahkim örneği olmaktan ziyade elektronik ortamda yürütülen özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan UDRP prosedürü verilmektedir); Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (n 14) 234.

163 Bu yönde bağlayıcı olmayan elektronik tahkim örneği olarak gösterilen UDRP prosedürü neticesinde 6000'i aşkın karar verilmiş iken bağlayıcı elektronik tahkimde lider bir uygulama olarak kabul edilen ve *Chartered Institute of Arbitrators* tarafından yürütülen süreçte yalnızca 70 karar verildiği yönünde Schultz (n 137) 2.

164 Bu yönde benzer şekilde Schultz (n 137) 4.

165 Uluç (n 57) 1638.

sebeptir.¹⁶⁶Bu nedenle elektronik tahkim yargılaması neticesinde verilen kararların yerine getirilmesi, nihai ve bağlayıcı bir karar söz konusu değilse ancak tarafların bu yöndeki iradesi ile olmaktadır.

Şüphesiz ki uyuşmazlık tarafları çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi kullanılarak çözülen uyuşmazlıklarda çözümün bağlayıcılığı hakkında bu yola başvurmadan önce yahut sürecin herhangi bir aşamasında bir anlaşma yapabilme imkânına sahiptirler. Ancak sorun böyle bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda bu kararların uygulanmasının nasıl sağlanacağı noktasında çıkmaktadır. Bu durum çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yaygınlaşmasının önünde engel teşkil etmektedir. Bu kapsamda çevrimiçi alternatif çözüm yöntemleri kullanılarak çözüme ulaştırılan uyuşmazlıklar bakımından kararlara da New York Sözleşmesi kapsamında öngörülen hakem kararlarının tanınma ve tenfize ilişkin hükümlerin uygulanmasının bu tartışmaların önüne geçeceği tavsiye edilmektedir. Ancak bu çözüm yöntemi bu kararlarında tıpkı tahkim yargılaması neticesinde verilmiş hakem kararları gibi her devletin kendi tanıma ve tenfiz kurumları vasıtasıyla icra edilmesinin sağlanması demektir. Bu da her devlete söz konusu kararın tanınması ve tenfizi yönündeki talebi belirli nedenlere (örneğin kamu düzeni gerekçesiyle) reddetme imkanı vermektedir.¹⁶⁷ Öte yandan çevrimiçi alternatif çözüm yöntemleri neticesinde varılan kararın hakem kararı gibi değerlendirilip değerlendirilmeyeceği yönünde başka bir tartışmaya sebep olmaktadır. Bu nedenle kanaatim elektronik tahkim neticesinde verilen kararların uygulanmasının New York Sözleşmesi'nin hakem kararlarının tanınma ve tenfize ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla sağlanmasının çok sağlıklı bir çözüm önerisi olmadığı yönündedir.

Söz konusu kararların yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla uygulamada alternatif yollar geliştirilmiştir. Bu doğrultuda çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sağlayıcıları ve elektronik ticaret siteleri kendi çözümlerini kendileri bulmuşlardır. Pek çok elektronik ticaret sitesi kararların uygulanabilirliğinin sağlanması amacıyla satıcıların ve alıcıların kamuya açık bir şekilde yorumlarını, deneyimlerini paylaşabilecekleri kullanıcı değerlendirme sistemi geliştirmiştir.¹⁶⁸ Bu sistemin arkasında yatan mantık diğer satıcı ve alıcıların bu yorumları veya puanları değerlendirerek daha yüksek puana veya daha iyi yorumlara sahip satıcı veya alıcılar ile daha çok işlem yapmak isteyeceği düşüncesine dayanmaktadır. Geri bildirim sistemini kullanan elektronik ticaret sitelerinden birisi de eBay'dir. Geri bildirim eBay sisteminde bir kullanıcının veya işletmenin itibarını sarsmanın en kolay yoludur.¹⁶⁹ Bu kapsamda çevrimiçi alternatif çözüm yöntemleri vasıtasıyla

¹⁶⁶ Nomer (n 114) 578.

¹⁶⁷ Koulu (n 12) 44-45.

¹⁶⁸ Cortes (n 24) 61; Stewart and Matthews (n 22) 1141.

¹⁶⁹ Lilian Edwards and Ashley Theunissen, 'Creating Trust and Satisfaction Online: How Important Is ADR? The UK eBay Experience' (21st BILETA Conference: Globalisation and Harmonisation in Technology Law, Malta, April 2016) 5.

çözümüne ulaştırılan eBay uyuşmazlıklarında kaybeden taraf yani genellikle satıcılar eBay topluluğu içerisindeki itibarlarını zedelemek istemediklerinden çıkan sonuca uyma konusunda gönüllü olmaktadır.¹⁷⁰ Bu durum uygulamada “eBay Kanunu” olarak ifade edilmektedir.¹⁷¹ Ancak bu sistem de mevcut uyuşmazlıklar bakımından taraflara bir tazmin mekanizması sağlamadığı, sadece tarafların sonraki davranışlarını ve işlem kapasitelerini şekillendirme potansiyeli olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁷²

Elektronik uyuşmazlık çözüm süreci neticesinde verilen kararların yerine getirilmesi için geliştirilen bir diğer çözüm yöntemi ise geri ödeme mekanizmasıdır.¹⁷³ Geri ödeme mekanizmasında kredi kartlarını veren banka aracılığıyla gerçekleştirilen işlem için yapılan ödemenin, ödemenin yapıldığı karta iadesi talep edilmektedir.¹⁷⁴ Bu kapsamda elektronik ticaretten kaynaklı bir uyuşmazlıkla ilgili olarak satıcının çıkan karara uymaması durumunda ilgili işlem için kullanılan elektronik siteler veya ödeme için aracılık hizmeti sağlayan bankalar söz konusu ödemenin alıcıya iadesini sağlayabilirler.¹⁷⁵ Bu sistem Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’de sıklıkla kullanılmaktadır.¹⁷⁶ Buna benzer bir uygulama eBay tarafından “Para İade Garantisi”¹⁷⁷ olarak adlandırılan bir mekanizma ile sağlanmaktadır. Her ne kadar eBay bu mekanizmayı satıcının satılan ürünü alıcıya iletmemesi yahut satın alınan ürünlerin satış öncesinde site üzerinde belirtilen özellikleri taşımaması durumunda devreye sokulan bir nevi sigorta mekanizması olarak tanımlasa da bahsi geçen uyuşmazlıklar halinde alıcı ve satıcı arasında bir çözüm yolu sağlanamadığı durumlarda Para İade Garantisini devreye sokmaktadır. Bu mekanizma ile alıcının yapmış olduğu ödeme eBay tarafından alıcıya iade edilmekte ancak daha sonra bu bedel satıcıya rücu edilmektedir. eBay, alıcıya ödenen bedelin satıcıdan tahsilini garanti altına alabilmek için ödeme aracı kurum olan PayPal ile akdetmiş olduğu sözleşme kapsamında söz konusu satıcının hesabında ilgili bedelin tutulmasını talep edebilmektedir. Her ne kadar eBay’in bahsi geçen uygulaması çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sağlayıcıları tarafından verilen kararın uygulamasının sağlanması amacıyla getirilmemiş olsa da benzer bir mantıkla çalışmaktadır.¹⁷⁸

170 Aynı yönde Kalafatoğlu (n 2) 327; Katsh, Rifkin and Gaitenby (n 44) 729.

171 Heuvel (n 77) 18; eBay’in bu “*feedback*” sistemine ilişkin daha detaylı bilgi için Kalafatoğlu (n 2) 327.

172 Üstelik bu sistem ile ilgili bir diğer eleştiri konusu da tarafların birbirlerini art niyetli olarak tamamen yanlış olarak değerlendirme imkanına sahip olmasıdır. Bu yönde Koulu (n 12) 46.

173 Bu uygulama için yabancı öğretilerde “*chargeback mechanism*” ifadesi kullanılmaktadır.

174 Koulu (n 12) 46; Cortes (n 24) 69.

175 Bu yönde Kalafatoğlu (n 2) 337.

176 Koulu (n 12) 46.

177 Uygulamada “*Money Back Guarantee*” olarak adlandırılan bu sistem ile ilgili daha detaylı bilgi için <<https://pages.ebay.com/ebay-money-back-guarantee/questions.html>>Erişim Tarihi 1 March 2021.

178 Koulu (n 12) 46.

c. Elektronik Tahkimde Tahkim Yeri Meselesi

Elektronik tahkim müessesesi ile ilgili değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele tahkim yerinin neresi olacağına ilişkindir. Zira tahkim yeri, hakem kararının tabiiyetini belirlediği gibi söz konusu kararın tenfizinde karşılıklılık esası, tahkim usulünün tabi olacağı kurallar gibi hususlar bakımından da belirleyici olmaktadır.¹⁷⁹ Hakem kararının tabiiyetinin belirlenmesi meselesi de ihtiyaç halinde başvurulacak devlet mahkemesinin tespiti açısından önem arz etmektedir.¹⁸⁰ Şüphesiz ki bu hususlar elektronik tahkim için de geçerlidir ve elektronik ortamda gerçekleştirilen tahkim usulünde de tahkim yerinin belirlenmesi gerekmektedir.¹⁸¹

Elektronik tahkimde, taraflar ve hakemler farklı yerlerden etkileşimde bulunma imkanına sahiptirler. Aslında duruma göre geleneksel anlamda tahkim yönteminde de taraflarca aksi kararlaştırmadıkça hakemler hiçbir fiziki görüşme olmadan uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilmektedirler.¹⁸² Bir diğer ifade ile tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararı ile tahkim yeri arasında fiziki bir bağın bulunması gerekliliği bulunmamaktadır.¹⁸³ Bu durum hem geleneksel anlamda tahkim yargılaması hem de elektronik tahkim bakımından bu şekildedir. Tarafların tahkim yerine bağlanan sonuçların farkında olduğu ve tahkim yerini belirlediği durumlarda bu konuda bir problemle karşılaşılacaktır. Bu kapsamda tahkim yargılamasının elektronik tahkim veya geleneksel tahkim yöntemi olması bir farklılık yaratmayacak, tarafların anlaşmış oldukları tahkim yeri esas alınacaktır. Ancak tarafların tahkim yerinin neresi olacağı konusunda bir anlaşmaya varmadıkları veya varamadıkları hallerde elektronik tahkimin mümkün olup olmadığı sorusu öğretilerde tartışma konusu yapılmıştır.¹⁸⁴ Akıncı, taraflarca tahkim yerinin belirlenmediği hallerde de elektronik tahkimin söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Buna göre, bu problem geleneksel tahkimde olduğu gibi olayın özelliklerine göre kurumsal tahkimde ilgili tahkim kurumunun, ad hoc tahkimde ise hakemlerin belirlemesi suretiyle nasıl aşıyorsa aynı prensibin elektronik tahkim için de benimsenmesi suretiyle kolayca aşılabılır niteliktedir.¹⁸⁵ Bir başka görüş ise tahkim yerinin taraflarca belirlenmediği hallerde elektronik tahkim sağlayıcısının bulunduğu yerin tahkim yeri olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu çözüm yöntemi yapay bir irtibat noktasını esas aldığı ve birden fazla hizmet sağlayıcısının sürece dahil olduğu hallerde tahkim yeri sorununa

179 Akıncı, Elektronik Tahkim (n 116) 433; Bozkurt Yüksel, Online International Arbitration (n 129) 88; Nicolas De Witt, 'Online International Arbitration: Nine Issues Crucial to its Success' (2001) The American Review of International Arbitration 447; Balkar Bozkurt (n 94) 483.

180 Bozkurt Yüksel, Online International Arbitration (n 129) 88; Witt (n 179) 447.

181 Akıncı, Tahkim Giderlerinin Azaltılması (n 127) 111.

182 Bozkurt Yüksel, Online International Arbitration (n 129) 88.

183 Akıncı, Elektronik Tahkim (n 116) 434.

184 Witt (n 179) 447; Akıncı, Elektronik Tahkim (n 84) 433.

185 Akıncı, Elektronik Tahkim (n 116) 434; Bozkurt Yüksel, Online International Arbitration (n 129) 89; Balkar Bozkurt (n 94) 485.

bir çözüm getirmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁸⁶ Bir diğer görüş ise bu sorunun hakemin tahkim yargılaması sırasında bulunduğu yerin tahkim yeri olarak kabulü ile aşılabileceğini savunmaktadır. Ancak bu çözüm yöntemi de hakemin yargılama sırasından bulunduğu yerden ikamet yerinin mi yoksa fiziki olarak bulunduğu yerin mi anlaşılması gerektiği yönünde açıklığı sağlamadığı ve birden fazla hakemin söz konusu olduğu hallerde karışıklığa sebep olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁸⁷ Bu kapsamda Avrupa Birliği hukukunda tüketiciye ilişkin hükümlerin yer aldığı 1215/2012 sayılı Medeni ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Konsey Tüzüğü'ne atıf yapılmaktadır.¹⁸⁸ Anılan düzenlemenin 18. maddesinde yer alan düzenlemede taraflardan birinin tüketici olduğu hallerde tüketicilerin hem kendi hem de sözleşmenin karşı tarafının yerleşim yerinde dava açabileceği, tüketicilere karşı ise yalnızca tüketicinin yerleşim yerinde dava açılabileceği öngörülmüştür. Tüketicinin korunması amacıyla mahkeme yargılaması bakımından benimsenen bu yaklaşım tahkim yeri hususundaki belirsizlikleri bertaraf etmek amacıyla elektronik tahkim bakımından da benimsenebilir. Yabancı öğretide bu alanda böyle bir kuralın kabul edilmesiyle taraflar arasında bir anlaşmanın olmadığı hallerde tahkim yerinin belirlenmesi sorununun aşılabılır nitelikte olduğunu savunan bir görüş mevcuttur. Bu sayede hakemlerin üzerindeki tahkim yerinin belirlenmesine ilişkin yükün de hafifleyeceği belirtilmektedir.¹⁸⁹

d. Elektronik Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin m.6 ve 1982 Anayasası'nın m.36 hükmünde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir uzantısı olan hukuki dinlenilme hakkı devlet yargılamasında olduğu kadar tahkim yargılaması bakımından da yerine getirilmesi gereken önemli bir usul esasıdır.¹⁹⁰ Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama faaliyetinden etkilenebilecek kimselerin süreç ile ilgili bilgi sahibi olma ve açıklama yapma, delil sunma imkanına sahip olarak bu sayede yargılama sürecine katılabilmelerini sağlayan temel bir usul ilkesidir.¹⁹¹ Bu usul ilkesi içeriğinde yargılama faaliyetini yürüten makamların yetkisine itiraz edebilme hakkından hakemleri seçme

¹⁸⁶ Balkar Bozkurt (n 94) 484 fn 81.

¹⁸⁷ *ibid* 484 fn 79.

¹⁸⁸ Witt (n 179) 447; Council Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters [2012], OJ L 351; Atıf yapılan mülga düzenleme için ayrıca Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters [2001], OJ L 12.

¹⁸⁹ Witt (n 179) 447.

¹⁹⁰ Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku* (1st edn, Legal 2015) 214; Tahkim yargılaması sırasında tarafların hukuki dinlenilme hakkı olduğu yönünde Gabrielle Kaufmann-Kohler and Thomas Schultz, 'The Use of Information Technology in Arbitration' (2005) *JusLetter* 35ff; Özmmucu (n 68) 446-448; Hukuki dinlenilme hakkının milletlerarası tahkimde temel prensiplerden biri olduğu yönünde Maxi Scherer, 'Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework' (2020) 37(4) *Journal of International Arbitration* (forthcoming), Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No.333/2020 11; Hukuki dinlenilme hakkında detay bilgi için Hakan Pekcanitez, 'Hukuki Dinlenilme Hakkı' (2000) in *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan* (1st edn, Dokuz Eylül Üniversitesi) 754ff; Hukuki dinlenilme hakkının unsurları için Mehmet Akif Gül, 'New York Sözleşmesi Bağlamında Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali' (2017) 7(29) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 369ff.

¹⁹¹ Özmmucu (n 68) 448-449; Kaufmann-Kohler and Schultz (n 190) 35.

hakkına kadar geniş bir hak yelpazesini barındırır.¹⁹² Hukuki dinlenilme hakkı ihlal edildiği takdirde adil yargılanma hakkının da ihlali söz konusu olacaktır.¹⁹³

Her ne kadar usule ilişkin esasların gözetilmesi bakımından elektronik tahkim geleneksel tahkim yargılamasından ayrılmaya da hukuki dinlenilme hakkının elektronik tahkim yargılaması sürecinde yerine getirilmesi ayrı bir önem taşır.¹⁹⁴ Geleneksel tahkim yargılamasında olduğu gibi elektronik tahkim yargılaması sürecinin de her safhasında hakemlerin tarafların hukuki dinlenilme hakkının eşit ve yeteri kadar gözetildiğinden emin olmaları gerekir.¹⁹⁵ Zira sürecin elektronik ortamda yürütülmesi usuli adaletin sağlanmasına hizmet eden usul ilkelerinden vazgeçileceği ya da bu esasların gözetilmesi bakımından daha düşük bir eşik kabul edileceği anlamına gelmemektedir.¹⁹⁶ Özellikle taraflar arası eşitsizliğin bulunduğu elektronik tüketici sözleşmeleri gibi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için yürütülen elektronik tahkim yargılamalarında hukuki dinlenilme hakkı gibi temel usul ilkelerinin gereği gibi gözetilmesi zayıf konumda olan tarafın korunması amacına da hizmet eder. Öğretide de elektronik ortamda yürütülen tahkim süreci bakımından adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı gibi temel usul esaslarına daha büyük bir özen gösterilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.¹⁹⁷ Zira elektronik tahkim sürecinde ortaya çıkabilecek teknolojik aksaklıklar veya taraflar arasındaki internete erişim anlamındaki eşitsizlikler tarafların adil yargılanma ve hukuki dinlenilme haklarını da zedeleyecek niteliktedir. Bu kapsamda internet bağlantısında yaşanacak sorunlar, elektronik duruşmaya imkan sağlayan bilişim uygulamasındaki yazılımsal hatalar veya karmaşık kurgulamalar hukuki dinlenilme hakkının ihlaline sebep olabileceği gibi elektronik tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin ilgisinin yargılama sürecine dahil edilmeden çevrimiçi bekleme odasında bekletilmesi veya kullanılan mikrofon sisteminden dolayı sunulan beyanların, sorulan soruların anlaşılabilmesi da hukuki dinlenilme hakkının ihlalini gündeme getirebilir.¹⁹⁸ Hatta elektronik tahkim neticesinde verilen kararın iptalini talep etmek veya tenfizine engel olmak isteyen

192 Özmumcu (n 68) 446.

193 Pekcanitez (n 190) 755.

194 Murat Atalı, 'İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları' (2007) (60) e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi par 39; Elektronik tahkimde hukuki prosedürlerin tüm gerekliliklerinin sağlanmasının, elektronik tahkimi devlet yargılaması ve geleneksel tahkim yargılaması karşısında öne çıkaran hız ve uygun maliyet özelliklerini olumsuz etkileyebileceği ve bu nedenle bazı usuli hukuki prosedürlerin yerine getirilmesi bakımından duruma göre esneklik sağlanabileceği yönünde Badiei (n 134) 90.

195 Özmumcu (n 68) 448-449.

196 Teknoloji kullanımının bu usul ilkelerinden vazgeçilmesini gerektirmediği yönünde ayrıca Kaufmann-Kohler and Schultz (n 190) 36ff.

197 Özmumcu (n 68) 452; Her ne kadar kanaatimce elektronik tahkim olarak nitelendirilemeyecek olsa da İSTAC nezdinde yürütülen tahkim yargılaması sırasında duruşma ve toplantıların video konferans veya telekonferans yoluyla gerçekleştirildiği hallerde hukuki dinlenilme hakkının yerine getirilmesi gerektiği Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları m.7 hükmünde ayrıca düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre, hakem veya hakem kurulu, katılımcıların çevrimiçi olarak gerçekleştirilen duruşmaya katılma imkanına sahip olduğundan ve hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmediğinden emin olmak için gerekli özeni gösterme yükümlülüğü altındadır (m.7/1). Öte yandan, hakem veya hakem kuruluna çevrimiçi duruşma sırasında hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine kanaat getirildiği hallerde gerekçesini belirtmek suretiyle çevrimiçi duruşmayı sonlandırma yetkisi de tanınmıştır (m.7/2).

198 Dülger (n 146) 130-140.

taraf fiziki duruşma yapma imkanının elinden alındığından bahisle elektronik tahkim süresince hukuki dinlenme hakkının ihlal edildiğini iddia edebilir.¹⁹⁹ Bu kapsamda şekilde elektronik tahkim yargılamasında takip edilen usulün tarafların kendi aralarında anlaştıkları usule aykırı olması da hukuki dinlenme hakkını zedeleyici nitelikte olabilir.²⁰⁰ Şüphesiz ki elektronik tahkim sürecinin temel usul prensipleri gözetilerek ancak taraflar arasında anlaşılabilir usule uygun olarak yürütülmesi gerekir.

Hukuki dinlenme haklarının ihlali ilgili hakem kararının iptalini gündeme getirebileceği gibi tenfizine de engel bir durum teşkil eder.²⁰¹ Zira New York Sözleşmesi'nin m.V.1b hükmünde hukuki dinlenme hakkı, hakem kararının tenfizi talebinin reddine sebep olabilecek bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir.²⁰² Benzer şekilde MTK m.8/B hükmünde tarafların tahkim yargılaması sırasında eşit hak ve yetkiye sahip oldukları ve taraflara iddia ve savunma ileri sürme olanağı tanınması gerektiği düzenleme konusu yapılmıştır. Her ne kadar hukuki dinlenme hakkının ihlali MTK m.15/A.1 hükmü kapsamında iptal nedenleri arasında sayılmamış olsa da tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediği haller ile tahkim yargılamasının tarafların arasındaki anlaşmaya uygun usulde yürütülmediği haller iptal sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda özellikle bağlayıcı elektronik tahkim yargılamaları sonrasında hukuki dinlenme hakkının ihlal edildiğinden bahisle iptal davaları veya tenfiz engeli ile karşılaşmamak adına hakem veya hakem kurulunun elektronik tahkim süresince kullanılacak olan teknoloji ve yazılım ile ilgili taraflardan önceden onay alması ve mümkün olduğunca kullanıcı dostu ve sık kullanılan programların sürece dahil edilmesinin tercih edilmesi tavsiye edilmektedir.²⁰³

e. New York Sözleşmesi Tahtında Diğer Çekinceler

Bu noktada değinilmesi gereken diğer bir husus ise elektronik tüketici uyumsuzluklarının genel olarak tahkime elverişli olduğunun kabulü halinde dahi

199 Bu yönde ve elektronik duruşmaların gerçek anlamda duruşma niteliğini haiz olup olmadığı hakkındaki tartışmalar için Scherer (n 190) 11-30; Kanaatimce de hukuki dinlenme hakkı kapsamında duruşma imkanından anlaşılması gereken tarafların karşılıklı ve eş zamanlı olarak iddia ve savunmada bulunabilme imkanlarıdır. Elektronik tahkim sürecinde tarafların karşılıklı ve eş zamanlı olarak iddia ve savunmada bulunabilmelerine imkan sağlandığı sürece hukuki dinlenme hakkı bağlamında sadece elektronik duruşmaların fiziki duruşmaların sağladığı imkanları sağlamadığından veya duruşma yapma imkanından mahrum bırakıldığından bahisle hukuki dinlenme hakkının ihlal edildiği yönündeki bir talebin karşılık bulamaması gerekir.

200 *ibid* 140; Tarafların elektronik tahkim yönünde bir seçim yapmadığı ancak tahkimin elektronik imkanlar kullanılarak yürütüldüğü hallerde verilen kararın tenfizinin zorlaşacağı yönünde ayrıca Balkar Bozkurt (n 94) 482-483; Hukuki dinlenme hakkı kapsamında açıklama yapma hakkının sağlanabilmesi için taraflardan birinin duruşma yapma isteği karşısında MTK m.11/A hükmü kapsamında hakemlerin takdir yetkisinin değerlendirilmesi için Gül (n 190) 389ff.

201 Hukuki dinlenme hakkı ve tarafların eşitliği ilkesinin ihlalinin, hakem kararların iptalinde uygulama alanı en geniş sebeplerden olduğu yönünde Nagehan Okumuş, 'Türk Tahkim Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK m.439/2.F)' (2018) XXII(1-2) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-196.

202 New York Sözleşmesi m.V.1b uyarınca hukuki dinlenme hakkı ihlalinin hakem kararına etki etmeyecek nitelikte olduğu hallerde tenfiz engeli olarak kabul edilmemesi gerektiği yönünde ve detay bilgi için Gül (n 190) 361ff.

203 Kaufmann-Kohler and Schultz (n 190) 37; New York Sözleşmesi m.V.1b uyarınca tenfiz engeli ile karşılaşmamak adına önlem olarak tarafların tahkim usulünde elektronik yöntemleri kabul etiklerine ilişkin anlaşma yapmaları gerektiği yönünde Balkar Bozkurt (n 94) 482-483.

New York Sözleşmesi'nin uygulama alanına ilişkindir. Zira New York Sözleşmesi'nin m.I.3 hükmünün sağlamış olduğu imkan dairesinde akit devletler, sözleşmenin uygulanmasını sadece kendi iç hukuklarına göre sözleşmesel ve sözleşme dışı ticari uyuşmazlıklarla sınırlama imkanına sahip bulunmaktadır.²⁰⁴ Buna göre elektronik tüketici uyuşmazlıklarının genel olarak tahkime elverişli olduğunun kabulü ile birlikte verilen elektronik hakem kararının New York Sözleşmesi uyarınca tanıma tenfiz istemine konu olduğu hallerde ilgili ülkenin New York Sözleşmesi m.I.3 hükmü uyarınca koymuş olduğu çekince ile sözleşmenin uygulama alanını kendi hukukuna göre ticari olarak nitelendirilen işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlandırmamış olması gerektiğinden bahsedilebilir. Bu kapsamda Türkiye, New York Sözleşmesi'ni yalnızca Türk hukukuna göre ticari sayılan uyuşmazlıklar bakımından uygulayacağını beyan etmiştir.²⁰⁵ Bu doğrultuda elektronik tüketici uyuşmazlıkları hakkında verilen kararların ticari mahiyette²⁰⁶ olmadığından bahisle New York Sözleşmesi'nin tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesi için aramakta olduğu tüm şartların sağlandığı varsayımında dahi Türk mahkemeleri bakımından m.I.3 hükmü uyarınca konulan çekince doğrultusunda tanıma ve tenfiz talebine konu edilememe tehlikesinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir.²⁰⁷ Ancak yine de bu hususun uygulamada çok ciddi sorunlara sebebiyet verdiği söylenemez. Zira bugün için New York Sözleşmesi'ne taraf 166 ülkeden 53 tanesi²⁰⁸ m.I.3 kapsamında çekince koymuş olsa da farklı hukuk düzenlerindeki devlet mahkemelerinin eğilimleri genel olarak ticari işlem kavramını geniş yorumlama yönündedir.²⁰⁹

f. Tüketici Hakem Heyetleri Elektronik Tahkim Örneği Olarak Değerlendirilebilir mi?

Türk hukukunda değeri belirli bir sınırın altında kalan tüketici uyuşmazlıkları bakımından zorunlu olarak tüketici hakem heyetine başvuru yolu öngörülmüştür.²¹⁰ Tüketici hakem heyetine başvurular elden veya posta yoluyla yapılabileceği gibi

204 Stewart and Matthews (n 22) 1133.

205 3731 sayılı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (RG 21.5.1991/20877) m.2: “Türkiye Cumhuriyeti, sözleşmenin 1 inci maddesinin 3 üncü paragrafına uygun olarak, sözleşmeyi sadece karşılıklılık esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını; ayrıca sözleşmeyi yalnız akit veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan eder.”

206 Milletlerarası hukukta B2C sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari mahiyette olarak kabul edilmediği yönünde mutabakatın sağlandığı hakkında Stewart and Matthews (n 22) 1133 fn 138; Verilen kararların ticari mahiyette olup olmadığının tespiti için 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG 14.2.2011/27846) anlamında ticari bir işin söz konusu olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

207 Bu yönde detaylı bilgi için Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 90) 417; Türk hukuku bakımından tüketicinin taraf olduğu bu tür uyuşmazlıkların ticari sayılmayacağından bahisle New York Sözleşmesi m.I.3 hükmü uyarınca konulan çekinceye takılacağı yönünde Balkar Bozkurt (n 94) 490.

208 <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2> Erişim Tarihi 18 February 2021.

209 Omar Husain Qoteshat, ‘The Enforcement of Electronic Arbitral Awards in International Commercial Disputes under the New York Convention: The Case of Dubai and DIFC Courts’ (Doktora Tezi, University of Central Lancashire 2017) 73.

210 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 28.11.2013/28835) m.66-72; Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği (RG 27.11.2014/29188).

elektronik imza sahibi tüketiciler için e-devlet kapısı aracılığıyla Tüketici Bilgi Sistemi²¹¹ yahut “tuketici.gov.tr” resmi internet sitesi üzerinden yapılabilir. ²¹² Tüketici hakem heyetine başvuru için öngörülen bu sınırlı teknolojik imkandan yola çıkarak bu çözüm yolunun Türk hukuku bakımından çevrimiçi alternatif çözüm yolu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi tartışma konusu yapılmıştır. ²¹³ Bu kapsamda altı çizilmesi gereken bir husus ise teknolojinin sadece sürecin başlangıcı aşamasında kullanıldığı ve sürecin devamının elektronik ortam üzerinden değil tamamen geleneksel usullerle devam ettirildiği hususudur. ²¹⁴ Bir başka ifade ile tüketici hakem heyetine başvuru elektronik ortamda yapılabilir veya belgelerin sunumu internet vasıtasıyla gerçekleştirilebilir de hakem heyetinin toplanması, tarafların dinlenmesi gibi süreçler geleneksel usulde yani fiziki olarak yürütülmeye devam etmektedir. ²¹⁵ Bu nedenle tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrinsel tartışmalar kapsamında bir an için tüketici hakem heyeti yargılamasının tahkim usulü olduğu kabul edilse dahi kanaatimce bu usulü elektronik tahkim örneği olarak değerlendirmek mümkün değildir. ²¹⁶ Öğretideki değerlendirmeler de tüketici hakem heyeti nezdinde gerçekleşen yargılama faaliyetinin tam anlamıyla çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmadığı ancak sınırlı veya kısmi bir çevrimiçi alternatif çözüm yolu olarak değerlendirilebileceği yönündedir. ²¹⁷

Sonuç

Gelişen teknoloji ile beraber elektronik ticaret hacminde günden güne artış görülmektedir. Ancak tüm teknolojik gelişmelere rağmen elektronik ticaret henüz tam anlamıyla mevcut potansiyelini yansıtan ve arzu edilen seviyelere ulaşmamıştır. Günümüzde muhtemel bir uyuşmazlık halinde bu uyuşmazlığın nasıl çözüme kavuşturulacağıyla ilgili belirsizlikler ve hak arama özgürlüklerini kullanabilecekleri etkin bir yolun varlığı ile ilgili taşıdıkları endişeler özellikle tüketicilerin elektronik ticaret faaliyetlerine mesafeli bir duruş sergilemelerine sebep olmaktadır. Tüketiciler, büyük çoğunluğu elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde yaşanan problemler ve yüksek maliyetler dolayısıyla hak arama hürriyetlerini kullanamamakta ve hatta haklarını arayamayacakları ve mağdur olacakları düşüncesiyle elektronik ticaret işlemlerine taraf olmaktan kaçınmaktadırlar. Üstelik elektronik ticaretin sağlamış olduğu kolaylık vasıtasıyla günümüzde elektronik ticaret alanında faaliyet gösteren satıcıların artık fiziki olarak bir yerde yerleşik durumda olmadan

211 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği (RG 27.11.2014/29188) m.11.

212 Kaya (n 99) 335.

213 Kalafatoğlu (n 2) 330.

214 Amerika Birleşik Devletleri’nde benzer bir uygulama için Heuvel (n 77) 10.

215 Kalafatoğlu (n 2) 330.

216 Tüketici hakem heyetinin tahkim usulü olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönünde daha detaylı bilgi için *ibid* 329.

217 *ibid* 330.

ticari faaliyetlerde bulunabiliyor olmaları tüketiciler açısından mevcut güven sorununu daha da arttırmaktadır. Uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği ile ilgili yaşanan belirsizlikler dünya genelinde perakende elektronik ticaret hacmini etkileyen unsurlardan biri olarak gösterilmektedir. Türk hukukunda da bu belirsizlikler ve mevcut uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin etkinliği ile ilgili çekinceler özellikle tüketicilerin elektronik ortamda sözleşme akdetmesine engel olmakta ve Türkiye'nin elektronik ticaret potansiyelini tam anlamıyla gerçekleştirilememesine sebep olmaktadır.

Hem var olan elektronik ticaret işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların etkin ve hızlı bir şekilde çözümünün sağlanması ve özellikle tüketiciler nezdinde güvenin inşası için hem de elektronik ticaret potansiyelinin tam anlamıyla kullanılabilmesi için elektronik ticaretin kendine özgü özellikleri ile uyumlu ve bu yöndeki ihtiyaçları karşılayan yeni bir çözüm sistemine ihtiyaç bulunmaktadır. Devlet yargılamasının elektronik ticaretten ve özellikle elektronik tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde bekleneni karşılayamaması nedeniyle geleneksel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu tarz uyuşmazlıkların çözümünde kullanılabilir hale gelmiştir. Geleneksel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, elektronik ticaretten kaynaklanan yabancı unsurlu ve özellikle elektronik tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde geleneksel devlet yargılamasında karşılaşılan yetki problemi dahil pek çok soruna çözüm getirmiştir. Ancak devlet yargılamasında olduğu gibi tarafların ve tarafsız üçüncü kişilerin fiziki olarak bir araya gelmelerini öngören geleneksel alternatif çözüm yöntemleri de elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların kendine has özelliklerine uyum sağlama konusunda bekleneni tam olarak karşılayamamaktadır. Geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yabancı unsurlu elektronik tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde bilhassa hız ve masraflar bakımından bekleneni verememektedir. Zayıf konumda olan tüketicilerin taraf olduğu elektronik ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde daha hızlı ve basitleştirilmiş bir usulle çözüm sağlayan müesseselere ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu ihtiyaçlar doğrultusunda zamanla uyuşmazlıkların çözümünde de teknolojinin kullanılması fikri ile birlikte çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hukuk düzeninde yerini almaya başlamıştır. Elektronik ortamda cereyan eden uyuşmazlıkların çözümünde en etkili çözüm yolu yine internetin sağlamış olduğu faydalar kullanılarak uyuşmazlıkların elektronik ortamda çözülmesine fırsat tanıyan çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleridir. Bu sebeple, çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve özellikle elektronik tahkim hem elektronik ticaretin kendine özgü özellikleri ile uyumlu olması hem de mevcut uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde karşılaşılan problemleri ortadan kaldırması sebebiyle hızla yükselen ve uluslararası hukuk düzeninde desteklenen bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır.

Elektronik tahkim, yabancı unsurlu elektronik tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde bu uyuşmazlıkların kendine has özellikleri de göz önünde bulundurulduğunda en etkin, hızlı ve pratik çözüm yolu olarak değerlendirilebilir. Dava değeri ile bağlı olmaksızın elektronik tahkim, geleneksel tahkim yargılamasına kıyasla yapılacak olan giderleri azaltacağı düşüncesiyle daha fazla desteklenmektedir. Bu kapsamda elektronik tahkim gibi özellikle zayıf konumda olan tüketiciler bakımından adalete erişimi kolaylaştıran bir müesseseden layıkıyla faydalanılabilmesi amacıyla diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi Türk hukukunda da özellikle yabancı unsurlu ve düşük değerli elektronik tüketici uyuşmazlıkları bakımından tahkim yargılaması yolunu açan ve tüketicilerin taraf olduğu tahkim yargılamaları neticesinde verilen kararların yerine getirilmesini kolaylaştıran bir sistem için çalışmalara ağırlık verilmesi gerekmektedir. Devlet destekli olarak veya elektronik tahkim platformu sağlamak üzere yola çıkmış özel girişimlerle bu alandaki eksiğin bir an önce doldurulması ve kolay erişilebilir bir çözüm yönteminin sunulması tüketiciler nezdinde adalete erişimin sağlanması, elektronik ticarete olan güvenin artırılması ve mevcut elektronik ticaret potansiyelinin tam anlamıyla kullanılabilmesi için bir zorunluluktur. Özetle, elektronik tahkim, tüketiciler nezdinde muhtemel bir uyuşmazlık halinde uyuşmazlık çözüm yollarına erişime ilişkin güvenin sağlanması ve perakende elektronik ticaret hacminin gelişebilmesi için uygulamasının yaygınlaştırılması ve belki de uluslararası alanda yasal bir düzenlemeye bağlanarak etkinliğinin artırılması gereken bir uyuşmazlık yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Ahalt AMM, 'What You Should Know About Online Dispute Resolution' (2009) 20 Practical Litigator 21-28.

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (1st edn, Vedat 2016).

Akıncı Z, 'Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim' (Milletlerarası Tahkim Semineri, 2013) 99-114.

Akıncı Z, 'Elektronik Tahkim' (Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir May 2001) 429-435.

Arsdale SV, 'User Protections in Online Dispute Resolution' (2015) 21 Harvard Negotiation Law Review 107-142.

Arsic J, 'International Commercial Arbitration on the Internet: Has the Future Come Too Early?' (1997) 14(3) Journal of International Arbitration 209-221.

- Aslan İY, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku* (1st edn, Ekin 2014).
- Atalı M, 'Internet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları' (2007) (60) e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi 1-21.
- Aygül M, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması' (2004) 12(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-85.
- Badie F, 'Online Arbitration Definition and Its Distinctive Features' in Marta Poblet, Brooke Abrahams and John Zeleznikow (eds), ODR (CEUR-WS.org 2010) 87-93.
- Bains G and Andrade K, 'The Potential for Mediating Disputes Online' (Cfcj-fcjc.org, 2001) <https://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/17436-mediating_disputes_online.pdf> Erişim Tarihi 5 May 2021.
- Balkar Bozkurt S, 'Online Tahkim' (2014) (Ocak 2014) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 463-494.
- Bayraktaroglu Özçelik G, 'Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini' (2014) 63(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 833-878.
- Benyekhlef K and Gelinis F, 'Online Dispute Resolution' (2005) 10(2) Lex Electronica 1-129.
- Betancourt JC and Zlatanska E, 'Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, and Is It the Way Forward' (2013) 1(3) International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management 256-264.
- Brannigan C, 'Online Dispute Resolution' in Ginette Fisher and Allan J. Stitt (eds) *Alternative Dispute Resolution Practice Manual* (LexisNexis Canada, 2007) 6901-6939.
- Bingöl FI, 'Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri' (2017) 19(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1953-1969.
- Bozkurt Yüksel AE, 'Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk' (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191-216.
- Bozkurt Yüksel AE, 'Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2008).
- Bozkurt Yüksel AE, 'Elektronik Ticarete Elektronik Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Süreci' (2008) (123) Mevzuat Dergisi.
- Bozkurt Yüksel AE, 'Online International Arbitration' (2007) 4(1) Ankara Law Review 83-93.
- Commission, 'Buying online and solving disputes online: 24.000 consumers used new European platform in first year' (Press release, 24 March 2017) IP/17/727.
- Commission 'A step forward for EU Consumers: Questions & Answers on Alternative Dispute Resolution and Online Dispute Resolution' (Memo, 12 March 2013) MEMO/13/193.
- Cona FA, 'Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution' (1997) 45(3) Buffalo Law Review 975-999.
- Cortes P, 'Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union' (2010) Taylor & Francis <<https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/34626>> Erişim Tarihi 5 May 2021.
- Council Directive 2013/11/EU of 21 May 2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [2002], OJ L 165/63.
- Council Regulation (EU) No 524/2013 of 21 May 2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [2013], OJ L 165/1.

- Council Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters [2012], OJ L 351.
- Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters [2001], OJ L 12.
- Çörtoğlu Koca S, *Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri)* (1st edn, Yetkin 2016).
- Del Duca LF, Rule C and Rogers V, 'Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value – High Value Claims – OAS Developments' (2010) Standford University Law School, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Paper 1635463.
- Demirkol B, 'Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması' (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 1313-1350.
- Deren Yıldırım N, 'Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik' *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan* (1st edn, Vedat 2007) 47-61.
- Dickie J, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union* (1st edn, Hart Publishing 1999).
- Dülger A, 'Tahkim Duruşmalarının Online Yapılması: ISTAC ve Abu Dabi Tahkim Merkezi Kuralları İncelenmesi' in Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı (eds), *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu : Bildiri Tam Metin Kitabı (29-30 Mayıs 2020)* (1st edn, İbn Haldun Üniversitesi 2020) 115-143.
- Edwards L and Theunissen A, 'Creating Trust and Satisfaction Online: How Important Is ADR? The UK eBay Experience' (21st BILETA Conference: Globalisation and Harmonisation in Technology Law, Malta, April 2016).
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (1st edn, Beta 2015).
- Ercan M, *Uyuşmazlıkların Online Çözüm Yöntemleri* (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2012).
- Ermenek İ, 'Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 563-630.
- Gellman R, 'A Brief History of the Virtual Magistrate Project: The Early Months' (The Online Dispute Resolution Conference, Washington DC, May 1996).
- Goodman A, *Arabuluculuğa Hazırlanmak – Arabuluculuktan Yararlanacaklar için Rehber* (1st edn, Mediation Publishing 2017).
- Goodman JW, 'The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber - Mediation Websites', (2003) 2(1) Duke Law & Technology Review 1-16.
- Graffi LD, 'Securing Harmonized Effects of Arbitration Agreements Under the New York Convention' (2006) 28(3) Houston Journal of International Law 663-769.
- Gül MA, 'New York Sözleşmesi Bağlamında Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali' (2017) 7(29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 361-406.
- Güngör G, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (1st edn, Yetkin 2000).
- Heuvel EVD, 'Online Dispute Resolution as a Solution to Cross-border E-disputes: An Introduction to ODR' <<https://www.oecd.org/digital/consumer/1878940.pdf>> Erişim Tarihi 22 April 2021.

- Hörnle J, 'Online Dispute Resolution - The Emperor's New Clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration' (Egov.ufsc.br, 2007) <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18561-18562-1-PB.pdf>> Erişim Tarihi 1 May 2021.
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1st edn, Vedat 2010).
- Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü - Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (1st edn, Seçkin 2003).
- İnal HT, *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku*, (1st edn, Seçkin 2014).
- Koulu R, 'Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement' (2016) 13(1) *Scripted* 40-69.
- Kalafatoğlu MP, 'Yabancı Unsurlu E-Tüketici Uyuşmazlıklarının İnternet Üzerinden Çözülmesi (Online Dispute Resolution) Konusunda, Görüş, Düşünce ve Öneriler' (2018) 34(2) *BATIDER* 301-350.
- Karamon MC, 'ADR on the Internet' (1996) 11 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 537-548.
- Katsh E, 'The New Frontier: Online ADR becoming a global priority' (2000) *Kış Dispute Resolution Magazine* 6-8.
- Katsh E, Rıfkin J and Gaitenby A, 'E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of 'eBay Law'' (2000) 15(3) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 705-734.
- Kaufmann-Kohler G, 'Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration' in Gerald Aksen (ed) *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber amicorum in honor of Robert Briner* (1st edn, ICC 2005) 437-456.
- Kaufmann-Kohler G and Schultz T, 'The Use of Information Technology in Arbitration' (2005) *JusLetter* 1-127.
- Kaya F, *E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukuku Uygulamaları* (1st edn, Seçkin 2016).
- Kaya S, *Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution* (1st edn, On İki Levha 2020).
- Koçyiğit İ and Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (1st edn, Adalet Bakanlığı 2019).
- Kurtulan G, 'Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği' (2017) (131) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 239-260.
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku* (1st edn, Legal 2015).
- Kuru B, Arslan R and Yılmaz E, *Medeni Usul Hukuku* (25th edn, Yetkin 2014).
- Liyanage C, 'Online Arbitration Compared to Offline Arbitration and the Reception of Online Consumer Arbitration: An Overview of Literature' (2010) 22(1) *Sri Lanka Journal of International Law* 173-194.
- Lodder AR and Zeleznikov J, 'Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model' (2005) 10 *Harvard Negotiation Law Review* 287-338.
- Melamed JC, 'Online Dispute Resolution', *2019 Handbook on Dispute Resolution* (Oregon State Bar, 2019) ch 41.
- Morek R, 'Regulation of Online Dispute Resolution: Between Law and Technology' (Studylib.net, 2005) <<http://studylib.net/doc/5911383/regulation-of-online-dispute-resolution-#>> Erişim Tarihi 17 February 2021.

- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (1st edn, Beta 2017).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1st edn, Beta 2013).
- Okumuş N, 'Türk Tahkim Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK m.439/2.F)' (2018) XXII(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 191-208.
- Özbay İ, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' (2006) 10(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 459-475.
- Özbek M, 'Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü' (2007) (68) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 265-320.
- Özbek M, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış' (2004) 1(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 261-292.
- Özbek M, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (1st edn, Yaklaşım 2004).
- Özcan Z and Türk A 'Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi' (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1465-1505.
- Özdemir Kocasakal H, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (1st edn, Vedat 2003).
- Özdemir Kocasakal H, 'İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Yetkili Mahkemenin Tespiti' (2002) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 484-513.
- Özkes M, 'Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi' (2006) 7 Hukuki Perspektifler Dergisi 40-45.
- Özel Ç, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (1st edn, Seçkin 2016).
- Özel S, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması' (2017) 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 303-323.
- Özümücü S, 'Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları' (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 431-454.
- Özümücü S, '6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış' (2014) 16(Özel Sayı: Hakan Pekcanitez'e Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831-871.
- Pekcanitez H, 'Hukuki Dinlenilme Hakkı' (2000) in *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan* (1st edn, Dokuz Eylül Üniversitesi) 753-791.
- Philippe M, 'ODR Redress System for Consumer Disputes – Clarifications, UNCITRAL Works & EU Regulation on ODR' (2014) 1(1) International Journal of Online Dispute Resolution 57-69.
- Philippe M, 'Where is everyone going with online Dispute Resolution (ODR)?' (2002) International Business Law Journal 167-208.
- Qouteshat OH, 'The Enforcement of Electronic Arbitral Awards in International Commercial Disputes under the New York Convention: The Case of Dubai and DIFC Courts' (Doktora Tezi, University of Central Lancashire 2017).
- Rainey D, 'Third Party Ethics in the Age of the Fourth Party' (2014) 1(1) International Journal of Online Dispute Resolution 37-55.

- Sargın F, *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk* (1st edn, Yetkin 2005).
- Scherer M, 'Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework' (2020) 37(4) *Journal of International Arbitration* (forthcoming), Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No.333/2020 1-36.
- Schultz T, 'Online Arbitration: Binding or Non-Binding?' (*ADR Online Monthly*, 2002) <<http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html>> Erişim Tarihi 2 March 2021.
- Sılacı Korkmaz M, *New York Konvansiyonu Uyarınca Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet* (1st edn, On İki Levha 2020).
- Stewart K and Matthews J, 'Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes' (2002) 56 *University of Miami Law School Institutional Repository* 1111-1145.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (1st edn, Beta 2013).
- Şit B, 'İnternet ve Milletlerarası Yetki' in Osman Berat Gürzumur (ed), *Doç. Dr. Haluk Konuralp'a Armağan C.III* (1st edn, Yetkin 2009) 917-968.
- Şit B, 'Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı İle Akdedilen Tahkim Anlaşmaları' (2006) 25(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 411-436.
- Tanrıver S, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 1(64) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 151-178.
- Tanrıver S, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış' in Mehmet Ünal (ed), *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (1st edn, Yetkin 2006) 821-842.
- Topak S, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları' (2016) (122) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 281-314.
- Turan G, 'Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2008) (77) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 87-119.
- Uluç İ, 'Online Uyuşmazlık Çözümü' *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan 2. Cilt* (1st edn, Yetkin 2015) 1609-1643.
- UNCITRAL Technical Notes on Online Dispute Resolution (New York April 2017) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf> Erişim Tarihi 17 February 2021.
- UNCITRAL Recommendation Regarding the Interpretation of Article II Paragraph 2, and Article VII, Paragraph I, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Done in New York, 10 June 1958 (7 July 2016) adopted by the UNCITRAL at its Thirty-Ninth Session, Official Records of the General Assembly, Supplement 17 (A/61/17), Annex II.
- UNCTAD, 'Consumer Protection in Electronic Commerce' (24 April 2017) TD/B/C.1/CPLP.
- UNCTAD, *E-Commerce and Development Report 2003*, Chapter 7 'Online dispute resolution: E-Commerce and beyond' (United Nations, New York and Geneva, 2003) 77-203.
- Uyumaz A, 'Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları' (2012) 20(1) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 100-129.
- Victorio RM, 'Internet Dispute Resolution (iDR): Bringing ADR into the 21st Century' (2001) 1(2) *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*.
- Witt ND, 'Online International Arbitration: Nine Issues Crucial to its Success' (2001) *The American Review of International Arbitration* 441-451.

Wolff R, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary* (1st edn, Hart Publishing 2012) 114-132.

Yeşilırmak A, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (1st edn, On İki Levha 2011).

Zunko IM, ‘Implementation of the ODR (Online Dispute Resolution) Platform According to the Regulation (EU) No 524/2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes’ (16th International Scientific Conference on Economic and Social Development – The Legal Challenges of Modern World, Split, September 2016) 264-272.

İstanbul Tahkim Merkezi Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esasları 2020 <<https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/istac-cevrिमici-durusma-usul-ve-esaslari/>> Erişim Tarihi 30 August 2021.

Milletlerarası Ticaret Odası Milletlerarası Tahkim Kuralları 2021 <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>> Erişim Tarihi 8 May 2021.

Shenzhen Uluslararası Tahkim Mahkemesi Elektronik Tahkim Kuralları 2019 <<http://www.scia.com.cn/files/fckFile/file/SCIA%20Online%20Arbitration%20Rules.pdf>> Erişim Tarihi 2 September 2021.

<https://geneva-internet-disputes.ch> Erişim Tarihi 1 March 2021.

<https://pages.ebay.com/ebay-money-back-guarantee/questions.html> Erişim Tarihi 1 March 2021.

https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 Erişim Tarihi 18 February 2021.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 04.06.2021
Revizyon Talebi: 25.06.2021
Son Revizyon: 14.07.2021
Kabul: 03.08.2021
Online Yayın: 22.11.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması

The Protection of Cultural Heritage in International Investment Law

Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden*

Öz

Kültürel mirasın korunmasının milletlerarası yatırım hukukunda yer bulması, yatırımcının yatırım üzerindeki menfaatleri ile ev sahibi devletin kültürel mirasın korunmasındaki menfaatlerinin çakışması sonucunda ortaya çıkmıştır. Ancak ev sahibi devletin düzenleyici yetkisine dayanarak kamu yararı amacıyla kültürel mirasın korunması yönünde uygulayacağı tedbirlerin, yatırımcının yatırımdan doğan haklarına etki etmesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine dair milletlerarası yatırım hukukunda temel bir düzenleme yoktur. Kaldı ki milletlerarası yatırım hukukunun temel amacı, yabancı yatırımın ev sahibi devlette korunmasıdır; yoksa yatırım hukukunun varlık sebepleri arasında, ev sahibi devlette yer alan kültürel mirasın korunması amacı yer almamaktadır. Yatırım tahkimi içerisinde, ev sahibi devletlerin giderek artan sayıda, kültürel mirasın korunması amacıyla düzenleyici yetkilerini kullanarak yatırıma etki eden tasarrufları sonucunda, milletlerarası yatırım hukukunda kültürel mirasın korunmasına dair düzenlemelere yer verilip verilmeyeceği ve yer verme gerekliliğinin incelenmesi lüzumu doğmuştur. Bu amaçla çalışmada, kültürel mirasa dair uluslararası düzenlemelere yer verildikten sonra kültürel mirasın konu edildiği yatırım tahkimine dair kararlar, milletlerarası yatırım anlaşmalarındaki ilgili bazı koruma ilkelerinin incelenmesi suretiyle ele alınacak ve son tahlilde güncel yatırım anlaşmalarındaki mevcut düzenlemelere yer verilerek durum tespiti yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası yatırım hukuku, uluslararası yatırım hukuku, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme, UNESCO Dünya Kültür ve Doğal Mirasını Koruma Konvansiyonu, Dünya Miras Sözleşmesi, kültürel miras, milletlerarası yatırım anlaşmaları, devletin düzenleyici yetkisi

Abstract

Protecting cultural heritage has arisen as an aspect of international investment law as a result of conflicts between the legitimate interests of foreign investors and those of host states. However, there are no international investment law regulations to govern when measures a host state takes to protect its cultural heritage for the public interest affect the rights of a foreign investor. Moreover, the main aim of international investment law is to protect the foreign investments in host states, and protecting the cultural heritage of the host state is not a priority. It is necessary to examine whether international investment law encompasses regulations on protecting the cultural heritage when a host state takes protective measures that affect foreign investments. Therefore, this study entails analyzing first the international regulations on cultural heritage and then awards related to cultural heritage in investment law; relevant international standards of investment protection principles are examined and discussed in the context of current regulations in current investment treaties.

Keywords

International investment law, The World Cultural Heritage Convention, cultural heritage, international investment treaties, the regulatory powers of the host state

* **Sorumlu Yazar:** Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: hzerden@29mayis.edu.tr ORCID: 0000-0002-3144-4259

Atf: Nalcacioglu Erden HZ, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması" (2021) 41(2) PPII 827.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.947833>



Extended Summary

With increasing numbers of investment treaties, more intersections have come between international investment law and other fields of international law. Host state obligations that arise from international investment law can negatively affect foreign investment; this can happen when a host state's policies and its non-investment obligations arising from international agreements restricts or invalidates foreign investors' rights. Protecting cultural heritage relates to international investment law because of the relationship between a host state's cultural and economic interests.

The UN Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage is the fundamental regulation for safeguarding cultural heritage. According to the Convention, the responsibility of protecting the cultural heritages within the state borders belongs to all states of the world, not just the host state, because cultural heritage belongs to all humanity. The Convention mainly protects the cultural heritages registered on the World Heritage List.

There is no uniform application in awards on claims related to cultural heritage. In *Glamis Gold v USA*, although the relevant cultural heritage is not on the World Heritage List, the Convention is invoked because of the heritage's importance. The ruling in *Santa Elena v Costa Rica* emphasized that a legal expropriation for environmental and public health reasons does not invalidate the liability of compensation and that "the international source of the obligation to protect the environment makes no difference"; it can be argued that the arbitral tribunal did not consider the non-investment obligations that arise from protecting cultural heritages. In *SPP v Egypt*, the most remarkable point is that after the cultural heritage was included on the World Heritage List, it was ruled that the host state does not have liability of compensation when it takes measures related to investments and cultural heritage. The arbitral tribunal of *Grand River v the USA* excluded the international resources arising from non-investment obligations, ruling that this exceeded its authority. The ruling in *Parkerings v Lithuania* never mentions the Convention in determining whether the most favored nation principle is violated, preferring instead to implicitly state that the host state had acted in accordance with its contractual liabilities arising from the Convention while infringing the rights of investors.

In the expropriation articles of some investment treaties, the preference is to list public interests such as public health and environmental protection in a non-limiting manner. Because matters related to the public interest are not restrictive, a host state's measures to protect its cultural heritages can fall within this scope because such measures are intended to protect both the natural value to the state and the cultural heritage with outstanding universal value to all humanity under the Convention.

The general exception articles of some new investment treaties state that no provision in the agreement will prevent host states from implementing measures to

protect national treasures with historical, cultural, and archaeological value without discrimination and in good faith, which can affect and even restrict^{investment}.

These new regulations allow host states to protect their cultural heritage sites by stipulating that claims of violations of international standards of investment are not valid when a host state takes measures to protect cultural heritage without discrimination and in good faith within the scope of its regulatory authority.

Free trade agreements stipulate that host states may take the required actions for protecting cultural heritage contrary to the general obligations included in the agreements. The general exceptions article of the Trans-Pacific Strategic Economic Partnership, unlike the agreements examined within the scope of this study, includes regulations on both tangible and intangible cultural heritages. The fact that tangible and intangible cultural assets are protected ensures that deterrent factors that will affect states' use of their regulatory powers are eliminated.

That is, protecting cultural heritage can be added to the public interest purposes listed in the articles of indirect expropriation of an investment treaty. However, to cover all international standards of protection principles in investment treaties, it would be more appropriate to include clear protections for cultural heritages by adding a general exceptions article instead of an article only against a specific standard. Following criticisms, regulations that protect both tangible and intangible cultural heritage assets are now more inclusive. For indirect expropriation, the differences between a state's regulatory measures and indirect expropriation will also be more clearly expressed in investment treaties, ensuring that states have broader mobility to protect cultural heritage.

Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması

I. Giriş

Ev sahibi devlet tarafından verilen taahhütler veya vaat ettiği güvenceler dolayısıyla yatırımın yapılmasını teşvik eden ve milletlerarası yatırım anlaşmalarındaki koruma ilkelerinden doğan yatırıma dair hakların ihlâli durumunda uğranılan zararın tazminini güvence altına altına alan milletlerarası yatırım hukuku, yabancı yatırımcı ile yatırımın yapıldığı devlet arasındaki ilişkileri düzenlemektedir.

Yatırıma dair uygun şartların oluşturulmasından sonra, ev sahibi devletin düzenleyici yetkisine dayanarak yatırıma etki eden, yatırımdan amaçlanan kârı azaltan ya da yatırımı tamamen ortadan kaldıran tasarruflarındaki sınır, yatırım anlaşmaları tarafından çizilmektedir. Milletlerarası yatırım anlaşmaları, ev sahibi devletin egemenlik yetkisine dayanarak düzenleyici yetkisine istinaden toplum sağlığının veya çevrenin korunması gibi alanlarda kamu yararı gerekçeleriyle uyguladığı yatırım üzerinde etki yaratan düzenleyici tasarruflarına bir noktaya kadar izin vermektedir. Ne var ki, ev sahibi devletin bu nitelikteki tasarruflarının ne zaman tazmin yükümlülüğü doğuracağına dair milletlerarası yatırım hukukunda bir belirsizlik söz konusudur.

Milletlerarası yatırım hukuku ile kesişen kültürel mirasın korunması da ev sahibi devletin tüm insanlığa ait mirasın korunması amacıyla uygulanan ev sahibi devlete ait tasarrufları kapsamaktadır. Ev sahibi devlet, hem kendi iç hukukundan doğan ulusal yükümlülükleri hem de tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan uluslararası yükümlülükleri dolayısıyla kültürel mirasın korunması amacıyla çeşitli tedbirler almak zorundadır. Ev sahibi devletin topraklarında bulunan kültürel mirasın korunması amacıyla zorunlu olarak uyguladığı tedbirlerin, yatırıma etki etmesi durumunda ise ortaya çıkan uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği ya da ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğunun doğup doğmayacağı, milletlerarası yatırım hukukunda pek de üzerinde çalışılmayan konular arasında yer almaktadır. İşbu çalışmanın amacı da bu alandaki boşluğu doldurmaktır.

Ev sahibi devletin tarafı olduğu kültürel mirasın korunmasına dair uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükleri ile milletlerarası yatırım hukukundan doğan yükümlülüklerinin arasındaki ilişki açık değildir. İki sorumluluğunun çakışmasından doğan uyuşmazlık sayılarının artması, bu alanda bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğunu göstermektedir. Açıklanması gereken, devletin düzenleyici yetkisine dayanarak kültürel mirasın korunması amacıyla uyguladığı tedbirlerin, yabancı yatırıma etki etmesi durumunda, bunun tazmin edilebilir bir tasarruf olup olmayacağıdır. Somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bu durum için çalışmada öncelikli olarak kültürel miras kavramı ve bu kavramın yer aldığı en temel düzenleme

olan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme¹ kapsamında kültürel mirasın korunması incelenecektir. Ardından milletlerarası yatırım hukukunda kültürel mirasın korunmasına yer verilen kararlar, ilgili kararlarda özellikle öne çıkan uluslararası koruma ilkeleri kapsamında değerlendirilmek suretiyle ele alınacaktır. Son bölümde ise güncel yatırım anlaşmalarında kültürel mirasın korunmasına dair düzenlemelerin yeterliliği incelenecektir.

II. Genel Olarak Kültürel Miras Kavramı

Kültürel miras kavramı, “tarihi, sanatsal, arkeolojik, bilimsel ya da kültürel açıdan gerek bütün insanlık gerekse sadece bir ulus ya da grup için büyük öneme sahip nesnelere²” olarak tanımlanan “kültür varlığı³” kavramını da içerecek şekilde çok daha geniş kapsamlı ve görece çok daha yeni bir kavramdır⁴. Kültürel miras, “belirli bir milletin veya topluluğun önceki nesillerden öğrenme süreçleri yoluyla devraldığı ve kimlik duygusunun sonraki nesillere aktarılmasını sağlayan kültürel nesnelere, geleneklerin, bilgi ve becerilerin toplamı⁵” olarak tanımlanmaktadır.

“İnsanlığın ortak mirası” kavramının uluslararası toplumda kabulünün yükselişe geçmesiyle beraber kültür varlığı (*cultural property*) kavramının yerine kültürel miras (*cultural heritage*) kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Bu durum, korunması gereken özellikli unsurların, tek bir devlete ait olmalarının yanında tüm insanlık için ayrı bir önem taşıdıklarına işaret etmektedir. Dolayısıyla insanlığın ortak mirasını teşkil eden bu unsurların korunmasıyla ilgili olarak herkesin hem hak sahibi olduğunun hem de bu unsurların gelecek nesillere aktarımı hususunda sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekmektedir⁶.

1 Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme (1972) için bkz RG 14.02.1983/17959. İngilizce metni için bkz UNESCO, Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972) <<https://whc.unesco.org/en/conventiontext/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme, çalışmada bundan sonra büyük harfle başlayacak şekilde “Sözleşme” olarak da anılacaktır.

2 Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması* (Alkım Yayınları 1998) 24. Ayrıca bkz Sibel Özel, ‘Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti’ (2018) 24(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi 215, 217-219.

3 Kültür varlıkları, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nda “tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklar” (m 3/1) olarak tanımlanmıştır; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu: 2863, Kabul Tarihi: 21.07.1983, RG 23.07.1983/18113. Kültür varlığı kavramı, birçok uluslararası düzenlenmede de tanımlanmıştır; 1954 tarihli Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına Dair La Haye Konvansiyonu (m 1); 1970 tarihli Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili UNESCO Konvansiyonu (m 1); 1978 tarihli Taşınır Kültür Varlıklarının Korunması Hakkında UNESCO Tavsiye Kararı (m 1) gibi.

4 Doktrinde, kültür varlığı ile kültürel miras kavramları arasındaki ilişki ve farklılıklara sıklıkla yer verilmiştir, örneğin bkz Janet Blake, ‘On Defining the Cultural Heritage’ (2000) 49 International and Comparative Law Quarterly 61-84; Lyndel V. Prott, Patrick J. O’Keefe, ‘Cultural Heritage or Cultural Property?’ (1997) 1(2) International Journal of Cultural Property 307-320; Gael M. Graham, ‘Protection and Reversion of Cultural Property: Issues of Definition and Justification’ (1987) 21(3) International Lawyer 755, 775-776.

5 Federico Francioni, ‘Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction’ in Federico Francioni (ed), *Cultural Human Rights* (Martinus Nijhoff 2008) 8.

6 Serap Akipek, ‘Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’nin Değerlendirilmesi’ (2001) 50(4) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 13.

Kültürel miras kavramı; resim, çizim, heykel, seramik ve dokuma gibi her çeşit sanat eserini, tarihte iz bırakan önemli kişilere ait nesnelere insan ve hayvan fosilleri gibi arkeolojik nesnelere, mutfak eşyaları, takı, giysi ve silah gibi geçmiş toplumların günlük yaşantısına ışık tutan nesnelere gibi taşınmaz maddi varlıkları; doğal alanlar, tarih öncesi yaşama dair izler bulunan mağaralar, tarihi önemi haiz göl, nehir, dağ, kayalık alan gibi yerler ile dini törenlerin yapıldığı yerler, parklar, anıtlar, binalar ve antik kent kalıntıları gibi taşınmaz maddi varlıkları; kültürel yaşamın geleneksel yönlerini içeren bilgi ve davranışları, bir başka deyişle sözlü gelenek ve anlatımlar (destanlar, efsaneler, halk hikâyeleri, atasözleri, masallar, fıkralar vb.), gösteri sanatları (Türkiye’de Karagöz, meddah ve kukla gösterileri, İngiltere’de Shakespeare’in oyunları vb.), toplumsal uygulamalar, ritüeller ve şöenler (nişan, düğün, doğum, nevruz gibi kutlamalar, Japonya’da çay seromonisi gibi), doğa ve evrenle ilgili bilgi ve uygulamalar (geleneksel yemekler, halk hekimliği, halk takvimi vb.), el sanatları geleneği (Japonya’da samurai kılıcının yapımı, Türkiye’de dokumacılık, nazar boncuğu, telkârî, bakırcılık yapımı gibi) ile müzik ve dans türleri gibi somut olmayan unsurları da kapsamaktadır⁷.

Kültürel miras, kendisini diğer kavramlardan ayıran iki temel özelliği ihtiva etmektedir; somut kültür değerlerinin yanında somut olmayan kültür değerlerini de kapsaması ve kapsadığı bu değerlerin salt tek bir toplum açısından değil tüm dünya ulusları açısından ortak miras olarak korunması gerekliliğidir. Dolayısıyla kültürel miras, geçmişte var olan ve gelecek nesillere aktarımı ile paylaşılan bağı, tek bir ulus özelinde değil dünya mirası olacak şekilde uluslararası ortak sorumluluk, dayanışma ve aidiyet üçgeni içerisinde konumlandırmaktadır⁸.

III. Kültürel Mirasın Korunmasına Dair En Temel Düzenleme: Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme

Uluslararası kültürel mirasın korunması hukuku (*international cultural law*, *international cultural heritage law*), kültürel mirasın, kültürün ve kültürel hakların korunduğu uluslararası hukuk kurallarının yer aldığı bir hukuk dalıdır⁹. Uluslararası kültürel mirasın korunması hukukunun temeli, yaşanan savaşlar sonucunda zarar gören

7 Protte and O’Keefe (n 4) 307-308. Örnekler için bkz T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Genel Müdürlüğü, Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi Hakkında <<https://aregemktb.govtr/TR-50837/somut-olmayan-kulturel-mirasin-korunmasi-sozlesmesi-hak-.html>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

8 Nitekim kültürel mirasın korunmasına ilişkin olarak uluslararası toplumu harekete geçiren ilk olay, antik Mısır uygarlığına ait Abu Simbel Tapınakları’nın bulunduğu vadinin, Mısır’da Aswan Barajı’nın inşa edilmesi kararı nedeniyle sular altında kalma tehlikesi olmuştur. UNESCO, su altında kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalan Abu Simbel Tapınakları’nın korunması için Mısır ve Sudan’ın 1959 yılında yaptığı başvuru sonrasında bir kampanyaya başlatmıştır. Başvuru ile beraber su altında kalacak alanlardaki arkeolojik kazı çalışmaları hızlanmış ve Abu Simbel tapınakları sökülerek, kuru bir alana taşınmış ve parçalar yeniden bir araya getirilmiştir. Kampanya sonucunda toplam 50 ülke yardımda bulunmuş ve 80 milyon dolar yardım toplanmıştır. Bkz ‘47th Anniversary of the World Heritage Convention’ (2019) <<https://whc.unesco.org/en/news/2056>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

9 Genel olarak bkz J. Nafziger, ‘The Development of International Cultural Law’ (2006) 100 American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting 317-323.

kültürel varlıkların korunması amacına dayanmaktadır¹⁰. Zamanla bu amaç¹¹, kültürel varlıkların yasa dışı ticaretinin önlenmesi¹², dünya kültürel mirasının korunması, sualıtı kültürel mirasının korunması¹³, somut olmayan kültürel mirasın korunması¹⁴ ve kültürel ifadelerin çeşitliliğinin korunması ve geliştirilmesi¹⁵ şeklinde genişleyerek değişime uğramıştır.

Kültürel mirasın korunmasıyla ilgili ilk ve en önemli uluslararası düzenleme, UNESCO¹⁶ tarafından hazırlanan 1972 tarihli Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'dir. Sözleşme, istisnai evrensel değerdeki¹⁷ (*outstanding universal value*) kültürel mirasın ve doğal mirasın ulusal ve uluslararası hukukta korunmasını konu edinmektedir (m 4-6). Sözleşme, devletlerin sınırları içerisinde yer alan istisnai evrensel değerdeki kültürel mirasın korunmasının, salt o devlete değil, tüm insanlığa ait bir görev olduğunun bu anlamda korumaya iştirakin hem bir sorumluluk hem de kültürel mirasın tüm insanlığa ait olması nedeniyle adeta bir hak olduğunu belirtmekte ve tüm devletleri kültürel mirasın korunması hususunda işbirliği içerisinde olmaya davet etmektedir.

Sözleşmenin birinci maddesinde kültürel miras,

“Anıtlar: Tarih, sanat veya bilim açısından istisnai evrensel değerdeki mimari eserler, heykel ve resim alanındaki şaheserler, arkeolojik nitelikte eleman veya yapılar, kitabeler, mağaralar ve eleman birleşimleri.

Yapı toplulukları: Mimarileri, uyumlulukları veya arazi üzerindeki yerleri nedeniyle tarih, sanat veya bilim açısından istisnai evrensel değere sahip ayrı veya birleşik yapı toplulukları.

Sitler: Tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnai evrensel değeri olan insan ürünü eserler veya doğa ve insanın ortak eserleri ve arkeolojik siteleri kapsayan alanlar.”

10 Genel olarak bkz Graham (n 4) 755-794.

11 Bu amaçla hazırlanan Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme (1954) için bkz RG 12145/08.11.1965.

12 Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşme (1970) için bkz RG 17232/26.01.1981.

13 UNESCO, Sualtı Kültürel Mirasının Korunması Sözleşmesi (2001) <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/2001-convention/official-text/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

14 Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi (2003) için bkz RG 11.03.2006-26105.

15 Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi (2005) için bkz RG 27.08.2017-30167.

16 Merkezi Paris'te bulunan ve Türkçesi, “Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu” olan UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) tüm dünya genelinde barışın hâkim olmasını amaçlamakta ve bu yönde eğitim, doğa bilimleri, sosyal ve beşeri bilimler, kültür, bilgi ve iletişim aracılığıyla çalışmalar yapmaktadır. Türkiye, UNESCO Sözleşmesi'ni 20 Mayıs 1946 tarihli ve 4895 sayılı Kanunla onamıştır. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu Sözleşmesinin onanması hakkında Kanun: 4895, RG 25.05.1946/4895. UNESCO hakkında detaylı bilgi için bkz <https://en.unesco.org/> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

17 UNESCO Dünya Mirası Konvansiyonunun Uygulanmasına Yönelik İşlevsel İfelere göre istisnai evrensel değer, “ulusal sınırları aşan ve tüm insanlığın bugünkü ve gelecek nesilleri için ortak öneme haiz istisnai bir kültürel ve/veya doğal önemi ifade etmektedir” (para 49), bkz UNESCO, ‘Dünya Miras Sözleşmesi Uygulama Rehberi’ (2017) <<http://www.alanbaskanligi.gov.tr/evrak/document-57-11.pdf>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021; İngilizce metin için bkz UNESCO, Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention (2019) <<https://whc.unesco.org/en/guidelines/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

şeklinde tanımlanmıştır. Bu doğrultuda denebilir ki Sözleşme yalnızca taşınmaz nitelikteki mal varlıklarını kültürel miras olarak kabul etmiştir.

Sözleşme, korunması gereken kültürel mirasın tayininde istisnai evrensel niteliği dikkate almakta ve esas itibarıyla Dünya Kültür Mirası Listesi¹⁸ adı verilen listede kayıtlı olan kültürel mirasları korumaktadır (m 11).¹⁹ Dünya Kültür Mirası Listesi'ne, önemi, bulunduğu ülkenin sınırlarını aşacak kadar istisnai olan ve tüm insanlığın bugünü ve yarını için ortak öneme sahip olan değerler girebilecektir²⁰. Sözleşme, adı geçen listede yer alan varlıkların korunmasını, muhafazasını, teşhirini veya yenilenmesini temin etmektedir (m 13). Kültürel mirasa ait varlığın Dünya Mirası Komitesi tarafından Listeye alınmasıyla beraber tüm insanlık namına korunması söz konusudur. Bu anlamda âkit devlet, kültürel mirasa ait varlığın korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesinin sağlanmasını, bu doğrultuda yatırımlardan doğan faaliyetler²¹ de dahil olmak üzere kültürel mirası konu edinen, doğrudan ya da dolaylı etkilemek suretiyle bütünlüğüne zarar veren ya da zarar verme tehlikesi içeren her türlü faaliyete karşı tedbirlerini almak, bu mirasın korunmasını kapsamlı planlama programlarına dahil etmeyi amaçlayan genel bir politika benimsemek; devletin kültürel ve doğal mirasını tehdit eden tehlikelere karşı harekete geçmesine olanak sağlayacak müdahale yöntemlerini geliştirmek; bu mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri, yenileştirilmesi için gerekli olan uygun yasal, bilimsel, teknik, idarî ve malî önlemleri almak gibi çabaları göstermekle mükelleftir (m 5).

IV. Milletlerarası Yatırım Hukuku ve Kültürel Miras Arasındaki İlişki

A. Genel Olarak

Milletlerarası yatırım hukuku, yatırımın yapıldığı ev sahibi devletin egemenlik hakları çerçevesinde, yabancı yatırım faaliyetlerini, yabancı yatırımcıların ev sahibi devlete karşı sahip olduğu hak ve yükümlülükleri ve ev sahibi devletin ülkesinde bulunan yatırımcılara uygulayacakları muameleleri konu edinmektedir²². Bu çerçevede akdedilen yatırım anlaşmaları ise, milletlerarası yatırım hukukuna özgü koruma

18 Dünya Kültür Mirası Listesi, çalışmada bundan sonra büyük harfle başlayacak şekilde "Liste" olarak da anılacaktır.

19 Sözleşmenin kural olarak sadece Dünya Kültür Mirası Listesi'nde yer alan değerleri koruması öğretide elitist bir yaklaşım olarak değerlendirilerek eleştirilmektedir. Her ne kadar Sözleşme'nin 12. maddesinde, taraf devletlerin listede yer almayan kültürel değerleri de korumakla yükümlü olduğu ifade edilse de maddenin, işlevsel bir uygulamasının olmadığı iddia edilmektedir, bkz Valentina Sara Vadi, 'Culture, Development and International Law: The Linkage Between Investment Rules and the Protection of Cultural Heritage' in S. Borelli and F. Lenzerini (eds), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law* (Brill 2012) 415, dipnot 14 ve 15'teki yazarlar. Aynı yönde bkz Valentina Vadi, 'The World Heritage and Foreign Direct Investment' in *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014) 101-102.

20 UNESCO, Dünya Mirası Konvansiyonunun Uygulanmasına Yönelik İşlevsel İlkeler (2019) para 49.

21 Federico Lenzerini, 'Property Protection and Protection of Cultural Heritage' in Stephan W. Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press 2010) 550.

22 Milletlerarası yatırım hukuku için genel olarak bkz M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2010); Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012).

ilkeleri aracılığıyla yabancı yatırımların teşviki ve korunmasını, uyuşmazlık çıkması durumunda ise hem ev sahibi devletin hem de yabancı yatırımcının doğrudan tahkime gidebilme imkânını, bu anlamda ilgili ilkelerin ihlâli dolayısıyla uğranılan zararın tazminini düzenlemektedir²³.

Özellikle, ikili yatırım anlaşmalarının sayısının artmasıyla beraber yatırım hukuku ile uluslararası hukukunun diğer alanları arasındaki kesişimlerin sayısı da artmaktadır. Zira ev sahibi devletin uluslararası ticaret hukukuna dair veyahut çevrenin, kamu sağlığının ya da insan haklarının korunması gibi uluslararası nitelikteki yatırım dışı sorumlulukları sebebiyle düzenleyici yetkisine dayanarak uyguladığı tasarrufların, yatırım hukukunda ortaya çıkardığı sonuçlar farklı olabilmektedir. Bu anlamda, ev sahibi devletin milletlerarası yatırım hukukundan doğan sorumlulukları ile yine uluslararası nitelikteki yatırım dışı sorumlulukları zaman zaman çakışabilmekte ve yabancı yatırımı olumsuz olarak etkileyebilmektedir²⁴.

Bu doğrultuda milletlerarası yatırım hukukunun insan hakları hukuku, çevrenin korunması, kamu sağlığının korunması veya uluslararası ticaret hukuku ile meydana gelen kesişimleri sebebiyle ortaya çıkan yatırım ihtilaflarının sayısının hızla arttığı rahatlıkla söylenebilir²⁵. Bu duruma elbette devletin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan yatırım dışı sorumlulukları nedeniyle izlediği ya da izlemek zorunda olduğu politikalar, yatırıma etki ederek yatırımdan doğan hakları kısıtlayabilmekte ya da tamamen ortadan kaldırılabilmektedir. Ev sahibi devletin kültürel menfaatleri ile ekonomik menfaatleri arasındaki ilişki nedeniyle milletlerarası yatırım hukuku ile etkileşime giren kültürel mirasın korunması amacı da ev sahibi devletin uluslararası nitelikteki yatırım dışı sorumluluklarından doğmakta ve bu açıdan yatırım hukuku ile etkileşim içine girmektedir.

23 İkili yatırım anlaşmaları hakkında özellikle bkz Bilgin Tiryakioglu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınarlı 2003) 160-186; Rudolf Dolzer and Margrate Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers 1995); Esen Akıntürk and Pınar Baklaci, 'İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme' (2009) 25(5) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 477-536.

24 Ev sahibi devletin milletlerarası yatırım hukukundan doğan sorumlulukları ile yatırım dışı sorumlulukları arasındaki ilişkiyi inceleyen bazı eserler için bkz Moshe Hirsch, 'Interactions between Investment and Non-investment Obligations' in Peter Muchlinski, Federico Ortino ve Christoph Schreuer (eds), *the Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press 2008) 154-181; Vid Prislán, 'Non-investment Obligations in Investment Treaty Arbitration: Towards a Greater Role for States?' in F. Baetens (ed), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (Cambridge University Press 2013) 450-481; M. Sornarajah, 'The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment' (2003) 10(2) Canadian Foreign Policy Journal 1-20; M. Houde and K. Yannaca-Small, 'Relationships between International Investment Agreements' (2004) (2004/1) OECD Working Papers on International Investment 1-22.

25 Örneğin insan hakları hukuku ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına dayanılarak nihai kararın gerekçelendirildiği *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States*, ICSID Case No (ARB) AF/00/2, Award (29 May 2003), para 116, 122 veya *Siemens AG v Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/02/08, Award (6 February 2007), para 241, 346, 354 veya *El Paso Energy International Company v The Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Award (31 October 2011), para 598, 639 veya *Azurix Corp v The Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Award (14 July 2006), para 311; kamu sağlığının korunmasıyla ilgili olarak örneğin bkz *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products SA and ABAL Hermanos v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No ARB/10/7, Award (8 July 2016); çevrenin korunması ile ilgili olarak örneğin bkz *Ethyl Corporation v The Government of Canada*, UNCITRAL Award on Jurisdiction (24 June 1998); uluslararası ticaret hukuku ile ilgili olarak *Philip Morris Asia Limited v the Commonwealth of Australia*, PCA Case No 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (17 December 2015).

B. Ev Sahibi Ülkenin Kültürel Mirastaki Menfaatleri, Özellikle Ekonomik Menfaatleri

Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye 31 Ocak 2017 tarihi itibarıyla 194 ülke taraftır²⁶. Sözleşmeye dünya genelinde bu kadar geniş katılım olmasının en önemli sebeplerinden biri, kültürel mirasın Listeye kaydı ile beraber uluslararası anlamda bilinirliğinin ve görünürlüğünün artması²⁷; bir anlamda ev sahibi devletin salt ulusal değil evrensel anlamda uluslararası bir sembolü haline gelmesi dolayısıyla âkit devlete sunmuş olduğu sosyal ve kültürel menfaatlerin yanı sıra ev sahibi devlete özellikle politik ve ekonomik menfaatler temin etmesidir²⁸.

Listeye giren değer, kazandığı kültür mirası etiketiyle, ulusal ve uluslararası platformlarda görünürlüğü artar; ekonomik bir sermayeye dönüşür ve ulusal ve uluslararası kültür turizmini destekler ve canlandırır²⁹.³⁰ Kültürel miras olarak Listeye giren varlık, o ülkede ulusal ve uluslararası turizmin canlanmasına katkıda bulunur ve buna dayalı olarak ekonomik gelirin artmasını sağlar ve yeni iş imkânlarının doğmasına vesile olur. Yine kültürel mirasın bulunduğu bölgede gayrimenkullerin değerleri de artmakta; özellikle tarihi yapıların restorasyonları dolayısıyla da yerel halka istihdam oluşturularak ekonomiye katkı sağlanmaktadır³¹.

Ayrıca Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme, istisnai evrensel değeri olan dünya kültürel ve doğal mirasını korumak için Dünya Mirası Fonu adı altında bir Fon kurmuştur (m 15).³² Fon, kültürel mirasın korunması, muhafazası, teşhiri ve iyileştirilmesiyle ilgili olarak taraf devletlere çeşitli yardım imkânları

26 States Parties Ratification Status <<https://whc.unesco.org/en/statesparties/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021

27 Akipek (n 6) 16; Vadi, "Foreign Direct Investment" (n 19) 97.

28 Edward J Goodwin, "The World Heritage Convention, the Environment and Compliance", (2009) 20(2) Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 157, 167-169; Vadi, "Foreign Direct Investment" (n 19) 96-98.

29 Alexandra Kowalski, "When Cultural Capitalization Became Global Practice" in N Bandelj, F F Wherry (eds), *The Cultural Wealth of Nations* (Stanford University Press 2011) 87 <<http://archive.ceu.hu/sites/default/files/publications/kowalski-culturalcapitalizationwhs2011.pdf>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021. Ayrıca bkz John P Given, 'Malaysia Historical Salvors Sdn, Bhd v Malaysia: An End to the Liberal Definition of Investment in ICSID Arbitrations' (2009) 31(3-4) Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 467, 495, 496.

30 Diğer yandan, bir değer Dünya Kültür Mirası Listesi'ne girmesi, o değer daimi olarak Listeye yer alacağı anlamına gelmemektedir. Nitekin bugüne değin Sözleşme, istisnai evrensel değere sahip olması nedeniyle koruma altında aldığı iki değeri, üzerinde gerçekleştirilen yatırım faaliyetlerinin, kültürel mirasın bütünlüğüne zarar verdiği/vereceği gerekçesiyle Listeden çıkarmıştır. Sözleşme, 1994 yılında Umman Krallığı'nın Arap Antilobu Koruma Bölgesi adı verilen koruma alanını, Dünya Kültür Mirası Listesi'ne almış; ancak bölgeyi, 2007 yılında hidrokarbon arama faaliyetleri için bölgenin yüzde 90 oranında küçültülmesi sonucunda bölgenin bütünlüğünün ve değerinin zarar göreceği gerekçesiyle Listeden çıkarmıştır. Bkz 'Oman's Arabian Oryx Sanctuary: first site ever to be deleted from UNESCO's World Heritage List' (2007) i <<https://whc.unesco.org/en/news/362>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021. Sözleşme yine Liste içerisine aldığı Almanya Dresden'de yer alan 18. ve 19. yüzyıllardan kalma tarihi eserlerin yer aldığı yaklaşık 18 km boyunca uzanan Elbe Vadisi'ni, Elbe Nehri üzerine yapılan çelik köprünün tamamlandığında vadinin genel görünümünü bozacağı gerekçesiyle 2009 yılında Listeden çıkarmıştır. Bkz 'Dresden is deleted from UNESCO's World Heritage List' (2009) <<https://whc.unesco.org/en/news/522/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

31 Erdem Eryazıcıoğlu, Hüseyin Cengiz, 'İnsan Hakları Odaklı Bir Kültürel Miras Sistemi İçin Değerlendirme Modeli' (2018) 13(4) Megaron Journal 636, 640.

32 Dünya Mirası Fonu'nda UNESCO tarafından temin edilen kaynakların yanı sıra, taraf devletler için zorunlu ve gönüllü olmak üzere iki tür katkı sistemi öngörülmüştür (m 15/3/a); UNESCO'nun genel bütçesine iki yılda bir verilen payın %1'nin fona verilmesini öngören zorunlu katkı sistemi (m 16/1) ile en az iki yılda bir olmak üzere ve zorunlu katkı sisteminde öngörülen paydan az olmamak üzere katkıda bulunulmayı öngören gönüllü katkı sistemi (m 16/4).

sunmaktadır. Fon aracılığıyla, taraf devletlerde kültürel mirasın korunmasına yönelik tedbirlerin uygulanması sırasında yaşanabilecek muhtemel mali sıkıntılardan dolayı korumaya dair yükümlülüklerin gerçekleştirilememesinin önüne geçilerek ekonomik kaynak ihtiyacının giderilmesi sağlanmaktadır.³³

Esas itibarıyla kültürel miras özelinde yatırım hukukunda son dönemde ortaya çıkan ihtilaflar, yatırımcının hakları ile yatırımın gerçekleştiği ya da etki doğurduğu kültürel miras üzerinde ev sahibi devletin izlemiş olduğu politikaların çakışması durumunda nasıl bir yol izleneceğine ilişkindir³⁴. Bu nedendir ki, ev sahibi devletin ülkesinde bulunan kültürel mirasa ilişkin menfaatleri ile yabancı yatırımcının yatırımından doğan haklarının çakışması durumunda, bu menfaatlerin nasıl dengelenmesi gerektiğinin ele alınması zarureti hasıl olmuştur. İşbu çalışmanın esas kaleme alınma amacı da budur.

Yabancı yatırımcılar, kültürel miras dolayısıyla yatırımdan doğan haklarının ihlâl edildiği iddiasında bulunmaktan ziyade ev sahibi devletin uyguladığı düzenleyici tedbirlerin, yatırım anlaşmalarındaki koruma ilkelerini ihlâl ettiği iddiasında bulunmuşlardır. Bu doğrultuda konuyla ilgili yatırım tahkimine dair kararlar, kültürel miras öğelerini içermekle beraber esas itibarıyla yatırım hukukuna dair koruma ilkelerinin ihlâli iddialarını içerecek şekilde tahkim davalarına konu edilmiştir.

C. Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Kararların Uluslararası Koruma İlkeleri Özelinde İncelenmesi

Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımların korunması, milletlerarası yatırım anlaşmalarında yer alan uluslararası koruma ilkeleri vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Ev sahibi devletin yatırıma etki eden tasarrufları, aynı anda birden fazla koruma ilkesine veya yalnızca tek bir koruma ilkesine de aykırılık teşkil edebilecektir. Haksız kamulaştırmanın önlenmesi ilkesi olarak da zikredilebilecek dolaylı kamulaştırma, yatırımcıların haklı beklentilerini ve adil bir şekilde yargılanmasını güvence altına alan, ev sahibi devletin istikrarlı, öngörülebilir ve şeffaf yasal ve idari düzenlemelere sahip olmasını temin eden adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü, ev sahibi devletin yabancı yatırımı koruma ve bunun için gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü içeren tam koruma ve güvenlik esası; yabancı yatırıma karşı keyfi ve ayrımcı muamelede bulunmama ilkesi, milli muamele ilkesi ile en çok gözetilen ulus kaydı ilkeleri, milletlerarası yatırım hukukunda yatırımın korunmasına yönelik öne çıkan uluslararası koruma ilkeleridir. Çalışmada ev sahibi devletin kültürel mirasın korunması amacıyla aldığı tedbirlerin anılan uluslararası

33 Detaylı bilgi için bkz Akipek (n 6) 33-37.

34 Genel olarak bkz Valentina Vadi, 'When Cultures Collide: Cultural Heritage and Foreign Direct Investment' in *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014) 87-236; Yannick Radi, 'The 'Culture of Balancing' of International Investment Law - Cultural Interests and Investors' Interests in International Investment Treaties and Arbitration' (2013) 10(5) *Transnational Dispute Management* < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2355923> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021; Valentina Vadi, 'Culture Clash? World Heritage and Investors' Rights in International Investment Law and Arbitration' (2013) 28(1) *ICSID Review* 123-143.

koruma ilkelerine aykırılıklarını konu edinen yatırım tahkimine ilişkin kararlar ele alınacaktır.

Milletlerarası yatırım hukuku ile kültürel mirasın korunmasının kesişim noktasında yer alan ilgili hakem kararları incelenmeden önce, öncelikli olarak, milletlerarası yatırım hukukunda, “yatırım” tanımının, kültürel mirasın ortaya çıkarılmasına, korunmasına veya iyileştirilmesine ilişkin faaliyetleri kapsayıp kapsamadığı incelenmelidir³⁵; zira ortada bir yatırımın mevcut olması gereklidir ki yatırım uyumsuzluğundan bahsedilebilsin³⁶.

İkili yatırım anlaşmalarında birbirine benzer yatırım tanımlarına yer verilirken³⁷, milletlerarası yatırım hukukuna dair en önemli anlaşma olan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma³⁸’da (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States-ICSID*), özellikle yatırım tanımı yapılmaktan kaçınılmıştır. Böylece zaman içerisinde sürekli olarak değişen ve yeni ekonomik şekillere bürünebilen yatırım kavramı, dar ve sabit kalıplara sokulmamak suretiyle açık uçlu bırakılmıştır^{39,40}.

Kültürel miras öğelerini konu edinen ve ICSID tahkim mahkemesinde açılan *Malaysian Historical Salvors*⁴¹ davasına konu olan uyumsuzlukta, gemi enkazlarının kurtarılması üzerine uzmanlaşmış İngiltere menşeli MHS şirketi ile Malezya devleti arasında, Malezya karasuları içerisinde yer alan 1817 yılında batmış Diana isimli bir geminin enkazının kurtarılması konusunda bir kurtarma sözleşmesi imzalanmıştır. Anılan sözleşmeye göre, enkazdan çıkan, doğrudan Malezya tarih ve kültürüne ait olan arkeolojik eserler, Malezya Ulusal Müzesi’nde sergilenecek, kalanları ise gelirin

35 Vadi, ‘Linkage between Investment and World Heritage’ (n 19) 418-420; Valentina Sara Vadi, ‘Fragmentation or Cohesion? Investment versus Cultural Protection Rules’ (2009) 10(4) The Journal of World Investment and Trade 573 581-585.

36 Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil Yayın Dağıtım 2006) 156-158.

37 Örneğin bkz Türkiye-Ukrayna İkili Yatırım Anlaşması (1996) m 1/2; Belarus Cumhuriyeti-Macaristan İkili Yatırım Anlaşması (2019) m 1; Kore Cumhuriyeti-Ermenistan İkili Yatırım Anlaşması (2018) m 1.

38 RG 06.12.1988/20011.

39 Yusuf Çalışkan, ‘ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary will be Used for the Definition of Investment and the Scope of Consent’ in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu Foreign (eds), *Foreign Investment Law*, (Seçkin Yayınları 2016) 102.

40 Böyle olmakla beraber ICSID hakemleri, yatırım tanımı için (i) yatırımın ev sahibi devlete katkısı, (ii) yatırımın aşgari bir süre boyunca yapılmış olması, (iii) yatırımcının ev sahibi devletin ülkesinde yapacağı yatırım kapsamında bir risk taşıyor olması, ve (iv) yatırımın ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlaması şeklinde objektif kriterler belirlemiştir. Milletlerarası yatırım hukukunda “yatırım” tanımı için bkz Rudolf Dolzer, ‘The Notion of Investment in Recent Practice’ in S. Charnovitz, D. Steger, P. Van den Bossche (eds), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* (Cambridge 2005) 261-275; Sebastien Manciaux, ‘The Notion of Investment: New Controversies’ (2008) 9(6) The Journal of World Investment and Trade 1-24; Melis Aşşar, ‘ICSID Konvansiyonu’na göre Yatırım Tanımı’ (2017) 37(2) Public and Private International Law Bulletin 95-140; Lale Ayhan İzmirli, ‘Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırım Kavramı’ (2018) 8(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-131; Berk Demirkol, ‘The Notion of Investment’ (2015) 1(1) Turkish Commercial Law Review 41-50.

41 *Malaysian Historical Salvors SDB, BHD v The Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Award on Jurisdiction (17 May 2007).

belli bir oranı MHS'ye ait olmak üzere Amsterdam'daki müzayedede satılacaktır⁴². Uyuşmazlık, MHS'nin, müzayedede satılan eserlerden kendisine verilen oranın, sözleşmede kararlaştırılan orana aykırı olduğu iddiasıyla ortaya çıkmıştır. MHS, Malezya ile Birleşik Krallık arasındaki ikili yatırım anlaşmasının ihlali nedeniyle ICSID tahkim yargılamasına başvurmuştur. Malezya devleti ise, kurtarma sözleşmesinin yatırım teşkil edemeyeceği gerekçesiyle yargılamaya itiraz etmiştir. Tek hakem tarafından karara bağlanan davada, davacı MHS'nin kurtarma sözleşmesi uyarınca yaptığı faaliyetlerin, ticari nitelikte olduğu tespit edilmiştir⁴³. Kararda, kurtarma sözleşmesinin, ev sahibi devlete sadece tarihi ve kültürel bir katkısının söz konusu olduğu; nitekim bu katkıların da ev sahibi devletin ekonomik gelişimine önemli bir katkı olarak nitelendirilemeyeceği⁴⁴, dolayısıyla uyuşmazlıkta ICSID Anlaşması m. 25(1)⁴⁵ anlamında bir yatırımdan bahsedilemeyeceğinden bahisle ICSID'in yargı yetkisinin olmadığına karar verilmiştir⁴⁶.

ICSID'in *Malaysian Historical Salvors* kararı, zaten uygulamada ve öğretilerde tartışmalı olan yatırım kavramının içeriğine dair tartışmaları tekrar alevlendirmiştir. Öğretilerde ağırlıklı görüş, *Malaysian Historical Salvors* kararının, yatırım kavramını mutlaka ev sahibi devletin ekonomisine önemli bir katkı ölçütü üzerinden değerlendirmesi dolayısıyla yatırım kavramının son derece dar yorumlandığı şeklindedir⁴⁷. Nitekim, kararın iptaline dair verilen kararda⁴⁸, ev sahibi devletin geliştirilmesine yönelik küçük katkıların ve hakeza kültürel ve tarihi katkıların hariç tutulmak suretiyle salt ICSID Konvansiyonu anlamında yatırım tanımına dayalı olarak kararın verilmesi, ancak iki taraf arasındaki yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımının dikkate alınmaması; Konvansiyonun hazırlık çalışmaları esnasında yatırım kavramının kasıtlı olarak tanımlanmaması ve bu tanımlamanın taraf iradelerine bırakılmak suretiyle yatırımın belirlenmesine dair bir alt sınırın özellikle belirtilmemesi şeklindeki gerekçeler nedeniyle kararın iptaline karar verilmiştir⁴⁹.

Bu noktada özellikle belirtmek isteriz ki, bu çalışmanın amacı, milletlerarası yatırım hukukunda yatırım kavramını incelemek değildir. Dolayısıyla, milletlerarası

42 *Malaysian Historical Salvors*, para 8.

43 *Malaysian Historical Salvors*, para 109.

44 *Malaysian Historical Salvors*, para 132.

45 ICSID Anlaşması m 25'e göre; "Merkezin yargılama yetkisi, âkit ülkeler ile uyumsuzluk haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyumsuzlukları kapsayacaktır." Buna göre Merkeze başvuru için; (i) ev sahibi devlet ile yatırımcının mensubu olduğu devlet ICSID Anlaşması'na taraf olmalı, (ii) uyumsuzluğun ICSID tahkiminde görülmesinde tarafların rızası olmalı, ve (iii) uyumsuzluk, bir yatırımdan kaynaklanmış olmalıdır; detaylı bilgi için bkz Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 576 vd; Dost (n 36) 155-163.

46 *Malaysian Historical Salvors*, para 146.

47 Örneğin bkz Yulia Andreeva, 'The Tribunal in *Malaysian Historical Salvors v Malaysia* Adopts a Restrictive Interpretation of the Term Investment' (2008) 25(4) *Journal of International Arbitration* 503-506.

48 *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v The Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment (16 April 2009).

49 *Malaysian Historical Salvors*, Annulment, para 80.

yatırım hukukunda yatırım kavramına dair tartışmaları bir kenara bırakarak⁵⁰, salt konumuz ile özellikle kesişen; kültürel miras öğelerini konu eden sözleşmelerin “ev sahibi devletin ekonomik gelişimine önemli bir katkı”da bulunup bulunamayacağını tartışmak istemekteyiz⁵¹. *Malaysian Historical Salvors* kararında hakemin, tarihi ve kültürel öğelerin, devletin ekonomik gelişimine olan katkısını dikkate almaması düşündürücüdür. Zira, bir devletin tarihi ve kültürel öğelerinin özellikle turizm faaliyetlerini canlandırması, yeni istihdam alanları açması gibi ekonomisine olan katkısının yadsınamayacağı açıktır. Davacı, sözleşmenin ifası dolayısıyla Malezya müzelerinin içerik olarak zenginleştiğini, bu durumun da Malezya’nın tarihi, kültürel ve arkeolojik özellikleri nedeniyle tercih edilen ve dikkat çeken bir ülke konumuna gelerek uluslararası profilinin kalkınmasına katkıda bulunduğunu iddia etmiştir⁵². Öğretide de kültürel öğelerin ve sualtındaki arkeolojik alanların korunmasının, turizm sektörünün ve buna dayalı ekonomik faaliyetlerin gelişmesiyle doğrudan ilişkili olduğu özellikle vurgulanmaktadır⁵³. Öyle ki turizm sektörünün, 21. yüzyılın en büyük ekonomik faaliyeti olacağı ve deniz-kum-güneş eksenindeki klasik anlamdaki turizm anlayışının, insanların eğitim düzeylerinin artması, yaşam ilkelerinin yükselmesi ve turizm bilincinin de gelişmesiyle tarihi ve kültürel bakış açısıyla şekillendiği ve diğer gelir kaynaklarının yerini aldığı ifade edilmektedir⁵⁴. Bu anlamda kanaatimizce, tarihi ve kültürel öğeleri kapsayan faaliyetlerin, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı ve da önemli bir katkı olarak nitelendirilmemesi söz konusu değildir.

Uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklandığının tespitinden sonra aşağıda yatırım anlaşmalarında yer alan koruma ilkelerinin incelenmesi aşamasına geçilerek davacının iddia ettiği gibi gerçekten bir ihlâl olup olmadığı değerlendirilecektir.

1. Dolaylı Kamulaştırma

Milletlerarası yatırım hukukuna dair neredeyse her uyuşmazlıkta ihlâl edildiği öne sürülen dolaylı kamulaştırma ölçütü, kültürel mirası konu edinen yatırım ihtilaflarında da öne çıkmaktadır. Ev sahibi devletin kültürel miras ögesini korumak amacıyla, doğrudan yatırım üzerinde ya da yatırıma etki edecek şekilde uyguladığı düzenleyici

50 Detaylı bilgi için bkz yukarıda dn 40.

51 *Malaysian Historical Salvors* kararındaki yatırım tanımının detaylı analiz ve eleştirisi için özellikle bkz Valentina Vadi, ‘The Challenge of Reconciling Underwater Cultural Heritage and Foreign Direct Investment: A Case Study’, (2007) 17(1) *The Italian Yearbook of International Law* 143, 146-149; Valentina Vadi, ‘Underwater Cultural Heritage and Foreign Direct Investment’ in *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014) 148-155.

52 *Malaysian Historical Salvors*, Award, para 133.

53 Syed Abdul Haris Bin Syed Mustapa, ‘Showcasing Maritime Heritage Artefacts for the Benefit of the Tourist Industry in Malaysia’ (2005) 34(2) *International Journal of Nautical Archaeology* 211-215. Yazar genel olarak Malezya’nın sualtı arkeolojisinin esas itibarıyla batık gemi enkazlarına dayandığını; ülkenin konumu dolayısıyla Çin, İngiltere ve Portekiz’e ait ulaşılabilen çok sayıda gemi enkazına ev sahipliği yaptığını ve ülkenin turizm gelirlerinin esas itibarıyla gemi enkazlarına dayandığını ifade etmektedir.

54 Yüksek Göğebakan, ‘Dünya Üzerindeki Kültürel Varlıkların Turizme ve Ekonomiye Katkısı’, (2015) 5(2) *Anadolu Üniversitesi Sanat ve Tasarım Dergisi* 48, 54, 76. Aynı yönde bkz Durmuş Tezcan, ‘Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku’ (1996) 50(1) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 425, 430.

tedbirlerinin, dolaylı kamulaştırma ya da kamulaştırmaya eş etkili tasarruf teşkil edip etmeyeceği, yatırım uyumsuzluğına ilişkin birçok karara konu olmuştur.

Dolaylı kamulaştırma genel olarak, yatırıma açık bir el atma olmamasına ve yatırımcının yatırımından doğan haklarını muhafaza etmesine rağmen yatırımcıyı, yatırımını kullanma ve ondan yararlanma haklarından yoksun bırakacak etkilere sahip olan ev sahibi devlet tasarruflarına verilen addır. Dolaylı kamulaştırmada, yatırımdan doğan hak veya malvarlığı değerlerine dokunulmamakla beraber yatırımın ekonomik değerinin azalması veya yatırım üzerindeki kontrolün kaybına sebep olacak mahiyetteki tasarruflar sonucunda, doğrudan kamulaştırmaya eş etkili sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bir diğer deyişle, dolaylı kamulaştırmada mülkiyet hakkı yatırımcıda kalmasına rağmen bu hak dolayısıyla malikin sahip olduğu kullanma ve yararlanma yetkileri, ev sahibi devletin uyguladığı düzenleyici tasarruflar nedeniyle engellenmekte veya adeta hak ortadan kalkmışcasına kısıtlanmaktadır⁵⁵.

Ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırımcıya daha önceden verilen lisans ya da izinlerin reddedilmesi, yenilenmemesi veya iptal edilmesi veyahut yatırımın başlangıç aşamasında ev sahibi devlet tarafından yatırım faaliyetleri esnasında verileceğine dair güvence verilen lisans ya da izinlerin verilmemesi, ya da yatırımın başlangıç aşamasında elverişli koşullar mevcut iken ev sahibi devletin sonradan yaptığı mevzuat değişiklikleri ile şartların değişikliğe uğraması sonucunda yatırımın dolaylı olarak kamulaştırıldığı sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bu kapsamda, kùltürel miras ögelerinin korunması amacıyla ev sahibi devletin yabancı yatırıma müdahale eden meşru nitelikteki düzenlemeleri nedeniyle yatırımdan doğan hakların ihlâl edilmesi durumunda, söz konusu tasarrufun tazmin yükümlölüğu doğurmayan meşru bir egemenlik tasarrufu mu olduğu yoksa tazmin yükümlölüğu doğuran kamulaştırma mı olduğunun ayırt edilebilmesi önem arz etmektedir.

Devletin düzenleyici yetkisi⁵⁶ dolayısıyla, kamu yararı amacıyla, ayırım yapmadan ve usul kurallarına riayet ederek yatırım üzerinde uyguladığı ve yatırımcının yatırımına ilişkin kullanma ve yararlanmaya dair yetkilerini kısıtlayan ya da ortadan kaldıran tasarrufları nedeniyle dolaylı kamulaştırmadan doğan tazminat sorumluluğunun olup olmadığı açık değildir. Ev sahibi devletin özellikle kamu düzeni ve refahının sağlanması ve korunması; çevrenin ve kamu sağlığının korunması ya da tüketici ya da işçi haklarının korunması amacıyla almış olduğu tedbirlerin, tazmin yükümlölüğu doğurmayan düzenleyici işlemlerinden olduğu kabul edilmektedir. Ne var ki, devletin tazmin yükümlölüğu doğurmayan düzenleyici işlemleri ile tazmin yükümlölüğu doğuran dolaylı kamulaştırma teşkil eden tasarrufları arasındaki sınır çok da belirgin

55 H. Zeynep Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 50 vd.

56 Polis yetkisi olarak da adlandırılan devletin düzenleyici yetkisi, yatırım üzerinde tazmin edilebilir bir mahrumiyet oluşturan düzenlemelerin, bu yetki nedeniyle tazmin edilmemesini haklı kılan sebebi belirtmek üzere kullanılmaktadır, bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 330 vd.

değildir⁵⁷; “Dolaylı kamulaştırma” ile “devletin düzenleyici yetkisine dayanarak yatırım üzerinde uyguladığı tasarruflar”ın, yatırım üzerindeki etkileri aynı olmakla beraber, dolaylı kamulaştırma sonucunda ev sahibi devlet uygun bir tazminat öderken düzenleyici yetki sonucunda alınan tedbirleri nedeniyle ise, ev sahibi devletin herhangi bir tazminat yükümlülüğü doğmamaktadır. Bu anlamda öğretide, ev sahibi devletin çevrenin ve kamu sağlığının korunması gibi kamu yararı amacıyla alacağı tedbirlerin yatırımdan doğan yetkileri kısıtlaması ya da ortadan kaldırması durumunda, devlete tazminat ödeme yükümlülüğünün dayatılmasının, bu nitelikteki tedbirlerin alınmasında ev sahibi devlet üzerinde caydırıcı etki oluşturacağı ve egemen devletin polis yetkisini kısıtlayacağı ifade edilmektedir⁵⁸. Ancak yatırım tahkimine dair kararlarda bu konuda bir birlik söz konusu değildir. *Saluka v Czech Republic* kararında, devletin düzenleyici yetkisi kapsamında kamu refahının sağlanması ve korunması amacıyla uyguladığı ayrımcı nitelikte olmayan iyi niyetli düzenlemelerinin tazmin yükümlülüğü doğurmayacağına dair karar verilirken⁵⁹, *Santa Elena v Costa Rica* kararında ise çevrenin korunması gibi kamu yararı amacıyla gerçekleştirilen kamulaştırmaların, ev sahibi devletin tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı, bu anlamda kamulaştırmanın çevresel nedenlerle yapılmış olmasının, karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gereken kamulaştırma tasarrufunun niteliğini değiştirmeyeceğine hükmedilerek ev sahibi devletin tazminat ödemesine karar verilmiştir⁶⁰.

Çalışma açısından önem arz eden husus, acaba kültürel mirasın korunması amacıyla ev sahibi devletin düzenleyici yetkisine dayanarak yatırıma etki eden, yatırıma dair kullanma ve tasarruf etme yetkilerini sınırlandıran ya da sona erdiren tedbirleri uygulamasının bir sonucu olarak yatırımın kullanılamaz hale gelmesi durumunda, ev sahibi devletin tazminat ödeme yükümlülüğünün olup olmayacağıdır. Bu noktada amacımız kültürel mirasın korunmasına yönelik tedbirlerin uygulanması nedeniyle dolaylı kamulaştırmanın gerçekleştiğine dair iddiaların yer aldığı yatırım ihtilaflarının incelenmesi suretiyle bu soruya cevap verebilmektir.

Ev sahibi devletin doğal çevre güzelliklerini, kültürel miras öğelerini ve kutsal mekânlarını korumak için yatırım üzerinde uyguladığı düzenleyici işlemleri konu edinen yatırım ihtilaflarına dair önemli kararlardan biri, *Glamis Gold v the United States of America* kararıdır⁶¹. Altın madeni işletmeciliği yapan davacının, kazı yapmayı planladığı ve bu nedenle açık altın madeni işletme izni talep ettiği bölge, doğal güzelliklerinin yanı sıra the *Quechan Indian Tribe* adı verilen yerel Amerikan halkının

57 Allen S. Weiner, ‘Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of Legitimate Regulatory Purposes’ (2003) 5(3) International Law Forum Du Droit International 176-187.

58 Nałçacıoğlu Erden (n 55) 343, 356.

59 *Saluka Investments BV v Czech Republic*, Partial Award, Permanent Court of Arbitration (17 March 2006) para 254, 255, 262.

60 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, SA v The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/96/1, Final Award (17 February 2000) para 71, 72.

61 *Glamis Gold Ltd. v United States of America*, UNCITRAL Award (8 June 2009).

kutsal olarak kabul ettiği ve dini ritüellerini sergiledikleri alanı da kapsamaktadır. Yatırımcı, Federal Hükümetin talep ettiği yasal yükümlülüklerini yerine getirerek projenin onaylanmasını beklerken, Federal Hükümet, projenin üzerinde bulunduğu arazinin kazı sonrasında tamamen doldurulsa dahi yerel Amerikan kültürü ve o alanda bulunan kültürel anıtlar üzerinde kaçınılmaz ve geri döndürülmesi mümkün olmayan etkilerinin olacağı gerekçesiyle projeyi reddetmiştir⁶². Federal Hükümet yönetiminin değişmesinden sonra, red kararı iptal edilirken⁶³ projenin onaylanması da askıda bırakılmıştır⁶⁴. Projenin yer aldığı *California* eyalet yönetimi ise, Amerikan yerel kültürüne ait kutsal değerlerin korunması amacıyla bu kültür değerlerini etkileyen kazıların, kazı sonrası doldurulmasını zorunlu kılan yeni bir yasal düzenlemeyi yürürlüğe koymuştur⁶⁵. Bunun üzerine davacı yatırımcı, proje onayının askıda bırakılmasının ve yeni yasal düzenlemenin öngördüğü kazıların geri doldurulma zorunluluğunun, projenin gerçekleşmesini ekonomik olarak anlamsız kılacağı gerekçesiyle maden işletmeciliğinden doğan haklarının kamulaştırıldığını iddia ederek tahkim davası açmıştır⁶⁶. Davacı, kültürel değerlerin korunması amacıyla kazı alanlarının geri doldurulmasını zorunlu kılan yasanın, gerçek anlamda bu amaca hizmet etmediğini, zira kültürel değerlerin bulunduğu alanın bir kere kazılmış olmasıyla zaten zarara uğrayacağını, tekrar doldurulmasının ise çevreyi korumayacağını, aksine daha fazla harap edeceğini iddia etmiştir⁶⁷. Heyet, kamulaştırmanın gerçekleştiğinin tespiti için, hukuka aykırı olduğu iddia edilen fiillerin yatırım üzerindeki ekonomik etkisini değerlendirerek ev sahibi devlet işlemlerinin yatırımcıyı gerçekten yatırımı, kullanma, ondan yararlanma, yatırımı üzerinde tasarrufla bulunma ve onu kontrol etme gibi ekonomik haklarından mahrum bırakıp bırakmadığını tespit etmeye çalışmıştır⁶⁸. Bu nedenle heyet, hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlemlerin yatırım üzerindeki ekonomik etkisini incelemek amacıyla yatırımı geri doldurma sonucundaki ekonomik değerini hesaplamıştır⁶⁹. Heyet kararında, ev sahibi devlet tarafından doğal çevre güzelliklerinin, kültürel değerlerin ve kutsal alanların korunması amacıyla uygulanan tasarrufların, yatırım üzerinde, onun kamulaştırıldığı sonucunu ortaya çıkaracak nitelikte bir ekonomik etkiye sahip olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁷⁰. Heyet, uygulanan tasarrufların ekonomik etkisini yadsımamakla beraber yatırımcının kâr etmeye devam etmesi nedeniyle kamulaştırmanın gerçekleşmediğine karar vermiştir⁷¹.

62 Glamis Gold v United States of America, para 153-155.

63 Glamis Gold v United States of America, para 158-159.

64 Glamis Gold v United States of America, para 163-165.

65 Glamis Gold v United States of America, para 166.

66 Glamis Gold v United States of America, para 11.

67 Glamis Gold v United States of America, para 687-688.

68 Glamis Gold v United States of America, para 357.

69 Glamis Gold v United States of America, para 367-536.

70 Glamis Gold v United States of America, para 536.

71 Heyet, davacının tüm iddialarını reddetmiştir, bkz Glamis Gold v United States of America, para 830-831.

Glamis Gold v United States of America davasında heyet, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye yer vermekle beraber sadece, kültürel alanların tahrip edilmesinin, dünyadaki tüm ulusların mirasına zarar vermek anlamına geleceğini belirtmiş; bu anlamda Sözleşmeye taraf her devletin kültürel ve doğal mirasa, toplumun yaşamında bir işlev vermeyi ve bu mirasın korunmasını kapsamlı planlama programlarına dahil etmeyi amaçlayan genel bir politika benimsemekle yükümlü olduğunu belirten ilgili maddesine yer vermeyi tercih etmiştir (m. 5). Dolayısıyla hakem heyeti, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde hâkim iki ilkedен biri olan tasarrufun amacı ilkesini, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde esas almayarak salt tasarrufun etkisi ilkesi ekseninde değerlendirmesini yapmıştır. Hatta heyet, davalı ev sahibi devletin 2004 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Model İkili Yatırım Anlaşması'na dayanarak, devletin müdahale teşkil eden işlemlerinin amacına ve karakterine bakılması gerektiği, bu anlamda alınan önlemlerin gerekli olduğu ve kamu yararı amacı taşıdığı şeklindeki savunmalarını dikkate almamıştır⁷². Diğer yandan yatırım tahkimine dair bir kararda, Dünya Kültür Mirası Listesi'nde yer almamasına rağmen, uyuşmazlık konusu kültürel miras ögesinin taşıdığı kültürel değer ve önem sebebiyle⁷³ doğrudan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme kapsamında değerlendirilmesi gözden kaçırılmamalıdır⁷⁴.

Dolaylı kamulaştırmanın tespitinde tasarrufun amacı ilkesi, ev sahibi devlet tarafından yatırım üzerinde uygulanan tasarrufların ekonomik etkisini değil; ev sahibi devletin o işlemi uygulamasına sebep olan amacı dikkate almaktadır⁷⁵. Nitekim, devletin düzenleyici yetkisi kapsamında kamu düzeni ve refahının temini, çevrenin ve kamu sağlığının korunması gibi üstün kamu yararının bulunduğu durumlarda, yatırıma etki eden ev sahibi devlet tasarruflarının tazmin yükümlülüğü doğurup doğurmayacağı milletlerarası yatırım hukukundaki tartışmalı konulardan bir diğeridir⁷⁶.

Milletlerarası yatırım hukukunda kültürel mirasın korunmasında, ev sahibi devlet tasarrufunun amacının kamu yararı olduğu açıktır⁷⁷. Hatta denebilir ki, ev sahibi devletin kültürel ve doğal mirasın korunması amacıyla yatırıma etki ederek uyguladığı tasarruflar, esas itibarıyla tüm dünya milletlerinin mirasının korunması amacıyla uygulanmaktadır. Öyle ki, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye taraf olan devletler, zaten Sözleşmeye taraf olmakla beraber kültürel ve

72 *Glamis Gold v United States of America*, para 356. İlgili model anlaşmaya göre, dolaylı kamulaştırmanın tespitinde ((i) devlet işleminin ekonomik etkisi; ancak taraflardan birinin bir işleminin veya bir dizi işleminin yatırımın ekonomik değeri üzerinde olumsuz bir etki oluşturması, tek başına, dolaylı kamulaştırmanın meydana geldiğini göstermez; (ii) devlet işleminin ayrı ve makul şekilde yatırımdan destek alan beklentilere ne ölçüde müdahale ettiği; (iii) devlet işleminin niteliği dikkate alınır. Ancak nadir durumlar haricinde, meşru kamu refahını koruma amacıyla yapılan ve ayrımcı olmayan kamu sağlığı, güvenliği ve çevreye ilişkin işlemler gibi düzenleyici işlemler dolaylı kamulaştırma teşkil etmez, bkz Amerika Birleşik Devletleri Model İkili Yatırım Anlaşması (2012) Annex B, m 4.

73 Kararda dini ritüellerin sergilendiği alanın, ilgili kabile için Mekke ya da Kudüs gibi önemi haiz olduğu ifade edilmektedir, bkz *Glamis Gold v United States of America*, para 111.

74 *Glamis Gold v United States of America*, para 84; dn 194.

75 Tasarrufun amacı ilkesi hakkında bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 321 vd.

76 Detaylı bilgi için bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 337 vd.

77 Aynı yönde bkz Valentina Vadi, 'International Investment Law' in *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014) 65-66.

doğal mirasın korunması ve muhafazasına dair yükümlülüklerini yerine getirmekle sorumlu iken, Sözleşme’de, bir kültürel veya doğal miras ögesinin, Dünya Kültür Mirası Listesi’nde yer almamasının, onun, istisnai evrensel değere sahip olmadığı anlamına gelemeyeceği de açıkça ifade edilmiştir (m 12).

Kültürel ve doğal mirasın korunmasını konu edinen yatırım ihtilafına dair bir diğer önemli karar, *Unglaube v Costa Rica* kararıdır⁷⁸. Davaya konu uyuşmazlığın esası, nesli tükenmek üzere olan bir cins su kaplumbağa türünün yumurtalarını bıraktığı alan üzerinde yer alan eko-turistik otel tesisinin genişletilmesine dair verilen iznin iptal edilmesi ve daha sonradan alınan kamulaştırma kararının uygulanmamasından doğmuştur. Davacıların otellerinin de bulunduğu alanın, su kaplumbağalarının neslinin korunması amacıyla milli parka dönüştürüleceği ve ilgili alan üzerinde kamulaştırmaların yapılacağı ilan edilmesine rağmen ev sahibi devlet, on yılı aşkın bir sürenin geçmesine rağmen kamulaştırma kararının uygulanmasını sağlayacak süreci sona erdirmemiştir. Davacılar, iyi niyetlerini, ilgili projeyi alınan yeni kararlara göre revize etmek gibi çeşitli şekillerde gösterdiklerini iddia ederek sürecin akamete uğratılması nedeniyle ICSID tahkim yargılamasına başvurmuşlardır. Ev sahibi devlet, milli park ilan edilecek alan üzerindeki tasarruflarının, egemen devletin kamu yararı amacıyla uyguladığı iyi niyetli tasarruflar olduğunu ifade ederek tüm iddiaları reddetmiştir⁷⁹. Hakem heyeti, uyuşmazlık konusu alanın, nesli tükenmekte olan kaplumbağaların dünyadaki en önemli yuvalama alanlarından biri olduğunu vurgulayarak⁸⁰, ev sahibi devletin ayrımcı ve keyfi olmamak kaydıyla usuli prosedürlere uyarak karşılığında uygun bir tazminat vermek suretiyle kamulaştırma hakkını haiz olduğunu belirtmiştir⁸¹. Heyet, ev sahibi devletin kamulaştırma için gerekli olan düzenlemeleri vaktinde yapmayarak yatırımcının yatırımdan doğan haklarını ağır bir şekilde etkilediği sonucuna vararak⁸² uyuşmazlık konusu alanın dolaylı olarak kamulaştırıldığına hükmetmiştir⁸³.

Yatırımcının tesislerinin üzerinde bulunduğu doğal alanın, kültürel mirasa dahil olması⁸⁴ nedeniyle incelenen *Unglaube v Costa Rica* kararında hakem heyeti, ilgili ikili yatırım anlaşmasına göre, ev sahibi devletin kamu yararı amacıyla kamulaştırma tasarrufunu uygulayabileceğini belirtmiş ancak yine aynı anlaşmaya göre, bu tasarruflar sonucunda yatırımcının uğramış olduğu kaybın esas alınarak karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁸⁵. Dolayısıyla karardan, kültürel mirası

78 *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/08/1 and ARB/09/20, Award (16 May 2012).

79 *Unglaube v Costa Rica*, para 103.

80 *Unglaube v Costa Rica*, para 163.

81 *Unglaube v Costa Rica*, para 205.

82 *Unglaube v Costa Rica*, para 220.

83 *Unglaube v Costa Rica*, para 209.

84 Nitekim dava konusu uyuşmazlığın yer aldığı Guanacaste bölgesi, UNESCO tarafından 1999 yılında Dünya Kültür Mirası Listesi’ne girerek koruma altına alınmıştır; ‘Area de Conservación Guanacaste’ <<https://whc.unesco.org/en/list/928/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

85 *Unglaube v Costa Rica*, para 203, 304.

konu edinen bir yatırımın varlığı halinde, kamulaştırmanın mümkün olabileceği, ancak yapılacak olan bu kamulaştırmanın, kamu yararı amacıyla, usul kurallarına uygun olarak, ayırım yapılmaksızın ve karşılığında uygun bir tazminatın verilmesi kaydıyla hukuka uygun olabileceği sonucu çıkarılabilecektir⁸⁶.

Yine aynı bölgede yer alan, son derece uzun bir sahil şeridinin yanı sıra içerisinde çok sayıda nehir, vadi, kaynak, orman ve dağ içeren; coğrafi ve jeolojik özelliklerinin yanında, o bölgeye özgü nadir bulunan bitki türlerine ve kendine has bitki örtüsüne sahip olan *Santa Elena* arazisi⁸⁷, bir başka ICSID tahkim yargılamasına daha konu olmuştur⁸⁸. Turistik otel tesisi inşa etmek amacıyla Amerikalı yatırımcılar tarafından satın alınan ancak bölgedeki özellikli fauna ve floranın korunması amacıyla kamulaştırılan arazi için yatırımcılar, çevresel sebeplerle gerçekleştirilen bu kamulaştırma işlemine karşı çıkmamakla beraber ev sahibi devletin takdir ettiği kamulaştırma bedeline itiraz etmiştir⁸⁹. Davaya bakan hakem heyeti, uyuşmazlık konusu eşsiz ekolojik güzelliklere sahip olan *Santa Elena* arazisinin korunmasının, uluslararası yükümlülüklerinden doğduğunu detaylı bir şekilde belgelendiren ev sahibi devletin sunmuş olduğu dökümanları, incelemeksizin doğrudan reddetmiştir⁹⁰. Zira davaya bakan hakem heyeti, çevresel saikler ile gerçekleştirilen bir kamulaştırmanın hukuka uygun olması ve kamu yararı amacı taşıması halinde dahi bu amacın, tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını belirtirken özellikle “çevrenin korunmasına ilişkin milli ya da milletlerarası yükümlülüklerinin dahi yatırımcıya tazminat ödenmesine engel teşkil etmeyeceğini” vurgulamıştır⁹¹.

Sonuç olarak *Santa Elena v Costa Rica* kararında hakem heyetinin kararını verirken, ev sahibi devletin, milletlerarası yatırım hukuku kapsamı dışındaki diğer yükümlülüklerini, bir başka deyişle kültürel değerlerini koruma şeklindeki yatırım dışı sorumluluklarından doğan uluslararası yükümlülüklerini dikkate almadığı açıkça söylenebilir⁹². Buradaki soru, heyetin ev sahibi devletin UNESCO tarafından koruma

86 Kamulaştırma tasarrufu, kamu yararı amacıyla, ayırım yapmadan, usul kurallarına uygun olarak ve karşılığında bir tazminatın ödenmesi koşuluyla esas itibarıyla meşru niteliktedir. Milletlerarası yatırım hukukunda hukuka uygun kamulaştırmanın şartları için bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 450 vd. Milletlerarası yatırım hukukunda hukuka aykırı olan dolaylı kamulaştırma durumunda ise, hem öğretiler hem de uygulamada ödenecek olan tazminatın miktarının haklı olarak daha farklı olması gerektiği görüşü hâkimdir. Detaylı bilgi için genel olarak bkz Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013); Sergey Ripinsky and Kevin Williams, *Damages in International Law* (British Institute of International and Comparative Law 2008).

87 *Santa Elena* arazisi, 2004 yılında, Dünya Mirası Komitesi tarafından, Dünya Kültür Mirası Listesi'nde yer alan Guanacaste bölgesine eklenerek koruma altına alınmıştır. Dünya Kültür Mirası Komitesi, 'Decisions Adopted At The 28th Session Of The World Heritage Committee' (2004) WHC-04/28.COM/26 sayılı karar <<https://whc.unesco.org/archive/2004/whc04-28com-26e.pdf>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

88 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, SA v The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No ARB/96/1, Final Award (17 February 2000).

89 *Santa Elena v Costa Rica*, para 19.

90 *Santa Elena v Costa Rica*, para 71, dn 32.

91 *Santa Elena v Costa Rica*, para 72.

92 Moshe Hirsch, 'Interactions between Investment and Non-investment Obligations' in Peter Muchlinski, Federico Ortino ve Christoph Schreuer (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press 2008) 169, 174. Bu noktada *Santa v Elena* kararındaki yaklaşımın ileride incelenecek olan *SPP v Egypt* kararından farklı olduğu ifade edilmelidir; *SPP v Egypt* kararı için bkz ileride s 26.

altına alınan bir bölgesindeki yatırımı kamulaştırması durumunda hangi çizgide bir karar alacağıdır. Tabii bu noktada, “yatırımcı ile yatırım sözleşmesi imzalanmadan önce ev sahibi devletin koruma altına alınma talebinde bulunması ve akabinde yatırım sözleşmesi imzalandıktan sonra Dünya Kültür Mirası Listesi’ne girilmesi” ile “yatırımcı ile yatırım sözleşmesi imzalandıktan sonra Listeye girilmesi” farklı şekilde değerlendirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki *Santa Elena v Costa Rica* kararında hakemler, esas itibarıyla uyuşmazlığa tek bir pencereden bakmayı tercih ederek salt yatırım hukuku perspektifinden değerlendirme yapmayı uygun bulmuşlar; ev sahibi devletin diğer uluslararası yükümlülüklerini kararı değerlendirme aşamasında dikkate almamışlardır. Milletlerarası yatırım hukukunda kültürel mirasın korunmasındaki amaç ise, ev sahibi devletin ülkesinde bulunan kültürel mirasa ilişkin menfaatleri, ki bu menfaatler sadece ev sahibi devlete değil, tüm dünya milletlerine ait olup milletlerarası diğer yükümlülüklerinden doğabilir, ile yabancı yatırımcının yatırımdan doğan haklarının dengelenmesidir. Bu anlamda ortaya çıkan zarar ile uygulanan tedbir arasında makul bir ilişkinin olması aranmaktadır. Bu minvalde öğretilde, yatırım yapıldıktan sonra Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’ye taraf olunması durumunda, yatırımcının ev sahibi devletin gelecek zamanda yer alan kültürel mirasın korunması şeklindeki uluslararası yükümlülüğünü bilemeyeceğinden haklı beklentisinin korunması gerektiği ileri sürülmektedir⁹³. Bu noktada aksi sav olarak, özen yükümlülüğüne sahip yatırımcının, yatırımını gerçekleştireceği sahanın yeryüzü ve yeraltı incelemesini yapması gerektiği ve o bölgede muhtemel bir kültürel mirasın varlığını araştırması yükümlülüğü olduğu zira ilgili kültürel miras ögesinin, bir anda dünyadaki tüm uluslar için istisnai evrensel değer haline gelemeyeceğinin de iddia edilebilir olduğu kanaatindeyiz.

Yatırımcıya yatırım üzerinde tasarrufta bulunması, onu kullanması ve ondan yararlanması için önceden izin verilmiş olsa dahi, daha sonradan, kamu yararı amacıyla, yatırımın etki ettiği kültürel miras ögesi üzerinde uygulanmak üzere kısıtlayıcı tedbirlerin alınabileceği kabul edilmekte; örneğin ev sahibi devlet tarafından, daha önceden izin verilip verilmediği dikkate alınmaksızın, kültürel mirasın yapısına etki edecek değişikliklerin yasaklanması veya konumunun değiştirilmesine izin verilmemesi şeklinde sınırlandırıcı tedbirlerin meşru olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmektedir⁹⁴. Diğer yandan, bu kısıtlayıcı tedbirler nedeniyle yatırımcının yatırımdan doğan haklarının tamamını veya büyük bir kısmını kullanamamasının dolaylı kamulaştırmaya vücut vermesi de olasıdır. Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’nin tatbiki bu açıdan önem arz etmektedir. Dünya kültür mirasının korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesi amacıyla, ev sahibi devlet tarafından yatırımdan doğan hakların kısıtlanması, adeta bu hakların ortadan kaldırılması durumunda, tedbirlerin ayırımcı olmayacak şekilde, yabancı ve yerli yatırımcılara eş etkili olacak şekilde uygulanması halinde, keyfi bir uygulamadan

93 Hirsch (n 92) 176-177.

94 Genel olarak bkz Lenzerini (n 21) 555.

söz edilemeyecektir. Bu durumda, alınan tedbirler ile yatırıma etki eden kısıtlamalar (zarar) arasında ölçülü bir ilişki olması aranmaktadır⁹⁵. Bu noktada önem arz eden husus ise, yerli ve yabancı yatırımcılara eş etkili olarak uygulanan kamulaştırma sonucunda takdir edilecek tazminatın miktarıdır.

Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye doğrudan ve geniş bir şekilde yer veren; aynı zamanda milletlerarası yatırım hukuku kapsamında doğan sorumluluklar çerçevesinde uyumsuzluğu ele alan yatırım tahkimine dair önemli kararlardan bir diğeri *SPP v Egypt* davasına ilişkin karardır⁹⁶. Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında Gize Piramitleri bölgesinde turistik bir otel tesisinin inşaatı için yatırım sözleşmesi imzalandıktan sonra kazı esnasında tarihi eserlerin bulunması nedeniyle verilen inşaat izni iptal edilmiştir. Yatırımcı, ev sahibi devletin kendi egemenlik sınırları içerisinde yer alan tarihi eserlerin korunması gibi üstün kamu yararı amaçları dolayısıyla daha önceden verilen inşaat izinlerini iptal etme işlemi için değil, iznin iptali dolayısıyla sözleşmeden doğan haklarının dolaylı olarak kamulaştırılması nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebiyle dava açmıştır. Kronolojik bir inceleme yapan heyet⁹⁷, 1974 yılında ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında yatırım sözleşmesinin imzalandığını, yine aynı yıl Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'nin onaylandığını; Sözleşmenin 1975 yılında yürürlüğe girdiğini; 1976-1977 yılları arasında inşaat için yetkili makamlardan gerekli izin ve onayların alındığını; 1977 yılında inşaatın başladığını ve bölgede yer alan tarihi buluntuların zarar görme ihtimali nedeniyle projeye ilgili olarak politik eleştiri ve baskıların yer aldığını; 1978 yılında ise inşaat izninin iptal edildiğini; 1979 yılında ise Gize Piramitleri bölgesi için Dünya Kültür Mirası Listesi'ne adaylık başvurusunda bulunulduğunu ve bir yıl sonra da adaylık başvurusunun Komite tarafından kabul edildiğini sıralayarak Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'nin tek başına projenin iptalini haklı kılmadığını, ilgili bölgenin adaylığının kabulünden sonra ev sahibi devletin koruma ve muhafaza yükümlülüğünün başladığını ifade ederek yatırımcının sözleşmeden doğan haklarının dolaylı olarak kamulaştırıldığına karar vermiştir⁹⁸.

SPP v Egypt kararında, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye uygulanacak hukuk kapsamında yer verilmiştir; zira ev sahibi devletin onaylamasıyla milletlerarası sözleşme, ev sahibi devlet hukukunun bir parçası haline gelmektedir⁹⁹. Uyuşmazlıkta, inşaat izninin iptali, ilgili bölgenin adaylık başvurusunun kabulünden önce gerçekleşmiştir. Davada ev sahibi devlet, Sözleşmenin 4. ve 5. maddelerine dayanarak, Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle

95 Lenzerini (n 21) 565.

96 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/84/3, Award (20 May 1992).

97 *SPP v Egypt*, para 58-158.

98 *SPP v Egypt*, para 165.

99 *SPP v Egypt*, para 76.

beraber projeyi iptal etme yükümlülüğünün doğduğunu iddia etmiştir¹⁰⁰. Kararda ise, ev sahibi devletin uluslararası hukuk çerçevesinde inşaat iznini iptal etme yetkisini haiz olduğu¹⁰¹ kabul edilmekle beraber Sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ilgili bölgenin Listeye girmesi ile başladığı belirtilerek inşaattan doğan faaliyetlerin ancak adaylığın kabulünden sonra hukuka aykırı hale geleceği belirtilmiştir¹⁰². Buna göre, ilgili bölgenin Listeye girmesinden sonra uğranılan zarar, tazmin edilebilir nitelikte değildir¹⁰³. Dolayısıyla karara göre Listeye girdikten sonra, koruma altında bulunan kültürel miras ögesi nedeniyle yatırım üzerinde gerçekleşen tedbirlerin yatırıma etki etmesi durumunda ev sahibi devletin tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Kararda özellikle dikkat çeken, ev sahibi devletin koruma ve muhafaza yükümlülüğünün başladığı tarihin, Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihin olmadığını vurgulanması ve bu yükümlülüğün ancak Listeye girilme ile başlanacağını belirtilmesidir. Öğretide, ev sahibi devletin Sözleşmeden doğan koruma ve muhafaza yükümlülüklerinin ancak Listeye girilmesi ile başlayacağını kabulü eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme elbette taraf devletler için bağlayıcı yükümlülükler taşımaktadır. Ancak *SPP v Egypt* davasında hüküm altına alınan ‘Sözleşmeden doğan sorumlulukların ancak Listeye girilmesiyle başlayacağı’ şeklindeki kayıt, yanlış bir içtihatın oluşmasına sebep olabileceğinden endişe verici bulunmaktadır. Esasen Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’den doğan kültürel mirasın korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesi şeklindeki yükümlülükler, Sözleşmenin âkit devlette yürürlüğe girmesi ile başlamaktadır. Bu doğrultuda ilgili görüş, taraf devlette yer alan istisnai evrensel değere sahip kültürel mirasın korunması ve muhafazasının Listede yer alıp almadıklarına bağlı olmadığını ileri sürmektedir¹⁰⁴. Nitekim, Sözleşmenin 12. maddesine göre, Listede yer alıp almadıklarından bağımsız olarak, her âkit devlet, kendi ülkesinde yer alan kültürel ve doğal mirasa ait varlıkları korumakla yükümlüdür¹⁰⁵. Aynı şekilde, *Glamis Gold v United States of America* kararında da, Sözleşmenin

100 SPP v Egypt, para 150.

101 SPP v Egypt, para 158.

102 SPP v Egypt, para 154.

103 SPP v Egypt, para 190-191.

104 P. J. O’Keefe, ‘Foreign Investment and the World Heritage Convention’ (1994) 3(2) International Journal of Cultural Property 259, 264-265. Yazar bu görüşünü Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin Richardson v Forestry Commission ve Queensland v Commonwealth kararları ile desteklemiştir. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’nin uygulama alanının tartışıldığı kararlarda, kültürel mirasın korunması yükümlülüğünün, bizzatî âkit devletin ülkesinde yer alan kültürel mirasın istisnai evrensel değere sahip olduğu şeklindeki tanımlamasına bağlı olduğu yönündeki görüş eleştirilmiş ve istisnai evrensel değere sahip olmanın, kültürel mirasın kendi uhdesinde olduğu ve âkit devletin veya Dünya Miras Komitesi’nin değerlendirmesine tâbi olmadığı belirtilmiştir. Kültürel bir değer Listeye girmemiş olması, onun istisnai evrensel bir değer taşımadığı anlamına gelmemektedir. *Richardson v Forestry Commission* HCA 10; 164 CLR 261 (10 March 1988) <<https://jade.io/article/67410>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021; *Queensland v The Commonwealth* HCA 36; 167 CLR 232 (30 June 1989) <<https://jade.io/article/67509>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

105 L.J. de Germiny, ‘Considerations Before Investing Near a UNESCO World Heritage Site’ (2013) 10(5) Transnational Dispute Management 1, 1, 3; Akıpek (n 6) 27-28. Sözleşmenin 12. maddesi şu şekildedir: “Kültürel ve doğal mirasa ait olan bir varlığın 11. maddenin 2. ve 4. paragraflarında sözü edilen her iki listeye de dahil edilmemiş olması hiçbir şekilde onun bu listelere dahil edilme sonucu olanlar dışındaki amaçlar için istisnai değeri olmadığı anlamına gelmeyecektir”.

yine bu maddesine atıfta bulunularak, uyuşmazlık konusu kültürel mirasın Listede yer almamasına rağmen sahip olduğu istisnai evrensel değer nedeniyle korunması gerekliliği özellikle vurgulanmıştır¹⁰⁶.

Aslında tüm bu davalar incelendiğinde varılacak sonuç şudur ki ev sahibi devlet, istisnai evrensel değere sahip kültürel mirasın korunması amacıyla egemenlik yetkisine dayanarak yatırımı etki eden, yatırımın kullanılmasını sınırlandıran hatta ortadan kaldıran tedbirleri alabilir. Bu nitelikte kamu yararı amacıyla uygulanan tedbirlerin meşru olduğu kabul edilmektedir. Ancak kamulaştırmanın bu şekilde, kamu yararı amacıyla ve milletlerarası yükümlülükler nedeniyle uygulanmasında dahi, karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve tazminatın ödenmesi durumunda ise üstün kamu yararı amacının hükmedilecek tazminat miktarının azalmasına sebebiyet verip vermeyeceği soruları cevaplandırılmalıdır. *Santa Elena v Costa Rica* davasında kamulaştırma sonucunda ödenecek olan tazminatın miktarı, yatırımın maddi değeri ve yoksun kalınan kâr üzerinden hesaplanırken¹⁰⁷, *SPP v Egypt* davasında Sözleşmenin de dikkate alınmasıyla tam tazminat değeri hesaplanarak tazminata hükmedilmiştir¹⁰⁸. Buna göre *SPP v Egypt* davasında kamulaştırma sonucunda ödenecek olan tazminatın miktarı için sadece yatırımın maddi değeri esas alınmış ancak yoksun kalınan kâr dikkate alınmamıştır zira uyuşmazlık konusu alanın Listeye girmesinden sonraki zararın tazmin edilemeyeceği belirtilmiştir.

2. Adil ve Hakkaniyetli Davranma Yükümlülüğü

Milletlerarası yatırım hukukunda uygulama alanı en geniş olan uluslararası koruma ilkelerinden biri, ev sahibi devletin adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğüdür. Adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin olarak sınırlandırıcı bir yaklaşımdan ziyade ilkenin, geniş bir çerçevede yorumlanması tercih edilerek diğer koruma ilkelerinin dışında kalan alanları da kapsamı ve böylece yatırımcıya daha geniş bir korumanın sağlanması amaçlanmaktadır. İlkenin yatırımcının haklı beklentisinin korunması, ev sahibi devlette istikrarlı, şeffaf ve öngörülebilir hukuki ve idari bir yapının oluşturulması, yabancı yatırımcıya iyi niyetli yaklaşım, yatırımcının ev sahibi devlette cebir ve saldırıya karşı korunması; adil yargılanma hakkı ile usul kurallarına riayet edilmesi, keyfi ve ayırıcı muamelede bulunmama ile ölçülü muameleyi kapsadığı kabul edilmektedir¹⁰⁹.

106 Bkz yukarıda dn 74.

107 *Santa Elena v Costa Rica*, para 70 vd.

108 *SPP v Egypt*, para 190.

109 Milletlerarası yatırım hukukunda adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ile ilgili olarak bkz Rudolf Dolzer, 'Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties' (2005) 39(1) *The International Lawyer* 87-106; Rumeysa Partalci, 'Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen "Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü"' (2017) 36(2) 131-162.

Yabancı yatırımcının korunması ile kùltürel mirasın korunması menfaatleri; özellikle, ev sahibi devletin yatırım öncesi görüşmelerde yatırımcıya verdiği taahhütler veya vaat ettiği güvenceler nedeniyle yatırımcıda oluşan haklı beklentilerin karşılıksız bırakılması sonucunda çakışmaktadır. Ev sahibi devletin yatırım yapılmadan önce yatırımcıya açık veya örtülü olarak yaptığı sözlü açıklamalar ya da taahhütler aracılığı ile yatırımın o devlette yapılmasının güvenilir olduğu izleniminin verildiği durumlarda yatırımcının haklı beklentisi meşru kabul edilmektedir¹¹⁰. Dolayısıyla, ev sahibi devletin yatırımcıya karşı üstlendiği garanti ve taahhütleri ihlâl etmiş olması durumunda sorumluluğunun doğacağı açıktır.

Bu noktada vurgulanması gereken husus ise, yatırımcının, ev sahibi devletin kendisine vermiş olduğu taahhüt, söz ve güvencelerin, devletin idari ve yasal mevzuatı ile uyumunu araştırma yükümlülüğünün de olduğudur. Kendi yasal mevzuatına aykırı olmasına rağmen ev sahibi devletin yatırıma dair gerekli izinleri vermiş olması, yatırımcıda oluşan beklentileri haklı kılmakla beraber bu durum, yatırımcının özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle hükmedilecek olan tazminat miktarının azalmasına sebep olabilecektir¹¹¹.

Elbette yatırımın yapıldığı sırada ev sahibi devletteki mevcut elverişli hukuki iklimin, değişen şartlar nedeniyle değişime uğraması her zaman ihtimal dahilindedir. Nitekim egemen olan devletin, ulusal ya da uluslararası yükümlülükleri nedeniyle yatırımın yapıldığı sırada yürürlükte olan idari ve yasal düzenlemelerinde daha sonradan hiçbir şekilde değişiklik yapmayacaklarına dair bir beklenti yerinde bulunmamaktadır¹¹². Devlet pek tabiidir ki takdir hakkını kullanmak suretiyle mevzuatında değişiklikler yapabilme gücünü haizdir. Bu nedenle ev sahibi devletin yatırım gerçekleştikten sonra hukuki ve idari mevzuatında kamu yararı amacıyla, hakkaniyete uygun olarak yapacağı makul nitelikteki değişikliklerin adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünü ihlâl ettiği söylenemez. Fakat bu değişikliklerin yatırımcı aleyhine doğurduğu sonuçlarının kabulü, ancak kamu yararı amacıyla, ayırmacılık yapmadan, iyi niyet kurallarına uygun olmak ve ölçülü olması koşuluyla ve pek tabii karşılığında uygun bir tazminatın verilmesi koşuluyla kabul edilebilir. Zira yatırımcı, yatırımın yapıldığı sırada mevcut olan idari ve hukuki koşullara güvenerek, hukuki istikrar ve öngörülebilirliği dikkate alarak o devlette yatırım yapmaktadır. Kaldı ki uygulanacak hukuk ve idari mevzuatın sürekli değiştirilmesi nedeniyle ortaya çıkan ev sahibi devlete ait tutarsız ve öngörülemeyen nitelikteki tasarrufların yatırımcının haklı beklentisini ihlâl ettiği kabul edilmektedir¹¹³. Dolayısıyla her iki taraf da kendi penceresinden haklılık payına

110 *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*, ICSID Case No ARB/05/8, Award (11 September 2007), para 331-334.

111 *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile*, ICSID Case No ARB/01/07, Award (25 May 2004), para 167, 242, 243.

112 *Impregilo SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/07/17, (21 June 2011), para 291.

113 *PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5, Award (19 January 2007), para 245-246.

sahip olmakla beraber koşulların değişmesinin bir sonucu olarak çatışır duruma gelen yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlete ait menfaatlerin dengelenmesi ve karşılıklı verilen taahhüt ve güvencelerin, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ilkesi çerçevesinde yeni koşullara uyarlanması gerekmektedir¹¹⁴.

Bu doğrultuda çalışma açısından cevaplandırılması gereken soru, ev sahibi devletin istisnai evrensel değere sahip kültürel mirasın korunması ve muhafazası amacıyla uyguladığı tedbirlerin, yatırımcının yatırım üzerindeki haklı beklentilerini ihlâl etmesi durumunda nasıl bir yol izleneceğidir.

Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme, âkit her devletin, toprakları üzerinde bulunan ve istisnai evrensel değere sahip her kültürel mirası, Listede yer alsın almasın, belirlenmesi, korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek nesillere iletilmesinde öncelikli görevin kendisine ait olduğunu, bunun için kaynaklarını sonuna kadar kullanmakla yükümlü olduğunu hüküm altına almıştır (m. 4). Sözleşme, âkit her devletin topraklarındaki kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri amacıyla etkili ve faal önlemlerin alınmasını sağlamak için, gerekli olan uygun yasal ve idari önlemleri almak için çaba göstermekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir (m. 5/d)¹¹⁵.

Öğretide, son dönemlerde Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülükleri nedeniyle ev sahibi devletlerin yatırımları kısıtlayan ya da ortadan kaldıran tasarrufları nedeniyle, yatırımcıların, belli bir ülkede yatırım faaliyetlerine başlamadan önce, ev sahibi devletin Sözleşmeye taraf olup olmadığını; yatırım yapacakları bölgede Dünya Kültür Mirası Listesi'nde yer alan bir kültür ögesinin olup olmadığını; var ise, yatırım yapılacak olan bölgeye göre konununun araştırılmasının gerektiği ifade edilmekte; ayrıca, yine yatırım yapılacak

114 Abdullah Gürsu, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi* (Astana Yayınları 2018) 65.

115 Sözleşmenin 4. maddesi şu şekildedir: "Bu Sözleşmeye taraf olan devletlerden her biri 1. ve 2. maddelerde sözü edilen ve topraklarında bulunan kültürel ve doğal mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesinin sağlanması görevinin öncelikle kendisine ait olduğunu kabul eder. Bunun için kaynaklarını sonuna kadar kullanarak ve uygun olduğunda özellikle mali, sanatsal, bilimsel ve teknik alanlarda her türlü uluslararası yardım ve işbirliği sağlayarak elinden geleni yapacaktır".

Sözleşmenin 5. maddesi şu şekildedir: "Bu Sözleşmeye taraf olan her Devlet topraklarındaki kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri amacıyla etkili ve faal önlemlerin alınmasını sağlamak için, mümkün olduğunca her ülkenin kendi koşullarına uygun biçimde şu çabaları gösterecektir:

- Kültürel ve doğal mirasa, toplumun yaşamında bir işlev vermeyi ve bu mirasın korunmasını kapsamlı planlama programlarına dâhil etmeyi amaçlayan genel bir politika benimsemek;
- Kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri için, halen mevcut değilse, topraklarında bir veya daha fazla hizmet kurumunu, işlevlerini ifaya yeterli olacak görevli ve araçlarla kurmak;
- Bilimsel ve teknik çalışma ve araştırmaları geliştirmek ve Devletin kültürel ve doğal mirasını tehdit eden tehlikelere karşı harekete geçmesine olanak sağlayacak müdahale yöntemlerini mükemmelleştirmek;
- Bu mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri, yenileştirilmesi için gerekli olan uygun yasal, bilimsel, teknik, idari ve malî önlemleri almak; ve
- Kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri konularında eğitim yapan ulusal veya bölgesel merkezlerin kurulmasını veya geliştirilmesini desteklemek ve bu alandaki bilimsel araştırmaları teşvik etmek".

olan bölgede, Listede yer almamasına rağmen istisnai evrensel değere sahip kültür öğelerinin olup olmadığının araştırılarak Listeye girmeye aday olabilecek kültür öğelerinin varlığının da dikkate alınması önerilmektedir¹¹⁶.

Dolayısıyla, artan milletlerarası yatırım hukuku ve kültürel mirasın korunmasına dair uyuşmazlıklar karşısında, (nasıl ki yatırım öncesi öngörülebilir ve muhtemel tüm risk analizlerini yapmak suretiyle o devlette yapılacak yatırımın ekonomik, mali, teknik ve hukuki açılardan değerlendirilmesi gerçekleştirilerek fizibilite çalışması yapılıyorsa), yatırımın yapıldığı ev sahibi devletin Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye taraf olup olmadığının araştırılarak bu Sözleşmeye taraf olmanın olası sonuçlarının da dikkate alınması yükümlülüğünün, yatırımcıların haklı beklentilerinin çerçevesinin belirlenmesinde rol alacağı açıktır. Aynı şekilde, ev sahibi devletin yatırımcıya verdiği açık veya zımni güvencelerin, ev sahibi devletin yasal ve idari mevzuatı ile uyumlu olup olmadığını incelemek, dolayısıyla salt ev sahibi devletin sundukları ile yetinmeksizin özen yükümlülüğünü yerine getirmek de yatırımcının haklı beklentisinin yerindeliğinin tespitinde önem arz etmektedir. Diğer yandan, ev sahibi devletin istikrarlı, öngörülebilir ve tutarlı hukuki ve idari mevzuatının olması gerekliliğinin de adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünün kapsamında olduğu hatırlanmalıdır.

Yatırım yapıldığı devletin, yatırım faaliyetlerinin başlamasından önce Sözleşmeye taraf olması ile yatırım faaliyetlerinin başlamasında sonra Sözleşmeye taraf olması durumunda, yatırımcının haklı beklentisinin kapsamı da farklı olacaktır. Zira yatırım yapılmadan önce ev sahibi devletin Sözleşmeye halihazırda taraf olması durumunda, ev sahibi devlet esasen Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini gerçekleştirmek amacıyla yine tarafı olduğu yatırım anlaşmasından doğan yükümlülüklerini ihlâl etmektedir. Bu nedenledir ki yatırım anlaşmaları ile diğer uluslararası nitelikteki anlaşmalar arasındaki ilişkinin daha belirgin çizgilerle belirlenmesine ihtiyaç vardır.

Yatırım faaliyetleri başlamadan önce Sözleşmeye taraf olma durumu yok ise, yatırımcı, yatırım görüşmelerine ve faaliyetlerine başlarken, o anda ev sahibi devletin yürürlükte olan hukuki ve idari mevzuatı ile ev sahibi devletin vaad ettiği güvence ve taahhütlere güvenerek yatırımını gerçekleştirmektedir. Bir diğer deyişle esasında yatırımcıda oluşan haklı beklenti, ev sahibi devletin mevcut uygulama ve taahhütlerinin sonucu olarak ortaya çıkmakta¹¹⁷; hatta ev sahibi devletin yatırımcıya açık ya da zımni olarak yapmış olduğu sözlü açıklamalar ya da taahhütler aracılığıyla yatırımın o devlette yapılmasının güvenilir olduğu izleniminin verildiği durumlarda,

116 *Germiny* (n 105) 5. Aynı yönde bkz *Natasha Affolder*, 'The Market for Treaties' (2010) 11(1) *Chicago Journal of International Law* 159, 173. Öyle ki yeni dönem uluslararası yatırım projelerinde Dünya Kültür Mirası Listesi, risk analizlerinde dikkate alınmaktadır.

117 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v The Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability (30 July 2010), para 226.

yatırımcının beklenti içine girmesi haklı bulunmaktadır¹¹⁸. Peki, ev sahibi devletin düzenleyici yetkisi ile yatırımcının haklı beklentisinin çakışması durumunda ne olacaktır? Yabancı yatırımcı ev sahibi devletin, kamu yararı amacıyla uygulayacağı düzenleyici işlemlerden doğacak olan riski üstlenerek yatırımını yapmaktadır. Ev sahibi devlet de, düzenleyici yetkisine dayanarak iyi niyetli bir şekilde kamu yararı için gerekli olan değişiklikleri keyfi olmayacak şekilde yapma hakkını haizdir. Ne var ki, yabancı yatırımcının bu riski göze alarak yatırımı yapıyor olması, ev sahibi devletin düzenleyici yetkisinin sınırlarının olmadığı anlamına gelmemektedir¹¹⁹. Nitekim yabancı yatırımcı, bu riski, karşılığında uygun bir tazminatın verileceğine dair duyduğu güvenle üstlenmektedir. Ancak ev sahibi devletin yatırım faaliyetlerinin başlamasından önce Sözleşmeye halihazırda taraf olması durumunda, yatırımcının adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla haklı beklentisinin ihlâl edildiği şeklinde bir iddiada bulunması, samimi olamayacaktır.

Yatırım tahkimine dair uyuşmazlıklarda, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ilkesinin, yatırımcılar tarafından ev sahibi devlet tarafından ihlâl edildiği iddia edilen en yaygın ilkelerden biri olduğu vakidir. Öyle ki Bolivya, Venezuela gibi bazı Latin Amerika ülkelerinin, ICSID Konvansiyonu'ndan çekilme gerekçeleri olarak, hakemlerin, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ilkesini, yabancı yatırımcı lehine olacak şekilde, son derece geniş yorumlamalarını işaret etmeleri¹²⁰, yatırımcı ile ev sahibi devletin çatışan menfaatlerinin dengelenmesinin ciddiyetini tekrar düşündürmektedir.

Devletler arasında akdedilen iki veya çok taraflı anlaşmalar, Anlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'ne ("Viyana Sözleşmesi") göre yorumlanacaktır (m 31-33)¹²¹. Viyana Sözleşmesi, anlaşmaların yorumlanmasında veya hükümlerinin uygulanmasında, daha sonra akdedilen anlaşmaların dikkate alınacağını hüküm altına almıştır (m. 31/3/a). Bu durumda acaba ev sahibi devletin Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye yatırım faaliyetlerinin başlamasından sonra taraf olması durumunda, yatırıma etki eden iyi niyetli tasarrufların, ev sahibi devletin yatırım anlaşmasından doğan adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünü ihlâl ettiği ileri sürülebilir mi? Şöyle ki, Kanada'dan Amerika'ya yapılan tütün ihracatını konu edinen *Grand River v United States of America* davasında, *Six Nations of Native Americans*'a mensup davacılar tarafından NAFTA'nın ilgili hükümlerinin ev sahibi devlet tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla açılan tahkim davasında, davacı yerli

118 *Azurix Corp v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), para 318; *Methanex Corporation v United States of America*, UNCITRAL Final Award (7 August 2005), Part IV, Chapter D, para 8-10.

119 *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v The Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/03/16, Award (2 October 2006), para 423-424.

120 Surya Subedi, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle* (Hart Publishing 2008) 174-175.

121 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk Cilt I* (5th edn, Seçkin Yayınevi 2019) 147 vd.

yatırımcılar¹²², tütün ihracatının geleneksel faaliyetleri olduğunu ifade ederek davanın, ev sahibi devletin, geleneklerine, faaliyetlerine ve yaşam alanlarına yönelik ayırıcı tasarruflarından doğduğunu iddia ederek somut olmayan kültürel mirasın uluslararası hukuktan doğan sorumluluk nedeniyle korunması gerekliliğini vurgulamışlardır¹²³. Davaya bakan hakem heyeti ise, -Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'ye doğrudan yer vermemekle beraber- Viyana Sözleşmesi'nin devletlere, uluslararası hukukun diğer kurallarının da dikkate alınacağına dair bir yükümlülük yüklediğini, ancak bu yükümlülüğün, diğer anlaşmalardan, NAFTA'ya yeni hükümler transfer etme veyahut yerleşik yorumlamaların değiştirilmesi yönünde bir yükümlülük meydana getirmediğini ifade ederek hakem heyetinin, sınırlı yetkiye sahip olduğunu ve NAFTA dışındaki anlaşmalara dayalı iddialar hakkında karar verme gücünü haiz olmadığına karar vererek davalıların tüm iddialarını reddetmiştir¹²⁴. Dolayısıyla hakem heyeti, yatırım hukuku kapsamı dışındaki diğer uluslararası nitelikteki kaynakları, yetkisini aştığını ifade ederek davanın yorumlanmasında hariç tutmayı tercih etmiştir¹²⁵. Aslında *Grand River v United States of America* davasındaki bu yaklaşım, yukarıda incelenen *Santa Elena v Costa Rica* kararı ile uyumludur. *Santa Elena v Costa Rica* kararında hakem heyeti kararını verirken, ev sahibi devletin, milletlerarası yatırım hukuku kapsamı dışındaki diğer yükümlülüklerini, bir başka deyişle kültürel değerlerini koruma şeklindeki yatırım dışı sorumluluklarından doğan uluslararası yükümlülüklerine yer vermeden nihai kararını vermiştir.

Diğer yandan öğretide bir görüş, Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi¹²⁶ gibi uluslararası yükümlülüklerden doğan kamu sağlığının korunması gibi amaçlarla ev sahibi devletin iyi niyetli ve keyfi olmayarak uyguladığı ve yatırıma olumsuz anlamda etki eden tedbirlerin, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünü ihlâl etmediğine dair verilen yatırım tahkimine dair kararların¹²⁷ emsal teşkil ederek, Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülüklerin tatbiki amacıyla yatırıma etki eden iyi niyetli ve keyfi olmayan ev sahibi devlete ait tasarrufların uygulanmasının haklılığını da gösterebileceği düşüncesindedir¹²⁸. Benzer şekilde, Dünya Sağlık Örgütü'nün bağlayıcı anlaşmaları ve bağlayıcı olmayan tavsiye kararlarının olduğu; âkit devletlerin, tavsiye kararlar

122 Davacılar, İrokuva Konfederasyonu'na (Kızılderili Birliği) ait 6 Ulus grubu mensubudurlar, bkz *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al v United States of America*, Statement of Claim (30 June 2005), para 2.

123 *Grand River v United States of America*, Statement of Claim, para 139.

124 *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al. v United States of America*, Award (12 January 2011), para 71, 213, 219.

125 Giulia Bigi, 'The Protection of Cultural Rights and Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration' in Tullio Treves, Francesco Seatzu and Seline Trevisanot (eds), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns* (Routledge 2013) 280, 294-296.

126 FCTC, 'The WHO Framework Convention on Tobacco Control: An Overview' (2021) < <https://fctc.who.int/publications/m/item/the-who-framework-convention-on-tobacco-control-an-overview> > Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.

127 Örneğin bkz *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products SA and ABAL Hermanos v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No ARB/10/7, Award (8 July 2016), para 306.

128 Minh Huong Mai, *The Issue of Cultural Heritage Protection in International Investment in the Mining and Construction Sectors*, pHD Thesis (University of Glasgow School of Law 2019) 132.

doğrultusunda dahi ulusal düzenlemelerinde mutlaka değişiklik yapmalarının gerekebileceği, bu durumda, değişikliklerin ancak uluslararası düzenlemelerin imkânları dahilinde yapılması gerekliliği ifade edilerek uluslararası düzenlemelerin, devletin ulusal düzenlemelerinin çerçevesini belirlediği ifade edilmiştir¹²⁹. Bu bakımdan ev sahibi devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasını engelleyecek şekilde uluslararası yükümlülüklerini de dikkate alarak hukuki ve idari mevzuatlarında değişiklik yapması önerilmektedir.

Esasında ev sahibi devletin, yatırım faaliyetlerinden sonra Sözleşmeye taraf olması durumunda, yatırımın değişen idari ve hukuki mevzuattan etkilenmemesi için yatırım sözleşmelerinde istikrar kayıtlarına yer verilebilir. İstikrar kayıtları, yabancı yatırımın tâbi olduğu ev sahibi devletteki idari ve hukuki mevzuatın, yatırım sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte olan kurallar ile sabitlenmesi olarak ifade edilebilir. İstikrar klostları ile, ev sahibi devletin yatırımın ilerleyen aşamalarında, düzenleyici yetkisine dayanarak yatırıma etki edecek şekilde mevzuatında değişiklikler yapması durumunda, yatırımın bu değişikliklere tâbi olmaması ve yatırımın, yatırım sözleşmesinin akdedildiği tarihte yürürlükte olan kurallara tâbi olmaya devam etmesi sağlanır. Ev sahibi devletin düzenleyici yetkisini istikrar kayıtları ile açıkça sınırlandırmaması durumunda ise, yatırıma etki eden kurallarda değişiklik yapılabileceği kabul edilmektedir¹³⁰. Yatırımın istikrar kayıtlarına rağmen mevzuat değişikliklerine tâbi olması durumunda ise, yatırımcının uğradığı zarar tazmin edilir. Ne var ki, birçok yatırım sözleşmesinde istikrar kayıtlarına yer verilmemekte; yatırımcının meşru beklentisinin korunmasında adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğüne başvurulmaktadır¹³¹.

3. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı

Milletlerarası yatırım hukukunda ayrımcılık yapmama ilkesi şemsiyesi altında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı ilkesi, farklı tâbiyete sahip yatırımcılar arasında ayrımcı muamelenin uygulanmasına engel olarak eşit şartlarda rekabet edilebilmesine imkân tanımaktadır. En çok gözetilen ulus kaydı ilkesi, ev sahibi devletin, yatırımcının mensubu olduğu ülke dışında bir başka devlet vatandaşı yatırımcıya ya da kendi vatandaşlarına tanımış olduğu daha elverişli muamelenin, diğer yatırımcılara da tanınması şeklinde tanımlanabilir¹³². Bir başka deyişle, yatırımcının mensup olduğu devletin tarafı olmadığı, ev sahibi devletin üçüncü bir devletle akdetmiş olduğu yatırım anlaşmasında yatırımcılara tanınan daha elverişli hak ve menfaatler, en çok gözetilen

129 Pınar Karacan, 'Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku Etkileşimi: Devletin Sağlık Sebebiyle Düzenleme Getirme Hakkı' 2015 3(2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 77, 89-92.

130 Parkerings v Lithuania, para 332-337.

131 Moshe Hirsch, 'Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law' (2011) 12(6) Journal of World Investment and Trade 783, 787-788.

132 Dolzer and Stevens (n 23) 65.

ulus kaydı ilkesi sayesinde o yatırım anlaşmasının tarafı olmayan diğer yatırımcılara da tanınmış olmaktadır.

Kültürel mirasın korunmasına dair menfaatler ile yabancı yatırımcının menfaatlerinin çakıştığı ve en çok gözetilen ulus kaydı ilkesinin ihlâli iddiasını da içeren *Parkerings v Lithuania* davasındaki uyuşmazlık, ev sahibi devletin, UNESCO Dünya Kültür Mirası Listesi’nde yer alan tarihi Vilnus şehrinde otopark inşası ve işletimini içeren sözleşmeyi, tarihi çevrenin zarar göreceği gerekçesiyle iptal etmesinden doğmuştur. Fakat ev sahibi devlet, Norveçli *Parkerings* şirketi ile olan sözleşmeyi iptal etmesine rağmen, aynı bölgede yine otopark inşası ve işletimini içeren bir başka sözleşmeyi Hollandalı bir şirket ile akdetmiştir. Davacı *Parkerings*, diğer ihlâllerin yanında, Hollandalı yatırımcıdan daha elverişsiz bir muameleye maruz kalmak suretiyle ev sahibi devletin en çok gözetilen ulus kaydı ilkesini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Hakem heyetine göre, en çok gözetilen ulus kaydı ilkesinin ihlâli için, aynı durumda bulunan yatırımcılar arasında, farklı bir muamelenin varlığı gerekmektedir ki *Parkerings* ile Hollandalı yatırımcıların durumu aynı değildir. Her ne kadar her iki proje şehrin tarihi kısmında yer alsada *Parkerings*’in projesi, tarihi kısımda çok daha fazla alan kaplamakta ve tarihi eserlerin bulunduğu bölgeye çok daha yakın konumda yer almaktadır. Ayrıca, *Parkerings*’in projesi, tarihi alan altında yapılacak kazı çalışmalarını da ihtiva etmektedir¹³³. Hakem heyeti, kültürel mirasın tarihi, arkeolojik ve çevresel sebepler kapsamında kamu yararı amacıyla korunmasının, iki yabancı yatırımcı arasındaki farklı muameleyi haklı kılan gerekçeler olduğunu belirterek davacının tüm iddialarını reddetmiştir¹³⁴.

Kararda Sözleşmenin hiç anılmaması dikkat çekicidir. En çok gözetilen ulus kaydı ilkesinin ihlâl edilip edilmediği belirlenirken, projelerin konumlandırıldığı alanın Dünya Kültür Mirası Listesi’nde yer aldığı ve kültürel miras olarak UNESCO tarafından korunduğu dikkate alınarak¹³⁵ ev sahibi devletin Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’den doğan yükümlülükleriyle uyumlu davrandığıının örtülü olarak ifade edilmesi tercih edilmiştir. Nitekim öğretilde, yatırım tahkimine dair bu kararda, doğrudan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme’ye yer verilmediği, ancak, “tarihi, arkeolojik ve çevresel koruma” gibi yatırım tahkiminin klasikleşen kamu yararı amaçları sebebiyle korumanın haklı bulunduğu ifade edilmektedir¹³⁶. Bu durumda yatırım tahkimine dair bir kararda Sözleşmeye özellikle yer verilmediği düşünülebilir ancak sonuçta kararda, kültürel mirasın korunması amacının dikkate alındığı ve bu nedenle daha elverişli bir muamelenin mevcut olmadığı sonucuna varıldığı unutulmamalıdır. Diğer yandan, her iki projenin de otopark inşası ve işletimini içerdığıinden benzer şartlara sahip

133 *Parkerings v Lithuania*, para 392.

134 *Parkerings v Lithuania*, para 396.

135 *Parkerings v Lithuania*, para 381, 382, 385, 392.

136 Bigi (n 125) 288-290.

oldukları düşünülebilse de, esasında aynı konuya sahip bir başka projenin kabul edilmiş olması, ev sahibi devletin şehrin tarihi kısmında bir projenin yapımına tamamen engel olmaktan ziyade kültürel mirasın korunması amacını dikkate alacak şekilde daha özelliikli ve düşünceli bir projeyi amaçladığı da düşünülebilir¹³⁷.

Sonuç olarak, yatırımcının menfaatleri ile kültürel mirasın korunmasına dair menfaatlerin çakıştığı kararlar dikkate alındığında yeknesak bir uygulamanın olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bu durum, yatırım anlaşmaları ile diğer uluslararası nitelikteki düzenlemeler arasındaki ilişkinin düzenlenmesinde bir boşluğun olduğuna işaret etmektedir. Yatırım tahkimi içerisinde, ev sahibi devletlerin giderek artan sayıda olacak şekilde, kültürel mirasın korunması nedeniyle düzenleyici yetkilerini kullanarak yatırıma etki eden tasarruflar uyguladıklarını iddia etmeleri karşısında ise, yatırım anlaşmalarında kültürel mirasın korunmasına dair düzenlemelere yer verilip verilmediği ve yer verme gerekliliğinin incelenmesi yerinde olacaktır.

D. Milletlerarası Yatırım Anlaşmalarında Kültürel Mirasın Korunması

Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımın ev sahibi devlet tasarruflarına karşı korunması milletlerarası yatırım anlaşmaları aracılığıyla olmaktadır. Yabancı yatırımın korunması ve teşviki amacıyla akdedilen iki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları bir yandan ev sahibi devletin yatırıma etki edecek olası haksız tasarrufları üzerinde caydırıcı etki oluşturmakta ve yatırım faaliyetlerini engelleyen ya da ortadan kaldıran tasarrufların sonucunda tahkime gidebilme ve tazminat talep edebilme amacını temin etmekte, diğer yandan ev sahibi devletin de devlet olması dolayısıyla sahip olduğu düzenleyici yetkisinin varlığını korumaktadır. Çalışma açısından yatırım anlaşmalarının önemi ise, kültürel mirasın korunmasına ilişkin olarak ev sahibi devlete düzenleyici yetkisi kapsamında etkin ve yeterli bir koruma hakkı sunup sunmadığıdır.

Milletlerarası yatırım anlaşmaları esas itibarıyla birbirlerine benzer şekillerde kaleme alınmakla birlikte yeni tarihli yatırım anlaşmalarında, özellikle, ev sahibi devletin kamu sağlığı, kamu güvenliği ve çevrenin korunması gibi amaçları korumak ve geliştirmek amacıyla yatırıma etki eden, yatırımdan doğan hakları kısıtlayan ya da ortadan kaldıran, yatırımdan beklenen kârı azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran tasarruflarına karşı özel düzenlemeler yer almaktadır¹³⁸. Bu düzenlemelerde ev sahibi devletin özellikle dolaylı kamulaştırma teşkil edecek tasarruflarına karşı yatırımın korunması amaçlanmaktadır¹³⁹.

137 Benzer şekilde bkz Roberto Claros, 'Striking a Balance between the Protection of Foreign Investment and the Safeguard of Cultural Heritage in International Investment Agreements: Can General Exceptions Make a Difference?' (2015) (2015/08) World Trade Institute Working Paper 1, 8. Ayrıca bkz Vadi, 'Foreign Direct Investment' (n 19) 127.

138 Yatırım anlaşmalarındaki ilgili düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz Nalçacıoğlu Erden (n 55) 179-200.

139 Örneğin Kolombiya-Birleşik Krallık İkili Yatırım Anlaşması'nın (2010) ilgili hükmü bu şekilde kaleme alınmıştır: "Âkit Tarafların kamu sağlığı, güvenliği ve çevrenin korunması gibi amaçlar da dahil olmak üzere kamu yararı veya (kamu yararı ile uyumlu bir anlama sahip olan) sosyal çıkar amacıyla iyi niyetli olarak aldığı, keyfi olmayan ve amacı göz önünde tutulduğunda nispetsiz olmayan ayrımcı olmayan işlemler, dolaylı kamulaştırma teşkil etmezler" (m 6/2/c).

Bazı yatırım anlaşmalarının kamulaştırmaya ilişkin maddelerinde ise, genel olarak kamu sağlığı, uluslararası barış, milli güvenlik veya çevrenin korunması gibi kamu yararı amaçlarının sınırlandırıcı olmayacak şekilde sayılması tercih edilmiştir¹⁴⁰. Kamu yararı amaçlarının esas itibarıyla öncelikli olarak kamu sağlığı, uluslararası barış, milli güvenlik ve çevrenin korunması olarak telakki edildiği anlaşılmaktadır. Fakat yine de kamu yararı amaçlarının sınırlandırıcı olarak sayılmaması nedeniyle, kültürel mirasın korunmasının, anlaşmada özellikle belirtilmese de kamu yararı amacıyla alınacak tedbirler arasında evveliyetle yer alması gerektiği savunulabilir. Zira devletin düzenleyici yetkisine dayanarak kendi topraklarında bulunan kültürel miras ögesinin korunması ve muhafazası amacıyla alacağı tedbirler, devletin hem kendi milli değerlerinin hem de Sözleşme dolayısıyla tüm insanlığa ait istisnai evrensel değere sahip kültürel mirasın korunması amacıyla uygulanmaktadır. Yine de anlaşmada açıkça kültürel mirasın korunması amacının ifade edilmesinin daha etkin bir koruma sağlayacağı açıktır.

Yatırım anlaşmalarında ayrıca bizatihi yatırım anlaşmasında yer alan hiçbir hükmün, âkit devletlerin kendi ülkesinde kamu sağlığının, uluslararası barışın, milli güvenliğin veya çevrenin korunması gibi kamu düzenini temin maksadıyla uygulaması gereken işlemlere engel oluşturmayacağı, anlaşmanın “genel istisnalar” başlığı altında düzenlenmektedir¹⁴¹. Böylece bir yandan yatırımcının sahip olduğu haklar korunurken, diğer yandan ev sahibi devletin düzenleyici rolünün yoğun olduğu bu hassas alanlardaki kamu çıkarlarını korumak amacıyla sınırlı kalmak kaydıyla ev sahibi devletin düzenleme yetkisine sahip olduğu da açıkça vurgulanmaktadır.

Yeni tarihli bazı yatırım anlaşmalarının genel istisna maddelerinde ise, anlaşmadaki hiçbir hükmün, ev sahibi devletin milli hazineleri veya tarihi, kültürel ve arkeolojik değer taşıyan anıtlarının korunması amacıyla ayırım yapmadan ve iyi niyetli olarak uygulayacağı ve yatırıma etki eden, onu kısıtlayan tasarrufları uygulamasına engel olamayacağı¹⁴²; ev sahibi devletin yatırıma etki eden bu nitelikteki tasarrufunun gerekliliğini ve bu tasarrufuna nazaran daha az kısıtlayıcı tedbirlerin olup olmadığını

140 Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Model İkili Yatırım Anlaşması (2012) Annex B (m 4/b); Letonya-Hindistan İkili Yatırım Anlaşması (2010) Protocol, Add Article 5/4/c; Ruanda-Amerika Birleşik Devletleri İkili Yatırım Anlaşması (2008) Annex B, (m 4/b).

141 Örneğin Morityus-Singapur İkili Yatırım Anlaşması'nın (2000) ilgili hükmü için bkz “Bu Anlaşmanın hükümleri, herhangi bir şekilde, Âkit Taraflardan birinin, temel milli güvenlik çıkarlarının korunmasına veya kamu sağlığının korunmasına veya hayvanlarda veya bitkilerde hastalıkların önlenmesine yönelik olarak alacağı herhangi bir yasaklama veya kısıtlama kararını uygulama veya başka herhangi bir eylemde bulunma hakkını kısıtlayamaz” (m 11).

142 Macaristan-Japonya İkili Yatırım Anlaşması (2021) (m 15/d): “... Subject to the requirement that such measures are not applied by a Contracting Party in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against, or a disguised restriction on investors of the other Contracting Party and their investments in the Territory of the former Contracting Party, nothing in this Agreement shall be construed so as to prevent the former Contracting Party from adopting or enforcing measures: ... d. imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value ...”. Benzer hükümler için bkz Brezilya-Hindistan İkili Yatırım Anlaşması (2020) (m 23.1/e); Avustralya-Uruguay İkili Yatırım Anlaşması (2019) (m 15/1/d); Singapur-Ruanda İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 27/d); Japonya-Lao Demokratik Halk Cumhuriyeti İkili Yatırım Anlaşması (2008) (m 18/1/e); Ürdün-Singapur İkili Yatırım Anlaşması (2004) (m 18/d).

hakem mahkemesinin inceleyeceği ifade edilmektedir¹⁴³,¹⁴⁴. Yeni tarihli yatırım anlaşmalarında yer alan bu düzenlemeler, ev sahibi devlette yer alan kültürel mirasın korunmasında, ev sahibi devlete hareket alanı tanımakta ve düzenleyici yetkisi kapsamında uygulayacağı iyi niyetli ve ayırıcı olmayan tasarrufların yatırıma etki etmesi durumunda ise, anlaşmadaki koruma ilkelerine aykırılık iddiasında bulunulamayacağı ev sahibi devlet lehine düzenlemektedir.

Bazı yatırım anlaşmalarında ise, anlaşmada açıkça belirtilen alanlarda, anlaşmada yer alan bazı koruma ilkelerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmektedir. Örneğin Japonya ve Kamboçya arasındaki ikili yatırım anlaşmasında (2020), ormancılık sektörüyle sınırlı olarak Kamboçya devletinin, kültürel mirasın ve biyolojik çeşitliliğinin korunmasını da içerecek şekilde ormanların sosyal, ekonomik ve çevresel sebeplerle yönetiminde uygulayacağı yeni ya da kısıtlayıcı tasarruflarına milli muamele ilkesinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir (m. 7/2). Dolayısıyla bu istisnai hüküm sebebiyle, ormancılık sektörü ile ilgili olarak uygulanan ve yatırıma etki eden tasarrufların, milli muamele ilkesine aykırılığı iddia edilemeyecektir. Ne var ki, bu tip düzenlemeler kültürel mirasın ancak anlaşmada yer alan belli koruma ilkeleri açısından ve sadece belli bir sektörle sınırlı olarak korunmasını tesis edebilmektedir.

Bazı yatırım anlaşmalarının genel istisna maddelerinde ise, film, müzik, video, kitap, dergi üretimi, dağıtımı, satışı ve gösterimi ile radyo, televizyon, uydu sistemleri gibi iletişim araçlarının kullanımı, kültürel sektörler (*cultural industries*) içinde değerlendirilerek yatırım anlaşmaları kapsamında tamamen çıkarılmıştır¹⁴⁵. Bazı yatırım anlaşmalarında ise, belirli bir azınlık grubun, yatırım anlaşmasındaki hükümlere tâbi olmayacağı şeklinde istisnai düzenlemelere yer verilmektedir¹⁴⁶.

Öte yandan, yabancı yatırımın korunmasını ele alan yatırım anlaşmaları karşısında, bugün, yatırımı da kapsayacak şekilde hem yatırım hem de ticaret konusunu ele alan, yatırım anlaşmalarına göre daha geniş kapsamlı olan serbest ticaret anlaşmalarına

143 Beyaz Rusya-Hindistan İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 32). Benzer bir düzenleme için bkz Arjantin-Birleşik Arap Emirlikleri İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 18). Yine bu anlaşmada, düzenleyici yetki başlığı altında düzenlenen maddede, ev sahibi devletin, kendi toprakları üzerinde, kamu yararı amacıyla kültürel çeşitliliğin (*cultural diversity*) korunması ve teşvikinde düzenleyici yetkiye sahip olduğu ifade edilmiştir (m 11).

144 Çalışma sırasında yapılan incelemelerde toplam 29 adet ikili yatırım anlaşmasının genel istisnalar başlıklı maddesinde, “ev sahibi devletin milli hazineleri veya tarihi, kültürel ve arkeolojik değer taşıyan anıtları” ifadesinin yer aldığı tespit edilmiştir, bkz Investment Policy Hub <<https://investmentpolicy.unctad.org/>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021. En eski tarihli Kanada ile Tayland arasında 1997 yılında akdedilen ikili yatırım anlaşmasıdır (m XVII/3/d). 2018 yılından itibaren daha sık bir şekilde yatırım anlaşmalarında yer alan bu ifadenin, özellikle Japonya'nın taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarında sıklıkla kullanıldığı tespit edilmiştir (29 anlaşmanın 15'i, Japonya'nın taraf olduğu anlaşmalardandır).

145 Bu tip anlaşma maddelerine özellikle Kanada devletinin taraf olduğu yatırım anlaşmalarında rastlanmaktadır. Örneğin bkz Kanada-Bali İkili Yatırım Anlaşması (2014) (m 17/7); Kanada-Benin İkili Yatırım Anlaşması (2013) (m 20/7); Kanada-Çin İkili Yatırım Anlaşması (2012) (m 33).

146 Yeni Zelanda'nın taraf olduğu yatırım anlaşmalarında, Yeni Zelanda'nın, yerli halk olan Maori topluluğuna, diğer âkit devlet kişilerine karşı keyfi ve ayırıcı olmamak kaydıyla, daha uygun muamelede bulunacağı ayrı maddede belirtilmiştir. Örneğin bkz Yeni Zelanda-Avustralya Yatırım Protokolü (2011) (m 23); Yeni Zelanda-Hong Kong Ekonomik İşbirliği Hakkında Sözleşme (2010) (19. Bölüm, m 3).

yer verilmesi tercih edilmektedir¹⁴⁷. Ticaret anlaşmalarına yatırım başlığı altında eklenen hükümler, ikili yatırım anlaşmalarında yer alan hükümler ile benzerlik teşkil etmektedir¹⁴⁸.

Serbest ticaret anlaşmalarında taraf devletlere, belli konularda anlaşmalarda yer alan genel yükümlülüklerden ayrılarak kültürel mirasın korunması amacıyla gerekli tedbirlerin alınabileceği düzenlenmektedir. Örneğin, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması¹⁴⁹'nın (GATT) Genel İstisnalar başlıklı XX/f. maddesinde, anlaşmadaki hiçbir hükmün, keyfi ve gerekçesiz olmamak kaydıyla, “sanat, tarih veya arkeoloji bakımından kıymeti haiz servetlerin korunması maksadıyla” uygulanan tedbirlerin tatbikine engel olacağı şeklinde yorumlanamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla GATT’a göre, kültürel mirasın korunmasını amaçlayan ilgili milli düzenleme bu istisna kapsamına giriyor ise, taraf devletin, GATT’dan doğan yükümlülüklerini terk etmesi, hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir¹⁵⁰. Benzer şekilde birçok serbest ticaret anlaşmasında, anlaşmadaki hiçbir hükmün, taraf devletlerin milli hazineleri veya tarihi, kültürel ve arkeolojik değer taşıyan anıtlarının korunması amacıyla ayırım yapmadan ve iyi niyetli olarak uygulayacağı ve yatırıma etki eden, onu kısıtlayan tasarrufları uygulamasına engel olamayacağı, genel istisnalar maddesinde ifade edilmiştir¹⁵¹. Anılan ifadede kültürel miras kavramı tam olarak yer almasa da bu ifadenin, Sözleşmede kültürel mirasın tanımlanmasında geçen “tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnaî evrensel değeri olan insan ürünü eserler veya arkeolojik siteleri kapsayan alanlar”ı (m. 1) kapsayacağı, dolayısıyla yatırım anlaşması kapsamında korunduğu ileri sürülmektedir¹⁵². Ne var ki, serbest ticaret anlaşmalarında geçen bu ifade, somut olmayan kültürel mirası kapsamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁵³.

147 Serbest ticaret anlaşmaları ile yatırım anlaşmaları arasındaki yakın ilişki için bkz Chang-fa Lo, ‘A Comparison of BIT and the Investment Chapter of Free Trade Agreement from Policy Perspective’ (2008) 3(1) Asian Journal of WTO and International Health Law 147-170.

148 Bunun en güzel örneği, NAFTA (North American Free Trade Agreement- NAFTA Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması)’dır. Anlaşmanın Yatırım başlıklı 11. Bölümünde, klasik yatırım anlaşmalarında yer alan milli muamele, en çok gözetilen ulus kaydı, uluslararası asgari standart, kamulaştırma ve tazminat gibi uluslararası koruma ilkelerine yer verilmesinin yanı sıra yatırım uyumsuzluklarının çözümü için tahkim başta olmak üzere yatırım anlaşmalarındaki benzer uyumsuzluk çözüm yollarına başvurulması öngörülmüştür. Nitekim NAFTA’ya üye devletler arasındaki yatırım uyumsuzlukları için NAFTA’ya aykırılık dolayısıyla sıklıkla ICSID tahkimine başvurulmaktadır.

149 RG 31.12.1953/8597.

150 Öğretide GATT m XX/f’ye benzer bir düzenlemeye yatırım anlaşmalarında da yer verilip verilemeyeceği incelenmiştir. Bazı yatırım anlaşmalarında benzer hükümlerin yer aldığı tespit edilmiştir. Ancak yatırım hukukunda devletin düzenleyici yetkisi ile esas itibarıyla kamu düzeni, ahlakı ve sağlığının korunmasının amaçlandığı, oysa GATT’taki düzenlemenin bitki ve hayvan yaşamlarının korunmasını da içerecek şekilde çok daha geniş kapsamlı olduğu, koruma ilkeleri açısından da uyum sorunu yaşanacağı belirtilerek ilgili hükme yatırım anlaşmalarında yer verilmesinin uygun olamayacağı ileri sürülmüştür, bkz Barton Legum, Iona Petculescu, ‘GATT Article XX and International Investment Law’ in R. Ehandi and P. Sauvé Prospects (eds), *International Investment Law and Policy: World Trade Forum* (Cambridge University Press, 2013) 340-362.

151 Örneğin bkz Birleşik Krallık-Moldova Ticaret ve İşbirliği Anlaşması (2020) (m 233/2/d); Avustralya-Çin Halk Cumhuriyeti Serbest Ticaret Anlaşması (2015) (m 9.8/1/c).

152 Germiny (n 105) 10.

153 Claros (n 137) 13; Mai (n 128) 77.

Yine, GATT m. XX/b’de ve birçok yatırım anlaşmasında¹⁵⁴ geçen, Anlaşmanın hiçbir hükmünün “insan, hayvan veya bitki hayatı veya sağlığının veya çevrenin korunması için düzenlenen ve uygulanan” ayrımcı olmayan herhangi bir hukuki önlemi almasına engel olacak şekilde yorumlanamayacağı kayıt altına alınmıştır. Bu ifadenin, Sözleşmede doğal mirasın tanımlarken kullanılan “bilim veya muhafaza açısından istisnaî evrensel değeri olan jeolojik ve fizyografik oluşumlar ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesinlikle belirlenmiş alanlar”ı (m. 2) da kapsadığı, dolayısıyla yatırım anlaşması kapsamında korunduğu da yine aynı görüş tarafından ileri sürülmektedir¹⁵⁵.

Dünyanın en önemli serbest ticaret anlaşması olarak anılan Japonya dahil olmak üzere 11 Pasifik Bölgesi ülkesi arasında akdedilen Trans-Pasifik Ortaklığı¹⁵⁶’nda (TPP) ise, anlaşmanın giriş bölümünde ticaretin ve yatırımın, yurt içinde ve yurt dışında kültürel kimliğin ve çeşitliliğin zenginleştirilmesinde yeni fırsatlar oluşturabileceğinden bahisle taraf devletlerin kültürel kimliğin ve çeşitliliğin önemini tanıyacağı ifade edildikten sonra, Yatırım Bölümünün Ek 9/B Bölümü’nde, kamu sağlığı, güvenliği ve çevrenin korunması gibi kamu yararı amaçlarıyla uygulanan ve yatırıma etki eden tedbirlerin dolaylı kamulaştırma teşkil etmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, kamu sağlığından ne anlaşılması gerektiği dipnotta özellikle açıklanmıştır. Bu açıklamanın, *Philip Morris v Uruguay* kararının etkisiyle olduğu düşünülmekte¹⁵⁷, öyle ki, anlaşmanın İstisnalar ve Genel Hükümler (m. 29) başlıklı bölümünde yer alan Tütün Ürünlerinin Kontrolüne Yönelik Tedbirler başlıklı maddesinde, taraf devletlere, tütün ürünleri ile ilgili olarak (i) yatırımcıların öne sürebilecekleri itirazları önleme hakkı tanınmakta ve (ii) yatırımcıların uyuşmazlık çözüm metodlarının yer aldığı ilgili maddelere başvuru imkânlarını kabul etmeme hakkı tanınmaktadır (m. 29/5). Yine anlaşmanın Yatırım Bölümünde, taraf devletlerin, kendi topraklarındaki yatırım faaliyetlerinin, çevre, sağlık veya benzer diğer amaçlara uyumunun sağlanması amacıyla yatırıma etki edecek yeni düzenlemeler getirmesinin engellenemeyeceği ifade edilmiştir. Bu durumda, tütün ürünlerinin kontrolü ile ilgili olarak ev sahibi devletin yatırıma etki eden tasarruflarını uygulamasının sonucunda, yatırımcının, anlaşmada yer alan uluslararası koruma ilkelerine aykırılık iddiasında bulunamayacağı sonucuna ulaşılabilir¹⁵⁸. Öğretide, sadece belli başlı ürünler için özel muafiyetler getirilmesi, salt bu ürünlerin açıkça anlaşma kapsamı dışında tutulması eleştirilmiş ve genel istisnalar maddesi ile yetinmenin yabancı yatırımın teşviki amacına daha uygun olacağı ileri sürülmüştür¹⁵⁹.

154 Litvanya-Türkiye İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 6/1/b); Japonya-Ermenistan İkili Yatırım Anlaşması (2018) (m 16/1/a)

155 Germiny (n 105) 11.

156 TPP’nin metni için bkz ‘Text of the Trans-Pacific Partnership’ <https://www.mofa.go.jp/ila/et/page25e_000073.html> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.

157 Sergio Puig and Gregory Shaffer, ‘A Breakthrough with the TPP: The Tobacco Carve-out’ (2016) 16(2) Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics 327-333.

158 Karacan (n 129) 93.

159 Andrew D. Mitchell, Tania Voon and Devon Whittle, ‘Public Health and Trans-Pasific Partnership Agreement’ (2015) 5(2) Asian Journal of International Law 279, 292-293.

Açıkçası, öğretide sıklıkla ev sahibi devletlerin çevrenin, kamu sağlığının ve refahının korunması gibi kamu yararının bulunduğu alanlarda düzenleyici yetkilerine dayanarak uyguladıkları yatırıma etki eden tasarruflarının sonucunda özellikle dolaylı kamulaştırmanın gerçekleşmesi ya da adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü ilkesinin ihlâli nedeniyle yüksek meblağlı tazminatlar ödenmesinin, devletlerin kamu menfaati için gerekli olan tedbirleri uygulamasında caydırıcı etkiye sahip olacağı sıklıkla ifade edilmektedir¹⁶⁰. Yatırım anlaşmalarının esas itibarıyla yatırımı çekmek ve yatırımın teşviki amacıyla kaleme alındığı düşünüldüğünde, özellikle gelişmekte olan devletlerin, gerekli tedbirleri uygulamakta çekinik kalacağı düşünülebilir. Nitekim ICSID tahkiminde 2015 yılından beri görülmekte olan *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v Romania* davasında, Kanadalı maden şirketi Gabriel Resources, Romanya'nın *Rosia Montana* bölgesinde yer alan ve Avrupa'nın en büyük açık altın madeni işletmesi olacak açık altın madeni projesinin, *Rosia Montana* köyündeki Antik Roma İmparatorluğu'ndan kalma maden ocaklarının yok olacağı ve çıkarılacak olan siyanürün çevreye zarar vereceği gerekçesiyle şiddetli protestoların gerçekleşmesi sonucunda, Romanya devletinin projeden desteğini çekmesi neticesinde, uğradığı 5.7 milyar ABD Doları tutarında zararın tazmini amacıyla tahkim davası açmıştır. Talep edilen tazminat miktarının, tek başına, neredeyse Romanya ekonomisinin %3'lük kısmına denk geldiği ileri sürülmektedir. Çeşitli sivil toplum kuruluşlarının da dahil olduğu dava devam etmektedir. Yaşanan bu uzun süreçte, Romanya devletinin uyuşmazlığın yer aldığı *Rosia Montana* Bölgesi'nin Dünya Kültür Mirası Listesi'ne girmesi için yapmış olduğu başvuruyu geri çekmiş olması dikkat çekicidir. Zira ilgili bölgenin, Listede yer almasının, hakemlerin kararını etkileyeceği düşünülmektedir. Romanya devletinin bu hareketinin temelinde, ICSID'de görülmekte olan yüksek meblağlı tazminat davasının caydırıcı etkisinin olduğu ve bu tavrının, davacı yatırımcı ile uzlaşma yolu için atılmış olumlu bir adım olduğu ileri sürülmektedir¹⁶¹.

Yeni Zelanda, Brunei Darussalam, Şili ve Singapur arasında akdedilen ve ilk defa Asya, Pasifik ve Amerika kıtaları arasında imzalanan serbest ticaret anlaşması niteliğine sahip Trans-Pasifik Stratejik Ekonomik Ortaklığı¹⁶²'nin genel istisnalar maddesinde ise, şu ana kadar incelenen anlaşmalardan farklı olarak hem somut kültürel mirası hem de somut olmayan kültürel mirası kapsayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Genel

160 Nalçacıoğlu Erden (n 55) 364 vd.

161 *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v Romania*, ICSID Case No ARB/15/31, Request for Arbitration (21 July 2015). Dava konusu uyuşmazlık hakkında daha detaylı bilgi için bkz 'Suing to Force Through a Toxic Goldmine: Gabriel Resources vs Romania', <https://10idsstories.org/cases/case1/#_edn15> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2021; Claudia Ciobanu 'Masks fall as Romanian government withdraws UNESCO application for Rosia Montană, Euractiv' (2018) <<https://www.euractiv.com/section/central-europe/opinion/masks-fall-as-romanian-government-withdraws-unesco-application-for-rosia-montana/>> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2021. Bu minvalde, özellikle gelişmekte olan ülkelerde, ekonomik büyümenin kültürel mirasa tercihinin de caydırıcı etki kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

162 Trans-Pasifik Stratejik Ekonomik Ortaklığı (Trans-Pacific Strategic Economic Partnership (P4)) (2006) <<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/trans-pacific-strategic-economic-partnership-p4/>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.

istisnalar bölümünde (m. 19.1/3 ve 5), Anlaşmadaki hiçbir hükmün, taraf devletlerin milli hazineleri veya tarihi veya arkeolojik değer taşıyan anıtlarının korunması ya da milli değeri olan yaratıcı sanatları desteklemek amacıyla ayırım yapmadan ve iyi niyetli olarak uygulayacağı, yatırıma etki eden, onu kısıtlayan tasarrufları uygulamasına engel olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Anlaşmada somut ve somut olmayan değerlerin korunmasına bir arada yer verilmesi, kültürel mirasın kül halinde korunması adına yerinde bir uygulama olup devletin düzenleyici yetkisini kullanımına etki edecek caydırıcı unsurların elimine edilmesini temin etmektedir.

Avrupa Birliği'nin tarafı olduğu güncel tarihli serbest ticaret anlaşmalarında da kültürel işbirliği protokollerine yer verilerek tarihi eserlerin korunması ve kültürel çeşitliliğinin teşviki amaçlanmıştır¹⁶³. Protokollerde doğrudan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'nin zikredilmesi ve kültürel mirasın korunması için gerekli tedbirlerin alınmasında üye devletlerin işbirliği içinde hareket edeceğinin kaleme alınması arzu edilen adımlardandır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki çalışmanın bu başlığı altında yatırım anlaşmalarına kültürel miras öğelerinin korunması amacıyla eklenebilecek hükümlerin yerindeliliğini, mevcut anlaşmalardan örnekler de vererek değerlendirmeye çalıştık. Amacımız esasında yatırım anlaşmalarına somut ve genel bir hükmün eklenmesi suretiyle öngörülebilirliğin tesis edilebilmesidir. Ancak bu hususla ilgili olarak *Philip Morris v Uruguay* davasında, ilgili ikili yatırım anlaşmasının kamulaştırmayla ilgili maddesinde devletin polis yetkisi ile ilgili bir hüküm bulunmamasına rağmen nihai kararın gerekçelendirilmesinde, Viyana Konvansiyonu'nun " taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı" şeklindeki (m 31/3/c) maddesinin dikkate alınması suretiyle kararın verildiği ifade edilmelidir. Karara göre, ev sahibi devletin düzenleyici yetkisi kaynağını uluslararası örf ve adet hukukundan almaktadır¹⁶⁴. Bu doğrultuda kararda, toplum sağlığının korunması ile ilgili olarak ev sahibi devletin düzenleyici yetkisine istinaden ulusal ve uluslararası yükümlülüklerinin yerine getirilmesi amacıyla iyi niyetli olarak ve ayırımcı olmayacak şekilde uyguladığı tedbirlerin meşru nitelikte olduğu ve bu anlamda kamulaştırma teşkil etmediğine hükmedilmiştir¹⁶⁵. Dolayısıyla ev sahibi devletin iyi niyetli olarak ve ayırımcı olmayacak şekilde uygulayacağı tedbirlerin meşruiyeti, Viyana Konvansiyonu (m 31/3/c) hükmü uyarınca uluslararası örf ve adet hukukuna dayanmaktadır. Kararda bu hususun yatırım anlaşmasında ayrıca düzenlenmesi aranmamıştır. Yani bu karardan yola çıkarak, ilgili yatırım anlaşmasında düzenlemese dahi, kültürel miras öğelerinin korunması amacının kaynağını uluslararası örf ve âdet hukukundan aldığı ileri sürülerek

163 Örneğin CARIFORUM ile Avrupa Birliği arasındaki Ekonomik İşbirliği Anlaşması'nın Kültürel İşbirliğine dair 3 numaralı Protokolü <https://ec.europa.eu/assets/eac/culture/policy/international-cooperation/documents/cultural-cooperation-protocol_en.pdf> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021

164 Philip Morris v Uruguay, para 290.

165 Philip Morris v Uruguay, para 291, 305-306.

ev sahibi devletin iyi niyetli olarak ve ayırmacı olmayacak şekilde uyguladığı tedbirlerin hukuka uygun olduğu şeklinde bir çıkarımın yapılması ihtimal dahilinde olabilecektir.

Kamu sağlığı ya da çevrenin korunması gibi amaçları bir kenara bırakarak çalışma konusunu teşkil eden kültürel mirasın korunması amacı dikkate alındığında, bazı yatırım anaşmalarının dolaylı kamulaştırmaya dair maddelerinde sayılan kamu yararı amaçları arasında mirasın korunması amacının eklenebileceği kanaatindeyiz. Ancak, özellikle adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünün kapsamının tam olarak belirli olmaması nedeniyle, salt kamulaştırmaya karşı değil de genel bir istisna maddesi eklemek suretiyle açıkça kültürel mirasın korunmasına yer verilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Genel istisnalar maddesine, anaşmadaki hiçbir hükmün taraf devletlerin kültürel mirasın korunması amacıyla sınırlı olarak ayırım yapmadan ve iyi niyetli olarak uygulayacağı, yatırıma etki eden, onu kısıtlayan tasarrufları uygulamasına engel olamayacağı şeklinde bir hüküm eklenebilir. Yine ğretideki eleştiriler dikkate alındığında, anaşmanın kültürel mirasın korunması amacına yer verilen maddesinde, somut ve somut olmayan kültürel mirası bir arada kapsayacak şekilde bir düzenlemenin yapılması daha kapsayıcı olacaktır. Ayrıca özellikle kültürel miras ögelerinin yer aldığı ülkelerin model yatırım anaşmalarına salt kültürel mirasın korunması ile ilgili olarak özel bir istisnai (*carve-out*) madde eklenmesinin de değerlendirilebilir olduğu düşüncesindeyiz.

Bazı yatırım anaşmalarında olduğu gibi, belli alanlarda uygulanmayacak olan koruma ilkelerine yer verilmesi, hem ev sahibi devletin düzenleyici yetkisini onaylamakta hem de yatırımcıya öngörülebilir bir hukuki ortamın tesis edilmesine yardımcı olabilmektedir. Ne var ki uygulamada bu düzenlemelerin yer aldığı yatırım anaşmalarında, yatırımcının gerçek anlamda çekindiği dolaylı kamulaştırma ve adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğüne dair koruma ilkelerine istisna getirilmemesi, sadece milli muamele ya da en çok gözetilen ulus kaydı ilkelerine istisna getirilmesi dikkat çekmektedir.

Dolaylı kamulaştırma ile ilgili olarak ise, devletin düzenleyici yetkisine istinaden uyguladığı düzenleyici işlemleri ile dolaylı kamulaştırma arasındaki farkın da yatırım anaşmalarında daha açık bir şekilde ifade edilmesinin devletin kültürel mirasın korunmasında daha geniş hareket kabiliyetine sahip olmasını temin edeceği düşüncesindeyiz.

Diğer yandan, kültürel mirasının korunmasında etkin bir uyumazlık çözüm mekanizması yer almadıđından¹⁶⁶, milletlerarası yatırım hukukunda yer alan – zellikle tahkim– uyumazlık çözüm yöntemlerinin, kültürel mirasın korunmasında uygun bir araç olup olamayacağı da düşünülmelidir. Zira yatırım anaşmalarının yabancı yatırımın korunması amacıyla akdedildiği şeklindeki birincil amacı göz ardı

166 Vadi, 'Foreign Direct Investment' (n 19); Claros (n 137) 4.

edilmemelidir. Dolayısıyla etkili bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına sahip olmayan kültürel miras varlıklarının korunmasında, yatırım anlaşmalarındaki hükümlerin esas alınması, ya da yatırım anlaşmalarına kültürel mirasın korunması amacıyla yeni maddeler eklenmesinin gerçek anlamda kültürel mirasın korunmasına hizmet edip etmeyeceği öncelikli olarak düşünülmelidir¹⁶⁷.

E. Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırım Anlaşmalarında Kültürel Mirasın Korunması

Türkiye'nin Dünya Kültür Mirası Listesi'nde on sekiz ve Dünya Mirası Geçici Listesi¹⁶⁸'nde seksen beş miras alanı yer almaktadır¹⁶⁹. Kültürel ve doğal miras yönünden zengin bir ülke olduğu açık olan Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmaları ile serbest ticaret anlaşmalarında kültürel mirasın korunmasına dair hükümlere yer verilip verilmediği incelenmesi lüzumu doğmuştur.

Türkiye'nin tarafı olduğu yeni tarihli yatırım anlaşmalarında Genel İstisnalar maddesine yer verildiği ancak genel olarak bu maddelerin kültürel mirasın korunmasına dair bir açıklamayı ihtiva etmediği gözlenmektedir¹⁷⁰. Örneğin;

“1. İşbu Anlaşmanın hiçbir hükmü, bir Âkit tarafın:

a. insan, hayvan veya bitki hayatı ya da sağlığı veya çevrenin korunması için düzenlenen ve uygulanan;

b. canlı veya cansız tükenebilir doğal kaynakların korunmasıyla ilgili;

ayrımcı olmayan herhangi bir hukuki önlemi almasına, sürdürmesine ya da uygulamasına engel olacak şekilde yorumlanamaz.” (Türkiye-Burkina Faso İkili Yatırım Anlaşması (2019) (m 5/1/a)).

Çalışma kapsamında incelenen Türkiye'nin tarafı olduğu yüzden fazla ikili yatırım anlaşmasından sadece Vietnam ile akdedilen yatırım anlaşmasında (2014) kültürel mirasın korunmasına yönelik bir düzenlemeye yer verildiği saptanmıştır;

“1. İşbu Anlaşmanın hiçbir hükmü, bir Âkit tarafı;

a. insan, hayvan veya bitki hayatı ya da sağlığı veya çevrenin korunması için uygulanan veya düzenlenen;

167 Vadi, 'Foreign Direct Investment' (n 19) 49.

168 Sözleşmeye taraf olan devletlerin Dünya Kültür Mirası Listesi'ne dahil olmak amacıyla hazırladıkları, kendi ülke sınırları içerisinde yer alan istisnai evrensel değer taşıma potansiyeline sahip kültürel ve doğal miras alanlarını içeren listeye Dünya Mirası Geçici Listesi adı verilmektedir. Geçici nitelikteki bu listede yer almayan bir alanın Listeye adaylık başvurusu değerlendirmeye alınmamaktadır, bkz Şule Ürün, *Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme: Doğal Miras Alanları Başvuru, Adaylık ve Değerlendirme Süreçleri* (UNESCO Türkiye Milli Komisyonu 2016) 35-36.

169 İlgili Listeler için bkz <<http://whc.unesco.org/en/statesparties/tr>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.

170 Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmaları için bkz <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey?type=bits>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.

b. tükenebilir canlı veya cansız doğal kaynakların korunmasıyla ilgili olan;
 c. *sanatsal, tarihi ve arkeolojik değere sahip olan ulusal hazinelerin korunmasına yönelik olarak uygulanan;*

ayırımı olmayan herhangi bir önlemi almayı, sürdürmeyi ya da uygulamayı önleyecek şekilde yorumlanamaz.” (m 4/1).

Türkiye'nin Sudan Cumhuriyeti ile akdettiği yatırım anlaşmasında ise (2014), diğer yatırım anlaşmalarından farklı olarak anlaşmanın, hiçbir şekilde âkit tarafların taraf oldukları diğer uluslararası anlaşmalardan doğan mevcut hak ve yükümlülüklerini etkilemeyeceği ifade edilmiştir (m 5). Dolayısıyla bu düzenlemeye dayanılarak ev sahibi devletin Dünya Kùltürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülükleri çerçevesinde kùltürel mirasın korunması amacıyla yatırım anlaşmasından doğan yükümlülüklerini terk etmesinin hukuka aykırılık teşkil etmeyebileceği savunulabilecektir.

Bazı yatırım anlaşmalarında ise sağlık, güvenlik ve çevre önlemlerinin, yabancı yatırımın kurulması, edinilmesi, genişlemesi ya da korunması amacıyla dahi olsa vazgeçilemez nitelikte olduğu, bu anlamda bu alanlardaki kamu yararı amaçlarından ödün verilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁷¹. Öğretide ilgili düzenlemenin uygulanmaması durumunda nasıl bir yol izleneceğine dair boşluğun bulunması dolayısıyla ev sahibi devletlere ilgili önlemlerin uygulanmasına ilişkin geniş bir takdir hakkı sunulduğu ileri sürülmektedir¹⁷².

Netice itibarıyla Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmalarında genel olarak kùltürel mirasın korumasına dair düzenlemelere yer verilmediği sonucuna ulaşılmaktadır. 2016 tarihli Türkiye Model Yatırım Anlaşması'nın Genel İstisnalar (m 5) başlıklı maddesinde de kùltürel mirasın korunmasına yer verilmemiştir¹⁷³. Bu anlamda kùltürel ve doğal mirasın korunması hususunda Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmalarında bir boşluğun olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Dolayısıyla ekonomik açıdan gelişmekte olan ÷lkeler arasında yerini alan ve zengin kùltürel ve doğal mirasa sahip olan Türkiye'nin bir an önce, yatırımcıların ve tüm dünya uluslarının menfaatlerini koruyacak şekilde yatırım anlaşmalarında kùltürel mirasın korunmasına dair düzenlemelere yer vermesi gerektiği ifade edilebilir.

Diğer yandan, Türkiye'nin tarafı olduğu serbest ticaret anlaşmalarında ise¹⁷⁴, kùltürel miras ifadesi tam olarak yer almasa da *sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri*

171 Türkiye-Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti İkili Yatırım Anlaşması (2013) (m 4); Türkiye-Bangladeş Halk Cumhuriyeti İkili Yatırım Anlaşması (2012) (m 4).

172 Erden (n 55) 206.

173 Türkiye'nin 2016 tarihli Model Yatırım Anlaşması'na CİMER'e yaptığımız 11.10.2021 tarih ve 21050336846 numaralı başvurumuza istinaden Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın Uluslararası İlişkiler Daire Başkanlığı tarafından verilen cevap neticesinde ulaşılmıştır.

174 Türkiye'nin tarafı olduğu serbest ticaret anlaşmaları için bkz <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey?type=bits>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.

*haiz yerel hazinelerin korunmasına dair düzenlemelere yer verilmiştir*¹⁷⁵. En eskisi 1996 yılında İsrail ile akdedilen serbest ticaret anlaşmasında olmak üzere günümüze kadar imzalanan birçok serbest ticaret anlaşmasında kültürel mirasın korunmasına dair düzenlemelere yer verilmesine rağmen ikili yatırım anlaşmalarında bu hususa, tespit edebildiğimiz kadarıyla yalnızca tek bir yatırım anlaşmasında yer verilmiş olması düşündürücüdür. Yabancı yatırımlar dolayısıyla kültürel miras öğelerine zarar verilebilmesi hatta tamamen yok olabileme ihtimallerinin göz önünde bulundurularak, zengin kültürel mirasa sahip Türkiye'nin, herhangi bir dava açılmasını beklemeksizin, tarafı olduğu yatırım anlaşmalarında kültürel ve doğal mirasın korunmasına dair hükümlere yer vermesinin yerinde olacağı, böylece yatırıma etki edecek önlemlerin uygulanmasında caydırıcı unsurların önüne geçilebileceği düşüncesindeyiz.

Sonuç

Yatırımcının hakları ile ev sahibi devletin topraklarında bulunan kültürel mirasın korunmasına dair yükümlülüklerinin dengelenmesi hususunda milletlerarası yatırım hukukunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu iki menfaatin çakışması ile ilgili olarak yatırım tahkiminde görülen dava sayısı giderek artmaktadır. İlgili uyuşmazlıklar incelendiğinde, hakem mahkemelerinin istikrar teşkil edecek şekilde karar veremedikleri sonucuna ulaşılmaktadır. Zira yatırım hukukuna dair ihtilafların dayanağını oluşturan yatırım anlaşmalarında genel olarak kültürel mirasın korunmasına dair koruyucu bir hüküm yer almamaktadır. Artan milletlerarası yatırım hukuku ve kültürel mirasın korunması ihtilafları karşısında, -tıpkı kamu sağlığının korunması amacıyla ev sahibi devletin düzenleyici yetkisinin kapsamına açıklık getirmek amacıyla, çözüme kavuşturulan yatırım tahkimi kararları sonucunda yatırım anlaşmalarına eklenen istisnai maddelerde olduğu gibi-, yatırım anlaşmalarında da kültürel mirasın korunması ile ilgili istisna maddelerinin düzenlenmesinin bu alandaki boşluğu doldurabileceği düşüncesindeyiz. Böylece kültürel mirasın korunmasında bir yandan ev sahibi devletin yetkilerinin ve yükümlülüklerinin belirlenmesi sağlanacak; diğer yandan yatırımcı açısından da belirsizlik ve öngörülemezliğin ortadan kaldırılmasıyla yatırım için elverişli hukuki iklimin oluşturulmasına bir adım daha yaklaşılacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

175 Türkiye-Filistin Serbest Ticaret Anlaşması (2004) (m 19); Türkiye-Bosna Hersek Serbest Ticaret Anlaşması (2002) (m 13); Türkiye-Makedonya Serbest Ticaret Anlaşması (1999) (m 31); Türkiye-Estonya Serbest Ticaret Anlaşması (1997) (m 22); Türkiye-İsrail Serbest Ticaret Anlaşması (1996) (m 12); Türkiye-Karadağ Serbest Ticaret Anlaşması (2008) (m 31); Türkiye-Cezayir Serbest Ticaret Anlaşması (2006) (m 31); Türkiye-Mısır Serbest Ticaret Anlaşması (2005) (m 18); Türkiye-Suriye Serbest Ticaret Anlaşması (2004) (m 19); Türkiye-Tunus Serbest Ticaret Anlaşması (2004) (m 46).

Bibliyografya/Bibliography

- Affolder N, 'The Market for Treaties' (2010) 11(1) *Chicago Journal of International Law* 159-196.
- Akıntürk E and Baklacı P, 'İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme', (2009) 25(5) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 477-536.
- Akipek S, 'Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşmenin Değerlendirilmesi', (2001) 50(4) *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 13-39.
- Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk Cilt I* (5th edn, Seçkin 2019).
- Andreeva Y, 'The Tribunal in Malaysian Historical Salvors v Malaysia Adopts a Restrictive Interpretation of the Term Investment' (2008) 25(4) *Journal of International Arbitration* 503-506.
- Avşar M, 'ICSID Konvansiyonu'na göre Yatırım Tanımı' (2017) 37(2) *Public and Private International Law Bulletin* 95-140.
- Ayhan İzmirli L, 'Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırım Kavramı' (2018) 8(2) *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 89-131.
- Bigi G, 'The Protection of Cultural Rights and Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration' in Tullio Treves, Francesco Seatzu and Seline Trevisanut (eds), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns* (Routledge 2013) 280-297.
- Blake J, 'On Defining the Cultural Heritage' (2000) 49 *International and Comparative Law Quarterly* 61-84.
- Claros R, 'Striking a Balance between the Protection of Foreign Investment and the Safeguard of Cultural Heritage in International Investment Agreements: Can General Exceptions Make a Difference?' (2015) (2015/08) *World Trade Institute Working Paper* 1-14.
- Çalışkan Y, 'ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary will be Used for the Definition of Investment and the Scope of Consent' in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu Foreign (eds), *Foreign Investment Law* (Seçkin 2016).
- Demirkol B, 'The Notion of Investment' (2015) 1(1) *Turkish Commercial Law Review* 41-50.
- Dolzer R, 'The Notion of Investment in Recent Practice' in S. Charnovitz, D. Steger, P. Van den Bossche (eds), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* (Cambridge 2005) 261-275.
- Dolzer R, 'Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties' (2005) 39(1) *The International Lawyer* 87-106.
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford University Press 2012).
- Dolzer R and Stevens M, *Bilateral Investment Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers 1995).
- Dost S, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil Yayın Dağıtım 2006).
- Eryazıcıoğlu E, Cengiz H, 'İnsan Hakları Odaklı Bir Kültürel Miras Sistemi İçin Değerlendirme Modeli' (2018) 13(4) *Megaron Journal* 636-650.
- Francioni F, 'Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction' in Federico Francioni (ed), *Cultural Human Rights* (Martinus Nijhoff 2008).
- Germeyn LI, 'Considerations Before Investing Near a UNESCO World Heritage Site' (2013) 10(5) *Transnational Dispute Management* 1-11.
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013).

- Given JP, 'Malaysia Historical Salvors Sdn, Bhd v Malaysia: An End to the Liberal Definition of Investment in ICSID Arbitrations' (2009) 31(3-4) *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 467-500.
- Goodwin EJ, 'The World Heritage Convention, the Environment and Compliance', (2009) 20(2) *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 157-198.
- Göğebakan Y, 'Dünya Üzerindeki Kültürel Varlıkların Turizme ve Ekonomiye Katkısı', (2015) 5(2) *Anadolu Üniversitesi Sanat ve Tasarım Dergisi* 48-71.
- Graham GM, 'Protection and Reversion of Cultural Property: Issues of Definition and Justification' (1987) 21(3) *International Lawyer* 755-793.
- Lenzerini F, 'Property Protection and Protection of Cultural Heritage' in Stephan W. Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press 2010).
- Gürsu A, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi* (Astana Yayınları 2018).
- Hirsch M, 'Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law (2011) 12(6) *Journal of World Investment and Trade* 783-806.
- Hirsch M, 'Interactions between Investment and Non-investment Obligations' in Peter Muchlinski, Federico Ortino ve Christoph Schreuer (eds), *the Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press 2008) 154-181.
- Houde M and Yannaca-Small K, 'Relationships between International Investment Agreements' (2004) (2004/1) *OECD Working Papers on International Investment* 1-22.
- Karacan P, 'Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uluslararası Yatırım Hukuku Etkileşimi: Devletin Sağlık Sebebiyle Düzenleme Getirme Hakkı' (2015) 3(2) *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 77-95.
- Kowalski A, 'When Cultural Capitalization Became Global Practice' in N Bandelj, F F Wherry (eds), *The Cultural Wealth of Nations* (Stanford University Press 2011) 87 <<http://archive.ceu.hu/sites/default/files/publications/kowalski-culturalcapitalizationwhs2011.pdf>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- Legum B, Petculescu I, 'GATT Article XX and International Investment Law' in R. Ehandi and P. Sauvé Prospects (eds), *International Investment Law and Policy: World Trade Forum* (Cambridge University Press 2013) 340-362.
- Lo C, 'A Comparison of BIT and the Investment Chapter of Free Trade Agreement from Policy Perspective' (2008) 3(1) *Asian Journal of WTO and International Health Law* 147-170.
- Mai MH, *The Issue of Cultural Heritage Protection in International Investment in the Mining and Construction Sectors, PhD Thesis* (University of Glasgow School of Law 2019).
- Manciaux S, 'The Notion of Investment: New Controversies' (2008) 9(6) *The Journal of World Investment and Trade* 1-24.
- Mitchell AD, Voon T and Whittle D, 'Public Health and Trans-Pacific Partnership Agreement' (2015) 5(2) *Asian Journal of International Law* 279-293.
- Mustapa SAD, 'Showcasing Maritime Heritage Artefacts for the Benefit of the Tourist Industry in Malaysia', (2005) 34(2) *International Journal of Nautical Archaeology* 211-215.
- Nafziger J, 'The Development of International Cultural Law' (2006) 100 *American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting* 317-323.
- Nalçacıoğlu Erden HZ, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha Yayıncılık 2015).

- O'Keefe PJ, 'Foreign Investment and the World Heritage Convention' (1994) 3(2) *International Journal of Cultural Property* 259-265.
- Özel S, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması* (Alkım Yayınları, 1998).
- Özel S, 'Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti' (2018) 24(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi* 215-238.
- Partalçı R, 'Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen "Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü"' (2017) 36 (2) 131-162.
- Prislan V, 'Non-investment Obligations in Investment Treaty Arbitration: Towards a Greater Role for States?' in F. Baetens (ed), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (Cambridge University Press 2013) 450-481.
- Prott LV, O'Keefe PJ, 'Cultural Heritage or Cultural Property?' (1997) 1(2) *International Journal of Cultural Property* 307-320.
- Puig S and Shaffer G, 'A Breakthrough with the TPP: The Tobacco Carve-out' (2016) 16(2) *Yale Journal Of Health Policy, Law, and Ethics* 327-333. Radi Y, 'The 'Culture of Balancing' of International Investment Law - Cultural Interests and Investors' Interests in International Investment Treaties and Arbitration' (2013) 10(5) *Transnational Dispute Management* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2355923> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- Ripinsky S and Williams K, *Damages in International Law* (British Institute of International and Comparative Law 2008).
- Sornarajah M, 'the Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment' (2003) 10(2) *Canadian Foreign Policy Journal* 1-20.
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2010).
- Subedi S, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle* (Hart Publishing 2008).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Tezcan D, 'Arkeolojik Kültür Varlıklarının Korunması ve Milletlerarası Ceza Hukuku' (1996) 50(1) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 425-451.
- Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, (Dayınlarlı 2003).
- Ürün Ş, *Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme: Doğal Miras Alanları Başvuru, Adaylık ve Değerlendirme Süreçleri*, (UNESCO Türkiye Millî Komisyonu 2016).
- Weiner AS, 'Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of Legitimate Regulatory Purposes' (2003) 5(3) *International Law Forum Du Droit International* 176-187.
- Vadi VS, 'Culture, Development and International Law: The Linkage Between Investment Rules and the Protection of Cultural Heritage' in S. Borelli and F. Lenzerini (eds.), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law* (Brill 2012).
- Vadi V, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2014).
- Vadi V, 'Culture Clash? World Heritage and Investors' Rights in International Investment Law and Arbitration' (2013) 28(1) *ICSID Review* 123-143.
- Vadi V, 'The Challenge of Reconciling Underwater Cultural Heritage and Foreign Direct Investment: A Case Study' (2007) 17(1) *The Italian Yearbook of International Law* 143-158.

- Vadi VS, 'Fragmentation or Cohesion? Investment versus Cultural Protection Rules', (2009) 10(4) The Journal of World Investment and Trade 573-600.
- '47th Anniversary of the World Heritage Convention' (2019) <<https://whc.unesco.org/en/news/2056>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- 'Area de Conservación Guanacaste' <<https://whc.unesco.org/en/list/928/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- CARIFORUM ile Avrupa Birliği arasındaki Ekonomik İşbirliği Anlaşması'nın Kültürel İşbirliğine dair 3 numaralı Protokolü <https://ec.europa.eu/assets/eac/culture/policy/international-cooperation/documents/cultural-cooperation-protocol_en.pdf> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- Claudia Ciobanu 'Masks fall as Romanian government withdraws UNESCO application for Rosia Montană, Euractiv' (2018) <<https://www.euractiv.com/section/central-europe/opinion/masks-fall-as-romanian-government-withdraws-unesco-application-for-rosia-montana/>> Erişim Tarihi 24.05.2021.
- 'Dresden is deleted from UNESCO's World Heritage List (2009) <<https://whc.unesco.org/en/news/522/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.
- Dünya Kültür Mirası Komitesi, 'Decisions Adopted At The 28th Session Of The World Heritage Committee' (2004) WHC-04/28.COM/26 sayılı karar <<https://whc.unesco.org/archive/2004/whc04-28com-26e.pdf>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021
- Dünya Kültür Mirası Listesi ve Dünya Mirası Geçici Listesi'nde yer alan Türkiye'ye ait miras alanları <<http://whc.unesco.org/en/statesparties/tr>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.
- FCTC, The WHO Framework Convention on Tobacco Control: an Overview (2021) <<https://fctc.who.int/publications/m/item/the-who-framework-convention-on-tobacco-control-an-overview>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- Investment Policy Hub <<https://investmentpolicy.unctad.org/>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- 'Oman's Arabian Oryx Sanctuary: first site ever to be deleted from UNESCO's World Heritage List' (2007) <<https://whc.unesco.org/en/news/362>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.
- States Parties Ratification Status <<https://whc.unesco.org/en/statesparties/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.
- 'Suing to Force Through a Toxic Goldmine: Gabriel Resources vs Romania' <https://10isdsstories.org/cases/case1/#_edn15> Erişim Tarihi 24 Mayıs 2021.
- Text of the Trans-Pacific Partnership (2016)<https://www.mofa.go.jp/ila/et/page25e_000073.html> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Genel Müdürlüğü, Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi Hakkında <<https://aregem.ktb.govtr/TR-50837/somut-olmayan-kulturel-mirasin-korunmasi-sozlesmesi-hak-.html>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.
- Trans-Pasifik Stratejik Ekonomik Ortaklığı (P4) (2006) <<https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/trans-pacific-strategic-economic-partnership-p4/>> Erişim Tarihi 27 Mayıs 2021.
- Türkiye'nin tarafı olduğu yatırım anlaşmaları <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey?type=bits>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.
- Türkiye'nin tarafı olduğu serbest ticaret anlaşmaları <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey?type=bits>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2021.
- UNESCO <<https://en.unesco.org/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

UNESCO, Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972) <<https://whc.unesco.org/en/conventiontext/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

UNESCO, Sualtı Kültürel Mirasının Korunması Sözleşmesi (2001) <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/underwater-cultural-heritage/2001-convention/official-text/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021.

UNESCO, ‘Dünya Miras Sözleşmesi Uygulama Rehberi’ (2017) <<http://www.alanbaskanligi.gov.tr/evrak/document-57-11.pdf>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

UNESCO, Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention (2019) <<https://whc.unesco.org/en/guidelines/>> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2021.

The Process of Decolonization of Mauritius and the Right to External Self-Determination of Colonial Peoples

Mauritius'un Depolitizasyon Süreci ve Sömürge Altındaki Halkların Self Determinasyon Hakkı

Ayşe Yıldız Demir* 

Abstract

The right to self-determination is a collective right and one of the most significant human rights. In accordance with the right to self-determination, peoples can choose their destiny in terms of political, economic, or cultural development without any external interference. However, the scope and content of the right to self-determination have remained controversial since the emergence of this right. In particular, the legal nature of the right to self-determination has been argued; while some posit that it is a legal norm, others hold that it is merely a political status in the international arena that came to light throughout the decolonization process during 1960s and still is nowadays. In spite of the codifications of the United Nations (UN), this matter is still discussed in the international arena. Relatedly, this dispute has more recently affected the process of decolonization of Mauritius. In this case, the Chagos Archipelago was separated from Mauritius by the British Government while Mauritius was in the process of gaining its independence based on the right to self-determination. This research would first like to focus on the scope and content of the right to external self-determination of colonial peoples according to the UN resolutions and scholars' opinions as well as states' practices. Second, this paper will examine the legality of the process of decolonization of Mauritius in light of the International Court of Justice's (ICJ) advisory opinions and scholarly work.

Keywords

The Chagos Archipelago, Mauritius, The Right to External Self-Determination, Colonial Peoples, Decolonization

Öz

Kolektif bir hak olan self determinasyon (kendi kaderini tayin) hakkı aynı zamanda en önemli temel insan haklarından biridir. Self determinasyon hakkına göre uluslar herhangi bir dış etki olmaksızın politik, ekonomik veya kültürel açıdan kendi kaderlerini kendileri belirlerler. Lakin bu hakkın ortaya çıkışından bu yana söz konusu hakkın kapsamı ve içeriği tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Özellikle kendi kaderini tayin etme hakkının hukuki niteliği tartışılmaya devam edilmektedir; kimi kesimlerce bir hukuki norm olarak kabul görmüşken, bir kısım ise bağımsızlaşma sürecinin başladığı 1960'lardan bu yana ve hatta günümüzde sadece politik bir statü olduğu görüşündedir. Birleşmiş Milletlerin tüm kodifikasyon çabalarına rağmen uluslararası arenada bu konu tartışılmaya devam edilmektedir. Bağlantılı olarak, ilgili tartışma Mauritius'un bağımsızlık ve dekolonizasyon sürecinde de etkili olmaktadır. Bu süreçte, Mauritius self determinasyon hakkı doğrultusunda bağımsızlığını kazanma aşamasındayken Chagos adalar topluluğu Britanya tarafından Mauritius Cumhuriyeti'ne dahil edilmemiş ve ayrı bir statüde tutulmuştur. Bu çalışma ilk olarak Birleşmiş Milletler kararları, akademik görüşler ve aynı zamanda devlet uygulamalarına göre dışsal self determinasyon (dış ilişkilerde kendi kaderini tayin) hakkının içeriği ve kapsamına odaklanacaktır. İkinci bölümde ise, Uluslararası Adalet Mahkemesinin tavsiye niteliğindeki kararları ve konuya ilişkin akademik çalışmalar doğrultusunda Mauritius'un dekolonizasyon sürecinin hukukiliği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Chagos adalar topluluğu, Mauritius, Self determinasyon hakkı, Sömürge Halkları, Dekolonizasyon

* Correspondence to: Ayşe Yıldız Demir (PhD Student), University of Glasgow, School of Law, Glasgow, United Kingdom.
E-mail: ayseyildiz933@gmail.com ORCID: 0000-0003-0485-7741

To cite this article: Yıldız Demir A, "The Process of Decolonization of Mauritius and the Right to External Self-Determination of Colonial Peoples" (2021) 41(2) PPIL 875. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.855377>

I. Introduction

The right to self-determination being at the foundation of the process of decolonization is a collective human right enshrined in Article 1(2) and 55 of the United Nations (UN) Charter in 1945. Although Woodrow Wilson had previously supported the inclusion of this right in the Covenant of the League of Nations after World War I,¹ the right to self-determination was not codified in international law until the Charter of the United Nations. In effect, this codification of the right in the Charter was truly a milestone for colonized peoples to have their rights recognized by colonist states. Further, both International Covenants² as well as the Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe of 1975 in Helsinki are three important resolutions that codified the right to self-determination after World War II and during the process of decolonization. Despite these resolutions, not only the legal nature of the right to self-determination but also its scope and content have yet to be completely ascertained. Hence, the International Court of Justice (ICJ) has been confronted by a number of cases where it has had to elaborate on the scope and content of the right to self-determination. Such cases include Western Sahara,³ Namibia,⁴ and Mauritius.⁵ Likewise, several authors have referred to the concept of the right to self-determination in numerous books, articles, and various academic materials. An overview of this academic literature falls under two essential headings: the external and the internal right to self-determination. This paper focuses strictly on the external right to self-determination. On this matter, scholars have generally come to agree that external self-determination can be defined as ‘*a people has the right to determine freely its own political status and to pursue its own economic, social, and cultural development.*’⁶ Notably, during the decolonization of Asia and Africa in the 1950s and 1960s, this definition was used to qualify external self-determination as colonial peoples were endeavouring to attain their independence from colonialist states. Therefore, the colonial rules began to change with resolutions 1514(XV) and 1541 (XV) of the UN, in part due to the support of the Soviet Union and developing countries.⁷

In addition to the codification of the right to self-determination under the authorization of the UN, the process of independence continued increasingly among

1 Rhona K M Smith, *International Human Rights* (6th edn, Oxford University Press 2014) 337.

2 The International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR), The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 993 UNTS 3 (ICESC) art 1 (1-3).

3 *Western Sahara* (Advisory Opinion, 1975) ICJ Rep 12.

4 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276* (Advisory Opinion, 1971), ICJ Rep 16.

5 *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (Advisory Opinion, 2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 7 June 2019.

6 Arjen B Van Rijn, ‘Dimensions under International Law Linked to the Dissolution of the Netherlands Antilles’ (2009) 40 *Netherlands Yearbook of International Law* 75, 86 paras 10-12.

7 Antonio Casese, *Self-Determination of Peoples* (1st edn, Cambridge University Press 1995) 71 paras 1-3.

colonial territories, including Mauritius. Nevertheless, the legality of the process of the decolonization of Mauritius has remained a contested issue according to assertions of the government of Mauritius in terms of the separation of the Chagos Archipelago as well as the displacement of the inhabitants of the islands by the British Government. While the government of Mauritius has insisted that the process of Mauritius' decolonization has not yet completed in conformity with the UN resolutions and customary law, the dispute over the legality of Mauritius' decolonization progress has been the subject of a number of cases addressed by British courts and the ICJ. The most recent and considerable verdict to understand claims of Mauritius and counter parties over decolonization can be found in the ICJ advisory opinion on 29 February 2019.⁸ Furthermore, this opinion is not only important to determine over Mauritius' decolonization, but it is also crucial to comprehend the scope and content of the right to self-determination. Therefore, this controversy needs to be ascertained from different perspectives for the sake of clarity of both the scope and content of the right to self-determination and the legality of the Mauritius' decolonization process. For the purpose of addressing the controversial issues mentioned above, this study will first discuss the current framework of the right to self-determination of colonized peoples in accordance with the UN resolutions and scholars' opinions as well as the ICJ reports, and subsequently this paper will focus on the process of decolonization of Mauritius with regard to the detachment of the Chagos Archipelago.

II. The Scope and Content of the Right to External Self-Determination of Colonial Peoples

Various colonial territories gained independence from metropolises in the 1960s by virtue of recognition of their right to self-determination. To better comprehend this period of decolonization, the meaning of the right to self-determination and its history and the duration of recognition as well as its scope and content need to be handled cautiously within a wider perspective. Furthermore, discussing these aspects of self-determination will facilitate understanding the ICJ's advisory opinion on the matter of Mauritius' decolonization process. This chapter will first focus on the history and development progress of the right to self-determination in light of UN resolutions and states' executions. Secondly, this section of the paper will examine the scope and content of the right to self-determination in light of case studies, scholarly literature, and UN resolutions. Following subchapters will include doctrine about the meaning of 'peoples,' 'suppression, oppression, or subjugation,' and 'the relationship between these terms with territory,' as well as the principle of 'last resort' in the view of the ICJ in the cases of Western Sahara and Namibia.

8 *Mauritius* (n 5).

A. The History and Development of the Right to Self-Determination

The Covenant of the League of Nations did not include the right to self-determination, thus several conflicts were experienced, particularly in Europe, because sufficient importance was not yet allocated to the right to self-determination when drawing the map of Europe after World War I (WWI). However, when the idea that ‘*a nation-state is a one nationality state*’⁹ spread around Europe, this concept served as a source of inspiration for colonial peoples. Moreover, initially, the Charter of the United Nations (1945) included the right to self-determination under Articles 1(2) and 55. The Soviet Union had strongly supported these inclusions at the San Francisco Conference in order to enshrine the right to self-determination in the Charter.¹⁰ Specifically, Article 1(2) is undoubtedly prominent since it describes the purpose of the UN and recognises and implements the right to self-determination in the colonial territories under the auspices of the UN. In effect, Article 1(2) asserts ‘*the purposes of the UN are to develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples and to take other appropriate measures to strengthen universal peace.*’¹¹ Also, Article 55 makes reference to the UN’s role in promoting the right to self-determination of peoples. In line with these articles, the UN has supported the progress of decolonization as well as the development of colonial peoples with regard to political and economic as well as social and cultural development. Likewise, the Charter of the UN (1945) guarantees the right to self-determination of colonial peoples based on chapters XI and XII incorporating ‘*declaration regarding non-self-governing territories*’ and ‘*international trusteeship system,*’ respectively. Further, aforementioned chapters exhibit that the UN should encourage the trust territories and their inhabitants to develop in accordance with political, education, social, and cultural advancements until peoples of colonial territories can reach the right to self-determination. Therefore, after World War II (WWII), self-determination became one of the most significant principles of international law as a ‘*political concept.*’¹² Though the UN Charter (1945) is the first codification to assure and recognise self-determination, the UN has issued a number of resolutions to identify this collective human right.

The common Articles 1(1) and (3) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR), which were adopted by the UN, acknowledge the right to self-determination. Since self-determination is qualified as a collective human right in those covenants and can be defined that ‘*by virtue of that right, peoples freely determine their political status and freely pursue their economic, social, and cultural development,*’¹³ the UN

9 Smith (n 1) 336 para 6.

10 Thomas D Musgrave, *Self-Determination and National Minorities* (1st edn, Oxford University Press 1997) 62.

11 Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 1 UNTS XVI art 1(2).

12 Musgrave (n 10) 91.

13 ICCPR, ICESCR (n 2) art 1(1).

has interpreted this right in terms of civil, political, economic, social, and cultural rights. Nevertheless, before these two international covenants, UN Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 enshrined the right to self-determination of colonial peoples with respect to the fact that the UN should assist dependent states to gain their independence unconditionally. In addition, this resolution recognised that the self-determination of trust territories should be applied completely,¹⁴ as in the case of Mauritius' government, since self-determination is an inalienable, unassignable, and fundamental human right. Ultimately, Resolution 1514 (XV) assured the right of self-determination of peoples living under subjugation, domination, and suffering from human right violations.¹⁵ Likewise, the codification and recognition of the right to self-determination continued throughout the 1970s so that both colonized peoples could pursue their political, economic, or cultural development and international security and peace could be sustained by the means of the reduction of conflicts based on ethnicity and independence. For instance, Resolution 2526 (XXV) presented the right to self-determination as one of the most substantial principles of contemporary international law to carry out the purposes of the UN Charter.¹⁶ The other important and latest codification over self-determination legislated by the UN can be found in Resolution 71/292, publicized on 22 June 2017. This Resolution emphasised the responsibilities of the UN related to the external self-determination of colonized peoples and stated that the progress of decolonization had not yet completed in accordance with Resolutions 65/118 (2010).¹⁷

In addition to codifications of the UN relating to the self-determination of colonized peoples, a series of enactments emerged in regional areas such as Africa and Europe. For instance, Article 20 of the African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights includes the right to self-determination of peoples suffering from colonization and domination. The Article further promotes the parties to the charter to encourage and assist colonial territories under oppression to obtain their external self-determination. Hence, this Article is similar to those in the UN Charter in terms of assistance for trust territories and non-self-governing regions. Likewise, European states, which are parties to the Conference of Helsinki, enshrined the right to self-determination of peoples via signing the Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe in Helsinki (1975).¹⁸ Particularly, principle VIII of the Act focuses on the duty of all participating states to respect and promote that peoples freely decide their political, economic, social, and cultural development without external interventions. Additionally, in 1971, a case of great importance contributed

14 UNGA 'Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples by UNGA Res 1514(XV)' (1960) UN Doc A/RES/1514(XV) paras 11-12.

15 *ibid* para 13.

16 UNGA 'Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperating Among States in accordance with the Charter of the United Nations by UNGA Res 2625(XXV)' (1970) UN Doc A/RES/2625(XXV) para 14.

17 UNGA 'Supporting Efforts to End Obstetric Fistula by UNGA Res 65/118' (2010) UN Doc A/RES/65/118.

18 Conference on Security and Co-operation in Europe Final Act, 1975, art 10 <<https://www.osce.org/helsinki-final-act?download=true>> Erişim Tarihi 4 August 2019.

to the progress of decolonization, which was the ICJ advisory opinion about Namibia (South West Africa).¹⁹ The ICJ had the opportunity to determine the general principles of the external self-determination of colonized peoples thanks to the Namibia case. Further, the ICJ developed considerable principles and key points on the right to external self-determination of colonized peoples living under the Mandates system in light of Resolution 1514 (XV) and the purposes and principles of the UN Charter.²⁰ Consequently, colonial countries have had various options to pursue their status in the international area such as; ‘(i) ending up as a sovereign independent State, or (ii) associating with an independent State, or instead (iii) integrating into an independent State.’²¹ In accordance with these resolutions and the ICJ’s advisory opinion, the process of decolonization has not been limited to the 1960s and 70s because this process has continued pertinaciously as seen in the Mauritius case until all colonial territories are able to complete their process of independence in compliance with the purposes of the UN and customary law rules.

B. The Meaning of ‘People’ and ‘Domination’

For as long as the process of development for the right to self-determination has been brought to the agenda in the international arena, the question of who has the right to self-determination has been one of the most essential troubles among states, institutions, and scholars. All the codifications concerning self-determination, notably the Charter of the UN and Resolution 1514 (XV), have accepted that ‘colonized peoples’ have the right to determine their international status and retain their own political, social, and cultural development without external intervention. There is no dispute about ‘colonized peoples’ having a right to external self-determination; however, the definition of ‘people’ has been a problematic issue. Specifically, the meaning of ‘people’ gained importance while examining the manner in which inhabitants of the Chagos Archipelago were displaced. Thus, which factors are necessary to qualify as a ‘people’ need to be explained to comprehend the claim of Mauritius. Also, the ‘colonized people’ had experienced ‘oppression’ till acquiring their independence; thus, ‘subjugation’ is still used to advocate external self-determination. As a result, this subchapter will focus on the meaning of ‘people’ and ‘subjugation’ according to scholarly work and will examine the meaning and scope of ‘oppression’.

There are various points of view regarding the meaning of ‘people’ in the field of law. One of the most significant is the approach to ethnicity that emerged in the 19th century to define a ‘nation.’²² Therefore, advocates of this position have supported that a nation is a people. However, the definition of ‘people’ based on ‘ethnicity’

19 *South West Africa* (n 4) 16.

20 *Casese* (n 7) 72.

21 *ibid* 73.

22 *Musgrave* (n 10) 148-167.

remains a matter of debate in modern international law when one observes that the UN has not promoted this approach, excluding the case of Bangladesh²³ or that the League of Nations blatantly stated that the inhabitants of Aaland Islands are Finish, leading the court to address ethnicity while discussing the right to self-determination of Aaland Islanders.²⁴ Additionally, academics are not unified on their approach to ethnicity as several scholars support that ethnicity is a changeable term and can be misused.²⁵ Contrary to this view, Hans Kelsen advocated a distinct idea named '*the state as people*' in the Law of the United Nations (1951) because Kelsen claimed that the UN Charter's Article 1(2) intended to imply '*states*' by expressing '*peoples*'.²⁶ Notwithstanding, the UN revealed the difference between the terms 'people' and 'state' in Resolution 2625 (XXV).²⁷ Another important argument was presented by Rigo Suredo, who considers that the term '*peoples*' is a product of '*the decolonization definition*'.²⁸ The writer has essentially grounded his claims in UN Chapters XI, XII, and XIII that address the rights of non-self-governing and trust territories. However, Resolution 1514 (XV) confuted this approach by propounding that not only colonized people have the right to self-determination.²⁹ In a similar context with these theories and approaches, elements to describe the term 'people' have become a matter of discussion. After all, two essential ideas have come into view to clarify the elements of what makes up a '*people*'

The first allegation is '*the characteristic approach*',³⁰ which ascertains that a '*people*' has '*linguistic, religious, cultural, racial, or ethnic unified as well as shared values*;' on the other hand, '*the territorial approach*',³¹ the second argument over the term of people, gives more importance to habitat where peoples live in order to qualify the features creating peoples. For instance, the ICJ voted in the favour of the '*territorial approach*' in the case of the Israeli Wall, in which it was found that Israel violated the Palestinians' right to self-determination by building a wall into Palestine territory.³² On the other hand, the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO) advocated '*the characteristic approach*' in one of its meetings in 1989. In effect, UNESCO manifested that '*a people as a group*

23 Musgrave (n 10) 148-167.

24 *ibid* 148.

25 Kathleen McVay, 'Self-determination in New Contexts: The Self-determination of Refugees and Forced Migrants in International Law' (2012) 28 (75) *Merkourios Utrecht Journal of International and European Law* 36, 39.

26 Hans Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (7th edn, The Lawbook Exchange 2008) 51.

27 Musgrave (n 10) 155.

28 *ibid* 163.

29 *ibid* 165.

30 Sofia Cavandoli, 'The Unresolved Dilemma of Self-determination: Crimea, Donetsk and Luhansk' (2016) *The International Journal of Human Rights* 875, 877 para 6.

31 *ibid* 877 para 7.

32 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupies Palestinian Territory* (Advisory Opinion, 2004) ICJ Rep 3, 201 para 2.

of individual human beings who enjoy some or all of following common features: a common historical tradition, a racial or ethnic identity, cultural homogeneity, linguistic unity, religious and ideological affinity, territorial connection, and a common economic life.’³³ Conversely, the territorial approach claims that a people is an ensemble of human beings having common aspirations and requests as well as desiring to live together peacefully. Ultimately in contemporary international law, the characteristic criteria are used to identify minorities rather than the territorial approach because human beings cannot be restricted only by criteria such as language, race, or religion. Thus, the aspiration to live together and common values should be considered in order to determine whether a people would enjoy the right to self-determination.

Apart from the term ‘people,’ the concept of subjugation is another substantive term to understand decolonisation and external self-determination inasmuch as colonialism includes concepts such as oppression and exploitation by its very nature. Especially since the right to self-determination is a human right based on democracy, a people should be free of all sorts of oppression and subjugation while making a decision about its political, social, and cultural development. Woodrow Wilson, who was an advocate of the concept of self-determination, stated: ‘*peoples should be dominated and governed only by their own consent.*’³⁴ Therefore, the term of subjugation needs to be explained further in this part to internalise the importance of external self-determination. Subjugation is essentially an action by which a group of people conquers another group of people and the conqueror decides over all kinds of aspects relating to the conquered. Yet, another important term is oppression, including human rights violations and the exploitation of underground and aboveground natural resources belonging to colonized peoples. In the resolutions adopted by the first ordinary session of the assembly of heads of state and government held in Cairo, UAR, from 17 to 21 July 1964, the commission concluded that Portugal must immediately cede territories under its domination. Following the declaration of Cairo, the UN censured the domination of colonist powers in both Namibia and Rhodesia. In this regard, when Ian Smith, the prime minister of the white-dominated regime at the time, announced the independence of Southern Rhodesia on 11 November 1965, the UN declared that the reign of white Rhodesians, composing only six percent of the total population of Rhodesia, did not comply with the peace and security principles of the UN.³⁵ Another relevant example is the ICJ Advisory Opinion on Namibia concluded in 1971. The ICJ rendered a verdict that South Africa was under the control of the white minority population.³⁶ As a consequence, these occurrences reiterated the

33 Cavandoli (n 30) 878 paras 6-10.

34 Henry J Steiner and Philip Alston, *International Human Rights in Context* (New York, New York University Press, 2nd edn, 2000) 1252 para 3.

35 Myres S McDougal and W Michael Reisman, ‘Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern’ (1968) 62 *The American Journal of International Law* 1, 4-6.

36 *South West Africa* (n 4) 62-64.

importance of peoples living under subjugation when striving to gain the right to self-determination. Also, these terms are not only indicative to recognize the right to self-determination of colonized peoples but also crucial for minorities who are not able to attend the administration process of states. To illustrate, the Katanga Case³⁷ heard by the African Commission indicated the significance of the free decisions of peoples. While examining the right to self-determination of inhabitants in Katanga, the Commission preferred to focus on whether the people of Katanga enjoyed participating in government rather than whether inhabitants of Katanga were a genuine people apart from the people of the DRC.³⁸ It is a notable case in which there is a strong relationship between self-determination and participation in government since there are human rights violations, oppression, and subjugation in territories where the people are not able to participate in the process of administration.

C. The Principles of ‘*Relationship with Territory*’ and ‘*Last Resort*’

When a group of people invokes their right to external self-determination, first of all, determining whether this group meets the criteria that define a people and subsequently examining whether there exist oppressive circumstances are essential issues according to the given information above. After ascertaining these preconditions, states’ practices and judicial opinions put forth another two vital criterions to benefit from external self-determination. The first condition is that there should be a relationship between territory and the inhabitants living there. The regions where ancestors lived has been recognised as sacred territories throughout history, hence, a people’s desire to have a control over territory possessed for generations in conformity with the principle of *uti possidetis*. The ICJ’s Western Sahara Advisory Opinion is one of the most remarkable cases addressing the existence of a legal tie between people and territories because the ICJ concluded that there were legal ties between Morocco and Western Sahara owing to the fact that tribes had been living in Western Sahara prior to Spanish colonialism and had a strict relationship with the Kingdom of Morocco in terms of taxes, migration, and law rules.³⁹ Even though the integration with territory is of great importance so that minorities can gain their right to self-determination and the right to remedial secession at the present time, this relationship is a necessary criterion to admit or deny the right to self-determination of the people of the Chagos Archipelago. Therefore, the relationship with territory is at the foundation of the discussion of the process of decolonization of Mauritius and necessary to understand Mauritius’ assertions over the inhabitants of the Chagos Archipelago.

37 *Katangese Peoples’ Congress v Zaire*, ACHPR/RPT/ 8th Annex VI (1995).

38 Mtendeweka Mhango, ‘Governance, Peace and Human Rights Violations in Africa: Addressing the Application of the Right to Self-determination in Post-Independence Africa’ (2012) 5 *Africa Journal of Legal Studies* 199, 207.

39 *Western Sahara* (n 3) 12.

The second requirement in claiming the right to self-determination is ‘*the last resort*.’ In particular, the criterion of the last resort relates to human rights violations and the right to internal self-determination. When peoples have struggled with grave human right violations, such as non-participation in government, exploitation of natural resources, or lawless detention and arrest under the domination of colonial administrators, these colonized peoples have a more passionate plea to demand independence. One such example is the case of South Africa during the colonial period and its decolonisation process. While blacks made up the majority of the population, they were dominated by a government formed by the white minority.⁴⁰ However, this condition is beyond the scope of this paper since it solely focuses on the right to external self-determination. Consequently, the rest of this article will be dedicated to the development of decolonization of the Republic of Mauritius and will posit the existence of the right to external self-determination of the people of the Chagos Archipelago.

III. The Legality of the Process of Decolonization of Mauritius

Decolonization is a process by which peoples exercise their right to external self-determination. It has historically played a significant role in shaping modern day Africa. The process took place throughout the golden age of the 1960s and 70s, during which peoples campaigned to acquire their independence from colonialist powers. Nevertheless, this decolonization period remains a subject of debate in the international arena, as shown by the case of the status of Mauritius. In this regard, the main claim of Mauritius is that its process of decolonization has not yet been completed in conformity with Resolutions 1514(XV) of 14 December 1960, Resolution 2066(XX) of 16 December 1965, Resolution 23(XXII) of 19 December 1967, and Resolution 2232(XXI) of 20 December 1966 since the Chagos Archipelago was detached from Mauritius by the British before Mauritius gained its independence from the United Kingdom (UK).⁴¹ Furthermore, inhabitants of the Chagos Archipelago have maintained their allegations to achieve the right to repatriation in the international arena and courts. Therefore, this paper will assess all assertions made by Mauritius as well as counter claims in order to determine whether the progress of decolonization of Mauritius has been completed in conformity with the provisions of the resolutions of the UN and subsequently reach a decision on how the separation of the Chagos Archipelago has affected the peoples of these islands in light of the right to external self-determination.

40 *South West Africa* (n 4) 16.

41 Written Statement of the Republic of Mauritius at ICJ Proceedings (01.03.2018), *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (Advisory Opinion, 2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20180301-WRI-05-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 25 June 2019.

A. The Period of the Independence of Mauritius

Mauritius is a small island country adjacent to Eastern Africa and located in the middle of the India Ocean.⁴² Firstly, this region was discovered by Portuguese sailors and then used as a stopover between India and the Cape of Good Hope in the 1500s until the Dutch East India Company occupied the islands in 1598.⁴³ Following the reign of the Dutch, the French invaded the islands to set up systematic colonization, including the transfer of slaves from other parts of Africa to Mauritius to forcefully work in coconut plantations between 1721 and 1814.⁴⁴ However, the destiny of the islands changed with the Treaty of Paris in 1814 as France relinquished its right over Mauritius and its dependent islands such as the Chagos Archipelago in favour of the British Empire. Moreover, in the 1835, the UK abolished slavery so as to establish apprenticeship and hired labour systems in Mauritius and other islands until 1968 when Mauritius gained its independence.⁴⁵ Impacted over the period of decolonization in Africa, Mauritius commenced negotiations with the UK in the 1960s to attain its independence. Nevertheless, the UK was reluctant to cede Mauritius and the dependent islands of Mauritius, which were defined as the colony of Mauritius in the Mauritius Constitution (1964)⁴⁶ because these territories had a strategic location in the middle of India Ocean and were relatively close to the Middle East. As a result of these factors, the United State of America (USA) requested a number of islands from the UK in February 1964 to construct a military base for defensive purposes during the Cold War. The British Government ultimately founded the British India Ocean Territory (BIOT) as a new colonial territory, on 8 November 1965 due to Lancaster House Agreement between the UK and Mauritius, which began to be discussed on 29 June 1964 and concluded on 23 September 1965.⁴⁷ The detachment of the Chagos Archipelago from Mauritius is still the most crucial consequence on the account of Mauritius because the BIOT is composed of the Chagos Archipelago, the Aldabra, Farquhar, and Desroches islands, separated from Mauritius and Seychelles.⁴⁸ Another significant result is that Diego Garcia, the largest island in the Archipelago, was handed over to the USA in 1971 to build a military base, resulting in the displacement of the island's inhabitants, between in 1968-1971.⁴⁹ The Republic of Mauritius has propounded its allegations over '*violation of territory integrity and the right to self-determination*' in the international arena and courts such as the United Nations Human Rights Committee (HRC) and the European

42 *ibid* Appendices: Figure 1,2,3.

43 Laura Jeffy, *Chagos Islanders in Mauritius and UK: Forced Displacement and Onward Migration* (Manchester University Press, 2011) 18 para 1.

44 *ibid* 18.

45 Mauritius (n 5) 109, 124.

46 *ibid* 107 para 28.

47 *ibid* 108 paras 31-32.

48 *ibid* para 33.

49 Jeffy (n 43) 2 paras 1-3.

Court of Human Rights (ECHR) as well as UK Courts to obtain compensation and the right to return to their ancestor territories.

1. The Statements of Parties on the Detachment of the Archipelago

The main claim of Mauritius is that the UK has invaded the territorial integrity of Mauritius via the detachment of the Archipelago which was dependent on Mauritius in accordance with the UN resolutions and customary law.⁵⁰ The fundamental regulation over colonial territories and peoples as well as assertion of Mauritius is Resolution 1514 (XV), adopted by the UN General Assembly in 1960, since Resolution 1514 (1960) paragraph 6 states that ‘*any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the UN.*’ When the UK and USA created a new colony named the BIOT, Mauritius was still an overseas colony territory of the UK; hence, all regions of the Mauritius colony defined in the Mauritius Constitution (1964) could not achieve their right to external self-determination.⁵¹ As a result, Mauritius advocates that this excision is an illegitimate situation according to the Resolution 1514 (XV) paragraph 6 because those islands were disrupted from Mauritius without free consent and lacking a referendum such as the one the Cayman and Turks and Caicos Islands applied for when detaching from Jamaica.⁵² On the contrary, the UK government has rejected the claims of Mauritius about the violation of territorial integrity; that is to say, the UK Ambassador stated that Lancaster House Agreement causing the detachment of the Chagos Archipelago was a bilateral agreement signed by the elected Mauritius government. Therefore, Mauritius could not repudiate the agreement. Likewise, the UK will return islands to Mauritius when these islands were not in need of defending, as was done previously in the case of the Seychelles islands.⁵³ Another important plea made by the UK is that paragraph 6 of Resolution 1514 (XV) is not part of a legal right to self-determination in the events of 1965/1968 since the separation of the Chagos Archipelago happened when Mauritius was still a colonial territory of the UK.⁵⁴ Moreover, the description of principles of the right to self-determination is not clear and detailed in terms of regions where self-determination could be applied because 1514(XV) does not state anything over ‘*the partial or total*

50 UNGA ‘Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 Statement of financial implications by UNGA Res 71/292’ (2017) UN Doc A/RES/71/292.

51 Written Statement of the Republic of Mauritius (n 41) 34-43.

52 Victor Kattan, ‘*The Partition of the Chagos Archipelago and the Haunting Spectre of the South West Africa Cases*’ (2018) EjiTalk! <<https://www.ejiltalk.org/part-i-the-partition-of-the-chagos-archipelago-and-the-haunting-spectre-of-the-south-west-africa-cases/#more-16494>> last accessed 16.7.2019.

53 The UK Government, ‘UK: Statement by Ambassador Matthew Rycroft, Permanent Representative to the UN, at the GA Meeting to Discuss Request for Advisory Opinion of the ICJ on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965’ (2017) Asia News Monitor, Bangkok.

54 Written Statement of the United Kingdom at ICJ Proceedings (15.02.2018), *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (Advisory Opinion, 2019), 128-129 <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20180215-WRI-01-00-EN.pdf> Erişim Tarihi 1 July 2019.

disruption of the national unity and the territorial integrity of a country,' excluding paragraph 6.⁵⁵ Notwithstanding, Resolution 1514, adopted by General Assembly in 1960, blazingly declares that all attendees eagerly would like to eradicate colonialism all over the world. Despite the explicit statement of the UN, the UK had excised the islands from Mauritius in 1965 by concealing progress from the UN and other international actors in order not to provoke any reactions because the decision to separate islands was made by order-in-council without approval of the parliament of the UK.⁵⁶ Therefore, the General Assembly of the United Nations (UNGA) announced a new resolution, Resolution 2066 (XX), over the question of Mauritius on 16 December 1965 so that the UN invited '*the Government of the UK of Great Britain and Northern Ireland to take effective measures with a view to the immediate and full implementation of resolution 1514 (XV).*'⁵⁷ Likewise, other resolutions of the UN, 2232 (XXI) and 2357 (XXII), underline the indispensable right to self-determination of people in Mauritius and the independence of colonial territories in accordance with the purposes and principles of the UN. The most recent resolutions over the decolonization system are 65/118 and 65/119, which both reiterate that the process of decolonization is not completed yet and that the UN has still been holding a crucial role to end colonization. As a consequence, the UK might not be able to avoid responsibilities in completing the period of the decolonization of Mauritius by denying the power of Resolution 1514 (XV) and by claiming that the UK and USA have established the BIOT to be used for defensive purposes while all the world, under the leadership by the UN, was trying to eliminate the colonization. However, not only have the resolutions of the UN been used to support statements and comments of parties but these positions are also grounded in customary law which will be further discussed below.

2. The Statements of Parties on the Legal Nature of the Right to External Self-Determination

Customary international law is one of the sources of international law and comprises of two components: state practice and *opinio juris*. Excluding persistent objector states which raise their objection before the emergence of customary law rules, all states are bound to customary law, including even newly founded countries with no chance of prior objection to customary law rules. Hence, while the UK has repeatedly expressed its objection to Resolution 1514, it nonetheless has consistently supported the right to self-determination identified in Chapters XI, XII, and XIII of the Charter of the UN.⁵⁸ Also, in the written comments of the UK in the ICJ Advisory Opinion about Mauritius,

55 *ibid* section 8. 28.

56 Victor Kattan, 'Self-determination during the Cold War: UN General Assembly Resolution 1514(1960), the Prohibition of Partition, and the Establishment of the British Indian Ocean Territory (1965)' (2016) Koninklijke Brill NV, Leiden 419, 458.

57 Question of Mauritius (1965) Resolution 2066(XX) para 3.

58 Kattan (n 56) 460.

the UK explained that the territorial integrity of non-self-governing countries was not supported by numerous states' practices in the time of decolonization and that paragraph 6 of Resolution 1514 did not correspond to the customary international law binding the UK in the process of 1965/1968.⁵⁹ As a result of these enunciations, Resolution 2066 (1965), adopted by the UNGA, could not be considered binding on the UK; even if it had been accepted as a customary rule, the UK would have been a persistent objector.⁶⁰ When examining state practice on decolonization, the first process of decolonization actually began with the independence of the Thirteen American Colonies, followed by several South American countries achieving their freedom from Spain; nonetheless, it peaked in the African Continent in the period of the 1960s and 1970s.⁶¹ Naturally, these territories were non-self-governing regions, but territorial integrity was not discussed when these first colonial territories gained their freedom and independence. The term of territorial integrity of the non-self-governing was coined in the international arena by Resolution 1514(1960). Thus, the claim defended by Sir Michael Wood, who stated that the right to self-determination had not been developed as an international customary rule until Resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970, could be considered plausible.⁶² However, the Charter of the UN came into force on 24 October 1945, and Article 73 of the Charter declared that members of the UN had duties to support inhabitants of non-self-governing territories to attain self-determination in accordance with their aspirations. As noted by Victor Kattan, the UK infringed the above-mentioned Article since as a party of the UN, the UK partitioned its colonies under UK national law.⁶³

In addition, the UK has alleged that this excision was a natural right of the UK and supported in national legislation. Another argument brought forth by the UK is that the right to self-determination turned into an international customary rule owing to inurement of the ICCPR and ICESCR.⁶⁴ However, the UK signed the ICCPR and ICESCR on 16 September 1968 after the Parliament of the UK had approved the bill drafting in which Mauritius gained its independence.⁶⁵ Conversely, Mauritius has advocated that the right to self-determination emerged as customary law by virtue of the paragraph 6 of Resolution 1514 (1960) since that regulation disaffirmed detachments of colonial territories like the Chagos Archipelago.⁶⁶ When considering the legal nature of the right to self-determination independent of claims from both parties, it

59 Written Statement of the United Kingdom (n 54) 130 section 8.31.

60 Written Statement of the United Kingdom (n 54) 130 section 8.32.

61 Kattan (n 56) 419.

62 *ibid* 420.

63 *ibid* 422 para 4.

64 Written Statement of the United Kingdom (n 54) 135-149.

65 *ibid* 142.

66 *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)* (2010) Hearing Transcript (Day 8), 956-985 <<https://pca-cpa.org/en/cases/11>> Erişim Tarihi 10 July 2018.

involves peoples' right to decide over their political, social, and cultural development, and claims of this right are not restricted with this UN Resolution or the Human Rights Covenants. All people have aspired to live independently, avoided any kind of subjugation, and made decisions with free will over their destiny throughout history. Therefore, some scholars uphold that the right to self-determination is a peremptory norm and as such it prevails customary law and written rules of law.⁶⁷ Nevertheless, there is no consensus over the legal nature of the right to self-determination related to the territorial integrity of colonial regions, in spite of Article 73 and Resolution 1514 (1960). On the contrary, there are unfavourable practices of the UN about the separation of colonial territories. Especially, after 1960s, the UN renounced any plans upon the partition of regions, so not only the United Nations Security Council (UNSC) approved any detachments but also the UNGA upheld plans that involved the separation of territories in order to prevent ethnic conflicts or ease administration.⁶⁸ To exemplify, France prepared a draft to excise in Algeria; however, this plan was not supported by the UN or any other forum in the international area.⁶⁹ Similarly, although the UK had used the system of detachment in its colonial territories as a method to administer the region easily before 1958, the purpose of separating Chagos Islands from Mauritius was totally different, which implies a military and political strategy. Thus, the UK somehow coerced Mauritius during its independence progress to keep the islands for itself in exchange for the independence of Mauritius.⁷⁰ These terms reflect the UK's use of its colonial power against Mauritius and the violation of Mauritius' consent because Mauritius was still a non-self-governing territory under the administration of the UK when the bilateral agreement leading to the detachment of the islands from Mauritius was signed between the UK and Mauritius.

a. The Displacement of the Inhabitants of the Chagos Archipelago

The consequence of the Chagos Archipelago's detachment from Mauritius by the British has caused a debate not only about violations of territorial integrity but also about violations of the rights of the people of the island who had been displaced. The right to return and to compensation of the inhabitants of the Chagos Archipelago have been an ongoing subject in UK courts and international courts, such as the ICJ and the EHRC. The Chagos Archipelago was a series of uninhabited islands before France had begun to bring slaves from Africa and India to work in its coconut plantations during the 1700s.⁷¹ Following the prohibition of slavery by the British, these people carried

67 Craig Eggett and Sarah Thin, 'Clarification and Conflation: Obligations Erga Omnes in Chagos Opinion' (2019) Ejiil Talk! <<https://www.ejiltalk.org/clarification-and-conflation-obligations-erga-omnes-in-the-chagos-opinion/#more-17212>> Erişim Tarihi 16 July 2019.

68 Kattan (n 52).

69 Kattan (n 56) 434.

70 UN Conference on International Organization, Vol 3, Document 2, G/26(F), 11 May 1945, 618.

71 Jeffy (n 43) 19 para 2.

on living in the Chagos Islands, specifically on the island of Diego Garcia, and worked on plantations of coconut and sugar cane thanks to labour contracts. Nevertheless, the British and USA governments agreed on a compromise to evacuate islands, including Diego Garcia, Peros Banhos, Salomon, Eagle, Danger, and Egmont, in order to use them for security purposes by entering into a secret agreement in 1961.⁷² In February 1964, the UK and USA concluded a memorandum to collaborate over establishing a military base on these islands, therefore making the UK responsible for displacing the people of the islands and consequently also responsible for compensating them with the USA being in charge of building the military base.⁷³ As a result of this agreement, approximately 2000 Chagossians, mostly from Diego Garcia, were forcibly removed from the island by the British between 1967 and 1971.⁷⁴ Furthermore, nearly 1500 islanders were removed to Mauritius, and roughly 500 individuals were displaced to Seychelles.⁷⁵ As a result, Chagossians around different African countries and the UK have been requesting the right to repatriation and compensation in light of international human rights covenants and the provisions of the Charter of the UN. This following section will address the claims of the islanders displaced from their territories in accordance with the principle of *uti possidetis* and, as a result, establish the actions of the UK as grave human right violations of Chagossians' right to self-determination as indigenous people.

i. The Principle of '*Uti Possidetis*'

As the relationship between territory and people is explained briefly in previous sections, the regions hosting the ancestors of people is accepted as sacred and indispensable territories, so peoples are not willing to relinquish territories where they were born and raised. Under this concept, the principle of *uti possidetis* gains importance in explaining a people's sense of belonging to a territory. The relevant principle has even been thought to be derived from Roman Law, being reraised in the decolonialization process of Spanish America (19th century) and Africa (20th century) for the purpose of protecting independence and stabilizing anew state against the threatening and dangerousness residual elements emerging after the withdrawal of the colonialist state.⁷⁶ Hence, the principle of *uti possidetis* can in short be defined as "*when a colony gains independence, the colonial boundaries are accepted as the boundaries of the newly independent state.*"⁷⁷

72 Caecilia Alexandra and Konstantia Koutouki, 'No Way Home for Chagossians: Law and Power Politics' (2018) *International Journal on Minority and Group Rights* 396, 373-374.

73 *ibid* 373.

74 Mauritius (n 5) 127 para 128.

75 Jeffy (n 43) 2 para 4.

76 *Case Concerning The Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* (Judgment, 1986) ICJ Reports rep 554, 15-16.

77 '*uti possidetis*' Oxford Dictionary of Law (8th edn, Oxford University Press 2015).

Yet, the British have rejected the claim that the islanders of the Chagos Archipelago were either permanent or semi-permanent residents on these islands and instead advocated that the Chagossians were ‘*a floating population*’ or ‘*transient contract workers*’ without any tie to the islands.⁷⁸ Likewise, the Colonial Secretary announced that these islanders were neither permanent residents nor indigenous people because they were brought from other regions to the islands in order to provide a workforce.⁷⁹ The main purpose of these statements is to have world public opinion accept that Chagossians do not have the right to self-determination and that the islanders were just migrant workers as well. Therefore, they are striving to ensure that the inhabitants of these islands do not possess the right to repatriate and redress, which is recognized by all international courts and states. Otherwise, the very first residents, 22 slaves, arrived on the islands through a French company in order to be employed in plantation areas in 1783.⁸⁰ Furthermore, the population of the islands had continued to rise with more slaves brought in 1808 and 1813.⁸¹ Although the conditions of the employment of these slaves had changed through the abolition of slavery by the British, the transportation of employees persisted for the coconut oil industry. Therefore, these workers adopted the territories as a place to live and work and established a continual presence there for approximately 200 years. When analysing the surnames of the uprooted people of the Chagos Archipelago, it is apparent that most of the peoples living in the diaspora have taken names in the first slave list as surnames.⁸² Another valid expression propounded by Chagossians during protests and hunger strikes was that ‘*our ancestors were slaves on those islands but we know that we are the heirs of those islands*.’⁸³ Denying that the inhabitants of those islands were permanent or indigenous people is a terrible injustice since those people were brought to deserted islands to work as slaves, yet they embraced these previously foreign areas as home. The most supportive evidence in this case is that uprooted peoples experienced ‘*traumatic experiences*’ such as loneliness, desolateness and distrustfulness in other countries.⁸⁴ Those islanders had developed a new kind of culture and social environment while living in the non-self-governing territories for two centuries. Particularly, this culture was named *culture desiles* by the islanders, so they still have their unique customs and traditions carried on places where the Chagossians were moved.⁸⁵ As a consequence, the first slaves who reached the islands and their descendants indeed have become the indigenous people of those

78 Kattan (n 56) 459 para 3.

79 Alexandra and Koutouki (n 72) 376 paras 11-14.

80 Robers Scott, *Limuria: The Lesser Dependencies of Mauritius* (Westport, CT: Greenwood Press, 1976) 20.

81 Iain Walker, *The Complete Guide to the Southwest Indian Ocean: Comores, Madagascar, Mauritius, Réunion, Seychelles* (1993) 563.

82 David Vine, ‘*Taking on Empires: Reparations, the Right of Return, and the People of Diego Garcia*’ (2008) 329. <<https://doi.org/10.1080/10999940802523869>> Erişim Tarihi 1 June 2019.

83 Vytautas Bandjunis, *Diego Garcia: Creation of the Indian Ocean Base* (iUniverse Inc,2001) 127 para 2.

84 Jeffy (n 43) 4-5.

85 Vine (n 82) 330.

islands. When the Chagos Archipelago was separated and islanders were displaced, the principle of the *uti possidetis* of the inhabitants of these islands was neglected because no one, neither the British nor Mauritius governments, asked or informed these people of whether they supported this detachment. Consequently, this situation has provoked grave human rights violations, such as living under poor conditions, homelessness, and struggling with unemployment.

Chagossians have pursued several legal proceedings to deal with difficulties and retrieve their legal rights. After beginning the depopulation of the islands in 1967, their inhabitants were exiled to Mauritius on 28 September 1971, when the USA occupied Diego Garcia, without any negotiation with the Mauritius government.⁸⁶ Hence, these people had to tackle very harsh circumstances. There was no work, sanctuary, food or money for displaced individuals. Owing to protestations in Mauritius, in particular the capital city, Port Louis, the UK agreed to give limited recompense of 600 GBP per uprooted adult in March 1978.⁸⁷ However, these symbolic payments could not halt the protests; subsequently, in 1982, the British paid an indemnity worth 1,250,000 GBP to families displaced from their homeland.⁸⁸ Conversley, the displaced people settled in Seychelles have not acquired any redress as of yet.⁸⁹ As a result of these inadequate governmental acts, Chagossians have endeavoured to organize in Mauritius, Great Britain, and other international areas to gain financial rights and their right to return to the islands.

ii. The Process of Demanding Justice

Firstly, these refugees have claimed their rights in the national courts of Mauritius, the UK, and the USA. The displaced inhabitants of the islands, where the USA founded a military base, established the Chagos Refugees Groups (CRG) in Mauritius to seek their rights. A group of Chagossians that filed a lawsuit, which was dismissed by a high court, in an attempt to gain their financial rights to compensation was led by the CRG in 2003; furthermore, the Court of Appeal refused the Chagossians' request to appeal in 2004.⁹⁰ Therefore, the endeavour of seeking rights failed in Mauritius courts. Meanwhile, the islanders have gone on struggling to attain their rights in the UK, owing to the British National Act 1981 identifying the Chagossians as '*living people*' in the British regions in 1997.⁹¹ The first result of this recognition was when Olivier Bancoult, who was from Peros Banhos and was removed from the island in 1968,

86 Alexandra and Koutouki (n 72) 396.

87 David Vine, Philip Harvey and S Wojciech Sokolowski, 'Compensating a People for the Loss of Their Homeland: Diego Garcia, the Chagossians, and Human Rights Standards Damages Models' (2012) *Northwestern Journal of International Human Rights* 156.

88 *ibid* 156-157.

89 Jeffy (n 43) 2-3.

90 *ibid* 2 para 3.

91 The British National Act (1981) Schedule 6.

filed a suit in the Divisional Court in 1998 for the Court to render a verdict that the 1971 Immigration Ordinance was against the Magna Carta (1215).⁹² The complainant propounded that the Magna Carta states that ‘*no free man shall be seized, imprisoned, dispossessed, outlawed, exiled, or ruined in any way, nor in any way proceeded against, except by the lawful judgment of his peers and the law of the land*’⁹³ to prove that the Chagossians were displaced and to attain their right to return to their homeland. The court rendered a verdict that the matter in dispute ordinance was illegal because ‘*colonial measures were intended for peace, order, and government and not to use this authority to disenfranchise the Chagossians.*’⁹⁴ Also, in conformity with the court’s decision, a British ordinance, which is BIOT Ordinance No. 4 (2000), determined that the Chagossians and their descendants could return to the islands, excluding Diego Garcia.⁹⁵ This decision was the first and most considerable verdict to recognize the rights of the inhabitants of the Chagos Archipelago. By virtue of this court’s verdict and British ordinance, these people could file cases in other regional and international courts since those decisions had established a baseline and jurisprudence precedent for other courts. Nevertheless, the UK Foreign Office did not comply with the ordinance as the office alleged that the return of the Chagossians was not feasible in accordance with the defence system of the Archipelago in 2002.⁹⁶ It seems obvious that political purposes have hindered the protection of one of the most significant human rights: That people can live in their ancestral lands because human rights are ultimately extensive over covenants or delegations. A verdict that has supported this idea was decided by the High Court of Justice in London, which rejected the return requests of Chagossians and approved their right for compensation in April 2002.⁹⁷ Likewise, the Appeal Court abided by the verdict of the first instance court and declared that the compensation paid to the inhabitants displaced was insufficient whereas it announced that making a decision to return is a political issue, thus the court could not render a verdict over this complaint.⁹⁸ Another negative decision for the Chagossians was concluded by the District Court of Columbia in 2004 since the Court decided that it was not a justiciable question to render a verdict about the complaint of the Chagossians.⁹⁹ Ultimately, the islanders filed complaints in the international arenas such as the HRC and EHRC after this verdict was approved by the Court of Appeal.

92 Sienho Yee, ‘The Upcoming Separation of the Chagos Archipelago Advisory Opinion: Between the Court’s Participation in the UN’s Work on Decolonization and the Consent Principle in International Dispute Settlement’ (2017) Chinese Journal of International Law 623, 634.

93 H. Summerson et al, ‘*The Magna Carta Project*’ (trs) The Articles of the Barons’ art 29.

94 *Regina v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Office and another* (2000) EWHC Admin 413 para 55.

95 The BIOT Immigration Ordinance (2000) art 4.

96 Alexandra and Koutouki (n 72) 381.

97 *Chagos Islanders v Attorney General and Her Majesty’s British Indian Ocean Territory Commissioner* (2003) EWHC 2222 para 80.

98 *Chagos Islanders v Attorney General and Her Majesty’s British Indian Ocean Territory Commissioner* (2004) EWCA Civ 997 paras 10-19.

99 *Bancoult et al v McNamara et al* (2004) United States Court of Appeal Case number: 05-5049.

Secondly, in 2008, the HRC published a report including the call of parties to the Committee to the British Government for taking measures to ensure the right of Chagossians. The Committee states that ‘*the state party should ensure that Chagos Islanders can exercise their right to return to their territory and should indicate what measures have been taken in this regard.*’¹⁰⁰ However, the UK has not done its part; instead, it claims various pretexts such as economic, environmental, or defensive issues. For instance, on 16 November 2016, Baroness Joyce Anelay, who was the Foreign Office Minister of the UK, declared before Parliament: ‘*The government has decided against resettlement of the Chagossian people to the BIOT on the grounds of feasibility, defence, and security interest and cost to the British taxpayer.*’¹⁰¹ The British Government alleged that the repatriation of islanders and establishing settlements on the islands would cost 40 million GBP, according to analysis report run by the UK.¹⁰² Nevertheless, this allegation cannot be an impediment to exercise the right of return of the displaced islanders because the UK has one of the strongest economy and the displaced islanders cannot be expected to be responsible for such a burden. Another significant court verdict was concluded by the ECHR on 20 December 2012 after Oliver Bancoult brought a lawsuit to the ECHR in 2004 after the Chagossians attained a negative verdict from the High Court of the UK about the right to return. The ECHR decided that it does not have jurisdiction over this subject matter as domestic courts had already rendered verdicts about this case, and the plaintiffs had gained their right to compensation for the displacement.¹⁰³ Before the verdict of the ECHR was delivered, the UK asserted a new sort of excuse, which is that the BIOT was recognized as a Marine Park on 1 April 2010 to restrain the commercial fishing activities around these islands.¹⁰⁴ However, the Mauritius Government did not accept this decision of the UK since Mauritius claimed that the UK violated the international maritime laws. Thus, The Republic of Mauritius filed a lawsuit in the Permanent Court of Arbitration (PCA) to attain a verdict stating that the UK has violated the international maritime law and that Mauritius has sovereignty over the Chagos Archipelago. On 18 March 2015, the Court’s concluded that Mauritius is sovereign in the Chagos Archipelago and, therefore, the displaced inhabitants of these islands have the right to return.¹⁰⁵ Despite the verdict of the Court, the UK has yet to act on executing the court order, instead deciding to extend the USA’s lease duration.

100 HRC, UN Human Rights Committee (HRC), Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant: International Covenant on Civil and Political Rights: concluding observations of the Human Rights Committee: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, (2008), UN CCPR/C/GBR/CO/6, 6 para 22. <<https://www.refworld.org/docid/48a9411a2.html>> Erişim Tarihi 1 August 2019.

101 Owen Bowcott, ‘Chagos Islanders cannot Return Home, UK Foreign Office Confirms’ (16 November 2016) The Guardian <<https://www.theguardian.com/world/2016/nov/16/chagos-islanders-cannot-return-home-uk-foreign-office-confirms>> Erişim Tarihi 4 August 2019.

102 Alexandra and Koutouki (n 72) 389.

103 *Chagos Islanders v The United Kingdom* (2012) ECHR 2094, 35622/04 para 83.

104 Alexandra and Koutouki (n 72) 396.

105 *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v UK)* (2015) Permanent Court of Arbitration Rep 23.

Finally, the UNGA requested an advisory opinion from the ICJ in 2017 via Resolution 71/292, which inquired whether the decolonization process of Mauritius was lawfully completed according to UN resolutions and whether new consequences would emerge under UK's administration of the Chagos Archipelago within the context of international law.¹⁰⁶ This advisory opinion is the latest significant verdict over the process of decolonization of Mauritius in terms of the separation of the Chagos Archipelago and the displacement of its inhabitants. Numerous pages of written comments and oral statements were presented by several states, including the UK, Mauritius, the USA, and Seychelles, during the ICJ advisory opinion process. The UK, in particular, advocated that Mauritius had relinquished the islands of its own free consent during discussions over the decolonization of Mauritius.¹⁰⁷ On the contrary, Mauritius alleged that it did not have free consent during the process of the detachment of the islands and, thus, the process of decolonization has not been lawfully completed, further stating that the islanders displaced by the British have been continuing to experience human rights violations and should be permitted to return to the territories.¹⁰⁸ Ultimately, the ICJ rendered an advisory opinion on 25 February 2019 on the above-mentioned two questions forwarded by the UNGA. The Court stated that (i) 'the court concluded that as a result of the Chagos Archipelago's unlawful detachment and its incorporation into a new colony, known as the BIOT, the process of decolonization of Mauritius was not lawfully completed when Mauritius acceded to independence in 1968'¹⁰⁹ and (ii)'The Court concluded that the UK had an obligation to bring its administration of the Chagos Archipelago to an end as rapidly as possible and that all Member States must co-operate with the UN to complete the decolonization of Mauritius.'¹¹⁰ Along with the advisory opinion, judges have stated their separate opinions over the issue with a supportive stance to this opinion, and even more, Judge Cançado Trindade has taken one step further by criticising the ICJ for not considering '*the fundamental right to self-determination in the domain of jus cogens -the primacy of conscience above the "will" and the rights of peoples beyond the strict inter-State outlook*'¹¹¹ beforehand and subsequently coming to a more precedent and judicious conclusion. As a result of the predominant stance of the ICJ, not only has the UK become liable to meet the recommendations of the Court but also the USA is now under legal pressure to renounce the occupation of the Chagos Archipelago in order to return the islanders in their homelands.

106 UNGA (n 50).

107 Written Statement of the United Kingdom (n 54) 84-88.

108 Written Statement of the Republic of Mauritius (n 41) 163-165, 212-218.

109 Mauritius (n 5) para 174.

110 *ibid* para 182.

111 Separate Opinion of Judge Cançado Trindade (25.02.2019), *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (Advisory Opinion, 2019) 68 para 4. < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-04-EN.pdf> > Erişim Tarihi 19 May 2021.

IV. Conclusions

The right to external self-determination, which has especially given rise to African countries achieving their independence and freedom, has continued to impact other cases in the international arena, including the process of the decolonization of Mauritius. This research has focused on the scope and content of the right to external self-determination of colonized peoples in light of the UN Charter and of UN resolutions, including Resolution 1514 (XV) and 2625 (XXV), as well as advisory opinions of the ICJ. Further, this paper has addressed whether the process of the decolonization of Mauritius was lawfully completed in conformity with international law with respect to the separation of the Chagos Archipelago and revealed what consequences were experienced by the displaced islanders in terms of the right to return and human right violations, including violation of the principle of *uti possidetis*.

As provided in all subsections of Chapter 2, individuals who can be qualified as ‘people’ share various values, including cultural, social, historical, linguistic, religious, or ethnic characteristics, could claim the right to external self-determination. However, this definition alone is not adequate to attain independence in regards to external self-determination. In addition to this first criterion, this group of individuals has to be categorized as a colonized people living in non-self-governing territories as per Chapter XI and XII of the UN Charter. Thus, these non-self-governing regions must be under the domination of a colonialist state. In other words, the territories cannot utilize their resources at will and hold any power over itself or get in touch with international arenas. Additionally, the prerequisite for people suffering from under exploitation in a non-self-governing territory indicates that there is a strong legal tie between the people and those lands which could be defined as ‘*indigenoussness*,’ implying that the right to external self-determination is applicable to them. As a result, the peoples living in the territories with legal strong territorial relationship under the subjugation of other states have the right to request their independence and freedom according to the UN Charter (1945) and Resolutions 1514 (XV) and 2625 (XXV).

In addition to Chapter 2, the first subchapter of section 3 demonstrates that there were troubles over the period of Mauritius’ decolonization by virtue of the partition of the Chagos Archipelago, which was renamed the BIOT and where the USA established a military base. Firstly, the BIOT, founded by the British, has violated of international law due to the fact the UNGA had adopted Resolution 1514 (XV) on 14 December 1960 so as to eradicate the colonialism system and forbid the detachment of partial or total territories from national integrity. Moreover, establishing a new colony for the purpose of fulfilling military objectives is certainly against international law with regard to the UN Charter and resolutions since the peoples who are miles away do not have to suffer from any burden for other states’ interests. Secondly, the right to self-determination had been accepted as a customary international law during the

separation of the Chagos Archipelago and the decolonization of Mauritius, despite all statements of denial brought forth by the UK. The allegations of the UK, including that self-determination had not been accepted as customary law until 1970 via Resolution 2625 (XXV), are without merit. Therefore, the UK violated international customary law concerning the right to external self-determination during the period of Mauritius' decolonization, including the separation of the Chagos Archipelago. Thirdly, there was not any free consent or will of Mauritius when the agreements were concluded. The UK proposed strict articles for agreement with the freedom of Mauritius being dependent on the acceptance of the offer which excluded the Chagos Archipelago and included a grant of 3 million pounds. Although Mauritius came up with a proposal aiming to gain independence with the involvement of Chagos Archipelago and allowing the UK to lease those islands, these suggestions were not taken into account by the UK. There were no other opportunities presented to Mauritius for decolonization without the surrender of the Chagos Archipelago. As a consequence, agreements over the detachment of the mentioned islands and the decolonization of Mauritius were not bilateral or signed with the free consent of Mauritius' people.

In the last chapter, the research discusses what consequences were confronted by the people on Chagos Archipelago islands after the separation from the Mauritius administration. The violation of the principle of *uti possidetis* is one of the most substantial results of the depopulation of these islands. Even if the UK, for example in the discussion in the UNGA, claimed that only seagulls are indigenous to the islands whereas the islanders were just workers brought to the islands by colonists, Chagossians have provided evidence that they are, in fact, the people of the islands. The displaced inhabitants had been there over 200 years ago, when these first slaves established a new society with unique religious, linguistic, and cultural aspects. Moreover, subsequent generations have continued to contribute to this cultural and traditional evolution and to the bringing about of a distinctive culture. Therefore, the first slaves brought by French and British companies and other labourers brought from India and various parts of Africa formed a new type of group of people indigenous to the Chagos Archipelago within 200 years. This paper also argues another consequence about the islanders of that Archipelago, which is their right to repatriation. The exile of Chagossians has caused several serious human rights violations through means of statelessness, financial difficulties, and emotional trauma due to the fact that the Chagossians could not acquire compensation from the governments of Mauritius or the UK. As a result, the islanders have been facing a lot of problems in different countries as the uprooted indigenous people of the islands. Although the inhabitants of those islands attained their right to compensation thanks to the British courts, both national and international courts have tried to avoid rendering a verdict about the right to return, excluding the PCA's verdict (2015) and the ICJ Advisory Opinion (2019). The right to repatriation is among the most essential rights for these people to redress for their

suffering; therefore, all international actors should take affective measures in providing the indigenous people of these islands the ability to return to their ancestral territories.

This study has firstly posited that the decolonization of Mauritius has not been lawfully completed due to the separation of the Chagos Archipelago because there is a strong legal and cultural connection between Mauritius and the Chagos Archipelago. Additionally, there was no free consent on Mauritius' part while concluding the agreements over the detachment of the islands. Secondly, this paper has upheld that Chagossians are indigenous people of those islands, meaning they have the right to return to their homelands via support from the international community. Moreover, the study has supported the Chagossians having the right to self-determination; therefore, they should be able to hold a referendum to decide between reunification with Mauritius and independence as they are the indigenous people of these islands. Ultimately, the founding the new colony the BIOT as a non-self-governing territory was a violation of the territorial integrity of Mauritius and conflicted with international resolutions.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Bibliography

Primary Documents

Legislations

Charter of the United Nations, 1945.

Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, UNGA Resolution 1514(XV), 1960.

Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperating Among States in accordance with the Charter of the United Nations, UNGA Resolution 2625(XXV), 1970.

HRC, Consideration of Reports submitted by States parties under Article 40 of Covenant, (UN, DOC A/63/40), 2008.

Question of Mauritius Resolution 2066(XX), 1965.

Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, UNGA Resolution 71/292, 2017.

Supporting Efforts to End Obstetric Fistula, UNGA Resolution A/RES/65/118.

The British National Act, 1981.

The Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe in Helsinki, 1975.

The International Covenant on Civil and Political Rights, 1966.

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966.

The BIOT Immigration Ordinance, 2000.

Cases

International Cases

Chagos Islanders v UK (2012) ECHR <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115714>> Last accessed on 16 July 2019.

ICJ, Case Concerning The Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali) (1986), Judgment Judgement of 22 December 1986, ICJ Report (1986).

ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Report (1971).

ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupies Palestinian Territory (Request for Advisory Opinion) Summary of the Advisory Opinion of 9 July 2004, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1677.pdf>> Last accessed on 16 July 2019.

ICJ, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion of 25 February 2019, ICJ Report (2019).

ICJ, Western Sahara, Advisory Opinion of 16 October 1975, ICJ Report (1975).

Katangese Peoples' Congress v Zaire, ACHPR/RPT/ 8th Annex VI (1995).

Mauritius v UK (2015) PCA <<https://pca-cpa.org/en/cases/11/>> Last accessed on 16 July 2019.

National Cases

Bancoult et al. v McNamara et al. (2006) USCADC <<https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1011896.html>> Last accessed on 16 July 2019.

Chagos Islanders v Attorney General and Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commissioner (2003) (HCJL) <<https://www.uniset.ca/naty/2003EWHC2222.htm>> Last accessed on 16 July 2019.

Chagos Islanders v Attorney General and Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commissioner (2004) AC <<https://swarb.co.uk/chagos-islanders-v-the-attorney-general-her-majestys-british-indian-ocean-territory-commissioner-qbd-9-oct-2003/>> Last accessed on 16 July 2019.

Secondary Sources

Books and Books' Chapters

Bandjunis V, *Diego Garcia: Creation of the Indian Ocean Base* (iUniverse Inc, 2001).

Casese A, *Self-Determination of Peoples* (1st edn, Cambridge University Press 1995).

Jeffy L, *Chagos Islanders in Mauritius and UK: Forced Displacement and Onward Migration* (Manchester University Press, 2011).

Kelsen H, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (7th edn, The Lawbook Exchange 2008).

Musgrave T D, *Self-Determination and National Minorities* (1st edn, Oxford University Press 1997).

Scott R, *Limuria: The Lesser Dependencies of Mauritius* (Westport, CT: Greenwood Press, 1976).

Smith R K M, *International Human Rights* (6th edn, Oxford University Press 2014).

Steiner H J and Alston P, *International Human Rights in Context* (2nd edn, New York University Press, 2000).

Articles

Alexandra C and Koutouki K, 'No Way Home for Chagossians: Law and Power Politics' (2018) *International Journal on Minority and Group Rights* 25 (3), 369-400.

Cavandoli S, 'The Unresolved Dilemma of Self-determination: Crimea, Donetsk and Luhansk' (2016) *The International Journal of Human Rights* 20 (7), 875-892.

Eggett C and Thin S, 'Clarification and Conflation: Obligations Erga Omnes in Chagos Opinion' (2019) *Ejil Talk!* <<https://www.ejiltalk.org/clarification-and-conflation-obligations-erga-omnes-in-the-chagos-opinion/#more-17212>> Last accessed on 16 July 2019.

Kattan V M, 'Self-determination during the Cold War: UN General Assembly Resolution 1514(1960), the Prohibition of Partition, and the Establishment of the British Indian Ocean Territory (1965)' (2015) *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 19, 419-468.

Kattan V M, 'The Partition of the Chagos Archipelago and the Haunting Spectre of the South West Africa Cases' (2018) *EJIL: Talk!* <<https://www.ejiltalk.org/part-i-the-partition-of-the-chagos-archipelago-and-the-haunting-spectre-of-the-south-west-africa-cases/#more-16494>> Last accessed on 16 July 2019.

McDougal M S and Reisman W M, 'Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern' (1968) 62 *The American Journal of International Law*, 1-19.

McVay K, 'Self-determination in New Contexts: The Self-determination of Refugees and Forced Migrants in International Law' (2012) 28 (75) *Merkourios Utrecht Journal of International and European Law*, 36-52.

Mhango M, 'Governance, Peace and Human Rights Violations in Africa: Addressing the Application of the Right to Self-determination in Post-Independence Africa' (2012) 5, *Afr. J. Legal Stud.* 199-214.

Van Rijn A B, '*Dimensions under International Law Linked to the Dissolution of the Netherlands Antilles*' (2009) 40 *XL Netherlands Yearbook of International Law*, 75-119.

Vine D, '*Taking on Empires: Reparations, the Right of Return, and the People of Diego Garcia*' (2008) 327-343. <<https://doi.org/10.1080/10999940802523869> >

Last accessed on 16 July 2019.

Vine D, Philip H and Sokolowski S W, 'Compensating a People for the Loss of Their Homeland: Diego Garcia, the Chagossians, and Human Rights Standards Damages Models' (2012) *Northwestern Journal of International Human Rights*, 11 (1/6) 152-185.

Yee S, 'The Upcoming Separation of the Chagos Archipelago Advisory Opinion: Between the Court's Participation in the UN's Work on Decolonization and the Consent Principle in International Dispute Settlement' (2017) *Chinese Journal of International Law* 16 (4), 623-642.

Other Resources

Bowcott O, 'Chagos Islanders cannot Return Home, UK Foreign Office Confirms' (16 November 2016) *The Guardian* <<https://www.theguardian.com/world/2016/nov/16/chagos-islanders-cannot-return-home-uk-foreign-office-confirms>> Last accessed on 15 July 2019.

- Chagos Archipelagos Map, <<https://www.google.co.uk/maps/>> Last accessed on 1 August 2019.
- Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom) (2010) <<https://pca-cpa.org/en/cases/11>> Last accessed on 10 July 2018.
- Mauritius and Chagos Archipelagos Location in Indian Ocean, <<https://www.bbc.com/news/uk-47358602>> Last accessed on 1 August 2019.
- Mauritius Map, <<https://www.google.co.uk/maps/>> Last accessed on 1 August 2019.
- Oxford Dictionary of Law (8th edn, Oxford University Press 2015).
- Separate Opinion of Judge Cançado Trindade (25.02.2019), *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion of 25 February 2019, ICJ Report (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20190225-ADV-01-04-EN.pdf>> Last accessed on 19 May 2021.
- Summerson H et al, '*The Magna Carta Project*' (trs). The Articles of the Barons, <https://magnacartaresearch.org/read/articles_of_barons/Introduction__Articles_of_the_Barons_1215> Last accessed on 1 August 2019.
- Written Statement of the Republic of Mauritius at ICJ Proceedings, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion of 25 February 2019, ICJ Report (2019). <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20180301-WRI-05-00-EN.pdf>> Last accessed on 1 August 2019.
- Written Statement of the United Kingdom at ICJ Proceedings, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion of 25 February 2019, ICJ Report (2019). <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/169/169-20180215-WRI-01-00-EN.pdf>> Last accessed on 1 August 2019.
- The UK Government, 'UK: Statement by Ambassador Matthew Rycroft, Permanent Representative to the UN, at the GA Meeting to Discuss Request for Advisory Opinion of the ICJ on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965' (2017) Asia News Monitor, Bangkok.

Appendices



Figure 1: Mauritius and Chagos Archipelagos Location in Indian Ocean¹¹²



Figure 2: Mauritius Map¹¹³

112 *Mauritius and Chagos Archipelagos Location in Indian Ocean*, <<https://www.bbc.com/news/uk-47358602>> last accessed 01.08.2019.

113 *Mauritius Map*, <<https://www.google.co.uk/maps/>> last accessed 01.08.2019.

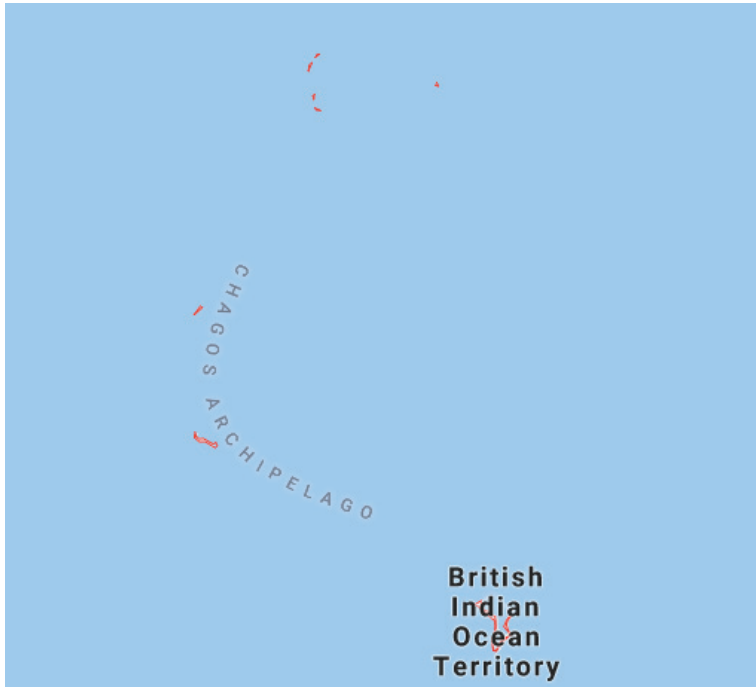


Figure 3: Chagos Archipelagos Map¹¹⁴

114 *Chagos Archipelagos Map*, <<https://www.google.co.uk/maps/>> accessed 01.08.2019.

Miras Hukukuna İlişkin Dava ve İşlerde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

International Jurisdiction of Turkish Courts in Cases and Affairs Related to Inheritance Law

Musab Bilkay^{*}

Öz

Miras hukuku, özel hukukun esaslı dallarından olduğu gibi yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda da mirasa ilişkin dava ve işler sıkça görülmektedir. Bununla birlikte mirasa ilişkin yetki hükümlerinin yer aldığı MÖHUK'un 43. maddesi ile genel yetki hükmü maddesi olan 40. madde arasındaki ilişki, mirasa ilişkin yetki hükmünün kapsamı ve yetkinin niteliği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Yargının uygulamalarında da birbirinden farklı kararlara rastlanmıştır. İlgili tartışmaların yalnızca teorik değil aynı zamanda pratik sonuçları da vardır. Öyle ki tartışmaların neticesinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin niteliğine göre davanın Türk mahkemeleri dışında bir ülkede açılıp açılmayacağı belirlenecektir. Böylece yabancı bir ülkenin yetkili makamından alınan mirasa ilişkin bir kararın tanıma veya tenfize konu olup olmayacağı da anlaşılacaktır. Buna ek olarak Türkiye'de görülecek mirasa ilişkin yabancı unsurlu bir dava veya çekişmesiz yargı işinde hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu da ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla miras hukukuna ilişkin dava ve işlerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Çalışmada bu hususlar 5 ayrı başlıkta doktrin görüşleri ve kendi görüşlerimizle beraber, yargı kararları da ele alınarak incelenecektir. İlk olarak yetkiye ilişkin tarafı olduğumuz milletlerarası anlaşmalar incelenecek, akabinde MÖHUK'ta yer alan yetki kuralları irdelenecektir. Daha sonra, MÖHUK'taki genel yetki kuralı olan 40. madde ile 43. madde arasındaki ilişki tespit edilecek ve devamında 43. maddenin kapsamı belirlenecektir. Mirasçılık belgesinin verilmesi işinin hangi madde kapsamında değerlendirileceğine dair görüşler ve tespitlerden söz edilecek ve mirasçılık belgesinin verilmesinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin niteliği kendi görüşlerimiz dahilinde sorgulanacaktır. Son olarak, 43. maddede yer alan yetki hükmünün niteliği araştırılarak bu husus doktrin görüşleri ve yargı kararlarıyla beraber ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Miras Hukuku, Milletlerarası Yetki, Mirasçılık Belgesi, Münhasır Yetki, Yabancılık Unsuru, Tanıma ve Tenfiz

Abstract

Inheritance law is one of the main branches of Turkish private law, and cases and affairs related to inheritance law are frequently seen with elements of foreignness. For this reason, it is important to determine the international jurisdiction of Turkish courts in cases and affairs (that is, non-contentious cases) related to the law of inheritance. However, the relation between Article 43 of MÖHUK (Turkish Code of International Private Law and Procedural Law), which includes the provisions outlining competent jurisdiction regarding inheritance issues, and Article 40, which is the article of general jurisdictional rules, the scope of the jurisdictional provision regarding inheritance and the nature of the jurisdiction have been the subject of considerable discussion in the doctrine. The various judicial decisions have reached different conclusions. This study will examine these issues in five sections, considering at the same time various doctrinal views and judicial decisions. Firstly, the international agreements concluded by Turkey will be examined, and then the rules of jurisdiction in the MÖHUK will be analyzed. After this part, the relationship between Article 40 and Article 43 will be

* Sorumlu Yazar: Musab Bilkay (Yüksek Lisans Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Milletlerarası ve Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: msbilkay@gmail.com ORCID: 0000-0001-9853-1501

Atf: Bilkay M, "Miras Hukukuna İlişkin Dava ve İşlerde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi" (2021) 41(2) PPII 905.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.991903>

considered, then, the scope of Article 43 will be clarified. Opinions and analyses about the scope of the process of issuing a certificate of inheritance will be included, and the nature of the international jurisdiction of the Turkish courts concerning the certificate of inheritance will be discussed. In the last section, the nature of the jurisdictional provision in Article 43 will be examined. Finally, this issue will be discussed together with the doctrinal views and judicial decisions.

Keywords

Inheritance law, International Jurisdiction, Certificate of Inheritance, Exclusive Authority, Element of Foreignness, Recognition and Enforcement

Extended Summary

The issue of authority in cases and affairs (non-contentious cases) related to inheritance law has been the subject of various doctrinal discussions. Different conclusions have also been found in the policies and practices of the judiciary.

These discussions have not only theoretical but also practical results. In fact and law, as a result of these discussions, the court will determine whether a given case can be brought in courts other than Turkish courts, depending on the nature of the international jurisdiction of the Turkish courts in the particular case. Thus, it will be possible to understand whether a decision regarding an inheritance taken from the competent jurisdiction of a foreign country can be the subject of recognition or enforcement in a Turkish court. In addition, this study will reveal which local court is authorized in a case or an affair with some element of foreignness regarding the inheritance law to be held in Turkey. Therefore, it is critical to determine the international jurisdiction of Turkish courts in cases and matters related to inheritance law.

In this article, an important paper on inheritance law in the international private law dimension, “International Jurisdiction of Turkish Courts in Cases and Affairs Related to Inheritance Law” will be examined. In order to achieve this aim, the study is divided into five titles along with an introduction and conclusion.

Following the general introduction and outline of the scope of the study, this paper will discuss the provisions of jurisdiction regarding inheritance law in international agreements, considered to have the force of law under Turkish law. Subsequently, the author will examine the international jurisdiction of Turkish courts under the aforementioned agreements.

The international agreements concluded by the Republic of Turkey in the field of inheritance law consist primarily of consular agreements. Consequently, the paper will consider all consular agreements that have been found to contain authorization provisions within the scope of this study. In addition, provisions of similar content regarding authority in these agreements will be presented in summary form.

After examining the various international agreements, the rules of jurisdiction in the International Private Law and Procedural Law (Act No. 5718) determining the

international jurisdiction of Turkish courts will also be reviewed. In this context, the author will examine those articles of the Law (Act No. 5718) under which Turkish courts are authorized in cases and works related to inheritance law. The paper will further consider precisely what kind of jurisdiction these articles contain. As a result, a brief comparison of the authorization and jurisdictional provisions in Turkish law to the European Union inheritance regulations will be made, and various doctrinal viewpoints on this subject will also be reviewed.

The next part of the article will discuss which article will determine the court's jurisdiction in any given matter, particularly in cases and non-contentious cases related to inheritance law. In this context, the relationship between Article 40, the general jurisdiction provision, and Article 43, titled inheritance lawsuits, will be examined separately due to its importance.

Next, the author will review which article will have the authority to determine disputes over some element of foreignness regarding the underlying inheritance. We will consider not only the different views in the doctrine in general but also the opinion with which we agree will be emphasized as well

At this point, the author will consider Article 43 separately within the scope of the broader discussions of the doctrine of jurisdiction. As a result of this examination, the issues of competent jurisdiction to issue a certificate of inheritance where foreign elements are involved, depending upon which provision the authority of Turkish courts is to be used, will be determined. Further, the nature of the international jurisdiction of Turkish courts will be questioned separately as well, and prevailing doctrinal views on this subject will be integrated with judicial opinions. The nature and location of the assets included in the decedent's estate and the recognition and enforcement of the certificate of inheritance issued by a foreign court of competent jurisdiction are among the important issues to be discussed under this title.

Another controversial issue in the doctrine of the jurisdiction in inheritance is whether the authority provision defined in Article 43 establishes exclusive authority or concurrent jurisdiction. For this reason, in the last part of the study, the nature of the specific authority provision will be discussed. In this title, the nature and location of the assets included in the decedent's estate, both pieces of information which are important in determining the competent jurisdiction, will be emphasized. Similarly, in this section, the relevant authority provision will be examined in light of several doctrinal views and judicial decisions. In addition to this, comparative law will also be consulted to better understand the issue.

Finally, in the concluding section, the data obtained in the study and the results will be presented in an integrated manner. Also, the author's opinions and suggestions for the solution to the issues raised in the study will be presented.

Miras Hukukuna İlişkin Dava ve İşlerde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

I. Giriş

Yabancılık unsuru taşıyan miras meselelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi muhtevasında farklı yönlerden tartışmalar barındıran bir konudur. MÖHUK'ta miras davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi 43. maddede düzenlenmiştir. Bununla birlikte maddenin kapsamı ve niteliği konusunda görüş birliği yoktur. Bu bağlamda 40. maddede yer alan genel yetki kuralının miras davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine olan etkisi de çeşitli tartışmalara konu olmuştur.

Bu tartışmalar neticesinde ortaya konacak sonuç ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesi ve Türkiye içinde hangi yer mahkemesinin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olduğu sorusunun cevaplanması açısından önem taşıyacaktır. Bu sonuç yabancı mahkemeler tarafından miras davalarına ilişkin olarak verilmiş kararların tanınması ve tenfizini de etkileyecektir.

Çalışmamızda yabancılık unsuru taşıyan miras uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenecek, bu konudaki tartışmalı hususlar doktrindeki çeşitli görüşler ışığında, kendi düşüncelerimizle harmanlanarak değerlendirilecektir. Bu bağlamda; öncelikle yetki kavramı üzerinde durulacak, milletlerarası anlaşmalarda ve kanunlarımızda yer alan miras hukukuna ilişkin yetki kuralları ele alınacaktır. Konu açısından önemli gördüğümüz Avrupa Birliği Miras Tüzüğüne de yalnızca tüzükteki yetki kuralları ve doktrinde yarattığı tartışma açısından değinilecektir.

Daha sonra, ilk olarak, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına yönlendirme yapan MÖHUK'un 40. maddesindeki genel yetki hükmü ile 43. maddesi arasındaki ilişki değerlendirilecek; akabinde yabancıların hangi Türk makamlarından, nasıl mirasçılık belgesi talep edebileceklerine de genel olarak değinilecek, yabancı unsurlu mirasçılık belgesi verilmesi işinin 43. madde kapsamına girip girmediği, mirasçılık belgelerinin düzenlenmesinde mahkemelerin yetkisinin hangi madde hükmüne göre tesis edilmesi gerektiği ve bu yetki kuralının niteliğine ilişkin cevaplar aranacaktır. Nitelik tespiti yapılırken doktrindeki görüşlerle sınırlı olarak yabancı unsurlu mirasçılık belgelerinin tanımaya konu olup olmayacağı da ele alınacaktır.

Son olarak, çalışma açısından önem teşkil eden, miras davalarına ilişkin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin düzenlendiği MÖHUK'un 43. maddesindeki yetkinin niteliği incelenecektir. Maddedeki yetkiye dair hükümler üzerinde durulacak, bu hükümlerde ihdas edilmiş yetkinin niteliği ele alınacaktır. Bu anlamda doktrindeki görüşlerden, mukayeseli hukuktan ve yargı kararlarından yararlanılacak; nihayetinde,

kendi görüşümüz belirtilecektir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olduğu uyuşmazlıklarda, yabancı mahkemeler tarafından verilmiş kararlar tanıma ve tenfize konu edilemeyeceği için bu husus da bölüm içerisinde doktrin görüşleriyle beraber çeşitli ihtimallere göre bir bütün olarak incelenecektir.

II. Yetkiye İlişkin Milletlerarası Anlaşmalar

Türkiye'nin bazı devletler ile yaptığı anlaşmalarda, miras davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen birtakım hükümlere yer verilmiştir¹. Anayasanın 90. maddesi hükmüne göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Ayrıca, yabancılık unsuru içeren özel hukuk davaları ve işlerinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden amir kanun niteliğindeki MÖHUK'un 1. maddesinin 2. fıkrası, kanunun uygulanma alanını, taraf olunan milletlerarası anlaşmalarda yer alan hükümleri saklı tutmak suretiyle, belirlemiştir. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, ilgili anlaşmalar kapsamında belirlenen yetki hükümlerine göre tayin edilecektir.

Türkiye ile Almanya arasında akdedilen 08 Haziran 1930 tarihli, 1514 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan konsolosluk anlaşmasının "*Konsolosluk Mukavelenamesinin 20inci Maddesinin Merbut Terekeye Ahkâmı*"nın 15. bendine göre "*mirasçılık iddiasına, mirasa istihkak davasına, mirasçı naspına (atanmasına), vasiyete ve mahfuz hisse (saklı pay) iddiasına...*" dair terekeye dahil taşınır mallarla ilgili davalarda ölenin, ölümü sırasında vatandaşlığına sahip olduğu devletin mahkemeleri; taşınmaz mallarla ilgili davalarda ise taşınmazın bulunduğu devletin mahkemeleri yetkilidir. Anlaşmada yer alan "*...gayrimenkul terekenin bulunduğu devlet mahkemeleri...*" ibaresinden ne anlaşılması gerektiği hususunda anlaşmada bir açıklık bulunmamaktadır. Öyle ki ilgili madde hükmü ile doğrudan taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkemenin mi yetkili olduğu yoksa bu yetki hükmü ile taşınmazın bulunduğu devletin mahkemelerine genel bir yetki tayini yapıлып, hangi yer mahkemesinin yetkili olacağıın tayininin iç hukuka mı bırakıldığı muğlaktır. Ayrıca madde hükmünden terekenin kül halinde taşınır ve taşınmaz mal ihtiva etmesi halinde hangi ülke mahkemesinin yetkili olacağı, taşınır ve taşınmaz mallar bakımından yetkinin ayrılıp ayrılmayacağı hususu anlaşılammamaktadır.

Aynı maddeye göre bu mahkemelerin verdikleri kararlar diğer devlet tarafından tanınacaktır. 1930 tarihli anlaşma metninde yer alan tanıma kavramından milletlerarası özel hukuk anlamında bir tanıma prosedürünün mü kastedildiği ya da bu hususta verilmiş bir yabancı mahkeme kararının hangi usule göre tanınacağı hususunda anlaşmada açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Aynı anlaşmanın 17. bendine göre "*hukuku verasete ve hususiyle varislerin veyahut vasiyeti tenfiz memurunun hukukuna müteallik olarak kavanini mer'iyeye mucibince*

1 Nuray Ekşi, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku* (2nd edn, Beta 2013) 24-26.

murisin tebaasından bulunmuş olduğu Devletin salahiyettar bir makamı tarafından verilmiş olan vesika, diğer devlet nezdinde menkul tereke için bu hukuku ispata kifayet edecektir... ". İlgili hüküm Türk mahkemelerinden mirasçılık belgesinin alınması için talepte bulunulduğunda, Alman hukuk usulüne uygun olarak düzenlenmiş mirasçılık belgesinin, taşınır mallar açısından Türk mahkemeleri tarafından mirasçılık belgesinin düzenlenmesinde delil olarak kabul edileceği şeklinde yorumlanabileceği gibi bu hükmü, Alman yetkili makamlarınca düzenlenmiş mirasçılık belgelerinin, terekeye dahil taşınır mallar açısından Türk hukukunda tanınacağı şeklinde yorumlamak da mümkündür.

Nomer, 17. madde hükmünün Alman yetkili makamından alınmış olan mirasçılık belgesinin tanınabileceği şeklinde yorumlanamayacağını, ancak ve ancak terekedeki taşınır bakımından bu belgenin delil niteliği taşıyabileceğini belirtmiştir². Anlaşmanın akdedildiği dönem ve milletlerarası özel hukuk alanındaki gelişmeler düşünüldüğünde anlaşma metninde yoruma açık hükümlerin olması normal karşılanmalıdır. Bununla birlikte Almanya'da yaşayan Türk nüfusunun çokluğu ve Alman-Türk ilişkileri göz önüne alınarak anlaşma metninin güncellenerek yoruma açık hükümlerin netleştirilmesi ve anlaşma metninin günümüz Türkçesine uyarlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Türkiye ile Lehistan (Polonya) arasında akdedilen, 31.05.1927 tarihli, 598 sayılı Resmî Gazete yayınlanan şebenderlik (konsolosluk) anlaşmasının 16. maddesinin ikinci bendinde Almanya ile aynı yetki ve tanıma hükmü düzenlenmiştir. Bu anlamda yukarıda yer verdiğimiz yoruma açık hususlar bu anlaşma için de muteberdir.

Türkiye ile İtalya arasında akdedilen, 07 Nisan 1931 tarihli, 1768 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan konsolosluk anlaşmasının 2. faslında 21. maddede mirasa ilişkin hükümler düzenlenmiştir. İlgili maddenin XI. bendine göre mirasa ilişkin yetki ölenin ölümü anındaki vatandaşı olduğu ülke mahkemelerine tanınmıştır. Buna karşılık XV. bendinde terekeye dahil gayrimenkul mallara ilişkin olarak, malın bulunduğu ülke mahkemeleri yetkili kabul edilmiştir. Almanya ile akdedilen anlaşmadaki gibi İtalya ile akdedilen anlaşmada da bu kararların diğer taraf ülkesince tanınacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu sebeple Almanya ile akdedilen anlaşmaya dair yer verdiğimiz yorumları bu anlaşma için de yapmak mümkündür. Bununla birlikte, Almanya ve Lehistan ile yapılan anlaşmalarda yer verilen mirasçılık belgelerine ilişkin hükme İtalya ile yapılan anlaşmada yer verilmemiştir.

Türkiye ile Arnavutluk arasında akdedilen, 06.05.1928 tarihli, 881 sayılı Resmî Gazete yayınlanan şebenderlik (konsolosluk) anlaşmasının 16. maddesinde miras işlerine ilişkin yetki hükmü düzenlenmiştir. İlgili maddede "*Hakkı verasete, mirasın taksimine ve tasfiyesine, varislerle musalehler arasında yapılacak hesabata müteallik her dava, miras menkul olduğu takdirde murisin hini vefatında tebaasından bulunduğu devletin mahakiminde, miras gayri menkul olduğu takdirde, bu mirasın ülkesinde*

2 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (21st edn, Beta 2015) 539.

kain bulunduğu devletin mahakiminde ikame edilecektir.” hükmüne yer verilmiştir. Yapıldığı dönem itibariyle eski bir dile sahip olan konsolosluk anlaşmasında, İtalya ile akdedilenle paralel bir yetki hükmü tesis edilmiştir. Ancak yukarıda yer verdiğimiz anlaşma hükümlerinden farklı olarak bu kararların diğer ülke tarafından tanınacağına dair bir maddeye yer verilmemiştir. Ayrıca yukarıda, yetkiye ilişkin dikkat çektiğimiz belirsizlikler bu anlaşmadaki yetki hükmü açısından da geçerlidir.

Türkiye ile Macaristan arasında akdedilen 27 Aralık 1939 tarihli, 4395 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan konsolosluk anlaşmasının 18. maddesinde düzenlenen yetki hükmünde ise yukarıda yer verdiklerimize benzer ancak farklı bir şekilde yetki tesisi yapılmıştır. İlgili maddenin 3. fıkrasına göre terekeye dahil taşınırlara ilişkin “*veraset veya hibeden mütevellit bütün ihtilaflar*” ölenin ölüm anındaki vatandaşı olduğu ülke mahkemeleri, taşınırlara dair bunlar dışında kalan ihtilaflarda ise malın bulunduğu ülke mahkemeleri yetkilidir. Taşınmazlara ilişkin tüm uyuşmazlıklarda ise taşınmazın bulunduğu ülke mahkemeleri yetkilidir. Aynı madde hükmünde sadece belirlenen uyuşmazlıklarla ilgili yetki tayin edilmekle kalınmamış, yetkili kılınan mahkemelerin hukukunun da uyuşmazlığa uygulanacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle uyuşmazlıkla ilgili yetkili olduğu kabul edilen ülkenin hangi yer mahkemesinin yetkili olacağı bu sayede yetkili ülkenin hukukuna bırakılmış, bu bağlamda net bir hüküm ortaya konmuştur.

Çalışma kapsamında Türkiye’nin imzalamış olduğu 30 kadar konsolosluk anlaşması incelenmiş; neticede, yukarıda yer verdiğimiz eski tarihli konsolosluk anlaşmalarındaki yetki hükmüne yer verilmesi usulünün ilerleyen dönemlerde terk edildiği; yeni tarihli konsolosluk anlaşmalarında, mirasa ilişkin ihtilaflarda, gönderen veya kabul eden devlet mahkemelerine yetki tesis eden hükümlerin yer almadığı, dolayısıyla, devletlerin kendi yasa ve düzenlemelerinin uygulama alanı bulduğu görülmüştür. Kanaatimizce uluslararası anlaşmalarla yabancılık unsurlu miras ilişkilerinde yetkinin belirlenmesini kolaylaştıracak adımlar atılmalı, bu anlamda eski tarihli yetki anlaşmaları güncellenerek günümüz Türkçesine uygun hale getirilmeli ve tartışmalardan uzak belirli veya belirlenebilir yetki hükümleri ihdas edilmelidir. Her ülke ile kurulan sosyal, politik ve ekonomik ilişkiler farklılık arz etmektedir. MÖHUK ile yeknesak bir yetki hükmü getirmenin yanı sıra, bu farklılığa uygun olarak yabancı devletlerle yetki hükümleri içeren konsolosluk anlaşmaları yapılarak yürürlüğe konması yabancı unsurlu miras ilişkilerinde yetkinin belirlenmesinde daha gerçekçi, çağın gereklerine uygun ve kolaylaştırıcı bir hareket olacaktır. Bununla birlikte uluslararası anlaşmaların çokluğunun, kanunu uygulayanlar açısından karışıklığa yol açabileceği göz önüne alınarak yetki ihtiva eden uluslararası anlaşmaların bir bütün haline getirilerek yayınlanması yargılama makamlarının yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yetkiye ilişkin hükümleri daha doğru uygulamasını sağlayacak, bu bağlamda, yetkiyi haizken yetkisizlik kararı verilmesi gibi hususların da önüne geçilecektir.

III. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda Yer Alan Yetki Kuralları

MÖHUK'ta 40. maddede yer alan ve iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına atıf yapan genel yetki hükmünün yanı sıra miras davalarında yetkiyi düzenleyen bir maddeye yer verilmiştir. 2675 sayılı mülga MÖHUK'un 30. maddesinde düzenlenen "miras davaları" başlıklı hüküm, yürürlükteki 5718 sayılı MÖHUK'un 43. maddesinde sadece ikametgâh ibaresi yerleşim yeri olarak güncellenip aynen korunmuştur.

Madde hükmüne göre "Mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür." Görüldüğü üzere madde hükmü kademeli bir yetki kuralı tanımlamış; öncelikle ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesini; ancak son yerleşim yerinin Türkiye'de bulunmaması halinde terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılmıştır³. Yerleşim yeri kavramından ne anlaşılması gerektiği ise lex foriye göre belirlenecektir⁴. TMK'nın 19. maddesine göre yerleşim yeri, kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.

2012 yılında tamamlanan 17 Ağustos 2015 yılında yürürlüğe giren 650/2012 sayılı AB Miras Tüzüğü'ne göre⁵ mirasa ilişkin yetki, hukukumuzdan farklı olarak, yerleşim yeri mahkemesine değil; ölenin mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesine bağlanmıştır. 650/2012 sayılı Tüzüğün 4. maddesine göre, miras davalarında kural olarak ölenin ölüm anındaki mutad meskeninin (*habitual residence at the time of death*) bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

İlk defa 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye sözleşmesiyle⁶ Türk hukuk sisteminde yer almış olan mutad mesken kavramı, muhtevastaki esnekliği sebebiyle kanunlarımızda tanımlanmamış, fiili bir kavramdır⁷. Aynı sebeple, hakkında doktrinde çeşitli tartışmalar ve tanımlar yapılan⁸ mutad mesken kavramı, genel bir tanımla, kişinin yaşam ilişkilerinin merkezini teşkil eden, sosyal ve ekonomik ilişkilerinin odağında olan; yerleşme niyeti aranmaksızın

3 Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 623; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021) 248; Ekşi (n 1) 27.

4 Çelikel and Erdem (n 3) 564.

5 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession [2012] OJ L 201/107

6 RG 24.12.1971/14052

7 Nomer (n 2) 119; İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (On iki Levha 2014) 25,35,37; Dilek Aydemir Karademir, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2019) 140 vd.; Ali Gümrah Toker, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı* (Adalet Yayınevi 2020) 191, 205.

8 Doktrinde yapılan mutad mesken tanımları için: Arslan (n 7) 43 vd.; Toker (n 7) 192.

oturma niyetiyle⁹ bir süre kaldığı¹⁰ yer olarak ifade edilebilir¹¹. Bir başka anlatımla, bir yerin kişinin mutad meskeni olarak nitelendirilebilmesi için o yerde fiili olarak belirli bir süre kalınması icap eder. Yerleşim yeri ise sürekli kalma niyetiyle oturan ve Türk Medeni Kanunu'nun 19. ve 20. maddesi gereği biricik ve sadece yenisi edinildiğinde değiştirilebilen yerdir. Ancak yerleşim yeri kavramı, her zaman fiili durumu yansıtmayabilir. Yerleşim yerinin tesisi için o yerde sürekli kalma ve yerleşme niyetinin var olması gerekmektedir birlikte, fiilen kalma zarureti bulunmamaktadır¹². Örneğin, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle yerleşim yeri olarak beyan ettiği yer Tokat iken, hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı ve fiili olarak yaşadığı yer İstanbul olabilir. Böyle bir halde kişinin yerleşim yeri ve mutad meskeni farklı iller olacaktır.

650/2012 sayılı AB Miras Tüzüğü ile MÖHUK'ta miras davalarında yetkili mahkemenin farklı kurallara göre tespit edilmesi Tekinalp tarafından eleştirilmiş; bu farklılığın yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi açısından sorunlara yol açabileceği belirtilmiştir¹³.

Türkiye'deki son yerleşim yerinin tespiti, maddenin uygulanması açısından önem teşkil etmektedir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 11680 E., 11719 K. sayılı, 31.10.2012 tarihli kararında yabancı ülke vatandaşı şahsın vasiyetnamesini düzenlediği ve vasiyetname için sağlık raporu aldığı yeri son yerleşim yeri saymıştır¹⁴. Kanımızca vasiyetnamenin düzenlendiği ve sağlık raporunun alındığı yer kişinin son yerleşim yerini belirlemek için yeterli görülmesi doğru değildir. Bir kişi bu işlemleri Türkiye'nin herhangi bir iline giderek gerçekleştirebilir. Bu sebeple kişinin vasiyetnamesini düzenlediği ve bu amaçla sağlık raporu aldığı yerin, son yerleşim yerinin tespiti gerçekçi olmayan bir sonuç ortaya koyabilecektir.

Bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında, Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması halinde, son yerleşim yerinin tespitinde kolluğun Polnet-Kps¹⁵ kayıtlarından ziyade tapu kayıtları, elektrik, su abonelikleri gibi yerleşme amacını gösterir nitelikteki belgelere itibar edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁶. Bölge Adliye Mahkemesinin bu kararı yukarıdaki görüşümüzü destekler niteliktedir. Gerçekten de yabancının polise seneler önce beyan ettiği bir adres, doğrudan kendi adresi olmayabileceği gibi

9 Oturma niyetine ve oturma niyetinin gerekliliğine ilişkin tartışmalar için: Toker (n 7) 213; Arslan (n 7) 44, 57-61.

10 Oturma süresine ilişkin tartışmalar için: Arslan (n 7) 52-57; Aydemir Karademir (n 7) 141-143; Toker (n 7) 210-213.

11 Nomer (n 2) 120; Ceyda Süral, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi' (2012) 100 *TBB Dergisi* 167, 173; Toker (n 7) 210; Arslan (n 7) 47; Aydemir Karademir (n 7) 143.

12 Nomer (n 2) 121; Toker (n 7) 134, 209, 213; Arslan (n 7) 24 vd.; Aydemir Karademir (n 7) 117, 142 vd.

13 Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat Kitapçılık 2020) 411.

14 Muktedir Lale, *Özetli-İçtihatlı Yargıtay Uygulama-Sında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku* (Seçkin Yayınları 2014) 203 vd. Naklen.

15 Açılımı Polis Bilgi Sistemi-Kimlik Paylaşım Sistemi olan Polnet-Kps sistemi 1990 yılından itibaren Türk Polis Teşkilatı tarafından kullanılan, araç, ehliyet, pasaport, kimlik, silah ruhsatı gibi kişisel bilgilerin kayıtların tutulduğu ve işlendiği dijital sistemdir. Bkz.: İlker Pekgözlü, 'E-Devlet Projelerinin Yönetilmesi: PolNet Projesi Örneği' (2012) 17 (17) *Sosyoekonomi* 173, 188-196.

16 İzmir 1 BAM, 1813/133, 23.01.2019, lexpera.com.tr, 31 January 2021

yabancınn Türkiye'deki son yerleşim yerinin olduğunu da göstermez. Bunun yerine güncel kayıtlara bakılarak, yerleşme iradesiyle Türkiye'de kaldığı son yerin tespitine çalışılmalıdır. Tapu kayıtları kişinin yerleşim yerine gösterir bir ibare olsa da son yerleşim yerinin tespitinde yetersiz kalmaktadır. Buna karşılık elektrik, su abonelikleri gibi ilgili meskenin güncel kullanımını gösterir nitelikteki belgelerin de o yeri işaret etmesi halinde pol-net kayıtlarından ziyade bu belgelere itibar edilmesi, bu yerin son yerleşim yeri olarak kabul edilmesi bizce de doğrudur. Bu bağlamda, ilgili Bölge Adliye Mahkemesi kararına katıldığımızı belirtmek gerekir.

Ayrıca maddenin ikinci fıkrası bağlamında, ölenin Türkiye'de son yerleşim yerinin bulunmaması halinde, terekedeki malların coğrafi yaygınlığına göre yetkili mahkeme sayısı da artacak; her bir malın bulunduğu yer mahkemesi yetkili hale gelecektir¹⁷. Yargıtay, bir kararında, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan mirasbırakanın, terekedeki mallarının bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağını; bu anlamda, ölenin parasının bulunduğu bankanın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesini, bozma sebebi saymıştır¹⁸.

Ek olarak maddede yer alan yetki kuralının MÖHUK 41. ve 42. maddesindeki gibi Türk vatandaşı-yabancı ülke vatandaşı ayrımı getirmediği; bu sebeple sadece yabancıların mirasa ilişkin davalarında değil Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan Türk vatandaşları için de maddenin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir¹⁹.

IV. Yetkinin Hangi Madde Hükmüne Göre Tayin Edileceği Bağlamında 40. ve 43. Madde İlişkisi

MÖHUK'un 40. maddesinin atfıyla uygulama alanı bulacak olan, iç hukukun mirasa ilişkin dava ve işlerdeki yetki kuralları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Mirastan doğan davalarda yetki başlıklı HMK'nın 11. maddesinde üç farklı yetki hükmü yer almaktadır. HMK'nın 11. maddesinin 1. fıkrasında sayılan davalarda ölenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir; bir başka deyişle, bu dava ve işlerde ölenin son yerleşim yerinden başka herhangi bir yerde dava açılmaz²⁰. TMK'nın 214., 576., 589. ve 596. maddesinde de HMK düzenlemesine paralel olarak mirasbırakanın yerleşim yeri yetkili kılınmıştır.

Bazı yazarlara göre, terekeye dair uyuşmazlıklarda ölenin son yerleşim yeri mahkemesi yetkili kılınarak, bu uyuşmazlıkların, terekenin çoğunluğunun bulunma

17 Çelikel and Erdem (n 3) 623.

18 Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (4th edn, Seçkin Yayınları 2014) 162, Yargıtay 2 HD., 2788/8976, 07.06.2006, lexpera.com.tr, 31 January 2021.

19 Ekşi (n 1) 27; Güngör (n 3) 249; Işıl Özkan and Uğur Tütüncübaşı, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2020) 84.

20 Ramazan Arslan and others, *Medeni Usul Hukuku* (7th edn, Yetkin 2021) 232.

ihimalinin olduğu yerde görülmesi; böylece, usul ekonomisi ilkesinin gözetilmesi ve birden fazla mahkemenin yetkili hale gelerek çelişkili kararların ortaya çıkmasının önlenmesi amaçlanmıştır²¹.

Hem HMK md. 11/1 hem de TMK hükümleri ele alındığında; ölüme bağlı tasarrufların iptali davası (TMK md. 557, 576), ölüme bağlı tasarrufların tenkisi davası (TMK md. 560, 576), miras sebebiyle istihkak davası (TMK md. 576/2, 637), terekenin paylaşılmasına ilişkin davalar (TMK md. 642), denkleştirmeye ilişkin tespit ve iade davaları (TMK md. 669 vd.), yapılan paylaşma sözleşmesinin butlanı ve feshine ilişkin davalar (TMK md. 680), mirasçılarının aralarındaki terekenin idaresinden kaynaklanan davalar ve terekenin kesin paylaşımına kadar mirasçılara karşı açılacak davalarda ölenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir²².

Yukarıda yer verilen davalara ek olarak, tereke üzerindeki elbirliği mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesi (TMK md. 644) ve hükmi reddin tespiti davasının (TMK md. 605/2) HMK md. 11/1-b'deki yetki kurallarına tabi olduğuna dair görüşler vardır²³. Ayrıca, miras payının devrine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında ölenin son yerleşim yeri mahkemesinin mi yoksa genel yetkili mahkemenin mi yetkili olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır²⁴.

Doktrinde bazı yazarlarca, HMK'nın 11/1. maddesi hükmü ile 12. maddede düzenlenen, taşınmazın aynından doğan davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesine tesis edilen kesin yetki hükmünün çatışması halinde; tereke davalarının tek bir yerde toplanmasının usul ekonomisi ilkesine uygun olacağı gerekçesiyle, iki farklı kesin yetki kuralından HMK md. 11'in tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁵.

HMK'nın 11. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında yer verilen davalarda ise kanun koyucu seçimlik yetki hükümleri belirlemiştir. Ancak, ilgili yetki kuralları, HMK'nın 6. maddesinde yer alan genel yetki kuralına değil md. 11/1'de yer alan kesin yetki kuralına bir alternatif olarak düzenlenmiştir. Bir başka anlatımla; bu hallerde, ölenin son yerleşim yerinin yanı sıra, ilgili fıkralarda yer verilen mahkemeler de yetkilidir²⁶.

HMK md.11/2'ye göre, terekede bulunan bir mal hakkında, terekenin yazımı ve tespiti sırasında malın bulunduğu yer mahkemesinde de TMK md. 683'te düzenlenen istihkak davası açılabilir. Bu dava TMK md. 637-639'da yer alan miras sebebiyle istihkak davasından farklıdır²⁷.

21 Aydemir Karademir (n 7) 260 vd.; Arslan and others (n 20) 224.

22 Arslan and others (n 20) 224 vd.

23 Aydemir Karademir (n 7) 291 vd.

24 ibid 297,298, konuyla ilgili görüşler ve yargı kararları için 293-297.

25 ibid 277; Arslan and others (n 20) 224.

26 Aydemir Karademir (n 7) 278; Arslan and others (n 20) 232.

27 Arslan and others (n 20) 225; Aydemir Karademir (n 7) 278 vd. Miras sebebiyle istihkak davasının da HMK md.11/2'ye göre değerlendirilmesi gerektiğine dair tartışma ve görüşler için 301-305.

HMK'nın 11/3. maddesinde ise mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine dair davalarda, ölenin son yerleşim yeri mahkemesinin yanı sıra, mirasçılarının her birinin oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir.

MÖHUK'un 43. maddesine göre ise mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

Mirasa ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yetkinin MÖHUK'un 40. maddesi hükmünün atfıyla HMK ve TMK'daki yetki kurallarına göre mi yoksa doğrudan MÖHUK'un 43. maddesine göre mi tayin edileceği, bir başka anlatımla, yabancılik unsuru taşıyan miras davalarında MÖHUK'un 43. maddesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini doğrudan belirleyecek bir yetki kuralı olarak mı, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarını tamamlayıcı nitelikte bir yetki kuralı olarak mı düzenlendiği hususu tartışmalıdır.

Nomer'e göre mirasa ilişkin davalarda iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirler. Kanun koyucu tamamlayıcı bir yetki kuralı olarak 43. madde ile Türkiye'de yerleşim yeri olmayan ancak Türkiye'de malları bulunan kişilerin mirasa ilişkin davaları için yetkili mahkeme tayin etmiştir²⁸.

Çelikel, Erdem kanun koyucunun 43. madde ile yabancılik unsuru taşıyan miras davaları bakımından özel bir yetki hükmü getirmek istediğini belirterek yabancılik unsuru taşıyan miras davalarında bu maddedeki yetki kurallarının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir²⁹. Güngör'ün³⁰ ve Tanrıbilir'in³¹ görüşü de bu yöndedir.

Tekinalp'e göre MÖHUK'un 43. maddesindeki yetki kurallarının ilk kısmı HMK'daki düzenlemeden farklılık arz etmektedir. Öyle ki HMK'daki yetki hükmü ölenin son yerleşim yeri mahkemesini, MÖHUK'taki yetki hükmü ise ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılmıştır. Böylece yurtdışında yerleşim yeri olan kişilerin Türkiye'deki son yerleşim yeri yetkili kılınarak Türk mahkemelerine yetki tesis edilmiştir. Sonuç olarak yazar MÖHUK'un 43. maddesinin özel yetki kuralı olduğu görüşündedir³².

Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe'ye göre madde metni iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralının tekrarı olup; kanun koyucunun amacı mirasbırakanın Türkiye'de mallarının bulunup da son yerleşim yerinin bulunmaması halinde Türk mahkemelerini yetkili kılmaktır³³.

28 Nomer (n 2) 471.

29 Çelikel and Erdem (n 3) 623 vd.

30 Güngör (n 3) 248.

31 Feriha Bilge Tanrıbilir, 'MÖHUK ve Mirasa İlişkin Bağlama Kurallarının Uygulanmasında Öne Çıkan Hususlar' in Feriha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kamun* (Adalet Yayınevi 2018) 129.

32 Tekinalp (n 13) 410 vd.

33 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 441.

Ekşi'ye göre iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının tatbikiyle Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan ancak Türkiye'de malları bulunan kişilerin mirasa ilişkin davalarında yetkili mahkeme tayin edilememektedir. Kanun koyucu bu soruna çözüm bulmak amacıyla vatandaşlık ayrımı yapmaksızın MÖHUK'un 43. maddesindeki yetki hükmünü düzenlemiştir. Ancak bu hüküm, diğer tamamlayıcı nitelikteki 41 ve 42. madde hükümlerinden farklı olarak, yer itibarıyla yetki kurallarına göre Türkiye'de yetkili bir mahkeme bulunmaması durumunda yetkili mahkeme tayin etmemiş, doğrudan ilgili yetki hükmünü ihdas etmiştir. Bu sebeple iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına bakılmaksızın 43. maddedeki yetki kuralları uygulanmalıdır³⁴.

Özkan, Tütüncübaşı'na göre de MÖHUK'un 43. maddesi özel yetki kuralı olarak düzenlenmiştir. Zira ölenin yerleşim yeri Türkiye dışında bulunurken Türkiye'de terekeye dair mallarının varlığı halinde iç hukuktaki yetki kurallarıyla yetki tesisi mümkün olmamaktadır; kanun koyucu bu sorunu özel yetki kuralı düzenleyerek aşmıştır. Bu bağlamda mirasa ilişkin davalarda ölenin vatandaşlığı fark etmeksizin doğrudan 43. maddeye göre yetki tesis edilecektir³⁵.

Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe'nin de vurguladığı gibi maddenin ilk bölümü halihazırda iç hukuktaki yetki kurallarıyla aynıdır. Maddenin ikinci bölümü ise ölenin son yerleşim yerinin Türkiye'de bulunmaması fakat Türkiye'de terekeye dahil mallarının var olması halinde yetkili Türk mahkemesi tayin etme ihtiyacı ve endişesinden ötürü özel olarak getirilmiştir. Bu sebeple kanımızca yabancılik unsuru taşıyan miras davalarına ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisi 43. maddede düzenlenmiş özel yetki hükmüne göre tayin edilmelidir.

V. Mirasçılık Belgesinin Verilmesine İlişkin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin ve 43. Maddenin Kapsamının Belirlenmesi

A. Yabancı Unsurlu Mirasçılık Belgelerinin Verilmesinde Yetkili Makam

Mirasçılık belgesi HMK'da mirasa ilişkin çekişmesiz yargı işlerinden sayılan; kişinin mirasçı olduğunun, tereke üzerindeki hakkının ve bu hakkın oranının belirlenmesine yarayan belgelerdir³⁶. Bir başka anlatımla; kişinin mirasçılık iddiasının ispatı ve terekeye dahil malların kendisine geçmesi bu belge ile sağlanır. Mirasçılık belgesinin ispat fonksiyonu ancak bir karine teşkil eder, yani kural olarak aksi ispat edilebilir³⁷.

Mirasçılık belgesi TMK'nın 598. maddesine göre sulh mahkemelerince ve noterlerce verilir. HMK'nın 384. maddesindeki hükme göre, çekişmesiz yargı işlerinde yetkili

34 Ekşi (n 1) 27 vd.

35 Özkan and Tütüncübaşı (n 19) 84 vd.

36 Ekşi (n 1) 28.

37 Neşe Baran Çelik, 'Türkiye'de Yabancılik Unsuru İçeren Mirasçılık Belgelerinin Düzenlenmesi' (2019) 24 (41) *DÜHFD* 439, 442.

mahkeme, talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesidir. Ek olarak kadastro mahkemeleri de Kadastro Kanunu'nun 25. maddesi hükmü uyarınca kadastro ile ilgili bir davanın görülmesi halinde³⁸ istek üzerine mirasçılık belgesi verebilir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi noterler de mirasçılık belgesi vermeye yetkilidir. Buna karşılık Tapu Kanunu ve Noterlik Kanunu'nda mirasçılık belgesinin verilmesiyle ilgili sınırlayıcı hükümlere yer verilmiştir. Noterlik Kanunu'nun 71/b maddesi hükmüne göre “...*mirasçılık belgesinin yabancılar tarafından talep edilmesi durumunda, mirasçılık belgesi noterler tarafından verilemez.*”. Tapu Kanunu'nun 37. maddesinde de benzer bir şekilde “*Yabancı hakiki şahısların intikal işleri Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinden verilen veyahut kendi salahiyetli makamlarından verilip de Türk kanunlarının veraset usulü hakkındaki hükümlerine uygun olduğu Türk mahkemelerince tasdik edilen veraset senetlerine istinaden yapılır.*” hükmüne yer verilmiştir.

Her ne kadar kanun hükmüne göre yabancı mahkemeler tarafından verilmiş mirasçılık belgelerinin Türk mahkemelerince tanınması halinde taşınmazın intikal işlemlerinin yapılacağı belirtilse de bu hükmün uygulanabilirliğinin olmadığı belirtilmektedir³⁹. Zira ileride de değineceğimiz gibi yabancı makamlar tarafından verilen mirasçılık belgelerinin tanınması hukukumuzda pratik anlamda mümkün değildir. Yani mirasçılık belgesi yabancılar tarafından ancak sulh hukuk mahkemelerinden talep edilebilir ve yabancılar taşınmaz malların intikalini ancak mahkeme tarafından verilmiş bir mirasçılık belgesiyle sağlayabilir.

Kanunlarımızdaki bu kısıtlamalara ek olarak, aşağıda ifade edilen Yönetmelik ile Kanundaki kısıtlamayı da aşan bir hüküm getirilmiştir. Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesine göre “... *yabancılar tarafından talep edilmesi... ya da talebin yabancılık unsuru taşıması...*” durumunda noterlerce mirasçılık belgesi verilmez. Yönetmelikle getirilen bu kural, kanunun getirdiği sınırlamayı aşarak yabancılık unsuru taşıyan tüm hallerde mirasçılık belgesinin noter tarafından verilmesini engellediği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir⁴⁰.

B. Yabancılık Unsuru Taşıyan Mirasçılık Belgesinin Verilmesinde Türk Mahkemelerinin Yetkisinin Hangi Hükme Göre İhdas Edileceği Sorunu

Yabancılık unsuru taşıyan mirasçılık belgesinin verilmesinde, MÖHUK'un 40. maddesinde yer verilen genel yetki kuralının atfıyla iç hukukun yer itibariyle yetki

38 ibid 446.

39 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 33) 441, dn.148.

40 Çelikel and Erdem (n 3) 626; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 33) 442.

kurallarına göre mi 43. maddesindeki yetki hükmüne göre mi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayin edileceği bir başka tartışma konusudur.

Yabancı unsurlu mirasçılık belgesinin verilmesi işinin MÖHUK'un 43. maddesi kapsamında değerlendirilerek ilgili yetki hükmüne göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayin edilmesi halinde, ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinden; son yerleşim yerinin Türkiye'de bulunmaması halindeyse terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesi veya mahkemelerinden mirasçılık belgesinin alınması mümkün olacaktır. İç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre yetkinin belirlenmesi halindeyse HMK'nın 384. maddesi hükmüne göre talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Doktrinde yetkinin hangi kurala göre tayin edileceği hususunda iki farklı görüş beyan edilmiştir.

Çelikel, Erdem dava kavramının vasıflandırılmasının lex fori prensibi gereği Türk hukukuna göre belirleneceğini; bu bağlamda HMK ve TMK'da dava olarak nitelendirilen miras uyuşmazlıklarında ("*mirasın taksimi*", "*miras sebebi ile istihkak davaları*", "*ölüme bağlı tasarrufların iptali davaları*", "*tenkis davaları*", "*mirasçılık belgesinin iptali*", "*yeni mirasçılık belgesinin verilmesi*") 43. maddenin uygulanacağını, çekişmesiz yargı işlerinde ("*mirasçılık belgesinin alınması*") ise iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre yetkinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴¹. Tekinalp⁴², Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe⁴³, Doğan⁴⁴, Can, Tuna⁴⁵, Özkan, Tütüncübaşı da⁴⁶bu doğrultuda görüş beyan etmiştir.

Ekşi'ye göre MÖHUK'un 43. maddesi, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarında olduğu gibi mirasçılık belgesine dair ayrıca bir yetki kuralı ihdas etmemiş, miras davalarının tamamında ölenin son yerleşim yerini; son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması halinde ise terekedeki malların bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılmıştır. Bu sebeple mirasçılık belgesine ilişkin davalarda da 43. madde uygulanacaktır⁴⁷. Güngör⁴⁸ ve Tanrıbilir de⁴⁹ madde hükmünü geniş yorumlamış, çekişmesiz yargı işlerinde yetkinin 43. madde kapsamında belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 2015 tarihli bir kararında⁵⁰ mirasçılık belgesinin alınmasına ilişkin olarak MÖHUK'un 43. maddesi uyarınca terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğuna hükmetmiştir.

41 Çelikel and Erdem (n 3) 625,626.

42 Tekinalp (n 13) 411.

43 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 33) 441.

44 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş Yayınevi 2020) 73.

45 Hacı Can and Ekin Tuna, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2019) 125.

46 Özkan and Tütüncübaşı (n 19) 85.

47 Ekşi (n 1) 28.

48 Güngör (n 3) 249.

49 Tanrıbilir (n 31) 135.

50 Yargıtay 14 HD, 1997/6013, 01.06.2015, lexpera.com.tr, 04 February 2021.

Kanaatimizce 43. maddenin “*lex fori*”ye göre yorumunun yapılması halinde, hukukumuzda dava olarak nitelendirilmeyen çekişmesiz yargı işlerinin madde kapsamına dahil edilmesi mümkün değildir. Zira madde metninde açıkça “*mirasa ilişkin davalar*” ibaresine yer verilmiştir. Mirasçılık belgesinin verilmesi de bir çekişmesiz yargı işidir. Bu konuda Türk mahkemelerinin yetkisi MÖHUK’un 40. maddesinin atfıyla iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre belirlenmeli; HMK’nın 384. maddesindeki yetki hükmü uygulanmalıdır.

C. Yabancı Mirasçılık Belgesinin Verilmesinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Niteliği

Mirasçılık belgesiyle ilgili önem arz eden bir başka husus ise mirasçılık belgesinin verilmesi konusunda Türk mahkemelerine ihdas edilen yetkinin münhasır yetki niteliği teşkil edip etmediğidir. Zira mirasçılık belgesinin verilmesinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi olduğunun kabulü halinde yabancı mahkemeler ve idari makamlar tarafından verilmiş mirasçılık belgesi Türk mahkemelerince tanınmayacaktır.

Doktrinde bu husus mirasçılık belgesinin kesin hüküm niteliği taşımamasından ötürü tanımaya konu olup olamayacağı açısından da irdelenmiş, bir kısım yazarlarca aynı konu başlığı altında ele alınmıştır. Bu sebeple, çalışma kapsamında, mirasçılık belgelerinin niteliğine ve bu bağlamda tanımaya konu olup olamayacağına da yazarların görüşlerine yer verildiğinde değinilecektir.

Nomer’e göre maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen çekişmesiz yargı kararlarının tanınması mümkün değildir. Mirasçılık belgeleri de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için kural olarak tanınmaz⁵¹.

Çelikel, Erdem yabancı mahkemeler tarafından verilmiş mirasçılık belgesinin alınmasını Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi açısından değil, belgenin niteliği itibarıyla bir çekişmesiz yargı işi olması açısından ele almıştır⁵². Çekişmesiz yargı işleri maddi anlamda kesinleşmeyen kararlar olduğu için kural olarak tanımaya konu edilemez⁵³. Bunun istisnası ise kararın verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmesidir. Ancak yabancı mahkemelerce verilmiş mirasçılık belgesinin niteliği itibarıyla kesinleşmesi söz konusu olamayacağından bu belgeler Türk mahkemelerince tanınmaz; ancak takdirli delil olarak kullanılabilir⁵⁴. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe’ye göre de mirasçılık belgesi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için tanıma ve tenfize konu olamaz⁵⁵.

51 Nomer (n 2) 539.

52 Çelikel and Erdem (n 3) 625 vd.

53 ibid 707; Aysel Çelikel, ‘Yeni Kanuna Göre Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları’ (1982) 2 (2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 7, 13.

54 Çelikel and Erdem (n 3) 791 vd.

55 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 33) 571, dn. 376.

Ekşi, yabancı mahkemeler tarafından verilen mirasçılık belgelerinin tanınmasını, tanıma ve tenfiz ön şartlarından olan, kararın kesinleşmiş olması şartı açısından değil MÖHUK'un 54. maddesinde yer alan "ilamın, *Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması...*" şartı açısından değerlendirmiştir. MÖHUK'un 43. maddesinin mirasçılık belgeleri için de uygulanacağı görüşünü⁵⁶ beyan eden yazara göre madde hükmünün taşınmazlar bakımından Türk mahkemelerine münhasır yetki tayin etmesi sebebiyle Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin olarak verilmiş mirasçılık belgeleri de tanınmaz; ancak takdiri delil olarak kullanılabilir⁵⁷.

Ruhi, yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların tanıma ve tenfize söz konusu olabilmesi için bu kararların yabancı mahkemeler tarafından verilmesinin ön şart olduğunu belirterek 50. madde hükmünü eleştirmiş; yabancı idari makamlar tarafından verilen kararların da tanıma talebinin konusu yapılabilmesi gerektiğini savunmuştur⁵⁸. Yazara göre mirasçılık belgeleri maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden kural olarak tanınmaz ancak Türk mahkemelerinde delil olarak kullanılabilir⁵⁹. Bununla birlikte çekişmeli yargı yoluyla yabancı mahkemeden alınan mirasçılık belgeleri (veraset ilamları) kesin hüküm teşkil eder nitelikteyse ilgili yabancı mahkeme kararının tanınması söz konusu olabilir⁶⁰. Ancak bu halde de, tanıma-tenfiz bir başka şartı olan, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda karar verilmemesi gerekir. Bir başka anlatımla; yabancı veraset ilamında terekeye dahil olan Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin bir tespit bulunması halinde bu konudaki Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin varlığından ötürü ilamın bu kısmı tanınmaz. Bununla birlikte yazar terekeye dahil taşınır mallar açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunmadığından ötürü veraset ilamlarının bu bölümünün tanınabileceğini ifade etmiştir⁶¹.

Özkan, Tütüncübaşı'na göre şekli anlamda kesinleşmiş olan çekişmesiz yargı kararları da tanınabilmeli, maddi anlamda kesinleşmesi aranmamalıdır, aksi halde, MÖHUK'un 58. maddesinde yer alan çekişmesiz yargı kararlarına ilişkin hüküm uygulanamaz hale gelmektedir⁶². Kararın maddi anlamda kesinleşmemesinin Türk hukuk sistemi açısından bir mahsuru olmayacağı, aksinin Türkiye'de bir dava açılarak ispat edilebileceği savunulmaktadır⁶³. Bu sebeplerle yabancı mahkemelerden verilmiş mirasçılık belgeleri tanınmalıdır⁶⁴. Ancak Türkiye'deki terekeye dahil taşınmazlar

56 Ekşi (n 1) 28.

57 ibid 143.

58 Ahmet Cemal Ruhi, 'Mirasçılık Belgesi ve Yabancı Bir Ülke Mahkemesinden Alınan Mirasçılık Belgesinin Türkiye'de Tanınması' (2014) 9 (92) *Terazi Hukuk Dergisi* 14, 23.

59 ibid 24.

60 ibid.

61 ibid 25.

62 Özkan and Tütüncübaşı (n 19) 184 vd.

63 ibid 186 vd.

64 ibid.

açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunduğundan ötürü yalnızca terekeye dahil taşınır bakımdan verilmiş mirasçılık belgeleri tanınabilecektir⁶⁵.

Tanrıbilir, mirasçılık belgesi verilmesi içinde taşınır taşınmaz mal ayrımına karşı çıkmış, terekeye dahil taşınmaz mallar açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunmadığını savunmuştur. Yazar'a göre çekişmesiz yargı işlerinden olan, kesin hüküm teşkil etmeyen mirasçılık belgesinin verilmesi işi bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi münhasır nitelikte değildir⁶⁶.

Yabancı mahkemeler tarafından verilen mirasçılık belgelerinin tanınması hususunda Yargıtay uygulamaları istikrar göstermemektedir. Yargıtay'ın eski tarihli bazı kararlarında taşınmazlar açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi olması sebebiyle mirasçılık belgelerinin tanınması reddedilirken⁶⁷, bazı kararlarında ise mirasçılık belgelerinin maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımadığından ötürü tanımaya konu edilemeyeceği gerekçe gösterilmiştir⁶⁸.

Yeni tarihli bazı kararlarda da bu konuda bir yeknesaklık yakalanamamıştır. Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin bir kararında⁶⁹ çekişmesiz yargı kararlarının MÖHUK'a göre tanınabileceğini, bu kararların tanınması ve tenfizi için kesin hüküm olması şartının değil mahkeme tarafından verilmiş bir karar olması şartının arandığı belirtilmiştir. Bu kararların Türk mahkemelerince verilmiş mirasçılık belgesinde olduğu gibi iptalinin istenebileceği vurgulanarak bu bağlamda Nürnberg Asliye Mahkemesince verilmiş mirasçılık belgesinin tanınmasının reddedilmesi kararının bozulmasına oybirliğiyle hükmedilmiştir.

Bir başka Yargıtay kararında⁷⁰ ise mirasçılık belgesi için “...*Bunun doğru olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi, iptali ve düzeltilmesi de istenebilir. Yabancı bir mahkemeden alınmış veraset kararına Türk Hukuku'nun tanıdığı ve kabul ettiği değerden fazla bir güç de yükletilemez. Aksi her zaman ispat edilebileceğine göre tanınması veya tenfizi yoluna da gidilemez...*” tespitinde bulunularak kararın bozulması sonucuna varılmıştır.

Kanaatimizce, yabancı ülke idari makamlarından verilen kararlar MÖHUK'un açık hükmü karşısında tanıma ve tenfiz konusu olamaz. Ancak ilgili ülkenin yetkili mahkemeleri tarafından mirasçılık belgesi verilmişse; bu durumda tanıma-tenfiz şartları açısından öncelikle kararın kesinleşmiş olup olmadığına bakılmalıdır. Bir başka deyişle mirasçılık belgesi verildiği ülke hukukuna göre hem maddi hem de

65 ibid 199 vd.

66 Tanrıbilir (n 31) 137,138, yazarın bu görüşünün gerekçesi için ayrıca bakınız: dn. 75.

67 Yargıtay 2. HD., 808/1284, 10.02.1986, Yargıtay HGK., 625/905, 28.12.1994, lexpera.com.tr, 04 February 2021.

68 Yargıtay 2. HD., 13533/15443, 21.12.2004, lexpera.com.tr, 04 February 2021.

69 Yargıtay 7. HD., 6691/1100, 23.02.2012, lexpera.com.tr, 04 February 2021.

70 Yargıtay 11. HD., 4823/6777, 07.04.2014, lexpera.com.tr, 04 February 2021.

şekli anlamda kesinleşmiş olmalıdır. Bu bağlamda maddi anlamda kesinleşmemiş mirasçılık belgesinin tanıma konusu edilemeyeceği görüşüne katılıyoruz.

Türk hakiminin önüne tanınması talebiyle gelen bir mirasçılık belgesinin çekişmeli yargı yoluyla elde edilmesi ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi halindeyse Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunması bağlamında bir başka tanıma-tenfiz engeli söz konusu olacaktır. Mirasçılık belgeleri terekede yer alan mallar üzerindeki hakka ilişkin etki doğuran ve bu bakımdan önem arz eden belgelerdir⁷¹. Türkiye’de yer alan terekeye dahil taşınmaz mallar açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkiye sahip olması konusunda tartışma yoktur. Bununla birlikte MÖHUK’un 43. maddesinde ihdas edilen yetkinin niteliğiyle ilgili görüşümüzde de belirttiğimiz gibi, Türkiye’de bulunan terekeye dahil mallara ilişkin yalnızca yabancı unsurlu miras davaları açısından değil, mirasçılık belgesinin verilmesi gibi çekişmesiz yargı işleri bakımından da (her ne kadar 43. maddedeki yetki hükmü uygulanmasa da) Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin var olduğunu düşünüyoruz.

VI. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 43.

Maddesine Göre Türk Mahkemelerinin Yetkisinin Niteliği

MÖHUK’un 43. maddesinin münhasır yetki tesis edip etmediği hususu tartışmalıdır. Benzer şekilde miras uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukuktaki yetki kurallarıyla tayinin kabulü halinde HMK’nın 11. maddesinde yer alan kesin yetki kurallarının, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bağlamında münhasır yetki teşkil edip etmeyeceği konusu da tartışılmıştır.

Münhasır yetki kuralı, ilgili uyuşmazlığın mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesini temin eden kurallardır. Uyuşmazlıkla ilgili Türkiye içinde bir veya birden fazla mahkeme yetkili olabilir; önemli olan uyuşmazlığın Türkiye’de görülmesinin sağlanmasıdır⁷². Yargıtay bir kararında⁷³ münhasır yetkiyi “...Münhasır (kesin) yetki kuralları dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır...” şeklinde tanımlamıştır.

MÖHUK’ta hangi yetki kurallarının münhasır yetki teşkil ettiği belirtilmemiştir⁷⁴. Yargıtay HGK’na göre “...Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir.”⁷⁵.

71 Bkz.: Başlık D-1.

72 Nomer (n 2) 480.

73 Yargıtay 18. HD., 12365/483, 17.01.2013, lexpera.com.tr, 30 January 2021.

74 Çelikel and Erdem (n 3) 602.

75 Yargıtay HGK., 1628/894, T. 04.03.2015, (Çevrimiçi), lexpera.com.tr, 30 January 2021.

Bir uyuşmazlıkla ilgili olarak Türk mahkemelerinin münhasır yetkili kabul edilmesinin önemi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde yol açacağı sonuçtan ileri gelmektedir. Tanıma, ilgili yabancı mahkeme kararına Türk mahkemelerince verilmiş bir karar gibi kesin hüküm ve kesin delil etkisi kazandırır; tenfiz ise, bunların yanında, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de icra edilebilir hale gelmesini sağlar⁷⁶. Tenfiz şartlarının sayıldığı MÖHUK’un 54. maddesinin 1-b bendine göre Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olduğu bir konuda verilmiş karar tenfiz edilemez. Benzer durum 58. maddenin atfıyla tanıma için de geçerlidir.

Nomer, taşınmazın aynına ilişkin davalarda iç hukuktaki yetkiyi belirleyen HMK 12. madde hükmünün aynı zamanda münhasır yetki de teşkil ettiğini, bu sebeple taşınmazın aynına ilişkin verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Türkiye’de bulunan taşınmazla ilgili miras sebebiyle istihkak davalarının da tanıma-tenfize konu olamayacağını ifade etmiştir⁷⁷.

Çelikel, Erdem’e göre 43. madde amacı itibariyle özel bir yetki hükmü olarak tesis edilmiştir. HMK’da yer alan kesin yetki kuralı Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından münhasır yetki teşkil etmez. Bununla birlikte terekeye dahil olan mallar bakımından bir ayırım yapmak gerekir. HMK’nın 12. maddesinde yer verilmiş olan taşınmazın aynına ilişkin davalardaki kesin yetki kuralı MÖHUK bağlamında da münhasır yetki teşkil eder. Bu sebeple terekeye dahil olan mallarla ilgili taşınmazın aynından doğan bir davada, taşınmazın bulunduğu yerdeki Türk mahkemesi hem iç hukuk anlamında hem de milletlerarası özel hukuk anlamında kesin/münhasır yetkilidir⁷⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki Çelikel’in 1982 tarihli bir makalesinde 2675 sayılı MÖHUK’un 30. maddesindeki yetki hükmünün (5718 sayılı MÖHUK md.43) son ikametgahı (yerleşim yeri) Türkiye’de olmayan kişiler için düzenlemiş kısmının münhasır yetki teşkil ettiği belirtilmiş, terekeye dahil olan mallar için taşınır-taşınmaz mal ayırımı yapılmamıştır⁷⁹.

Tekinalp’e göre MÖHUK’un 43. maddesinde yer alan yetki kuralları Türk mahkemelerine kesin(münhasır) yetki tesis etmiştir. Yazar maddedeki iki aşamalı yetki kuralları için bir ayırım yapmamıştır. Ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesi, Türkiye’de son yerleşim yeri bulunmaması halinde, terekedeki malların bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkilidir⁸⁰. Bu görüşün doğal bir sonucu olarak yazara göre maddenin yetki alanına giren konularda verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir⁸¹.

76 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 33) 554 vd.

77 Nomer (n 2) 513.

78 Çelikel and Erdem (n 3) 625.

79 Çelikel (n 53) 10.

80 Tekinalp (n 13) 411.

81 ibid.

Esen'in 2002 tarihli bir makalesine göre, MÖHUK'un ilgili maddesi (2675 sayılı kanun md.30,5718 sayılı kanun md.43) münhasır yetki ihdas etmemektedir. Terekeye dahil taşınmazlarla ilgili Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin kaynağı da MÖHUK değil, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarıyla tayin ettiği taşınmazın aynına ilişkin kesin yetki kuralıdır (HMK md. 12)⁸² Hacı Can ve Ekin Tuna da Emre Esen ile aynı görüşü paylaşmaktadır⁸³.

Ekşi, mirasa ilişkin uyuşmazlıklarda doğrudan md. 43'ün uygulanacağı görüşündedir. Terekesi Türkiye'de bulunmayanlar açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkili kabul edilmemesi gerektiğini; yalnızca Türkiye'de terekeye dahil taşınmaz malların yer alması halinde münhasır yetkinin var olduğunu belirtmiştir⁸⁴. Ekşi bu görüşünü HMK'nın 12. maddesine dayandırmamaktadır. Yazara göre söz konusu madde eşya hukukundan doğan uyuşmazlıklarla ilgilidir⁸⁵. Buna karşılık yabancıların Türkiye'de taşınmaz iktisap etmeleri kamu düzeniyle alakalıdır; yabancıların taşınır mallar edinmesinde herhangi bir kısıt olmamasına karşılık taşınmaz mallar konusunda çeşitli kanunlarda sınırlamalar öngörülmüştür. Bu sebeple terekeye dahil olan taşınmaz malların iktisabıyla ilgili olan miras uyuşmazlığında Türk mahkemeleri münhasır yetkiyi haizdir⁸⁶.

Tanrıbilir, Türkiye'de terekeye dahil taşınmaz malların bulunması halinde 43. maddenin Türk mahkemelerine münhasır yetki tayin ettiği görüşüne karşı çıkmaktadır. Tanrıbilir'e göre yetki tesisi yapılırken menkul-gayrimenkul tereke ayrımı yapılmamıştır. Bu sebeple yetki taşınır-taşınmaz tereke açısından bölünebilir nitelikte değildir. Ayrıca HMK'da var olan kesin yetki kuralı MÖHUK'un 43. maddesinin münhasır yetki tesis ettiği anlamına gelmez. Keza madde hükmünün içeriği de münhasır yetki tayin edildiğini gösterir nitelikte değildir. Dolayısıyla 43. madde Türk mahkemelerine münhasır yetki tesis etmemektedir⁸⁷.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin eski tarihli bir kararında 2675 sayılı MÖHUK'un 30. maddesinin münhasır yetki kuralı olduğu belirtilmiştir⁸⁸. Kanunun gerekçesine bakıldığında ise yalnızca TMK ile uyum sağlamak amacıyla ikametgâh yerine yerleşim yeri ifadesinin yazıldığı yer almaktadır⁸⁹.

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde; İsviçre MÖHUK'una göre mirasla ilgili yetki kuralı münhasır yetki olarak tanımlanmamıştır. Ancak İsviçre'de terekeye ait

82 Emre Esen, 'Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı' (2002) 22 (2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 183, 190 vd.

83 Can and Tuna (n 45) 125.

84 Ekşi (n 1) 140.

85 ibid 29.

86 ibid 140 vd.

87 Tanrıbilir (n 31) 137 vd.

88 Çelikel and Erdem (n 3) 625, Yargıtay 2 HD 5494/7289, 24.06.1999, legalbank.net, 02 January 2021.

89 Ruhi (n 18) 162.

taşınmazların bulunması halinde İsviçre mahkemeleri münhasır yetkilidir⁹⁰. Fransız hukukunda benzer şekilde miras ilişkilerinde taşınmazla ilgili uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkilidir⁹¹.

Bizim görüşümüze göre 43. maddenin bütünü ve iç hukuktaki yetki kurallarının bir tekrarı niteliğinde olan ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi, her ne kadar HMK’nın 11. maddesinde yer verilmiş olan kurallar iç hukuk bağlamında kesin yetki teşkil etse de yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerine münhasır yetki tayin etmez. Zira maddenin tamamının münhasır yetki ihdas ettiği kabulü halinde, yabancı mahkemelerin madde kapsamındaki uyuşmazlıklara ilişkin verdiği hiçbir karar tanınamayacak ve tenfiz edilemeyecektir. Bu kabul yalnızca yabancılar için değil yurtdışında yaşayan Türkler için de sorunlar doğuracaktır. Üstelik Yargıtay’ın yukarıda yer verdiğimiz birtakım kararlarında da belirtildiği gibi bir uyuşmazlıkla ilgili Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunun kabulü için kanun koyucunun o davaya ilişkin olarak sadece Türk mahkemelerine yetki tesis edilmesi gerektiği endişesi taşınması gerekmektedir⁹². Bu gaye ise ilgili maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve işin niteliğinden tespit edilebilir⁹³.

Maddenin bütünü incelendiğinde, kanun koyucunun münhasır yetki tayin etme isteğinin ancak ve olsa olsa maddenin ikinci kısmındaki yetki kuralları açısından var olduğu düşünülebilir. Zira maddenin birinci kısmında yalnızca iç hukuktaki yetki kuralı tekrarlanmış, münhasır yetki tayinine dair en ufak bir emare belirtilmemiştir. Ayrıca miras davalarının tamamı niteliği itibariyle Türk mahkemelerine münhasır yetki tayin edilmesini gerektirecek; mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesini gerektirecek davalar değildir.

Bununla birlikte kanun koyucu maddenin ikinci bölümünde iç hukuktakinden ayrı ve farklı bir yetki kuralı tayin etmiştir. Kanımızca kanun koyucunun bu yetki ihdasından muradı Türkiye’de terekeye dahil malların var olması halinde mutlaka Türk mahkemelerini yetkili kılmaktır. Keza Türkiye’de bulunan mallara ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yetkili kılınması, yargı kararlarında yer verilen münhasır yetkinin amacına da uygun düşecek; böylece Türkiye’de bulunan mallar ile ilgili yabancı mahkemelerin verdikleri kararların tanınması ve tenfizi engellenecektir.

Ayrıca maddedeki münhasır yetki hükmünün terekeye dahil malların niteliğine göre değerlendirilmesi gerektiği görüşüne⁹⁴ teknik olarak katılmıyoruz. Zira, Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, münhasır yetki tayininin maddenin konulma amacından,

90 Ebru Akduman, ‘Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi’ (2020) 15 (163) *Terazi Hukuk Dergisi* 466, 475, 1988 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), article 96, 97.

91 Code de procédure civile français, article 44

92 Bakınız: Dn 57.

93 Çelikel and Erdem (n 3) 624.

94 Ekşi (n 1) 140.

ifadesinden ve niteliğinden anlaşılması gerekir⁹⁵. Ancak 43. maddenin gerek lafzi gerekse sistematik yorumundan kanun koyucunun bu yetkiyi taşınır-taşınmaz mallar açısından ayırdığına dair herhangi bir emare bulunmamaktadır. MÖHUK'un 43. maddesine göre Türk mahkemelerine münhasır yetki ihdas edilerek değil, ancak ve ancak HMK'nın 12. maddesine göre Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunun kabulü halinde bu sonuca ulaşılabileceğini düşünmekteyiz.

Sonuç olarak MÖHUK'un 43. maddesi ile ölenin son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması halinde terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesine tahsis edilen yetkinin münhasır yetki olduğu görüşüne katılıyoruz. Ayrıca belirtmek gerekir ki yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkla ilgili olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığı iddiası var ise, bu husus ilk itiraz olarak en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. Aksi halde Türk mahkemeleri yetkili hale gelecektir⁹⁶.

VII. Sonuç

Yabancı unsurlu miras davalarına ilişkin MÖHUK'ta yer alan 43. madde hükmünün özel yetki kuralı olup olmadığı, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bu hükme göre mi yoksa genel yetki kuralı uyarınca iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre mi belirleneceği tartışmalıdır. Yargı kararlarında da bu konuda bir istikrar bulunmamaktadır. Yetki konusundaki karışıklık sebebiyle yerel mahkemelerin yetkisizlik kararları verdiği Yargıtay kararlarında gözlemlenmektedir. Bu durum haliyle yargı sürecini uzatarak etkin ve adil yargılanma hakkını zedeleyecektir.

Bir başka sorun ise 43. madde hükmünün kapsamının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Mirasçılık belgesinin verilmesi gibi çekişmesiz yargı işlerinde mahkemenin yetkisinin maddedeki yetki hükmüne göre mi tayin edileceği konusunda da çeşitli görüşler ve kararlar bulunmaktadır. Bu sorun da Yargıtay kararlarına yerel mahkemelerin yetkisizlik kararı vermeleri şeklinde yansımıştır.

Önemli gördüğümüz bir başka husus ise miras davalarında Türk mahkemelerinin münhasır yetkiyi haiz olup olmadığıdır. Özellikle Türkiye'deki terekeye dahil mallar açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin var olduğunun kabulü halinde bu konuda verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır.

Benzer sorun mirasçılık belgeleri açısından da yaşanmaktadır. Yabancı mahkemelerce verilmiş mirasçılık belgelerinin Türkiye'de yer alan terekeye dahil mallar açısından bir tespit içermesi halinde bu konuda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin var olduğunun kabulü halinde, bu hususta verilmiş hiçbir yabancı mirasçılık

95 Bakınız: dn. 59

96 Çelikel and Erdem (n 3) 608.

belgesi tanınmayacaktır. Aksi düşüncenin kabulü halinde ise ilgili hukuka göre maddi anlamda kesinleşmiş olan yabancı mirasçılık belgelerinin, Türkiye’deki taşınmazlara ilişkin herhangi bir tespit taşınmaması kaydıyla, tanınması söz konusu olabilecektir. Bu konudaki karışıklık neticesinde kimi zaman yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması talepleri reddedildiği gibi kimi durumlarda ise bu talep kabul edilmektedir.

Yargının bu konudaki kararlarının yeknesaklık göstermemesi, yetkisizlik kararlarının verilmesi hem usul ekonomisi açısından hem de adil ve etkin yargılanma açısından sorun teşkil edebilecek niteliktedir. Ayrıca uygulamada da karışıklığa yol açmaktadır.

Kanımızca bu problemlerin halli en başta kanun koyucuya düşmektedir. Yapılacak bir kanun değişikliği ile 43. madde hükmünün özel yetki hükmü olup olmadığı, bu yetkinin münhasır yetki niteliği taşıyıp taşımadığı daha net bir şekilde belirlenmelidir. Benzer şekilde çekişmesiz yargı işlerinde de Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bu hükme göre mi tesis edileceği açıklığa kavuşturulmalı, yabancı ülke mahkemelerinden alınan mirasçılık belgelerinin tanınması konusundaki belirsizlik giderilmelidir. Yargı kararlarında yeknesaklık sağlanabilmesi adına yukarıda yer verdiğimiz problemlerin çözümünü kapsayacak şekilde bir içtihadı birleştirme kararı da verilebilir.

Bize göre bu konulardaki tartışmalar kanuni ve içtihadı çözümlerle giderilinceye kadar Türkiye’deki terekeye dahil mallara ilişkin olan tüm dava ve işlerin çözümünde Türk mahkemeleri münhasır yetkili kabul edilmeli, bu hususta verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfiz talepleri reddedilmelidir.

Teşekkür: Fikirleriyle bana ilham veren, zaman ayırıp çalışmamı değerlendirerek görüşlerini bildiren sayın hocalarım Prof. Dr. Emre ESEN’e, Doç. Dr. İnci ATAMAN FIGANMEŞE’ye, Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Yasemin AYDOĞMUŞ’a ve kıymetli arkadaşım İdil’e; bana her daim destek olan sevgili aileme teşekkürü borç bilirim.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Acknowledgement: I would like to thank my esteemed professors, Prof. Dr. Emre ESEN, Assoc. Prof. İnci ATAMAN FIGANMEŞE, Asst. Prof. Ayşe Yasemin AYDOĞMUŞ, and my dear friend İdil, for inspiring me with their ideas, taking time to evaluate my work, and giving opinions. I am further grateful to my beloved family for always supporting me.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

- Akduman E, ‘Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi’ (2020) 15 (163) *Terazi Hukuk Dergisi* 466-480.
- Arslan İ, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (On iki Levha 2014).
- Arslan R and others, *Medenî Usul Hukuku* (7th edn, Yetkin 2021).
- Aydemir Karademir D, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2019).

- Can H and Tuna E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2019).
- Çelik NB, 'Türkiye'de Yabancılık Unsuru İçeren Mirasçılık Belgelerinin Düzenlenmesi' (2019) 24 (41) *DÜHFD* 439-511.
- Çelikel A, 'Yeni Kanuna Göre Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları' (1982) 2 (2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 7-13.
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş Yayınevi 2020).
- Ekşi N, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku* (2nd edn, Beta 2013).
- Esen E, 'Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı' (2002) 22 (2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 183-206
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021).
- Lale M, *Özeti-İçtihatlı Yargıtay Uygulama-Sında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku* (Seçkin Yayınları 2014).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (21st edn, Beta 2015).
- Özkan I and Tütüncübaşı U, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Adalet Yayınevi 2020)
- Pekgözlü İ, 'E-Devlet Projelerinin Yönetilmesi: PolNet Projesi Örneği' (2012) 17 (17) *Sosyoekonomi* 173-202.
- Ruhi AC, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (4th edn, Seçkin Yayınları 2014).
- Ruhi AC, 'Mirasçılık Belgesi ve Yabancı Bir Ülke Mahkemesinden Alınan Mirasçılık Belgesinin Türkiye'de Tanınması' (2014) 9 (92) *Terazi Hukuk Dergisi* 14-28.
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020)
- Süral C, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi' (2012) 100 *TBB Dergisi* 167-216.
- Tanrıbilir FB, 'MÖHUK ve Mirasa İlişkin Bağlama Kurallarının Uygulanmasında Öne Çıkan Hususlar' in Feriha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (Adalet Yayınevi 2018) 125-148.
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat Kitapçılık 2020).
- Toker AG, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı* (Adalet Yayınevi 2020).

Extraterritorial Implications of Turkish Legislation

Türk Mevzuatının Ülkeaçıcı Etkileri

Bilgin Tiryakioğlu*

Abstract

Prescriptive jurisdiction of states is based on principles such as territoriality, nationality, passive nationality, universality, and protection. Although jurisdiction to prescribe is limited to the territory of the relevant State, geographic scope of application of any legislation can be determined in an extraterritorial manner. Regardless of the intense discussions on this issue, extraterritorial prescriptive jurisdiction is not considered a violation of international law. Decision of the Permanent Court of International Justice which was rendered in the *SS Lotus* case was accepted as the basis for objective territoriality principle and effect doctrine. In other words, States can exercise prescriptive jurisdiction for acts and conducts committed abroad that have an impact on their countries. Principle of objective nationality and effect doctrine are not the only basis for the application of legislation of a state to the conducts taking place abroad or persons living in another country. A state can also exercise extraterritorial prescriptive jurisdiction relying on the principle of passive nationality, protection principle or another basis. In Turkish law, geographic scope of application of an act and other legislation are rarely determined expressly on an extraterritorial basis. The extraterritoriality of any rule is defined by interpretation taking into account the purpose of the relevant rule. Extraterritorial application or implication of Turkish law can be seen in various areas such as legislation on anti-trust, personal data protection, anti-corruption, and securities. In addition to legislations regarding these issues, other legislations that have extraterritorial scope of application in Turkish law are discussed in this study.

Keywords

Principles of Jurisdiction, prescriptive jurisdiction of States, extraterritoriality, effects doctrine, *SS Lotus*

Öz

Devletlerin kural koyma yetkisi, ülkesellik, kişisellik, pasif vatandaşlık, evrensel yetki ve ülke güvenliği gibi ilkelere dayanmaktadır. Kural koyma yetkisi devletin ülkesi ile sınırlı olsa da bir kanun veya kuralın uygulama alanı ülke aşıcı bir şekilde belirlenebilir. Bu konudaki yoğun tartışmalara rağmen, bir devletin kendi kanunlarının uygulama alanını kendi ülkesi dışında etkili olacak şekilde belirlemesi milletlerarası hukukun ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Uluslararası Daimî Adalet Divanının *Bozkurt-Lotus* davasında vermiş olduğu karar objektif ülkesellik ve bunun ekonomi hukuku alanındaki yansımaları olan etki doktrininin dayanağı olarak kabul edilmektedir. Devletler ülkeleri üzerinde etkili olan eylem ve işlemlere kendi kanunlarını ve diğer düzenlemelerini ülke aşıcı şekilde uygulayabilir. Objektif ülkesellik ilkesi, dolayısıyla etki kriteri bir devletin kendi kanunlarını ve diğer düzenlemelerini yurt dışında bulunan kişi ve orada gerçekleşen olaylara uygulamasının tek dayanağı değildir. Devletler bazen pasif vatandaşlık ilkesine, bazen ülke güvenliği ilkesine veya diğer ilkelere dayanarak ülkeaçıcı bir şekilde kural koyma yetkisini kullanabilir. Türk hukukunda, kanunların ya da diğer mevzuatın uygulama alanının ülke aşıcı olarak açık bir şekilde belirlendiği durumlara nadiren rastlanmaktadır. Bir düzenlemenin uygulama alanının ülke aşıcı olup olmadığı, kuralın amacı göz önüne alınarak yorum yoluyla tespit edilmektedir. Ülkeaçıcılık rekabet, kişisel verilerin korunması, yolsuzlukla mücadele ve sermaye piyasası gibi pek çok alanda ortaya çıkabilir. Türk hukukunda ülke aşıcı etkileri olan kanun ve diğer düzenlemelerden bazıları bu çalışmada ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yetkiye ilişkin ilkelere, devletlerin kural koyma yetkisi, ülkeaçıcılık, etki doktrini, *Bozkurt-Lotus*

* Correspondence to: Bilgin Tiryakioğlu (Prof. Dr.), İhsan Doğramacı Bilkent University, Faculty of Law, Department of Private International Law, Ankara, Turkey. E-mail: bilgint@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0001-5574-1525

To cite this article: Tiryakioğlu B, "Extraterritorial Implications of Turkish Legislation" (2021) 41(2) PPII 931.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.1024744>

Extraterritorial Implications of Turkish Legislation

Introduction

This paper aims to provide a comprehensive description of the law and practice in Turkey regarding the extraterritorial reach of legislation. It covers only legislative (prescriptive) jurisdiction. Thus, issues related to the enforcement of Turkish statutes and regulations are excluded. To that end, we will first lay out the fundamental principles that the explanations of this article will be based on when exploring the extraterritoriality of Turkish legislation. Thereafter, a look into the distinction between the broad and narrow sense of extraterritoriality will be laid out. Third, this paper will provide a brief historical overview of how extraterritoriality came about in Turkey, followed by the basis of its application in Turkish law. The remainder of the paper will explore the applications of extraterritoriality as we see under Turkish law in various fields of law and ultimately conclude with remarks on the necessity to ensure international cooperation if extraterritoriality is to reach its desired level of application.

Prescriptive jurisdiction, which is the power to enact legal norms as an aspect of state sovereignty¹, is based on the principle of territoriality and nationality (personal jurisdiction) as generally accepted in international law. In addition to territoriality and nationality principles, passive personality, security, and universality principles can be also employed as a basis for exercising jurisdiction; all of the above may lead to the extraterritorial application of Turkish legislation.

Pursuant to the territoriality principle, acts carried out within the territory of Turkey fall under Turkey's jurisdiction. This principle is commonly accepted when exercising jurisdiction to prescribe in criminal matters². Turkey also exercises its territorial jurisdiction over an act when at least one of its constituent elements occurred within its territory, i.e. an act initiated in one state other than Turkey (subjective territoriality³), but completed, or caused the effects thereof in Turkey (objective territoriality⁴).

Personal jurisdiction based on the principles of nationality allows a state to enact legislation over its nationals, wherever they may be⁵. This is also called the active nationality principle.

1 Antonio Cassese, *International Law* (2nd edn, Oxford 2005) 49.

2 Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (18th edn, Turhan 2019) 177.

3 Subjective territorial jurisdiction is defined as “exercise of prescriptive jurisdiction by a State in circumstances where it applies its law to an incident which is initiated within its territory but completed outside its territory”. Christopher Staker, “Jurisdiction” in Malcom D. Evans (ed), *International Law* (4th edn, Oxford 2014) 317.

4 Objective territorial jurisdiction is defined as “exercise of prescriptive jurisdiction by a State in circumstances where it applies its law to an incident that is completed within its territory, even though it was initiated outside its territory”: Staker (n 3) 317.

5 Wade Mansell and Karen Openshaw, *International Law-A critical Introduction* (2nd edn, Hart 2019) 43.

The passive personality principle permits states to claim jurisdiction over a foreign national for offenses committed abroad that affect its own nationals⁶.

Prescriptive jurisdiction that is based on the principles of security or protection permits a state to exercise prescriptive jurisdiction over any act or conduct violating national security or other important state interests⁷. Counterfeiting of a State's currency is one of the well-known examples of protective principle⁸.

These principles are usually based on a connection with the asserting State, such as nationality, the protective or security principle.

Universal jurisdiction is based on the nature of the crime committed by the alleged perpetrator. Any state should have the authority to hold them accountable, regardless of where the crime was committed or the nationality of the perpetrator or the victim⁹. The universality principle, unlike other principles mentioned above, does not require particular nexus with a State for exercising jurisdiction¹⁰. This jurisdiction is exercised when the perpetrator is present within the state's territory. In this case, a state is allowed to exercise jurisdiction in extraterritorial basis due to a specific set of very serious crimes, such as crimes against humanity, war crimes, genocide, and torture.

The extraterritorial application of any law may occur as a result of exercising one of the above-mentioned principles of jurisdiction.

I. Broad or Narrow Sense of Extraterritoriality

Extraterritorial application of any legislation in a broad sense is a very common phenomenon once the effects of the legislation transcend the boundaries of Turkey. Therefore, extraterritoriality may appear in any case in which Turkish law is applicable to transactions, situations or relations that are in contact with a foreign legal order, irrespective of personal or territorial nature of connecting factor used in a choice of law rule¹¹. Each legislation, then, can be considered as extraterritorial in the broad sense whenever it is applicable, by way of choice of law rules, to a situation that has certain foreign elements. However, in the event that a Turkish choice of law rule that uses the territorial connecting factor indicates that the law of 'the country where the effects occur' is governing law, Turkish law may apply extraterritorially, providing that Turkey is the country affected. Accordingly, if choice of law rules with territorial connecting factor results in the application of law of the forum, such legislation will not be considered extraterritorial in the broad sense.

6 R Y Jennings, 'Extraterritorial Jurisdiction and United States Antitrust Law' (1957) 33 Brit YB Int'l L 148,161.

7 Mansell and Openshaw (n 5) 44.

8 Staker (n 3) 321.

9 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk* (2nd edn, Seçkin 2013) 283.

10 Sinan Kocaoğlu, 'Evrensel Yetki' (2005) 60 TBB Dergisi 189, 193.

11 Alan V Lowe, 'The problems of extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution' (1985) 34 International and Comparative Law Quarterly 724, 726.

In this study, we will focus on the extraterritorial application of Turkish statutes and regulations in the narrow sense (i.e. situations where the scope of the application of substantive Turkish legislation prescribed is based on the principles of jurisdiction as outlined above). States, in principle, are not allowed to assert jurisdiction over conducts that are executed outside its territory, without having any connection thereto. With the exception of exercising universal jurisdiction, international law generally requires a state to demonstrate certain connection to its territory, nationality, or national security interests for its legislation to apply extraterritorially. Therefore, extraterritoriality, in the narrow sense, does not constitute a violation of international law, even if it causes severe problems for both individuals and other states involved. These problems merely indicate that when defining the scope of any legislation, a weak connection is used with the state in question.

In order for some legislations to achieve their purpose and to be efficient, especially in the area of economic legislation and regulations, their extraterritorial application may sometimes be inevitable. The core issue, then, is whether the scope of the application of these regulations is defined in an excessive or restrictive manner. A restrictive geographic scope of application of an economic or any other legislation indicates that a state only applies that legislation in cases where there is close contact with its own legal order, whereas an excessive geographic scope of a legislation entails the application of that legislation even in cases where connection with the state's own legal order is very weak. This study covers the extraterritorial application of Turkish legislation irrespective of their excessive or restrictive scope of application.

II. Historical Background of Extraterritoriality in Turkey

Becoming popular only in the 1980s, when Turkey adopted the open-door policy and enacted liberal economic regulation, the extraterritorial reach or application of Turkish statutes or legislation had been already acknowledged in the field of criminal law, and in some protective economic regulation after the establishment of the Republic of Turkey in 1923. Legislation regarding antitrust matters attracted scholars' attention in the 1990s, while anti-corruption, environment, and protection of personal data have recently garnered attention due to their extraterritorial effects over foreign conduct or persons.

It should be noted that the geographic scope of most statutes and legislations are not clearly defined in Turkish law. Therefore, each provision in question has to be construed individually as to ascertain its scope of application, as well as its extraterritorial application or implications.

Extraterritoriality does not only occur in the field of substantive law, such as legislation concerning competition, banking and securities, anti-corruption and protection of personal data, but in the field of procedural law regarding discovery of documents that prove alleged breach of regulation on economics. However, this is irrelevant for Turkish law which does not contain rules that lead to the extraterritorial

application of procedural rules like discovery -in particular those applied by American courts- in disputes related to economic issues.

III. The Basis of Extraterritorial Application of Turkish Law

A. *S.S Lotus Case*

Public international law scholars acknowledge the decision of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in *S.S. Lotus* case¹² as the basis for the objective territoriality principle and *effect doctrine* in Turkey¹³. *Lotus* is known as a leading case addressing a sovereign state's jurisdiction in general. In this case, A French mail steamer collided with a Turkish collier Boz-Kourt on the high seas, and eight Turkish nationals who were on board perished. When the French ship entered the Istanbul port, the Turkish police arrested the French watch officer and charged him with manslaughter.

The PCIJ sustained Turkey's assertion of jurisdiction and held that a state may exercise prescriptive jurisdiction unless a rule of international law prohibits that state from exercising jurisdiction. The PCIJ's holding reveals that exercise of jurisdiction over objective effects emanating from conduct occurring outside a state's territory is not contrary to international law¹⁴. Being a court decision concerning criminal law does not diminish the value of the *Lotus* decision as a source of the effect doctrine. As a matter of fact, if the effect doctrine is accepted in the field of criminal law, it is hard to explain why it cannot be accepted in other fields of law, such as antitrust, anti-corruption, and protection of personal data.

B. Effect Doctrine

In Turkish law, direct extraterritoriality¹⁵ is mostly based on the principle of objective territoriality, which is known as the *effect doctrine*¹⁶ in the field of economic legislation. In other words, one can assume that the extraterritorial application exists

12 *SS Lotus* PCIJ (ser. A) no 10 (7 September 1927) 19.

13 Aksar (n 9) 280.

14 "It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory; and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion, which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable": *SS Lotus* PCIJ (ser. A) no 10 (7 September 1927) 19.

15 The term of direct extraterritorial jurisdiction is borrowed from the report by Jennifer A Zerk, A Report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to Help Inform the Mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights, June 2010, Working Paper No 59. <https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/crj/files/workingpaper_59_zerk.pdf> accessed 23 October 2021.

16 Effects doctrine was first introduced to competition law in the opinion of Judge Learned Hand in *Alcoa* case, *US v Aluminium Co of America*, the USA asserted jurisdiction over the conduct of a non-US company whose activities were intended to affect imports to or exports from the USA. 148 F.2d 416 (1945). Judge Learned Hand's opinion became the foundation for the application of the "effects" doctrine in the competition law: Najeeb Samie, 'The Doctrine of "Effects" and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws', Najeeb Samie, 'The Doctrine of "Effects" and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws' (1982) 14/1/3 U Miami Inter-Am L Rev 23, 27 (available at: <http://repository.law.miami.edu/umialr/vol14/iss1/3>).

inherently in all cases, provided that the effects of any conduct or acts taken abroad occur in Turkey. It would then be reasonable to argue that a close relationship exists between the issue of extraterritorial application and the effect doctrine with regard to regulation on economics in particular. For example, one of the reasons for applying Turkish competition rules can be the anti-competitive actions committed in the territory of another state that produces adverse effects in the good or service markets of Turkey.

The main issue that should be discussed here is not the mere effect that triggers the extraterritorial application of a particular legislation, but the qualities that this effect should have. For example, the fact that the extraterritorial application of a particular provision of law may rely on any indirect influence on the Turkish market would be controversial in terms of international law. However, even an indirect effect over the country itself does not require us to conclude that extraterritorial jurisdiction is absolutely contrary to international law. The PCIJ in the *Lotus* Case does not prohibit a State from extending its own law to the individuals, goods, and actions outside of its territory, but rather grants a broad freedom to States in this regard.¹⁷

In many regulations in the field of economic law, the Turkish legislator took the advantage of that freedom granted to States by international law and employed the effect test in determining the geographic scope of the relevant legislation.

C. Misunderstanding of the Intervention of Public Order in Cases With A Foreign Element

In some incidents, public order has been employed as a basis for extraterritorial application in Turkish law, which reveals that Turkish courts frequently misunderstand the nature of public order in private international law. Indeed, the occurrence of extraterritorial effect or application of any regulation cannot be anticipated where the geographic scope of legislation is not designated explicitly or implicitly on an extraterritorial basis. However, in such cases, the practice of Turkish courts calls for the extraterritorial application of certain mandatory rules of Turkish law. In particular, in the case where foreign law is applicable in accordance with the Turkish choice of law rules, Turkish courts apply certain provisions of the Turkish Labor Act¹⁸ on the grounds of public order simply because the person who was employed in a foreign country is a Turkish national.¹⁹ It should be noted that Turkish court practice with regard to the foregoing would be acceptable if the scope of application of Turkish Labor Act was based on the principle of passive personality.

17 *SS Lotus* PCIJ (ser. A) no 10 (7 September 1927) 19.

18 İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 22.05.2003/25134.

19 The Turkish Supreme Court has held that "*In Turkish labor law, the provisions regarding the jurisdiction of labor court and employment security are mandatory in nature and they are accepted in the sphere of public policy... therefore Turkish law should be applicable*" (Turkish Supreme Court, 9th Civil Chamber, 31301/30289, 25.10.2010).

IV. Extraterritorial Application of Turkish Law in Different Fields

A. Legislations Having Rules Regarding the Geographic Scope of Application

1. Competition Law

a. Jurisdiction based on the ‘effects’ doctrine

Act No 4054 on the Protection of Competition²⁰ is one of the few examples that clearly defines the scope of its geographic application. The primary reason behind adopting Act No 4054 in the 1990s was the new economic model introduced in Turkey in the 1980s as well as Article 167 of the Turkish Constitution²¹ that places a duty and responsibility on the State to prevent monopolization and cartel formation in markets. The customs union between the European Union (EU) and Turkey²² also played an important role in the enactment process of Act No 4054²³.

The purpose of the Act No 4054 as explained in its Article 1 is to prohibit agreements, decisions and practices preventing, distorting or restricting competition in markets for goods and services, and the abuse of dominance by the undertakings in the market, and to ensure the protection of competition by performing the necessary regulations and supervisions to this end. In order for realizing foregoing purpose, Article 2 of this Act employs the ‘effect’ test to ascertain Act No 4054’s scope of application²⁴. As previously stated, objective territoriality came to be known as the ‘effects doctrine’ with regard to application of competition law. Article 2 of the Act envisages that:

“(T)his Act covers all agreements, decisions and practices which prevent, distort or restrict competition between any undertakings operating in or affecting markets for goods and services within the borders of the Republic of Turkey; abuse of dominance by dominant undertakings in the market; any kind of legal transactions and behavior having the nature of mergers and acquisitions which may significantly decrease competition; and transactions concerning the measures, observations, regulations and supervisions aimed at the protection of competition”.

The expression “*affecting markets for goods and services within the borders of the Republic of Turkey*” in this provision is the obvious embodiment of the effect principle, which derives from the objective territorial jurisdiction. As a matter of fact, this article was considered as a unilateral choice of law rule that leads to the application of Turkish

20 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4054, Kabul Tarihi:7.12.1995, RG 13.12.1994/22140.

21 As per Article 167, “*The State shall take measures to ensure and promote the sound, orderly functioning of the money, credit, capital, goods and services markets; and shall prevent the formation, in practice or by agreement, of monopolies and cartels in the markets. In order to regulate foreign trade for the benefit of the economy of the country, the Council of Ministers may be empowered by Law to introduce or lift additional financial impositions on imports, exports and other foreign transactions in addition to tax and similar impositions*”.

22 It was put into effect on January 1, 1996.

23 Act No 4054 is based mostly on Articles 81 and 82 of the Treaty of Rome.

24 Kemal Erol, *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması* (Rekabet Kurumu 2000) 161.

law when Turkish market was affected by anticompetitive conducts and transactions, given the fact that any bilateral conflict of law rule in Turkish Private International Act (PILA)²⁵ did not exist at that time²⁶.

Although Act No 4054 was modeled on the principles of EU competition law, Article 58(2) of the Act was inspired by American antitrust law that faced harsh criticism over the past 100 years²⁷ – namely Section 4 of the Clayton Act, stipulating treble damages. Article 58 (2) provides that:

“If the damage arises from an agreement or decision or gross negligence of the parties, the judge may, upon the request of the injured, award compensation by three-fold of the material damage incurred or of the profits gained or likely to be gained by those who caused the damage”.

Fortunately, Article 58 of Act No 4054 has not encountered a similar reaction by other states since it did not have the opportunity to be applied in disputes containing a foreign element.

b. Applying Act No 4054 by way of choice of law rules in situations presenting foreign elements: the test of direct effects

It should be noted that when the effects of an agreement, decision or practice which prevent, distort or restrict competition occur in a country other than Turkey, Turkish choice of law rules provides the application of the law of the affected country. Law No 5718 on Private International Law and Procedural Law (PILA)²⁸, in Article 38, provides the application of the law of the state whose market is *directly affected* with regard to the claims resulting from the prevention of competition²⁹. As such, Act No 4054 will be applicable by way of choice of law rules when the Turkish market is directly affected by an act or conduct carried out in Turkey or in a foreign country. This also constitutes the extraterritorial application of Turkish law.

25 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2675, Kabul Tarihi: 20.5.1982, RG 22.5.1982/17701.

26 Bilgin Tiryakioğlu, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997) 153.

27 See also Leon B. Greenfield and David F. Olsky, ‘Treble Damages: To What Purpose and to What Effect?’ British Institute of International and Comparative Law Conference on International Cartels – Comparative Perspectives on Practice, Procedure and Substance (2 February 2007) 1, 2-3. (Available at <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjvuZWv5J30AhW18rsIHXT4CJMqFnoECagQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.wilmerhale.com%2F-%2Fmedia%2Ffiles%2Fwilmerhale_shared_content%2Ffiles%2Feditorial%2Fpublication%2FTreble-damages-article_-biicl-conference.pdf&usg=AOvVaw0DMd0AptZeppElzZkdB5ff>) Accessed 23 October 2021.

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

29 However, this provision does not contain any rule regarding to the applicable law in cases where the effects of the acts permeate over different countries: Bilgin Tiryakioğlu, ‘Private International Law Aspects of Competition Law and Unfair Competition Matters under Turkish Law’ in Paul Beaumont and Burcu Yüksel (eds), *Turkish and EU Private International Law-A Comparison* (XII Levha 2014) 254.

c. Responding to extraterritorial practices of other states

Article 38(2) of the PILA is the single example of Turkish law that can be considered as a response to extraterritorial practices of other states. Under Article 38(2), if the amount of compensation provided by applicable foreign law is more than the one stipulated by Turkish law, that exceeding amount cannot be ruled by a Turkish court. This article obviously seems to prevent the application of the law of a state whose market is directly affected if it stipulates compensation that is more than what Turkish law provides for. In the Turkish law context, this provision is confusing, simply because on the one hand, Act No 4054 provides triple damages, while on the other hand, Turkish PILA tries to stop triple damages stipulated by rules of foreign competition law³⁰. PILA Article 38(2) could have been considered an efficient rule if triple damages had not been stipulated in Turkish law.

2. Anti-corruption regulations

a. Impact of international conventions on the domestic regulations

International Conventions to which Turkey is a party to regarding anti-corruption establish the basis for domestic law since the most important obligation envisaged in those conventions is to regulate the act of corruption as a typical crime in its domestic law³¹. Turkey ratified the United Nations Convention against Corruption, Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption (Strasbourg, 27.1.1999), and the Council of Europe *Civil Law Convention on Corruption*, (4 November 1999), as well as the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions³². The last one has a significant impact on Turkish Penal Code. For anti-corruption regulations to be efficient, they must have a scope of application on an extraterritorial basis, as well as require cooperation between states in combating corruption.

b. Application of Turkish Penal Code

As a result of above-mentioned international conventions, the Turkish Penal Code (Law No 5237)³³ has provisions which make the act of corruption as a typical crime.

30 Bilgin Tiryakioğlu, 'Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk', in *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri* (Legal 2010) 218.

31 Deniz Kızılsümer Özer, *Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Yolsuzlukla Mücadele* (12th edn, Yetkin 2016) 43.

32 The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 17 December 1997 (including OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions) (signed 17 December 1997; ratified 26 July 2000). The abolished Turkish Penal Code Law No 765 was amended in 2003 and complied with the OECD Convention. In this context, the criminal responsibility of foreign public officials is regulated as a typical crime in the abolished Turkish Penal Code, which previously did not have a provision on the processing of bribery outside Turkey: Okan Demirkan, Bülent Pınar and Gözde Kabadayı, 'Turkey' in Mark F Mendelsohn (ed), *The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review* (4th edn, Law Business Research 2015) 244. <<https://www.kolcuoglu.av.tr/Uploads/Publication/the-anti-bribery-and-anti-corruption-review-turkey-chapter.pdf>> Accessed 23 October 2021.

33 Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

Article 8 of the Penal Code defines its geographic scope, which is based on the territoriality principle, as the title of the article suggests. Pursuant to Article 8 “*Turkish law shall apply to all criminal offences committed in Turkey. Where a criminal act is partially, or fully, committed in Turkey, or the result of a criminal act occurs in Turkey the offence shall be presumed to have been committed in Turkey*”. We can conclude that the Turkish Penal Code may be applicable on an extraterritorial basis since the foregoing provision covers acts that are partially committed in Turkey.

Article 252 of the Turkish Penal Code regarding bribery was amended in 2012³⁴ in line with the OECD Convention³⁵. In this context, the scope of the bribery crimes has been expanded, and bribery outside Turkey, which was not previously covered by the law, has been regulated as a typical crime. This provision reads as follows:

“Where the offence of bribery that falls within the scope of paragraph 9 is committed, although by an alien abroad, with regard to a dispute to which;

a) Turkey,

b) a public institution in Turkey,

c) a private law legal person established according to Turkish laws,

d) a Turkish citizen,

is a party, or to perform or not to perform a transaction concerning these institutions or persons, ex officio investigation and prosecution are initiated against the persons who receive, request, accept the offer or promise of a bribe, mediate these, obtain an undue advantage for himself in connection with bribery relationship, if they are present in Turkey”.

As understood from the wording of this provision, the jurisdiction is based on the objective territoriality since the crime is committed abroad. Accordingly, this article is applicable on an extraterritorial basis, whereas the majority of the provisions in the Turkish Penal Code are territorial in nature.

B. Statutes or Regulations that are Silent as to their Geographic Scope

1. In the field of unfair competition

a. Absence of any rule regarding geographic scope

Provisions concerning unfair competition are mainly included in the Turkish Commercial Code No 6102 (TCC)³⁶. The purpose of unfair competition provisions,

34 Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Davaya ve Cezaların Erteleme Hakkında Kanun, Kanun Numarası 6352, Kabul Tarihi: 2.7.2012, RG 5.7.2012/28344 (Article 87).

35 Ministry of Justice, General Directorate of International Law and External Relations: Prevention of Bribery Given to Foreign Public Officials in International Trade Transactions and Turkey’s Compliance, Ankara 2013, 5.

36 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846. Unfair competition has been set forth in TCC between its Articles 54 and 63.

as stipulated in Art 54 of the TCC, is “to establish a fair and uncorrupted competition in favor of all participants”. Neither the TCC in general nor its articles on unfair competition are meant to have a scope of application on an extraterritorial basis. Accordingly, provisions regarding unfair competition cover individuals and companies located in Turkey.

b. Applying unfair competition rules by way of choice of law rules in situations with foreign elements

Turkish choice of law rules regarding unfair competition may lead to extraterritorial application since Art 37 of PILA employs the *effect doctrine* in determining the applicable law to unfair competition. Art 37(1) stipulates the application of the law of state the market of which is *directly affected* with regard to claims resulting from unfair competition. Therefore, Turkish substantive rules on unfair competition included in the TCC will apply in the event that the Turkish market is *directly affected* by those acts which constitute unfair competition.

c. Response to acts on unfair competition that distort the Turkish market

In addition to provisions in the TCC, Turkey has unfair competition provisions with regard to antidumping under Law No 3577 on the Prevention of Unfair Competition in Imports³⁷. This law was enacted in accordance with Art 167 (2) of the Turkish Constitution and the GATT Subvention Code, to which Turkey is a party, and sets forth rules and principles with regard to procedures to be applied and measures to be taken for purposes of protecting a domestic industry against damages caused by unfair competition in imports. Although there is no rule which defines the geographic scope of the Law No 3577, its provisions inherently have extraterritorial implications since they are applicable to foreign undertakings and companies as a response to their conducts that distort competition in the Turkish domestic market.

2. Securities

a. Absence of any Rule regarding scope of application

Securities is a field of law in Turkey that is regulated by an extensive range of statutes and regulations, and it is constantly changing. The Capital Market Law (No 6362)³⁸ is the primary legislation with regard to securities the purpose of which is to regulate and supervise capital markets to ensure the functioning and development of capital markets in a secure, transparent, efficient, stable, fair and competitive environment, and to protect the rights and interests of investors. Law

37 İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3577, Kabul Tarihi: 14.6.1989, RG 1.07.1989/2021.

38 Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513.

No 6362 does not have a provision which expressly defines its geographic scope of application. This does not mean that the application of Law No 6362 is only limited to Turkish territory. As a matter of fact, the purpose of the legislation on securities can sometimes be realized by extraterritorial application of certain provisions, especially when the effects of conducts taken place abroad occur in Turkey or are aimed at Turkish nationals. For this reason, it is necessary to construe each provision individually in order to determine whether it requires an extraterritorial application or not. The following are a few examples that help to understand the extraterritorial nature of provisions regarding securities.

b. Individual examples of extraterritoriality regarding security regulation

aa. Insider trading

Art 106 of Law No 6362, which prohibits insider trading and imposes sanctions, does not expressly mention whether the actions concerning insider trading were committed in Turkey or not. On the contrary, in order for the provision to achieve its purpose, it is supposed to have extraterritorial implications if the actions regarding insider trading were carried out abroad have effects in the Turkish capital market. The nationality of the offender does not have any role as long as the effects of the conducts occur in Turkey³⁹. Art 106(1) provides that:

“The persons mentioned below who place purchase or sale orders for capital market instruments or change the orders they have place or cancel them, and thus provide a benefit for themselves or someone else based on information directly or indirectly concerning capital market instruments or issuers which can affect the prices of related capital market instruments, their values or the decisions of investors and which have not yet been declared to the public, shall be sentenced to imprisonment from (Amended phrase under Article 37 of Law No. 7222 dated 20.02.2020) three years up to five years or be punished with judicial fine:

- a) Managers of issuers or those of their subsidiaries or their controlling corporations,*
- b) Persons who possess this information by holding a share in issuers' or in their subsidiaries or their controlling corporations,*
- c) Persons who possess this information due to performing their jobs, professions and tasks,*
- ç) Persons who obtained this information by committing crimes,*
- d) Persons who know that the information they possess is of the nature mentioned in this paragraph or that should know it in case when demonstrated. However, if a judicial fine has been imposed due to this crime, the fine to be imposed shall not be less than twice the benefit obtained.”*

³⁹ Although there is no regulation regarding the scope of Article 106(1), this kind of violation is also regulated in Turkish Penal Code. Therefore, it should be evaluated within the scope of the Turkish Penal Code which also gives rise to extraterritorial application. See also: Sanlı Baş, *İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Konusundaki Düzenlemelerin Ülke Dışı Uygulanabilirliği* (Sermaye Piyasası Kurulu 1999) 23-24.

bb. Crowdfunding

Article 13 of Communiqué on Share-Based Crowdfunding (*Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği*)⁴⁰ is another example of extraterritorial implications by way of interpretation with regard to the purpose of the provision. This Communiqué is applicable to foreign companies located abroad as the title of the article suggests (ie “activities of platforms located abroad”). Article 13 reads as follows:

“(1) Provided that promotion, advertising and marketing activities have not been carried out for residents in Turkey, crowdfunding transactions that Turkish residents participate in through platforms located abroad, accounts opened abroad for this purpose, cash and other assets sent to such accounts and the transactions they carry out through these accounts are not covered by this Communiqué.

“(2) Within the scope of application of the first paragraph, in the event that the platforms located abroad set up a place of business in Turkey, create a Turkish website, and carry on promotional and marketing activities directly and/or through persons or institutions based in Turkey in relation to the crowdfunding activities will be accepted activities are directed towards the residents of Turkey and the provisions of this Communiqué shall be applied”

From the wording of Article 13(2) of this Communiqué, one can easily conclude that the passive personality principle is accepted since it requires that *activities are directed towards the residents of Turkey* even if they are committed abroad.

cc. Confidentiality obligations

Although Law No 6362 is silent as to its geographic scope, Article 87 regarding trade repositories also has extraterritorial implications. It reads as follows:

“(1) With the purpose of monitoring systemic risk and maintaining financial stability, in what regards capital market transactions, the Board may request from those executing these transactions that information regarding these transactions be notified under the form and content it shall determine directly to itself or to a trade repository that it would authorise. In the context of this Article, those who are obliged to make a notification may not refrain from providing requested information by relying on the secrecy and confidentiality provisions in their special legislation.

“(2) In the event that the notification is made to a trade repository authorised by the Board, obligations of the related trade repository, the form and media in which information shall be kept as well as principles and procedures concerning activities in relation to their duties under this Article shall be determined with a regulation to be published by the Board.

“(3) Sharing of information kept at trade repositories with third persons, including public legal entities, shall be subject to the approval of the Board. The legislation concerning the usage of personal data shall be complied with in the implementation of this paragraph.

“(4) In order to increase efficiency in data storage, the Board may require persons executing financial transactions in Turkey to obtain an identifier code or number from an institution to

40 Kitle Fonlaması Tebliği, Tebliğ Numarası: III-35/A.2, RG. 27.10.2021/31641. It was issued in alignment with The Capital Market Law (No 6362).

be determined by the Board. The principles and procedures regarding the implementation of this paragraph shall be determined by the Board.”

dd. Foreign Capital Market Instruments, Depositary Receipts and Foreign Investment Funds

Communiqué No VII-128.4, on Foreign Capital Market Instruments, Depositary Receipts and Foreign Investment Funds⁴¹, is also silent as to its geographic scope; however, from Article 2 of this Communiqué, which defines its subject matter scope, we can conclude that it has extraterritorial implications. Pursuant to the provision;

“[T]he transactions mentioned below in relation to sales of foreign capital market instruments and depositary receipts and foreign investment funds units through or without public offering in Turkey are subject to the provisions of this Communiqué, and filing an application with the Board is mandatory to execute these transactions”.

Accordingly, when public offering or sale is made in Turkey regarding foreign capital market instruments, the provisions of this Communiqué are applicable.

ee. Independent auditing

Similarly, Article 15 of the Communiqué, which relates to independent auditing, may have extraterritorial implications since it includes foreign companies irrespective of the country of their location, which can be Turkey or not. The provision stipulates that:

“Financial statements of foreign corporations are, in terms of independent audit obligation, subject to the same principles applied to financial statements of corporations which are similar and/or capital market instruments of which are listed and traded in the same market / platform of stock exchange. Independent auditing of financial statements is required to be conducted in accordance with the principles determined by the Board or the International Audit Standards published by the International Federation of Accountants (IFAC). This must be clearly stated in the independent audit opinion...”

Article 16 (1) of Communiqué (No VII-128.4), which provides for compliance with other capital market regulations, includes a choice of law rule: the applicable law to financial and administrative rights associated with foreign capital market instruments and use of them is the law of the home country of foreign corporation. This provision reads as follows:

“Financial and administrative rights associated with foreign capital market instruments and use of them are subject to the pertinent laws of the home country of foreign corporations. Prospectus shall provide information about laws and regulations of that country pertaining to these rights and about how these rights will be exercised within the frame of CRA⁴² regulations”

41 Yabancı Sermaye Piyasası Araçları ve Depo Sertifikaları ile Yabancı Yatırım Fonu Payları Tebliği, Tebliğ No: VII-128.4, RG 23.10.2013/28800.

42 Central Registry Agency Incorporation.

However, foreign corporations may be subjected to Turkish law for situations referred to in Article 16(3) under which foreign corporations are exempt from regulations of the Capital Markets Board pertaining to profit distribution and corporate governance (unless deemed necessary by the Capital Markets Board). It is redundant to say that Turkish law will be extraterritorially applicable if the Board were to deem it necessary for corporations to be subjected to Turkish regulation. Another occasion for extraterritorial application under this article is the provision that envisages the implementation of more favourable and advantageous law to investors in terms of conditions leading to mandatory take-over bid. Turkish law will be applicable in the event that is more favourable, leading to the extraterritorial application of Art. 16(3), which provides as follows:

“Foreign corporations are exempt from regulations of the Board pertaining to profit distribution and corporate governance, unless deemed necessary by the Board. Furthermore, as for regulations pertaining to mandatory take-over bid, the laws of the country which are more favourable and advantageous for investors in terms of conditions leading to mandatory take-over bid shall be applied”

3. Banking Legislation

a. Geographic scope

Banking legislation may have extraterritorial implications as well since rules regarding financial institutions and transactions may naturally exceed the territory of the country. The primary Turkish legislation in this field is Law No 5411⁴³ on Banking and its geographic scope is not defined explicitly. As a matter of fact, Article 2, under the title of *scope*, simply gives a list of banks and institutions including *the branches in Turkey of such institutions established abroad*⁴⁴. Therefore, one can easily come to the conclusion that certain provisions of the Banking Law may have extraterritorial implications due to Turkey’s personal jurisdiction over Turkish branches of foreign banks established abroad.

b. Examples of Certain Provisions of Law No 5411 having extraterritorial implications

Article 6 is applicable to banks incorporated abroad when they open branches and representative offices in Turkey, while Article 9 sets forth requirements for the opening of a branch in Turkey by banks headquartered abroad.

Article 12(3) regulates revocation or restriction of operating permission of any bank established abroad having its branch in Turkey.

43 Bankacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5411, Kabul Tarihi: 19.10.2015, RG 1.11.2005/25983(mükerrer).

44 *“Deposit banks, participation banks, development and investment banks, the branches in Turkey of such institutions established abroad, financial holding companies, Banks Association of Turkey, Participation Banks Association of Turkey, Banking Regulation and Supervision Agency, Savings Deposit Insurance Fund and their activities shall be subject to the provisions of this Law”.*

Article 23(2) provides requirements with regard to the board of directors for Turkish branches of foreign banks⁴⁵.

Article 14, under the title of ‘cross-border activities’, is the example of extraterritorial application for another reason since it is based on Turkey’s personal jurisdiction over Turkish banks having branches or representative offices abroad. It provides that:

“Banks established in Turkey may open branches or representative offices abroad including off-shore banking regions on the condition to set up undertakings or participate in existing undertakings comply with the corporate governance and protective provisions set forth herein and to comply with the principles to be established by the Board⁴⁶”.

4. Data Protection

a. The historical background

The first steps of the advanced legal structure of Turkey regarding data protection were taken in 2004 and evolved with national and international legislation over the years. The first step was the provision that was added to the Turkish Penal Code in 2004⁴⁷ about data protection even though it was related to the criminal law aspects of data violation. The second step was taken on September 2010, and a provision on the protection of personal data was included in Article 20 of the Turkish Constitution⁴⁸. The third step was becoming a party to the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data in 2016⁴⁹. The fourth and most notable step was in 2016 when a comprehensive law was enacted regarding the protection of personal information that also regulates data processing activities of entities and individuals in Turkey: Law No 6698 (the Turkish Personal Data Protection Law-PDPL)⁵⁰. Shortly after the enactment of PDPL, Turkey became a party to the Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with

45 Article 23(2): *“An at least three -member board of managers, including the manager of the main branch and having the authority and responsibility of a board of directors, shall be formed at the main branch offices in Turkey of a bank established abroad and operating in Turkey through branches”.*

46 Banking Regulation and Supervision Board.

47 In Turkish Penal Code, the recording of personal data (Art 135), unlawful disclosure or capture of data (Art 136), the acts of not destroying the data (Art 138) are regulated as crimes. In addition, Article 140 of the Code stipulates that security measures will be applied against legal entities in relation to these crimes.

48 An additional clause has been added to Article 20 of the Constitution with Article 2 of Law No 5982 in May 7, 2010: *“Everyone has the right to claim the protection of personal data about themselves. This right includes being informed about the personal data about the person himself, accessing this data, requesting that it be corrected or deleted, and finding out if it has been used for its purposes. Personal data may only be processed where stipulated in the law or with the express consent of the person”.*

49 Council of Europe Convention No 108, RG 17.03.2016/29656. According to Article 4, Contracting States shall take the necessary measures in its domestic law to give effect to the basic principles for data protection set out in this chapter.

50 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG 7.4.2016/29677. It came into force on April 7, 2016.

regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows⁵¹.

It can be concluded that Article 20 of the Turkish Constitution, PDPL and Council of Europe Convention No 108 (with Additional Protocol No181) constitute the three legal pillars of Turkish law with regard to personal data protection.

b. Geographic Scope

Although PDPL was based on EU's General Data Protection Regulation (GDPR)⁵², the obligation to appoint representatives and register for non-resident data controllers in Turkey has been imposed by the Regulation on Data Controllers' Registry⁵³.

The PDPL is silent as to its geographic scope, therefore one has to construe the provisions individually to find out if it is applicable on a territorial basis or not. As it is shown below, certain provisions of the PDPL have extraterritorial implications. One of the reasons for extraterritorial implications in the field of data protection in Turkey is the principle of *data adequacy*, which refers to when the country to which the data will be transferred must bring protection equivalent to that provided by the rules on the protection of data in the source country. The PDPL, as stipulated in GDPR, adopts the principle of *data adequacy* and imposes restrictions regarding the transfer of personal data abroad. Under Article 9 (1) PDPL, personal data cannot be transferred abroad without the explicit consent of the data subject. However, it is possible to transfer personal data abroad without explicit consent of the data subject under certain conditions set forth by Article 9(2)⁵⁴ of the PDPL. Two of the conditions envisaged in this article have extraterritorial implications.

The first condition is regarding the sufficient protection that will be provided in the foreign country where the data is to be transferred to. The second one is regarding a requirement providing a guarantee by the controllers in Turkey and in the related foreign country for a sufficient protection in writing. The reason for extraterritorial implications here derives from the principle of passive personality. Under this principle,

51 Council of Europe Additional Protocol No 181 of 5 May 2016. The purpose of the Protocol is to increase the protection of personal data and privacy by improving the original Convention of 1981 in two areas. Firstly, it provides for the setting up of national supervisory authorities responsible for ensuring compliance with laws or regulations adopted in pursuance of the convention, concerning personal data protection and transborder data flows. The second improvement concerns transborder data flows to third countries. Data may only be transferred if the recipient State or international organization is able to afford an adequate level of protection.

52 European Parliament and the Council Regulation (EU) 2016/679 of the of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJL 119/1.

53 Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik, RG 30.12.2017/30286.

54 Article 9 (2) stipulates that personal data may be transferred abroad without explicit consent of the data subject provided that one of the conditions set forth in the second paragraph of Article 5, and the third paragraph of Article 6 exist and that; (a) sufficient protection is provided in the foreign country where the data is to be transferred to, (b) the controllers in Turkey and in the related foreign country guarantee a sufficient protection in writing, and the Board has authorized such transfer, where sufficient protection is not provided.

a state has prescriptive jurisdiction over anyone, anywhere, who injures its nationals or residents. The PDPL, with the above-mentioned provisions, placed all the personal data processing activities involving natural persons situated in Turkey into its jurisdiction.

Additionally, Article 17 of the PDPL stipulates that Turkish Penal Code provisions shall be applied regarding the unlawful processing of personal data. According to it;

(1) “Articles 135-140 of Turkish Penal Code No 5237 of 26/9/2004 shall apply in terms of the crimes concerning personal data.

(2) Those who fail to erase or anonymize personal data in breach of Article 7 herein shall be punished under Article 138 of the Law No 5237”.

As can be understood from the reference to the Turkish Penal Code, this article shall be applicable on an extraterritorial basis since the effects of the actions occur in Turkey.

Article 18 of the PDPL provides an administrative fine for the violations which are considered misdemeanors. This article will be applicable irrespective of the nationality and location of the wrongdoer; therefore, it may have extraterritorial effects. Under Article 18(1):

“(1) For the purposes of this Law;

a) those who fail to comply with obligation to inform provided for in Article 10 herein shall be required to pay an administrative fine of 5.000 to 100.000 TL,

b) those who fail to comply with obligations related to data security provided for in Article 12 herein shall be required to pay an administrative fine of 15.000 to 1.000.000 TL,

c) those who fail to comply with the decisions issued by the Board under Article 15 herein shall be required to pay an administrative fine of 25.000 to 1.000.000 TL,

ç) those who fail to meet the obligations for enrolling in the Registry of Data Controllers and making a notification as provided for in Article 16 herein shall be required to pay an administrative fine of 20.000 to 1.000.000 TL”.

Under Article 18(2), which may also cause its extraterritorial application, an administrative fine is applicable for both natural persons and legal persons, without mentioning their nationality or location. This article reads as follows:

(2) The administrative fines listed in this article shall be applicable to natural persons and private law legal persons who are controllers”.

c. Extraterritorial application of PDPL in practice: PDP Board Decision regarding practice of WhatsApp LLC

The Personal Data Protection Board (PDP Board) has recently imposed an administrative fine on WhatsApp LLC (as data controller) for not taking the necessary technical and administrative measures to prevent the unlawful processing of personal

data⁵⁵, i.e. a violation of Articles 4, 9 and 12(1) of PDPL, which constitutes the extraterritorial application of the PDPL.

By taking into account the following findings, the PDP Board decided that the practice of the data controller constitutes a violation of Article 4 of the PDPL for two grounds:

First of all, the data controller breached the principle of ‘compliance with the law and the rules of good faith’ per Article 4 of the PDPL. According to the Board, statements regarding the ‘transfer’ contained in the Terms of Service and Privacy Policy of the data controller were presented in a closed-door manner, and the persons concerned were forced to give their consent to the contract as a whole. Hence, the explicit consent of concerned persons was tried to be eliminated, and the use of the WhatsApp application was subjected to the transfer of data by WhatsApp LLC. The interests and reasonable expectations of the persons concerned were not considered by the data controller.

Second, the data controller practice constituted a violation of Article 4 of the PDPL since the data requested was not proportionate and limited with the information for the purpose for which they were processed, and it was not clearly revealed for what purpose it was transferred.

The Board decided that WhatsApp also violated Article 9 of the PDPL since, on the personal data obtained by the data controller from the relevant persons in Turkey, all kinds of processing activities, which s/he engaged in after obtaining this data, means ‘the transfer of personal data abroad’ as long as the servers are not in Turkey. Therefore, it is imperative for such transfer to be carried out in accordance with Article 9 of the PDPL. However, neither explicit consent was obtained nor a written guarantee for sufficient protection was requested to transfer activities by the data controller in accordance with Article 9. In accordance with Article 18(1)(b) of the PDPL, the Board decided to impose an administrative fine of TL 1,950,000 on the data controller who was found not to have taken all the necessary technical and administrative measures to ensure the appropriate level of security in order to prevent the unlawful processing of personal data contained in paragraph 12 (1) of the PDPL.

As the PDP Board’s decision demonstrates, various provisions of the PDPL have extraterritorial implications although there is no express provision regarding the scope of its application.

5. Labor Law

In principle, regulations regarding employment contracts are not meant to have extraterritorial implications in Turkish law. Rules regarding employment contract with a foreign element can be applied only if Turkish choice of law rules envisage

⁵⁵ PDP Board’s Decision of 03.09.2021, No 2021/891.

the application of Turkish law to labour relationship even if the employee works in a foreign country (Article 27 of the PILA).

However, Turkish legislation regarding labour law that complies with conventions of the international labour organization (ILO), to which Turkey is a party, may have extraterritorial scope of application. One of the examples is found in the ILO Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of Worst Forms of Child Labour of 1999 (No 182) (Convention).⁵⁶ Under Article 1, each Member which ratifies this Convention shall take immediate and effective measures to secure the prohibition and elimination of the worst forms of child labour as a matter of urgency. This provision clearly imposes an obligation to make necessary arrangements against this problem without being limited to the territory of a state⁵⁷. Article 15 of the Recommendation No 190, which supplements the ILO Convention⁵⁸ No 182 is the express example of extraterritorial application:

“[O]ther measures aimed at the prohibition and elimination of the worst forms of child labour might include providing for the prosecution in their own country of the Member’s nationals who commit offences under its national provisions for the prohibition and immediate elimination of the worst forms of child labour even when these offences are committed in another country”.

Article 8 of Convention No 182 provides that Members shall take appropriate steps to assist one another in giving effect to the provisions of this Convention through enhanced international cooperation and/or assistance including support for social and economic development, poverty eradication programmes, and universal education. This approach is an indication of awareness of the international aspect of the problem (child pornography, child trafficking, child sex tourism), and determination for solving the problem completely by taking the necessary measures⁵⁹. By ratifying this convention, Turkey made it part of its domestic law. Hence, the provisions of the Convention which have extraterritorial effects have become part of Turkish law as well.

6. Environmental law

Article 56 (2) of the Turkish Constitution provides that *“It is the duty of the State and citizens to improve the environment, protect environmental health and prevent environmental pollution”*. Environmental law is based on the international treaties

56 ILO Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of Worst Forms of Child Labour of 1999 (No 182), <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang--tr/index.htm> Accessed 26 October 2021.

57 OHCHR Working Paper 1, Cross-border regulation and cooperation in relation to business and human rights issues: a survey of key provisions and state practice under selected ILO instruments, 2015, 5. <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/PreliminaryILOtreaties.pdf>> Accessed 26 October 2021.

58 Recommendation concerning the prohibition and immediate action for elimination of the worst forms of child labour R190: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312528> Accessed 26 October 2021.

59 OHCHR Working Paper 1, 6.

which Turkey is a party to as well as national regulations. The majority of hazardous activities on the environment are of cross-border nature (that is, not limited to a country in which the hazard occurs). Therefore, provisions regarding protection of the environment may also have a cross border effect in order to realize their purpose. However, one vital issue to bear in mind in the first place is the cooperation at the international levels for the protection of the environment. As a matter of fact, protection of the environment would have to be accomplished by means other than individual state responsibility. An international cooperative approach is accepted as the key for protecting the environment.

The Turkish Environmental Act (Law No 2872)⁶⁰ is based on the territoriality principle although it does not have any provision that indicates its geographic scope. Due to the cross-border nature of acts that harm the environment, the basis of the extraterritorial application in Turkish Law is the objective territoriality principle. For example, under Article 23 of the Regulation on Water Pollution Control⁶¹, the prohibition imposed regarding unauthorized discharge and waste dumps directly into Turkey's territorial waters include indirect external effects on waters, which are the right of economic use of the country. Since the indirect effects of polluting acts and conducts taking place outside the territory of Turkey are covered by this provision, we can conclude that it has extraterritorial implications.

Turkey is a party to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL)⁶², which is the main international convention covering prevention of pollution of the marine environment by ships from operational or accidental causes⁶³. According to Article 4(4):

“[T]he penalties specified under the law of a Party pursuant to the present article shall be adequate in severity to discourage violations of the present Convention and shall be equally severe irrespective of where the violations occur”.

The provision clearly states that parties must regulate their domestic legislation regarding issues covered by this Convention in an “extraterritorial” manner.

Conclusion

It is a rarity to encounter an explicit regulation in Turkish law on which Turkish legislation is applied extraterritorially or has extraterritorial effects. Therefore, we have endeavored to determine the existence of the extraterritoriality application or its

60 RG 11.8.1983/18132.

61 RG 31.12.2004/25687.

62 MARPOL - International Convention for the Prevention of Pollution from Ships Amended by Resolution MEPC.111(50) Amended by Resolution MEPC.115(51) Amended by Resolution MEPC.116(51), <<http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20%28copies%29/MARPOL.pdf>> Accessed 23 October 2021.

63 RG 24.06.1990/20558.

effect in this paper by considering the purpose and function of Turkish legal provisions and by interpreting them.

We are not asserting that this paper contains an exhaustive list of all of the provisions in Turkish law that has an extraterritorial effect, but aims to outline the extraterritorial effect and extraterritorial application of such rules in fields where such may be encountered more frequently, such as in competition, security, banking, data protection, and environmental law. It is noteworthy to mention that extraterritorial application of legal provisions will be more relevant than ever, especially considering how the internet is an integral part of our lives and acts harming the environment, in particular, has regional and even global effects. All of these areas are open to international cooperation, but time will tell whether such a cooperation may be established and -when it is established- whether or not this will hinder a state's ability to extraterritorially determine the sphere of application of its national laws.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Bibliography

- Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk* (2nd edn, Seçkin 2013).
- Baş S, *İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Konusundaki Düzenlemelerin Ülke Dışı Uygulanabilirliği*, (Sermaye Piyasası Kurulu 1999).
- Cassese A, *International Law* (2nd edn, Oxford 2005).
- Demirkan O, Pınar B and Kabadayı G, 'Turkey' in Mark F Mendelsohn (ed), *The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review* (4th edn, Law Business Research 2015) 244. <https://www.kolcuoglu.av.tr/Uploads/Publication/the-anti-bribery-and-anti-corruption-review-turkey-chapter.pdf>> Accessed 23 October 2021.
- Erol K, *Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması* (Rekabet Kurumu 2000).
- Greenfield L B and Olsky DF, 'Treble Damages: To What Purpose and to What Effect?' *British Institute of International and Comparative Law Conference on International Cartels – Comparative Perspectives on Practice, Procedure and Substance* (2 February 2007) 1-14.
- Jennings R Y, 'Extraterritorial Jurisdiction and United States Antitrust Law' (1957) 33 Brit YB Int'l L 146-175.
- Kızılsümer Özer D, *Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Yolsuzlukla Mücadele* (12th edn, Yetkin 2016).
- Kocaoğlu S, 'Evrensel Yetki' (2005) 60 TBB Dergisi 189-213.
- Lowe Alan V, 'The problems of extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution' (1985) 34 International and Comparative Law Quarterly 724-746.

Mansell W and Openshaw K, *International Law-A critical Introduction* (2nd edn, Hart 2019).

Ministry of Justice, General Directorate of International Law and External Relations: Prevention of Bribery Given to Foreign Public Officials in International Trade Transactions and Turkey's Compliance, Ankara 2013.

Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (18th edn, Turhan 2019).

Samie N, 'The Doctrine of "Effects" and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws' (1982) 14/1/3) U Miami Inter-Am L Rev 23-59 (available at: <http://repository.law.miami.edu/umialr/vol14/iss1/3>).

Staker C, 'Jurisdiction' in Malcom D. Evans (ed), *International Law*, (4th edn, Oxford 2014).

Tiryakioğlu B, 'Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk', in *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri* (Legal 2010) 211-218.

Tiryakioğlu B, 'Private International Law Aspects of Competition Law and Unfair Competition Matters under Turkish Law' in Paul Beaumont and Burcu Yüksel (eds), *Turkish and EU Private International Law-A Comparison* (XII Levha 2014).

Tiryakioğlu B, *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997).

Zerk JA, A Report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to Help Inform the Mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights, June 2010, Working Paper No 59. <https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/cri/files/workingpaper_59_zerk.pdf>

ILO Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of Worst Forms of Child Labour of 1999 (No 182), https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang--tr/index.htm

OHCHR Working Paper 1, Cross-border Regulation and Cooperation in Relation to Business and Human Rights Issues: A Survey of Key Provisions and State Practice Under Selected ILO Instruments (2015) 5. <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/PreliminaryILOtreaties.pdf>>

Recommendation Concerning the Prohibition and Immediate Action for Elimination of the Worst Forms of Child Labour R190: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312528>

MARPOL - International Convention for the Prevention of Pollution from Ships Amended by Resolution MEPC.111(50) Amended by Resolution MEPC.115(51) Amended by Resolution MEPC.116(51), <<http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20%28copies%29/MARPOL.pdf>>

Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış

A Critical Perspective on the Regulation Regarding the Benefit of the Same Rights as Turkish Citizens by Blue Card Holders

Necla Öztürk*

Öz

Türk kanun koyucusu, Almanya, Belçika, Avusturya gibi Türk vatandaşlarının yoğun olduğu ülkelerde yaşayan ve çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin, bazı istisnalar dışında, Türk vatandaşı gibi muamele görmesine imkân veren bir düzenleme yapma ihtiyacı duymuştur. Bu amaçla, ilk kez 1995 yılında yapılan yasal düzenleme daha sonra uygulamada görülen sorunlar ve ihtiyaçlar doğrultusunda 2004, 2009 ve 2012 yıllarında değiştirilmiştir. Kabul edilen bu düzenlemeler ile mavi kartlılar adını verdiğimiz özel statülü yabancı grubu yaratılmış ve mavi kart hamillerinin sahip olduğu/olmadığı haklar belirtilmiştir. Ancak uygulamada konuya ilişkin sorunlar devam etmektedir. Bu sorunların temel nedeni ise pozitif düzenlemede yer alan “...Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanırlar” ifadesinin yorumundaki farklılıklardır. Bu durumun yarattığı sorunları gidermenin en iyi yolu ise bu hükümde revizyona gidilmesi veya mavi kart hamillerinin durumunun özel olarak düzenlenmesidir.

Anahtar Kelimeler

Çifte Vatandaşlık, Mavi Kart Hamili, Yabancı, Özel Statülü Yabancı, Türk Vatandaşlığı Kanunu

Abstract

The Turkish legislature needs to enact a regulation that would allow Turkish nationals living in countries with significant populations of Turkish citizens, such as Germany, Belgium, and Austria, to continue to be treated like Turkish citizens, although with some exceptions for those who renounced their citizenship when obtaining their permission to leave Turkey. To address this, a regulation was placed into effect for the first time in 1995 and amended in t 2004, 2009, and 2012 in response to changes in factual circumstances related to the regulation. With the promulgation of these regulations, a special foreigner status group, termed blue cardholders, was created and purportedly defined the rights of the blue cardholders. However, in practice, the problems remain to be resolved. The main reason for these problems is the difference in the interpretation of the broad but ambiguous statement “they enjoy the same rights that are given to Turkish citizens” in the positive regulation. The best way to solve the problems created by this situation is to revise this provision to regulate the status and rights of blue cardholders with specificity.

Keywords

Dual Citizenship, Blue Cardholders, Foreigner, Foreigner with Special Status, Turkish Citizenship Law

* Sorumlu Yazar: Necla Öztürk (Doç. Dr.), Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.
E-posta: ozturknecla@akdeniz.edu.tr ORCID: 0000-0003-1259-980X

Atf: Öztürk N, “Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış” (2021) 41(2) PPIL 955. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.951839>

Extended Summary

Recently, it has become common for individual EU citizens to migrate to other countries seeking work, education, and better living conditions. Similarly, especially in the last 50 years, many Turkish citizens have immigrated to various European countries, including particularly Germany, France, the Netherlands, and Austria, to work, settle, and, unfortunately, deal with the problems created by being a foreigner in a country. However, since many European countries, including Germany and Austria, do not recognize dual citizenship, Turkish citizens have had to renounce Turkish citizenship and obtain a renunciation permit in order to relocate to these countries. It is not unexpected that Turkish nationals, who seek to achieve better living standards in the foreign country they have migrated to, do not want to be treated as foreigners in the society where they now live. They attempt to avoid this stigma by acquiring those countries' citizenship and thereby being included as a member of their new community. However, since, as noted, some European countries, especially Germany and Austria, do not accept dual citizenship, many Turkish citizens were forced to renounce their Turkish citizenship when obtaining permission to emigrate, even though they did so unwillingly.

It is obvious that those who forsake Turkish citizenship by obtaining permission to renounce it will hold the status of a foreigner. However, the Turkish legislature eliminated the problems caused by this loss of Turkish citizenship for those living in countries such as Germany, Belgium, and Austria, where Turkish citizens are more densely populated. Under the new regulation, a former Turkish citizen who gave up Turkish citizenship by obtaining a renunciation permit may have the opportunity to be treated as a Turkish citizen with some exceptions. This regulation was issued for the first time in 1995 and was amended in 2004 and 2012, based on the need to conform to then-existing factual circumstances. All these regulations aim to provide a national status document to those who are Turkish citizens by birth and who later renounce their Turkish citizenship through procedurally obtaining revocation permission. Those who carry this document, which was initially referred to as a pink card and later called a blue card, are given more privileged rights than certain other foreigners. This category of persons is now deemed to be foreigners with special status.

Although the rights of blue cardholders are specified in the regulations, there are some differences, especially in the interpretation of the phrase "they enjoy the same rights granted to Turkish citizens" by law. This study aims to draw attention to some of the problems encountered due to the ambiguity of the above-mentioned phrase. The study will also evaluate the limits of the rule regarding the treatment of blue cardholders as Turkish citizens within the framework of the opinions in the doctrine and in light of recent Supreme Court decisions.

One of the problems seen in practice with blue cardholder status is whether there are foreign elements among blue cardholders as a party. Considering that the persons

in question are no longer Turkish citizens, we believe that the issue of foreign elements in such disputes is too obvious to require further consideration.

Apart from this issue, discussions continue on issues such as extradition or deportation, as well as whether blue cardholders will be treated as Turkish citizens for purposes of Foreign Service debt, which is a matter related to the Turkish social security system. On the basis of the discussions and the problems encountered in practice, the Turkish Citizenship Act (TVK) No. 5901 has taken a different interpretation of the provision of Article 28. There is a consensus that these individuals should be deemed to be in the category of “foreigners with special status.” When evaluated within this framework, it is clear that foreigners with special status are “foreigners” at first glance, but they have more privileged granted rights than other foreigners. As a result of the provision in Article 28 of Law No. 5901, having privileged rights does not remove the person concerned from foreign status and does not make him a Turkish citizen.

Although we have agreed on the purpose of the legislature in putting this provision in Article 28 initially and then considered its effectiveness regarding the protection of the rights of Turkish citizens living abroad, the provision does not change the fact that blue cardholders are, in essence entitled foreigners. Therefore, this status should be taken into account in solving the problems encountered with their status in practice and implementation.

According to Article 28 of Law No. 5901, those who acquire Turkish citizenship by birth and renounce that citizenship by obtaining permission to depart will be considered Turkish citizens, with some exceptions. In order to benefit from a right, it is usually necessary to be a Turkish citizen. The view that assumes that having a blue card has removed these rights clearly exceeds the legislature’s purpose. While we do not think the blue card process has removed all rights, we also believe that it is not possible to argue that the legislature’s aim was to ensure that the children of these people, or perhaps even their grandchildren, who have never been to Turkey or even speak Turkish be treated as Turkish citizens. If the legislature had such a purpose, it should have made a clear provision to that effect in Article 28 of TVK No. 5901 that “The condition of being a Turkish citizen, which is sought in some laws, is not required for obtaining the rights of Turkish citizens.” That is, a person may not have been born a citizen, but if the person renounces the citizenship by obtaining a leave, that person may still exercise many of the rights of citizenship.”

As a result, a revision should be made in TVK numbered 5901, specifically to ensure that Turkish citizens continue to benefit from their citizens, in order to terminate the discussions on the subject, and to clearly delineate the particular rights blue cardholders enjoy. We also believe that it would be appropriate and desirable to specifically regulate the status of blue cardholders in the subsequent relevant laws.

Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış

Genel Olarak

Vatandaşı olduğu ülkeden ayrılan ve başka bir ülkede yaşamaya başlayan kişiler esas itibarıyla vatandaşı olduğu ülke ile bağlarını koparmamakta, çoğu kez aile üyeleri ve sosyal çevreleri bu ülkede olduğu için, ayrıldıkları ülke ile ilişkilerini devam ettirmektedir. Dolayısıyla başka bir ülkeye göç eden kişiler hem vatandaşı oldukları ülke ile ilişkilerine devam etmek hem göç ettikleri ülkede yabancı muamelesi görmeden yaşamını sürdürmek ister. Bunu sağlayabilmenin en kolay yolu ise, sahip oldukları vatandaşlık yanında göç ettikleri devletin de vatandaşlığını kazanmak yani çifte vatandaşlığa sahip olmaktır¹. Ancak bazı devletlerin² yasal düzenlemelerinde yer alan çifte/çok vatandaşlık yasağı bu olanağı ortadan kaldırmakta ve vatandaşı olduğu ülke dışında yaşayan kişileri bir seçim yapmaya zorlamaktadır. Bu seçimle birlikte, yabancı ülkede yaşayan kişiler ya yaşadıkları ülkenin vatandaşlığını kazanıp, vatandaşı olduğu ülke bakımından yabancı statüsüne tâbi olacak ya da doğumla kazandığı vatandaşlığı muhafaza edip, yaşadığı ülkede yabancı statüsünde yaşamının getirdiği sınırlamalara katlanacaktır.

Türkiye'nin özellikle 1960'lı yıllardan itibaren Avrupa ülkelerine göç veren bir ülke konumunda olduğu ve bu ülkelerin bazılarının çifte vatandaşlığa izin vermediği gerçeğini göz önünde bulunduran Türk kanun koyucusu, yaşadığı ülkenin vatandaşlığını kazanmak için Türk vatandaşlığından çıkmak zorunda kalan kişilere bazı ayrıcalıklı haklar tanımış, bu kişilerin kendilerini Türk vatandaşı gibi hissetmeleri amacıyla özel statülü (imtiyazlı) yabancı³ grubu oluşturmuştur. Türk vatandaşlık hukukunda mavi kart hamilleri (mavi kartlılar) olarak bilinen bu düzenleme ile yabancı ülkelerde ikamet eden ve ikamet ettiği devletin vatandaşlığını kazanan Türklerin sayısı da arttırılmak istenmiştir⁴.

1 Günümüzde Vatandaşlık Hukukunun direktif ilkelerinden biri olan “herkesin sadece bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi önemini yitirmeye başlamış, çifte ya da çok vatandaşlık durumu sıklıkla görülür olmuştur. Ancak bu durumun yarattığı sorunlar da azımsanmayacak düzeydedir: Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Ebru Karademir, ‘Türk Hukukunda Çifte/Çok Vatandaşlıktan Kaynaklanan Sorunlar’ (2018) 20 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 239-264.

2 Bu devletlere örnek olarak Almanya, Avusturya, Danimarka, Hollanda verilebilir.

3 Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler* (7th edn, Yetkin 2019) 179; Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (25th edn, Filiz 2018) 128-129; B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Beta 2010) 208 vd; Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2018) 30 vd; Salimya Ganiyeva, ‘Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk’ (2017) 23 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 361, 367; Uğur Tütüncübaşı, ‘Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)’ (2011) 13(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153, 170. Özel statülü yabancı, buldukları ülkelerdeki hukuki durumları, milletlerarası teamül, milletlerarası örf ve adet kuralları, milletlerarası sözleşmeler veya iç hukuk kurallarınca diğer yabancılara göre özellik arz eden, ayrıcalıklı durumda olan kişiler: Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (5th edn, Savaş 2020) 16. Türk hukuku açısından mavi kart hamillerinin özel statülü yabancı grubuna dahil kişi gruplarından sadece biri olduğunu düşünmekteyiz.

4 Türk hukukunda mavi kart düzenlemesine yer verilmemiş olsaydı, Türk vatandaşlığından çıkan kişiler yabancı statüsüne tâbi olacak yani diğer yabancılarla aynı haklara sahip olacaktı: Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (5th edn, Savaş 2017) 136; Elif Hande Altıntaş, ‘Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı’ (2019) 2 YBHD 391, 394. Bu durum ise birçok Türk vatandaşının yaşadığı yabancı devlet vatandaşlığını kazanmasını engelleyerek Türkiye'nin politikasına ters bir durumun oluşmasına neden olacaktı. Zira Türk vatandaşlığından çıkmak isteyen Türk vatandaşları, vatandaşlıktan çıktıktan sonra yabancı statüsüne tâbi olacaklarını öğrenince vatandaşlıktan çıkmaktan vazgeçmekteydi; Turgut Turhan, ‘Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları’ (1997) 46 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41, 43-44; Altıntaş (n 4) 394-395.

Bu çalışmanın amacı, esas itibariyle, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabilmesini öngören Kanun hükmünün uygulamada yarattığı sorunlara değinmek ve bu hükmün nasıl yorumlanması gerektiğini incelemektir. Bu inceleme yapılırken öncelikle mavi kartın tanımı ve tarihçesi konusunda genel bilgi verilecek, daha sonra özel düzenlemelerle mavi kart hamillerine tanınan haklara değinilecektir. Çalışmanın son kısmı ise, Yargıtay kararları çerçevesinde özellikle boşanma, nafaka gibi davalarda taraflardan birinin ya da ikisinin mavi kart hamili olması durumunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku açısından yabancılık unsurunun var olup olmadığına, mavi kart hamillerinin Yabancılar Hukukunun konusuna giren -suçluların iadesi, sınır dışı etme, teminat yatırma yükümlülüğü gibi- konularda Türk vatandaşı gibi muamele görüp görmeyeceğine ve nihayet mavi kart hamillerinin yurtdışı hizmet borçlanması meselesine ayrılmıştır.

I. Mavi Kart Tanımı ve Tarihçesi

A. Tanım ve Mavi Kart Hamili Olabilmenin Koşulları

Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler⁵ ve bunların altsöylarına verilen ve bu kişilerin 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun⁶ 28. maddesinde belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren resmî belgeye mavi kart denir⁷.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere mavi karta sahip olabilmek için aranan ilk şart Türk vatandaşlığının doğumla kazanılmış olmasıdır. Bir başka deyişle, Türk vatandaşlığını herhangi bir yolla sonradan kazanan bir kişinin mavi kartlı olması mümkün değildir.

Mavi karta sahip olabilmek için aranan diğer şart, ilgilinin çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılmasıdır. Zira Türk vatandaşlığını doğumla kazanıp sonradan kaybetmek mavi kartlı olmak için tek başına yeterli değildir. Doğumla Türk vatandaşı olan kişiler, sadece çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılmaları hâlinde mavi kart sahibi olabilir. Bu nedenle, izin almadan Türk vatandaşlığından çıkan kişiler -Türk vatandaşlığını kaybedenler, Türk vatandaşlığı iptal edilenler ya da seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılanlar- mavi kart sahibi olamaz⁸.

5 Bu çalışmada "Türk vatandaşlığını çıkma izni almak suretiyle kaybedenler" ifadesi, Türk vatandaşlığından çıkmak için yetkili makamlara müracaat etmiş ve çıkma belgesi olarak Türk vatandaşlığını kaybetmiş kişileri ifade etmek için kullanılmaktadır.

6 Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.05.2009, RG 12.06.2009/27256; bundan böyle "5901 sayılı TVK veya 5901 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.

7 Türk mevzuatındaki benzer tanımlar için bkz.: Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.04.2006, RG 29.04.2006/26153, m. 3/1-m; Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği, RG 09.05.2020/31122, m. 4/1-z. Ayrıca Ganiyeva (n 3) 363 vd.

8 Karşı yönde görüş için bkz.: Tütüncübaşı, *Mavi Kartlılar* (n 3) 180.

Mavi kart hamili olabilecek kişiler, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ile bunların üçüncü dereceye kadar alt soylarıdır⁹. 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı gerekli görmesi halinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir.

B. Düzenlemenin Tarihsel Gelişimi

1. Mülga 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'ndaki Düzenleme

Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun¹⁰ orijinal metninde konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Nitekim 403 sayılı TVK'nın "Genel Olarak Yabancı Muamelesi" başlığını taşıyan 29. maddesinde¹¹, Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulacağı kabul edilmişti. Dolayısıyla Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler herhangi bir ayrıcalığa sahip olmayıp, yabancı olarak kabul edilmiş, Türkiye'de ikamet etme, taşınmaz mal edinme, miras ve çalışma hakkı gibi konularda Türk kanunlarının yabancılara tanıdığı haklardan faydalanabilecekleri düzenlenmişti. Ancak Türk vatandaşlarının yoğun olarak yaşadığı ve çifte vatandaşlığı kabul etmeyen bazı Avrupa ülkelerinde -özellikle Almanya, Avusturya, Danimarka, Hollanda gibi- yaşayan vatandaşlarımız, buldukları ülkede siyasî, ekonomik, kültürel ve sosyal haklar açısından daha etkin olmak, yaşadıkları ülkenin vatandaşlığını kazanmak ama Türk vatandaşlığını da kaybetmek istemiyordu. Zira yabancı bir ülkeye göç etmek zorunda kalan Türk vatandaşları ya yaşadıkları ülkede yabancılar hukukunun sınırlamalarına maruz kalmakta ya da Türkiye ile vatandaşlık bağlarını koparmak zorundaydı. Bu durumdaki Türk vatandaşlarını korumak amacıyla 403 sayılı TVK'da değişiklik yapma ihtiyacı doğmuş ve bu kişilere diğer yabancılara tanınmayan bazı haklar tanınmıştır.

2. 1995 Yılında 4112 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklik

Mavi Kart (eski Pembe Kart)¹² sahiplerine ilişkin ilk düzenleme 403 sayılı TVK'da

9 Bu kişilerin çıkma izin belgesinde kayıt altına alınması konusunda bkz: Güngör (n 3), s 181-182 ve dn 501.

10 Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 403, Kabul Tarihi: 11.02.1964, RG 22.02.1964/11638; bundan böyle "403 sayılı TVK veya 403 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.

11 403 sayılı TVK'nın 29. maddesine göre; "bu kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulur. İkamet, gayrimenkul edinme ve ferağı, miras ve çalışma gibi konularda ancak Türk kanunlarının yabancılara tanıdığı haklardan faydalanabilirler. 33 ve 35 inci maddeler hükümleri saklıdır".

12 Kanunda belirtilen haklardan yararlanabilmeyi kolaylaştırmak için, ilgililere verilme üzere İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünce düzenlenen kimlik belgesine halk arasında "pembe kart" denilmekteydi. Anılan bu belgenin resmî adı ise "4112 sayılı Kanunla saklı tutulan hakların kullanılmasına ilişkin belge"dir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Rona Aybay, *Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2004) 203, dn 16; Bülent Çiçekli, "Türk Vatandaşlığından İzin Alarak Çıkma" (2000)(4) Ankara Barosu Dergisi 63, 72; Zeynep Derya Tarman, "Türk Vatandaşlığından Ayrılan ve Yurtdışında Yaşayanların Özel Hukukî Statüsü" in Kay Hailbronner and Bilgin Tiryakioğlu and Esin Küçük and Katja Schneider (eds), *Vatandaşlık, Göç- Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2010) 206, 218.

1995 yılında 4112 sayılı Kanunla¹³ yapılan değişiklikle getirilmiştir¹⁴. Bu değişiklikle Türk yabancılar hukuku sisteminde özel statülü yabancı kategorisi oluşturularak¹⁵ bu kişilere ayrıcalıklı haklar tanınmıştır. Nitekim 403 sayılı TVK'nın 29. maddesinde 1995 yılında yapılan değişiklik ile Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulacağına ilişkin düzenleme korunmuş, doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişiler ve bunların kanunî mirasçılarının Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağ gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, 1995 yılında getirilen düzenleme ile o zaman halk arasında “pembe kart” olarak anılan belge hamillerinin hangi haklardan yararlanamayacakları değil, hangi haklardan yararlanabileceği sayılmıştır. Bu değişikliğe paralel olarak Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin¹⁶ 42. maddesinde de değişiklik yapılmış ve bu kişilere istekleri üzerine durumlarını gösteren bir belgenin verileceği ifade edilmiştir.

4112 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler doktrinde çeşitli gerekçelerle eleştirilmiş¹⁷ ve bu eleştiriler göz önüne alınarak ilgili maddede zaman içinde değişiklikler yapılmıştır.

3. 2004 yılında 5203 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklik ve 5901 sayılı TVK'daki Düzenleme

1995 yılında yapılan değişikliğe yöneltilen eleştirileri gidermek amacıyla 2004 yılında 29. madde tekrar değiştirilmiştir. 5203 sayılı Kanunla¹⁸ yapılan değişiklikle

13 Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 4112, Kabul Tarihi: 07.06.1995, RG 12.06.1995/22311.

14 1995 yılında 403 sayılı TVK'nın 29. maddesinde yapılan değişiklik konusunda ayrıntılı bilgi ve yorumlar için bkz: Aybay (n 12) 201 vd; Tütüncübaşı, *Mavi Kartlılar* (n 3) 172 vd; Hacı Can and Ekin Tuna, *Mavi Kartlı Yabancılar* (Adalet 2018) 25 vd. Ayrıca değişikliğin gerekçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Türk Vatandaşlığı Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/846) TBMM Tutanak Dergisi, C. LXXXVIII, S Sayısı 842).

15 Can and Tuna (n 14) 37; Musa Aygül, ‘Vatandaşlığı Çıkma İzni Ararak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı’ (2010) (14)(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31, 41. Doktrinde “özel statülü yabancı” terimi yerine “ayrıcalıklı yabancı statüsü” tabiri de kullanılmaktadır: Aybay (n 12) 202; Tütüncübaşı, *Mavi Kartlılar* (n 3) 207.

16 11/2/1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik RG 01.07.1964/11742.

17 Bu eleştirilerden ilki; düzenleme kapsamına giren kişiler bakımından tereddütlere neden olduğu noktasındaydı. Nitekim “doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da sonradan çıkma izni almak suretiyle yabancı devlet vatandaşlığını kazanan kişiler” ifadesinin nasıl yorumlanacağı konusunda uygulamada sorun yaşanmış; Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü ilgili hükmü dar yorumlamış ve yalnızca çıkma izni alındığı anda henüz yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip olmayan kişilerin söz konusu haklardan yararlanabileceğini esas almıştır. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 18.4.1996 tarihli yazısı ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 23.5.1996 tarihli yazısı. Benzer yönde görüş için bkz: Fügen Sargın, *Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları* (Yetkin 1997) 187, dn 400; Tarman (n 12) 219. Doktrinde, kanun değişikliğinin amacının yabancı ülkelerde yaşayan Türklerin hem Türkiye ile bağlantılarının devam etmesini sağlamak, hem buldukları ülkelerinin sistemine entegre olmalarını teşvik etmek olduğu vurgulanmış ve hükmün dar yorumlanmaması gerektiği savunulmuştur. 4112 sayılı Kanunla yapılan değişiklik konusunda yapılan bir diğer eleştiri de kanunî mirasçılarının da kapsama alınması hususudur. Doktrindeki bir görüşe göre; kanunî mirasçı olmasına karşın Türkiye veya Türk vatandaşlığı ile hiçbir bağı olmayan kişilerin de bu yolla ayrıcalıklı statüden yararlandırılması yerinde değildir: Turhan (n 5) 54. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Can and Tuna (n 14) 27 vd.

18 Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 5203, Kabul Tarihi: 29.06.2004, RG 06.07.2004/25514.

birlikte, doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığında vatandaşlıktan çıkma izni alanların ve bunların -vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı- reşit olmayan çocuklarının; Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri düzenlenmiştir¹⁹.

5203 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler incelendiğinde önceki düzenlemeye yönelik eleştirilerin dikkate alındığı, ancak mavi kart hamillerinin yararlanacakları hakların değil yararlanamayacakları hakların düzenlendiği görülmektedir. Doktrinde 2004 yılında yapılan değişiklikle birlikte mavi kart hamillerinin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmasının kural, yararlanmamasının ise istisna haline getirilmiş olduğu, bu nedenle mavi kart hamillerinin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan bazı istisnalar dışında aynen yararlanacağı görüşü ileri sürülmüş olmakla birlikte²⁰, kanun koyucu mavi kart hamillerine tanınan bazı ayrıcalıkları -ülkeye girişte vize alma²¹ veya ülkede ikamet etmede ikamet izni alma²² mecburiyetlerinin olmaması gibi- ilgili kanunlarda ayrıca düzenleme ihtiyacı duymuştur.

5203 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler, önceki düzenlemeye nazaran olumlu farklılıklar içerse de bazı hususların eksik kaldığı gerekçesiyle doktrinde yine eleştirilere maruz kalmıştır²³. 2004 yılında yapılan bu değişiklik, 2009 yılında kabul edilen 5901 sayılı TVK'da da aynen benimsenmiştir²⁴.

19 5203 sayılı Kanunla kabul edilen değişiklik aynen şöyledir: “*Bu Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulur. Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığında vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Kanunun 33 ve 35 inci madde hükümleri saklıdır*”.

20 Can and Tuna (n 14) 30.

21 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615) “Vize Muafiyeti” başlığını taşıyan 12. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi uyarınca 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı *Türk Vatandaşlığı Kanununun 28. maddesi kapsamında olduğu anlaşılan yabancılardan Türkiye'ye girişte vize şartı aranmaz*.

22 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun “İkamet İzninden Muafiyet” başlığını taşıyan 20. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi uyarınca 5901 sayılı *Kanunun 28. maddesi kapsamında olanlar ikamet izninden muaf tutulur*.

23 Bu değişikliğe yöneltilen eleştirilerden ilki kimlik numarasına ilişkindir. Zira Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin nüfus kayıtları kapatılmakta ve bu kişilere yabancı kimlik numarası da verilmemektedir. Bunun sonucunda Türk vatandaşlığından çıkan bu kişiler, kimlik (vatandaşlık) numarası ile işlem yapılan her yerde (özellikle resmî işlemlerde) önemli sorunlarla muhatap olmaktadır. 5203 sayılı Kanunla yapılan değişikliklere yönelik getirilen bir diğer eleştiri de mavi kart hamillerinin sonradan doğan çocuklarının durumu konusundaki belirsizliktir. Doktrinde bu durumun aile bütünlüğüne olumsuz etkileri olacağı ve sonraki nesillerin Türkiye ile bağlarını zayıflatacağı ileri sürülmüştür Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Can and Tuna (n 14) 29 vd; Aybay (n 12) 204 vd.

24 5901 sayılı TVK'nın ilk metninin “Çıkma İzni Almak Suretiyle Türk Vatandaşlığını Kaybeden Kişilere Tanınan Haklar” başlığını taşıyan 28. maddesine göre, “*Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler*”.

II. Pozitif Düzenleme

Gerek 403 gerek 5901 sayılı Kanunda çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanlara ilişkin düzenleme, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlar ve doktrindeki eleştiriler doğrultusunda değiştirilse de uygulamada yaşanan sorunlara son verememiş²⁵, bu nedenle 2012 yılında 6304 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁶ ile 5901 sayılı TVK'da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığının kaybı yeniden değiştirilmiş ve daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir²⁷. Bu düzenleme ile mavi kart sahibi olabilecek kişilerin kapsamı genişletilmiş ve *doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları* mavi kartlılar kapsamına alınmıştır. Öte yandan Cumhurbaşkanının gerekli görmesi durumunda üçüncü dereceden itibaren diğer altsoyların bu statü kapsamında tanınan haklardan faydalanabileceği de hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile yine mavi kart hamillerinin hakları konusunda kısıtlamaya gidilen alanlar belirlenmiş, bu alanlarının dışında millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu madde kapsamına giren kişilerin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri hüküm altına alınmıştır.

25 Bu çalışmada yer verilmeyen ancak uygulamada karşılaşılan diğer sorunlar (özellikle çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanların nüfus kayıtlarının kapatılması ve yabancı kimlik numarası verilememesi nedeniyle resmi işlemlerde karşılaşılan güçlükler gibi) konusunda bkz: Can and Tuna (n 14) 31 vd; ayrıca bkz: dn 23.

26 Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6304, Kabul Tarihi: 09.05.2012, RG 18.05.2012/28296.

27 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesine göre; “ (1) Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır.

(2) Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, seçme ve seçilme, muafet araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler.

(3) Bu madde kapsamında bulunan kişiler, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve süreklî kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler.

(4) Bakanlar Kurulu gerekli görmesi halinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir.

(5) Bu madde hükümlerinden yararlanacak olan altsoy, üstsoy ile soy bağıni belgelendirmesi şarttır.

(6) Bu madde kapsamında bulunan kişilere, talepleri halinde bu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren Mavi Kart düzenlenir. Bu Kart, 21/2/1963 tarihli ve 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu kapsamındadır.

(7) Bu maddenin sağladığı hakların kullanılmasında Mavi Kartın ibrazı yeterlidir. Kartın ibraz edilememesi durumunda Kimlik Paylaşımı Sistemi aracılığıyla Mavi Kartlılar Kütüğünden alınacak kayıt örneği ve uyruğunda bulunulan devlet makamlarınca verilmiş kimlik bilgilerini gösteren belge ile işlem yapılır. Bu kişilerin kimlik bilgilerinde değişiklik olması durumunda uyruğunda bulunduğu devlet makamından alınmış eski ve yeni kimlik bilgilerini gösteren belgenin usulüne göre tasdik edilmiş Türkçe tercümesi ile birlikte ibrazı zorunludur.

(8) Bu madde kapsamında bulunan kişilere Bakanlığın tespit edeceği esaslar çerçevesinde kimlik numarası verilir. Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası aranan yerlerde bu kimlik numarası kullanılır.

(9) Mavi Kartın düzenlenmesi ve dağıtılması ile Mavi Kartlılar Kütüğünün elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.

(10) Kamu kurum ve kuruluşları, bu madde hükümlerinin uygulanması amacıyla her türlü tedbiri alır ve gerekli düzenlemeleri yapar”.

Mavi kart hamillerinin yararlanamayacağı haklardan ilki siyasî haklardır. Zira 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça bu kişilerin seçme ve seçilme hakkına sahip olmadıkları hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra, mavi kart hamillerinin, muafin araç ve ev eşyası ithal etme hakkı da bulunmamaktadır. Belli koşulları gerçekleştiren²⁸ Türk vatandaşları muafin araç ve ev eşyası ithal etme hakkına sahip iken, mavi kart hamillerinin böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Askerlik yapma Türk vatandaşlarına yönelik bir yükümlülük olması yanında bir hak olarak kabul edildiğinden, Türk vatandaşı olmayan kişiler talep etseler dahi askerlik yapamaz; mavi kart hamillerinin de Kanundaki açıkça düzenleme nedeniyle askerlik yapma yükümlülüğü ve hakkı bulunmamaktadır. Mavi kart hamilleri bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak aslî ve sürekli kamu hizmeti görevinde de bulunamaz; bu nedenle örneğin devlet memuru olamazlar. Zira 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun²⁹ 48. maddesinde sadece Türk vatandaşlarının memur olabileceği belirtilmiştir. Ancak mavi kart hamilleri devlet memuru olamasalar da kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilir³⁰. Son olarak, 5901 sayılı TVK'da mavi kart hamillerinin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutulmuştur. Böylelikle mavi kart hamillerinin Türk vatandaşı olduğu dönemde ödediği primler ve çalışma gün sayısı uyarınca emekliliğe hak kazanan kişilerin bu kazanımları korunmuştur.

III. Mavi Kart Hamillerinin Özel Olarak Düzenlenen Hakları

5901 sayılı Kanun'da mavi kart hamillerine sınırlandırılan hakları tek tek sayılmış ve diğer haklar bakımından Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabilecekleri düzenlenmişse de başta 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulamasına İlişkin Yönetmelik³¹ olmak üzere, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)³², Uluslararası İşgücü Kanunu³³ ve Tapu Kanunu³⁴ gibi düzenlemelerde mavi kart hamillerinin sahip olduğu bazı ayrıcalıklar -ayrıca ve özellikle- düzenlenmiştir.

28 Türkiye Gümrük Bölgesine giren ve çıkan eşya ve taşıtlara ilişkin uyulması gereken gümrük kuralları ve gümrük muafiyetine ilişkin hususlar esasen 4458 sayılı Gümrük Kanunu (GK- Kabul Tarihi: 27.10.1999, RG 04.11.1999/23866) ile düzenlenmektedir. GK'da muafiyetten yararlanacaklara ilişkin düzenlemeyi içeren 167. maddede Türk vatandaşlığına ilişkin bir şart bulunmamaktadır. Vatandaşlığa ilişkin şartlar "Gümrük Muafiyeti Tebliği" Seri No: 2'de (RG 06.06.2017/30088) yer almaktadır. Adı geçen Tebliğ'de, Türkiye dışında en az yirmi dört ay ikamet ettikten sonra yerleşim yerini Türkiye'ye kesin olarak nakleden Türk vatandaşlarının kullanılmış araç veya ev eşyasını muaf olarak serbest dolaşıma sokabilecekleri düzenlenmiştir [(m. 4/1 (a); m. 10/1(a)). Bunun yanı sıra, millî ve milletlerarası kadrolara sürekli görevle atanıp da bu görevlerinden dönen kamu görevlilerinin [(m. 4/1 (b); m. 10/1(b)) ve Türk vatandaşlığına geçmek suretiyle yerleşim yerini Türkiye'ye nakledenlerin kullanılmış araç veya eş eşyasını gümrük vergisinden muaf olarak Türkiye'de serbest dolaşıma sokacakları düzenlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Ahmet Onur Çataklı, 'Şahsî Eşyası Gümrük Vergilerinden Muaf Olarak Serbest Dolaşıma Sokmak İçin Türk Vatandaşlığı Şartı ve Yabancıların Durumu', (2020) 7(22) Gümrük Ticaret Dergisi, 12 19.

29 Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG 23.07.1965/12056.

30 Mavi kart hamillerinin Türkiye'de çalışabilme koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Aygül (n 15) 40 vd.

31 Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulamasına İlişkin Yönetmelik, RG 06.04.2010/27544; bundan böyle "5901 sayılı TVK'nın Uygulama Yönetmeliği" olarak anılacaktır.

32 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615

33 Uluslararası İşgücü Kanunu, Kanun Numarası: 6735, Kabul Tarihi: 28.07.2016, RG 13.08.2016/29800.

34 Tapu Kanunu, Kanun Numarası: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, RG 29.12.1934/2892.

5901 sayılı TVK Uygulama Yönetmeliği'nin 52. maddesi mavi kart hamillerinin yararlanabileceği bazı hakları örnekleme yapmak suretiyle açıklamıştır. Bu maddeye göre, mavi kartlıların Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticarî faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemleri, ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülecektir. Görüldüğü üzere bu maddede belirtilen kategoriler sınırlı sayıda olmayıp, “gibi” ifadesi kullanıldığı için örnek niteliğindedir. 5901 sayılı TVK Uygulama Yönetmeliği dışında mavi kart hamillerine sağlanan ayrıcalıklar konusunda Türk mevzuatında başka düzenlemeler de mevcuttur. Bu düzenlemelerden ilki, YUKK'da yer alan vize muafiyetine ilişkin hükümdür. YUKK'un 12. maddesinin (ç) bendi uyarınca, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28. maddesi kapsamında olduğu anlaşılabilir -mavi kart hamilleri- için vize şartı aranmayacağı açıkça belirtilmiştir. İkamet izninden muafiyeti düzenleyen YUKK'un 20. maddesinin (f) bendinde de paralel bir düzenleme kabul edilmiş ve mavi kart hamillerinin ikamet izninden muaf tutulduğu belirtilmiştir. Öte yandan YUKK'nun 34. maddesinin birinci fıkrası uyarınca aile ikamet iznine müracaatta mavi kart hamili -aynen Türk vatandaşı gibi- destekleyici olarak kabul edilmiş, böylelikle mavi kart hamilinin yabancı eşine, kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna, kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna aile ikamet izni verilebileceği düzenlenmiştir. Mavi kart hamillerine ayrıcalıklar tanıyan bir diğer düzenleme ise Uluslararası İşgücü Kanunu'nun “Çalışma İzninde Yetki ve Yükümlülük” başlığını taşıyan 6. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrası uyarınca yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye'de çalışmaları ve çalıştırılmaları yasaklanmış; ancak aynı maddenin dördüncü fıkrası mavi kart hamillerinin çalışma hakkını saklı tutmuştur³⁵. Son olarak Tapu Kanunu'nun 35 ve 36. maddeleri ve 5901 sayılı TVK Uygulama Yönetmeliği'nin 52. maddesi uyarınca taşınmaz mal edinme konusunda mavi kart hamillerinin Türk vatandaşı gibi muamele göreceği açıktır.

Kanaatimizce 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinde mavi kart hamillerinin bazı istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceği açıkça düzenlendiği için, ilgili mevzuatta ve bahsi geçen kanunlarda ayrıca düzenleme yapılması isabetli değildir.

IV. Mavi Kart Hamillerine İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar

A. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar

Türk yabancılar hukuku doktrininde mavi kart hamillerinin özel statülü yabancı olduğu konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte³⁶, mavi kart hamillerinin taraf

35 Can and Tuna (n 14) 95; Turgut Turan and Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, Yetkin 2017) 134; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5th edn, Beta 2018) 62; Sema Çörtoğlu Koca, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler’ 2016 (2) Ankara Barosu Dergisi 43, 72-73.

36 Bkz dn 3.

olduğu hukukî uyumsuzluklarda kişi bakımından yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Nitekim mavi kart hamillerinin yabancı devlet vatandaşı olduğu dikkate alındığında, bu kişilerin taraf olduğu davalarda uygulanacak hukukun 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)³⁷ hükümleri uyarınca belirlenmesi gerekecektir. Zira MÖHUK'un 1. maddesi gereğince, yabancılık unsuru içeren özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk bu kanun hükümlerine göre tespit edilir.

Uygulamada mavi kart hamillerinin taraf olduğu hukukî uyumsuzluklarda kişi bakımından yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığı meselesi özellikle boşanma ve nafaka davalarında karşımıza çıkmaktadır. Bu davalarda Yargıtay'ın farklı kararlar verdiğini görmekteyiz³⁸. Nitekim Yargıtay eski tarihli kararlarında³⁹ mavi kart hamillerinin yabancı olduğu gerçeğini göz önüne alarak, bu kişilerin taraf olduğu uyumsuzluklarda yabancılık unsuru bulunduğu, bu nedenle MÖHUK hükümleri uyarınca uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiği yönünde karar verirken, son yıllarda görüşünü değiştirerek mavi kart hamillerinin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceği, bu nedenle mavi kart hamillerinin taraf olduğu uyumsuzluklarda yabancılık unsuru bulunmadığı yönünde kararlar vermektedir. Başka bir anlatımla, üst derece mahkemeleri son yıllarda mavi kart hamillerinin taraf olduğu uyumsuzluklarda yabancılık unsuru bulunmadığı gerekçesi ile MÖHUK hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığı ve uyumsuzluğun konusuna göre ilgili maddî hukuk düzenlemeleri çerçevesinde sorunun çözülmesi gerektiği sonucuna varmaktadır⁴⁰.

Konuya ilişkin bir davada, ilk derece mahkemesi, davacı kadın tarafından açılan boşanma davasında, tarafların her ikisinin de Türk vatandaşlığından izin almak suretiyle ayrıldığı ve Avusturya vatandaşı oldukları gerekçesiyle, müşterek millî hukuk olarak Avusturya hukukunu uygulanarak boşanmaya karar vermiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu kararı “5901 sayılı TVK'nın 28. maddesi uyarınca, doğumla Türk vatandaşı olup da, vatandaşlıktan çıkma izni almak suretiyle ayrılanların milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak koşulu ve Kanunda belirtilen sınırlamalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri, bu nedenle boşanma davasında ‘yabancı’ statüsünde olmayacaklarının açık olduğu ve yabancılık unsuru bulunmaması nedeniyle MÖHUK'un 14. maddesinin davaya tatbikinin mümkün olmadığı” gerekçesiyle bozmuştur⁴¹.

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

38 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019) 8-9.

39 Yargıtay 2 HD, 2006/21951, 2007/17742, 25.12.2007.

40 Yargıtay 2 HD, 2012/23566, 2013/8998, 01.04.2013; Yargıtay 2 HD, 2013/24136, 2014/7745, 03.04.2014; Yargıtay 2 HD, 2012/23566, 2013/8998, 01.04.2013; Yargıtay 2 HD, 2007/4200, 2008/3495, 17.03.2008; İzmir BAM 18. HD, 2019/381, 2021/1136, 30.06.2021.

41 Yargıtay 2 HD, 2015/13927, 2016/5499, 21.03.2016.

Türk doktrininde Yargıtay'ın -mavi kart hamillerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda kişi bakımından yabancılık unsuru bulunmadığı- yönündeki kararları haklı olarak eleştirilmektedir⁴². Gerçekten de -verdiğimiz örnekte- tarafların her ikisinin de mavi kart hamili olduğu bir boşanma davasında, yabancılık unsuru bulunmadığı gerekçesiyle Türk hukukunun uygulanacağı yönündeki karara katılmak mümkün değildir. Zira 5901 sayılı TVK'da mavi kart hamillerinin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanacağı düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle mavi kart hamillerinin Türk vatandaşı statüsü kazanamayacağı ve hukukî statülerinin 'yabancı' olduğu açıktır.

Benzer yöndeki kararların, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespiti bakımından da verildiğini görmekteyiz. Başka bir anlatımla üst derece mahkemelerinin mavi kart hamillerini yabancı olarak kabul etmemesi yönündeki görüşü yalnızca uygulanacak hukuk konusunda değil, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi konusunda da etkili olmaktadır⁴³. Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, davacının mavi kart hamili davalının ise Türk vatandaşı olduğu bir uyuşmazlıkta yabancı unsur bulunmadığı gerekçesiyle hem uygulanacak hukukun hem yetkili mahkemenin tespiti açısından MÖHUK hükümlerine müracaat edilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Karara konu olan uyuşmazlıkta davacı, doğumla Türk vatandaşı iken çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkmış, Alman vatandaşı; davalı baba ise Türk vatandaşdır. 2019 yılında ilk derece mahkemesi açılan nafaka davasında yetkili mahkemenin Türk Medenî Kanunu'nun 365. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca taraflardan birinin yerleşim yeri mahkemesi olduğu, davalının süresi içinde yetki itirazında bulunduğu ve yetkili mahkemenin davalının yerleşim yeri olan Kuşadası mahkemeleri olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Davacının bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi davacının doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olması nedeniyle 5901 sayılı TVK hükümleri uyarınca Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanabileceğini belirterek, davacının nafaka davasında yabancı muamelesine tâbi tutulmayacağını açık olduğuna ve yabancılık unsuru taşımayan davada MÖHUK hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Ayrıca yardım nafakasına ilişkin davalarda yetkili mahkemenin taraflardan birinin yerleşim yeri mahkemesi olduğunu, davacının dava dilekçesinde adresini Münih, Almanya olarak gösterdiğini, dava tarihi itibarıyla Türkiye'de yerleşim yeri bulunmadığını, davalının yerleşim yerinin ise Kuşadası/Aydın olduğunu, davada yabancı unsur bulunmaması nedeniyle MÖHUK'un Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını ifade etmiştir⁴⁴.

42 Doğan, *MÖH* (n 38) 9-10; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 5, dn 1; Ganiyeva (n 3) 375 vd.

43 Rıfat Erten, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (MÖHUK m. 41) (Yetkin 2017) 89.

44 Ankara 2 BAM, 2019/2822, 2020/66, 22.01.2020.

5901 sayılı TVK'nun 28. maddesindeki mavi kart hamillerinin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabileceğine ilişkin düzenleme, bu kişilerin yabancı olduğu gerçeğini değiştirmez. Nitekim mavi kart düzenlemesi, doğumla Türk vatandaşı olmuş ancak daha sonra çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan -esasen çifte vatandaşlığı kabul etmeyen bazı Avrupa ülkelerinde yaşayan-Türk vatandaşlarını korumak için getirilmiş bir düzenleme olsa da bu kişiler Türk vatandaşlığından çıkmış ve yasal olarak yabancı statüsündedir. Dolayısıyla Yargıtay'ın yabancı bir devlet vatandaşı olduklarını göz ardı ederek mavi kart hamillerini Türk vatandaşı gibi değerlendirip, bu kişilerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda yabancılık unsurunun bulunmadığı yönündeki kararlarının isabetli olmadığı kanısındayız.

B. Yabancılar Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar

1. Suçluların İadesi ve Sınır Dışı Edilme

Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenmiş olan kişi dokunulmazlığına iki önemli istisna getirilmiştir. Bunlardan biri suçluların iadesi, diğeri ise yabancıların sınır dışı edilmesidir⁴⁵. Yabancıların kişi dokunulmazlığına getirilen bu istisnaların kapsamına 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesi bağlamında mavi kart hamillerinin dâhil olup olmayacağı konusu da uygulamada sorun teşkil etmektedir.

Bir devletin ülkesinde bulunan kişinin, başka bir devlet ülkesinde işlediği suçtan dolayı şüpheli veya sanık olması halinde, hakkında soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin yapılması amacıyla ya da hükmedilen cezanın infaz edilmesi amacıyla, yetkili devletçe talep edilmesi halinde iadesini sağlayan adlî ve siyâsî süreç 'suçluların iadesi' olarak ifade edilmektedir⁴⁶. Esas itibarıyla suçluların iadesine ilişkin hüküm ve esaslar 6706 sayılı Cezaî Konularda Adlî İş Birliği Kanunu⁴⁷ ile düzenlenmektedir⁴⁸.

Bir Türk vatandaşının, başka bir ülkede işlediği suç nedeniyle yargılanması yahut hükmedilen cezanın infaz edilmesi amacıyla yabancı bir devlete iade edilmesi kural olarak mümkün değildir. Nitekim Anayasa'nın 38. maddesine göre "*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez*". Adlî İş Birliği Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi de paralel bir hüküm içermektedir. Buna göre "*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, iadesi*

45 Doğan, *Yabancılar* (n 3) 117; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016) 165.

46 Ahmet Ulutaş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2012) 25; Süheyl Donay, 'Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler', (2011) 50(1-4) *Journal of Istanbul University Law Faculty* 239, 239; Çiçekli, *Yabancılar* (n 45) 177.

47 RG: 05.05.2016- 29703, bundan böyle "Adlî İş Birliği Kanunu" olarak anılacaktır.

48 Türkiye başta "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi" (RG 26.11.1959/10365) olmak üzere pek çok ikili ve çok taraflı iade anlaşmasına tarafır. Anayasanın 90. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca suçluların iadesine ilişkin öncelikli bu uluslararası anlaşmalar uygulama alanı bulacaktır.

talep edilen kişinin Türk vatandaşı olması” halinde iade talepleri kabul edilemez. Bu düzenlemeler çerçevesinde 5901 sayılı TVK’nın 28. maddesi kapsamında mavi kart hamillerinin iadeye konu olup olamayacağı sorunu uygulamada karşılaşılan bir olayla gündeme gelmiştir⁴⁹. Somut olayda, Alman vatandaşlığını kazanan ve çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan ilgili hakkında açılan soruşturmaya istinaden Almanya Federal Devleti, Türkiye’den iade talebinde bulunulmuştur⁵⁰. İlgili, 403 sayılı Kanun’un 29. maddesi kapsamında çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrıldığını ve özel statülü yabancı olduğunu, bu nedenle iadesinin mümkün olmayacağını iddia etmiş, ilgilinin bu iddiası üzerine Adalet Bakanlığından görüş talep edilmiştir⁵¹. Adalet Bakanlığı, “*Anayasanın 38 inci maddesi ile TCK’nın 18 inci maddesinin 2 nci fıkrasında Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, Türk vatandaşının yabancı bir ülkeye iade edilemeyeceğinin öngörüldüğü, söz konusu düzenlemenin yalnızca Türk vatandaşlığına sahip olanları kapsadığı, Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip şahısların bu kapsamda mütalaa edilemeyeceği, 403 sayılı TVK’nın 29 uncu maddesi uyarınca çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin ikamet, seyahat, çalışma, miras ve taşınmaz mal iktisabı gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceğinin öngörüldüğü, bu hükmün daha ziyade bu durumdaki kişilerin ülkemizdeki ikamet ve seyahatleri ile ilgili olduğu ve Türk vatandaşının başka ülkeye iade edilmemesine ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeden yararlanma hakkı vermediği*”⁵² yönünde görüş bildirmiştir⁵³.

Anayasa’da ve Adli İş Birliği Kanunu’nda yalnızca vatandaşların iade edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu açık düzenleme karşısında doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan ve yabancı statüsüne giren bu kişilerin yabancı bir devlet topraklarında suç işlemesi halinde -diğer şartları da sağlaması halinde- iade talep eden devlete iadesi mümkündür⁵⁴. Dolayısıyla kişinin mavi kart hamili olması iade edilmesine engel teşkil etmeyecektir. Aksi görüşün kabulü halinde, eskiden Türk vatandaşı olup da artık başka bir devletin vatandaşlığını kazanmış olan kişinin, vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin kendi vatandaşları üzerinde sahip olduğu yetkilere de müdahale edilmiş olacaktır.

49 Ulutaş, *İnsan Hakları* (n 46) 136- 150.

50 Ahmet Ulutaş, ‘Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 28’inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi’ (2011) 4 Ankara Barosu Dergisi 177, 205.

51 Ulutaş, ‘İade’ (n 50) 205.

52 Ulutaş, ‘İade’ (n 50) 206.

53 İade davasına bakan Konya 2. Ağır Ceza Mahkemesi ve kararın temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesi, A.S’nin özel statülü yabancı olmasına ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın iadenin diğer koşullarına ilişkin değerlendirmede bulunarak A.S’nin iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir: Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Ulutaş, ‘İade’ (n 50) 205-206.

54 Doğan, *Yabancılar* (n 3) 133; Turhan Faruk, ‘Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme’ (2018) 8 (2) SDÜHFD 1, 62; Ganiyeva (n 3) 384.

Kanaatimizce aynı nedenlerle mavi kart hamillerinin sınır dışı edilmeleri de mümkün olmalıdır⁵⁵. Her ne kadar 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinde mavi kart hamillerinin sahip olamayacağı haklar sayılmış ve bunların dışında kalan durumlarda Türk vatandaşı gibi muamele görecekları belirtilmişse de bu düzenleme mavi kart hamillerinin yabancı statüsünde olduğu gerçeğini değiştirmez. Ayrıca, YUKK'un 55. maddesinde, hakkında sınır dışı etme kararı alınmayacaklar sayılmıştır ve bu kişi grupları içinde çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanlar belirtilmemiştir.

Sonuç olarak suçluların iadesi ve sınır dışı etme gibi -bir ülkenin kamu güvenliği ve kamu düzenini ilgilendiren- konularda ya da cezaî nitelik arz eden hallerde mavi kart hamillerinin Türk vatandaşı gibi muamele görmesinin yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

2. Teminat Yatırma Yükümlülüğü

Hak arama hürriyeti Anayasanın 36. maddesinde "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" şeklinde ifade edilmiştir. Türk Yabancılar Hukuku literatüründe⁵⁶, hak arama hürriyeti, dilekçe hakkı ve dava hakkı olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Teminat yatırma yükümlülüğü ise dava hakkının sınırlandırılması ya da istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır.

Teminat, bir borcun zamanında ve uygun biçimde ödeneceğine dair güvence sağlayan işlemdir⁵⁷. Davacının veya davaya katılanın ya da takip talebinde bulunan kişinin, davasında yahut takip talebinde haksız çıkması durumunda, karşı tarafın uğrayacağı muhtemel zararları karşılamanın zor veya imkânsız olacağı durumlarda teminat göstermesi gerekebilir⁵⁸.

Türk Hukukunda teminat konusu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)⁵⁹ 84 ilâ 89 maddelerinde ve MÖHUK'un 48. maddesinde⁶⁰ düzenlenmiştir. HMK'nın 84. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca teminat yatırmakla yükümlü tutulanlar mutad meskeni Türkiye dışında bulunan "Türk vatandaşları"dır. MÖHUK'un 48. maddesinde ise teminat yabancılık kıstasına bağlanmıştır. Her iki durumda da teminat ile yükümlü olanlar dava açan, davaya katılan ya da icra

55 Aynı yönde görüş için bkz: Ganiyeva (n 3) 384.

56 Doğan, *Yabancılar* (n 3) 320; Çiçekli, *Yabancılar* (n 45) 198-199.

57 Yılmaz Altuğ, *Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi* (2nd edn, Sermet 1979) 71; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 42) 551; Işıl Özkan and Uğur Tüttüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (Adalet 2017) 104.

58 Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 666; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021) 260.

59 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/ 27836.

60 MÖHUK'un 48. maddesine göre, "(1) Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler; yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. (2) Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar".

takibinde bulunanlardır. Bu açıklamalar çerçevesinde, öncelikle mavi kart hamillerinin teminat yatırma yükümlülüğünün olup olmadığını teminatı yabancı olma kriterine bağlayan MÖHUK'un 48. maddesi kapsamında değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu değerlendirmeyi yapabilmek için ise, teminatın TVK'nın 28. maddesi kapsamındaki istisnalara girip girmediğinin tespiti gerekir.

Türk doktrininde, TVK'nın 28. maddesindeki "...*Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanırlar...*" ifadesinden hareket ederek mavi kart hamillerinin teminat yatırmakla yükümlü olmadığını savunan görüş olduğu gibi, aksini savunan görüş de bulunmaktadır.

Mavi kart hamillerinin teminat yatırmakla yükümlü olmadığını savunan görüşe göre⁶¹, bu kişiler TVK'nın 28. maddesinde belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerdir. Dolayısıyla mavi kart hamillerinin, MÖHUK'un 48. maddesi bağlamında dava açarken, davaya müdahil olarak katılırken veya takip talebinde bulunurken teminat yatırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bazı yazarlar⁶² ise, mavi kart hamillerinin ancak mutad meskenlerinin yurt dışında olması halinde -tıpkı Türk vatandaşlarında olduğu gibi- teminat yatırma yükümlülüğünün doğacağını kabul etmektedir.

Mavi kart hamillerinin MÖHUK'un 48. maddesi uyarınca teminat yatırması gerektiğini savunan görüşün⁶³ ise farklı gerekçeleri bulunmaktadır. Bu görüşe göre, TVK'nın 28. maddesinde kabul edilen ayrıcalık sadece çıkma izni ile Türk vatandaşlığından ayrılan kişileri ilgilendirmektedir. Oysa teminat yatırma yükümlülüğü, davacının, davaya müdahil olarak katılanın veya takip talebinde bulunanın davada haksız çıkması halinde, davalının uğrayacağı zararı, yargılama ve takip masraflarını karşılamak üzere kabul edilmiştir. Ayrıca, kanun koyucu TVK'nın 28. maddesinde malî bir konu olan "muafin ev eşyası ve araç ithal etme" hakkını mavi kart hamillerine tanımayarak malî konulardaki iradesini ortaya koymuştur. Bu görüşün son gerekçesi ise, bu kişilerin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceğine ilişkin düzenlemeye rağmen Türk vatandaşı değil yabancı olduğu gerçeğidir.

Kanaatimizce, mavi kart hamillerinin Türkiye'de mutad meskenleri olduğu sürece yabancı sıfatıyla teminat yatırma yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bu sonuca teminat yatırma yükümlülüğünün TVK'nın 28. kapsamında sıralanan istisnalar arasında yer almadığı görüşünden hareketle varmaktayız. Kanun koyucu, mavi kart hamillerinin

61 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 42) 552-553, dn 247; Doğan, *MÖH* (n 38) 94; Uğur Tütüncübaşı, 'Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' (2010) 12(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 183 214; Merve Acun Mekengeç, 'Türk Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' 37 (2) *MHB* 1 23- 24; Zeynep Çalışkan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat* (Vedat Kitapçılık 2011) 63.

62 Acun Mekengeç, (n 61) 23, 24; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 42) 553, dn 247; Can and Tuna (n 14) 111-113; Doğan, *MÖH* (n 38) 94 95; Özkan and Tütüncübaşı (n 57) 122; Nagehan Kavafoğlu, *Türk Vatandaşlığına Çıkma İzni ile Kaybeden Mavi Kart Sahibi Kişiler*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 2020 Ankara 76.

63 Çelikel and Erdem (n 59) 672,673.

Türk vatandaşları gibi işlem göremeyecekleri istisnaları açıkça belirtirken, teminat yatırma yükümlülüğünden bahsetmemiştir. Eğer mavi kart hamillerinin teminat yatırmakla yükümlü olması amaçlansaydı, diğer istisnalar gibi bu husus da TVK'nın 28. maddesinde açıkça düzenlenirdi. Kanun koyucunun getirmedığı bir istisnayı yorum yoluyla TVK'nın 28. maddesi kapsamında değerlendirmenin ve bundan hareketle mavi kart hamillerinin teminat yatırma yükümlülüğünün olduğu sonucuna varmanın isabetli olmadığı kanısındayız. Teminat yatırmanın 28. maddedeki istisnalar kapsamına girmediği sonucuna ulaştıktan sonra, bunun bir hak mı yoksa yükümlülük mü olduğu tartışmasının da bir önemi kalmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, TVK'nın 28. maddesinde mavi kart hamillerinin "Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam" edeceğine ilişkin hükmün yükümlülükleri değil sadece hakları düzenlediği, bu nedenle mavi kart hamillerinin teminat yatırma konusunda Türk vatandaşı gibi muamele göremeyeceği yönündeki görüşe katılmıyoruz⁶⁴. Kaldı ki kanun koyucu aynı zamanda bir yükümlülük olan askerlik hizmetini açık olarak istisnalar arasında saydığına göre teminatı da açıkça sayabilirdi.

Bu açıklamalar çerçevesinde MÖHUK'un 48. maddesi kapsamında mavi kart hamillerinin teminat yatırma yükümlülüğünün bulunmadığı, ancak Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan mavi kart hamillerinin -Türk vatandaşları gibi- HMK uyarınca teminat yatırma yükümlülüklerinin bulunduğu kanısındayız. Nihayet, HMK'nın 85. maddesinde teminat gerektirmeyen hallerin sayıldığını, Türk vatandaşlığından çıkma izni almak suretiyle ayrılanların -yani mavi kart hamillerinin- bu maddede belirtilmediğini de hatırlatmakta yarar görüyoruz.

A. Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar

Yargı kararlarına konu olan ve tartışma yaratabilecek bir diğer mesele ise sosyal güvenlik hukukuna ilişkindir⁶⁵. Yargıtay kararları incelendiğinde mavi kart hamillerinin sosyal güvenlik konusuna ilişkin uyuşmazlıklarının başında yurt dışı hizmet borçlanmasına ilişkin sorunların geldiği görülmektedir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle hizmet borçlanmasının ne demek olduğuna ve konuya ilişkin yasal düzenlemelere kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

Sosyal güvenliğe ilişkin yasal bir hak olan hizmet borçlanması, zorunlu sigorta kapsamı dışında kalan bazı çalışmaların veya sürelerin daha sonra sosyal güvenlik sistemi ile ilişkilendirilmesini sağlayan bir işlemdir⁶⁶. Yurt dışı hizmet borçlanması bazen yaşlılık veya ölüm aylığı bağlanması bazen de hizmet birleştirilmesi için yurt

64 Döndü Kuşçu, 'Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancılık Teminatından Kaynaklanan Problemler' (2021) 4 (2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 324 330-331.

65 Mavi kart hamillerinin sosyal güvenlik hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Altıntaş, (n 4) 409 vd.

66 Kadir Arıcı, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2017 (2019) 497, 537; Halûk Hâdi Sümer, Sosyal Güvenlik Hukuku, (Seçkin 2020) 245.

dışındaki çalışmaların dikkate alınması şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁶⁷. Zira bazı durumlarda yurt dışında çalışmış Türk vatandaşı yurda döndüğü zaman yabancı ülkede geçen çalışma sürelerinin yaşlılık aylığına hak kazanmada yetersiz kaldığını görmekte; hatta, bu kişiler Türkiye’deki çalışmalarıyla da yaşlılık aylığından istifade edememektedir. Söz konusu kişilerin karşılaştığı sorunlar, bir yandan ikili sosyal güvenlik anlaşmaları diğer yandan yasal düzenlemeler ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır⁶⁸.

Kaynağını Anayasa’nın 60 ve devam eden maddelerinden alan sosyal güvenlik hakkı ve konumuz açısından önem arz eden yurt dışı hizmet borçlanması, 1985 yılında kabul edilen ve halen yürürlükte olan 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun⁶⁹ ve Yurt Dışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte⁷⁰ düzenlenmektedir. 3201 sayılı Kanun ortaya çıkan ihtiyaçlar doğrultusunda 2006, 2008, 2014 ve 2019 yıllarında birtakım değişikliklere maruz kalmıştır.

2014 yılında 3201 sayılı Kanun’un 1. maddesinde önemli bir değişiklik yapılmış ve “doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir” cümlesi eklenmiştir⁷¹. Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 2. maddesinde 2020 tarihinde yapılan değişiklik ile hizmet borçlanmasının kapsamına giren kişilerde aranan “borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olanlar” ifadesinin kaldırılarak 3201 sayılı Kanuna paralel bir düzenleme kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere 3201 sayılı Kanun ve bu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik hükümleri çerçevesinde yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının yurt dışında çalıştıkları süreleri Türk sosyal güvenlik mevzuatına göre borçlanmaları ve buna bağlı hakları talep etmeleri mümkündür. Ancak burada mesele yurt dışı hizmet borçlanması için müracaatta bulunan mavi kart hamillerinin, 5901 sayılı TVK’nın 28. maddesindeki -Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya

67 Şükran Ertürk, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016 (2018) 745, 807; Ufuk Aydın, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015 (2017) 557, 616.

68 Fatih Uşan, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın 2011 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2012 (2013) 329, 459-460.

69 Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3201, Kabul Tarihi: 08.05.1985, RG 22.05.1985/18761; bundan böyle “3201 sayılı Kanun” olarak anılacaktır.

70 Yurt Dışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik, RG 06.11.2008/27046.

71 İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6552, Kabul Tarihi: 10.09.2014, RG 11.09.2014/2911.

devam eder- hükmü nedeniyle, Türk vatandaşı gibi işlem görüp göremeyecekleridir. Türk doktrininde farklı gerekçelerle mavi kart hamillerinin Türk vatandaşlığından çıktıktan sonra yurt dışında geçirdikleri sürelerin hizmet borçlanmasında göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmaktadır⁷². Bu çerçevede bir görüş, mavi kart hamillerinin herhangi bir hak kaybına uğramaması ve kazanılmış haklarının korunması amacıyla hizmet borçlanmasının mümkün olduğunu⁷³; bir diğer görüş, 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinin uygulanmasında yeknesaklık sağlanması amacıyla⁷⁴ sosyal güvenlik hakkının kullanılmasında mevzuatta Türk vatandaşı olma şartının arandığı hallerde dahi mavi kart hamillerinin Türk vatandaşı gibi kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁵. Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017 yılında verdiği bir kararda⁷⁶ "...vatandaşlıktan çıkma izni alanların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanacakları, bu nedenle davacının borçlanma hakkının bulunduğu kabulü gerektiği..." şeklinde hüküm kurmuştur.

Esasen 3201 sayılı Kanundaki açık düzenleme karşısında, 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinde yer alan Türk vatandaşlığından çıkan kişinin, "*Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen*" yararlanacakları hükmünün gerekçe gösterilerek Türk vatandaşlığından çıktıktan sonra çalıştığı sürenin yurt dışı hizmet borçlanmasında istifade etmesinin mümkün olmadığı kanısındayız⁷⁷. Zira kanun koyucunun aksi yönde bir iradesi olsaydı, bunu 3201 sayılı Kanunda açıkça düzenleyebilirdi. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrası sosyal güvenliğe ilişkin özel bir düzenleme getirmekte, sadece kazanılmış hakları saklı tutmakta ve mavi kart hamillerinin ilgili kanunlarda yer alan hükümlere tâbi olacağını belirtmektedir. Kaldı ki, 3201 sayılı Kanun sosyal

72 Altıntaş (n 4) 421-422; Gülşah Yeşiloğlu Çoban, '3201 Sayılı Kanun ve Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri Çerçevesinde Hizmet Borçlanması' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019) 68-69.

73 Turan and Tanrıbilir (n 33) 134-135, dn 116; Tütüncübaşı, *Mavi Kartlılar*, (n 3) 183-184.

74 Altıntaş (n 4) 417.

75 Yeşiloğlu Çoban (n 75) 68-69.

76 Dosyanın öncelikle Yargıtay 21. Hukuk Dairesi tarafından incelendiğini ifade eden Yargıtay, bu Dairenin verdiği kararın gerekçelerini açıklarken "...bu nedendir ki Türk vatandaşlığından izinle çıkanlar altında vatandaşlığı kâğıt üzerinde kaybetmekte ancak Türkiye ile maddi ve manevi bağları aynen devam etmektedir. Türk vatandaşlığından izinle çıkanların anavatanları ile bağları aynı kuvvetle devam etmesine karşın bu kişilere doğumla Türk vatandaşı olmayan bir yabancı muamelesi yapılması Türkiye gerçekleriyle bağdaşmayacağından 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28 inci maddesi ile bu kişilerin kazanılmış hakları saklı tutulmuştur. Kanun'un 28. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi, "doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler" biçiminde olup, izinle Türk vatandaşlığından çıkanlara kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalışma imkanı tanımış olması, bu kişilerin mümkün olduğunca Türk vatandaşlarına özgü haklara sahip olmalarının istendiğinin kanıtıdır. Bu maddeyle, izinle Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin vatandaşlığı adeta örtülü olarak sürdürülmekte ve vatandaşlıktan kaynaklanan hakları bazı istisnalar dışında korunmaktadır. Kanun'un 28. maddesinin 1. fıkrasına göre asılan bu kişilerin bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmeleridir. İstisna olan bu kişilere tanınan haklar değil, yararlanma imkânı tanınmayan haklardır..." ifadelerine yer vermiştir: YHGK, 2015/21-3676, 2017/584, 29.03.2017.

77 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2015 yılında verdiği bir kararda "...inceleme konusu olayda, mahkemece; davacının, yurt dışında geçen sadece çalışma sürelerini ve 18 yaşa dikkat edilmeden, vatandaşlıktan çıkmadan önce tüm çalışmaları borçlanabileceğinin tespitine dair hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. ... Davacının 18 yaşını doldurduğu tarihten Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verildiği ve nüfus kayıtlarına bildirildiği ... tarihine kadar yurt dışındaki sigortalılık sürelerini ... borçlanmaya hakkı olduğunun tespitine ..." şeklinde hüküm kurmuştur: Yargıtay 10 HD, 10923/15600, 17.9.2015; aynı yönde Yargıtay 10 HD, 2014/4389, 2015/11228, 08.06.2015; Yargıtay 10 HD, 2014/19535, 2015/6950, 09.04.2015.

güvenlik hukukuna ilişkin özel nitelikte bir Kanun olup, sosyal güvenliğe ilişkin haklar konusunda, mavi kart hamillerinin hizmet borçlanmasına ilişkin taleplerinde öncelikle uygulanmalıdır⁷⁸.

Konuya ilişkin diğer sorun ise, 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklarının saklı tutulacağına ilişkin hükmün nasıl yorumlanacağıdır.

Doktrinde bir görüş, 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinde sosyal güvenliğe ilişkin herhangi bir istisna yer almadığı için, sosyal güvenlik hakkının Türk vatandaşlığından çıktıktan sonra aynen Türk vatandaşları gibi kullanılabilir haklardan olduğunu ve mavi kart hamillerinin sosyal güvenliğe ilişkin haklarını -kazanılmış hak olsun ya da olmasın- kullanabileceklerini savunmaktadır⁷⁹.

Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010 yılında verdiği bir kararda da⁸⁰, Türk vatandaşlığından izin almak suretiyle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olmayan davacının, Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının kazanılmış hak sayılarak korunduğuna, bu gerekçe ile söz konusu süreye ilişkin borçlanma talebinin kabul edilmesine hükmetmiştir. Gerçekten de TVK'nın 28. maddesinin ikinci fıkrasına göre Türk vatandaşlığından çıkma izni almak suretiyle ayrılanların sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutulmuş ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri açıkça düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay kararına

78 Ayrıca 2014 yılında 3201 sayılı Kanunda yapılan değişiklikten sonra SGK Başkanlığınca yayınlanan Genelge (Genelge Numarası: 2014/27, 3201 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler, 70809318.010.06.02/819, 29.09.2014) ile bu değişiklikle ilişkin bazı açıklamalar yapılmıştır. Genelgede, 6552 sayılı Kanunla değiştirilen 1. madde hükmü uyarınca, başvuru tarihinde Türk vatandaşı olanlar ile çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılanların hizmet borçlanma talebinde bulunabileceğini, çıkma izni alıp Türk vatandaşlığından ayrılanların Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen sürelerde hizmet borçlanması hakkı olacağı açıkça belirtilmiştir. 2014/27 tarihli bu Genelgenin 2.1 maddesi son paragrafında; “*izinle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin borçlanma hakkından yararlanabilmeleri için borçlanmak istedikleri sürede Türk vatandaşı olma zorunluluğu bulunduğundan Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadınlığı süreleri borçlanma kapsamında değerlendirilmeyecektir*” ifadesi ile 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinin yalnızca “Türk vatandaşı” olarak geçirilen sürelerin hizmet borçlanması kapsamında geçen süre olarak değerlendirildiği ortaya konmuştur. Dolayısıyla bu kimselerin yalnızca yurt dışında geçen süreler açısından Türk vatandaşı olmaları aranacak, borçlanma talebine başvuru tarihinde veya aylık alma süresince Türk vatandaşı olma koşulu aranmayacaktır. Aynı yönde bkz.: Yargıtay 21 HD, 7063/8214, 16.04.2015. Bunun yanı sıra, 3201 sayılı Kanunda yapılan 2014 yılı değişikliklerini takiben SGK'nın yayınladığı 2014/27, 2018/27 ve 2021/2 sayılı genelgelerin tümünde izin almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olmasalar bile yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanabilecekleri ifade edilmiştir. Oysa geçmiş dönem uygulamasına baktığımızda örneğin 2011 yılında yayınlanan 2011/48 sayılı SGK genelgesinde “... *borçlanma başvuru tarihinde Türk vatandaşı olmadığı tespit edilen sigortalı*” kişilerin borçlanma taleplerinin reddedileceği açıkça ifade edilmekteydi.

79 Altıntaş (n 4) 415.

80 “...*Her ne kadar 3201 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin 2. ve 6. maddeleri borçlanmanın kabul edilebilmesi için davalı kuruma başvuru tarihinde hak sahibinin Türk vatandaşı olma şartını aramış ise de; Anayasa, Türk Vatandaşlık Kanunu ve 3201 sayılı Kanun'un amaç ve özü gözetilerek yukarıda açıklanan maddeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşlığını haiz olmayan davacıyı, Türk Vatandaşlık Kanunu'nun sosyal haklar bakımından vatandaşı gibi kabul ettiği, ayrıca Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunması ve Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanması gerektiği belirgindir...*”: YHGK, 10-210/240, 28.04.2010. Benzer yönde bkz.: Ankara 10 BAM, 674/648, 18.04.2017.

konu olayda davacı, Türk vatandaşlığından çıkmadan önce 3201 sayılı Kanuna göre borçlanarak primlerini ödemediği gibi, çıkma izni talebinden önce hizmet borçlanması başvurusu dahi yapmamış, hatta böyle bir talepte dahi bulunmamıştır; bu nedenle kesinleşmiş ve dolayısıyla kazanılmış bir hakkın varlığından bahsetmek güçtür⁸¹. Zira kazanılmış hak, bir hakkın geçmişe etkili hukukî işlemler karşısındaki dokunulmazlığını ifade eder ve bu haklar kazanıldıktan sonra herhangi bir kanun ya da idarî işlemle ortadan kaldırılamaz⁸². Bu nedenle YHGK'nın yurt dışında Türk vatandaşı olarak çalışarak geçirilen süreyi -her koşulda- 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesi kapsamında kazanılmış hak olarak kabul etmesinin ve bu yönde hüküm kurmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

V. Sonuç

Bu çalışmada, mavi kart hamillerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda yabancı unsur bulunup bulunmadığı, bu kişilerin iade veya sınır dışı edilip edilmeyeceği, teminat yatırma yükümlülüğü ve nihayet yurtdışı hizmet borçlanması meseleleri ele alınmıştır.

Esasen bu çalışma sırasında mavi kart hamillerinin “özel statülü yabancı” olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunduğu görülmüştür. Bu çerçevede değerlendirildiğinde özel statülü yabancıların adı üstünde “yabancı” oldukları, ancak tanınan haklar bakımından diğer yabancılardan daha ayrıcalıklı haklara sahip oldukları konusunda şüphe yoktur. Ancak mavi kart hamillerinin 5901 sayılı Kanun'un 28. maddesindeki hüküm nedeniyle ayrıcalıklı haklara sahip olması, bu kişileri Türk vatandaşı yapmadığı gibi yabancı statüsünden de çıkarmamaktadır. Bu nedenle, mavi kart hamillerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda yabancılik unsurunun bulunduğu kanaatindeyiz. Benzer gerekçelerle bu kişilerin iade veya sınır dışı etmeye konu olacakları da açıktır. Teminat yatırma yükümlülüğü açısından ise, mavi kart hamillerinin Türk vatandaşları gibi muamele görecekları; hizmet borçlanması konusunda çıkma izni verilen tarihe kadar geçen süreleri borçlanabilecekleri sonucuna ulaşılmıştır.

Bu çalışmada her ne kadar uygulamada karşılaşılan bazı sorunlara ve çözüm önerilerine yer verilmişse de esas itibarıyla konuya ilişkin tartışmaları tamamen sona erdirmek ve mavi kart hamillerinin yararlanabileceği/yararlanamayacağı hakları açıklığa kavuşturmak ihtiyacı bulunduğu açıktır. Bu amaçla, kanun koyucunun ya 5901 sayılı TVK'nın 28. maddesinde revizyona gitmesi veya YUKK'da olduğu gibi ilgili kanunlarda mavi kart hamillerinin durumunu özel olarak düzenlemesi ya da mavi kart hamillerine ilişkin özel bir kanun hazırlaması yerinde olacaktır.

81 Benzer yönde görüş için bkz: YHGK, 10-210/240, 28.04.2010 karşı oy yazısı.

82 Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (5th edn, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1993) 177-178; Jale Akipek, Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku* (16th edn, Beta 2020) 98.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography⁸³

Acun Mekengeç M, ‘Türk Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü’, 37 (2) *MHB*, 1- 33.

Akipek J, Akıntürk T and Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, (16th edn, Beta 2020).

Altıntaş E H, “Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı” (2019) 2, *YBHD* 391- 434.

Altuğ Y, *Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi* (2nd edn Sermet 1979).

Arıcı K, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2017 (2019) 497-549.

Aybay R, *Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2004).

Aydın U, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015 (2017) 557-869.

Aygül M, “Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı” (2010) 14(1) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31-60.

Can H and Tuna E, *Mavi Kartlı Yabancılar* (Adalet 2018).

Çalışkan Z, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat* (Vedat 2011).

Çataklı A O, ‘Şahsî Eşyayı Gümrük Vergilerinden Muaf Olarak Serbest Dolaşıma Sokmak İçin Türk Vatandaşlığı Şartı ve Yabancıların Durumu’ (2020) 7(22) *Gümrük Ticaret Dergisi* 12-31.

Çelikel A and Erdem B B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku*, (24th edn, Beta 2018).

Çiçekli B, “Türk Vatandaşlığından İzin Alarak Çıkma” (2000) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 63-75 (Çıkma).

Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016) (Yabancılar).

Çörtoğlu Koca Sema, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler’ 2016 (2) *Ankara Barosu Dergisi* 43-88.

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019) (MÖH).

Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (5th edn, Savaş 2017) (Vatandaşlık).

Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (5th edn, Savaş 2020) (Yabancılar).

Donay S, “Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler” (2011) 50 *Journal of Istanbul University Law Faculty* 239-274.

Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (5th edn, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1993).

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, (5th edn, Beta 2018).

83 Bir den çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan göndermelerde kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- Erdem B B, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Beta 2010).
- Erten R, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)* (Yetkin 2017).
- Ertürk Ş, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016 (2018) 745-1027.
- Ganiyeva S, “Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk” (2017) 23 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 361-388.
- Güngör G, *Tabiiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler* (7th edn, Yetkin 2019).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021).
- Karademir E, “Türk Hukukunda Çifte/Çok Vatandaşlıktan Kaynaklanan Sorunlar” (2018) 20 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 239-264.
- Kavafoğlu N, Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni ile Kaybeden Mavi Kart Sahibi Kişiler, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2020 Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Kuşcu D, ‘Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancılik Teminatından Kaynaklanan Problemler’ (2021) 4 (2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 324-346.
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (25th edn, Filiz 2018).
- Özkan I and Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usul Hukuku* (Adalet 2017).
- Sargın F, *Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları* (Yetkin 1997).
- Sümer H H, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, (Seçkin 2020).
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021).
- Tarman Z D, ‘Türk Vatandaşlığından Ayrılan ve Yurtdışında Yaşayanların Özel Hukukî Statüsü’ Vatandaşlık, Göç- Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler (2010) 206-230.
- Turan T and Tanrıbilir F B, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, Yetkin 2017).
- Turhan F, “Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme” (2018) 8 (2) SDÜHFD 1-87.
- Turhan T, ‘Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları’ (1997) 46 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41-65.
- Tütüncübaşı U, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü’ (2010) 12(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183-223 (Teminat).
- Tütüncübaşı U, ‘Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)’ (2011) 13 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153-194 (Mavi Kartlılar).
- Ulutaş A, “Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 28’inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” (2011) 4 Ankara Barosu Dergisi 177-210 (İade).
- Ulutaş A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2012) (İnsan Hakları).
- Uşan F, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın 2011 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2012 (2013) 329-526.
- Yeşiloğlu Çoban G, 3201 Sayılı Kanun ve Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri Çerçevesinde Hizmet Borçlanması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).

Andlaşmalar Hukuku ve Uluslararası Sorumluluk Hukukunun Kesişim Noktasında *Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum*

Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum at the Intersection of Treaty Law and Law of International Responsibility

Ceren Zeynep Pirim* 

Öz

Uluslararası hukukta *exceptio inadimplenti non est adimplendum* veya *exceptio inadimpleti contractus* olarak adlandırılan ilke bir uluslararası hukuk kişinin bir uluslararası yükümlülüğünü yerine getirmede olduğu durumlarda, yükümlülüğün muhatabı olan diğer uluslararası hukuk kişinin aynı veya benzer bir yükümlülüğünü yerine getirmeyebileceğini öngörmekte ve karşılıklılık üzerine kurulu bir anlayışla, taraflar arasında adil bir denge kurmayı hedeflemektedir.

1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 60. maddesi bir uluslararası andlaşmanın, âkit taraflardan biri tarafından ihlâl edilmesi durumunda, diğer âkit tarafın andlaşmayı sona erdirebileceğini veya tamamen veya kısmen yürürlüğünü askıya alabileceğini düzenleyerek *exceptio inadimplenti non est adimplendum* ilkesinin temelindeki anlayışı benimseyorsa da ihlâl "esaslı" olması gerektiğini hükme bağlayarak ilkeye genel bir atıf yapmamaktadır. Bunun yanı sıra, 1969 Sözleşmesi'nin 73. maddesi genel uluslararası sorumluluk hukuku kurallarına atıfta bulunmakta ve sözleşme hükümlerinin, devletlerin uluslararası sorumluluğa ilişkin kurallarına halel getirmeyeceğini hükme bağlayarak bir uluslararası andlaşmanın ihlâlî durumunda uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının da devreye girebileceğini açıkça düzenlemektedir.

İşte bu noktada, *exceptio inadimplenti non est adimplendum* ilkesinin uluslararası sorumluluk hukuku altında bir karşı önlem telâki edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Elinizdeki çalışma, ilkenin temellerini andlaşmalar hukukundan mı yoksa uluslararası sorumluluk hukukundan mı aldığı, başka bir ifade ile, andlaşmalar hukuku ve sorumluluk hukuku arasında *exceptio* ilkesi bağlamında bulunan ilişkinin bir rekabet ilişkisi mi yoksa bir tamamlayıcılık ilişkisi mi olduğu sorusuna odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Andlaşmalar hukuku, *exceptio inadimpleti contractus*, *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, uluslararası sorumluluk hukuku

Abstract

The principle commonly referred to as *exceptio inadimplenti non est adimplendum* or *exceptio inadimpleti contractus* provides that in international law, the performance of an obligation may be withheld if the other party has itself failed to perform the same or a related obligation. Being based on reciprocity, it aims, therefore, to establish a fair balance between the parties. Article 60 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties reflects the foundations of *exceptio inadimplenti non est adimplendum*. Paragraph one states that "A material breach of a treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part." However, by referring only to material breaches, this article does not make general reference to the traditional and classical version of the principle. Besides, Article 73 of the 1969 Convention, by providing that "the provisions of

* **Sorumlu Yazar:** Ceren Zeynep Pirim (Doç. Dr.), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: czpirim@gsu.edu.tr ORCID: 0000-0001-6680-6494

Atf: Pirim CZ, "Andlaşmalar Hukuku ve Uluslararası Sorumluluk Hukukunun Kesişim Noktasında *Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum*" (2021) 41(2) PPIL 979. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.1000498>

the Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from the international responsibility of a State," explicitly stipulates that in case of treaty violations, international responsibility rules would also apply. The question then arises whether *exceptio inadimplenti non est adimplendum* could be considered as a countermeasure under the law of State responsibility. This article focuses on whether *exceptio* has its roots and foundations in the law of treaties or in the law of international responsibility.

Keywords

Exceptio inadimplenti contractus, *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, exception of non-performance, law of treaties, law of State responsibility

Extended Summary

The principle commonly referred to as *exceptio inadimplenti non est adimplendum* or *exceptio inadimplenti contractus* provides that in international law, the performance of an obligation may be withheld if the other party has itself failed to perform the same or a related obligation. Being based on reciprocity, it aims, therefore, at establishing a fair balance between the parties.

Article 60 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties reflects the foundations of *exceptio inadimplenti non est adimplendum*. Paragraph one states, "A material breach of a treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part." However, by referring only to "material" breaches, this article does not make a general reference to the traditional and classical version of the principle. Besides, Article 73 of the 1969 Convention, by providing that "the provisions of the Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from the international responsibility of a State," explicitly stipulates that in case of treaty violations international responsibility rules would also apply. The question then arises whether *exceptio inadimplenti non est adimplendum* could be considered as a countermeasure under the law of State responsibility. This article focuses on whether this principle has its roots and foundations in the law of treaties or in the law of international responsibility.

The article analyses the principle of *inadimplenti non est adimplendum* firstly in the context of the law of treaties and discusses whether the principle is regulated by Article 60 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Indeed, although there is no doubt that Article 60 is based on reciprocity and reflects a certain understanding of *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, whether it provides the classical version of this principle is controversial.

Paragraph 1 of Article 60 does not adopt a general reciprocity conception and appears to be a narrow version of *exceptio inadimplenti non est adimplendum* that can be invoked in cases of all breaches, whether material or not. Besides, despite the fact that there are no procedural requirements for the invocation of *exceptio*, Article 60 of the 1969 Convention provides procedural rules that States should respect when they

invoke the right that this article confers upon them regarding the termination and the suspension of treaties. Finally, Article 60 stipulates that a material breach of a treaty by one of the parties would entitle the other party to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation “in whole or in part.” In contrast, according to the classical interpretation of *exceptio*, the injured State has the right not to perform “the same” or “a related obligation” that has been violated by the other State.

All these differences lead some international legal scholars to argue that Article 60 of the 1969 Convention does not regulate the principle of *exceptio* and that *exceptio* has its roots in the law of international responsibility. In this context, *exceptio inadimplenti non est adimplendum* is analyzed, secondly, under the law of State responsibility focusing on its differences from countermeasures.

Indeed, the objective of the Vienna Convention on the Law of Treaties is to regulate the relationship between the parties to a treaty and not the legal consequences of internationally wrongful acts committed in this field, such as the right to reparation arising from the violation of contractual obligations. Besides, although Article 60 of this Convention applies when there is a “material” breach of a treaty by one of the parties, countermeasures can be taken against all violations of international obligations, conventional or customary, as far as they respect the principle of proportionality. Moreover, Article 60 confers on injured States the right to terminate or suspend the concerned treaties only, whereas countermeasures can appear as violations of all international law rules, except those provided for in Article 50 of the 2001 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA). Finally, the procedural requirements provided by Article 60 of the 1969 Convention are stricter than the procedural rules that States should respect while adopting countermeasures according to Articles 49–53 of the ARSIWA.

Despite all these differences, the confusion between *exceptio*, Article 60 of the 1969 Convention, and countermeasures continues to exist, and this confusion is not cleared up by international jurisprudence. This paper also reviews the concerned jurisprudence and analyzes the decisions concerning the Diversion of Water from the Meuse, the ICAO Council, the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, the Rainbow Warrior case, the Gabčíkovo-Nagymaros Project, and the Application of the Interim Accord of 13 September 1995.

All these considerations lead to the conclusion that *exceptio inadimplenti non est adimplendum* is a principle whose presence is felt in all international law institutions, based on reciprocity. However, no legal text regulates the principle in its traditional and classical form. Article 60 of the 1969 Convention seems to be a narrow version of *exceptio*, applicable in the law of treaties, whereas countermeasures that carry the traces of *exceptio* appear to be a metamorphosed form of this institution.

Andlaşmalar Hukuku ve Uluslararası Sorumluluk Hukukunun Kesişim Noktasında *Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum*

I. Giriş

Uluslararası hukukta *exceptio inadimplenti non est adimplendum* veya *exceptio inadimplenti contractus* veya kısaca *exceptio* olarak adlandırılan ilke bir uluslararası hukuk kişinin bir uluslararası yükümlülüğünü yerine getirmedeği durumlarda, yükümlülüğün muhatabı olan diğer uluslararası hukuk kişinin aynı veya benzer bir yükümlülüğünü yerine getirmeyebileceğini öngörmekte¹ ve karşılıklılık üzerine kurulu bir anlayışla, taraflar arasında âdil bir denge kurmayı hedeflemektedir². Bu çerçevede, *exceptio* ilkesi, iki tarafa karşılıklı yükümlülük yükleyen bir ilişkide, taraflardan birinin yükümlülüğünü yerine getirmesini, diğer tarafın yükümlülüğünü yerine getirmesinin koşulu addetmekte³, hukuk kişilerinin kendi hukuka aykırılıklarından faydalanamayacağı ilkesi ile birlikte okunmakta⁴ ve bir anlamda iyi niyet ilkesi temelli bir hukukî rejim tesis etmektedir⁵.

Latince adlandırılıyor olmasına rağmen Roma hukuku kaynaklı olmadığı bilinen *exceptio inadimplenti non est adimplendum*⁶, Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda yer almakta, Anglo-Sakson hukuk düzenlerinde ise, aynı adla anılmasa bile, yorum yoluyla aynı sonucu doğuran bir uygulamanın konusunu teşkil etmektedir⁷. Bununla birlikte, ilkenin hukukî niteliği önemli fikir ayrılıklarına sebebiyet vermekte, yalnızca andlaşmalar hukuku altında mı uygulanabilir olduğu yoksa uluslararası sorumluluk hukuku bağlamında da devreye giren bir "karşı önlem" türü mü teşkil ettiği uzun bir süredir tartışılmaktadır.

Gerçekten de ilke pek çok yönüyle andlaşmalar hukuku ve uluslararası sorumluluk hukukunun kesişim noktasında konumlanmaktadır. Her şeyden önce, her ne kadar çok sayıda uluslararası andlaşma, ihlâl edilmeleri durumunda devreye girecek kurallar öngörmekte ise de uluslararası hukuk bir uluslararası hukuk ihlâli teşkil eden andlaşma

1 James Crawford and Simon Olleson, 'The Exception of Non-performance: Links between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility' (2000) 21 Australian Year Book of International Law 55, <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUYrBkIntLaw/2000/4.html#Heading4>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021.

2 Filippo Fontanelli, 'The Invocation of the Exception of Non-Performance: A Case-Study on the Role and Application of General Principles of International Law of Contractual Origin' (2012) 1(1) Cambridge Journal of International and Comparative Law 119, 122.

3 Malgosia Fitzmaurice, 'Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law' in Bartels L ve Paddeu F (eds), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press 2020) 285.

4 Second Report on State Responsibility by James Crawford, A/CN.4/498 and Add.1-4, 78, para 316.

5 Vincenzo Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano* (Jovene 1956), 214.

6 *Exceptio* ilkesinin Roma hukuku döneminde yalnızca bankerlerle akdedilen sözleşmelerde uygulandığı, satış sözleşmeleri bağlamında devreye sokulmadığı, bu tür sözleşmelerin varlığında tarafların yükümlülüklerinin ifasının iyi niyet ilkesi temelinde değerlendirildiği bilinmektedir. Bkz. Fitzmaurice, 'Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law' (n 3) 286; Crawford ve Olleson (n 1).

7 İlkenin Kıt'a Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk düzenlerinde ne şekilde düzenlendiğine ilişkin incelemeler için bkz. Fitzmaurice, 'Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law' (n 3) 286-288; Crawford ve Olleson (n 1).

ihlâllerinin varlığında yalnızca andlaşmalar hukuku tarihiyle değil uluslararası sorumluluk hukuku tarihiyle de devreye girmektedir. Zira bütün hukuk düzenlerinde olduğu gibi uluslararası hukukta da ahdî yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin ihlâli halinde devreye girecek sorumluluk kuralları doğrudan ilişki içindedir⁸.

Kaldı ki, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin bir uluslararası andlaşmanın ihlâli durumunda devreye girecek sorumluluk kuralları öngörmediği, hatta “andlaşmaların ihlâli hakkında herhangi bir kural öngörmeyen bir andlaşmalar hukuku metni” olduğu gerekçesiyle eleştirildiği bilinmektedir⁹. Gerçekten de 1969 Sözleşmesi'nde “andlaşmaların ihlâli” kavramının yalnızca üç maddede -tanımlanmadan- zikredildiği (madde 60, 61 ve 62), bir andlaşmanın ihlâli halinde ne gibi sonuçlar doğacağıının tek bir maddede ele alındığı (madde 60) ve bu maddenin yalnızca tek bir ihlâl türüne, “esaslı” ihlâllere, ilişkin olduğu görülmektedir.

60. madde, bir uluslararası andlaşmanın âkit devletlerden biri tarafından ihlâl edilmesi durumunda, diğer âkit devletin andlaşmayı sona erdirebileceğini veya tamamen veya kısmen yürürlüğünü askıya alabileceğini düzenleyerek *exceptio inadimplenti non est adimplendum* ilkesinin temelindeki anlayışı benimsemekte ancak ihlâlin “esaslı” olması gerektiğini hükme bağlayarak *exceptio* ilkesinin klasik yorumunu benimsememektedir.

Ayrıca, 1969 Sözleşmesi'nin 73. maddesi genel uluslararası sorumluluk hukuku kurallarına atıfta bulunmakta ve sözleşme hükümlerinin, devletlerin uluslararası sorumluluğa ilişkin kurallarına hâle getirmeyeceğini hükme bağlayarak, bir uluslararası andlaşmanın ihlâli durumunda uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının da devreye girebileceğini açıkça düzenlemektedir. Bu çerçevede, bir uluslararası andlaşmanın esaslı ihlâli durumunda uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının yanı sıra 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesi de uygulama alanı bulabilecek, esaslı olmayan ihlâller ise yalnızca uluslararası sorumluluk hukukunun konusunu teşkil edecektir.

Oysa, *exceptio inadimplenti non est adimplendum* olarak adlandırılan ilke 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde olduğu gibi Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 yılında kabul edilen Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nde de zikredilmemektedir. Bilindiği üzere, uluslararası sorumluluk hukuku, ahdî uluslararası yükümlülüklerin ihlâline özel sonuçlar bağlamamakta, ahdî veya teamülî bütün uluslararası hukuk kurallarının ihlâli için yeknesak bir rejim öngörmektedir. Bu rejim uyarınca, bir uluslararası hukuk ihlâline maruz kalan devletin belli ilkelere riayet ederek

8 Pierre-Marie Dupuy, 'Droit des traités, codification et responsabilité internationale' (1997) 43 *Annuaire français de droit international* 7.

9 Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), 1155 UNTS 331 (VCLT). Söz konusu eleştiriler için bkz. Shabtai Rosenne, *Breach of Treaty* (Grotius 1985), 44; Christian Tams, 'Regulating Treaty Breaches' (2016) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2733325>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2021.

uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeyebileceği¹⁰ ve “karşı önlemler” olarak andlandırılan bu ihlallerin devletin sorumluluğunu doğurmayacağı bilinmektedir¹¹.

İşte bu noktada, *exceptio inadimplenti non est adimplendum* ilkesi 1969 Sözleşmesi’nin 60. maddesi ile uluslararası sorumluluk kuralları arasında bulunan normatif bağın olduğu kadar normatif yarışın da tezahürü gibi görünmekte, ilkenin bir karşı önlem telâkki edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Daha açık bir ifade ile, *exceptio* ilkesi, temellerini andlaşmalar hukukundan mı yoksa uluslararası sorumluluk hukukundan mı almaktadır? Andlaşmalar hukuku ve sorumluluk hukuku arasında *exceptio* ilkesi bağlamında bulunan ilişki, bir rekabet ilişkisi mi yoksa bir tamamlayıcılık ilişkisi midir? Elinizdeki çalışmanın ilgilendiği temel hukukî sorun budur. Söz konusu hukukî sorun, ilkenin önce uluslararası andlaşmalar hukuku bağlamında, ardından uluslararası sorumluluk hukuku kuralları ışığında değerlendirilmesi suretiyle ele alınacaktır.

II. Uluslararası Andlaşmalar Hukuku Altında *Exceptio Inadimplenti Contractus*

Exceptio inadimplenti contractus ilkesinin andlaşmalar hukukundaki varlığının uluslararası hukuk doktrini tarafından kabulü 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nden çok daha eski dönemlere dayanmaktadır¹². Bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerin âkit devletlerden biri tarafından ihlâl edildiğinde, diğer âkit devletin andlaşmayı tek taraflı olarak tamamen veya kısmen sona erdirmeye hakkının bulunduğu erken dönemlerde Grotius ve Vattel tarafından dile getirilmiş, bir âkit devletin andlaşma hükümlerine uyma iradesinin, diğer âkit devletin andlaşmadan doğan yükümlülüklerini ifa etmesinin koşulu olduğu yönündeki bu görüş, sonraki dönemlerde, aralarında Hyde ve Cavaglieri’nin de bulunduğu çok sayıda uluslararası hukukçu tarafından da kabul görmüştür¹³.

1969 yılından önceki döneme ait yargı kararları ve devlet uygulamaları da doktrini teyit eder niteliktedir. Örneğin, 1927 tarihli *Tacna Arica* tahkim kararında bir andlaşmanın taraflardan birince esaslı bir biçimde ihlâl edilmesi durumunda diğer tarafın söz konusu andlaşmayı sona erdirebileceğine veya askıya alabileceğine

10 Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001) 2(2) YILC, madde 49-54.

11 ibid md 22.

12 Bkz. Bruno Simma ve Christian Tams, ‘Article 60 (Convention of 1969)’ in Corten O ve Klein P (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties A Commentary* (Oxford University Press 2011) 1351, 1355 vd.

13 Bkz. Hugo Grotius, *De Iure Belli Ac Pacis Libri Tres* (Batoche Books Kitchener 2001), Book II, Chapter 15, para 12, 138; Emmerich de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, vol I, c.13, para 200; Samuel Benjamin Crandall, *Treaties, Their Making and Enforcement* (2. bası), John Byrne & Company 1916), 456; Charles Cheney Hyde, *International Law*, vol II, 88; Arrigo Cavaglieri, “Règles générales du droit de la paix” (1929) 26 *Recueil des cours de l’Académie de droit international* 311, 535. Yazarların görüşlerinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. James Garner, ‘The Unilateral Denunciation of Treaties by One Party Because of Alleged Non-Performance by Another Party or Parties’ (1935) 29(4) AJIL 569, 571-573.

hükmedilmiştir¹⁴. *Exceptio inadimplenti contractus* ilkesi Belçika tarafından Uluslararası Dâimî Adalet Divanı önünde görülen *Meuse Nehri* uyuşmazlığında da gündeme getirilmiş¹⁵, her ne kadar Divan somut olayda Belçika'nın uluslararası hukuka aykırı davranmadığı gerekçesi ile ilke temelinde hüküm vermemiş olsa da, hâkimler Anzilotti ve Hudson, kaleme aldıkları yazılarda, hakkaniyet üzerine kurulu olduğunu ifade ettikleri *exceptio* ilkesinin bir hukuk genel ilkesi olduğunu ve uluslararası ilişkilerde de uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir¹⁶. Karar, ilkenin andlaşmalar hukukundaki varlığının kabulünün içtihadî temellerinden biri kabul edilmektedir¹⁷.

Kısacası, *inadimplenti non est adimplendum* ilkesi andlaşmalar hukuku alanında çok eski dönemlerden beri uygulanmakta, ilkenin teamül hukukunun bir parçası haline geldiği bilinmektedir¹⁸. Bununla birlikte, hangi ahdî yükümlülüklerin ihlâlinin karşı tarafa andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma hakkı tanıyacağı meselesinde uzun bir süre fikir ayrılıkları yaşanmış, yazarların büyük çoğunluğu yükümlülükler arasında ayırım yapılmaması gerektiğini savunurken, bazı hukukçular andlaşmaların yalnızca “esaslı” hükümlerinin ihlâli halinde diğer tarafın andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma hakkına sahip olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹⁹. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi azınlık görüşünü benimseyecektir.

Şöyle ki; bir andlaşmanın âkit devletlerden biri tarafından ihlâl edilmesinin diğer âkit devlete andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma hakkı verip vermeyeceği Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesinde ilk kez Gerald Fitzmaurice öncülüğünde tartışılmıştır²⁰. Fitzmaurice'e göre, bir uluslararası andlaşma, sona erdirilmesine veya askıya alınmasına ilişkin herhangi bir hüküm öngörmüyorsa süresiz yapıldığı kabul edilmeli ve yalnızca tarafların ortak iradesi ile sona erdirilebilmelidir. Ancak uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülükleri “bütünüleyici” (ing. *integral*), “karşılıklı” (ing. *reciprocal*) ve “bağımlı” (ing. *interdependent*) yükümlülükler olarak üç farklı kategoriye ayıran raportöre göre, bu kural taraflara karşılıklı ve bağımlı yükümlülükler yükleyen andlaşmaların varlığında uygulanmamalıdır. Bu tür andlaşmalar, taraflardan birince aslî bir biçimde (ing. *fundamental*) ihlâl edilmeleri durumunda diğer taraflarca sona erdirilebilmeli veya askıya alınabilmelidir; zira

14 *Tacna Arica* tahkimi, aktaran (1927) 19 AJIL 393, vol 19, 98 vd in Simma ve Tams (n 12) 1355.

15 The Diversion of Water from the Meuse (*Netherlands v Belgium*) (Judgment) (1937) PCIJ Series A/B No 70, 4.

16 ibid, Dissenting Opinion of M. Anzilotti, 50, Individual Opinion of Mr. Hudson, 77.

17 Bkz. Simma ve Tams (n 12) 1355; Thanapat Chatinakrob, ‘Material Breach and its Exception, An Analysis of a “Humanitarian Character”’ (2018) 5(2) IALS Student Law Review 43, 44.

18 Malgosia Fitzmaurice, ‘The Gabcikovo-Nagymaros Case: The Law of Treaties’ (1998) 11 Leiden Journal of International Law 321, 326; Simma ve Tams (n 12) 1355; Chatinakrob (n 17) 44. Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı, Namibya danışma görüşünde, ilkenin teamül kuralına dönüştüğünü açıkça ifade etmiştir. Bkz. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion) (1971) ICJ Rep 16, paras 94-95.

19 Bkz. Lassa Oppenheim, *International Law* (4. bası, Longmans 1926-1928), vol I, 756.

20 Sözleşme'nin kabulüne giden süreçte Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesinde yapılan tartışmalar için bkz. Simma ve Tams (n 12) 1352; Crawford ve Olleson (n 1); Chatinakrob (n 17) 44; Fitzmaurice, ‘The Gabcikovo-Nagymaros Case: The Law of Treaties’ (n 18) 327-330.

karşılıklı ve bağımlı yükümlülüklerin varlığında taraflardan birinin yükümlülüğünü yerine getirmesi, diğer tarafın yükümlülüğünü yerine getirmesinin koşulunu teşkil etmektedir²¹.

Bu anlayış, Fitzmaurice'in metnini temel alan Waldock tarafından 1963 yılında kabul edilen ikinci raporda da benimsenmiş ancak aslı ihlâl koşulu fazla yüksek bir standart tesis ettiği gerekçesi ile "esaslı ihlâl" (ing. *material breach*) koşulu ile ikame edilmiştir²². Waldock'un Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda yapılan tartışmalar ışığında son halini verdiği düzenleme²³, 1966 yılında kabul edilen ve 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin taslağını oluşturan metnin 57. maddesi olarak karşımıza çıkacaktır²⁴. Maddenin özü Viyana Andlaşmalar Hukuku konferansında yapılan değerlendirmeler sonrasında aynı kalacak, insanî nitelikteki andlaşmalar ile ilgili bir fıkra eklenmesi dışında 60. madde olarak kabul edilen maddede herhangi bir değişiklik yapılmayacaktır²⁵.

Bir andlaşmanın ihlâl edilmesi sonucu sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması başlığını taşıyan 60. madde uyarınca;

"1. İki taraflı bir andlaşmanın âkit taraflardan biri tarafından esaslı bir şekilde ihlâli, diğer tarafa andlaşmayı sona erdirmeye veya tamamen veya kısmen yürürlüğünü askıya alma gerekçesi olarak bu ihlâl'e başvurma hakkını verir.

2. Çok taraflı bir andlaşmanın âkit taraflardan biri tarafından esaslı bir şekilde ihlâli

a. diğer tarafların oybirliği ile andlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya almalarını veya andlaşmayı,

*i-kendileri ile kusurlu devlet arasındaki ilişkiler bakımından, ya da,
ii-bütün taraflar arasında, sona erdirmeye hakkını verir.*

b. andlaşma ile bilhassa etkilenen bir tarafa, kendisi ile kusurlu devlet arasındaki ilişkiler bakımından andlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya almasının gerekçesi olarak bu ihlâl'e başvurma hakkını verir.

c. kusurlu devletten başka herhangi bir tarafa, andlaşmanın yürürlüğünü kısmen veya tamamen kendisi bakımından askıya alma gerekçesi olarak ihlâl'e başvurma hakkı verir; ancak bunun için andlaşma öyle bir nitelikte olmalı ki, bir tarafın andlaşma hükümlerini esaslı bir şekilde ihlâl etmesi her bir tarafın andlaşmadan doğan yükümlülüklerini ifa etme durumunu köklü bir biçimde değiştirsin.

21 Second report by G. Fitzmaurice, Arts 17-20, A/CN.4/107 (1957) YILC 16, vol II, 29-32 ve 52-56; Fourth Report by G. Fitzmaurice, Arts 17A, 18, 20, 34-39, A/CN.4/1120 (1959) YILC 37, vol II, 45-46, 49-51, 66-71, 80-81.

22 Second Report by H. Waldock, Art 20, A/CN.4/156 and Add.1-3 (1963) YILC 36, vol II, 73.

23 Bkz. Fourth report by H. Waldock, A/CN.4/177 and Add.1 and 2 (1965) YILC 3, vol II; Fifth report by H. Waldock, A/CN.4/183 and Add.1-4 (1966) YILC 1, vol II.

24 Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session (1966) YILC 172, 253-255.

25 Simma ve Tams (n 12) 1352. Elinizdeki çalışma, insanî nitelikteki andlaşmalara ilişkin düzenlemeyi, ele aldığı konudan sapmamak gayesiyle ayrıntılı olarak değerlendirmemektedir.

3. Bu madde bakımından bir andlaşmanın esaslı bir şekilde ihlâli aşağıdakilerden ibarettir:

- a. andlaşmanın, bu Sözleşmenin tasvip etmediği bir şekilde inkâr edilmesi; veya
- b. andlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlâl edilmesi.

4. Yukarıdaki fıkralar bir ihlâl halinde uygulanabilecek herhangi bir andlaşma hükmüne halel getirmez.

5. 1-3 ncü paragraflar insanî nitelikteki andlaşmalarda yer alıp kişilerin korunması ile ilgili hükümlere, bilhassa bu gibi andlaşmalarla himaye edilen kişilere karşı herhangi bir misilleme şeklini yasaklayan hükümlere uygulanmaz²⁶.

Waldock'a göre, maddede düzenlenen ilkenin amacı bir yandan uluslararası andlaşmaların istikrarını, diğer yandan andlaşmaların ihlâli nedeni ile mağdur olan devletleri gözetmektedir²⁶. Simma ve Tams da aynı görüştedir. Yazarlara göre, 60. madde iki menfaat arasında denge kurmayı hedeflemekte, bir yandan devletler arasındaki ahdi ilişkilerin istikrarını korurken, diğer yandan karşı tarafça ihlâl edildiği için andlaşmaya taraf olmanın yararını kaybeden devletlerin, yükümlülüklerinden geçici veya sürekli olarak kurtulmalarına imkân tanımaktadır²⁷.

Maddede öngörülen karmaşık hukukî rejim, birbiriyle çatışan bu iki menfaat arasında denge kurabilmenin zorluğundan ileri geliyor görünmektedir²⁸. Gerçekten de madde, ikili ve çok taraflı andlaşmaların ihlâli durumlarını ayrı ayrı düzenlemekte, çok taraflı andlaşma ihlâllerine ilişkin farklı senaryolar öngörmekte ve ihlâllere verilebilecek bireysel ve ortak tepkiler arasında ayrıma gitmektedir.

Kanaatimizce 60. maddenin temelinde bulunan anlayışın karşılıklılık ilkesi üzerine kurulu olan *exceptio inadimplenti non est adimplendum* olduğundan şüphe yoktur²⁹. Bununla birlikte, maddenin klasik anlamda *exceptio* ilkesini düzenleyip düzenlemediği tartışmalıdır.

Zira, ilk olarak, 60. madde, bir andlaşmanın âkit devletlerden biri tarafından yalnızca “esaslı bir şekilde” ihlâli halinde diğer tarafın andlaşmayı sona erdirmeye veya tamamen ya da kısmen yürürlüğünü askıya alma hakkını haiz olacağını hükme bağlayarak genel bir karşılıklılık anlayışı benimsememekte, esaslı olsun veya olmasın her tür ihlâlin varlığında ileri sürülebildiği kabul edilen *exceptio* ilkesinin³⁰ dar bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada “esaslı ihlâl”den ne anlaşılması gerektiğinin maddenin kendisi tarafından -çok da net olmayan bir biçimde- açıklandığının altının

26 Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March-24 May 1968, UN Doc. A/CONF.39/11, 358, para 70.

27 Simma ve Tams (n 12) 1353.

28 Benzer bir görüş için bkz. ibid 1352.

29 Benzer bir görüş için bkz. ibid 1353; Fitzmaurice, ‘The Gabcikovo-Nagymaros Case: The Law of Treaties’ (n 18) 334-335; Dupuy (n 8) 17.

30 Fitzmaurice, ‘Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law’ (n 3) 289.

çizilmesinde fayda vardır. Maddenin 3. fıkrası uyarınca, bir andlaşmanın “1969 Sözleşmesi’nin tasvip etmediği bir biçimde inkâr edilmesi” veya “andlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlâl edilmesi” esaslı ihlâl teşkil etmekte³¹, hükmün lafzî yorumundan bir andlaşma ihlâlinin “esaslı” ihlâl telâkki edilmesinde, ihlâlin niteliğinin ve yoğunluğunun değil, ihlâl edilen hükmün niteliğinin dikkate alınması gerektiği sonucu çıkmaktadır³². Bununla birlikte, ihlâlin kendisinin de belli bir yoğunlukta olması gerektiğini ifade eden yazarlar bulunmaktadır³³.

Ardından, *exceptio* ilkesi şekli kurallara riayet etmeyi gerektirmeden ileri sürülebilmekteyken, 60. maddenin kendisine tanıdığı andlaşmayı sona erdirme veya askıya alma hakkını kullanmak isteyen devletin riayet etmesi gereken usûlî birtakım kurallar bulunmaktadır³⁴. Şöyle ki; 60. madde, bir andlaşmanın âkit devletlerden biri tarafından ihlâl edilmesi durumunda diğer âkit devletlere andlaşmayı sona erdirme veya askıya alma “hakkı” vermekte, andlaşmanın ihlâli doğrudan bu sonucu doğurmamaktadır³⁵. Bu çerçevede, 60. maddenin tanıdığı andlaşmayı sona erdirme ve askıya alma hakkının kullanılabilmesi için 65-68. maddeler arasında öngörülen usûle uyulması gerekmektedir³⁶. Bu çerçevede, bir andlaşmanın sona erdirilmesi ve askıya alınmasının usûlünü hükme bağlayan 65. maddenin 1. fıkrası uyarınca, andlaşmanın sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınmasıyla ilgili bir sebebe dayanan taraf, diğer tarafları, iddiasından, alınması önerilen tedbirlerden ve sebeplerinden haberdar etme yükümlülüğü altındadır. Karşı tarafın andlaşmanın sona erdirilmesi veya askıya alınması nedenlerine itiraz etmesi ve on iki ay içinde uyuşmazlığa çözüm bulunamaması durumunda, 66. madde devreye girecek ve tarafların uyuşmazlığın çözümü için bir yöntem üzerinde uzlaşmaları gerekecektir. Bu uzlaşının sağlanamaması durumunda ise 1969 Sözleşmesi’nin ekinde düzenlenen zorunlu uzlaştırma yöntemi devreye sokulacaktır. Kısacası 60. madde, taraf oldukları andlaşmalar diğer taraf devletler tarafından ihlâl edilen devletlerin bu ihlâllere etkin ve süratli tepki vermelerini mümkün kılmamakta³⁷, ihlâllere verilecek tepkinin yöntemi hakkında son söze sahip olmalarına müsaade etmemekte³⁸ ve bu yönleri ile *exceptio* ilkesinden uzaklaşmaktadır.

31 Simma ve Tams’a göre, bir andlaşmanın “1969 Sözleşmesi’nin tasvip etmediği” bir biçimde inkâr edilmesi ifadesi ile, Sözleşme’de düzenlenmiş bulunan andlaşmaların geçersizlik sebeplerinin esaslı ihlâl teşkil etmeyeceği kastedilmektedir. Simma ve Tams (n 12) 1358. Kirgis ise, “andlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan hükümlerin” yalnızca andlaşmanın temel gayesine ilişkin hükümler olmadığını, bir âkit tarafta andlaşmanın ifası için elzem telâkki edilen hükümlerin, tâlî nitelikte görünseler bile, bu kapsamda değerlendirildiğinin altını çizmektedir. Frederic L. Kirgis Jr. ‘Some Lingering Questions about Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties’ (1989) 22(3) Cornell International Law Journal 549, 551-552.

32 Benzer bir görüş için bkz. Simma ve Tams (n 12) 1359; Christine Chinkin, ‘Nonperformance of International Agreements’ (1982) 17(3) Texas International Law Journal 387, 399.

33 Bkz. Federica Paddeu, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences* (Cambridge University Press 2018) 73.

34 Fitzmaurice, ‘Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law’ (n 3) 289.

35 Fitzmaurice, ‘The Gabcikovo-Nagyymaros Case: The Law of Treaties’ (n 18) 335.

36 Serean Forlati, ‘Reactions to Non-Performance of Treaties in International Law’ (2021) 25 Leiden Journal of International Law 759, 763-764.

37 Tams (n 9).

38 Kirgis Jr. (n 31) 558.

60. maddenin *exceptio* ilkesini düzenleyip düzenlemediği tartışmalarının temelinde bulunan bir diğer neden, bu ilkenin, karşılıklılık üzerine kurulu bir anlayışla, âkit devletlerden biri tarafından ihlâl edilen bir andlaşmadan doğan yükümlülüklerin diğer âkit devletler tarafından da “geçici” olarak ifa edilmeme hakkı olarak yorumlanmasıdır³⁹. Daha açık bir ifade ile, *exceptio* ilkesi, geleneksel yorumu uyarınca, uyuşmazlığın konusu olan andlaşmadan doğan yükümlülüklerin yürürlüğüne hâlel getirmezken, 60. madde, taraf devletlere andlaşmayı sona erdirme hakkı tanımaktadır.

Son olarak, 60. maddenin, uyuşmazlığın konusu olan andlaşmanın tamamının veya bir kısmının askıya alınabileceğini öngördüğü görülmektedir. Halbuki *exceptio* ilkesinin geleneksel yorumu uyarınca, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlüne maruz kalan devletin bu yükümlülüğün aynısını veya bu yükümlülükle yakından bağlantılı bir yükümlülüğünü ifa etmeme hakkı bulunmaktadır⁴⁰.

Tüm bu farklılıklar, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 60. maddesinin uluslararası hukukun *exceptio* olarak adlandırdığı ilkeyi düzenlemediği, hatta *exceptio* ilkesinin andlaşmalar hukukuna değil, sorumluluk hukukuna ait olduğu yönünde görüşler ileri sürülmesine neden olmuştur. Bunun yanı sıra ve yukarıdaki satırlarda da ifade edilmeye çalışıldığı üzere *exceptio* ilkesi, en geniş anlamıyla, bir devletin bir uluslararası yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda diğer devletin de aynı veya benzer bir yükümlülüğünü yerine getirmeme hakkını ifade etmekte ve dolayısıyla birbiriyle ilişkili ve karşılıklı yükümlülüklerin varlığında devreye girmektedir. Ancak ilkenin yalnızca karşılıklı ahdî yükümlülüklerin varlığında mı yoksa kaynağı ne olursa olsun bütün karşılıklı yükümlülüklerle mi uygulanabilir olduğu tartışmalıdır⁴¹. Tüm bu hususlar, ilkenin uluslararası sorumluluk hukuku bağlamında da incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

III. Uluslararası Sorumluluk Hukuku Altında *Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum*

Uluslararası teamül kurallarını kodifiye ettiği bilinen ve Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 yılında kabul edilen Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni⁴² (2001 Metni) uyarınca devletlerin bütün uluslararası hukuka aykırı fiilleri uluslararası sorumluluklarını doğurur⁴³. Bununla birlikte, “bir devletin, bir başka devlete karşı sahip olduğu yükümlülüklerle uygun olmayan eyleminin hukuka aykırılığı, eylemin

39 Forlati (n 36) 765-766.

40 Fitzmaurice, ‘Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law’ (n 3) 289.

41 Crawford ve Olleson (n 1).

42 Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts (n 10).

43 ibid md 1.

*devlete karşı alınmış bir karşı önlem olması durumunda ortadan kalkacaktır*⁴⁴. Dolayısıyla karşı önlemler, kendi başlarına uluslararası hukuka aykırı fiil teşkil etmelerine rağmen bir başka devletin uluslararası hukuka aykırı fiiline yönelik karşı tedbir olarak alındıkları için “uluslararası hukuka aykırı” niteliklerini kaybeden ve uluslararası sorumluluk doğurmadığı kabul edilen önlemlerdir.

Bu çerçevede ve yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, *exceptio* ilkesinin uluslararası sorumluluk hukukuna ait bir kavram olduğu, hatta andlaşmalar hukukunun âkit devletlerden biri tarafından ihlâl edilen bir andlaşmanın varlığında diğer âkit devletlere tanıdığı sona erdirme veya askıya alma hakkının bir karşı önlem türü teşkil ettiği bazı uluslararası hukukçular tarafından ısrarla savunulagelmıştır⁴⁵. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun da ilkeyi yalnızca andlaşmalar hukuku kurallarının kodifikasyonu sırasında değil, 2001 Metni’nin kabulü ile sonuçlanan uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının kodifikasyon çalışmaları sırasında da ele almış olması, doktrinin bu tartışmada ne kadar bölünmüş olduğunun göstergelerinden biridir.

Şöyle ki; *exceptio* uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının kodifikasyon çalışmaları sırasında raportör Riphagen tarafından “karşı önlemler” bağlamında gündeme getirilmiş, raportör, hazırladığı taslak 8. maddede, birbiriyle bağlantılı veya karşılıklı yükümlülüklerin varlığında, taraflardan birinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda zarar gören devletin, karşılıklılık temelinde, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilme hakkına sahip olmasını önermiştir⁴⁶. Mesele, Riphagen’in haleflerinden Arangio-Ruiz tarafından da ele alınmış, devletler tarafından karşılıklı olarak alınan önlemlerin varlığında andlaşmalar hukuku ve sorumluluk hukuku arasında ayırım yapmanın zorluğunun altını çizen Arangio-Ruiz de *exceptio* ilkesinin “karşı önlemler” altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılması gerektiğinin altını çizmiştir⁴⁷. Ancak Uluslararası Hukuk Komisyonu ilkenin “bağımsız bir karşı önlem türü” olarak düzenlenmesini reddedecek⁴⁸, James Crawford’un, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin ikinci raporunda *exceptio*’nun “uluslararası hukuka aykırı eylemin uluslararası hukuka aykırılığını ortadan kaldıran nedenlerden biri” olarak kabul edilmesi yönündeki önerisi de Komisyon tarafından kabul edilmeyecektir⁴⁹.

44 ibid md 22.

45 Bkz. Georges Abi-Saab, “Cours général de droit international public” (1987) 207 Recueil des cours de l’Académie de droit international 9, 15, 463; Linos-Alexander Sicilianos, ‘The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty’ (1993) 4 European Journal of International Law 341, 358-359. Akehurst de bir uluslararası andlaşmanın, taraflardan birinin ihlali nedeni ile diğer taraflarca sona erdirilmesi veya askıya alınması hakkını “karşı önlem” başlığını taşıyan makalesinde incelemektedir. Michael Akehurst, ‘Reprisals by Third States’ (1970) 44 British Yearbook of International Law 1, 6-12. Benzer biçimde, Bilder, andlaşmalar hukuku altında uygulanan *exceptio* ilkesini bir karşı önlem türü olarak sınıflandırmaktadır. Richard B Bilder, ‘Breach of Treaty and Response Thereto’ (1967) 61 Proceedings American Society of International Law (1967) 193-194.

46 Fifth Report by Willem Riphagen (1984) 2(1) YILC 3, vol II.

47 Third Report by Arangio-Ruiz, A/CN.4/440 (1991) 2(1) YILC, 15, para 33-35.

48 Report of the International Law Commission on the work of its forty-fourth session (1992) 2(2) YILC, 23, para 151.

49 Second Report on State Responsibility by James Crawford (n 4) para 325-331.

Komisyon'un tercihi anlaşılabilir niteliktedir. Zira *exceptio inadimplenti non est adimplendumun* ilkesinin geleneksel yorumu, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 60. maddesinde düzenlenen ilke ve uluslararası sorumluluk hukuku altında karşı önlemler olarak anılan önlem türü birbirinden önemli farklılıklar arz etmektedir.

Her şeyden önce, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi devletler arasındaki ahdî ilişkilerin akıbetini kaygı edinmekte ve uluslararası hukuka aykırı fiillerin hukukî sonuçları ile, dolayısıyla bir andlaşmanın ihlâl edilmesi halinde doğacak onarım yükümlülüğü ile ilgilenmemektedir⁵⁰. Bu doğaldır; zira 1969 Sözleşmesi uluslararası hukukun birincil kurallarının yani devletlere yapma ve yapmama yükümlülüğü yükleyen kuralların bir parçasını teşkil etmekte ve bütün birincil kurallar gibi, öngördüğü ilkenin içeriği ve geçerliliğini düzenlemektedir. Oysa karşı önlemler, birincil nitelikteki kuralların ihlâli halinde doğacak sonuçları düzenleyen ikincil kurallar bütünüdür, uluslararası sorumluluk hukukunun bir parçasını teşkil etmektedir⁵¹. Bu çerçevede, 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesinin ihlâlinin dahi, ihlâl maruz kalan devlete, karşı önlem alma hakkı veren bir birincil kural ihlâli teşkil edeceğinin altının çizilmesi önemlidir.

Ardından, Sözleşme'nin 60. maddesi, bir andlaşmanın “esası” bir biçimde ihlâl edilmesi halinde devreye girmektedirken bir uluslararası sorumluluk hukuku müessesesi olan karşı önlemler, orantılı oldukları müddetçe, bütün uluslararası hukuk ihlâllerine cevaben alınabilmektedir⁵². Dolayısıyla, karşı önlem alınabilmesi için, maruz kalınan uluslararası hukuka aykırılığın belli bir eşige ulaşmış olmasına gerek yoktur; ahdî veya teamülî bütün uluslararası hukuk kurallarının esaslı veya esaslı olmayan ihlâlleri, ihlâllere maruz kalan devletlere, karşı önlem alma hakkı vermektedir.

Ayrıca, Tams'ın ifadeleri ile “negatif bir mütekabiliyet” üzerine kurulu olan 60. madde, devletlere yalnızca ilgili andlaşmayı sona erdirme veya askıya alma hakkı verirken⁵³, karşı önlemler, orantılı oldukları müddetçe ve 2001 Metni'nin 50. maddesinde istisna tutulan kurallar dışında her tür uluslararası hukuk kuralının ihlâli şeklinde tezahür edebilmektedir⁵⁴. Geleneksel anlamda *exceptio* da bir uluslararası

50 René Lefeber, 'The Gabcikovo-Nagymaros Project and the Law of State Responsibility' (1998) 11 Leiden Journal of International Law 609, 611; Tams (n 9) 6.

51 Third Report on State Responsibility by James Crawford, A/CN.4/507 and Add. 1-4, 87, para 325. Birincil ve ikincil kurallar ayrımı, temellerini İngiliz filozof Hart'ın felsefesinde bulmaktadır. Hart'a göre, hukuk alanında iki tür kural bulunur: hukuk kişilere yapma veya yapmama yükümlülüğü yükleyen birincil kurallar ve birincil kuralların ifa edilmesinin veya edilmemesinin sonuçlarına ilişkin ikincil kurallar. Daha açık bir ifade ile, birincil kurallar davranış kurallarıdır ve hukuk kişilere, hukuken, nasıl davranılması veya nasıl davranılmaması gerektiğini söyler. İkincil kurallar ise, birincil kuralların ihlâl edilmeleri durumunda ortaya çıkan sonuçları düzenleyen sorumluluk kurallarıdır. Bkz. Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press 1994), 79-99.

52 Forlati (n 36) 764.

53 Tams (n 9) 6.

54 2001 Metni'nin 50. maddesi uyarınca, karşı önlemler BM Şartı'nda da öngörülen kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunma yasaklarına, temel insan haklarının korunması kurallarına, *ius cogens* nitelikli yükümlülüklerle ve diplomatik dokunulmazlığa ilişkin ilkelere uygun olmak zorundadır.

yükümlülüğün ihlâli halinde, ihlâle maruz kalan devlete aynı veya benzer bir yükümlülüğün ihlâli hakkını verirken, karşı önlem müessesesi, devletlere bir ihlâle cevaben hangi uluslararası yükümlülüğün yerine getirilmeyeceğini seçme hakkı tanımaktadır.

Ayrıca karşı önlemler, bağlayıcı hukuk normlarının uluslararası hukuka uygun ihlalleri şeklinde karşımıza çıkmakta ve dolayısıyla normların varlığını ve yürürlüğünü etkilememektedir. Oysa, 1969 Sözleşmesi'nin 60. Maddesi, bir andlaşmanın geçici olduğu kadar sürekli bir biçimde sona erdirilmesi hakkını da içermekte, normun varlığına doğrudan etki etmektedir⁵⁵.

Son olarak, 1969 Sözleşmesi'nin 60. Maddede öngörülen önlemin alınabilmesi için öngördüğü usûl kuralları, devletlerin karşı önlem alırken uymaları gereken ve 2001 Metni'nin 49-53. maddeleri arasında düzenlenen koşullardan çok daha katıdır⁵⁶.

Kanaatimizce, 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesinde düzenlenen önlem ile karşı önlemler arasındaki tüm bu farklılıkların temeli, bu iki uluslararası hukuk kurumunun "amaçları" arasındaki farklılıklardır. Karşı önlemlerin amacı, karşı taraf üzerinde baskı kurarak maruz kalınan uluslararası hukuka aykırılığa son verilmesini sağlamak ve uluslararası hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesinden önceki hukukî durumu yeniden tesis etmekten, 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesinde düzenlenen ilke, bir andlaşmanın tarafları arasında bozulan hak ve yükümlülük dengesini yeniden tesis etmeyi ve dolayısıyla andlaşmanın istikrarını korumayı hedeflemektedir⁵⁷. Bu çerçevede, 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesinde düzenlenen ve kanaatimizce *exceptio* ilkesinin dar bir tezahürü olan önlemin, karşı önlemler ile karşılaştırıldığında, daha sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu ve Crawford'un ifadeleri ile, "*belli tür ihlâllere cevaben alınabilen özel bir önlem türü*" teşkil ettiği görülmektedir⁵⁸.

Exceptio ve karşı önlemler arasındaki bu ilişki ve farkların uluslararası hukuk doktrinini olduğu kadar uluslararası yargı mercilerini de meşgul ettiği ancak uluslararası içtihadın söz konusu ilişki üzerinde ayrıntılı incelemeler yapmaktan imtina ettiği görülmektedir. Şöyle ki; yukarıdaki satırlarda ifade edildiği üzere 1937 tarihli *Diversion of Water from the Meuse* kararı uluslararası hukukta *exceptio* ilkesinin varlığının kabul edildiği ilk yargı kararlarından. İlke, bu kararın yanı sıra *ICAO Council, Air Service Agreement, Rainbow Warrior, Gabčikovo Nagymaros* ve *Interim Accord* uyuşmazlıklarında da gündeme gelmiş ancak bu uyuşmazlıklar vesilesi ile verilen kararlar *exceptio* ilkesi ve uluslararası sorumluluk hukuku arasındaki ilişkiyi netleştirememiştir.

55 Simma ve Tams (n 12) 1354.

56 Forlati (n 36) 764; Maria Xiouri, 'Problems in the Relationship between the Termination or Suspension of a Treaty on the Ground of Its Material Breach and Countermeasures' (2015) 6 Queen Mary Law Journal 63, 72; Tams (n 9) 23-24.

57 Xiouri (n 56) 70-71; Simma ve Tams (n 12) 1354.

58 Second Report on State Responsibility by James Crawford (n 4) para 325.

Divan, 1972 tarihli *ICAO Council* kararında, Hindistan'ın, uyuşmazlığa konu olan andlaşmanın Pakistan tarafından esaslı biçimde ihlâl edilmiş olmasının kendisine andlaşmayı sona erdirmeye hakkı vereceği yönündeki iddiasını dar ve katı yorumlamış⁵⁹ ve tek taraflı olarak esaslı ihlâl iddiasında bulunan tarafın bu iddiasının andlaşmayı "kendiliğinden" sona erdirmeyeceğini veya askıya almayacağını belirtmekle yetinmiştir. Divan'a göre, Pakistan'ın andlaşmayı, 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesi bağlamında esaslı bir biçimde ihlâl edip etmediğinin yani ihlâl konulu hükümün andlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem bir hüküm olup olmadığının tespiti, doğası gereği, uyuşmazlığa konu olan andlaşmanın incelenmesini ve yorumlanmasını gerektirmektedir⁶⁰. *Exceptio* ve uluslararası sorumluluk arasındaki ilişki Divan hâkimlerinden De Castro'nun karara yazdığı ayrık oy yazısında gündeme gelmiştir. Ancak yazısında, "1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesi, *exceptio inadimplenti non est adimplendum* ilkesinin ileri sürülmesine imkân tanımaktadır. Bir yükümlülüğün ihlâli, andlaşmanın sona erdirilmesi veya geçersizlik sebeplerinden biri değildir. Sorumluluk doğuran ve yeni yükümlülüklerin ve yaptırımların kaynağında bulunan bir eylemdir. Bununla birlikte, zarara uğrayan taraf andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma hakkı veren, andlaşmanın esaslı ihlâlidir"⁶¹ ifadelerini kullanan ve *exceptio* ve uluslararası sorumluluk arasındaki ilişkiye değiniyor gibi görünen De Castro'nun ifadelerinin bu ilişkinin niteliği hakkında açık bir fikir vermekten uzak olduğu görülmektedir.

Bir uluslararası andlaşmanın esaslı ihlâli iddiası temelinde andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma hakkı ile karşı önlemler arasındaki ilişki ve bağ *Air Service Agreement* uyuşmazlığı olarak bilinen uyuşmazlıkta daha net bir biçimde gündeme gelmiştir. Bununla birlikte, uyuşmazlığı görmekle yetkilendirilen tahkim heyeti, uyuşmazlığın taraflarının hem karşı önlem kavramını hem de andlaşmalar hukuku ilkelerini birlikte ve eşzamanlı olarak ileri sürmelerine rağmen, bu iki müessese arasındaki ilişki hakkında açık bir tavır takınmaktan imtina etmiş, karşı önlemlerin bir uluslararası andlaşmanın ihlâlini meşrulaştıracağını belirtmekle yetinmiş ve karşı önlemler ile andlaşmanın esaslı ihlâli iddiası temelinde andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma hakkı arasındaki ayrımın incelenmesini gereksiz bulduğunu ifade etmiştir⁶². Sicilianos, kanaatimizce yerinde olarak, tahkim heyetinin uluslararası andlaşmanın esaslı ihlâli iddiası temelinde andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma hakkı ile karşı önlem kavramının kesin sınırlarla ayrıştırılması veya özdeşleştirilmesini reddettiği görüşündedir⁶³.

59 Fitzmaurice, 'The Gabcikovo-Nagymaros Case: The Law of Treaties' (n 18) 336.

60 Case Concerning the Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (*India v Pakistan*) (Judgment) (1972) ICJ Rep 46, 67, para 38.

61 ibid, Separate Opinion of Judge de Castro, 128.

62 Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France (1978) XVIII RIAA 417, 443, para 82.

63 Sicilianos (n 45) 341.

Meşhur *Rainbow Warrior* uyuşmazlığı vesilesi ile verilen 1990 tarihli tahkim kararının da andlaşmalar hukuku ve uluslararası sorumluluk rejimlerinin aynı uyuşmazlığa aynı anda ve birlikte uygulanabilir nitelikte olduğunu belirtmekle yetindiği görülmektedir.⁶⁴

Andlaşmalar hukuku ve uluslararası sorumluluk hukuku arasındaki ilişkinin altını en net ifadelerle çizen⁶⁵ ve *Rainbow Warrior* kararının yukarıdaki önermesini teyit eden⁶⁶ karar olarak kabul edilen Uluslararası Adalet Divanı'nın *Gabčikovo-Nagymaros* kararı dahi, kanaatimizce, 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesinde düzenlenen ilkenin karşı önlemler ile olan ilişkisini aydınlatmaktan uzaktır. Uyuşmazlığa konu olan olayda Macaristan, Slovakya ile arasında yürürlükte bulunan 1977 Andlaşmasını, Slovakya'nın hem uluslararası çevre hukukundan doğan yükümlülüklerini hem de ilgili andlaşmayı esaslı bir biçimde ihlâl ettiği gerekçesi ile sona erdirmiş, bu eyleminin bir "karşı önlem" olduğunu belirtmiş ve böylece hem uluslararası andlaşmalar hukukuna hem uluslararası sorumluluk hukukuna dayanmıştır⁶⁷. Ancak Divan, Macaristan'ın karşı önlem iddiasını bir kenara bırakmış ve "bir andlaşmanın yalnızca esaslı ihlâlinin karşı tarafa andlaşmayı sona erdirmeye hakkı tanıyacağını, diğer andlaşma ihlâllerinin karşı önlem alınmasını meşrulaştırabileceğini ancak bu ihlâllerin andlaşmalar hukuku altında andlaşmayı sona erdirmeye nedenlerinden olmadığını" ifade etmiştir⁶⁸. Bu çerçevede, Divan'ın, andlaşmalar hukuku ve uluslararası sorumluluk hukukunun birbirinden farklı kapsamlarının bulunduğu altını çizmekle yetindiği görülmektedir. Divan'a göre, "bir andlaşmanın yürürlükte olup olmadığının veya uluslararası hukuka uygun biçimde askıya alınıp alınmadığının/sona erdirilip erdirilmediğinin tespiti andlaşmalar hukuku uyarınca yapılır. Diğer yandan, bir andlaşmanın, andlaşmalar hukukuna riayet etmeden askıya alınmasının veya sona erdirilmesinin bu eylemde bulunan devletin sorumluluğunu ne ölçüde doğurduğunun değerlendirilmesi uluslararası sorumluluk hukuku altında gerçekleştirilir"⁶⁹.

Exceptio ilkesi *Application of the Interim Accord of 13 September 1995* olarak bilinen Uluslararası Adalet Divanı kararına konu olan uyuşmazlıkta da ileri sürülmüş⁷⁰ ancak Divan bu kararında da -ve tarafların iddialarının bu yönde bir tartışmaya fazlasıyla müsaade etmesine rağmen- ilkenin andlaşmalar hukukuna mı yoksa sorumluluk hukukuna mı ait olduğu tartışmasına girmemiştir. Uyuşmazlığa konu olan

64 Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (1990) XX RIAA 215, 251, para 75.

65 Xiouri (n 56) 74.

66 Dupuy (n 8) 18.

67 Lefeber (n 50) 618.

68 Gabčikovo-Nagymaros Project (*Hungary v Slovakia*) (Judgment) (1997) ICJ Rep 7, 38, para 106.

69 ibid, para 47.

70 Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (*The former Yugoslav Republic of Macedonia v Greece*) (Judgment) (2011) ICJ Rep 644. Kararın ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Fontanelli (n 2) 119; Fitzmaurice, 'Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law' (n 3); Forlati (n 36).

olay, davacı devletin kendisini “Makedonya Cumhuriyeti” olarak adlandırmak istemesi ancak Yunanistan’ın, bu adlandırmaya, bölge güvenliğini ve istikrarını tehlikeye atacağı gerekçesiyle ve tarihî ve coğrafi nedenlerle itiraz etmesine ilişkindir. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığa rağmen, 13 Eylül 1995 tarihinde “Geçici Andlaşma” (*Interim Accord*) olarak adlandırılan bir andlaşma akdetmiş ve andlaşmanın 11. maddesinin 1. fıkrasında Yunanistan’ın “kendisinin de üye olduğu uluslararası örgütlere ve kurumlara Makedonya’nın yapacağı üyelik başvurularına veya üyeliğine, bu devletin bu örgüt ve kurumlarda ‘Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti’ olarak anılması koşulu ile karşı çıkmayacağı” hükme bağlanmıştır. Davacı, söz konusu hükme rağmen NATO’ya üye olmasına engel olan Yunanistan’ın Geçici Andlaşma’yı ihlâl ettiğini ve sorumluluğunun doğduğunu, zira bu ihlâlin ne 1969 Sözleşmesi’nin 60. maddesinde öngörülen ilke ile ne de karşı önlem teorisi ile gerekçelendirilebileceğini ileri sürmüştür⁷¹. Geçici Andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma niyeti bulunmadığını ve dolayısıyla 60. maddeye dayanmadığını belirten Yunanistan ise, başlangıçta davranışını *exceptio inadimplenti non est adimplendum*da ifadesini bulan karşılıklılık ilkesi ile gerekçelendirmiş, sonrasında hem bu ilkeye, hem 1969 Sözleşmesi’nin 60. maddesine, hem de karşı önlem teorisine dayanmıştır. Yunanistan’a göre, davacı 1995 Andlaşması’ndan doğan yükümlülüklerini yerine getirmedeği ve muhtelif platformlarda Makedonya ismini kullandığı müddetçe Yunanistan da bu andlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda değildir. Yunanistan, somut uyuşmazlıkta her üç kavramı da temel alabileceğini ancak ahdî bir yükümlülüğün ihlâline karşı bir savunma mekanizması teşkil eden *exceptio inadimplenti contractus* ilkesinin 1969 Sözleşmesi’nin 60. maddesinde düzenlenen andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma hakkı ile veya amacı bir devleti uluslararası yükümlülüklerine uymaya zorlamak olan karşı önlemler ile karıştırılmaması gerektiğini ifade etmiştir⁷². Bu üç “farklı” uluslararası hukuk kurumunun ortak özelliği, devletlerin uluslararası hukuka aykırı davranışlarına karşı uluslararası hukuka uygun birer cevap teşkil ediyor olmalarıdır. Ancak Yunanistan’a göre *exceptio*, Viyana Sözleşmesi’nin 60. maddesinde düzenlenen ilkedeki daha geniş olduğu gibi, koşulları da hem bu maddede öngörülen andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma koşullarından hem de karşı önlem alma koşullarından daha esnek⁷³ ve *exceptio* ilkesinin uygulanması, bir uluslararası hukuk kuralının ihlâline maruz kalan devletin, ihlâl edilen yükümlülüklerin aynılarını veya benzerlerini ihlâl edebilmesine imkân tanımakta ancak kuralın yürürlüğüne halel getirmemektedir⁷⁴.

Divan, davacının eylemleri ile Yunanistan’ın davranışı arasında işlevsel bir ilişki bulunmadığı, daha açık bir ifade ile, Yunanistan’ın, davacının eylemlerinin Geçici Andlaşma’ya aykırılığını ispat edemediği gerekçesi ile *exceptio* ilkesinin ileri

71 Counter-Memorial of Greece, para 8(1).

72 ibid, para 8(6).

73 ibid, para 8(7).

74 ibid, para 8(15).

sürülemeyeceğine hükmetmiş ve ilkeyi ayrıntılı olarak incelemeye gerek görmemiştir⁷⁵. Divan'a göre, Yunanistan'ın davranışının 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesi veya karşı önlem teorisi bağlamında da değerlendirilebilmesi mümkün değildir⁷⁶.

Divan'ın *exceptio* ilkesi, 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesi ve karşı önlemler arasındaki ilişki hakkında, tarafların iddialarının buna imkân tanınmasına rağmen, ayrıntılı bir değerlendirme yapmaması ve meseleye bu kadar "yüzeysel" yaklaşması⁷⁷, Divan hâkimlerinden Bennouna ve Simma tarafından eleştirilmiştir. Kanaatimizce hâkim Simma'nın eleştirisi ele aldığımız konu bağlamında önemlidir. Simma, ayrık oy yazısında, 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesinin uluslararası sorumlulukla, uluslararası sorumluluğun da *exceptio inadimplenti non est adimplendum* ilkesi ile hiçbir ilgisinin bulunmadığını belirtmiş ve karşı önlem kavramının, her ne kadar bir andlaşmanın esaslı ihlâl gerekçesi ile askıya alınması ile örtüşebilse de, ikincil yükümlülükleri düzenleyen uluslararası sorumluluk hukukuna ait olduğunun ve ayrı bir değerlendirme gerektirdiğinin altını çizmiştir⁷⁸. Ayrıca Simma'ya göre, uluslararası hukukun birincil kurallarından olan 60. madde, uluslararası andlaşma ihlâllerinin hukukî sonuçlarını sınırlı sayıda düzenlemekte ve dolayısıyla *exceptio* ilkesini kodifiye etmemektedir. Simma'nın nezdinde "*exceptio ilkesinin hiçbir versiyonu andlaşmalar hukuku kurallarının kodifikasyonundan sağ çıkamamıştır*"⁷⁹.

IV. Değerlendirme ve Sonuç

Exceptio inadimplenti non est adimplendum uluslararası hukukun karşılıklılık üzerine kurulu tüm ilişkilerinde varlığı hissedilen kadim bir ilkedir. Bununla birlikte, günümüzde, herhangi bir uluslararası hukuk metninin bu ilkeyi geleneksel anlamıyla düzenlemediği görülmektedir. Ne 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesi ne de karşı önlemler *exceptio inadimplenti non est adimplendum* ilkesi ile birebir örtüşmekte, 60. madde ilkenin andlaşmalar hukuku alanındaki dar bir tezahürü, karşı önlemler ise ilkenin izlerini taşıyan ama metamorfoza uğramış bir şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada her ikisi de *exceptio inadimplenti non est adimplendum*un birer yansıması olan 60. madde ve karşı önlem müessesesi arasındaki ilişkinin bir tamamlayıcılık ilişkisi teşkil ettiğinin ve bu iki uluslararası hukuk kurumunun birlikte uygulanması önünde herhangi bir engel bulunmadığının altının çizilmesinde fayda vardır. Daha açık bir ifade ile, 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesinin varlığı, ahdî yükümlülüklerin esaslı veya esaslı olmayan ihlâllerine maruz kalan devletlerin karşı önlemler de alabilmelerine

75 Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (n 70) 690-691, para 161.

76 ibid, para 162-165.

77 Fontanelli (n 2) 121.

78 Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (n 70), Separate Opinion of Judge Simma, 704, para 20.

79 ibid 708, para 29.

engel değildir: Bir andlaşmanın esaslı ihlâli halinde hem andlaşmalar hukuku kuralları hem de uluslararası sorumluluk hukuku ilkeleri devreye girebilecek, ihlâle maruz kalan devlet 1969 Sözleşmesi'nin 60. maddesinin kendisine tanıdığı andlaşmayı sona erdirmeye veya askıya alma hakkını kullanabileceği gibi sorumluluk hukuku çerçevesinde karşı önlemler de alabilecektir⁸⁰. 1969 Sözleşmesi'nin 73. ve 42(2). maddeleri ve andlaşma ihlâllerinin varlığında karşı önlemler rejimini çekinmeden uygulayan uluslararası yargı kararları bu yorumu teyit eder niteliktedir⁸¹.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Doktrin/Doctrine

- Abi-Saab G, 'Cours général de droit international public' (1987) 207 Recueil des cours de l'Académie de droit international 9-463.
- Akehurst M, 'Reprisals by Third States' (1970) 44 British Yearbook of International Law 1-18.
- Arangio Ruiz V, *La compravendita in diritto romano* (Jovene 1956).
- Bilder R B, 'Breach of Treaty and Response Thereto' (1967) 61 Proceedings American Society of International Law 193-204.
- Cavaglieri A, 'Règles générales du droit de la paix' (1929) 26 Recueil des cours de l'Académie de droit international 311-586.
- Chatinakrob T, 'Material Breach and its Exception, An Analysis of a Humanitarian Character' (2018) 5(2) IALS Student Law Review 43-54.
- Chinkin C, 'Nonperformance of International Agreements' (1982) 17(3) Texas International Law Journal 387-432.
- Crandall, S B, *Treaties, Their Making and Enforcement* (2nd edn, John Byrne & Company 1916).
- Crawford J and Olleson S, 'The Exception of Non-performance: Links between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility' (2000) 21 Australian Year Book of International Law <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AUYrBkIntLaw/2000/4.html#Heading4>> Erişim Tarihi 25 August 2021.
- Dupuy P M, 'Droit des traités, codification et responsabilité internationale' (1997) 43 Annuaire français de droit international 7-30.
- Fitzmaurice M, 'Angst of the *Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum* in International Law' in Bartels L and Paddeu F (eds), *Exceptions in International Law* (Oxford University Press 2020) 285-304.

80 Second Report by H. Waldock (n 22) 76, para 14; Dupuy (n 8) 26; Tams (n 9); Kirgis Jr. (n 31) 572-573, Forlati (n 36) 761-762 and 770.

81 Simma ve Tams (n 12) 1377, para 72.

- Fitzmaurice M, 'The Gabcikovo-Nagymaros Case: The Law of Treaties' (1998) 11 *Leiden Journal of International Law* 321-344.
- Fontanelli F, 'The Invocation of the Exception of Non-Performance: A Case-Study on the Role and Application of General Principles of International Law of Contractual Origin' (2012) 1(1) *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 119-136.
- Forlati S, 'Reactions to Non-Performance of Treaties in International Law' (2021) 25 *Leiden Journal of International Law* 759-770.
- Garner J, 'The Unilateral Denunciation of Treaties by One Party Because of Alleged Non-Performance by Another Party or Parties' (1935) 29(4) *AJIL* 569-585.
- Grotius H, *De Iure Belli Ac Pacis Libri Tres* (Batoche Books Kitchener 2001).
- Hart H L A, *The Concept of Law* (2nd edn, Clarendon Press 1994).
- Hyde C C, *International Law*, vol II.
- Kirgis Jr. F L, 'Some Lingering Questions about Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties' (1989) 22(3) *Cornell International Law Journal* 549-573.
- Lefeber R, 'The Gabcikovo-Nagymaros Project and the Law of State Responsibility' (1998) 11 *Leiden Journal of International Law* 609-623.
- Oppenheim L, *International Law* (4th edn, Longmans 1926-1928), vol I.
- Paddeu F, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences* (Cambridge University Press 2018).
- Rosenne S, *Breach of Treaty* (Grotius 1985).
- Sicilianos L-A, 'The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty' (1993) 4 *European Journal of International Law* 341-359.
- Simma B ve Tams C, 'Article 60 (Convention of 1969)' in Corten O ve Klein P (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties A Commentary* (Oxford University Press 2011) 1351-1378.
- Tams C, 'Regulating Treaty Breaches' (2016) <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2733325>> Erişim Tarihi 16 September 2021
- Xiouri M, 'Problems in the Relationship between the Termination or Suspension of a Treaty on the Ground of Its Material Breach and Countermeasures' (2015) 6 *Queen Mary Law Journal* 63-76.
- Vattel E de, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, vol I.

İçtihat/Ruling case

- Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France (1978) XVIII RIAA 417.
- Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (*The former Yugoslav Republic of Macedonia v Greece*) (Judgment) (2011) ICJ Rep 644.
- Case Concerning the Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (*India v Pakistan*) (Judgment) (1972) ICJ Rep 46.
- Diversion of Water from the Meuse (*Netherlands v Belgium*) (Judgment) (1937) PCIJ Series A/B No 70, 4.
- Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (1990) XX RIAA 215.

Gabčikovo-Nagymaros Project (*Hungary v Slovakia*) (Judgment) (1997) ICJ Rep 7.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Advisory Opinion) (1971) ICJ Rep 16.

Uluslararası Andlaşmalar ve Uluslararası Hukuk Komisyonu Metinleri/International Treaties and International Law Commission Texts

Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001) 2(2) YILC.

Second report on the Law of Treaties by G. Fitzmaurice, A/CN.4/107 (1957) YILC 16, vol II.

Fourth Report on the Law of Treaties by G. Fitzmaurice, A/CN.4/1120 (1959) YILC 37, vol II.

Second Report on the Law of Treaties by H. Waldock, A/CN.4/156 and Add.1-3 (1963) YILC 36, vol II.

Fourth report on the Law of Treaties by H. Waldock, A/CN.4/177 and Add.1 and 2 (1965) YILC 3, vol II.

Fifth report on the Law of Treaties by H. Waldock, A/CN.4/183 and Add.1-4 (1966) YILC 1, vol II.

Fifth Report on State Responsibility by W. Riphagen (1984) 2(1) YILC 3, vol II.

Third Report on State Responsibility by G. Arangio-Ruiz, A/CN.4/440 (1991) 2(1) YILC.

Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session (1966) YILC 172.

Report of the International Law Commission on the work of its forty-fourth session (1992) 2(2) YILC.

Second Report on State Responsibility by J. Crawford, A/CN.4/498 and Add.1-4.

Third Report on State Responsibility by J. Crawford, A/CN.4/507 and Add. 1-4.

Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March-24 May 1968, UN Doc. A/CONF.39/11.

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), 1155 UNTS 331 (VCLT).

2019 İnsanlığa Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Taslak Maddeler*

2019 Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity

Nergiz Emir** , Figen Tabanlı*** 

Taslak Maddeler

İnsanlığa Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması

Tarih boyunca milyonlarca çocuk, kadın ve erkeğin insanlığın vicdanını derinden sarsan suçların kurbanı olduğunun *akılda tutarak*,

İnsanlığa karşı işlenen suçların dünya barışını, güvenliğini ve esenliğini tehdit ettiğini *kabul ederek*,

Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan uluslararası hukuk ilkelerini *hatırlayarak*,

İnsanlığa karşı suçların yasaklanmasının, uluslararası hukukun emredici bir normu (*ius cogens*) olduğunu ayrıca *hatırlayarak*,

Uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ağır suçlar arasında yer alan insanlığa karşı suçların, uluslararası hukuka uygun olarak önlenmesi gerektiğini *teyit ederek*,

Bu suçların faillerinin cezasız kalmasına son vermeye ve böylelikle bu suçların önlenmesine katkıda bulunmaya *kararlı olarak*,

* 2019 İnsanlığa Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Taslak Maddeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2019 yılında, yetmiş birinci oturumda kabul edilmiş ve bu oturumun çalışmalarını kapsayan Komisyon raporunun bir parçası olarak Genel Kurul'a sunulmuştur (A / 74/10). International Law Commission, Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, 2019, Yearbook of the International Law Commission, 2019, Vol. II, Part Two, <https://legal.un.org/ilc/sessions/71/>.

** Sorumlu Yazar: Nergiz Emir (Dr. Öğr. Üyesi), Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye. E-posta: nergizdemir@anadolu.edu.tr ORCID: 0000-0002-3307-3885

*** Figen Tabanlı (Öğr. Gör. Dr.), Anadolu Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Adalet Programı, Eskişehir, Türkiye. E-posta: figentabanli@anadolu.edu.tr ORCID: 0000-0002-9290-0350

Atf: Emir N, Tabanlı F, "2019 İnsanlığa Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Taslak Maddeler" (2021) 41(2) PPII 1001. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.890345>

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 7. maddesinde yer alan insanlığa karşı suç tanımını *dikkate alarak*,

İnsanlığa karşı suçlarla ilgili cezai yargı yetkisini kullanmanın her devletin görevi olduğunu *anımsayarak*,

Mağdur, tanık ve diğerlerinin insanlığa karşı suçlarla ilgili haklarının yanı sıra sanıkların adil muamele görme hakkını *dikkate alarak*,

İnsanlığa karşı suçların cezasız kalmaması gerektiğinden, bu tür suçların etkili bir şekilde kovuşturulmasının, ulusal düzeyde tedbirler alınarak ve iade ve karşılıklı adli yardım da dâhil olmak üzere uluslararası iş birliğinin arttırılarak sağlanması gerektiğini de *dikkate alarak*,

...

Madde 1

Kapsam

Bu taslak maddeler insanlığa karşı suçların önlenmesi ve cezalandırılmasına uygulanır.

Madde 2

İnsanlığa karşı suçların tanımı

1. İşbu taslak maddelerin amacı doğrultusunda, “insanlığa karşı suç”, herhangi bir sivil topluluğa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak, saldırı kastıyla işlenen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır:
 - (a) öldürme;
 - (b) toplu yok etme;
 - (c) köleleştirme;
 - (d) nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli;
 - (e) uluslararası hukukun temel kurallarına aykırı olarak hapis veya başka bir şekilde fiziksel özgürlükten ciddi olarak yoksun bırakma;
 - (f) işkence;
 - (g) ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet türleri;

- (h) bu paragrafta atıfta bulunulan herhangi bir eylemle bağlantılı olarak uluslararası hukukta evrensel olarak kabul edilemez olarak benimsenen, siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya uluslararası hukukta evrensel olarak kabul edilemez olarak benimsenen diğer gerekçelerle, belirlenebilir herhangi bir gruba veya topluluğa karşı zulmetme;
- (i) kişilerin zorla kaybedilmesi;
- (j) ırk ayrımcılığı (apartheid);
- (k) kasıtlı olarak vücuda veya ruhsal ya da fiziksel sağlığa ciddi zarara neden olan veya büyük acı veren benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler.
2. 1. paragrafın amaçları doğrultusunda:
- (a) “herhangi bir sivil topluluğa yönelik saldırı”, bu tür bir saldırıyı gerçekleştirmeye yönelik bir devletin veya örgütsel politikanın bir parçası olarak veya bu politikayı destekler şekilde, herhangi bir sivil topluluğa karşı 1. paragrafta atıfta bulunulan eylemlerin birden fazla kez gerçekleştirilmesini içeren davranış biçimi demektir;
- (b) “toplu yok etme”, bir topluluğun bir kısmının yok olmasına neden olacak şekilde, diğerlerinin yanı sıra gıda ve ilaca erişimden mahrum bırakma gibi, yaşam koşullarının kasıtlı olarak kötüleştirilmesini içerir;
- (c) “köleleştirme”, bir kişi üzerinde mülkiyet hakkına ilişkin bütün yetkilerin veya herhangi birisinin kullanılması anlamına gelir ve bu tür yetkilerin insan ticareti yapılması sürecinde kullanılmasını da içerir;
- (d) “nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli”, uluslararası hukukun izin verdiği gerekçeler olmaksızın, bir yerde hukuka uygun olarak bulunan ilgili kişilerin buradan, sürülme veya diğer zorlayıcı eylemlerle zorla yerlerinden edilmeleri anlamına gelir;
- (e) “işkence”, yalnızca hukuksal yaptırımların doğasında var olan ve buna bağlı olarak ortaya çıkan acı veya ıstırap hariç olmak üzere, sanığın kontrolü altındaki veya gözetimindeki bir kişiye fiziksel veya zihinsel olarak kasıtlı bir şekilde, şiddetli acı veya ıstırap verilmesi anlamına gelir;
- (f) “zorla hamile bırakma”, herhangi bir topluluğun etnik yapısını değiştirmek veya uluslararası hukukun başka ağır ihlallerini gerçekleştirmek amacıyla, bir kadının isteği dışında zorla hamile bırakılmış bir kadının hukuka aykırı şekilde tecrit edilmesi anlamına gelir. Bu tanım, hiçbir şekilde hamilelikle ilgili ulusal kanunları etkileyecek şekilde yorumlanmayacaktır;

- (g) “zulmetme”, bir grubun veya topluluğun kimliği nedeniyle uluslararası hukuka aykırı olarak temel haklardan kasıtlı ve ağır şekilde yoksun bırakılması anlamına gelir;
- (h) “ırk ayrımcılığı”, bir ırki grubun diğer ırksal grup veya gruplar üzerinde kurumsal bir sistematik hakimiyet ve baskı rejimi bağlamında işlenen ve bu rejimi sürdürme niyetiyle işlenen 1. paragrafta belirtilenlere benzer nitelikteki insanlık dışı eylemler anlamına gelir;
- (i) “kişilerin zorla kaybedilmesi”, bir devlet veya siyasi bir örgüt tarafından veya bunların yetkisi, desteği veya bilgisi dahilinde kişilerin göz altına alınması, tutuklanması veya kaçırılmasının ardından bu kişileri hukukun korumasından uzun bir süre uzak tutmak amacıyla bu kişileri özgürlükten yoksun bırakıldıklarını kabul etmeyi reddetmek veya akıbetleri veya nerede oldukları hakkında bilgi vermemek anlamına gelir.
3. Bu taslak madde, herhangi bir uluslararası belgede, uluslararası teamül hukukunda veya ulusal hukukta öngörülen daha geniş tanımlara halel getirmez.

Madde 3

Genel yükümlülükler

1. Her devlet insanlığa karşı suç teşkil eden eylemlerde bulunmamakla yükümlüdür.
2. Her devlet, silahlı çatışma esnasında işlenmiş olsun ya da olmasın, uluslararası hukuka göre suç teşkil eden insanlığa karşı suçları önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt eder.
3. Silahlı çatışma, iç siyasi istikrarsızlık veya diğer olağanüstü haller gibi istisnai durumların hiçbiri insanlığa karşı suçlara bir mazeret olarak ileri sürülemez.

Madde 4

Önleme yükümlülüğü

Her devlet, insanlığa karşı suçları, uluslararası hukuka uygun olarak, şu yollarla önlemeyi taahhüt eder:

- (a) yetkisi altındaki herhangi bir bölgede etkili yasal, idari, adli veya diğer uygun önleyici tedbirler; ve
- (b) diğer devletlerle, ilgili hükümetler-arası örgütlerle ve mümkün olduğunca diğer örgütlerle iş birliği.

Madde 5

Geri göndermeme

1. Hiçbir devlet, insanlığa karşı bir suçta maruz kalma tehlikesi altında olabileceğine inanmak için esaslı gerekçelerin bulunduğu bir kişiyi başka bir devlete sınır dışı edemez, geri gönderemez, teslim edemez veya iade edemez.
2. Yetkili makamlar, bu tür gerekçelerin bulunup bulunmadığını belirlemek amacıyla, uygun düştüğü hallerde, ilgili devletteki sürekli nitelikteki ağır, aleni veya kitlesel insan hakları ihlallerini veya uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri dâhil tüm ilgili hususları dikkate almalıdır.

Madde 6

Ulusal hukuka göre cezalandırma

1. Her devlet, insanlığa karşı suçların kendi ceza hukuku kapsamında suç teşkil etmesini sağlamak için gerekli önlemleri alacaktır.
2. Her devlet, aşağıdaki fiillerin kendi ceza hukuku kapsamında suç olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alacaktır:
 - (a) insanlığa karşı bir suç işlemek;
 - (b) böyle bir suç işlemeye teşebbüs etmek; ve
 - (c) böyle bir suçu işleme veya işleme teşebbüsü emrini vermek, teşvik etmek, yardım etmek veya başka şekilde yataklık yapmak veya katkıda bulunmak.
3. Her devlet ayrıca, komutanların ve diğer amirlerin, astlarının bu tür suçları işlemek üzere olduklarını veya işlediklerini biliyor veya bilmek için nedenleri varsa ve bu suçların işlenmesini önlemek için ya da bu suçlar işlendikten sonra sorumlu kişileri cezalandırmak için yetkileri dahilindeki tüm gerekli ve makul önlemleri almamışlarsa, astları tarafından işlenen insanlığa karşı suçlardan cezai olarak sorumlu olmalarını sağlamak için gerekli önlemleri alacaktır.
4. Her devlet, bu taslak maddede atıfta bulunulan bir suçun kendi ceza hukukunda, askeri veya sivil fark etmeksizin, bir hükümet veya bir amirin emri uyarınca işlenmiş olmasının, bir astın cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmak için bir gerekçe olarak gösterilmesini engellemek amacıyla gerekli önlemleri alacaktır.
5. Her devlet, bu taslak maddede atıfta bulunulan bir suçun kendi ceza hukukunda, resmi bir makamda bulunan bir devlet görevlisi tarafından işlenmiş olmasının cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir gerekçe olarak gösterilmesini engellemek amacıyla gerekli önlemleri alacaktır.

6. Her devlet, kendi ceza hukukunda, bu taslak maddede belirtilen suçların herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmaması için gerekli önlemleri alacaktır.
7. Her devlet, kendi ceza hukukunda, bu taslak maddede belirtilen suçların ağır niteliklerini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılmasını sağlamak için gerekli önlemleri alacaktır.
8. Her devlet, ulusal hukuk hükümlerine bağlı olarak, uygun hallerde, bu taslak maddede belirtilen suçlar için tüzel kişilerin sorumluluğunu tesis eden gerekli önlemleri alacaktır. Tüzel kişilerin bu tür sorumluluğu devletin iç hukuk hükümlerine bağlı olarak, cezai, hukuki veya idari olabilir.

Madde 7

Ulusal yargı yetkisinin tesisi

1. Her devlet, aşağıdaki durumlarda, işbu taslak maddelerde kapsanan suçlar üzerindeki yargı yetkisini tesis etmek için gerekli önlemleri alacaktır:
 - (a) suç, kendi yargı yetkisi altındaki herhangi bir bölgede veya bu devlette kayıtlı bir gemi veya hava taşıtında işlendiğinde;
 - (b) suç isnat edilen kişi bu devletin vatandaşı olması veya bu devlet uygun gördüğü takdirde, devletin topraklarında mutad olarak ikamet eden vatansız bir kişi olması halinde;
 - (c) devletin yargı yetkisinin tesisini uygun görmesi halinde, mağdurun vatandaşı olduğu devlet.
2. Her devlet, suç isnat edilen kişinin kendi yargı yetkisi altındaki yerlerde bulunduğu ve bu taslak maddeler uyarınca kişinin iadesinin veya tesliminin yapılamadığı hallerde, bu taslak maddeler tarafından kapsanan suçlar üzerindeki yargı yetkisini tesis etmek için gerekli tedbirleri alacaktır.
3. İşbu taslak maddeler, bir devletin ulusal hukukuna göre tesis ettiği herhangi bir cezai yargı yetkisinin kullanımına engel olmaz.

Madde 8

Soruşturma

Her devlet, yargı yetkisi altındaki herhangi bir yerde insanlığa karşı suç teşkil eden fiillerin işlendiğine veya işlenmekte olduğuna inanmak için makul gerekçeler olduğunda, yetkili makamlarının derhal, kapsamlı ve tarafsız bir soruşturma yürütmesini sağlayacaktır.

Madde 9

Suç isnat edilen bir kişi mevcut olduğunda alınacak ön tedbirler

1. Bu taslak maddeler tarafından kapsanan bir suçu işlediği iddia edilen bir kişinin kendi yetkisine tabi bir yerde bulunduğu her devlet, mevcut bilgilerin incelenmesinden sonra, koşulların öyle gerektirdiği kanısına varması üzerine, bu kişiyi ya gözaltına alacak ya da hazır bulunmasını sağlamak için diğer yasal önlemleri alacaktır. Gözaltı ya da diğer yasal tedbirler, bu devletin hukukunda öngörüldüğü şekilde olacak, ancak bunlar herhangi bir ceza, iade ya da teslim işleminin başlatılabilmesi için gerekli olan süre boyunca devam ettirilmelidir.
2. Bu devlet derhal olaylara ilişkin bir ön soruşturma yapacaktır.
3. Bir devlet bu taslak madde uyarınca bir kişiyi gözaltına aldığı anda, 7. taslak maddenin 1. fıkrasında atıfta bulunulan devletleri, bu kişinin gözaltında olması ve tutuklanmasını gerektiren koşullar hakkında derhal bildirecektir. Bu taslak maddenin 2. paragrafında öngörülen ön soruşturmayı yapan devlet, bulgularını uygun bir şekilde söz konusu devletlere derhal bildirecek ve yargı yetkisini kullanma niyetinde olup olmadığını belirtecektir.

Madde 10

İade et ya da yargıla (*Aut dedere aut judicare*)

Suç isnat edilen kişinin kendi yargı yetkisi altındaki bir yerde bulunduğu devlet, bu kişiyi başka bir devlete veya yetkili uluslararası ceza mahkemesine iade etmez veya teslim etmezse, davayı kovuşturma amacıyla yetkili makamlarına sunar. Bu makamlar, o devletin kanunlarına göre ağır nitelikteki diğer herhangi bir suç durumunda olduğu gibi aynı şekilde karar alacaktır.

Madde 11

Suç isnat edilen kişiye adil muamele

1. İşbu taslak maddeler kapsamındaki bir suçla bağlantılı olarak aleyhine tedbirler alınan herhangi bir kişiye yargılamanın tüm aşamalarında, adil yargılanma ve insan hakları hukuku ve insancıl hukuk dâhil olmak üzere ulusal ve uluslararası hukuk kapsamındaki haklarının tam olarak korunmasını içerecek şekilde adil muamele garanti edilecektir.
2. Vatandaşı olmadığı bir devlette hapisanede, gözaltında veya tutuklu bulunan herhangi bir kişi aşağıdaki haklara sahip olacaktır:

- (a) bu kişinin vatandaşı olduğu veya başka bir şekilde bu kişinin haklarını koruma hakkına sahip devletin veya devletlerin en yakın uygun temsilcisi ile veya bu kişi vatansız ise, bu kişinin talebi doğrultusunda o kişinin haklarını korumaya istekli olan devletin temsilcisi ile gecikmeksizin haberleşme;
 - (b) bu devletin veya devletlerin temsilcisi tarafından ziyaret edilme; ve
 - (c) bu fıkra kapsamındaki hakları konusunda gecikmeksizin bilgilendirilme.
3. 2. fıkrada atıfta bulunulan haklar, söz konusu yasa ve yönetmeliklerin, 2. fıkrada tanınan hakların amacını tam olarak sağlamaları şartıyla, kişinin yargı yetkisi altında bulunduğu devletin yasa ve yönetmeliklerine uygun olarak kullanılacaktır.

Madde 12

Mağdurlar, tanıklar ve diğerleri

1. Her devlet, aşağıdakileri sağlamak için gerekli önlemleri alacaktır:
 - (a) insanlığa karşı suç teşkil eden eylemlerin işlendiğini veya işlenmekte olduğunu iddia eden herhangi bir kişi, yetkili makamlara şikâyette bulunma hakkına sahiptir; ve
 - (b) şikâyetçiler, mağdurlar, tanıklar ve bunların yakınları ve temsilcileri ile bu taslak maddeler kapsamında herhangi bir soruşturma, kovuşturma, suçluların iadesi veya diğer işlemlere katılan kişiler, bu şikâyet, bilgi, tanıklık veya verilen diğer kanıtların sonucu olarak uğrayabileceği kötü muameleye veya herhangi bir tehdide karşı korunacaktır. Koruyucu tedbirler, suç isnat edilen kişinin bu taslak maddelerin 11. maddesinde belirtilen haklarına halel getirmez.
2. Her devlet, ulusal hukukuna uygun olarak, insanlığa karşı suç mağdurlarının görüş ve endişelerinin, suç isnat edilen kişiler aleyhindeki ceza yargılamasının uygun aşamalarında, bu taslak maddelerin 11. maddesinde belirtilen haklara halel getirmeyecek şekilde sunulmasını ve değerlendirilmesini sağlayacaktır.
3. Her devlet kendi hukuk sisteminde, uluslararası hukuka göre devlete atfedilebilir eylemlerle işlenmiş veya yargı yetkisi altında bulunan herhangi bir yerde işlenmiş bir insanlığa karşı suç mağdurlarının bireysel veya toplu olarak, şu sayılan veya daha başka biçimlerden uygun olan bir ya da daha fazlasını içerecek şekilde maddi ve manevi zararların tazminini elde etme hakkına sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır: eski hale getirme; tazminat; tatmin; rehabilitasyon; durma ve tekrar etmeme garantileri verilmesi.

Madde 13

Suçluların iadesi

1. Bu taslak madde, talepte bulunan bir devlet, talepte bulunulan bir devletin yargı yetkisi altındaki topraklarda bulunan bir kişinin iadesini talep ettiğinde işbu taslak maddelerin kapsamına giren suçlara uygulanacaktır.
2. İşbu taslak maddelerin kapsadığı suçların her biri, devletler arasındaki herhangi bir suçluların iadesi andlaşmasına iade edilebilir bir suç olarak dâhil edilmiş sayılacaktır. Devletler, aralarında yapacakları her suçluların iadesi andlaşmasına bu tür suçları iade edilebilir suçlar olarak dâhil etmeyi taahhüt ederler.
3. Devletler arasında suçluların iadesi amacı bakımından, işbu taslak maddelerde yer alan bir suç, siyasi bir suç veya siyasi bir suçla bağlantılı bir suç ya da siyasi nedenlerden kaynaklan bir suç olarak değerlendirilmeyecektir. Dolayısıyla bu tür bir suçta dayalı iade talebi, sadece bu gerekçelerle reddedilemez.
4. Suçluların iadesini bir andlaşmanın varlığına bağlı kılan bir devlet, aralarından suçluların iadesi andlaşması bulunmayan başka bir devletten iade talebi alırsa, bu taslak maddelerde yer alan herhangi bir suç bakımından işbu taslak maddeleri iade için yasal dayanak olarak kabul edebilir.
5. Suçluların iadesini bir andlaşmanın varlığına bağlı kılan bir devlet, işbu taslak maddelerin kapsadığı herhangi bir suç için:
 - (a) Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ni diğer devletlerle suçluların iadesine ilişkin iş birliğinin hukuki dayanağı olarak bu taslak maddeleri kullanıp kullanmadığını haberdar edecek; ve
 - (b) suçluların iadesi konusunda iş birliğinin hukuki dayanağı olarak bu taslak maddeleri kullanmazsa, işbu taslak maddeyi uygulamak için diğer devletlerle, uygun olan hallerde, suçluların iadesine ilişkin andlaşmalar yapmaya çalışacaktır.
6. Suçluların iadesini bir andlaşmanın varlığı şartına bağlamayan devletler, işbu taslak maddelerde yer alan suçları kendi aralarında iade edilebilir suçlar olarak kabul edecektir.
7. Suçluların iadesi, iade talebinde bulunulan devletin iadeyi reddedebileceği durumlar da dâhil olmak üzere, geçerli iade andlaşmalarında ve iade talebinde bulunulan devletin ulusal hukuku tarafından belirtilen koşullara tabi olacaktır.
8. Talepte bulunan ve talepte bulunulan devletler, kendi ulusal hukuklarına bağlı olarak, iade prosedürlerini hızlandırmak ve bunlarla ilgili kanıta dayanan gereklilikleri kolaylaştırmak için gayret edeceklerdir.

9. Gereken hallerde, işbu taslak maddeler kapsamındaki suçlar, devletler arasındaki iadenin amaçları bakımından, sadece meydana geldikleri yerde değil aynı zamanda taslak 7. maddenin 1. fıkrası uyarınca yargı yetkisine sahip devletlerin topraklarında işlenmiş gibi muamele görecektir.
10. Bir cezanın infazı amacıyla istenen iade, iadesi istenen kişinin talep edilen devletin vatandaşı olması nedeniyle reddedilirse; talepte bulunulan devlet, ulusal hukuku izin veriyorsa ve ulusal hukukunun gerekliliklerine uygun şekilde, talep eden devletin başvurusu üzerine bu devletin ulusal hukukuna göre verilen cezanın ya da geri kalanının uygulanmasını dikkate alacaktır.
11. İşbu taslak maddelerdeki hiçbir şey, talepte bulunulan devletin bu talebin, bir kişinin cinsiyeti, dini, ırkı, etnik kökeni, kültürü, belirli bir sosyal gruba aidiyeti, siyasi görüşleri ya da uluslararası hukukta yasak olduğu evrensel olarak kabul edilmiş diğer gerekçelerden dolayı cezalandırılması ya da kovuşturulması amacıyla yapmış olduğuna inanmak için esaslı gerekçeleri varsa veya talebe uyulması bu nedenlerden herhangi biri nedeniyle kişinin konumuna zarar verebilecekse, iade etme yükümlülüğü doğduğu şeklinde yorumlanmayacaktır.
12. Talepte bulunulan devlet, iddia edilen suçun yargı yetkisi altındaki topraklarda meydana geldiği devletin talebini özenli bir şekilde dikkate alacaktır.
13. Talepte bulunulan devlet, iade talebini reddetmeden önce, talepte bulunan devletin kendisine görüşlerini sunması ve iddiasıyla ilgili bilgileri sağlaması için yeterli fırsatı vermek amacıyla bu devletle uygun şekilde danışmada bulunacaktır.

Madde 14

Karşılıklı adli yardım

1. Devletler, bu taslak madde uyarınca; birbirlerine işbu taslak maddelerde yer alan suçlara ilişkin olarak soruşturma, kovuşturma ve adli işlemler bakımından en geniş ölçüde karşılıklı adli yardım sağlayacaktır.
2. Bir hukuk kişinin işbu taslağın 6. maddesinin 8. fıkrası uyarınca, talepte bulunan devlette sorumlu tutulabileceği suçlara ilişkin olarak, soruşturmalar, kovuşturmalar, yargısal ve diğer işlemler bakımından, talepte bulunulan devletin ilgili kanunları, andlaşmaları, anlaşmaları ve düzenlemeleri çerçevesinde mümkün olan en geniş kapsamda karşılıklı adli yardım sağlanacaktır.
3. Bu taslak madde uyarınca sağlanacak karşılıklı adli yardım, aşağıdaki amaçlardan herhangi biri için talep edilebilir:

- (a) suçlu olduğu iddia edilen kişileri ve uygun olduğu takdirde mağdurları, tanıkları ve diğerlerini belirlemek ve bulmak;
 - (b) video konferans dahil olmak üzere kişilerden ifade almak ve delil toplamak;
 - (c) adli belgelerin tebliğ edilmesi;
 - (d) aramaları ve el koymaları yürütmek;
 - (e) adli delil elde etmek dâhil olmak üzere eşyaları ve yerleri incelemek;
 - (f) bilgi, delil teşkil eden ögeler ve uzman değerlendirmeleri sağlamak;
 - (g) ilgili belge ve kayıtların asıllarını veya onaylı kopyalarını sağlamak;
 - (h) delil elde etmek veya başka amaçlar için suç gelirlerini, malları, araçları ve diğer şeyleri belirlemek, izini sürmek ve dondurmak;
 - (i) kişilerin talepte bulunan devlette gönüllü olarak hazır bulunmasını kolaylaştırmak; ya da
 - (j) talepte bulunulan devletin ulusal hukukuna aykırı olmayan diğer her türlü yardım.
4. Devletler bu taslak madde uyarınca karşılıklı adli yardım sunmayı bankacılık sırrı gerekçesiyle geri çevirmeyecektir.
 5. Devletler, gerekli olduğu takdirde, bu taslak maddenin hükümlerinin amaçlarına hizmet edecek, pratik etki sağlayacak veya geliştirecek iki veya çok taraflı anlaşmalar veya düzenlemeler yapma olasılığını dikkate alacaktır.
 6. Bir devletin yetkili makamları, ulusal hukukuna aykırı olmadıkça, insanlığa karşı suçlarla ilgili bilgileri, bu tür bilgilerin diğer devletteki yetkililerin soruşturma, kovuşturma ve adli işlemleri başlatması veya başarıyla sonuçlandırmasına yardımcı olacağına inanıyor ya da diğer devlet tarafından bu taslak maddelerdeki hükümler uyarınca hazırlanan bir taleple sonuçlanacağına inanıyorsa, önceden bir talep aranmaksızın, başka bir devletteki yetkili makama iletebilir.
 7. Bu taslak maddenin hükümleri, söz konusu devletler arasındaki karşılıklı adli yardımı tamamen ya da kısmen düzenleyen veya düzenleyecek olan iki ya da çok taraflı diğer bir andlaşmadaki yükümlülükleri etkilemeyecektir.
 8. İşbu taslak maddelerin taslak eki, şayet devletler bir karşılıklı adli yardım andlaşması ile bağlı değilse; bu taslak maddeye göre yapılan taleplere uygulanacaktır. Devletler böyle bir andlaşma ile bağlıysa, devletler onun yerine bu taslak ekin hükümlerini uygulamaya karar vermedikçe, o andlaşmanın ilgili

hükümleri uygulanacaktır. Devletler iş birliğini kolaylaştırıcaksa taslak eki uygulamaya teşvik edilir.

9. Devletler, Birleşmiş Milletler veya diğer uluslararası örgütler tarafından kurulmuş ve insanlığa karşı suçlarla ilgili delil toplama yetkisine sahip uluslararası mekanizmalarla, uygun görünen hallerde, anlaşmalar ve düzenlemeler yapmayı değerlendirecektir.

Madde 15

Uyuşmazlıkların çözümü

1. Devletler, işbu taslak maddelerin yorumlanması ya da uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkları müzakereler yoluyla çözmek için gayret edeceklerdir.
2. İki ya da daha fazla devlet arasında, işbu taslak maddelerin uygulanması ya da yorumlanmasına ilişkin müzakereler yoluyla çözülemeyen herhangi bir uyuşmazlık, devletler uyuşmazlığın tahkime götürülmesi konusunda anlaşmazlırsa, bu devletlerden birinin talebiyle Uluslararası Adalet Divanı'na sunulacaktır.
3. Her devlet, kendisinin bu taslak maddenin ikinci fıkrası ile bağlı olmadığını beyan edebilir. Diğer devletler, böyle bir beyanda bulunmuş herhangi bir devlete karşı bu taslak maddenin ikinci fıkrasıyla bağlı olmayacaklardır.
4. Bu taslak maddenin 3. fıkrası uyarınca bir beyanda bulunmuş bir devlet, bu beyanını herhangi bir zamanda geri çekebilir.

Ek

1. Bu taslak ek, bu taslak maddelerin 14. maddesinin 8. paragrafı uyarınca uygulanır.

Merkezi bir otoritenin tayini

2. Her devlet, karşılıklı adli yardım taleplerini alma ve bunları icra etme veya icrası için yetkili makamlara iletme yetki ve sorumluluğuna sahip olan bir merkezi otorite tayin edecektir. Bir devlet, ayrı bir karşılıklı adli yardım sistemine sahip özel bir bölge ya da toprağa sahipse, o bölge ya da toprak için aynı işleve sahip olacak ayrı bir merkezi otorite atayabilir. Merkezi otoriteler, alınan taleplerin hızlı ve uygun şekilde icra edilmesini ve iletilmesini sağlar. Merkezi otorite, talebi icra için yetkili makama ilettiğinde, talebin yetkili makam tarafından hızlı ve doğru şekilde icra edilmesini teşvik edecektir. Birleşmiş Milletler Genel

Sekreteri, bu amaç için oluşturulmuş merkezi otoritenin her devleti tarafından bilgilendirilecektir. Karşılıklı adli yardım talepleri ve bununla ilgili her türlü haberleşme, devletler tarafından belirlenen merkezi otoritelere iletilecektir. Bu gereklilik, bir devletin, bu tür taleplerin ya da haberleşmelerin kendisine diplomatik kanallar aracılığıyla ya da mümkünse devletlerin kabul ettiği acil durumlarda, Uluslararası Suçlar Polis Teşkilatı aracılığıyla gönderilmesini isteme hakkına halel getirmez.

Talepte bulunma prosedürleri

3. Talepler, yazılı olarak veya mümkün olduğu hallerde, yazılı bir kayıt oluşturabilecek herhangi bir yolla, talep edilen devletin kabul ettiği bir dilde, bu devletin gerçekliği tesis etmesine izin veren koşullar altında yapılacaktır. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, her devlet tarafından, o devletin kabul ettiği dil ya da diller konusunda bilgilendirilecektir. Acil durumlarda ve devletlerin mutabık kaldığı durumlarda, talepler sözlü olarak yapılabilirse de derhal yazılı olarak teyit edilecektir.
4. Karşılıklı adli yardım talebi şunları içerecektir:
 - (a) talepte bulunan otoritenin kimliği;
 - (b) talebin ilgili olduğu soruşturma, kovuşturma veya adli işlemin konusu ve yapısı ile soruşturma kovuşturma veya adli işlemleri yürüten otoritenin adı ve görevleri;
 - (c) adli belgelerin tebliğ amacı ile ilgili talepler dışındaki ilgili olguların bir özeti;
 - (d) talepte bulunan devletin takip edilmesini istediği herhangi bir özel prosedürün detayları ve istenen yardımın tanımı;
 - (e) mümkünse ilgili kişinin kimliği, yeri ve uyruğu; ve
 - (f) delil, bilgi veya eylemin istenme amacı.
5. Talepte bulunulan devlet, talebin ulusal hukukuna göre icra edilmesi için gerekli olan ya da böyle bir icrayı kolaylaştırabilecek ek bilgi talep edebilecektir.

Talepte bulunulan devlet tarafından talebe yanıt

6. Bir talep, talepte bulunulan devletin ulusal hukukuna uygun olarak ve mümkünse talepte bulunulan devletin ulusal hukukuna aykırı olmamak kaydıyla talepte belirtilen usullere göre icra edilecektir.

7. Talepte bulunulan devlet, karşılıklı adli yardım talebini mümkün olan en kısa sürede yerine getirecek ve talepte bulunan devlet tarafından önerilen ve tercihen talepte gerekçeleriyle belirtilen son süreleri olabildiğince tam olarak hesaba katacaktır. Talepte bulunulan devlet, talepte bulunan devletin talebi ele alma sürecine ilişkin makul taleplerine yanıt verecektir. Talepte bulunan devlet, istenen yardımın artık gerekli olmadığı durumlarda, talepte bulunulan devleti derhal bilgilendirecektir.
8. Karşılıklı adli yardım aşağıdaki durumlarda reddedilebilecektir:
 - (a) talep, bu taslak ek hükümlerine uygun olarak yapılmazsa;
 - (b) talepte bulunulan devlet, talebin yerine getirilmesinin egemenliğine, güvenliğine, kamu düzenine veya diğer temel menfaatlerine zarar verebileceğini düşünüyorsa;
 - (c) talepte bulunulan devletin makamlarının istenen eylemi gerçekleştirmesi kendi yargı yetkileri altında soruşturma, kovuşturma veya adli kovuşturmaya tabi tutulmuş benzer bir suçla ilgili olsaydı ulusal hukukları tarafından yasaklanmış olacak idiyse;
 - (d) yapılan talebin kabul edilmesi, talepte bulunulan devletin karşılıklı adli yardıma ilişkin hukuk sistemine aykırı olacaksa.
9. Karşılıklı adli yardımın reddedilmesi durumunda gerekçe gösterilecektir.
10. Karşılıklı adli yardım devam eden bir soruşturma, kovuşturma ya da adli işleme müdahalede bulunacağı gerekçesiyle, talepte bulunulan devlet tarafından ertelenebilir.
11. Bu taslak ekin 8. paragrafı uyarınca bir adli yardım talebinin reddedilmesinden veya bu taslak ekin 10. paragrafı uyarınca icrasının ertelenmesinden önce, talepte bulunulan devlet, yardımın gerekli gördüğü hüküm ve koşullara uygun olarak yapıp yapılmayacağını değerlendirmesi için talepte bulunan devlete danışacaktır. Şayet talepte bulunan devlet bu koşullara tabi yardımı kabul ederse, koşullara uygun hareket edecektir.
12. Talepte bulunulan devlet:
 - (a) talepte bulunan devlete kendi ulusal hukukuna göre hükümetin sahip olduğu kamuya açık olan kayıtların, belgelerin ve bilgilerin kopyalarını sağlayacaktır; ve
 - (b) ulusal hukukuna göre kamuya açık olmayan sahip olduğu her türlü kayıt, belge veya bilginin kopyalarını, tamamen, kısmen veya uygun gördüğü koşullarla, talepte bulunan devlete kendi takdirine bağlı olarak sağlayabilir.

Talepte bulunan devlet tarafından bilginin kullanılması

13. Talepte bulunan devlet, talepte bulunulan devletin önceden rızası olmaksızın, talepte bulunulan devlet tarafından sunulan bilgi ya da delilleri, talepte belirtilenler dışındaki soruşturma, kovuşturma ya da adli işlemler için iletmeyecek ve kullanmayacaktır. Bu fıkradaki hiçbir hüküm, talepte bulunan devletin kendi yargısal işlemlerinde suçlanan bir kişiyi beraat ettiren kanıt ya da bilgileri açıklamasını engellemeyecektir. Bu durumda, talepte bulunan devlet, kanıt ya da bilgilerin açıklamadan önce talepte bulunulan devlete bildirimde bulunacak ve istenmesi halinde talepte bulunulan devlete danışacaktır. İstisnai bir şekilde önceden bildirim mümkün olmaması halinde, talepte bulunan devlet, talepte bulunulan devleti açıklama hakkında gecikmeksizin bilgilendirecektir.
14. Talepte bulunan devlet, talebin yerine getirilmesi için gerekli olanın haricinde, talepte bulunulan devletten talepteki olayı ve özünü gizli tutmasını isteyebilir. Talep edilen devlet, gizlilik şartına uymazsa, talepte bulunulan devleti derhal bilgilendirecektir.

Talepte bulunulan devletten bir kişinin tanıklığı

15. Bu taslak ekin 19. paragrafının uygulanmasına engel olmaksızın, talepte bulunan devletin talebi üzerine, talepte bulunan devletin yetkisi altındaki topraklarda bir yargılamada ifade vermeye veya bir soruşturma, kovuşturma veya adli işlemlere yardımcı olmaya rıza gösteren bir tanık, talepte bulunulan devletin yetkisi altındaki topraklardan ayrılmasından önceki eylemleri, ihmalleri ya da mahkûmiyetleri ile ilgili olarak talepte bulunanın topraklarında yargılanamayacak, alıkonulamayacak, cezalandırılmayacak veya kişisel özgürlüğü başka herhangi bir türde kısıtlamaya tabi tutulamayacaktır. Bu tür bir güvence, yargı makamları tarafından artık orada bulunmasına gerek kalmadığının resmi olarak bildirildiği tarihten itibaren birbirini izleyen on beş günlük bir süre veya devletler tarafından kabul edilen herhangi bir süre içinde ayrılma fırsatı olan tanık, bilirkişi veya diğer bir kişi, talepte bulunan devletin yetkisi altındaki topraklarda gönüllü olarak kalmışsa ya da ayrıldıktan sonra kendi özgür iradesiyle geri dönmüşse, sona erecektir.
16. Bir devletin yetkisi altındaki topraklarda bulunan ve diğer bir devletin yargı otoriteleri tarafından tanık ya da bilirkişi olarak dinlenmesi gereken bir kişi bakımından, söz konusu kişinin talepte bulunan devletin yargı yetkisi altındaki topraklarda şahsen bulunması mümkün değilse ya da böyle bir durum istenmiyorsa, önceki devlet mümkün olduğu ve ulusal hukukun temel prensipleri ile uyumlu olduğu hallerde, diğerinin talebi üzerine duruşmanın video konferans yoluyla yapılmasına izin verebilir. Devletler, duruşmanın

talepte bulunan devletin adli bir otoritesi tarafından yürütülmesi ve talepte bulunulan devletin adli bir otoritesinin katılması konusunda anlaşılabilir.

Talepte bulunulan devlette tutuklu bulunan kişinin tanıklığı için nakil

17. Bir devletin yetkisi altındaki topraklarda alıkonulan ya da cezasını çekmekte olan bir kişi, bu taslak maddelerde yer alan suçlara ilişkin soruşturma, kovuşturma ya da adli işlemler için delil elde etmek üzere kimlik belirleme, ifade verme ya da başka şekilde yardım sağlaması amacıyla başka bir devlette bulunması talep edilmişse, aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde nakledilebilir:

- (a) kişi kendisinin bilgilendirilmiş rızasını özgürce vermişse; ve
- (b) her iki devletin uygun bulunduğu koşullara tabi olacak şekilde, bu devletlerin yetkili otoriteleri anlaşılırsa.

18. Bu taslak ekin 17. paragrafının amaçları doğrultusunda:

- (a) kişinin nakledildiği devlet, kişiyi nakleden devletçe aksi talep etmedikçe veya yetkilendirilmedikçe, nakledilen kişiyi gözaltında tutma yetki ve yükümlüğüne sahip olacaktır;
- (b) kişinin nakledildiği devlet, her iki devletin yetkili makamları tarafından önceden ya da başka türlü kararlaştırılmış olan, kişiyi nakleden devlete geri gönderme yükümünü gecikmeksizin uygulayacaktır.
- (c) kişiyi nakleden devlet, kişinin nakledildiği diğer devletten bu kişinin iadesi için iade işlemlerini başlatmasını istemeyecektir; ve
- (d) nakledilen kişinin transfer edildiği devlet nezaretinde geçirdiği süre, nakledilen devlette verilen ceza süresinden düşülecektir.

19. Bu taslak ekin 17. ve 18. paragrafları uyarınca bir kişinin nakledileceği devlet kabul etmedikçe, nakledilen kişi, uyuşuğu ne olursa olsun, nakledildiği devletin yetkisi altındaki topraklardan ayrılmadan önceki eylemlerinden, ihmallerinden veya mahkumiyetler bakımından nakledildiği devletin yetkisi altındaki topraklarda yargılanamayacak, tutuklanamayacak, cezalandırılmayacak veya kişisel özgürlüğü başka herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulamayacaktır.

Harcamalar/Giderler

20. Bir talebin yerine getirilmesinin olağan masrafları, ilgili devletler tarafından aksi kararlaştırılmadıkça talepte bulunulan devlet tarafından karşılanacaktır. Talebin yerine getirilmesi için önemli veya olağanüstü nitelikteki masraflar gerekliyse ya da gerekecekse devletler, talebin yerine getirileceği şartlar ve koşullar ile masrafların karşılanma şeklini belirlemek için istişare edeceklerdir.

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda, Ulusötesi Şirketlerin ve Diğer Ticari Teşebbüslerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuken Bağlayıcı Belge'nin İkinci Kez Gözden Geçirilmiş Taslağı'nın Türkçe Çevirisi* ve Taslağa İlişkin Genel Bir Yorum

The Turkish Translation of Second Revised Draft of Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises and A General Comment Regarding Draft

Betül Karagedik** 

GİRİŞ

Buna (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye) Taraf Devletler,

Birleşmiş Milletler Şartı'nın ilke ve amaçlarını yeniden onaylayarak;

Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen dokuz temel Uluslararası İnsan Hakları Belgesini ve Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen sekiz temel Sözleşmeyi anımsayarak;

Evrinsel İnsan Hakları Bildirgesi ile birlikte Kalkınma Hakkına Dair Bildirge'yi, Viyana Bildirgesi ve Eylem Programı'nı, Durban Bildirgesi ve Eylem Programı'nı, BM İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesi'ni, Yerli Halkların Haklarına İlişkin BM Bildirgesi'ni, ILO'nun 190 Sayılı Çalışma Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşmesi'ni de anımsayarak ve ayrıca 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi ile birlikte uluslararası alanda kabul edilmiş insan hakları ile ilgili diğer bildireleri anımsayarak;

* Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect human rights, Second Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2020) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf> Erişim Tarihi 24.03.2021.

** Sorumlu Yazar: Betül Karagedik (Arş. Gör.), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye.
E-posta: bkaragedik@gsu.edu.tr ORCID: 0000-0002-5092-7504

Atrf: Karagedik B, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda, Ulusötesi Şirketlerin ve Diğer Ticari Teşebbüslerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuken Bağlayıcı Belge'nin İkinci Kez Gözden Geçirilmiş Taslağı'nın Türkçe Çevirisi* ve Taslağa İlişkin Genel Bir Yorum" (2021) 41(2) PPIL 1017. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.895538>

Temel insan haklarını ve insan onurunu ve insan değerini, erkeğin ve kadının eşit haklarını ve daha geniş bir özgürlük içinde sosyal ilerlemeyi ve daha iyi yaşam standartlarını teşvik etme gerekliliğini andlaşmalardan ve Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğan yükümlülüklerle saygı duyarak yeniden onaylayarak;

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nde belirtildiği gibi herkesin hak ve özgürlüklerini Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkeleri ile uyumlu olarak tamamen gerçekleştirebildiği bir sosyal ve uluslararası düzene sahip olma hakkını vurgulayarak;

Tüm insan haklarının evrensel, bölünemez, birbiriyle bağımlı, birbiriyle ilişkili, devredilemez, eşit ve ayrımcı olmadığını yeniden onaylayarak;

Ayrımcılık yapmama, katılım ve kapsayıcılık hakları da dahil olmak üzere, uluslararası insan hakları hukuku veya uluslararası insancıl hukukun ihlalleri durumunda herkesin etkili ve eşit olarak adalete ve çözüm yoluna erişime sahip olma hakkını gözeterek;

İnsan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterme ve bunları koruma, gerçekleştirme ve geliştirmeye dair birincil yükümlülüğün Devlete ait olduğunu ve Devletlerin topraklarında veya yargı yetkilerinde olan, veya başka türlü onların denetimleri altında olan, ticari teşebbüsler de dahil olmak üzere, üçüncü kişiler tarafından işlenen insan hakları ihlaline karşı koruma sağlaması ve uluslararası insan hakları hukukuna saygı gösterilmesini ve uluslararası insan hakları hukukunun uygulanmasını temin etmesi gerektiğini vurgulayarak;

Özellikle ırk, cinsiyet, dil veya din ayrımı gözetilmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine evrensel olarak saygı gösterilmesi ve riayet edilmesi dahil olmak üzere, Birleşmiş Milletler Şartı'nın uluslararası iş birliğine ilişkin 55. ve 56. maddelerini anımsayarak;

Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesinde belirtildiği gibi, devletlerin egemen eşitliği, uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi ve devletlerin toprak bütünlüğü ile siyasal bağımsızlıklarının korunması ilkelerini gözeterek;

Tüm ticari teşebbüslerin ilgili uluslararası standartlara ve anlaşmalara uygun olarak işçi haklarını ve çevre ve sağlık standartlarını koruyarak artan bir verimlilik, kapsayıcı ekonomik büyüme ve istihdam yaratma yoluyla sürdürülebilir kalkınmanın sağlanmasını teşvik etme kapasitesine sahip olduğunu onaylayarak;

Büyükliklerine, sektörlerine, konumlarına, operasyonel bağlarına, sahipliklerine ve yapılarına bakılmaksızın, bütün ticari teşebbüslerin kendi faaliyetlerinden dolayı

insan hakları ihlallerine yol açmaktan veya ihlallerde payı olmaktan kaçınma ve mezkûr ihlaller ortaya çıktığında onları ele alma ve iş ilişkisi içinde buldukları şirketlerin faaliyetleri, ürünleri veya hizmetleri ile doğrudan bağlantılı insan hakları ihlallerini önleme veya azaltma da dahil olmak üzere, bütün insan haklarına saygı duyma sorumluluğuna sahip olduğunun altını çizerek;

Sivil toplum aktörlerinin ve insan hakları savunucularının, ticari teşebbüslerin insan haklarına saygı göstermesini teşvik etmede ve iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini önlemede, azaltmada ve bu ihlallere karşı etkili çözüm yolu aramada önemli ve meşru bir role sahip olduğunu belirterek;

İş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin kadınlar ve kız çocukları, çocuklar, yerli halklar, engelliler, göçmenler, mülteciler ve hassas durumdaki diğer kişiler üzerindeki belirgin ve orantısız etkisi ile birlikte farklı hak sahiplerinin spesifik koşullarını ve kırılganlıklarını dikkate alan bir iş dünyası ve insan hakları perspektifine olan ihtiyacı kabul ederek;

Devletlerin ve ticari teşebbüslerin tüm önlemlerine, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, Pekin Bildirgesi ve Eylem Platformu ve diğer ilgili uluslararası standartlara uygun olarak bir toplumsal cinsiyet perspektifini dahil etmeleri gerekliliğini belirterek;

İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Konseyi tarafından ulusötesi şirketlerin ve diğer ticari teşebbüslerin insan haklarına ilişkin sorumlulukları konusunda yürütülen tüm çalışmaları ve özellikle 26/9 Sayılı Karar dahil olmak üzere, önceki tüm ilgili İnsan Hakları Konseyi kararlarını dikkate alarak;

İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler: Birleşmiş Milletler “Koruma, Saygı Gösterme ve Çözüm Üretme” Çerçevesinin Uygulanması’nın, bu bağlamda oynadığı rolü kaydederek

Uluslararası Çalışma Örgütü Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya İlişkin İlkeler Üç Taraflı Bildirgesi’ni de kaydederek;

Devletlerin iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine ilişkin yükümlülüklerinin ve ticari teşebbüslerin bu bağlamdaki sorumluluklarının etkili bir şekilde uygulanmasını açıklığa kavuşturmayı ve kolaylaştırmayı arzu ederek;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Bölüm I

Madde 1. Tanımlar

İşbu hukuken bağlayıcı belgenin uygulanması bakımından:

1. “Mağdur”, fiziksel veya zihinsel incinme, duygusal ıstırap veya ekonomik kayıp veya insan haklarının önemli ölçüde ihlal edilmesi de dahil olmak üzere, iş faaliyetleri kapsamındaki fiiller veya ihmaller yoluyla insan hakları ihlali teşkil eden bir zarara bireysel veya toplu olarak uğrayan herhangi bir kişi veya kişi grubunu ifade eder. “Mağdur” terimi aynı zamanda doğrudan mağdurun yakın aile üyelerini veya bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve zor durumdaki mağdurlara yardım etmek veya mağduriyeti önlemek için müdahalede bulunurken zarara uğrayan kişileri de içerir. Kişi, insan hakları ihlalinin işleyen kimliğinin tespit edilmesine, yakalanmasına, yargılanmasına veya mahkum edilmesine bakılmaksızın mağdur olarak kabul edilecektir.
2. “İnsan hakları ihlali”, herhangi bir kişiye veya kişi grubuna bir ticari teşebbüs tarafından, iş faaliyetleri kapsamındaki fiilleri veya ihmalleri yoluyla, çevre hakları da dahil olmak üzere, uluslararası alanda kabul edilmiş insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam olarak yararlanmasını engelleyecek şekilde verilen herhangi bir zarar anlamına gelir.
3. “İş faaliyetleri”, bir gerçek kişi veya tüzel kişi tarafından yürütülen devlet iktisadi teşekkülleri, ulusötesi şirketler, diğer ticari teşebbüsler ve ortak girişimler dahil olmak üzere, bir gerçek kişi veya tüzel kişi tarafından yürütülen kâr amaçlı ekonomik veya diğer faaliyetler anlamına gelir. Bu, elektronik yollarla yürütülen faaliyetleri de içerecektir.
4. Ulusötesi niteliği haiz iş faaliyetleri, aşağıdaki durumlarda, bu maddenin üçüncü fıkrasında tanımlanan bir iş faaliyeti anlamına gelir:
 - a Birden fazla yargı yetkisinde yahut Devlette yürütüldüğünde; veya
 - b Bir Devlette yürütülmesine rağmen herhangi bir iş ilişkisi aracılığıyla hazırlanması, planlanması, yönetimi, denetimi, tasarımı, işlenmesi, imalatı, depolanması veya dağıtımını önemli ölçüde başka bir Devlette gerçekleştiğinde; veya
 - c Bir Devlette yürütülmesine rağmen başka bir Devlette önemli ölçüde etkiye sahip olduğunda.
5. “İş ilişkisi”, iştirakler, bağlı kuruluşlar, acenteler, tedarikçiler, ortaklıklar, ortak girişim, yararlanma hakkı [*beneficial proprietorship*] veya devletin

ulusal hukukunda öngörülen herhangi başka bir yapı yahut sözleşmesel ilişki aracılığıyla yürütülen faaliyetler ve elektronik yollarla yürütülen faaliyetler de dahil olmak üzere, iş faaliyetlerini yürütmek için gerçek kişiler veya tüzel kişiler arasında kurulan herhangi bir ilişkiyi ifade eder.

6. “Bölgesel Entegrasyon Kuruluşu”, belirli bir bölgenin egemen Devletlerinin oluşturduğu ve onun üye Devletlerinin bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge’nin) kapsamındaki konulara ilişkin yetkilerini devretmiş olduğu bir kuruluş anlamına gelir. Bu kuruluşlar, resmi onay veya katılım belgelerinde, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge’nin) kapsamındaki konulara ilişkin yetki düzeylerini beyan edecek ve daha sonra bu yetkide önemli bir değişiklik olması durumunda depo makamına bilgi vereceklerdir.

Madde 2. Amaç

1. Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge’nin) amacı:
 - a. Devletlerin iş faaliyetleri kapsamındaki insan haklarına saygı gösterme ve bunları koruma ve geliştirmeye ilişkin yükümlülüklerinin yanı sıra ticari teşebbüslerin de bu konudaki sorumluluklarının etkili bir şekilde uygulanmasını açıklığa kavuşturmak ve kolaylaştırmak;
 - b. İş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlallerinin meydana gelmesini önlemek;
 - c. Mezkûr iş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlalleri mağdurları için adalete ve etkili çözüm yoluna erişimi sağlamak;
 - d. İş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlallerini önlemek ve bu ihlallerin mağdurları için adalete ve etkili çözüm yoluna erişimi temin etmek için karşılıklı yasal yardımı ve uluslararası iş birliğini kolaylaştırmak ve güçlendirmek.

Madde 3. Kapsam

1. Aksi belirtilmedikçe, bu (Hukuken Bağlayıcı Belge), ulusötesi şirketler ve ulusötesi niteliği haiz iş faaliyetleri yürüten diğer ticari teşebbüslerle birlikte, ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, tüm ticari teşebbüsler için geçerli olacaktır.
2. Yukarıdaki madde 3.1’e bakılmaksızın, Taraf Devletler, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge’nin) kapsamında ticari teşebbüsler için önleme yükümlülükleri düzenlerken ticari teşebbüslerin bu yükümlülükleri, onların büyüklükleri,

sektörleri, operasyonel bağlamları ve insan hakları üzerindeki etkilerinin ciddiyeti ile orantılı olarak nasıl yerine getireceklerini farklılaştırmak için ayrımcı olmayan bir temeli hukuklarında tesis edebilirler.

3. Bu (Hukuken Bağlayıcı Belge), Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nden, bir devletin taraf olduğu herhangi bir çekirdek uluslararası insan hakları andlaşmasından ve temel ILO sözleşmesinden ve uluslararası teamül hukukundan doğan uluslararası alanda kabul edilmiş tüm insan haklarını ve temel özgürlükleri kapsayacaktır.

Bölüm II

Madde 4. Mağdurların Hakları

1. İş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlallerinin mağdurları, uluslararası alanda kabul edilmiş tüm insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanacaktır.
2. Yukarıdaki fıkraya halel getirmeksizin:
 - a. Mağdurlara merhametle [*with humanity*] muamele edilecek ve onların onurlarına ve insan haklarına saygı duyulacak ve onların güvenliği, fiziksel ve psikolojik sağlıkları ve mahremiyetleri sağlanacaktır;
 - b. Mağdurların yaşam hakkı, kişisel bütünlük hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, barışçıl toplanma ve örgütlenme hakkı ve serbest dolaşım hakkı güvence altına alınacaktır;
 - c. Mağdurların buna (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye) ve uluslararası hukuka göre eski haline getirme, tazminat, iyileştirme, ifa, tekrarlamama garantileri, tedbir kararı, çevre ıslahı, ekolojik restorasyon gibi adil, uygun, etkili, hızlı ve ayrımcı olmayan bir şekilde adalete ve etkili çözüm yoluna erişim hakkı güvence altına alınacaktır;
 - d. Mağdurların Taraf Devletlerin mahkemelerine ve yargısal olmayan şikâyet mekanizmalarına, uygun davalarda bir vekilin aracılığı veya toplu dava yolu da dahil olmak üzere, talepte bulunma hakkı güvence altına alınacaktır;
 - e. Mağdurlar, cinsiyete duyarlı olan, uygun koruma ve destek hizmetlerinin aracılığı da dahil olmak üzere, etkili çözüm yoluna erişime yönelik olan işlemler boyunca, herhangi bir işlem başlatılmadan önce, işlem süresince veya işlemten sonra, mahremiyetlerine yasa dışı bir müdahaleden ve korkutmadan ve misillemeden ve ayrıca yeniden mağdur edilmekten korunacaklardır;

- f. Mağdurların etkili çözüm yolunun takibi ile ilgili bilgilere ve yasal yardıma erişimi güvence altına alınacaktır; ve
 - g. Mağdurların, özellikle ulusötesi niteliği haiz iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri durumlarında, etkili çözüm yoluna erişimini kolaylaştırmak için uygun diplomatik yollara ve konsolosluk yollarına erişimi güvence altına alınacaktır.
3. Bu hükümdeki hiçbir şey, mağdurların veya diğer bireylerin uluslararası hukuk veya ulusal hukuk kapsamındaki insan haklarının daha yüksek düzeyde tanınmasını ve korunmasını azaltacak şekilde yorumlanamaz.

Madde 5. Mağdurların Korunması

1. Taraf Devletler; mağdurları, onların vekillerini, ailelerini ve tanıklarını, onların insan haklarına ve temel özgürlüklerine yönelik yasa dışı herhangi bir müdahaleden koruyacaklardır. Bu koruma, onların etkili çözüm yoluna erişim sağlamak için herhangi bir işlem başlatmadan öncesini, işlem süresindeki müddeti ve işlemden sonrasını da kapsayacaktır.
2. Taraf Devletler, insan haklarını ve çevreyi destekleyen ve savunan kişiler, gruplar ve kuruluşlar için, insan haklarını herhangi bir tehditten, korkutmadan, şiddetten veya güvensizlikten uzak bir şekilde kullanabildikleri güvenli ve elverişli bir ortamı güvence altına almak için uygun ve etkili tedbirleri alacaklardır.
3. Taraf Devletler, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki bütün insan hakları ihlallerini etkili, hızlı, kapsamlı ve tarafsız bir şekilde soruşturacaklardır ve uygun olan hallerde, sorumlu bulunan gerçek kişilere veya tüzel kişilere karşı, ulusal hukuka ve uluslararası hukuka uygun olarak işlem yapacaklardır.

Madde 6. Önleme

1. Taraf Devletler, ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, kendi topraklarında veya yargı yetkilerinde olan tüm ticari teşebbüslerin faaliyetlerini etkili bir şekilde düzenleyeceklerdir. Devletler, bu amaçla, ulusötesi şirketler veya ulusötesi niteliği haiz iş faaliyetleri yürüten diğer ticari teşebbüslerle birlikte ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, onların topraklarında veya yargı yetkilerinde olan veya başka türlü denetimleri altında bulunan ticari teşebbüslerin, uluslararası alanda kabul edilmiş bütün insan haklarına saygı duymasını ve faaliyetleri sırasındaki insan hakları ihlallerini önlemesini veya azaltmasını sağlamak için gerekli tüm yasal tedbirleri ve politika önlemlerini alacaklardır.

2. Madde 6.1'in amacına uygun olarak, Taraf Devletler, ticari teşebbüslerin büyüklüğü, insan hakları üzerinde ciddi etkiler doğurma riskleri ve faaliyetlerinin mahiyeti ve bağlamı ile orantılı olarak onların insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğünü aşağıdaki şekilde üstlenmesini zorunlu kılacaklardır:
 - a. Kendi iş faaliyetlerinden veya iş ilişkilerinden kaynaklanabilecek mevcut veya potansiyel insan hakları ihlallerini tespit etmek ve değerlendirmek;
 - b. İş ilişkilerindeki insan hakları ihlalleri de dahil olmak üzere, tespit edilen mevcut veya potansiyel insan hakları ihlallerini etkili bir şekilde önlemek ve azaltmak için uygun önlemleri almak;
 - c. İş ilişkilerindeki insan hakları ihlalleri de dahil olmak üzere, insan hakları ihlallerini önlemeye ve azaltmaya ilişkin tedbirlerinin etkililiğini izlemek;
 - d. İş ilişkilerindeki faaliyetleri de dahil olmak üzere faaliyetlerinden kaynaklanabilecek mevcut veya potansiyel insan hakları ihlallerini, politikaları ve önlemleri aracılığıyla nasıl ele aldıklarını açıklamak için paydaşlarla, özellikle etkilenmiş yahut potansiyel olarak etkilenen kişilerle, düzenli olarak ve ulaşılabilir bir şekilde iletişim kurmak.
3. Taraf Devletler, ticari teşebbüsler tarafından madde 6.2 kapsamında üstlenilen insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü önlemlerinin aşağıdakileri içermesini temin edeceklerdir:
 - a. Faaliyetleri boyunca düzenli olarak çevre ve insan hakları etki değerlendirmeleri yapmak;
 - b. Potansiyel olarak etkilenen kadınlar ve kadın örgütleriyle istişare içinde, kadınların ve kız çocuklarının yaşadıkları farklılaşmış riskleri ve etkileri tespit etmek ve ele almak için insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü sürecinin tüm aşamalarına toplumsal cinsiyet perspektifini dahil etmek;
 - c. Kadınlar, çocuklar, engelliler, yerli halklar, göçmenler, mülteciler, ülkesinde yerinden edilmiş kişiler ve işgal veya çatışma bölgelerinde korunan nüfuslar gibi iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri riskiyle yüksek olarak karşı karşıya olanlara özel ilgi göstererek iş faaliyetlerinden dolayı insan hakları potansiyel olarak etkilenen kişi veya topluluklarla ve diğer ilgili paydaşlarla anlamlı istişarelerde bulunmak;
 - d. Yerli halklarla istişarelerin, uluslararası alanda kabul edilmiş olan özgür, önceden ve bilgilendirilmiş rıza standartlarına uygun olarak yürütülmesini temin etmek;

- e. İş ilişkilerindeki faaliyetleri de dahil olmak üzere, faaliyetleri boyunca grup yapıları ve tedarikçiler ile birlikte insan hakları, işçi hakları ve çevre standartları ile ilgili politikalar, riskler, sonuçlar ve göstergeler hakkındaki bilgiyi de kapsayarak, mali olmayan konular hakkında kamuya açık ve periyodik olarak raporlama yapmak;
 - f. Uygun görüldüğü şekilde, insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü gerekliliklerini iş ilişkileri ile ilgili olan sözleşmelere dahil etmek ve kapasite geliştirme veya mali katkılar için düzenlemeler yapmak;
 - g. İşgal durumları da dahil olmak üzere, işgal alanlarındaki veya çatışmalardan etkilenen bölgelerdeki insan hakları ihlallerini önlemek için insan haklarına ilişkin gelişmiş özen yükümlülüğü önlemlerini kabul etmek ve uygulamak.
4. Taraf Devletler, iş faaliyetleri yürüten küçük ve orta ölçekli ticari teşebbüslerin bu madde kapsamındaki gerekliliklere uymasını kolaylaştırmak için teşvikler sağlayabilirler ve başka tedbirler alabilirler.
 5. Taraf Devletler, ticari teşebbüslerin büyüklüğünden, yapısından, sektöründen, konumundan, operasyonel bağlamından ve ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, kendi topraklarında veya yargı yetkilerinde veya başka türlü denetimleri altında olan iş faaliyetleriyle ilişkili risklerin ciddiyetinden kaynaklanan potansiyel insan hakları ihlallerini dikkate alarak, bu maddede belirtilen yükümlülüklerle uyulmasını sağlamak için etkili ulusal prosedürlerin yürürlükte olmasını temin edeceklerdir.
 6. Madde 6.2 ve madde 6.3'te belirtilen görevlere uyulmaması, 8. madde kapsamındaki cezai, hukuki ve idari sorumluluk hükümlerine halel getirmeksizin, uygun olduğu durumlarda düzeltici faaliyet de dahil olmak üzere, orantılı yaptırımlarla sonuçlanacaktır.
 7. Taraf Devletler, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) uygulanmasına ilişkin kamu politikalarını belirlerken ve uygularken bu politikaları, ulusötesi niteliği haiz iş faaliyetleri yürütenler dahil olmak üzere, ticari teşebbüslerin ticari ve diğer çıkarlarının etkisinden korumak üzere hareket edeceklerdir.

Madde 7. Çözüm Yoluna Erişim

1. Taraf Devletler, mağdurların uygun, zamanında ve etkili çözüm yoluna erişimini sağlamak için bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) uyarınca gerekli yargı yetkisine sahip olan mahkemelerini ve Devlet-temelli yargısal-olmayan mekanizmalarını kuracaklardır.

2. Taraf Devletler, bunda (Hukuken Bağlayıcı Belge’de) belirtildiği üzere, uluslararası iş birliği yolu da dahil olmak üzere, iç hukuklarının bilgiye erişimi kolaylaştırmasını sağlayacak ve mahkemelerin uygun davalarda yargılamaya izin vermesini temin edeceklerdir.
3. Taraf Devletler, aşağıdakiler de dahil olmak üzere, hukuki süreç boyunca mağdurlara uygun ve etkili hukuki yardımı sağlayacaklardır:
 - a. Mağdurlara onların hakları ve davalarının durumu hakkındaki bilgiyi ulaşılabilir kılmak;
 - b. Mağdurların seslerini duyurma haklarını yargılamanın bütün aşamalarında güvence altına almak;
 - c. Bir iddianın ileri sürülmesi bakımından ve davaların düzenlenmesi ve tazminat öngören emir veya kararların icrası sırasında gereksiz masraf ve ertelemelerden kaçınmak;
 - d. Ulusötesi niteliği haiz iş faaliyetlerinden kaynaklanan insan hakları ihlallerinin uygun davalarda başka bir Taraf Devletin mahkemelerinde yargılamanın başlatılmasına yardım sağlamak; ve,
 - e. Yasal işlemlerin sonucunda yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin kuralların mağdurlar üzerinde haksız ve aşırı bir yük oluşturmasını önlemek.
4. Taraf Devletler, mahkeme harçlarının ve diğer ilgili masrafların bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge’nin) uyarınca işlemlerin başlatılmasına engel teşkil etmemesini ve uygun davalarda belirli masraflardan olası bir feragate yönelik bir hüküm bulunmasını temin edeceklerdir.
5. Taraf Devletler, uygun olmayan yargı yeri doktrininin mahkemelerce mağdurlar tarafından başlatılan meşru adli işlemleri reddetmek için kullanılmamasını temin edeceklerdir.
6. Taraf Devletler, hukukun üstünlüğünün gereklerine uygun olarak, mağdurların çözüm yoluna erişim hakkını gerçekleştirmek amacıyla uygun davalarda ispat yükünü tersine çevirmek için kanunlar çıkarabilirler veya kanunları değiştirebilirler.
7. Taraf Devletler, işbu belge (Hukuken Bağlayıcı Belge), ulusal hukuk ve uluslararası yasal yükümlülükler uyarınca, ulusal veya yabancı kararların veya hükümlerin hızlı olarak uygulanması da dahil olmak üzere, insan hakları ihlallerine yönelik çözüm yollarının yürürlüğü için etkili mekanizmalar kuracaklardır.

Madde 8. Yasal Sorumluluk

1. Taraf Devletler, topraklarında veya yargı yetkilerinde ikamet eden veya faaliyet gösteren yahut başka türlü denetimleri altında olan ve iş faaliyetleri yürüten tüzel kişiler ve gerçek kişiler hakkında, ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, onların iş faaliyetlerinden veya iş ilişkilerinden kaynaklanabilecek insan hakları ihlalleri için ulusal hukuklarının kapsamlı ve uygun bir yasal sorumluluk sistemi düzenlemesini temin edeceklerdir.
2. Tüzel kişilerin sorumluluğu gerçek kişilerin sorumluluğuna halel getirmeyecektir.
3. Hukuki sorumluluk aynı fiiller için cezai sorumluluk veya muadilinin bulunmasına bağlı olmayacaktır.
4. Taraf Devletler, iş faaliyetleri yürüten tüzel kişilerin veya gerçek kişilerin, insan hakları ihlallerine varan veya neden olan ceza gerektiren suçlara veya diğer mevzuat ihlallerine yol açmaları yahut bu ihlallerde payları olmaları durumunda, ulusal yargı yetkilerinin etkili, ölçülü ve caydırıcı cezai ve/veya idari yaptırımlar uygulamasını temin etmek için gerekli olan yasal ve diğer tedbirleri kabul edeceklerdir.
5. Taraf Devletler, insan hakları ihlalleri mağdurlarının zararlarının karşılanması hakkında geçerli uluslararası standartlara uygun olarak, ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, iş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlalleri mağdurlarının zararlarının ulusal hukukları nezdinde uygun, hızlı, etkili ve cinsiyete duyarlı olarak karşılanmasını temin etmek için gerekli olan önlemleri kabul edeceklerdir. İş faaliyetleri yürüten bir tüzel kişi veya gerçek kişi, bir insan hakları ihlalinin mağdurunun zararını karşılamak için sorumlu bulunduğu anda, bu kişi, mağdurun zararını karşılayacaktır yahut devlet iş faaliyetleri yürüten bu tüzel kişinin veya gerçek kişinin sorumlu olduğu fiil veya ihmallerden kaynaklanan insan hakları ihlali mağdurunun zararını önceden karşılamış olduğunda devletin zararını tazmin edecektir.
6. Taraf Devletler, ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, topraklarında veya yargı yetkilerinde iş faaliyetleri yürüten tüzel kişilerin veya gerçek kişilerin potansiyel tazminat taleplerini karşılayabilmesi için, sigorta bonoları veya diğer mali teminatlar gibi, mali güvence tesis etmesini ve sürdürmesini zorunlu kılabilirler.
7. Taraf devletler ulusal hukuklarında, ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, iş faaliyetleri yürüten gerçek veya tüzel kişilerin, iş ilişkisi içinde buldukları diğer gerçek veya tüzel kişilerin insan hakları ihlallerine yol

açmasını veya bu ihlallerde payı olmasını engellemekte başarısız olmalarından, insan hakları ihlaline yol açan veya bu ihlalde payı olan mezkûr kişiyi ya da ilgili faaliyeti hukuken veya oligusal olarak denetim veya gözetim altında bulundurması yahut ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, iş faaliyetlerine ilişkin eyleminde veya iş ilişkilerinde insan hakları ihlallerine dair riskleri öngörmesi gerekmesi ama ihlali engelleyecek uygun önlemleri almakta başarısız olması halinde sorumlu tutulmasını temin edeceklerdir.

8. İnsan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü, iş faaliyetleri yürüten bir tüzel kişi veya gerçek kişi hakkında, insan hakları ihlallerine yol açmaktan veya ihlallerde pay sahibi olmaktan yahut madde 8.7'de belirtildiği gibi bir gerçek kişi veya tüzel kişi tarafından sebebiyet verilen mezkûr ihlalleri engellemekte başarısız olmaktan doğan sorumluluktan kendiliğinden muaf tutmaz. Mahkeme veya diğer yetkili makam, bu kuruluşların sorumluluğuna insan haklarına ilişkin geçerli özen yükümlülüğü standartlarına dair bir uyumluluk incelemesi yaptıktan sonra karar verecektir.
9. Taraf Devletler, hukuki ilkelerine bağlı olarak, Taraf Devleti bağlayan uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası teamül hukuku veya kendi ulusal hukukları kapsamında, ceza gerektiren bir suç teşkil eden insan hakları ihlalleri için ulusal hukuklarının tüzel kişiler hakkında cezai veya işlevsel olarak muadili olan sorumluluğu tesis etmesini temin edeceklerdir. Sorumluluğun niteliğine bakılmaksızın, Taraf Devletler, uygulanabilir cezaların suçun ciddiyeti ile orantılı olmasını sağlayacaklardır. Taraf Devletler, uluslararası hukukun listelenen alanlarında kapsanan ceza gerektiren suçların kendi ulusal ceza yasalarında da bu şekilde tanınmasını ve tüzel kişilerin bunlar için cezai veya idari olarak sorumlu tutulabilmesini temin etmek için ceza kanunlarını bireysel veya toplu olarak geliştireceklerdir. Bu madde, tüzel kişilerin diğer suçlar için cezai veya idari sorumluluğunu gerektiren veya tesis eden diğer herhangi bir uluslararası belgeye halel getirmeksizin uygulanacaktır.
10. Tüzel kişilerin madde 8.9 kapsamındaki sorumluluğu, yürürlükteki ulusal hukuk kapsamındaki suçları işleyen gerçek kişinin cezai sorumluluğuna halel getirmez.
11. Taraf Devletler, bu madde uyarınca ceza gerektiren bir suça ve kendi ulusal hukuklarında tanımlanan ceza gerektiren suçlara, teşebbüs, iştirak veya suç ortaklığı teşkil eden fiiller veya ihmaller için, ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, iş faaliyetleri yürüten tüzel kişiler veya gerçek kişiler hakkında cezai veya işlevsel olarak muadili olan yasal sorumluluğu tesis etmek için ulusal hukukları kapsamında tedbirler alacaklardır.

Madde 9. Yargı Yetkisi [*Adjudicative Jurisdiction*]

1. Uyruklarına veya ikamet ettikleri yere bakılmaksızın, mağdurların, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki insan hakları ihlallerine sebebiyet veren veya sebebiyet verebilecek fiil veya ihmallerden kaynaklanan davalarına ilişkin yargı yetkisi aşağıdaki durumlarda ilgili devletin mahkemelerine ait olacaktır:
 - a. İnsan hakları ihlalinin meydana geldiği;
 - b. İnsan hakları ihlaline sebep olan fiil veya ihmalin işlendiği; veya
 - c. Ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, iş faaliyetleri kapsamında mezkûr insan hakları ihlaline yol açan veya ihlalde payı olan bir fiili veya ihmali işlediği iddia edilen tüzel kişilerin veya gerçek kişilerin ikamet ettiği.

Yukarıdaki hüküm, hukuk yargısı yetkisinin uluslararası andlaşmalar veya ulusal hukuk tarafından düzenlenen ek dayanaklarla kullanılmasını hariç tutmamaktadır.

2. Herhangi bir uluslararası belgede veya ulusal hukukta öngörülen daha geniş bir ikametgah tanımına hanel getirmeksizin, iş ilişkileri de dahil olmak üzere, ulusötesi niteliği haiz iş faaliyetleri yürüten bir tüzel kişinin, aşağıdakilerin bulunduğu yerde ikamet ettiği kabul edilir:
 - a. Kuruluş yeri; veya
 - b. Yasal merkezi; veya
 - c. Merkezi yönetimi; veya
 - d. Şirket iş merkezi; veya
3. Mağdurların madde 9.1 uyarınca bir mahkemede dava açmayı tercih etmeleri durumunda, yargı yetkisi zorunlu olacaktır ve böylece o mahkeme uygun olmayan yargı yeri doktrinine dayanarak bu davayı reddedemeyecektir.
4. Mahkemeler, dava açılan devletin topraklarında ikamet etmeyen tüzel kişilere veya gerçek kişilere karşı açılan davalar üzerinde, dava açılan devletin topraklarında ikamet eden bir tüzel kişiye veya gerçek kişiye karşı açılan bir dava ile yakından bağlantılı olması durumunda yargı yetkisine sahip olacaklardır.
5. Mahkemeler, adil yargılamayı güvence altına alan başka bir etkili mahkeme bulunmadığında ve ilgili Taraf Devletle yeterince yakın bir bağlantı olduğunda, dava açılan Devletin topraklarında ikamet etmeyen tüzel kişilere veya gerçek kişilere karşı açılan davalar üzerinde yargı yetkisine sahip olacaklardır.

Madde 10. Zamanaşımı

1. İşbu belgeye (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye) Taraf Devletler, bir bütün olarak uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçları oluşturan tüm uluslararası ihlallerin, kovuşturulmasında ve cezalandırılmasında, zamanaşımı ve diğer sınırlamaların uygulanmamasını temin etmek için gerekli yasal veya diğer tedbirleri kabul etmeyi taahhüt ederler.
2. Hukuk davalarına veya bir bütün olarak uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçları oluşturmayan ihlallere uygulanacak ulusal zamanaşımı, özellikle ihlallerin başka bir Devlette meydana geldiği veya zararın ancak uzun bir süre sonra tespit edilebildiği durumlarda, soruşturma ve kovuşturmanın veya diğer yasal işlemlerin başlatılması için makul bir süreyi tanıyacaktır.

Madde 11. Uygulanacak Hukuk

1. Aşağıdaki fıkraya bağlı olarak, yetkili mahkeme huzurundaki davalarla ilgili (Hukuken Bağlayıcı Belge'de) özel olarak düzenlenmemiş olan tüm esas veya usul konuları, kanunlar ihtilafına ilişkin kanunun tüm kuralları da dahil olmak üzere, bu mahkemenin hukukuna tabi olacaktır.
2. Madde 9.1'e bakılmaksızın, yetkili mahkeme huzurundaki davalarla ilgili insan hakları hukukuna ilişkin tüm esasa dair meseleler, bir iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlali mağdurunun veya vekillerinin talebi üzerine aşağıdaki durumlarda ilgili başka bir devletin hukukuna tabi olur.
 - a. Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki insan hakları ihlallerine neden olan fiillerin veya ihmallerin işlendiği; veya
 - b. Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki insan hakları ihlallerine neden olan fiilleri veya ihmalleri işlediği iddia edilen gerçek kişinin veya tüzel kişinin ikamet ettiği.

Madde 12. Karşılıklı Hukuki Yardım ve Uluslararası Adli İş Birliği

1. Taraf Devletler, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki tüm iddialara ilişkin, bilgiye erişim ve yargılamalarla ilgili olarak ellerinde bulunan tüm delillerin teslim edilmesi de dahil olmak üzere, etkili, hızlı, kapsamlı ve tarafsız soruşturmaların, kovuşturmaların, adli ve diğer cezai, hukuki veya idari işlemlerin başlatılması ve yürütülmesinde, karşılıklı hukuki yardımı ve uluslararası adli iş birliğini en geniş ölçüde birbirlerine sağlayacaklardır.
2. Talepte bulunulan Taraf Devlet, yardım talebini desteklemek için ihtiyaç duyulan ek bilgi veya belgeler ve talep edilmesi halinde yardım talebinin

durumu ve sonucu hakkında talepte bulunan Taraf Devleti mümkün olan en kısa sürede bilgilendirecektir. Talepte bulunan Taraf Devlet, talepte bulunulan Taraf Devletten, talebin yerine getirilmesi için gerekli olan kapsam dışında, talebin maddi unsurlarını ve içeriğini gizli tutmasını isteyebilir.

3. Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki karşılıklı hukuki yardım ve uluslararası adli iş birliği, ilgili taraflarca vaka bazında belirlenecektir.
 - a. Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki karşılıklı hukuki yardım, diğerlerinin yanı sıra, aşağıdakileri de içerecek şekilde anlaşılır:
 - i Delil toplamak veya kişilerin ifadesini almak;
 - ii Arama ve el koyma işlemlerini yürütmek;
 - iii Eşya ve yer incelemesi yapmak;
 - iv Bilgi, sübut vasıtası olan maddeler ve uzman değerlendirmeleri sunmak;
 - v Resmi daire, banka, şirket veya ticaret kayıtları ve finansal kayıtlar da dahil olmak üzere, ilgili belge ve kayıtların asıllarını veya onaylı kopyalarını sunmak;
 - vi Suç gelirlerinin, malvarlığının, araçların veya diğer şeylerin kanıt elde etme amacıyla tespit edilmesi veya izlenmesi;
 - vii Kişilerin, talepte bulunan Taraf Devlette gönüllü olarak mahkeme huzuruna çıkmalarını kolaylaştırmak;
 - viii Mal varlıklarının dondurulmasını ve geri kazanılmasını kolaylaştırmak;
 - ix Mağdurları, onların ailelerini, vekillerini ve tanıklarını, uluslararası insan hakları standartlarına uygun olarak ve işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalandırma biçimlerinin yasaklanması ile ilgili olanlar dahil olmak üzere, uluslararası yasal gerekliliklere bağlı olarak desteklemek ve korumak;
 - x Ulusal hukukun uygulanmasına yardımcı olmak;
 - xi Talepte bulunulan Taraf Devletin ulusal hukukuna aykırı olmayan, diğer her türlü yardım.
 - b. Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki uluslararası adli iş birliği, diğerlerinin yanı sıra adli belgelerin etkili bir şekilde sunulmasını ve ulusal hukukla uyumlu olarak adli mücamelenin sağlanmasını da içerecek şekilde anlaşılır.

4. Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki ceza davalarında ve ilgili Taraf Devletlerin ulusal hukuklarına halel getirmeksizin;
 - a. Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamına giren ceza gerektiren suçlarla ilgili olarak, talepte bulunulan Tarafın hukukuna ve onun Taraf olduğu cezai konularda karşılıklı yardımlaşmaya ilişkin andlaşmalardaki taahhütlerine uygun bir şekilde, mümkün olan en geniş kapsamda karşılıklı hukuki yardım sağlanacaktır.
 - b. Bu tür bir karşılıklı hukuki yardımın suçluların iadesi meselesiyle ilgili olması durumunda, Taraflar buna (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye), ulusal hukuklarına ve ilgili Taraf Devletler arasında var olan herhangi bir andlaşmaya uygun olarak iş birliği yapmayı kabul ederler.
5. Bir Taraf Devletin yetkili makamları, önceden bir talep olmaksızın, başka bir Taraf Devletin yetkili makamına, o makama soruşturma ve cezai kovuşturma yürütmede veya başarılı olarak sonuçlandırmada yardım edebileceğine veya o Taraf Devlet tarafından bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) uyarınca yapılabilecek bir taleple sonuçlanabileceğine inandıklarında, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki ceza gerektiren suçlara ilişkin bilgileri iletebilirler ve karşılıklı olarak alıp verebilirler. Bilginin iletilmesi ve teatisi, insan haklarının en geniş şekilde korunmasını güvence altına almak için bilgiyi sağlayan yetkili makamların Devletindeki soruşturmalara ve cezai kovuşturmalara halel getirmeyecektir.
6. Taraf Devletler, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamında soruşturmalara, kovuşturmalara veya adli yargılamalara konu olan meselelere ilişkin olarak, ilgili yetkili makamların ortak soruşturma organları oluşturabileceği ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya düzenlemeler yapmayı değerlendirebilirler. Mezkûr anlaşmaların veya düzenlemelerin yokluğunda, ortak soruşturmalar vaka bazında anlaşma ile yürütülebilir. İlgili Taraf Devletler, topraklarında bu tür bir soruşturmanın yürütüleceği Taraf Devletin egemenliğine tam olarak saygı gösterilmesini temin edeceklerdir.
7. Taraf Devletler, ulusal hukuklarına uygun olarak, karşılıklı hukuki yardım taleplerini alma ve bunları icra etme veya icra için yetkili makamlara iletme sorumluluğuna ve yetkisine sahip olacak merkezi bir makam tayin edeceklerdir.
8. Menşe Devletinde icra edilebilir olan ve herhangi bir temyize veya yargısal gözden geçirmeye tabi olmayan ve bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) uyarınca yargı yetkisine sahip olan bir mahkemenin herhangi bir kararı, bir Taraf Devlette, o Taraf Devletteki gerekli usuller tamamlanır tamamlanmaz tanınacak ve tenfiz edilecektir. Ancak bunun için bu usullerin daha zahmetli

- olmaması, harç ve giderlerin ulusal kararların icra edilmesi için gerekenden daha yüksek olmaması ve davanın esasının yeniden görülmesine izin vermemesi gerekmektedir. Talepte bulunulan Devlette cezai kararların tenfiz edilmesi o Devletin hukukunun izin verdiği ölçüde olacaktır.
9. Tanıma ve tenfiz ancak aşağıdaki durumlarda reddedilebilir;
- davalı, tanımanın ve tenfizin talep edildiği yetkili mahkemeye veya makama, kendi davasını açması için ona makul bir ihbar yapılmadığına ve adil bir fırsat verilmediğine dair bir delil ileri sürerse; veya
 - kararın tanınmanın talep edildiği Taraf, aynı dava nedeni ve aynı taraflar bakımından, geçerli bir şekilde ilan edilen daha önceki bir kararla uzlaşmaz olması durumunda; veya
 - kararın tanınmanın talep edildiği Tarafın kamu düzenine açık bir şekilde aykırı olması durumunda.
10. Bu madde kapsamındaki karşılıklı hukuki yardım veya uluslararası adli iş birliği, bir Taraf Devlet tarafından aşağıdaki durumlarda reddedilebilir:
- talebin ilgili olduğu, ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, iş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlali, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamında değilse; veya
 - talep, talepte bulunulan Taraf Devletin hukukuna aykırı olursa.
11. Bir Taraf Devlet, sadece talebin mali konularla veya banka gizliliği ile ilgili olduğunun düşünülmesi gerekçesiyle, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamına giren zararlar veya ceza gerektiren suçlar için sorumluluk gerektiren bir davada karşılıklı hukuki yardım veya uluslararası adli iş birliği yapmayı reddedemez.
12. Taraf Devletler, bu madde kapsamındaki yükümlülüklerini, aralarında mevcut olabilecek karşılıklı hukuki yardım veya uluslararası adli iş birliğine ilişkin herhangi bir anlaşma veya diğer düzenlemelere uygun olarak yerine getireceklerdir. Mezûr anlaşmaların veya düzenlemelerin yokluğunda, Taraf Devletler, ulusal hukuk ve uluslararası hukuk nezdinde mümkün olan en geniş kapsamda karşılıklı hukuki yardımı ve uluslararası adli iş birliğini birbirlerine sağlayacaklardır.

Madde 13. Uluslararası İş Birliği

1. Taraf Devletler, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamında tesis edilen yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin ve bunun (Hukuken Bağlayıcı

Belge'nin) amaçlarının gerçekleştirilmesinin sağlanması için iyi niyetle iş birliği yapacaklardır.

2. Taraf Devletler, işbu belgenin (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) amacının gerçekleşmesi için, mali ve teknik yardım ve kapasite geliştirme dahil olmak üzere, uluslararası iş birliğinin önemini kabul etmektedir ve bu bağlamda devletler, beraberce ve kendi aralarında ve uygun olduğu ölçüde ilgili uluslararası ve bölgesel kuruluşların ve sivil toplumun ortaklığında uygun ve etkili önlemleri alacaklardır. Bu önlemler, sayılanlarla sınırlı olmamak üzere, aşağıdakileri içerir:
 - a. Karar alıcılar, ulusal insan hakları kurumları ve uygulayıcılar ile birlikte ulusal, bölgesel ve uluslararası şikâyet mekanizmalarının kullanıcıları arasında etkili teknik iş birliğini ve kapasite geliştirmeyi teşvik etmek;
 - b. İşbu belgenin (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) uygulanmasına ilişkin deneyimleri, iyi uygulamaları, zorlukları, bilgileri ve eğitim programlarını paylaşmak;
 - c. Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri mağdurlarının hakları ve devletlerin yükümlülükleri hakkındaki farkındalığı arttırmak;
 - d. Ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, iş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlallerinin önlenmesinde karşılaşılan zorluklar, iyi uygulamalar ve deneyimlerle ilgili araştırmalarda ve çalışmalarda iş birliğini kolaylaştırmak;
 - e. Mevcut kaynakları kapsamında, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) 15.7'inci maddesinde bahsedilen Uluslararası Mağdurlar Fonu'na katkıda bulunmak;

Madde 14. Uluslararası Hukuk İlkeleri ve Uluslararası Hukuk Belgeleri ile Uyumluluk

1. Taraf Devletler, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki yükümlülüklerini, Devletlerin egemen eşitliği ve toprak bütünlüğü ve diğer Devletlerin içişlerine karışmama ilkelerine uygun ve tamamen bunlara saygı göstererek yerine getireceklerdir.
2. Madde 7.1 ve madde 9'a bağlı olmaksızın, bundaki (Hukuken Bağlayıcı Belge'deki) hiçbir şey, bir Taraf Devlete, başka bir Devletin topraklarında, münhasıran o Devletin yargı makamlarına saklı tutulmuş olan yargı yetkisinin kullanılmasını ve görevlerinin yerine getirilmesini üstlenme hakkını vermez.

3. İşbu belgedeki (Hukuken Bağlayıcı Belge'deki) hiçbir hüküm, bir Taraf Devletin ulusal mevzuatında veya herhangi bir bölgesel veya uluslararası andlaşma veya sözleşmede yer alan ve iş faaliyetleri kapsamındaki insan haklarına saygı gösterilmesi, onların korunması, yerine getirilmesi ve geliştirilmesi ve ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, iş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlalleri mağdurları için adalete erişimin ve etkili çözüm yolunun güvence altına alınması açısından daha elverişli olan herhangi bir hükmü etkilemeyecektir.
4. Bu (Hukuken Bağlayıcı Belge), Taraf Devletlerin, Devlet bağısıklığı ve Devletlerin uluslararası sorumluluğu ile ilgili genel uluslararası hukuk kuralları kapsamındaki haklarını ve yükümlülüklerini etkilemeyecektir. Bununla (Hukuken Bağlayıcı Belge ile) aynı konuyla ilgili daha önceki andlaşmalar, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 30. maddesi uyarınca, hükümleri bununla (Hukuken Bağlayıcı Belge ile) uyumlu olduğu ölçüde uygulanacaklardır.
5. Taraf Devletler şunları sağlayacaklardır;
 - a. Ticaret ve yatırım anlaşmaları da dahil olmak üzere, buna (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye) ve protokollerine ilişkin meseleler hakkındaki bölgesel veya alt-bölgesel anlaşmaları da kapsayan mevcut iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalar, devletlerin bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) ve protokollerinin ayrıca diğer ilgili insan hakları sözleşmelerinin ve belgelerinin kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirme kapasitelerini zayıflatmayacak veya sınırlamayacak şekilde yorumlanacak ve uygulanacaktır.
 - b. Bütün yeni iki taraflı veya çok taraflı ticaret ve yatırım anlaşmaları, Taraf Devletlerin Bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) ve protokollerinin ayrıca diğer ilgili insan hakları sözleşmelerinin ve belgelerinin kapsamındaki insan hakları yükümlülükleri ile uyumlu olacaktır.

BÖLÜM III

Madde 15. Kurumsal Düzenlemeler

Komite

1. Aşağıdaki usullere uygun olarak bir Komite kurulacaktır:
 - a. Komite işbu belgenin (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) yürürlüğe girdiği tarihte (12) uzmandan oluşacaktır. (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye) altmış onay veya katılımdan sonra, Komite üyeliği altı üye artarak en fazla on sekiz üyeye ulaşacaktır. Komite üyeleri kişisel temelde görev yapacak ve yüksek

- ahlaki değerlere ve insan hakları, uluslararası kamu hukuku veya diğer ilgili alanlarda tanınmış yetkinliğe sahip olacaklardır.
- b. Uzmanlar, adil coğrafi dağılım, hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar, cinsiyet dengeli temsil göz önünde bulundurularak ve seçilen uzmanların doğrudan veya dolaylı olarak bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) amacını olumsuz yönde etkileyebilecek herhangi bir faaliyette bulunmamaları temin edilerek Taraf Devletler tarafından seçileceklerdir.
- c. Komite üyeleri, Taraf Devletlerce aday gösterilecek kişilerin listesinden gizli oy ile seçileceklerdir. Komite üyeleri, dört yıllık bir dönem için seçileceklerdir ve başka bir dönem için yeniden seçilebilirler. Her Taraf Devlet, kendi vatandaşları arasından bir kişiyi aday gösterebilir. Komite üyelerinin seçimleri, Taraf Devletler Konferansı'nda mevcut ve oy veren çoğunluk ile yapılacaktır. Her seçim tarihinden en az dört ay önce, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Taraf Devletlere iki ay içinde adaylarını takdim etmeye davet eden bir mektup gönderecektir. Genel Sekreter, onları aday gösteren Taraf Devletleri de belirterek bu şekilde aday gösterilen tüm kişilerin alfabetik sıraya göre bir listesini hazırlayacak ve bunu Taraf Devletlere sunacaktır.
- d. İlk seçim, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç altı ay içinde yapılacaktır. İlk seçimde seçilen üyelerden altısının görev süresi iki yılın sonunda sona erecektir; ilk seçimden hemen sonra, bu altı üyenin isimleri, bu maddede belirtilen toplantı başkanı tarafından kurayla belirlenecektir.
- e. Eğer bir Komite üyesi ölür veya istifa eder veya başka herhangi bir nedenle Komite görevlerini artık yerine getiremezse, kendisini aday gösteren Taraf Devlet, Taraf Devletlerin çoğunluğunun onayı koşuluyla, görev süresinin geri kalanında çalışması için vatandaşları arasından başka bir uzmanı atayacaktır.
- f. Komite, kendi usul kurallarını belirleyecek ve görevlilerini iki yıllık bir süre için seçecektir. Görevliler yeniden seçilebilirler.
- g. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Komitenin bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki görevlerinin etkili bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli personeli ve olanakları sağlayacaktır. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Komitenin ilk toplantısını yapacaktır. Komite, ilk toplantısından sonra, kendi usul kurallarında belirtilen zamanlarda toplanacaktır.
- h. Genel Kurul'un onayı ile, işbu belge (Hukuken Bağlayıcı Belge) kapsamında kurulan Komitenin üyeleri, Kurulun yerleşik usuller yoluyla karar verebileceği şart ve koşullarda Birleşmiş Milletler kaynaklarından maaş alacaklardır.

2. Taraf Devletler, ilgili Taraf Devlet için (Hukuken Bağlayıcı Belge) yürürlüğe girdikten sonraki bir yıl içinde, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla, Komite'ye bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki taahhütlerini yerine getirmek için aldıkları önlemlere ilişkin raporlar sunacaklardır. Daha sonra Taraf Devletler, her dört yılda bir alınan yeni tedbirlere ilişkin ek raporları ve Komitenin talep edebileceği diğer raporları sunacaklardır.
3. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri raporları tüm Taraf Devletlere iletilecektir.
4. Komite aşağıdaki görevlere sahip olacaktır:
 - a. Taraf Devletlerden ve diğer paydaşlardan alınan raporların ve bilgilerin incelenmesine dayanarak (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) anlaşılmasına ve uygulanmasına ilişkin genel yorumlarda ve normatif tavsiyelerde bulunmak;
 - b. Taraf Devletlerin sunduğu raporlara ilişkin sonuç gözlemlerini ve tavsiyelerini uygun gördüğü şekilde mütalaa etmek ve hazırlamak ve bunları, seçtiği herhangi bir gözlemle Komiteye yanıt verebilecek olan, ilgili Taraf Devlete iletmek. Komite, kendi takdirine bağlı olarak, bu önerileri ve genel tavsiyeleri, Taraf Devletlerin, eğer varsa, yorumlarıyla birlikte Komite raporuna dahil etmeye karar verebilir;
 - c. Taraf Devletlere (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) hükümlerinin uygulanması için gerekli bilgilerin derlenmesinde ve iletilmesinde destek sağlamak;
 - d. Taraf Devletlere ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamındaki faaliyetleri hakkında yıllık bir rapor sunmak;
 - e. [Komite, Genel Kurul'a, onun Genel Sekreterden, işbu belge (Hukuken Bağlayıcı Belge) ile ilgili belirli konular hakkında kendi adına çalışmalar yapmasını talep etmesini tavsiye edebilir].

Taraf Devletler Konferansı

5. Taraf Devletler, (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) amaçlarının gerçekleştirilmesine yönelik gerekli herhangi bir ek gelişme de dahil olmak üzere, onun uygulanmasına ilişkin her türlü konuyu incelemek üzere bir Taraf Devletler Konferansı'nda düzenli olarak toplanacaklardır.
6. Taraf Devletler Konferansı, işbu Belge'nin (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) yürürlüğe girmesinden sonra en geç altı ay içinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından toplanacaktır. Sonraki toplantılar, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından iki yılda bir veya Taraf Devletler Konferansı'nın kararı üzerine yapılacaktır.

Uluslararası Mağdurlar Fonu

7. Taraf Devletler, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) kapsamında olan mağdurlar için hukuki ve mali yardım sağlamak üzere bir Uluslararası Fon oluşturacaklardır. Bu Fon, bu (Hukuken Bağlayıcı Belge) yürürlüğe girdikten en geç (X) yıl sonra oluşturulacaktır. Taraflar Konferansı, Fonun işleyişine yönelik ilgili hükümleri belirleyecek ve kabul edecektir.

Madde 16. Uygulama

1. Taraf Devletler, bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) etkili bir şekilde uygulanmasını temin etmek için uygun gözlem mekanizmalarının kurulması da dahil olmak üzere gerekli tüm yasal, idari veya diğer işlemleri yapacaklardır.
2. Her Taraf Devlet, bunu (Hukuken Bağlayıcı Belge'yi) yürürlüğe koyan kendi kanun ve yönetmeliklerinin ve bu kanun ve yönetmeliklerde sonradan yapılan değişikliklerin kopyalarını veya bunların bir açıklamasını Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne, kamuya açık olacak şekilde, sunacaktır.
3. Çatışmalardan etkilenen bölgelerdeki iş faaliyetleri durumlarında özel dikkat gösterilecektir ve cinsel ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddete özel önem verilerek bu faaliyetlerin ve iş ilişkilerinin insan haklarıyla ilgili risklerinin tespit edilmesi, önlenmesi ve hafifletilmesi için harekete geçilmesi ve yüksek ihlal risklerinin değerlendirilmesi ve ele alınması da buna dahil olacaktır.
4. Bunu (Hukuken Bağlayıcı Belge'yi) uygularken, Taraf Devletler, kadınlar, çocuklar, engelliler, yerli halklar, göçmenler, mülteciler ve ülkesinde yerinden edilmiş kişiler gibi iş faaliyetleri çerçevesinde yüksek insan hakları ihlali riskleriyle karşı karşıya olanlara özel dikkat göstererek iş faaliyetlerinin spesifik etkilerini ele alacaklardır.
5. Bu maddelerin uygulanmasında ve yorumlanmasında, uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk ile uyumlu olması gözetilecek ve istisnasız olarak hiçbir şekilde veya temelde ayrımcılık yapılmayacaktır.

Madde 17. Protokollerle İlişki

1. Bu (Hukuken Bağlayıcı Belge) bir veya birden daha fazla protokol ile tamamlanabilir.
2. Bir Devletin veya bir bölgesel entegrasyon kuruluşunun bir protokole Taraf olabilmesi için, buna da (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye de) Taraf olması gerekir.
3. Buna (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye) Taraf bir Devlet ilgili hükümlere uygun olarak bir protokole Taraf olmadıkça o protokol ile bağlı değildir.

4. Bununla (Hukuken Bağlayıcı Belge ile) ilgili herhangi bir protokol, o protokolün amacı dikkate alınarak bununla (Hukuken Bağlayıcı Belge ile) birlikte yorumlanacaktır.

Madde 18. Uyuşmazlıkların Çözümü

1. İki veya daha fazla Taraf Devlet arasında bunun (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) yorumlanması veya uygulanması konusunda bir uyuşmazlık çıkması halinde, müzakere vasıtasıyla veya uyuşmazlığın tarafları nezdinde kabul edilebilir olan başka herhangi bir uyuşmazlık çözümü vasıtasıyla çözüm yolu arayacaklardır.
2. Bunu (Hukuken Bağlayıcı Belge'yi) imzalarken, onaylarken, kabul ederken, uygun bulurken veya buna (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye) katılırken veya daha sonraki herhangi bir zamanda, bir Taraf Devlet bu maddenin 1. fıkrası uyarınca çözülmeyen bir uyuşmazlık için, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir Taraf Devlet ile ilgili olarak aşağıdaki uyuşmazlık çözüm yollarından birini veya her ikisini zorunlu olarak kabul ettiğini depo makamına yazılı olarak beyan edebilir:
 - a. Uyuşmazlığın Uluslararası Adalet Divanı'na sunulması;
 - b. Her iki Taraf Devlet tarafından karşılıklı olarak mutabık kalınan usul ve teşekkül uyarınca hakeme gidilmesi.
3. Uyuşmazlığa Taraf Devletler, bu maddenin 2. fıkrasında belirtilen uyuşmazlık çözüm yollarının her ikisini de kabul etmişlerse, Taraf Devletler aksini kabul etmedikçe, uyuşmazlık yalnızca Uluslararası Adalet Divanı'na sunulabilir.

Madde 19. İmzalama, Onaylama, Kabul Etme, Uygun Bulma ve Katılma

1. İşbu belge (Hukuken Bağlayıcı Belge), tüm Devletler ve bölgesel entegrasyon kuruluşları için New York'ta Birleşmiş Milletler Genel Merkezi'nde (tarihi) itibariyle imzaya açık olacaktır.
2. İşbu belge (Hukuken Bağlayıcı Belge), imzalayan Devletlerin onayına, kabulüne veya uygun bulmasına ve imzalayan bölgesel entegrasyon kuruluşlarının resmi teyidine tabi olacaktır. İşbu belge (Hukuken Bağlayıcı Belge), onu imzalamamış olan herhangi bir Devletin veya bölgesel entegrasyon kuruluşunun katılımına açık olacaktır.
3. Bu (Hukuken Bağlayıcı Belge), bölgesel entegrasyon kuruluşları için yetkilerinin sınırları dahilinde uygulanacaktır; sonrasında bölgesel entegrasyon kuruluşları yetkilerinin kapsamındaki herhangi bir önemli değişikliği depo makamına

bildireceklerdir. Bu kuruluşlar, Taraf Devletler Konferansı'nda, buna (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye) Taraf olan üye devletlerinin sayısına eşit sayıda oy ile oy haklarını kullanabilirler. Bu oy hakkı, üye Devletlerinden herhangi birisi hakkını kullanırsa kullanılmayacaktır ve bunun aksi durumu da geçerli olacaktır.

Madde 20. Yürürlüğe Giriş

1. İşbu belge (Hukuken Bağlayıcı Belge), [---] onay veya katılma belgesinin tevdi edilmesini izleyen, otuzuncu gün yürürlüğe girecektir.
2. [---] mezkûr belgenin tevdi edilmesinden sonra, (Hukuken Bağlayıcı Belge'yi) onaylayan, resmen teyit eden veya (Hukuken Bağlayıcı Belge'ye) katılan her Devlet veya bölgesel entegrasyon kuruluşu için (Hukuken Bağlayıcı Belge) kendi mezkûr belgesinin tevdi edilmesinden otuz gün sonra yürürlüğe girecektir.

Madde 21. Değişiklikler

1. Herhangi bir Taraf Devlet, işbu belge (Hukuken Bağlayıcı Belge) için bir değişiklik önerebilir ve bunu Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne sunabilir. Genel Sekreter önerilen değişiklikleri, önerileri incelemek ve karara bağlamak amacıyla bir Taraf Devletler konferansını tercih edip etmediklerini bildirmeleri talebi ile birlikte Taraf Devletlere iletacaktır. Bu iletimin tarihinden itibaren dört ay içinde, Taraf Devletlerin en az üçte birinin böyle bir konferansı tercih etmesi durumunda, Genel Sekreter, konferansı Birleşmiş Milletler himayesinde toplayacaktır. Taraflar Konferansı'nda mevcut ve oy veren Taraf Devletlerin üçte ikisinin çoğunluğu ile kabul edilen herhangi bir değişiklik Genel Sekreter tarafından kabul için tüm Taraf Devletlere sunulacaktır.
2. Bu madde uyarınca kabul edilen ve uygun bulunan bir değişiklik, tevdi edilen kabul belgelerinin sayısının, değişikliğin kabul edildiği tarihteki Taraf Devletlerin sayısının üçte ikisine ulaşmasını izleyen otuzuncu gün yürürlüğe girecektir. Sonrasında, değişiklik herhangi bir Taraf Devlet için kendi kabul belgesini tevdi etmesini izleyen otuzuncu gün yürürlüğe girecektir. Bir değişiklik, yalnızca onu kabul eden Taraf Devletler için bağlayıcı olacaktır.
3. Taraf Devletler Konferansı tarafından oybirliği ile karar verildiği takdirde, bu madde uyarınca kabul edilen ve uygun bulunan ve münhasıran Komitenin kurulması veya işlevleriyle ve Taraf Devletler Konferansı ile ilgili olan bir değişiklik, tevdi edilen kabul belgelerinin sayısının, değişikliğin kabul edildiği tarihteki Taraf Devletlerin sayısının üçte ikisine ulaşmasını izleyen otuzuncu gün tüm Taraf Devletler için yürürlüğe girecektir.

Madde 22. Çekinceler

1. İşbu belgenin (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) konusuna ve amacına uygun olmayan çekincelere izin verilmeyecektir.
2. Çekinceler herhangi bir zamanda geri alınabilir.

Madde 23. Fesih

Bir Taraf Devlet, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne yazılı bildirimde bulunarak işbu belgeyi (Hukuken Bağlayıcı Belge'yi) feshedebilir. Fesih, bildirimden Genel Sekreter tarafından alındığı tarihi izleyen bir yıl sonra yürürlüğe girecektir.

Madde 24. Depo Makamı ve Diller

1. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, işbu belgenin (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) depo makamı olacaktır.
2. İşbu belgenin (Hukuken Bağlayıcı Belge'nin) Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca metinleri eşit derecede geçerli olacaktır.

Yukarıdaki hususları tasdiklen, aşağıda imzası bulunan ve Hükümetleri tarafından tam yetkili kılınmış temsilciler, işbu belgeyi (Hukuken Bağlayıcı Belge'yi) imzalamışlardır.

Taslağa İlişkin Genel Bir Yorum

Küreselleşme ve neoliberal politikalar ile birlikte güçlenen şirketler dünyada pek çok insan hakları ihlaline yol açmakla suçlanmaktadır. İşçi hakları ihlalleri, çocuk işçiliği, çevrenin kirletilmesi, zararlı kimyasal ürünlerin üretilmesi gibi iş dünyasının pay sahibi olabildiği olumsuz durumlar farklı insan hakları ihlallerine sebebiyet verebilmektedir. İnsan hakları hukukuna göre yegâne yükümlü devlettir ve devletlerin bireyleri, insan hakları hukukunun yatay etkisi gereğince, diğer bireylerden gelebilecek ihlallere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.¹ Ancak özellikle hem ekonomik hem de siyasi açıdan güçlü olan çok uluslu şirketlerin sebebiyet verdiği ihlaller karşısında devletlerin bireyleri iş faaliyetleri kapsamındaki ihlallere karşı korumada yetersiz kaldığı görülmüştür. Dolayısıyla iş dünyasına da insan haklarına ilişkin yükümlülükler tanınması ve devletlerin bireyler için iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine karşı daha etkili bir koruma sağlaması gereklilikleri vurgulanmaya başlanmıştır. Bu sorunsal dünyada iş dünyası ve insan hakları başlığı altında çalışılmaktadır ve bu alanda sürekli güncel gelişmelerin yaşandığı görülmektedir. Terim olarak “iş dünyası ve insan haklarının” (*business and human rights*) kullanılmaya başlanması nispeten yenidir ancak 1970'li yıllardan itibaren bu alanın kökleşmeye başladığı görülmektedir.²

1 Oya Boyar, 'Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki' in Sibel Inceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Beta 2013) 56-61.

2 Surya Deva, 'From 'Business or Human Rights' to 'Business and Human Rights': What Next?' in Surya Deva and David Birchall (eds), *Research Handbook on Human Rights and Business* (Edward Elgar Publishing 2020) 3.

İş dünyası ve insan hakları alanında, iş dünyasına insan hakları, çevrenin korunması, işçi hakları ve yolsuzlukla mücadele gibi konularda çeşitli yükümlülükler getiren yumuşak hukuk belgeleri bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Küresel Kompaktı, Uluslararası Çalışma Örgütü Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikaya İlişkin İlkeler Üç Taraflı Bildirgesi, OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeler; bu belgeler arasındadır. Ayrıca bu bağlamda BM nezdinde hazırlanan 2011 tarihli, “İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler Birleşmiş Milletler “Koruma, Saygı Gösterme ve Çözüm Üretme” Çerçevesinin Uygulanması” belgesine özellikle değinilmelidir. BM Rehber İlkeleri; koruma, saygı gösterme ve çözüm üretme unsurları üzerine kuruludur.³ Bu belgede, devletlerin bireyleri iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine karşı koruma görevi, şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu ve hem devletler hem de şirketler için etkili çözüm yollarına erişimi temin etmeleri gerekliliği düzenlenmiştir. Şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu unsuru kapsamında düzenlenen insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü (*due diligence*) kavramının üzerinde durulması gerekmektedir. Buna göre şirketler, insan hakları üzerindeki olumsuz etkilerini tespit etmek, önlemek, azaltmak ve bu ihlalleri nasıl ele aldığını açıklamak öğeleriyle şekillenen, insan haklarına ilişkin bir özen yükümlülüğüne sahiptir.⁴ Dolayısıyla insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü bir süreci ifade etmektedir ve bu süreç mevcut ve potansiyel insan hakları ihlallerinin etkilerini değerlendirmeyi, bulguları bütünleştirmeyi ve bunlara göre hareket etmeyi, sonuçları izlemeyi ve etkilerin nasıl ele alındığını duyurmayı içermelidir.⁵ Belgede ilgili maddelerde insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğünün temel bileşenlerine dair detaylı açıklamalara da yer verilmiştir.⁶

Ancak ilgili yumuşak hukuk metinlerinin iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini önlemede etkili olamadığı görülmektedir. BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına İlişkin Çalışma Grubu’nun, 2018 tarihli raporunda, dünya çapındaki ticari teşebbüslerin çoğunluğunun, insan haklarına saygı göstermeleri kapsamında yerine getirmeleri gereken insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğünden habersiz veya bunu uygulamak konusunda yetersiz veya isteksiz olduğu belirtilmiştir.⁷

Bu bağlamda, Ekvador ve Güney Afrika’nın önerisi üzerine, 26 Haziran 2014 tarihinde BM İnsan Hakları Konseyi, hükümetler arası bir çalışma grubu kurmuştur.⁸ Bu çalışma grubunun amacı, uluslararası insan hakları hukukunda, ulusötesi şirketlerin

3 United Nations (2011) UN Guiding Principles on Business and Human Rights Implementing the United Nations: “Protect, Respect and Remedy” Framework, HR/PUB/11/04.

4 ibid art 17.

5 ibid art 17.

6 ibid art 18-21.

7 UNGA, ‘The Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises’ (2018) A/73/163, para 92.

8 Nadia Bernaz, ‘Conceptualizing Corporate Accountability in International Law: Models for a Business and Human Rights Treaty’ (2021) 22(1) Human Rights Review 45, 45.

ve diğer ticari teşebbüslerin faaliyetlerini düzenlemek üzere hukuken bağlayıcı bir belge hazırlamaktır.⁹ Hükümetler arası çalışma grubu ilk oturumunu 2015 yılında, altıncı oturumunu ise 2020 yılı Ekim ayında yapmıştır.¹⁰ Bu süre zarfında hukuken bağlayıcı belgeye ilişkin dört adet taslak metin yayımlanmıştır. İlk belge 2017 yılında yayımlanmış ve ulusötesi şirketlerin ve diğer ticari teşebbüslerin insan haklarına saygı göstermesi ile ilgili hukuken bağlayıcı belgenin taslağına yönelik unsurları içermektedir.¹¹ Daha sonra 2018 yılında sıfır taslak (*zero draft*)¹², 2019 yılında gözden geçirilmiş taslak (*revised draft*)¹³ ve 2020 yılında ise ikinci kez gözden geçirilmiş taslak (*second revised draft*)¹⁴ yayımlanmıştır.

İş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı andlaşma hazırlığı, bu andlaşmanın uygunluğu, zamanlaması ve iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri mağdurları için gerçekten pozitif bir gelişme teşkil edip etmediği hususlarında tartışmalara yol açmıştır.¹⁵ Ancak yumuşak hukuk metninin iş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlallerini önlemede etkisiz ve yetersiz kaldığı olgusu göz önüne alındığında, bağlayıcı bir andlaşma hazırlığının bu çerçevede olumlu bir gelişme olduğu söylenebilir.¹⁶ Surya Deva'nın ifadesiyle, andlaşmaya dair yayınlanan sıfır taslak bu amaç çerçevesinde doğru yolda olmasına rağmen hazır değildi, gözden geçirilmiş taslak metinde ise bazı ilerlemeler kaydedilmişti.¹⁷ İkinci kez gözden geçirilmiş taslak metin, bu andlaşmaya dair hazırlıklar devam etmekle birlikte, müzakereye hazırdır, ancak devletlerin böyle bir andlaşmayı imzalamak konusunda hazır olup olmadığını zaman gösterecektir.¹⁸

9 UNGA, Human Rights Council, 'Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights' (2014) A/HRC/RES/26/9, para.1

10 Hükümetler arası çalışma grubunun faaliyetleri ile ilgili olarak şu web sitesi incelenebilir: 'Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights' (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>> Erişim Tarihi 07.03.2021.

11 Open-ended Intergovernmental Working Group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Elements for a Draft Legally Binding Instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (2017) Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/RES/26/9 <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf> Erişim Tarihi 07.03.2021.

12 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Zero Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2018) <<https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>> Erişim Tarihi 07.03.2021.

13 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2019) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf> Erişim Tarihi 07.03.2021.

14 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Second Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2020) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf> Erişim Tarihi 24.03.2021.

15 Bernaz (n 8) 46.

16 Bettül Karagedik, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğü* (Galatasaray Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020) 23 <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 07.03.2021.

17 Surya Deva, 'BHR Symposium: The Business and Human Rights Treaty in 2020—The Draft is "Negotiation-Ready", but are States Ready?' (*OpinioJuris*, 08.09.2020) <<http://opiniojuris.org/2020/09/08/bhr-symposium-the-business-and-human-rights-treaty-in-2020-the-draft-is-negotiation-ready-but-are-states-ready/>> Erişim Tarihi 07.03.2021.

18 ibid.

İş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı bir andlaşma ile sanki iş dünyası için doğrudan ve bağlayıcı nitelikte insan hakları yükümlülükleri tesis edileceği düşünülebilir. Ancak yayınlanan andlaşma taslaklarında böyle bir yaklaşım benimsenmemiştir. İkinci kez gözden geçirilmiş taslak metnin önsözünde, “*İnsan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterme ve bunları koruma, gerçekleştirme ve geliştirmeye dair birincil yükümlülüğün Devlete ait olduğu*” vurgulanmıştır. Metinde iş dünyasına doğrudan yükümlülükler tanınmak yerine, devletlerin iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine karşı bireyleri korumasına yönelik yükümlülüğünün altı çizilmiştir. Bu yüzden belge, iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı bir andlaşma ile şirketlere doğrudan insan hakları yükümlülükleri getirileceğini düşünenler nezdinde bir hayal kırıklığı yaratmıştır.¹⁹ Dolayısıyla yayınlanan andlaşma taslaklarından hareket edildiğinde, bu andlaşma hazırlığının iş dünyası için doğrudan insan hakları yükümlülükleri düzenlenmesi gibi radikal bir gelişme ile sonuçlanmayacağını öngörmek mümkündür.²⁰

İkinci kez gözden geçirilmiş taslak metin 24 maddeden ve kapsamlı bir önsözden oluşmaktadır. Metnin ilk bölümü “tanımlar”, “amaç” ve “kapsam” başlıklarından oluşmaktadır. Metinde, hukuken bağlayıcı belgenin amacı olarak devletlerin iş faaliyetleri kapsamındaki insan haklarına ilişkin yükümlülüklerinin yanı sıra ticari teşebbüslerin de bu konudaki sorumluluklarının etkili bir şekilde uygulanmasını açıklığa kavuşturmak ve kolaylaştırmak, iş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlallerini önlemek, mağdurlar için etkili çözüm yoluna erişimi temin etmek ve bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için karşılıklı hukuki yardımı ve uluslararası adli iş birliğini güçlendirmek sayılmıştır. Metinde, kapsam başlığı altında, önemli bir vurgu olarak, hukuken bağlayıcı belgenin, ulusötesi şirketler ve ulusötesi niteliği haiz iş faaliyetleri yürüten diğer ticari teşebbüslerle birlikte tüm ticari teşebbüsler için geçerli olacağı ifade edilmiştir.

Metnin ikinci bölümünde iş faaliyetleri kapsamındaki insan hakları ihlalleri mağdurlarının haklarına ve onların korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Metnin “önleme” başlıklı altıncı maddesinde, devletlerin ulusötesi niteliği haiz olanlar dahil olmak üzere, kendi topraklarında veya yargı yetkilerinde faaliyet gösteren tüm ticari teşebbüslerin faaliyetlerini, insan haklarına saygı göstermesini temin etmek üzere etkili bir şekilde düzenlemesi gerekliliği belirtilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda devletlerin, ticari teşebbüslerin büyüklüğü, insan hakları üzerinde ciddi etkiler doğurma riskleri ve faaliyetlerinin mahiyeti ve bağlamı ile orantılı olarak insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğünü üstlenmelerini zorunlu kılmaları düzenlenmiştir. Bu maddede devamında insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü (*due diligence*) detaylıca açıklanmış ve kadınlar, çocuklar, engelliler, yerli halklar, göçmenler, mülteciler,

19 Markus Krajewski, ‘A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application’ (2020) 5(1) Business and Human Rights Journal 105, 111.

20 ibid 112.

ülkesinde yerinden edilmiş kişiler ve işgal veya çatışma bölgelerinde korunan nüfuslar gibi iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri riskiyle yüksek olarak karşı karşıya olanlara özel ilgi gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Altıncı maddenin altıncı fıkrasında ise madde kapsamında öngörülen insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğüne dair görevlere uyulmamasının orantılı yaptırımlarla sonuçlanacağına işaret edilmiştir.

Metnin çözüm yoluna erişim başlıklı yedinci maddesinde, taraf devletlerin, mağdurların uygun, zamanında ve etkili çözüm yoluna erişimini sağlamak için hukuken bağlayıcı belge uyarınca gerekli yargı yetkisine sahip olan mahkemelerini ve devlet-temelli yargısal-olmayan mekanizmalarını kurmaları gerektiği düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında beşinci fıkra özellikle önemlidir. Zira bu hüküm ile taraf devletler için uygun olmayan yargı yeri doktrininin (*forum non conveniens*) mahkemelerce mağdurlar tarafından başlatılan meşru adli işlemleri reddetmek için kullanılmamasını temin etmeleri zorunlu kılınmıştır. Uygun olmayan yargı yeri doktrini, ulusötesi şirketlerin sebebiyet verdiği insan hakları ihlalleri hakkında onların kendi devletlerinin (*home state*) mahkemelerine gidildiğinde karşımıza çıkabilmektedir.²¹ Bu mahkemeler, ihlal başka bir ülkede meydana geldiği için ilgili doktrine dayanarak huzurlarındaki dava üzerinde yargı yetkilerinin olmadığına karar verebilmektedirler.²² Yani Joseph Stiglitz'in ifadesiyle, ulusötesi şirketler onların sınır aşan faaliyetlerini avantaja dönüştürebilmektedir ve tıpkı eski kovboy filmlerinde olduğu gibi şerif haydutunu ancak kasaba sınırına kadar kovalayabilmekte ve haydut sınırı geçince artık güvende olduğunu bilmektedir.²³

Yasal sorumluluk başlıklı sekizinci maddede taraf devletler için iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri hakkında ulusal hukuklarında kapsamlı ve uygun bir yasal sorumluluk sistemi düzenlemeleri zorunlu kılınmıştır. Yargı yetkisi (*Adjudicative Jurisdiction*) başlıklı dokuzuncu maddede iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri mağdurları lehine önemli düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Zira iş faaliyetleri kapsamında insan hakları ihlaline sebebiyet verdiği iddia edilen tüzel kişiler veya gerçek kişiler hakkında yargılama yapabilecek olan birden fazla yetkili mahkeme tanınmıştır. Buna göre mağdurlar, ihlalin meydana geldiği, ihlale sebep olan fiilin veya ihmalin işlendiği yahut bu ihlale sebebiyet verdiği iddia edilen tüzel kişilerin veya gerçek kişilerin ikamet ettiği devletin mahkemelerine gidebilirler. Hatta maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında kapsam daha da genişletilmiştir. Buna göre ihlale sebebiyet verdiği iddia edilen tüzel kişilerin veya gerçek kişilerin ikamet etmediği

21 Maysa Zorob, 'Victims' Rights under the Second Revised Draft Treaty on Business & Human Rights' (*Business & Human Rights Resource Centre*, 10 Sep 2020) <<https://www.business-humanrights.org/en/blog/victims-rights-under-the-second-revised-draft-treaty-on-business-human-rights/>> Erişim Tarihi 10.03.2021.

22 ibid.

23 Joseph E. Stiglitz, 'Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities' (2007) 23(3) *American University International Law Review* 451, 480.

devletin mahkemelerinin dahi belirli koşullar gerçekleştiğinde mağdurların açtığı davalar üzerinde yargı yetkisine sahip olacakları belirtilmiştir.

Takip eden hükümlerde zanaşımı, uygulanacak hukuk, karşılıklı hukuki yardım ve uluslararası adli iş birliğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Uluslararası hukuk ilkeleri ve uluslararası hukuk belgeleri ile uyumluluk başlıklı on dördüncü maddenin beşinci fıkrasına özellikle değinilmelidir. Zira bu fıkrada, devletlerin taraf olduğu mevcut ticaret ve yatırım anlaşmalarının, onların bu yeni hukuken bağlayıcı belgeden veya diğer insan hakları andlaşmalarından doğan insan haklarına ilişkin yükümlülüklerine uygun olarak yorumlanması ve uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca devletlerin yeni imzalayacakları ticaret ve yatırım anlaşmalarının da onların insan hakları yükümlülükleri ile uyumlu olması lüzumuna dikkat çekilmiştir. Metinde üçüncü bölümde ise “kurumsal düzenlemeler”, “uygulama”, “protokollerle ilişki”, “uyuşmazlıkların çözümü”, “imzalama, onaylama, kabul etme, uygun bulma ve katılma”, “yürürlüğe giriş”, “değişiklikler”, “çekinceler”, “fesih” ve son olarak “depo makamı ve diller” başlıkları altında düzenlemelere yer verilmiştir.

İş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı andlaşmaya dair hazırlık süreci halen devam etmektedir. İkinci kez gözden geçirilmiş taslak metinde de halen eksiklikler olduğu ve metnin çeşitli yerlerinde düzeltmelere ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir.²⁴ Bu bağlamda, andlaşmanın nihai içeriğini, ne zaman yürürlüğe gireceğini ve hangi devletler tarafından imzalanacağını zaman gösterecektir.

Bibliyografya/Bibliography

- Bernaz N, ‘Conceptualizing Corporate Accountability in International Law: Models for a Business and Human Rights Treaty’ (2021) 22(1) Human Rights Review 45-64.
- Boyar O, ‘Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki’ in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Beta 2013).
- Deva S, ‘From ‘Business or Human Rights’ to ‘Business and Human Rights’: What Next?’ in Surya Deva and David Birchall (eds), *Research Handbook on Human Rights and Business* (Edward Elgar Publishing 2020).
- Deva S, ‘BHR Symposium: The Business and Human Rights Treaty in 2020–The Draft is “Negotiation-Ready”, but are States Ready?’ (*OpinioJuris*, 08.09.2020) <<http://opiniojuris.org/2020/09/08/bhr-symposium-the-business-and-human-rights-treaty-in-2020-the-draft-is-negotiation-ready-but-are-states-ready/>> Erişim tarihi 07.03.2021.
- Karagedik B, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğü* (Galatasaray Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 07.03.2021.

24 ‘The African Coalition for Corporate Accountability’s written submission on the Second Draft Treaty’ (*African Coalition for Corporate Accountability*, 4 November 2020) <<https://www.accahumanrights.org/en/news/301-second-draft-treaty-on-business-and-human-rights>> Erişim Tarihi 10.03.2021.

- Krajewski M, 'A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application' (2020) 5(1) Business and Human Rights Journal 105-129.
- "Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights" (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>> Erişim Tarihi 07.03.2021.
- Open-ended Intergovernmental Working Group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Elements for a Draft Legally Binding Instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (2017) Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/ RES/26/9 <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf> Erişim Tarihi 07.03.2021.
- Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect human rights, Zero Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2018) <<https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>> Erişim Tarihi 07.03.2021.
- Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect human rights, Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2019) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf> Erişim Tarihi 07.03.2021.
- Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect human rights, Second Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2020) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf> Erişim Tarihi 24.03.2021.
- Stiglitz J E, 'Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities' (2007) 23(3) American University International Law Review 451-558.
- 'The African Coalition for Corporate Accountability's written submission on the Second Draft Treaty' (*African Coalition for Corporate Accountability*, 4 November 2020) <<https://www.accahumanrights.org/en/news/301-second-draft-treaty-on-business-and-human-rights>> Erişim Tarihi 10.03.2021.
- United Nations (2011) UN Guiding Principles on Business and Human Rights Implementing the United Nations: "Protect, Respect and Remedy" Framework, HR/PUB/11/04.
- UNGA, Human Rights Council, 'Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights' (2014) A/HRC/RES/26/9.
- UNGA, 'The Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises' (2018) A/73/163.
- Zorob M, 'Victims' Rights under the Second Revised Draft Treaty on Business & Human Rights' (*Business & Human Rights Resource Centre*, 10 Sep 2020) <<https://www.business-humanrights.org/en/blog/victims-rights-under-the-second-revised-draft-treaty-on-business-human-rights/>> Erişim Tarihi 10.03.2021.

AMAÇ VE KAPSAM

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 1981 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL), uluslararası akademik bir dergidir. *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'a gönderilen makaleler çift-kör hakemlik sistemi kullanılarak değerlendirilmektedir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki sayı hâlinde yayınlanan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'da yayımlanması istenen bilimsel çalışmaların Haziran sayısı için en geç 30 Mart tarihine kadar, Aralık sayısı için ise en geç 31 Eylül tarihine kadar gönderilmesi gerekmektedir.

Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'da, milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarının farklı boyutlarını adalet ve hukuk temellerinde ele alan disiplinler veya disiplinlerarası özgün çalışmalar yayımlanmaktadır. Böylelikle dergimiz milletlerarası hukuk, milletlerarası münasebetler ve milletlerarası özel hukuk konularına giren meseleleri yakından takip ederek ve ilgili çalışmaları yayımlayarak bu konularda faaliyet gösteren kişilere yardımcı olmayı hedeflemektedir.

Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'da milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarında yazılmış özgün makalelerin yanı sıra, bu alanlarda yayımlanmış olan kitaplara dair incelemeler ve ilgili yargı kararlarına dair değerlendirmelere de yer verilmektedir.

(a) Milletlerarası Hukuk:

1. Milletlerarası Hukuk (Tarihçesi, felsefesi, teorileri, kaynakları, kişileri, milli hukukla ilişkileri vs.)
2. Milletlerarası Hukuk Kişiliği ve Tanıma (Devletler, Hükümetler)
3. Ülkesel Egemenlik ve Devletin Yetkisi
4. Milletlerarası Hukukta İşlemler: Tek taraflı işlemler ve Andlaşmalar Hukuku
5. Milletlerarası Barış ve Güvenlik Hukuku ve Kuvvet Kullanma Yasağı
6. Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku
7. Milletlerarası Çevre Hukuku
8. İnsancıl Hukuk (Silahlı çatışmalar hukuku)
9. Milletlerarası Teşkilatlar Hukuku
10. Milletlerarası Deniz Hukuku
11. Milletlerarası Ekonomi Hukuku
12. Devletin Hukukî Sorumluluğu
13. Milletlerarası Ceza Hukuku
14. Milletlerarası Mülteci Hukuku
15. Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözümü (Diplomatik, Yargısal)
16. Milletlerarası Hava ve Uzay Hukuku
17. Milletlerarası Sınırşan Sular ve Akifer Hukuku

(b) Milletlerarası Özel Hukuk:

1. Milletlerarası Özel Hukukun Genel Prensipleri
2. Milletlerarası Usul Hukuku
3. Milletlerarası Adli Yardım
4. Kanunlar İhtilafı Kuralları
5. Milletlerarası Yatırım Hukuku
6. Yabancılar Hukuku (Yabancıların Sosyal Hakları, Mülkiyet Hakkı, Eğitim Hakkı vb.)
7. Türk Vatandaşlık Hukuku
8. Yerel Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi
9. Yabancı Mahkeme ile Yabancı Tahkim Mahkemesi Kararlarının Tanınması ve Tenfizi
10. Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukuku
11. Milletlerarası Özel veya Usul Hukukuna İlişkin Sözleşmeler Hukuku
12. Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri
13. Milletlerarası Ticari Tahkim
14. Göç Hukuku

EDİTORYAL POLİTİKALAR VE HAKEM SÜRECİ

Yayın Politikası

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin içeriği derginin amaç ve kapsamı ile uyumlu olmalıdır. Dergi, orijinal araştırma niteliğindeki yazıları yayınlamaya öncelik vermektedir.

Genel İlkeler

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirilmediği ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

Ön değerlendirmeyi geçen yazılar iThenticate intihal tarama programından geçirilir. İntihal incelemesinden sonra, uygun makaleler Editör tarafından orijinaliteleri, metodolojileri, makalede ele alınan konunun önemi ve derginin kapsamına uygunluğu açısından değerlendirilir.

Bilimsel toplantılarda sunulan özet bildiriler, makalede belirtilmesi koşulu ile kaynak olarak kabul edilir. Editör, gönderilen makale biçimsel esaslara uygun ise, gelen yazıyı yurtiçinden ve /veya yurtdışından en az iki hakemin değerlendirmesine sunar, hakemler gerek gördüğü takdirde yazıda istenen değişiklikler yazarlar tarafından yapıldıktan sonra yayınlanmasına onay verir.

Makale yayınlanmak üzere Dergiye gönderildikten sonra yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim yazar olarak eklenemez ve yazar sırası değiştirilemez.

Yayına kabul edilmeyen makale, resim ve fotoğraflar yazarlara geri gönderilmez.

Telif Hakkında

Yazarlar Public and Private International Law Bulletin dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)

lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.

Açık Erişim İlkesi

Public and Private International Law Bulletin, tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir.

Public and Private International Law Bulletin makaleleri açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.tr>) olarak lisanslıdır.

İşleme Ücreti

Derginin tüm giderleri İstanbul Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayını ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayın için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

Hakem Süreci

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirilmediği olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir. Gönderilen ve ön kontrolü geçen makaleler iThenticate yazılımı kullanılarak intihal için taranır. İntihal kontrolünden sonra, uygun olan makaleler baş editör tarafından orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi ve dergi kapsamı ile uyumluluğu açısından değerlendirilir. Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar.

Seçilen makaleler en az iki ulusal/uluslararası hakeme değerlendirmeye gönderilir; yayın kararı, hakemlerin talepleri doğrultusunda yazarların gerçekleştirdiği düzenlemelerin ve hakem sürecinin sonrasında baş editör tarafından verilir.

Hakemlerin değerlendirmeleri objektif olmalıdır. Hakem süreci sırasında hakemlerin aşağıdaki hususları dikkate alarak değerlendirmelerini yapmaları beklenir.

- Makale yeni ve önemli bir bilgi içeriyor mu?
- Öz, makalenin içeriğini net ve düzgün bir şekilde tanımlıyor mu?
- Yöntem bütünlüklü ve anlaşılır şekilde tanımlanmış mı?
- Yapılan yorum ve varılan sonuçlar bulgularla kanıtlanıyor mu?
- Alandaki diğer çalışmalara yeterli referans verilmiş mi?
- Dil kalitesi yeterli mi?

Hakemler, gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir.

YAYIN ETİĞİ VE İLKELER

Public and Private International Law Bulletin, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır ve Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayınlanan etik yayıncılık ilkelerini benimser; Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing başlığı altında ifade edilen ilkeler için adres: <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

Gönderilen tüm makaleler orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir makale editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift kör değerlendirmeden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkar edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir.

Araştırma Etiği

Dergi araştırma etiğinde en yüksek standartları gözetir ve aşağıda tanımlanan uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser. Makalelerin etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır.

- Araştırmanın tasarlanması, tasarımın gözden geçirilmesi ve araştırmanın yürütülmesinde, bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkeleri sağlanmalıdır.
- Araştırma ekibi ve katılımcılar, araştırmanın amacı, yöntemleri ve öngörülen olası kullanımları; araştırmaya katılımın gerektirdikleri ve varsa riskleri hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir.
- Araştırma katılımcılarının sağladığı bilgilerin gizliliği ve yanıt verenlerin gizliliği sağlanmalıdır. Araştırma katılımcıların özerkliğini ve saygınlığını koruyacak şekilde tasarlanmalıdır.
- Araştırma katılımcıları gönüllü olarak araştırmada yer almalı, herhangi bir zorlama altında olmamalıdır.
- Katılımcıların zarar görmesinden kaçınılmalıdır. Araştırma, katılımcıları riske sokmayacak şekilde planlanmalıdır.
- Araştırma bağımsızlığıyla ilgili açık ve net olunmalı; çıkar çatışması varsa belirtilmelidir.
- Deneysel çalışmalarda, araştırmaya katılmaya karar veren katılımcıların yazılı bilgilendirilmiş onayı alınmalıdır. Çocukların ve vesayet altındakilerin veya tasdiklenmiş akıl hastalığı bulunanların yasal vasisinin onayı alınmalıdır.
- Çalışma herhangi bir kurum ya da kuruluştaki gerçekleştirilecekse bu kurum ya da kuruluştan çalışma yapılacağına dair onay alınmalıdır.

- İnsan ögesi bulunan çalışmalarda, “yöntem” bölümünde katılımcılardan “bilgilendirilmiş onam” alındığının ve çalışmanın yapıldığı kurumdan etik kurul onayı alındığı belirtilmesi gerekir.

Yazarların Sorumluluğu

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirmede olmadığı konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir.

Gönderilen makalede tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır, bu bağlamda “yazar” yayınlanan bir araştırmanın kavramsallaştırılmasına ve dizaynına, verilerin elde edilmesine, analizine ya da yorumlanmasına belirgin katkı yapan, yazının yazılması ya da bunun içerik açısından eleştirel biçimde gözden geçirilmesinde görev yapan birisi olarak görülür. Yazar olabilmenin diğer koşulları ise, makaledeki çalışmayı planlamak veya icra etmek ve / veya revize etmektir. Fon sağlanması, veri toplanması ya da araştırma grubunun genel süpervizyonu tek başına yazarlık hakkı kazandırmaz. Yazar olarak gösterilen tüm bireyler sayılan tüm ölçütleri karşılamalıdır ve yukarıdaki ölçütleri karşılayan her birey yazar olarak gösterilebilir. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Anlaşması Formu’nda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara örnek olarak ise sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler verilebilir.

Bütün yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkiler, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan etmelidirler. Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Editör ve Hakem Sorumlulukları

Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar. Gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalacağını garanti eder. Baş editör içerik ve yayının toplam kalitesinden sorumludur. Gereğinde hata sayfası yayınlamalı ya da düzeltme yapmalıdır.

Baş editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve Dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermekle yükümlüdür.

Hakemlerin araştırmayla ilgili, yazarlarla ve/veya araştırmanın finansal destekçileriyle çıkar çatışmaları olmamalıdır. Değerlendirmelerinin sonucunda tarafsız bir yargıya varmalıdırlar.

Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilginin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

YAZILARIN HAZIRLANMASI

Dil

Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir. Türkçe dilinde başvuru yapan makalelerde İngilizce öz, anahtar kelime ve genişletmiş özet yer almalıdır. İngilizce dilince başvuru yapan makalelerde genişletilmiş özete ihtiyaç duyulmamaktadır.

Yazıların Hazırlanması ve Gönderimi

Aksi belirtilmedikçe gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılacaktır. Makale gönderimi online olarak ve <http://ppil.istanbul.edu.tr> üzerinden yapılmalıdır. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ifade eden, makale türünü belirten ve makaleyle ilgili bilgileri içeren (bkz: Son Kontrol Listesi) bir mektup; yazının elektronik formunu içeren Microsoft Word 2003 ve üzerindeki versiyonları ile yazılmış elektronik dosya ve tüm yazarların imzaladığı Telif Hakkı Anlaşması Formu eklenerek gönderilmelidir.

1. Çalışmalar, A4 boyutundaki kağıdın bir yüzüne, üst, alt, sağ ve sol taraftan 2,5 cm. boşluk bırakılarak, 12 punto Times New Roman harf karakterleriyle ve 1,5 satır aralık ölçüsü ile hazırlanmalıdır.
2. Çalışmalar 4500 - 8500 sözcük arasında olmalı ve sayfa numaraları sayfanın altında ve ortada yer almalıdır.
3. Dergimize gönderilen makalelerde Giriş bölümünden önce 200-250 kelime arasında çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden Türkçe ve İngilizce öz (abstract) ile çalışmanın içeriğini temsil eden 5-15 Türkçe ve İngilizce anahtar kelime yer almalıdır. Türkçe makalelerde, 800-1000 kelime içeren İngilizce genişletilmiş özet (extended summary) yer almalıdır.
4. Çalışmaların başlıca şu unsurları içermesi gerekmektedir: Başlık, Türkçe öz ve anahtar kelimeler; İngilizce başlık, İngilizce öz ve anahtar kelimeler; Türkçe makalelerde yazar tarafından ileri sürülen görüşleri ve varılan sonuçları kapsayacak mahiyette 800-1000 kelime genişletilmiş özet, ana metin bölümleri, son notlar ve kaynaklar.
5. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4 stili hakkında bilgi için; <http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/content/yazarlara-bilgi/kaynaklar> sayfasını ziyaret edebilir veya Yazarlara Bilgi'nin Kaynaklar başlığı altında ilgili açıklama ve örnekleri inceleyebilirsiniz.
6. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4 stili hakkında bilgi için; <http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/content/>

yazarlara-bilgi/kaynaklar sayfasını ziyaret edebilir veya Yazarlara Bilgi'nin Kaynaklar başlığı altında ilgili açıklama ve örnekleri inceleyebilirsiniz.

7. Çalışmalarda tablo, grafik ve şekil gibi göstergeler ancak çalışmanın takip edilebilmesi açısından gereklilik arz ettiği durumlarda, numaralandırılarak, tanımlayıcı bir başlık ile birlikte verilmelidir. Tablolara ait başlık üstte, Şekiller'e ait başlık altta yer almalıdır. Demografik özellikler gibi metin içinde verilebilecek veriler, ayrıca tablolar ile ifade edilmemelidir.
8. Yayınlanmak üzere gönderilen makale ile birlikte yazar bilgilerini içeren kapak sayfası gönderilmelidir. Kapak sayfasında, makalenin başlığı, yazar veya yazarların bağlı oldukları kurum ve unvanları, kendilerine ulaşılabilecek adresler, cep, iş ve faks numaraları ve e-posta adresleri yer almalıdır (bkz. Son Kontrol Listesi).
9. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu yazar/yazarlarına aittir.
10. Yayın kurulu ve hakem raporları doğrultusunda yazarlardan, metin üzerinde bazı düzeltmeler yapmaları istenebilir.
11. Yayınlanmasına karar verilen çalışmaların, yazar/yazarlarının her birine dergi gönderilir.
12. Dergiye gönderilen çalışmalar yayınlansın veya yayınlanmasın geri gönderilmez.

Yazım ve Atıf Kuralları

1. Genel Hususlar

- a) Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- b) Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- c) Atıflarda *supra*, *infra*, *ante*, *id*, *loc cit*, *op cit*, *contra* kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- d) İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- e) Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

2. Öz / Abstract

Makalelerde 200-250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- a) Öz bölümünün altında Türkçe en az 5 en çok 15 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- b) Abstract bölümünün altında İngilizce en az 5 en çok 15 keywords kullanılmalıdır.

4. Extended Summary

Makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği, en az 800 en fazla 1000 kelimedenden oluşacak İngilizce bir extended summary yer almalıdır.

5. Mevzuata Yapılacak Atıf

a) Türk mevzuatına atıf, aşağıdaki örnekte gösterildiği şekilde yapılmalıdır:

Örnek ²Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153

b) Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

6. Kitaplar

Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, *Kitap Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek [Tek yazarlı kitaplar]:

³B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta 2017) 165.

Örnek [Çok yazarlı kitaplar]

⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86ff.

⁸Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 322.

7. Editörlü Kitaplar

Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), *Kitap Adı* (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ⁹Rumeysa Partalçı, 'Türkiye'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Koyduğu Çekincelerin İncelenmesi' in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 5.

8. Makaleler

Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ¹¹Sevin Toluner, 'Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 857, 860.

¹⁴Ayşe Nur Tütüncü, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113, 116.

9. Elektronik Kaynaklar

Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt(Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ¹⁷Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > Erişim Tarihi 27 July 2010.

10. Web Siteleri ve Bloglar

Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (*Web Sitesinin Adı*, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ²¹Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> Erişim Tarihi 19 November 2009

11. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde aşağıdaki örneklerde görüldüğü şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek ⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

...

²⁶Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

²⁷ibid 114-115.

12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek ²⁸Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

³¹Erdem, 'Cinsiyet Farkı' (n 9) 297.

13. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf

a) Türk mahkeme kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek Ankara 3 Sulh Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 1 İdare Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BAM, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BİM, 4558/3543, 11.03.2017.

Danıştay 10 D, 2247/5111, 25.11.2011.

Yargıtay 2 HD, 4558/3543, 11.03.2017.

Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015.

b) Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ilâ 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, ABAD kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek *Omojudi v UK* (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998-VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

14. Kaynakça

Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilmelidir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilmelidir:

Örnek Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th, Beta 2017) 165.

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019).

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Beta 2018).

Tütüncü AN, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113-123.

Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
 - ✓ Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
 - ✓ İstatistik kontrolünün yapıldığı (araştırma makaleleri için)
 - ✓ İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı
 - ✓ Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
 - ✓ Kaynakların OSCOLA 4'e göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış ve telifte bağlı materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Kapak sayfası
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
 - ✓ Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
 - ✓ Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Özetler: 200-250 kelime Türkçe ve 200-250 kelime İngilizce
 - ✓ Anahtar Kelimeler: 3-5 adet Türkçe ve 3-5 adet İngilizce
 - ✓ Makale Türkçe ise, 800-1000 kelime İngilizce genişletilmiş özet (Extended Abstract)
 - ✓ Finansal destek (varsa belirtiniz)
 - ✓ Çıkar çatışması (varsa belirtiniz)
 - ✓ Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - ✓ Kaynaklar
 - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

AIM AND SCOPE

Public and Private International Law Bulletin (PPIL), which is regularly being published by Istanbul University Faculty of Law Research Center of International Law and International Relations since 1981, is an international academic journal. Articles submitted to Public and Private International Law (PPIL) are subject to a double-blind peer-review evaluation system. Public and Private International Law (PPIL) is published twice a year, in June and December. The academic papers requested to be published in Public and Private International Law (PPIL) have to be submitted by the latest April 30th for June issue and October 31st for December issue.

Disciplinary and interdisciplinary academic papers focused on the diverse faces of public and private international law in connection with the basis of justice are being published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL). Therefore, while following public and private international law and international relations issues and publishing related academic papers this journal aims to help academicians studying or making researches in the same field.

Besides academic articles on public international law and private international law, book reviews regarding the same subjects and evaluations of related court decisions are published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL).

Mainly preferred topics of (a) public international law and (b) private international law in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL) are listed below.

(a) Public International Law

1. International Law (in general, i.e., History, Philosophy, Theory, Sources, Subjects of International Law; The Relations of International and National laws)
2. International Law Personality, Recognition of States and Governments
3. Territorial Sovereignty and State Jurisdiction
4. International Transactions: Unilateral Acts and The Law of Treaties
5. International Peace and Security Law and Use of Force
6. International Human Rights Law
7. International Environmental Law
8. International Humanitarian Law (Armed Conflicts Law)
9. International Organizations Law
10. International Law of the Sea
11. International Economic Law
12. State Responsibility
13. International Criminal Law
14. International Refugees Law
15. Peaceful Settlement of International Disputes (Diplomatic and Judicial Means)
16. International Air and Space law
17. Transboundary Waters and Aquifer (groundwaters) Law

(b) Private International Law:

1. General Principles of Private International Law
2. International Procedure Law
3. Conflict of Laws Rules
4. International Investment Law
5. Law on Aliens (i.e., Social Rights, Property Rights, Right to Education)
6. Citizenship Law
7. International Jurisdiction
8. Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements and Foreign Arbitration Awards
9. International Family and Child Law
10. International Contracts Law
11. Alternative Dispute Resolutions
12. International Commercial Arbitration
13. Migration Law

Intersecting topics of these two areas such as immigration and refugee law, investment law are also being subject to interdisciplinary legal reviews.

EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

Publication Policy

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

General Principles

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor hands over the papers matching the formal rules to at least two national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the authors in accordance with the referees' claims. Changing the name of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors. Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

Copyright Notice

Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International license (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) and grant the Publisher non-exclusive commercial right to publish the work. CC BY-NC 4.0 license permits unrestricted, non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Open Access Statement

Public and Private International Law Bulletin is an open access journal which means that all content is freely available without charge to the user or his/her institution. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author.

The articles in Public and Private International Law Bulletin are open access articles licensed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.en/>)

Article Processing Charge

All expenses of the journal are covered by the Istanbul University. Processing and publication are free of charge with the journal. There is no article processing charges or submission fees for any submitted or accepted articles.

Peer Review Process

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by Editor-in-Chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope. Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors and ensures a fair double-blind peer review of the selected manuscripts.

The selected manuscripts are sent to at least two national/international referees for evaluation and publication decision is given by Editor-in-Chief upon modification by the authors in accordance with the referees' claims.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers' judgments must be objective. Reviewers' comments on the following aspects are expected while conducting the review.

- Does the manuscript contain new and significant information?
- Does the abstract clearly and accurately describe the content of the manuscript?
- Is the problem significant and concisely stated?
- Are the methods described comprehensively?
- Are the interpretations and conclusions justified by the results?
- Is adequate references made to other Works in the field?
- Is the language acceptable?

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees is important.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

Public and Private International Law Bulletin is committed to upholding the highest standards of publication ethics and pays regard to Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing published by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), and the World Association of Medical Editors (WAME) on <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

All parties involved in the publishing process (Editors, Reviewers, Authors and Publishers) are expected to agree on the following ethical principles.

All submissions must be original, unpublished (including as full text in conference proceedings), and not under the review of any other publication synchronously. Each manuscript is reviewed by one of the editors and at least two referees under double-blind peer review process. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are unethical behaviors.

All manuscripts not in accordance with the accepted ethical standards will be removed from the publication. This also contains any possible malpractice discovered after the publication. In accordance with the code of conduct we will report any cases of suspected plagiarism or duplicate publishing.

Research Ethics

The journal adheres to the highest standards in research ethics and follows the principles of international research ethics as defined below. The authors are responsible for the compliance of the manuscripts with the ethical rules.

- Principles of integrity, quality and transparency should be sustained in designing the research, reviewing the design and conducting the research.
- The research team and participants should be fully informed about the aim, methods, possible uses and requirements of the research and risks of participation in research.
- The confidentiality of the information provided by the research participants and the confidentiality of the respondents should be ensured. The research should be designed to protect the autonomy and dignity of the participants.
- Research participants should participate in the research voluntarily, not under any coercion.
- Any possible harm to participants must be avoided. The research should be planned in such a way that the participants are not at risk.

- The independence of research must be clear; and any conflict of interest or must be disclosed.
- In experimental studies with human subjects, written informed consent of the participants who decide to participate in the research must be obtained. In the case of children and those under wardship or with confirmed insanity, legal custodian's assent must be obtained.
- If the study is to be carried out in any institution or organization, approval must be obtained from this institution or organization.
- In studies with human subject, it must be noted in the method's section of the manuscript that the informed consent of the participants and ethics committee approval from the institution where the study has been conducted have been obtained.

Author Responsibilities

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. And authors must ensure that submitted work is original. They must certify that the manuscript has not previously been published elsewhere or is not currently being considered for publication elsewhere, in any language. Applicable copyright laws and conventions must be followed. Copyright material (e.g. tables, figures or extensive quotations) must be reproduced only with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

All the authors of a submitted manuscript must have direct scientific and academic contribution to the manuscript. The author(s) of the original research articles is defined as a person who is significantly involved in "conceptualization and design of the study", "collecting the data", "analyzing the data", "writing the manuscript", "reviewing the manuscript with a critical perspective" and "planning/ conducting the study of the manuscript and/or revising it". Fund raising, data collection or supervision of the research group are not sufficient roles to be accepted as an author. The author(s) must meet all these criteria described above. The order of names in the author list of an article must be a co-decision and it must be indicated in the Copyright Agreement Form. The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study must take place in the acknowledgement section. Individuals providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support are examples to be indicated in acknowledgement section.

All authors must disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor to provide retractions or corrections of mistakes.

Responsibility for the Editor and Reviewers

Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors. He/ She provides a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication and ensures that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

INFORMATION FOR AUTHORS

Editor-in-Chief is responsible for the contents and overall quality of the publication. He/She must publish errata pages or make corrections when needed.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers. Only he has the full authority to assign a reviewer and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers must have no conflict of interest with respect to the research, the authors and/or the research funders. Their judgments must be objective.

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees must be ensured. In particular situations, the editor may share the review of one reviewer with other reviewers to clarify a particular point.

MANUSCRIPT ORGANIZATION

Language

Articles in Turkish and English are published. Submitted Turkish article must include an English abstract, keywords; Extended summary of 800-1000 words to cover the opinions and conclusions put forward by the author in Turkish articles.

Manuscript Organization and Format

All correspondence will be sent to the first-named author unless otherwise specified. Manuscript is to be submitted online via <http://ppil.istanbul.edu.tr/en/> and it must be accompanied by a cover letter indicating that the manuscript is intended for publication, specifying the article category (i.e. research article, review etc.) and including information about the manuscript (see the Submission Checklist). Manuscripts should be prepared in Microsoft Word 2003 and upper versions. In addition, Copyright Transfer Form that has to be signed by all authors must be submitted.

1. The manuscripts should be in A4 paper standards: having 2.5 cm margins from right, left, bottom and top, Times New Roman font style in 12 font size, line spacing of 1.5 and “justify align” format. For indented paragraph, tab key should be used. One line spacing should be used for the tables and figures, which are included in the text.
2. The title of the text should be centered on the page, in lower-case letter, bold, Times New Roman font and 14 font size.
3. Information about the author is to be written on the left part of the page skipping one line space after the title, and it should be in Times New Roman font, 10 font size, with one line spacing. After indicating the name of the author in lower-case letter and surname in capital letter, the title, affiliation, and e-mail address should be included.

4. Before the introduction part, there should be 200-250 words in Turkish and English abstracts that record the scope, purpose, results and method of the study, and 5-15 keywords Turkish and English representing the content of the study. Turkish articles should include an English extended summary containing 800-1000 words.
5. For in-text citation and reference, version 4 of the OSCOLA reference style should be used. For information about OSCOLA 4 style; You can visit <http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/content/yazarlara-bilgi/resources> page or you can view the related explanations and examples under the References heading of Information for Authors.
6. The manuscripts should contain mainly these components: title, abstract and keywords; extended abstract (If the manuscript is in English, extended abstract is not required), sections, footnotes and references.
7. Tables, graphs and figures can be given with a number and a defining title if and only if it is necessary to follow the idea of the article. Otherwise features like demographic characteristics can be given within the text.
8. A title page including author information must be submitted together with the manuscript. The title page is to include fully descriptive title of the manuscript and, affiliation, title, e-mail address, ORCID, postal address, phone and fax number of the author(s) (see The Submission Checklist).
9. The rights of the manuscripts submitted to our journal for publication, belongs to the author(s).
10. The author(s) can be asked to make some changes in their articles due to peer reviews.
11. A copy of the journal will be sent to each author of the accepted articles upon their request.
12. The studies that were sent to the journal will not be returned whether they are published or not.

REFERENCES

Reference Style and Format

Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul offers two options of referencing style. Authors should use OSCOLA OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) is published by the University of Oxford and detail and examples about the style can be found at <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>

OSCOLA Reference Examples

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

INFORMATION FOR AUTHORS

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

If citing a particular judge:

Arscott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C–176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I–7879, paras 47–48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006).

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT <<http://ejlt.org//article/view/17>> accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009)

<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SUBMISSION CHECKLIST

Ensure that the following items are present:

- Cover letter to the editor
 - ✓ The category of the manuscript
 - ✓ Confirming that “the paper is not under consideration for publication in another journal”.
 - ✓ Including disclosure of any commercial or financial involvement.
 - ✓ Confirming that the statistical design of the research article is reviewed.
 - ✓ Confirming that last control for fluent English was done.
 - ✓ Confirming that journal policies detailed in Information for Authors have been reviewed.
 - ✓ Confirming that the references cited in the text and listed in the references section are in line with OSCOLA 4th Edition.
- Copyright Agreement Form
- Permission of previously published copyrighted material if used in the present manuscript
- Title page
 - ✓ The category of the manuscript
 - ✓ The title of the manuscript
 - ✓ All authors’ names and affiliations (institution, faculty/department, city, country), e-mail addresses
 - ✓ Corresponding author’s email address, full postal address, telephone and fax number
 - ✓ ORCIDs of all authors.
- Main Manuscript Document
 - ✓ The title of the manuscript
 - ✓ Abstract (200-250 words)
 - ✓ Key words: 3 to 5 words
 - ✓ Extended Summary (800-1000 words) in English for the articles which are not in English
 - ✓ Grant support (if exists)
 - ✓ Conflict of interest (if exists)
 - ✓ Acknowledgement (if exists)
 - ✓ References
 - ✓ All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

COPYRIGHT AGREEMENT FORM / TELİF HAKKI ANLAŞMASI FORMU



Istanbul University
İstanbul Üniversitesi

Journal name: Public and Private International Law Bulletin
Dergi Adı: Public and Private International Law Bulletin

Copyright Agreement Form
Telif Hakkı Anlaşması Formu

Responsible/Corresponding Author <i>Sorumlu Yazar</i>	
Title of Manuscript <i>Makalenin Başlığı</i>	
Acceptance date <i>Kabul Tarihi</i>	
List of authors <i>Yazarların Listesi</i>	

Sıra No	Name - Surname <i>Adı-Soyadı</i>	E-mail <i>E-Posta</i>	Signature <i>İmza</i>	Date <i>Tarih</i>
1				
2				
3				
4				
5				

Manuscript Type (Research Article, Review, etc.) <i>Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, v.b.)</i>	
--	--

Responsible/Corresponding Author: <i>Sorumlu Yazar:</i>	
---	--

University/company/institution	<i>Çalıştığı kurum</i>	
Address	<i>Posta adresi</i>	
E-mail	<i>E-posta</i>	
Phone; mobile phone	<i>Telefon no; GSM no</i>	

The author(s) agrees that:
The manuscript submitted is his/her/their own original work and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. İSTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work.
The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights.
I/We indemnify İSTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article.
I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements and does not contain material or instructions that might cause harm or injury.
This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder
Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını,
Tüm yazarların bu çalışmaya aslı olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını,
Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını,
Makalenin başka bir yerde basılmadığını veya basılmak için sunulmadığını,
Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara ait olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.
Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işverenin telif dâhil patent hakları, fikri mülkiyet hakları saklıdır.
Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslarca vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz.
Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapılırken kanuna aykırı herhangi bir malzeme ve yöntem kullanılmadığını taahhüt ederim/ederiz.
Bu Telif Hakkı Anlaşması Formu tüm yazarlar tarafından imzalanmalıdır/onaylanmalıdır. Form farklı kurumlarda bulunan yazarlar tarafından ayrı kopyalar halinde doldurularak sunulabilir. Ancak, tüm imzaların orijinal veya kanıtlanabilir şekilde onaylı olması gerekir.

Responsible/Corresponding Author: <i>Sorumlu Yazar:</i>	Signature / İmza	Date / Tarih
	/...../.....

