

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume 42 • Sayı/Number 1

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume: 42 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2022

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

Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TUBITAK-ULAKBIM TR Dizin

DOAJ

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

ERIH PLUS

SOBİAD

Public and Private International Law Bulletin
Cilt/Volume: 42 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2022
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: 51632

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, 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

Milletlerarası Özel Hukukta Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi Determination of Law Applicable to the Foster Family from a Private International Law Perspective	1
Ekin Ömeroğlu	
Uluslararası Hukukta Salisbury Olayının İncelenmesi Analyzing the Salisbury Incident under International Law	27
Selman Özdan, Büşra Beydüz	
Milletlerarası Hukuk Açısından Dünden Bugüne Taliban ve Taliban'ın Hükümet Olarak Tanınıp Tanınmayacağı Meselesi The Taliban: From Past to Present and the Question of Whether It Can be Recognized as Government Under International Law	53
Nuray Ekşi	
Açık Denizlerin Korunması ve Deniz Koruma Alanları Protection of the High Seas and Marine Protected Areas	81
Sercan Reçber	
Yapay Zekâ ve İnsan Hakları Artificial Intelligence and Human Rights	121
Nesrin Singil	
The <i>Refugee</i> in Law and Practice: In the Face of Western States' Pushback Policies Batılı Devletlerin Geri İtme Politikaları Karşısında Hukuk ve Uygulamada <i>Mülteci</i>	159
Ekin Deniz Uzun	
Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar ve Çevrimiçi Duruşmaların Hukuki Dinlenme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi Virtual Hearings in Arbitration and Evaluation of Virtual Hearings in the Context of the Right to be Heard and Principle of Equal Treatment	205
Atike Eda Manav Özdemir, Belkis Vural Çelenk	
Yabancı Ülkelerin Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Boşanma Kararlarının Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A Çerçevesinde Tanınması İçin Öngörülen "Kararla İlgili Türkiye'de Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunmaması Şartı'nın Değerlendirilmesi Evaluating the "Provision Related to the Absence of a Filed, Ongoing or Denied Lawsuit" Predicted for the Recognition of Decree Divorce Enacted by Administrative or Judicial Authorities of Foreign Countries within the Framework of State Register of Persons Item 27/A	249
Vildan Sezişli	
Uluslararası Hukuk Bağlamında Amerika Birleşik Devletleri Başkanı'nın Dış Politika ve Savaş Yetkileri The Foreign Policy and War Powers of the President of the United States of America from the Perspective of International Law	293
Cüneyt Yüksel, Kaan Erdoğan	
Dispute over the Fenced Varosha in the light of International Law, United Nations Security Council Resolutions and Judgments of European Court of Human Rights Uluslararası Hukuk, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kapalı Maraş Uyuşmazlığı	333
Ali Osman Karaoğlu	
Türk Hukukunda Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Lacking Reasons under Turkish Law	357
Hatice Selin Pürselim, Can Yöney	
Application of The Burden and Standard of Proof in Corruption Allegations Under ICSID Arbitration ICSID Tahkiminde İspat Yükü ve Şartlarının Yolsuzluk Suçlamaları Özelinde Uygulamaları	391
Metincan Kaban	

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

Uluslararası Hukuk Komisyonunun “Hukukun Genel İlkeleri” Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme The Study of the International Law Commission on the “General Principles of Law” and an Evaluation of Current Developments	403
Mehmet Emin Büyük	
The Extraterritorial Application of Human Rights Treaties in the Context of Environmental Transboundary Harm Sınıraşan Çevre Zararı Kapsamında İnsan Hakları Andlaşmalarının Ülke Dışında Uygulanması.....	455
Kazım Berkay Arslan	

Milletlerarası Özel Hukukta Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Determination of Law Applicable to the Foster Family from a Private International Law Perspective

Ekin Ömeroğlu* 

Öz

Aile ortamı içinde yetişmesi mümkün olmayan çocukların devlet tarafından korunmasında alternatif bakım olarak çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi şeklinde gerçekleşen “koruyucu aile” kurumu kabul edilmiştir. Koruyucu aile kurumuna ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler incelendiğinde koruyucu ailenin, çocuk ile soybağı ilişkisi kurulmadan ve çocuğun üzerinde velayet hakkına sahip olmadan çocuğun bakımını geçici süre ile üstlenen kişi ya da kişiler olduğu görülmektedir. Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun yabancı olması, yabancı ülkede çocuk ile koruyucu aile arasında kurulan koruyucu aile ilişkisinden doğan bir ihtilâfın Türk mahkemeleri önüne gelmesi gibi yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda milletlerarası özel hukukta koruyucu aile kurumuna uygulanacak hukuka ilişkin meseleler ile karşı karşıya kalınacaktır. Nitekim, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’umuzda (“MÖHUK”) koruyucu aile kurumuna ilişkin özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türkiye’nin taraf olduğu 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nde çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik tedbirler arasında çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi düzenlenmiştir. Sözleşme’nin m. 15 hükmünde koruma tedbirine uygulanacak hukuk, yetkili akit devlet makamının hukuku olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte Sözleşme’nin uygulama alanı dışında kalan çocuğun adı, soyadı gibi konular açısından koruyucu aile kurumunun nasıl vasıflandırılacağı ve buna göre MÖHUK’da yer alan hangi bağlama kuralının uygulanacağını belirlemek gerekmektedir. Çalışmamızda, koruyucu aileye ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler incelenerek koruyucu aile kurumunun niteliğine kısaca değinilecek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından yola çıkarak koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkinin nasıl değerlendirildiği tespit edilecek, Türkiye’nin taraf olduğu 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nde koruyucu aile kurumuna uygulanacak hukuk incelendikten sonra MÖHUK bakımından koruyucu aile kurumuna uygulanacak hukukun tespitinde hangi madde düzenlemesinin uygulama alanı bulacağı sorusuna cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler

Koruyucu Aile, Evlât Edinme, Vesayet, Soybağı, Uygulanacak Hukuk

Abstract

In the protection of children who cannot be brought up in their biological family, the institution of “foster family,” which is the placement of the child with an unrelated family as alternative care, has been widely accepted. Examining the national and international regulations regarding foster families illustrates the legal concept that the foster family is the person or persons who temporarily undertake the care of a child without establishing a paternity relationship with the child and without having the right of custody over the child. If the child who is to be protected is a foreigner, or if a dispute arising from the foster family relationship established between the child and the foster family in a foreign country comes before the Turkish courts, issues related to the law applicable to the foster family in private international law will arise.

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

Atf: Ömeroğlu E, “Milletlerarası Özel Hukukta Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi” (2022) 42(1) PPII. 1. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.982291>

As a matter of fact, there is at present no conflict of laws rule regarding the foster family in the Turkish Private International Law Act ("TPILA"). However, in the Hague Convention of 1996, to which Turkey is a party, placement of the child in a foster family was regulated among the various measures aimed at protecting the person and property of the child. According to Article 15 of the Hague Convention, the authorities of the Contracting States must apply their own law. On the other hand, certain issues, such as how the foster family should be qualified and the name and surname of the child are considered outside the scope of the Convention. In our study, the nature of the foster family will be briefly examined through the national and international regulations regarding the institution of the foster family. After examining the applicable law, an answer will be sought to the question of which article will be applicable in determining the law to be applied to the foster family in terms of TPILA.

Keywords

Foster Family, Adoption, Guardianship, Paternity, Applicable Law

Extended Summary

Ensuring the continuity of civilized societies depends to a great extent on the healthy development of children who will become the adults of the future. For this reason, regulations that provide for the care and protection that each child needs are included in most legal systems. The upbringing, care, and safety of the child fall primarily on the biological family. However, if that family is unable to fulfill this duty, according to the United Nations Convention on the Rights of the Child to which Turkey is a party, special protection will be given to the child by the state if the child is permanently or temporarily deprived of its family or if it would be against the best interests of the child to stay in that family. Since the Convention imposes an obligation on the parties to provide alternative care for children who are determined to be in need of protection, the institution of the "foster family" was developed. This institution consists of the placement of the child in a foster family as a form of alternative care under the state's protection of children who cannot be brought up in a family and has been widely accepted.

In a dispute regarding a foster family that contains a foreign element, we are faced with the problem of qualification in terms of Turkish Private International Law Act. As a matter of fact, there is no conflict of laws rule regarding the foster family in TPILA. In such a case then, as a situation where the adoption that would allow the establishment of paternity without being based on blood ties is not accepted according to the law of the foreign country, but the foster family institution is recognized and regulated, by that county which law would be applied in accordance with the TPILA? Turkey is a party to the Convention of 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement, and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (Convention). In accordance with Article 3(1)(e) of the Convention, the placement of the child in a foster family or a care institution or the provision of care by a kafala or similar institution is also among the issues falling within the scope of the Convention. According to Article 15(1) of the Convention, the Contracting States shall apply their own laws while exercising their powers regarding

the protective measures in the Convention. In this case, if the child is placed in a foster family as a protection measure pursuant to the 1996 Convention, Turkish law will be applied in terms of the issues in the second part of the Convention. However, the law to be applied to matters related to the institution of the foster family, such as the name, surname, or inheritance issues of the child which remain outside the scope of the Convention, will need to be determined by TPILA. At this point, the question arises whether the applicable law will be determined according to the provisions of adoption or guardianship.

In the world's various legal systems, the institution of adoption is subject to widely different legal regulations. In some systems, adoption results in the establishment of a permanent linkage between the adopter and the adoptee. In contrast, according to some other legal systems, this method of establishing a formal familial lineage without blood ties has not been accepted. Further, the foster family institution, which includes the care, education, and protection of the child and imposes legal responsibilities on the persons who undertake these works, at times creates an adoption relationship under some legal systems. For this reason, it is argued in the doctrine that the foster family, which aims to ensure the care, upbringing, and safety of the child in family life, should be deemed an adoption in terms of private international law to the extent that it approaches conformity with the institution of adoption.

When we consider the approach of the European Court of Human Rights ("ECtHR") to the foster family, we see that the relationship between the foster family and the child fall within the notion of family life within the meaning of Article 8 of the European Convention on Human Rights.

In our opinion, while evaluating whether the foster family closely approaches the adoption relationship, the criteria of the duration of the foster family relationship and the foster family's desire to adopt the child later should also be taken into consideration. The fact that the minimum one-year care and custody period required in Turkish law for the adoption of the child has taken place in the form of placement with a foster family could even be considered as evidence that the relationship between the foster family and the child approaches that of adoption. Thus, although the foster family does not establish paternity between the child and the foster family, it should be qualified as adoption to the extent that it closely approaches the adoption relationship. If a qualification is made in this direction, a consensus can be reached within the jurisprudence that accepts the foster family relationship as family life in the ECtHR decisions. If the relationship between the foster family and the child is short-term and a family life relationship is not established between the foster family and the child, the qualification should be made in the direction of guardianship.

Milletlerarası Özel Hukukta Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Giriş

Dünya üzerinde toplumların devamının sağlanması ileride yetişkin bireyler olacak çocukların gelişimlerinin sağlıklı olmasına bağlıdır. Bu nedenle hukuk sistemlerinde çocuğun ihtiyaç duyduğu bakım ve korumayı sağlayacak düzenlemelere yer verilmektedir. Çocuğun yetiştirilmesi, bakımı ve güvenliği birinci derecede ailesine düşmektedir. Bununla birlikte ailenin bu görevi yerine getirememesi halinde Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme¹'ye göre, çocuğun sürekli ya da geçici olarak aile ortamından yoksun kalması durumunda veya aile ortamında kalması çocuğun üstün yararına aykırı olacak ise çocuğa devlet tarafından özel koruma ve yardım sağlanmalıdır (m. 20). Sözleşme'nin taraf devletlere geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen çocuklar için alternatif bakım sağlama yükümlülüğü getirmesinden dolayı, aile ortamı içinde yetişmesi mümkün olmayan çocukların devlet tarafından korunmasında alternatif bakım olarak çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi şeklinde gerçekleşen "koruyucu aile" kurumu, Türk hukukunda Anayasa m. 41 ve Türk Medeni Kanunu m. 347 düzenlemelerinde yer alan ilkeler ışığında Çocuk Koruma Kanunu, Sosyal Hizmetler Kanunu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği ile kabul edilmiştir.

Yetkili Türk mahkemesinin yabancılık unsuru içeren koruma tedbiri olarak çocuğun koruyucu aile kurumuna yerleştirilmesine, uygulanmasına ve değiştirilmesine ilişkin bir ihtilâf ile karşılaşması halinde öncelikle 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunumuz ("MÖHUK")² bakımından uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir. Anayasa m. 90(5) ve MÖHUK m. 1(2) düzenlemeleri uyarınca Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri kanun hükmündedir. Bu noktada Türkiye'nin de taraf olduğu 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme³ devreye girmektedir. Sözleşme'nin m. 3(1)(e) düzenlemesi uyarınca, çocuğun koruyucu aile yanına veya bir bakım kurumuna yerleştirilmesi ya da bakımının kafala (sponsorluk) veya benzer bir kurum tarafından sağlanması da Sözleşme'nin uygulama alanına giren konular arasında yer almaktadır. Söz konusu Sözleşme'nin m. 15(1) hükmünde taraf devletlerin Sözleşme'deki koruma tedbirlerine ilişkin yetkilerini kullanırken kendi

1 Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4058, Kabul Tarihi: 09.12.1994, RG 11.12.1994/22138

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

3 Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6707, Kabul Tarihi: 24.04.2016, RG 05.05.2016/29703, Sözleşmenin Yayınlandığı RG 22.05.2016/29719

hukuklarını uygulayacakları kabul edilmiştir. Bu durumda 1996 tarihli Sözleşme uyarınca bir koruma tedbiri olarak çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi halinde Sözleşme'nin ikinci bölümünde yer alan hususlar bakımından Türk hukuku uygulanacaktır. Bununla birlikte, çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi yönünde tedbirin nasıl alınacağı, uygulanacağı ve değiştirileceği hususlarının yanında Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalan çocuğun adı, soyadı veya miras meseleleri gibi koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun MÖHUK tarafından belirlenmesi gerekecektir. İşte bu noktada koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişki uygulanacak hukukun MÖHUK'da yer alan bağlama kurallarından hangisine göre mi tespit edileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun cevaplanabilmesi için koruyucu aile kurumu ile çocuk arasındaki ilişkinin vasıflandırılması gerekmektedir. Milletlerarası özel hukukta en çok uygulama alanı bulan vasıflandırma türü mahkemenin iç hukukuna göre yapılan vasıflandırma olarak *lex fori* vasıflandırmadır. Çalışmamızda da ele alacağımız üzere Türk hukukunda koruyucu aile kurumu, korunmaya muhtaç çocuklar için ve evlât edinme ilişkisi kurmayan alternatif bakım modeli olarak kabul edilmiştir. Türk hukukunda çocuk ile koruyucu aile arasında evlât edinme ilişkisi kurulmadığı gibi koruyucu aile çocuğa ilişkin velayet hakkına da sahip olmamaktadır. Bunun yanında doktrinde, çocuğun aile yaşamı içerisinde bakımını, yetiştirilmesini ve güvenliğini sağlamayı amaçlayan koruyucu aile kurumunun evlât edinme kurumuna yaklaştığı ölçüde milletlerarası özel hukuk bakımından evlât edinme olarak vasıflandırılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin koruyucu aile kurumuna yaklaşımına baktığımızda 2010 tarihli⁵ ve 2012 tarihli⁶ kararlarında koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk ile aile arasında derin bir bağ oluştuğu, koruyucu ailenin her açıdan çocuğa karşı ebeveyn gibi davrandığı gerekçeleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁷ m. 8 kapsamında *de facto* bir aile hayatının oluştuğu kabul edilmiştir.

Tüm bu hususları göz önünde bulundurarak çalışmamızda, öncelikle devletin çocuğa koruma sağlama yükümlülüğü ışığında uluslararası ve ulusal düzlemde koruyucu aile kurumunun yer aldığı düzenlemeler ele alınacaktır. Ardından milletlerarası özel hukukta koruyucu aile kurumuna ilişkin başlıca düzenlemeler olarak öncelikle 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde koruma tedbiri olarak düzenlenen koruyucu aile kurumuna uygulanacak hukuk belirlenecek ve Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda Brüksel *Ibis* Tüzüğü uyarınca koruyucu aile kurumuna nasıl yer verildiği ele alınacaktır. Çalışmamızın son kısmında ise 1996 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan çocuğun adı, soyadı veya miras meseleleri gibi koruyucu

4 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 216.

5 *Moretti and Benedetti v Italy* App no 16318/07 (ECtHR, 27 April 2010).

6 *Kopf and Liberda v. Austria* App no 1598/06 (ECtHR, 17 April 2012).

7 İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6366, Kabul Tarihi: 10.03.1954, RG 19.03.1954/8662

aile ile çocuk arasındaki ilişkiden kaynaklanan uyumsuzlıklara MÖHUK bakımından koruyucu aile kurumuna uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için Türk hukukunda koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişki vasıflandırılarak, doktrinde yer alan görüşler ışığında MÖHUK’da yer alan hangi bağlama kuralı aracılığıyla uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiği sorusuna cevap aranacaktır.

I. Devletin Çocuğa Koruma Sağlama Yükümlülüğü Işığında Koruyucu Aile Kavramı

A. Uluslararası Metinlerde Koruyucu Aile Kavramı

1. Birleşmiş Milletler Tarafından Kabul Edilen İlkeler Işığında Devletin Çocuğa Koruma Sağlama Yükümlülüğü

Uluslararası hukuk alanında devletlerin çocuğa koruma sağlama yükümlülüğü öncelikle Birleşmiş Milletler (“BM”) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’den doğmaktadır. Türkiye’nin de taraf olduğu BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 20(1) uyarınca, çocuğun sürekli veya geçici olarak aile ortamından yoksun kalması durumunda ya da aile ortamında kalması çocuğun üstün yararına aykırı olduğu hallerde çocuğa devlet tarafından özel koruma ve yardım sağlanması gerektiği kabul edilmiştir. Yine Sözleşme’nin m. 19 hükmü uyarınca taraf devletler, çocuğun ana ve babası, yasal temsilcisi veya başka kişi tarafından bakımı esnasında fiziksel veya zihinsel şiddete, ihmale ve cinsel istismar dahil her türlü sömürüye karşı korunmasına yönelik tedbirler almakla yükümlü kılınmıştır. Sözleşme’ye göre taraf devletlerin geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen çocuklar için alternatif bakım sağlama yükümlülüğü çocuğu koruyucu aile yanına yerleştirme, evlât edindirme veya çocuğun uygun bir kuruma yerleştirilmesi şeklinde olabilecektir⁸.

1986 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Çocukların Ülke İçi ve Ülkelerarası Evlât Edinme ve Koruyucu Aile İşlemleri Bağlamında Korunmasına ve Esenliğine İlişkin Sosyal ve Hukuksal İlkeler Bildirgesi⁹ ile de Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin evlât edinmeye ilişkin m. 21 hükmüne paralel olarak, öncelikle çocukların ailesinin bakımı altında tutulması ya da ailesine döndürülmesi, bu yol mümkün olmaz ise evlât edinme de dahil olmak üzere uygun ve kalıcı çözüm bulma çabalarının destekleneceği belirtilmiştir¹⁰.

8 Feriha Bilge Tanrıbilir, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları* (Yetkin Yayınları, 2011) 79; Hatice Selin Pürselim, ‘Milletlerarası Evlât Edinmeye Uygulanacak Hukuk’ in Tuğrul Aktaş (ed), *VII. International Multidisciplinary Congress of Eurasia-IMCOFE’19 Proceeding&Abstract Book* (2019) 332; Ayşe Nur Kılınc, ‘Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi’ (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1217, 1221.

9 Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with special reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally, UNGA Res 41/85 (3 December 1986) UN Doc A/RES/41/85

10 Sevgi Usta, ‘Koruyuculuk mu, Evlâtlık mı? Bir Çocuk Bakım ve Koruma Modeli Olarak Koruyucu Aile ve Türkiye Uygulaması’ in Yasemin Güllüoğlu Altun (ed), *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı* (2018) 46.

2010 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 64/142 sayılı Çocukların Alternatif Bakımına İlişkin Rehber İlkeler kabul edilmiştir. Söz konusu Rehber İlkeler m. 29 uyarınca koruyucu aile, çocuğun bakımının ve korunmasının kendi ailesi dışında evlât edinme amacı taşımayan, seçilmiş ve belli niteliklere sahip olan gözetim altındaki bir aileye yetkili makam tarafından yerleştirilmesi olarak tanımlanmıştır¹¹.

2. Avrupa Konseyi Koruyucu Aileler Hakkında (87)6 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Koruyucu Aileler Hakkında (87)6 sayılı Tavsiye Kararı'nda koruyucu aile kurumuna ilişkin tanıma yer verilmiştir. (87)6 Sayılı Tavsiye Kararı'na göre, bir çocuğun evlât edinilmesi amacı olmadan kısa olmayan ya da belirsiz bir süre ile çocuğun ebeveyni olmayan ve velayetine sahip bulunmayan bakımını üstlenen çift ya da kişi üzerinde koruyucu aile kurumu devreye girmektedir¹².

(87)6 Sayılı Tavsiye Kararı'nın ilkelerinde çocuğun anne ve babası ile ilişkisinin devamı vurgulanmakla birlikte, 3 numaralı ilkesinde koruyucu ailenin, çocuğun yasal temsilcileri adına gündelik ya da acil hususlarda çocuğun bakımı açısından gerekli olan velayet haklarını kullanma yetkisine sahip bulduklarının varsayılacağı düzenlenmiştir. Yine (87)6 Sayılı Tavsiye Kararı'nın 5 numaralı ilkesinde kabul edilen ve çalışmamız açısından önem taşıyan bir diğer hüküm, koruyucu aile yanına yerleştirilen bir çocuğun bu aileyi benimsemiş olması halinde koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkinin nasıl şekilleneceğine ilişkin olan düzenlemedir. Söz konusu hükme göre koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun, bu aileyi benimsemiş olması durumunda koruyucu aileler, çocuğun yanlarında kayda değer bir süreyle kaldıktan sonra, ulusal mevzuatla belirlenen koşullara tabi olarak uygun olduğunda kanuni velayet de dahil olmak üzere belli velayet haklarını kullanma yetkisini edinmek amacıyla yargısal yollara veya yetkili makama başvurabileceklerdir¹³.

B. Türk Hukuku Uyarınca Devletin Çocuğa Koruma Sağlama Yükümlülüğü

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 41 Düzenlemesi

Türk hukukunda devletin çocuğa koruma sağlama yükümlülüğü öncelikle Anayasamızın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlığını taşıyan 41'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle annenin ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alıp teşkilatı kuracağı kabul edilerek düzenleme altına alınmıştır. Böylelikle aile toplumsal bir kurum olarak devlet güvencesi altına alınmıştır¹⁴.

11 UNGA Res 64/142 (24 February 2010) UN Doc A/RES/64/142

12 Usta (n 10) 47; Avrupa Konseyi Koruyucu Aileler Hakkında (87)6 Sayılı Tavsiye Kararının Türkçe çevirisi için bkz Mehmet Semih Gemalmaz, *Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusüstü Belgeler* (1st edn, İstanbul Barosu Yayınları 2002) 94.

13 Gemalmaz (n 12) 96; Başak Baysal, ‘Çocuğun Üstün Yararı İlkesi ve Koruyucu Aile Kurumu’ (2012) 8(95-96) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 12.

14 Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku* (21st edn, Beta 2019) 4.

Anayasa'nın m. 41 düzenlemesine, 2010 yılında yapılan değişiklik ile devletin çocukları koruma görevine ilişkin iki fıkra eklenmiştir. Anayasa m. 41(3) hükmüne göre her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Son olarak Anayasa m. 41(4) düzenlemesinde devletin, çocukları her türlü istismara ve şiddete karşı koruyucu tedbirler almakla yükümlü kılındığı kabul edilmiştir. Bu yönde alınacak tedbirlerden biri de korumaya muhtaç çocukların koruyucu aile yanına yerleştirilmesidir¹⁵.

2. Türk Medeni Kanunu m. 347 Düzenlemesi

Türk Medeni Kanunu¹⁶ m. 335 vd. hükümleri uyarınca çocuğun bakımı ve eğitimi, velayeti kapsamında ele alınmış ve öncelikle ergin olmayan çocuğun anne ve babanın velayeti altında olduğu kabul edilmiştir. Bunun yanında TMK m. 347(1)'e göre, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu anne ve babadan alarak bir aile yanında veya bir kuruma yerleştirebilecektir. Görüldüğü üzere TMK m. 347(1) hükmü uyarınca çocuğun aile yanına ya da kuruma yerleştirilmesi tedbirine ancak gelişiminin sağlıklı bir şekilde ilerleyebilmesi için anne ve babasından uzaklaşmasının gerekli olması halinde başvurulacağı kabul edilmiştir¹⁷. TMK'ya göre çocuğun anne ve babasından alınması sonucuna ulaşan hâkim, çocuğun başka bir aile yanına mı yoksa kuruma mı yerleştireceği konusunda takdir hakkına sahiptir¹⁸. Bunun yanında TMK m. 347(1) düzenlemesinde kastedilen kurumun, Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü¹⁹ olduğu doktrinde ifade edilmiştir²⁰.

3. Çocuk Koruma Kanunu m. 5(1) Düzenlemesi

Türk hukukunda çocuğun korunması ve korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbirler alınmasına ilişkin bir diğer yasal düzenleme de Çocuk Koruma Kanunu'dur ("ÇKK")²¹. ÇKK da öncelikle çocuğun kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını amaçlamaktadır. Bununla birlikte ÇKK m. 5(1)(c)

15 Süleyman Mortaş, *ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması* (Adalet Yayınevi 2016) 478 ; Kılınç (n 8) 1222.

16 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607

17 Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (15th edn, Filiz Kitabevi 2020) 370; Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçükün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2009) 139.

18 Akıntürk and Ateş (n 14) 437; Kılınç (n 8) 1224.

19 Doktrinde ilgili kurum Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu olarak belirtilmiştir. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun görevleri, 03.06.2011 tarihli ve 633 sayılı KHK'nın m. 6 düzenlemesi ile kurulan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı olarak faaliyet gösteren Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından sürdürülmektedir.

20 Elçin Grassinger (n 17) 152.

21 Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/25876.

22 ÇKK m. 3(1)(a) düzenlemesinde çocuk; daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmuş kişi ve korunma ihtiyacı olan çocuk; bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk olarak tanımlanmıştır.

uyarınca, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetinden yararlanması veya bu kurumlara yerleştirilmesi yönünde bakım tedbiri alınabilecektir.

4. Sosyal Hizmetler Kanunu m. 23(1)

Hukukumuzda koruyucu aile kurumuna ilişkin yasal düzenlemelerden biri de Sosyal Hizmetler Kanunu²³ m. 23(1)'de bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, mahkemece korunma kararı alınan korunmaya muhtaç çocuğun²⁴ bakımı ve yetiştirilmesi Kurumun denetimi ve gözetimi altında bir koruyucu aile tarafından da gerçekleştirilebilecektir²⁵.

5. Koruyucu Aile Yönetmeliği'ne Göre Koruyucu Aile Kurumu

Sosyal Hizmetler Kanununa dayanarak çıkarılmış olan Koruyucu Aile Yönetmeliği²⁶ ("KAY"), korunmaya muhtaç çocuklara götürülen koruyucu aile hizmetlerinin esaslarını düzenlemektedir. KAY m. 4 düzenlemesine göre koruyucu aile, Yönetmelikle belirlenen esas ve usullere göre İl Müdürlükleri denetiminde kısa veya uzun süreli, bedelli veya bedelsiz olarak çocuğun bakımını üstlenen, aile ortamında yaşamasını sağlayan, öz anne ve baba yerini tutabilecek aileler veya kişilerdir. KAY m. 8 hükmü ile çocuğun anne veya babası ya da vasisinin, koruyucu ailesi olamayacağı açıkça kabul edilmiştir.

Koruyucu Aile Yönetmeliği uyarınca Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü ile koruyucu aile arasında koruyucu aile sözleşmesi imzalanmakta ve bu Sözleşme, mahalli mülki amir tarafından onaylanmaktadır. Koruyucu aile sözleşmesinin hukuki niteliğine baktığımızda doktrinde bu konuda çeşitli görüşlerin bulunduğu tespit edilmiştir. Bir görüşe göre, koruyucu aile sözleşmesi vekalet unsurları ağır basan bir aile hukuku sözleşmesidir²⁷. Diğer bir görüşe göre ise koruyucu aile sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu m. 129 kapsamında üçüncü kişi yararına bir sözleşmedir. Bu görüş uyarınca, korunmaya ihtiyacı olan çocuk sözleşmenin tarafı olmadığı ve sözleşmeden doğan asli ediminin üçüncü kişi olarak korunmaya ihtiyacı olan çocuğa ifası olduğu gerekçesi ile koruyucu aile sözleşmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde kabul edilmelidir²⁸.

23 Sosyal Hizmetler Kanunu, Kanun Numarası: 2828, Kabul Tarihi: 24.05.1983, RG 27.05.1983/18059; Sosyal Hizmetler Kanunu'nun adı "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu" iken, 03.06.2011 tarihli ve 633 sayılı KHK'nın 35(4) düzenlemesi ile Sosyal Hizmetler Kanunu olarak değiştirilmiştir.

24 Sosyal Hizmetler Kanunu m. 3(1)(b) hükmüne göre korunmaya ihtiyacı olan çocuk; beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup ana veya babasız, ana ve babasız, ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, ana ve babası veya her ikisi tarafından terkedilen, ana veya babası tarafından ihmal edilip fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuk olarak tanımlanmıştır.

25 Canan Ruhi and Ahmet Cemal Ruhi, *Velayet Hukuku* (Seçkin 2017) 213.

26 Koruyucu Aile Yönetmeliği, RG 14.12.2012/28497.

27 Usta (n 10) 77.

28 Kılınç (n 8) 1234.

II. Milletlerarası Özel Hukukta Koruyucu Aile Kurumuna İlişkin Başlıca Düzenlemeler

A. 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz Ve İşbirliğine Dair Sözleşmesi Uyarınca Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukuk

Çocukların şahsı ve malları hakkında koruyucu tedbirler alınması ve söz konusu tedbirler alınırken uygulanacak hukuk, milletlerarası yetki, alınan tedbirlere ilişkin kararların tanınması ve tenfizi konusunda uluslararası işbirliğinin artırılması amacıyla akdedilen 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi (“1996 tarihli Lahey Sözleşmesi”), Türkiye açısından 01.02.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gerek Anayasa m. 90(5) hükmü ve gerekse MÖHUK m. 1(2) uyarınca 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi uygulama alanına giren konularda, MÖHUK’da yer alan kanunlar ihtilâfi kurallarına göre öncelikli olarak uygulanacaktır.

1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi’nde çocuğun şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasında hangi devlet makamlarının yetkili olduğu, makamların koruma tedbirlerini alırken hangi hukuku uygulayacakları, koruma tedbirlerinin akit devletlerde tanınması ve tenfizi ile akit devletlerin yetkili makamları arasında işbirliğinin tesisine ilişkin hükümlere yer verilmiştir²⁹.

Sözleşme’nin m. 2 düzenlemesine göre, doğumdan 18 yaşına kadarki evrede bulunan küçükler “çocuk” olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında Sözleşme’de m. 6 aracılığıyla mülteci çocuklar, ülkelerinde meydana gelen karışıklıklar yüzünden yerinden edilmiş çocuklar ile mutad meskeni belli olmayan çocukların da buldukları ülkenin koruma kurallarından yararlanacağı kabul edilerek, çocuk kavramının geniş yorumlandığı doktrinde ifade edilmiştir³⁰.

Çalışmamız açısından 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin önemi, Sözleşme’nin m. 3 hükmünde çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik tedbirler arasında çocuğun koruyucu aile yanına veya bir bakım kurumuna yerleştirilmesi hükmünün yer almasıdır. Sözleşme’de koruma tedbiri kavramını tanımlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrine ve Sözleşme’nin Açıklayıcı Raporu’na göre³¹ bunun nedeni, her akit devlet hukukunda çocuğun şahıs ve malvarlığını korumaya yönelik alınabilecek tedbirlerin farklılık gösterebilmesidir. Sözleşme’nin m. 3 düzenlemesine

29 Tanrıbilir (n 8) 125; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021) 300; Ayşe Elif Ulusu-Karataş, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi’ (2017) 37(2) MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman’a Armağan) 1073, 1077; Ayşe Kübra Altıparmak, ‘Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem mi? 1996 Tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme’ (2020) 6(2) AndHD 411, 419.

30 Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk* (13th edn, Vedat Kitapçılık 2020) 208.

31 Paul Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde* (HCCH Publications 1998) 547, para 18 <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2943>> accessed 22 September 2021.

bakıldığında ilgili maddede sayılan koruma tedbirlerinin sınırlı sayı prensibine bağlı olmadığı tespit edilmektedir³².

1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yer bakımından uygulama alanına baktığımızda, Sözleşme ile coğrafi açıdan bir sınırlama getirilmediği görülmektedir. Böylelikle Sözleşme, çocuğun mutad meskeni akit bir devlette bulunmasa da yer bakımından uygulama alanı bulacaktır³³. Sözleşme, 01.02.2017 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği için bu tarihten itibaren Türk adli ve idari makamları tarafından alınacak koruma tedbirlerine uygulanacak hukukun tespiti Sözleşme m. 15 hükmü çerçevesinde yapılacaktır³⁴.

Sözleşme'nin m. 20 hükmü ile, uygulanacak hukuka ilişkin bölümde yer alan hükümlerin gösterdiği yetkili devlet hukukunun, Sözleşme'ye akit bir devletin hukuku olup olmadığına bakılmaksızın uygulanacağı kabul edilerek Sözleşme'ye "loi uniform" niteliği kazandırılmıştır³⁵.

Sözleşme'nin m. 4 düzenlemesinde ise hangi hususların uygulama alanı dışında kaldığı açıkça belirtilmiştir. Buna göre; ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulması veya böyle bir ilişkiye itiraz edilmesi, evlât edinme kararları, evlât edinmeye hazırlık niteliğindeki tedbirler veya evlât edinmenin iptali veya feshi, çocuğun adı ve önadları, serbest bırakma, nafaka yükümlülükleri, mesuliyet veya halefiyet, sosyal güvenlik, eğitim ve sağlık konularındaki genel nitelikli kamu tedbirleri, çocuklar tarafından işlenen cezai suçlar sonucu alınan tedbirler, iltica hakkı ve göç konularındaki kararlar hakkında Sözleşme uygulama alanı bulmayacaktır. Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalan konulardan doğan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların ise MÖHUK hükümlerine göre uygulanacak hukuk tespit edilerek çözümlenmesi gereği aşikardır. İşte bu noktada koruyucu aileye ilişkin olarak 1996 tarihli Sözleşme'nin konu bakımından uygulama alanı dışında kalan konularına uygulanacak hukukun MÖHUK'a göre hangi bağlama kuralı aracılığıyla tespit edileceği sorusu ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Sözleşme'nin m. 15(1) düzenlemesine göre, koruma tedbirlerinin hızlı bir şekilde alınabilmesi amacıyla koruma tedbirine uygulanacak hukuk, tedbiri uygulayacak yetkili akit devlet hukuku olarak kabul edilmiştir. Yetkili makamlar koruma tedbirine en iyi bildiği hukuk olan kendi hukukunu uygulayarak koruma tedbirinin etkin bir şekilde alınmasını sağlamış olacaklardır³⁶. Böylelikle Türk yetkili makamı tarafından, çocuğun

32 Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021) 286; Uluşu-Karataş (n 29) 1083-1084.

33 Uluşu-Karataş (n 29) 1080.

34 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 188.

35 Faruk Kerem Giray, '19 Ekim 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk' (2020) 40(1) PPIL 353, 361.

36 Bilgin Tiryakioğlu, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme' in *Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan* (Beta Basım 1999) 401; Uluşu-Karataş (n 29) 1134.

şahıs ve malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlerden biri olan çocuğun koruyucu aile kurumuna başvurulması halinde Sözleşme'ye göre yetkili makamın³⁷ kendi hukuku olarak Türk hukuku uygulanacaktır. Bunun yanında, Sözleşme'nin m. 15(2) düzenlemesinde çocuğun kişiliğinin ya da mallarının korunması gerektirdiği ölçüde istisnai olarak, duruma ilişkin somut bağlantısı bulunan diğer devletin hukukunun da uygulanabileceği veya dikkate alınabileceği kabul edilmiştir. Bu noktada üçüncü bir devletin hukukunun uygulanabilmesi için aranan şart Sözleşme'ye göre çocuğun üstün menfaatinin korunması olarak karşımıza çıkmaktadır³⁸. Doktrinde söz konusu kuralın, yetkili makamın takdirine tabi olması nedeniyle gerçek olmayan bir istisna kuralı olduğu kabul edilmektedir³⁹.

Sözleşme'nin m. 21 düzenlemesine göre uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilâfi kuralları dışında bir devlette yürürlükte bulunan hukuk olarak kabul edilmiş ve atıf reddedilmiştir⁴⁰. Böylelikle koruma tedbiri olarak çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesinde uygulanacak hukuk, yetkili akit devlet makamının iç maddi hukuk kurallarıdır.

Sözleşme'nin m. 15(3) düzenlemesinde çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde uygulanacak hukuka ilişkin bir statü değişikliği kuralı getirilmiştir. Buna göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu akit devletin değişmesi halinde değişimden itibaren çocuğun yeni mutad mesken hukuku, önceki mutad meskenin bulunduğu devlette alınan önlemlerin uygulanmasına ilişkin koşullar için geçerli olacaktır. Böylelikle yeni mutad mesken makamları, önceki mutad mesken makamı tarafından ve o akit devlet hukukuna göre alınmış bir koruma tedbirini, kendi hukukundaki koşullara göre uygulayabilecektir. Çocuğun mutad meskeninin akit devletten akit olmayan bir devlete geçmesi halinde m. 15(3) hükmü uygulanamayacağı için, uyuşmazlığı gören akit devlet makamının hukukundaki kanunlar ihtilâfi kurallarına göre uygulanacak hukukun tespiti gerekecektir⁴¹.

Çalışmamızın konusunu oluşturan koruyucu aile kurumuna ilişkin Sözleşme'de yer alan bir diğer hüküm ise Sözleşme'nin m. 33 hükmüdür. İlgili düzenlemeye göre, yetkili akit devlet makamı tarafından çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesine ilişkin alınacak koruma tedbirinde, yerleştirme başka bir akit devlet ülkesinde gerçekleştirilecekse, koruma tedbirini alacak yetkili akit devlet makamı öncelikle

37 Sözleşme'nin m.5(1) hükmüne göre, çocuğun mutad meskeni olan akit devletin adli veya idari makamları, çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkilidir. Sözleşme'nin m. 5(2) vd. düzenlemelerinde ise, çocuğun mutad meskeninin Sözleşme'ye akit devlette bulunmasa bile çocuğun mutad meskeninin bulunmaması, uluslararası çocuk kaçırma halleri ve yetki devri gibi durumlarda akit devlet makamlarının yetkisinin tesis edilebileceği kabul edilmiştir.

38 Tiryakioğlu (n 36) 402; Ulusu-Karataş (n 29) 1134.

39 Çelikel and Erdem (n 32) 296.

40 Nihal Uluocak, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi' (1996) 16(1-2) MHB 119, 123; Altıparmak (n 29) 427.

41 Giray (n 35) 375; Ulusu-Karataş (n 29) 1136.

diğer devletin merkezi makamına veya diğer yetkili makamına danışacaktır. Bunun yanında çocuğun üstün yararı da dikkate alınarak yalnızca talepte bulunulan akit devletin merkezi makamının ya da diğer yetkili makamının koruyucu aile yanına yerleştirmeye rıza göstermesi halinde yerleştirmeye ilişkin karar talep eden akit devlette alınabilecektir.

B. Brüksel IIbis Tüzüğü Uyarınca Koruyucu Aile Kurumu

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda özellikle göçmen çocukların üye bir devlette bulunması halinde çocuğun korunması açısından koruyucu aile yanına yerleştirilmesi bir tedbir olarak uygulanmaktadır. AB üyesi olmayan ülkede mutad meskeni olan çocuğun AB üyesi ülkede bulunması olasılığında çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi hususunda üçüncü bir devlet ile iş birliğinde bulunulması gerekliliği doğabilir⁴². Bir üye devlette bulunan çocuğun başka bir üye devlette koruyucu aile yanına yerleştirilmesi vakaları da giderek artmaktadır⁴³. Tüm bu nedenlerle AB milletlerarası özel hukukunda çocuğun korunması bakımından bir koruma tedbiri olarak koruyucu aile kurumu ile karşılaşmakta ve konuya ilişkin genel düzenleme Evlilik ve Velayet Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (“Brüksel IIbis Tüzüğü”)’nde yer almaktadır.

Brüksel IIbis Tüzüğü’nün önsözünde (paragraf 5) belirttiği üzere, Tüzük kapsamında çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerin alınması ve velayet sorumluluğuna ilişkin tüm kararlar bakımından çocukların eşitliği, çocuğun üstün menfaati prensibi ve hukuki dinlenilme haklarının dikkate alınması gerektiği vurgulanarak çocuk hakları ilkelerinin benimsendiği bir yaklaşım kabul edilmiştir⁴⁴.

Brüksel IIbis Tüzüğü’nün kapsamı m.1(1) hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre Brüksel IIbis Tüzüğü, Avrupa Birliği’ne üye devletlerin mahkeme ya da mahkeme niteliğine sahip makamları tarafından medeni hukuk meselelerine ilişkin olarak boşanma, ayrılık ya da evliliğin butlanı, ebeveynlere ait sorumluluğun niteliği, kullanımı, temsili, kısıtlanması ya da sona erdirilmesi konularında mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tespitine uygulanacaktır⁴⁵. Kamu hukuku kuralları aracılığıyla çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi halinde Brüksel IIbis Tüzüğü’nün

42 Sabine Corneloup and others, ‘Children On the Move: A Private International Law Perspective’ (2017) 27 < [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU\(2017\)583158_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU(2017)583158_EN.pdf)> accessed 02 August 2021.

43 Vesna Lazic and others, ‘Regulation Brussels IIbis: Guide for Application’ (2018) 295 < <https://www.asser.nl/media/5260/cross-border-proceedings-guide-for-application.pdf>> accessed 02 August 2021.

44 Handbook on European Law relating to the Rights of the Child, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (2015) 97 <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/handbook-european-law-relating-rights-child>> accessed 28 July 2021.

45 Nuray Ekşi, ‘Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi’ (2009) 11(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1139, 1444; Sema Çörtoğlu Koca, ‘Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu’ (2016) 20(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209, 212.

medeni hukuka ilişkin meselelerde uygulama alanı bulması nedeniyle, söz konusu durumun Tüzüğün kapsamına girip girmeyeceği yönünde Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına bakıldığında⁴⁶, bu gibi durumların medeni hukuka ilişkin mesele olarak değerlendirildiği görülmektedir⁴⁷.

Brüksel IIbis Tüzüğü uygulanacak hukuka ilişkin bir düzenleme içermemekle birlikte ebeveynlere ait velayet sorumluluğunun niteliği, kullanımı, kısıtlanması ve sona erdirilmesi meselelerinin neler olduğunu düzenlerken çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesini m. 1(2) hükmünde çocuğun korunmasına ilişkin önlemler arasında saymıştır. Bunun yanında Tüzüğün dördüncü bölümünde çocuğun diğer bir üye devlete yerleştirilmesine ilişkin m. 56 hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, Tüzüğe göre yargı yetkisine sahip üye devlet mahkemesi, çocuğun başka bir üye devlette koruyucu aile yanına yerleştirilmesi durumunda ilk olarak merkezi makama veya yargı yetkisine sahip sonradan yerleştirildiği üye devletin makamına danışacaktır. Söz konusu koruyucu aile yanına yerleştirmeye ilişkin karar ancak talepte bulunulan üye devletin yetkili makamının yerleştirmeye muvafakat etmesi halinde ve talepte bulunulan üye devletin maddi hukukuna tabi olarak, talep eden üye devlette verilebilecektir⁴⁸.

III. MÖHUK Bakımından Koruyucu Aile Kurumuna Uygulanacak Hukuk

A. Koruyucu Aile Kurumunun Tayini, Uygulanması ve Değiştirilmesi Bakımından Uygulanacak Hukukun Tespiti

Koruyucu aile yanına yerleştirilecek çocuğun yabancı olması, yabancı ülkede Türk vatandaşı çocuğun yabancı koruyucu aile yanına yerleştirilmesi ya da yabancı ülkede çocuk ile koruyucu aile arasında kurulan koruyucu aile ilişkisinden doğan bir ihtilâfın Türk mahkemeleri önüne gelmesi halinde milletlerarası özel hukukta koruyucu aile kurumuna uygulanacak hukuka ilişkin meseleler ile karşı karşıya kalınacaktır. Türkiye’de korunmaya muhtaç yabancı bir çocuğun da koruyucu aile yanına yerleştirilmesi mümkündür. Nitekim BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin m. 2 düzenlemesine bakıldığında, taraf devletlerin Sözleşme’de yazılı olan hakları ırk, renk, cinsiyet, ulusal, etnik, sosyal köken ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin uygulayacakları kabul edilmiştir⁴⁹. Bununla birlikte Türkiye’de koruyucu aile olarak tayin edilecek kişi ya da kişilerin Koruyucu Aile Yönetmeliği m. 8 uyarınca Türk vatandaşı olması aranmaktadır.

46 Case C-435/06 *Korkein Hallinto-Oikeus v. Finland* [2007] Judgment of the Court (Grand Chamber)

47 *Lazic and others* (n 43) 23-25.

48 *ibid* 298.

49 Seda Kurtuluş Akbulut, ‘Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Aracılığıyla Evlât Edinme ve Koruyucu Aile Kurumu’ (Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı 2011) 114.

Koruyucu aile kurumuna ilişkin Türk milletlerarası özel hukukunda yer alan özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesine, koruyucu aile kurumunun uygulanmasına ve değiştirilmesine ilişkin ihtilâfa uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için söz konusu hukuki ilişkinin vasıflandırılması gerekmektedir. Hukuk düzenleri içerisinde yer alan hayat ilişkileri, her hukuk düzeni içerisinde farklı koşullarda düzenlenmiş olabilir. Hukuk düzenlerinde varolan bu farklılıklar, milletlerarası özel hukukta uygulanacak hukukun doğru tespit edilebilmesi için vasıflandırma yöntemi ile çözümlenmektedir⁵⁰. Vasıflandırma yöntemlerinden çoğunlukla tercih edileni *lex fori* (mahkemenin hukukuna göre) vasıflandırma olmaktadır. *Lex fori* vasıflandırmanın yanında doktrinde *lex causae* (esasa uygulanacak hukuka göre) vasıflandırma, karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırma, kademeli vasıflandırma ve milletlerarası özel hukuk bakımından vasıflandırma yöntemleri kabul edilmiştir⁵¹. Bizim de katıldığımız milletlerarası özel hukukta en çok kabul gören yaklaşıma göre, *lex causae* vasıflandırmanın bazı durumlarda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamak amacıyla uygulanması istisnası dışında⁵², hâkim *lex fori*'den hareket ederek bağlama konusunu tespit etmeli ve MÖHUK'a göre söz konusu ihtilâfa uygulanacak hukuku belirlemelidir. Böylelikle yabancılık unsuru taşıyan koruyucu aile ilişkisinde koruyucu ailenin tayini, uygulanması ve değiştirilmesine yönelik bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun hâkim tarafından *lex fori*'den hareket edilerek belirlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Lex fori vasıflandırmadan hareket ile çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi yönünde alternatif bakım yöntemi Türk hukukunda bir koruma tedbiri⁵³ teşkil etmektedir⁵⁴. Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi yönünde tedbirin alınması, bunun uygulanması ya da değiştirilmesi yönünde ortaya çıkan yabancılık unsuru taşıyan bir ihtilâfa uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK m. 1(2) gereği öncelikle 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 15'e göre yapılmalıdır. Çalışmamızda ele aldığımız üzere Lahey Sözleşmesi'nin m. 15 hükmüne göre, akit devletler koruma tedbirine ilişkin Sözleşme'den doğan yetkilerini kullanırken kendi hukuklarını uygulayacaklardır. Böylelikle, Türk yetkili makamları tarafından çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi, koruyucu ailenin tayini ve koruma tedbiri olarak uygulanmasına ilişkin ihtilâflara, tedbiri uygulayacak akit devlet hukuku olarak Türk hukuku uygulanacaktır.

50 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 97; Tekinalp (n 30) 36-37; Çelikel and Erdem (n 32) 77; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 58; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Savaş Yayınevi 2021) 220; Güngör (n 29) 48; Hacı Can and Ekin Tuna, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th edn, Adalet 2019)150.

51 Nomer (n 50) 100-103; Tekinalp (n 30) 36; Çelikel and Erdem (n 32) 79-84; Doğan (n 50) 220-224; Can and Tuna (n 50) 156-160.

52 Çelikel and Erdem (n 32) 87.

53 Koruyucu aile kurumu uluslararası düzlemde de koruma tedbiri olarak kabul edilmektedir. Handbook on European Law relating to the Rights of the Child, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (2015) 95 <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/handbook-european-law-relating-rights-child> > accessed 28 July 2021.

54 Baysal (n 13) 25; Recep Doğan, 'Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği' (2013) 2 Ankara Barosu Dergisi 148, 163.

B. Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki İlişkiden Doğan İhtilâflara Uygulanacak Hukuk

Koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide ad, soyad ve miras ilişkisinden doğan uyumsuzlukların, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalması nedeniyle koruyucu aile kurumuna ilişkin konulara uygulanacak hukuk, koruma tedbiri olarak çocuğun koruyucu aile yanına değiştirilmesinden kaynaklanan ihtilâftan içerik itibariyle ayrılmaktadır. Nitekim, çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi noktasında koruma tedbirinin uygulanması yönünde ihtilâf ile karşılaşılırken; koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide ad, soyad ve miras ihtilâfları, kurulan ya da kurulduğu iddia eden koruyucu aile ilişkisinin sonucunda meydana gelmektedir. Belirtilen konular 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin konu itibariyle uygulama alanı dışında bırakılması nedeniyle söz konusu ihtilâflara uygulanacak hukukun MÖHUK tarafından belirlenmesi gerekecektir. Çalışmamızın muhtelif yerlerinde belirttiğimiz üzere Türk milletlerarası özel hukukunda koruyucu aile kurumuna uygulanacak hukuka ilişkin özel bağlama kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle koruyucu aile çocuk arasındaki ilişkiden doğan ihtilâflara uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkinin vasıflandırılması gerekmektedir.

Çalışmamızın bir önceki bölümünde belirttiğimiz üzere milletlerarası özel hukukta hukuki olay, işlem ve ilişkilerin vasıflandırılmasında çoğunlukla kabul edilen yöntem *lex fori* vasıflandırmadır. *Lex fori* vasıflandırmaya göre Türk hukukunda koruyucu aile, çocuk ile soybağı ilişkisi kurulmadan ve çocuğun üzerinde velayet hakkına sahip olmadan çocuğun bakımını geçici süre ile üstlenen kişi ya da kişilerdir⁵⁵. Böylelikle koruyucu aile ile çocuk arasında evlât edinme ilişkisi kurulmadan koruyucu aile, çocuğun yetiştirilmesi ve bakımını üstlenmektedir. Türk hukukunda koruyucu aile velayet hakkına sahip olmadığı için, koruyucu aile yanındaki çocuğun vesayete tabi olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. TMK m. 396 hükmü uyarınca Türk hukukunda vesayet organları, vesayet idareleri ile vasi ve kayımlardır. Böylelikle koruyucu aile Türk hukukunda vesayet organı olarak da kabul edilmemiştir⁵⁶.

Türk hukukunda koruyucu aile kurumu ile evlât edinme ilişkisi karşılaştırıldığında, koruyucu ailenin evlât edinmeden farklılaştığı görülmektedir. Öncelikle çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi evlât edinmeden farklı olarak geçici niteliktedir ve koruyucu aile ile çocuk arasında hısımlık ilişkisi kurulmamaktadır⁵⁷. Evlât edinme ile koruyucu aile kurumu arasındaki farklılıklara rağmen doktrinde koruyucu ailenin “evlât edinmeye götüren yolda bir ilk adım” olduğu ifade edilmiştir⁵⁸. Bu görüşü destekleyen doktrinindeki bir diğer görüş, koruyucu aile ile evlât edinme arasında sıkı

55 Baysal (n 13) 10.

56 Kılınç (n 8) 1234.

57 Şule Akgül, ‘Küçüklerin Evlât Edinilmesi ve Koruyucu Aile Kavramı’ (Yayınlanmamış Yüksek lisans tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Medeni Hukuk Anabilim Dalı 2019) 14-15.

58 Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2nd edn, Vedat 2017) 221.

bir bağın olduğunu ileri sürülmektedir. İlgili görüşe göre, Türkiye’de evlât edinme sürecinin uzun olması, çocuğun evlât edinmenin yanına yerleştirilmesine kadar geçen sürede kurumda kalması yerine daha yakın bir aile ortamında bulunması amacıyla geçici olarak koruyucu aile yanına yerleştirilmesi olasılığında çocuk ile koruyucu aile arasında duygusal bir bağ kurulacaktır⁵⁹.

TMK m. 305(1) uyarınca bir küçüğün evlât edinilmesi, evlât edinen tarafından bir yıl süre ile bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlanmıştır. Küçüklerin Evlât Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük⁶⁰ m. 11 uyarınca, evlât edinilecek küçüğün bir yıl süreli bakım ve eğitimi için evlât edinme başvurusu uygun görülen kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesi öncesinde bu kişiler ile geçici bakım sözleşmesi imzalanmaktadır. Doktrinde geçici bakım sözleşmesine dayanarak evlât edinilecek küçüğün bakım ve eğitimi için bir yıl süre ile yerleştirilmesinde, bir yıllık sürenin koruyucu aile yanına yerleştirme şeklinde gerçekleştirilerek koruyucu aile kurumunun yaygınlaştırılacağı⁶¹ ve koruyucu aile ile evlât edinme kurumunu birbirine yakınlaştıracığı öneri olarak ileri sürülmektedir⁶².

Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk, koruyucu aile ile ev düzeni ilişkisine dahil olmaktadır. Nitekim, TMK m. 367 hükmüne göre ev düzeni, aile halinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluktur ve kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayanların hepsini kapsar. Görüldüğü üzere Medeni Kanunumuz’da ev düzenine tabi olan kişiler geniş bir şekilde tanımlanmıştır⁶³.

Ev düzenine dahil olan koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk ile koruyucu aile arasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan “aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı” kapsamında bir aile hayatı teşkil ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarınca da kabul edilmiştir. Çalışmamızda ele alacağımız iki kararda da biyolojik bağın ve davalı devlet hukuku tarafından kabul edilen bir ebeveyn ilişkisi bulunmamasına rağmen AİHM, çocuk ile geçici olarak ilgilenen koruyucu aile ile çocuk arasında aile hayatının bulunduğunu tespit etmiştir⁶⁴. İlk olarak *Moretti ve Benedetti v. İtalya*⁶⁵ kararına baktığımızda, birinci ve ikinci başvuran evli bir çifttir. Haziran 2004’te, doğumundan kısa bir süre sonra biyolojik annesi tarafından terk edilen bir aylık bir kız çocuğu geçici olarak başvuranların yanına koruyucu aile olarak

59 Baysal (n 13) 17-18.

60 RG 15.03.3309/27170.

61 Gözde Çağlayan Aygün, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlât Edinme ve Sonuçları* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2021) 54.

62 Baysal (n 13) 22.

63 Dural, Ögüz and Gümüş (n 17) 389; Kılınç (n 8) 1248.

64 Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi* (2019) 59 <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf> accessed 27 July 2021.

65 *Moretti and Benedetti v Italy* App no 16318/07 (ECtHR, 27 April 2010).

yerleştirilmiştir. Aralık 2005'te mahkeme tarafından seçilen yeni bir aile, çocuğu evlât edinmiştir. Başvuranlar tarafından Mart 2005'te çocukla ilgili olarak yapılan özel evlât edinme talebi, Ocak 2006'da incelenmiş ve çocuk mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Daha sonra istinaf mahkemesi bu kararı bozmuştur. AİHM kararında, başvuranların koruyucu aile olarak yanlarına bir aylıkken yerleşen çocuğu on dokuz ay boyunca bakımını üstlenerek, kreşe kaydettirecek ve tatile götürerek çocuğun sosyal gelişimini desteklediklerini belirtmiştir. Davada bilirkişi raporlarına bakıldığında, çocuğun koruyucu aileye iyi entegre olduğunu ve koruyucu ailenin çocukları ile derinden bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu sebeplerle mahkeme, başvuranlar ile çocuk arasında AİHS m. 8 kapsamında bir aile hayatının mevcut olduğu sonuca varmıştır. Benzer yönde, *Kopf ve Liberda v. Avusturya*⁶⁶ kararında da mahkeme, koruyucu aile ile koruma kararlı çocuk arasında aile ilişkisinin kurulduğunu kabul etmiştir.

Koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkiden doğan ihtilâflara uygulanacak hukuka ilişkin doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş, çocuk ile aile arasında soybağı kurulmasa da çocuğun aile yaşamı içerisinde bakımını, yetiştirilmesini ve güvenliğini sağlamayı amaçlayan koruyucu aile kurumu ile İslam hukukunda kabul edilen kefalat (kafalah)⁶⁷ kurumunun evlât edinme ilişkisine yaklaştığı ölçüde milletlerarası özel hukuk bakımından evlât edinme olarak vasıflandırılması gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁸. Bilindiği üzere evlât edinme kurumu hukuk düzenlerinde farklı bir şekilde düzenlenmektedir. Kimi hukuk düzeninde Türk hukukunda olduğu gibi evlât edinme kurumu kabul edilmişken, Portekiz ve Güney Amerika ülkeleri ile İslam hukukunun yürürlükte olduğu iddia edilen hukuk düzenlerinde evlât edinme kurumu düzenlenmemiştir⁶⁹. Böylelikle *lex fori*'ye göre yapılacak vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk menfaatlerine uygun bir sonuç doğurmaması ihtimali ile karşılaşılabılır. *Lex fori* vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk menfaatine uygun olmaması halinde yalnızca hukuki olay ve ilişki ile bağlantılı hukuk düzenleri dikkate alınarak karşılaştırmalı hukuk aracılığıyla milletlerarası özel hukuk bakımından vasıflandırmanın yapılması gerektiği kabul edilmelidir⁷⁰.

Koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkiden doğan ihtilâflara uygulanacak hukuka ilişkin doktrindeki ikinci görüşe göre, çocuk ile aile arasındaki ilişkinin soybağı kurup kurmamasına yönünde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bu görüşe göre, çocuk ile soybağını kuran ilişkiler düzenlendikleri ülke hukuklarında evlât edinme olarak

66 *Kopf and Liberda v. Austria* App no 1598/06 (ECtHR, 17 April 2012).

67 Kefalat (kafalah), İslam hukukuna tabi olan ülkelerde kabul edilen bir kurumdur. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme başta olmak üzere çocuk haklarına ilişkin olan uluslararası metinlerde alternatif koruma yöntemi olarak düzenlenmiştir. Mia Dambach and Jeannette Wöllenstein-Tripathi, *Kafalah: Preliminary analysis of national and cross-border practices* (International Social Service 2020) 11.

68 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 216.

69 Nomer (n 50) 281; Tekinalp (n 30) 181; Çelikel and Erdem (n 32) 320; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 216; Doğan (n 50) 354; Can and Tuna (n 50) 375.

70 Nomer (n 50) ; Doğan (n 50) 223-224.

nitelendirilmeseler bile MÖHUK m. 18'in kapsamına gireceklerdir. Bununla birlikte eğer çocuk ile soybağı kurulmayan bir ilişki söz konusu ise aradaki ilişki vesayet ilişkisi olarak değerlendirilmeli ve MÖHUK m. 10'a⁷¹ göre uygulanacak hukuk tespit edilmelidir⁷².

Bu noktada kanımızca koruyucu aile kurumunun evlât edinme ilişkisine yaklaşıp yaklaşmadığını değerlendirirken koruyucu aile ilişkisinin süresi ve koruyucu ailenin çocuğu daha sonra evlât edinmek istemesi kriterlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Türk hukukunda çocuğun evlât edinilebilmesi için aranan evlât edinilecek küçüğün bir yıl süreli bakım ve eğitimi için evlât edinme başvurusu uygun görülen kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesi öncesinde bu kişiler ile geçici bakım sözleşmesi imzalanması yönündeki uygulama, çocuğun geçici süre ile koruyucu aile yanına yerleştirilmesi ile benzerlik taşması nedeniyle, koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkinin evlât edinme kurumuna yaklaştığı yönünde yorum yapılabilecektir. Böylelikle koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide, soybağı kurulmasa da aradaki ilişki evlât edinme ilişkisine yaklaştığı ölçüde milletlerarası özel hukuk bakımından evlât edinme olarak vasıflandırılmalı ve MÖHUK m. 18'in uygulama alanına girmelidir. Bu yönde bir vasıflandırma yapılması halinde, çalışmamızda incelediğimiz AİHM kararlarında koruyucu aile ilişkisini aile hayatı kabul eden içtihatlar ile de görüş birliği sağlanmış olunacaktır⁷³.

a. Koruyucu Aile Yanına Yerleştirilen Çocuğun Ad ve Soyadına İlişkin İhtilaflara Uygulanacak Hukuk

Türk hukukunda koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide çocuğun adı ve soyadının belirlenmesi yönünde maddi hukuk kuralı bulunmamaktadır. Türk hukukunda bu yönde düzenleme olmamakla birlikte, yabancı hukukta koruyucu ailenin çocuğun adı ve soyadını belirleme yetkisinin varlığı halinde milletlerarası özel hukuk alanında bir ihtilâf doğması ihtimal dahilindedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk milletlerarası özel hukukunda gerçek kişilerin ad ve soyadlarına uygulanacak hukuka ilişkin de MÖHUK'da özel bir bağlama kuralı düzenlenmemiştir. Koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkinin evlât edinme olarak vasıflandırılması halinde kişilerin ad ve soyadından doğan bir ihtilâf olması durumunda MÖHUK bakımından ad ve soyada uygulanacak hukuka ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından ad ve soyadın koruyucu aile ilişkisine bağlı olarak kazanılması,

71 Bu başlık altında ele aldığımız konu koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkiden doğan ihtilâflara uygulanacak hukuk olması nedeniyle, MÖHUK m. 10 kapsamında vesayet yönünde bir vasıflandırma yapıldığı takdirde MÖHUK m. 10(3) hükmüne göre uygulanacak hukuk belirlenmelidir. Nitekim, MÖHUK m. 10'nun birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen konular vesayet kararının verilmesi ve sona erdirilmesine ilişkindir. Bunun dışında kalan vesayete ilişkin hususlar m. 10(3) uyarınca Türk hukukuna tabi kılınmıştır.

72 Pürselim (n 8) 332.

73 şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 216.

kaybedilmesi veya değiştirilmesi halinde uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 18(3)'de düzenlenen evlât edinmenin hükümlerinin tabi olduğu hukuka göre belirlenmelidir. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, ad ve soyadın kazanılması, kaybedilmesi veya değişmesine neden olan hukuki ilişki üzerinden hareket edilerek uygulanacak hukuk belirlenmelidir⁷⁴. MÖHUK m. 18(3) uyarınca evlât edinmenin hükümleri evlât edinmenin milli hukukuna, eşlerin birlikte evlât edinmesi halinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabi kılınmıştır. Böylelikle koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun ad ve soyadına ilişkin ihtilâflara uygulanacak hukuk koruyucu aile olarak tayin edilen kişinin milli hukuku, koruyucu ailenin evli kişiler olarak tayin edilmiş olması halinde evliliğin genel hükümlerini düzenleyen MÖHUK m. 13(3) uyarınca eşlerin müşterek milli hukuku, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bu da yok ise Türk hukuku olacaktır. Bununla birlikte doktrinde kişinin adına ve evlâtlığın soyadına, ilgilinin milli hukukunun uygulanması gerektiğini ileri süren bir görüş de bulunmaktadır⁷⁵. Bu görüşün yanında özellikle evlâtlığın soyadına uygulanacak hukuk bakımından en sıkı ilişkili olan ve evlâtlığın menfaatini en çok koruyan bağlama noktasının evlâtlığın milli hukuku yanında evlât edinilen kişinin mutad mesken hukukunun olduğu da ileri sürülmüştür⁷⁶. Gerçekten de, kanunlar ihtilâfı kurallarının amacı milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini tesis etmektir. Özellikle de çocuk olan evlâtlığın, çalışmamız bakımından ise koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun adı ve soyadına ilişkin bir ihtilâfta çocuğun menfaatinin dikkate alınarak şahsi statünün uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

b. Koruyucu Aile ile Çocuk Arasında Mirasa İlişkin İhtilâflara Uygulanacak Hukuk

Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun ad ve soyadına ilişkin ihtilâflara uygulanacak hukukun tespitinde karşılaştığımız hukuki problem, koruyucu aile ile çocuk arasında miras ilişkisinin kurulması yönünde de gündeme gelebilecektir. Her ne kadar Türk hukukuna göre koruyucu aile ile çocuk arasında miras ilişkisi kurulmasa da yabancı hukukta koruyucu aile ile çocuğun birbirlerinin mirasçısı olma imkânı tanınmış olabilir. Çalışmamızın bir önceki bölümünde ulaştığımız sonuç, koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide soybağı kurulmasa da milletlerarası özel hukuk bakımından vasıflandırma yönteminden yola çıkarak bu ilişkinin evlât edinme ilişkisine yaklaştığı ölçüde evlât edinme olarak vasıflandırılması ve MÖHUK m. 18'in uygulama alanına girmesi gerektiği yönündeydi.

74 Nomer (n 50) 228; Tekinalp (n 30) 127; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 141; Doğan (n 50) 210; Emre Esen, 'Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler' (2004) 24(1-2) MHB 439, 446; Zeynep Derya Tarman, 'Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'daki Boşluk: Ada Uygulanacak Hukuk' (2017) 66(2) AÜHFD 461, 472.

75 Hatice Selin Pürselim Arning, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad* (Adalet 2014) 378.

76 Tarman (n 74) 475.

Koruyucu aile ile çocuğun birbirlerine mirasçı olabilmelerine ilişkin bir ihtilâfta uygulanacak hukukun tespitinde, mirasa uygulanacak hukuk ile evlât edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuktan hangisinin dikkate alınması gerektiği yönünde bir soru ile karşılaşılmaktadır. Evlât edinme sonucunda evlâtlık ile evlât edinenin birbirlerine mirasçı olabilmesi noktasında doktrinde iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, evlât edinmede mirasçılığa ilişkin uyumsuzluklara uygulanacak hukuk mirasa uygulanacak hukuka göre belirlenmelidir⁷⁷. Bizim de katıldığımız ikinci görüş uyarınca, evlât edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuk (MÖHUK m. 18(3)) ile mirasa uygulanacak hukuk (MÖHUK m. 20(1)) birlikte uygulanmalıdır. Her iki statü uyarınca evlâtlık ile evlât edinenin birbirlerine mirasçı olabileceği sonucuna ulaşıldığı takdirde uyumsuzluk mirasa uygulanacak hukuka göre çözümlenmelidir⁷⁸. Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk ile koruyucu aile arasında doğan mirasa ilişkin uyumsuzluklar bakımından da evlât edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuk ile mirasa uygulanacak hukuk birlikte uygulanarak çocuk ile koruyucu ailenin birbirlerinin mirasçısı olup olamayacağı yönünde bir değerlendirme yapılarak uygulanacak hukuk miras statüsüne göre tespit edilmelidir.

Sonuç

Anayasamızda ve milletlerarası sözleşmelerde öncelikli ilke çocuğun anne ve babası tarafından bakılması ve korunmasıdır. Ancak çocuğun üstün menfaati nedeniyle anne ve babasının yanından alınmasını gerektiren ya da çocuğun anne ve babasının yanında bulunamadığı durumlar meydana gelebilir. Bu gibi durumlarda çocuk, geçici bir süre ile koruyucu aile yanına yerleştirilebilir.

Türk mahkemeleri önünde koruyucu aile kurumuna ilişkin yabancılik unsuru taşıyan uyumsuzluklar ile karşılaşılması muhtemeldir. Yabancı ülkede Türk vatandaşı çocuğun yabancı koruyucu aile yanına yerleştirilmesi, yabancı ülkede çocuk ile koruyucu aile arasında kurulan koruyucu aile ilişkisinden doğan bir ihtilâfın Türk mahkemeleri önüne gelmesi, Türkiye’de yabancı bir çocuğun Türk vatandaşı koruyucu aile yanına yerleştirilmesi örneklerinde gördüğümüz üzere milletlerarası özel hukukta koruyucu aile kurumuna uygulanacak hukuka ilişkin meseleler ile karşı karşıya kalınacaktır.

Koruyucu aile kurumundan doğabilecek ihtilâfları nitelik itibarıyla ikili bir ayrıma tutmak mümkündür. Bunlardan ilk grup çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesine, koruyucu aile kurumunun uygulanmasına ve değiştirilmesine ilişkin ihtilâflar ve ikinci grup ise koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkiden doğan ihtilâflar olmak üzere sınıflandırılabilir.

77 Nomer (n 50) 285; Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat 2010) 141.

78 Tekinalp (n 30) 187; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2001) 225; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 224; Doğan (n 50) 373; Can and Tuna (n 50) 378.

Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesine, koruyucu aile kurumunun uygulanmasına ve değiştirilmesine ilişkin ihtilâfa uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için öncelikle hâkim tarafından hukuki ilişkinin vasıflandırılması gerekmektedir. Milletlerarası özel hukukta çoğunlukla kabul edilen ve bizimde çalışmamızda dikkate aldığımız vasıflandırma yöntemi, hâkimin hukukuna göre (*lex fori*) vasıflandırmadır. *Lex fori* vasıflandırmadan hareket ile Türk hukukuna göre çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi yönünde alternatif bakım yöntemine başvurulması, koruma tedbirini nitelendirilmektedir. Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi yönünde tedbirin alınması, bunun uygulanması ya da değiştirilmesi yönünde ortaya çıkan yabancılık unsuru taşıyan bir ihtilâfa uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK m. 1(2) gereği öncelikle 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 15'e göre yapılmalıdır. Sözleşme'nin m. 15 hükmüne göre, akit devletler koruma tedbirine ilişkin Sözleşme'den doğan yetkilerini kullanırken kendi hukuklarını uygulayacaklardır.

Koruyucu aile kurumundan doğabilecek ikinci ihtilâf grubu, koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide ad, soyad ve miras ilişkisinden doğan uyumsuzluklardır. Belirtilen konular 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin konu itibariyle uygulama alanı dışında bırakılması nedeniyle söz konusu ihtilâflara uygulanacak hukukun MÖHUK tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Türk milletlerarası özel hukukunda koruyucu aile kurumuna ilişkin özel bir bağlama kuralına MÖHUK'da yer verilmemiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre Türk hâkimi önüne gelen yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkiyi öncelikle *lex fori*'ye vasıflandırmalıdır. Çalışmamızda tespit ettiğimiz üzere, Türk hukukuna göre koruyucu aile, çocuk ile soybağı ilişkisi kurulmadan ve çocuğun üzerinde velayet hakkına sahip olmadan çocuğun bakımını geçici süre ile üstlenen kişi ya da kişilerdir. Böylelikle koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkinin geçici olması ve bu ilişki ile koruyucu aile ve çocuk arasında hısımlık ilişkisinin kurulmaması nedeniyle koruyucu aile ile evlât edinme ilişkileri birbirinden farklılaşmaktadır.

Her ne kadar evlât edinme ile koruyucu aile kurumu arasında farklılıklar bulunsa da doktrinde evlât edinme ile koruyucu aile kurumu arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu noktada milletlerarası özel hukuk bakımından vasıflandırma yönteminden de yola çıkarak koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkinin evlât edinme ilişkisine yaklaşp yaklaşmadığı değerlendirilmelidir. Türk hukukunda çocuğun evlât edinilebilmesi için aranan evlât edinilecek küçüğün bir yıl süreli bakım ve eğitimi için evlât edinme başvurusu uygun görülen kişi veya eşlerin yanına yerleştirilmesi öncesinde bu kişiler ile geçici bakım sözleşmesi imzalanması yönündeki uygulama, çocuğun geçici süre ile koruyucu aile yanına yerleştirilmesi ile benzerlik taşıması, AİHM kararlarında koruyucu aile ilişkisini aile hayatı kabul eden içtihatların göz önünde bulundurulması ile koruyucu aile ve çocuk arasındaki ilişkinin evlât edinme kurumuna yaklaştığı yönünde yorum yapılabilecek ve uygulanacak hukuk MÖHUK m. 18 ışığında belirlenebilecektir.

Koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide çocuğun adı ve soyadı ve mirasa ilişkin uyuşmazlıkların doğabileceğini belirtmiştik. Türk hukukunda koruyucu aile tarafından çocuğun ad ve soyadının belirlenmesi yönünde düzenleme olmamakla birlikte, yabancı hukukta koruyucu ailenin çocuğun adı ve soyadını belirleme yetkisi tanınmış olabilir. Böyle bir durumda koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkinin evlât edinme olarak vasıflandırdığımızda, MÖHUK bakımından ad ve soyada uygulanacak hukuka ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından ad ve soyadın koruyucu aile ilişkisine bağlı olarak kazanılması, kaybedilmesi veya değiştirilmesi halinde uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 18(3)'de düzenlenen evlât edinmenin hükümlerinin tabi olduğu hukuka göre belirlenmelidir.

Koruyucu aile yanına yerleştiren çocuğun, ad ve soyadının koruyucu aile tarafından belirlenmesine yönelik uyuşmazlıkların yanında, koruyucu aile ile çocuk arasında miras ilişkisinin kurulması yönünde uyuşmazlıklar ile de karşılaşılması muhtemeldir. Her ne kadar Türk hukukuna göre koruyucu aile ile çocuk arasında miras ilişkisi kurulmasa da yabancı hukukta koruyucu aile ile çocuğun birbirlerinin mirasçısı olma imkânı tanınmış olabilir. Koruyucu aile ile çocuğun birbirlerine mirasçı olabilmelerine ilişkin bir ihtilâfta uygulanacak hukukun tespitinde, evlât edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuk ile mirasa uygulanacak hukuk birlikte uygulanarak çocuk ile koruyucu ailenin birbirlerinin mirasçısı olup olamayacağı yönünde bir değerlendirme yapılarak uygulanacak hukuk miras statüsüne göre tespit 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

Akgül Ş, *'Küçüklerin Evlât Edinilmesi ve Koruyucu Aile Kavramı'* (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Medeni Hukuk Anabilim Dalı 2019).

Akıncı Z and Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat 2010).

Akıntürk T and Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku* (21st edn, Beta 2019).

Altıparmak AK, *'Velayet Uyuşmazlıklarında Yeni Bir Dönem mi? 1996 Tarihli Lahey Velayet Sözleşmesi Hakkında Bir İnceleme'* (2020) 6(2) AndHD 411-433.

Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi* (2019) 59 <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf> accessed 27 July 2021.

Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2001).

- Baysal B, 'Çocuğun Üstün Yararı İlkesi ve Koruyucu Aile Kurumu' (2012) 8(95-96) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-26.
- Can H and Tuna E, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th edn, Adalet 2019).
- Corneloup S. and others, *Children On the Move: A Private International Law Perspective* (2017) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU\(2017\)583158_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU(2017)583158_EN.pdf)> accessed 02 August 2021.
- Çağlayan Aygün G, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Evlât Edinme ve Sonuçları* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2021).
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021).
- Çörtoğlu Koca S, 'Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu' (2016) 20(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209-268.
- Dambach M and Wöllenstein-Tripathi J, *Kafalah: Preliminary analysis of national and cross-border practices* (International Social Service 2020).
- Doğan R, 'Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği' (2013) 2 Ankara Barosu Dergisi 148-170.
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Savaş Yayınevi 2021).
- Dural M, Ögüz T and Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (15th edn, Filiz Kitabevi, 2020).
- Ekşi N, 'Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi' (2009) 11(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1139-1168.
- Esen E, 'Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler' (2004) 24(1-2) MHB 439-450.
- Gemalmaz MS, *Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusalüstü Belgeler* (1st edn, İstanbul Barosu Yayınları 2002).
- Giray FK, '19 Ekim 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk' (2020) 40(1) PPIL 353-399.
- Grassinger GE, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması için Alınacak Tedbirler* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2009).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021).
- Handbook on European Law relating to the Rights of the Child, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe* (2015) <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/handbook-european-law-relating-rights-child>> accessed 28 July 2021.
- Lagarde P, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention* (HCCH Publications 1998) <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2943>> accessed 22 September 2021.
- Lazic V and others, *Regulation Brussels IIbis: Guide for Application* (2018) <<https://www.asser.nl/media/5260/cross-border-proceedings-guide-for-application.pdf>> accessed 02 August 2021.
- Kılınc AN, 'Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukuki İlişkinin Değerlendirilmesi' (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1217-1261.

- Kurtuluş Akbulut S, *Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Aracılığıyla Evlât Edinme ve Koruyucu Aile Kurumu* (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı 2011).
- Mortaş S, *ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması* (Adalet Yayınevi 2016).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Pürselim HS, 'Milletlerarası Evlât Edinmeye Uygulanacak Hukuk' in Tuğrul Aktaş (ed) VII. *International Multidisciplinary Congress of Eurasia-IMCOFE'19 Proceeding&Abstract Book* (2019) 328-336.
- Pürselim Arning HS, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad* (Adalet 2014).
- Ruhi C and Ruhi AC, *Velayet Hukuku* (Seçkin 2017).
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2nd edn, Vedat 2017).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021).
- Tanrıbilir FB, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları* (Yetkin Yayınları 2011).
- Tarman ZD, 'Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'daki Boşluk: *Ada Uygulanacak Hukuk*' (2017) 66(2) 461-490.
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk* (13th edn, Vedat Kitapçılık 2020).
- Tiryakioğlu B, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme' in Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını 1999) 381-424.
- Uluocak N, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi' (1996) 16(1-2) MHB 119-127.
- Ulus-Karataş AE, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi' (2017) 37(2) MHB (Prof. Dr. Yücel Sayman'a Armağan) 1073-1183.
- Usta S, 'Koruyuculuk mu, Evlâtlık mı? Bir Çocuk Bakım ve Koruma Modeli Olarak Koruyucu Aile ve Türkiye Uygulaması' in Yasemin Güllüoğlu Altun (ed) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı (2018) 21-57.



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 05.03.2020
Revizyon Talebi: 12.03.2020
Son Revizyon: 07.09.2021
Kabul: 19.11.2021
Online Yayın: 04.01.2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Uluslararası Hukukta Salisbury Olayının İncelenmesi

Analyzing the Salisbury Incident under International Law

Selman Özdan* , Büşra Beydüz** 

Öz

4 Mart 2018 tarihinde İngiltere'nin Salisbury kentinde Sergei Skripal (eski Rus ajanı) ve kızı Yulia Skripal bilinci kapalı bir şekilde bulunmuşlardır. Yetkili mercilerin incelemesi ve araştırması sonucu Sergei Skripal ve kızının Novichok isimli sinir gazına maruz kaldıkları tespit edilmiştir. İngiltere Hükümeti kullanılan gazın çeşidi ve elde edilen delillerden yola çıkarak Rusya'nın bu zehirlenme vakasından sorumlu olabileceğini ifade etmiştir. Rusya olayı üstlenmemesine rağmen iddiaların aksini kanıtlayabilecek güçlü bir delil ileri sürememiştir. Salisbury olayı, basit bir zehirlenme vakasından öteye geçerek uluslararası bir krize dönüşmüş ve kuvvet kullanma yasağı, meşru müdafaa ve silahlı saldırı konularında uluslararası hukuk altında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu kapsamda, Novichok gazı özelinde sinir gazı kullanımının uluslararası hukuka uygunluğunun incelenmesi, olayın kuvvet kullanma yasağına ilişkin değerlendirilmesi için önem arz etmektedir. BM Sözleşmesi madde 2(4) dikkate alınarak, Salisbury olayında incelenecek önemli hususlardan diğeri ise, kuvvet kullanma konusunda bir eşğin var olup olmadığıdır. Salisbury olayından Rusya Hükümeti'nin sorumlu olduğu varsayımında, incelenmesi gereken diğer önemli bir husus bu olayın BM Sözleşmesi madde 51'de düzenlenen meşru müdafaa hakkı dâhilinde silahlı saldırı boyutuna ulaşmış olmasıdır.

Anahtar Kelimeler

Salisbury, kuvvet kullanma yasağı, silahlı saldırı, meşru müdafaa, Novichok

Abstract

On March 04, 2018, Sergei Skripal (former Russian spy) and his daughter, Yulia Skripal, were found unconscious in Salisbury in the United Kingdom. An investigation by the authorities found that Skripal and his daughter had been exposed to Novichok nerve agent. The UK Government claimed it was highly likely that the Russian government was responsible for the poisoning. The Russian government dismissed the allegations. Nonetheless, the Salisbury case has become an international crisis. This case has been analyzed in the context of various international legal principles, including prohibition of the use of force, self-defense, and armed attack. The prohibition of the use of force, for example, requires an examination of the compatibility of nerve agent use (in particular Novichok nerve agent) with international law. In the Salisbury incident, one important question is whether there is a threshold for the use of force in respect of Article 2(4) of the United Nations (UN) Charter. Assuming the Russian government is responsible for the Salisbury incident, another crucial issue is whether the Salisbury incident is tantamount to an armed attack for the purposes of Article 51 of the UN Charter, invoking the UK's right to forcible self-defense.

Keywords

Salisbury, the prohibition of the use of force, armed attack, self-defense, Novichok

* Sorumlu Yazar: Selman Özdan (Dr. Öğr. Üyesi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Samsun, Türkiye. E-posta: selmanozdan@gmail.com ORCID: 0000-0002-1002-0625

** Büşra Beydüz (Arş. Gör.), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, Türkiye. E-posta: busrabeyduz@erciyes.edu.tr ORCID: 0000-0003-3567-6740

Atf: Özdan S, Beydüz B, "Uluslararası Hukukta Salisbury Olayının İncelenmesi" (2022) 42(1) PPII 27.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.000006>



Extended Summary

International law is a collection of legal rules and principles governing relations between sovereign States and other entities. These norms and rules are required not only during peacetime, but also during wars and armed conflicts. The United Nations (UN) Charter can be accepted as the most prominent legal document in history that addresses the legal requirements to promote peaceful relations between nation States. The extensive prohibition of the use of force, as stated in Article 2(4) of the UN Charter, compels member States to “*refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*” The prohibition of the use of force is a vital initiative to prevent war under international law, although it remains one of the most contentious issues in international law.

Although the prohibition of use of force in international relations is comprehensively codified under general international law, there exists two generally accepted exceptions. The first is action taken under the auspices of the UN Security Council’s authorization to use of force under Chapter VII Article 42 of the UN Charter. It states that “*Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations.*” The second exception is the right to use of force under Article 51 of the UN Charter in individual or collective self-defense. Article 51 accordingly states that “*Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.*” In this paper, the Salisbury incident is analyzed by virtue of the principle of prohibition of the use of force and the principle of self-defense, as legal terms under UN Charter.

The facts of the Salisbury incident can be summarized as follows: On 4 March 2018, Sergei Skripal (a former Russian military intelligence officer) and his daughter, Yulia Skripal, were found unconscious on a park bench in Salisbury in the United Kingdom. After investigation by the authorities, including scientists from the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons (OPCW), it was confirmed that Skripal and his daughter had been exposed to Novichok nerve agent. Novichok nerve agent, according to scientists, is highly potent and exposure is fatal. This concoction was not legally

prohibited, but the OPCW in 2019 had agreed that member States would categorize the group of nerve agents known as Novichoks as chemical weapons, adding them to the Chemical Weapons Convention's list of controlled substances. This change was one of the major amendments to the convention since it had first been signed.

The UK Government (Theresa May—former Prime Minister of the UK) claimed that it was highly likely that the Russian government was responsible for the double murder. The Russian government dismissed the allegations and declined to take responsibility for the killings. The Salisbury case therefore became an international crisis.

This case has been analyzed in the context of various international legal principles, including prohibition of the use of force, self-defense, and armed attack. The prohibition of the use of force, for example, requires an examination of the compatibility of nerve agent use (in particular Novichok nerve agent) with international law. In the Salisbury incident, one important question is whether there is a threshold for the use of force in respect of Article 2(4) of the UN Charter.

The main issue, therefore, is whether the Salisbury incident could be interpreted as use of force in the legal sense. Some scholars reject such a threshold under public international law. That being said, they argue that the Salisbury incident would be considered as an illegitimate use of force once it was confirmed that a State was behind the incident. Other commentators, however, assert that there should be a weighty threshold for the use of force under Article 2(4) of the UN Charter. Accordingly, they assert that small-scale use of force should not be defined as force under Article 2(4) even though small-scale incidents might transgress human rights and sovereign rights of a State.

Assuming the Russian government is responsible for the Salisbury incident, another crucial issue is whether the Salisbury incident is tantamount to an armed attack under Article 51 of the UN Charter, hence invoking the UK's right to forcible self-defense.

Although the Novichok nerve agent is potentially high risk, the incident does not amount to an armed attack since only a few people were affected and targeted by the poison. Therefore, it can be argued that the UK Government does not have a right to respond in self-defense.

Uluslararası Hukukta Salisbury Olayının İncelenmesi

Giriş

Devletler toplumsal bir düzenin sağlanması amacıyla iç hukuklarında düzenlemeler yapmışlardır. Benzer şekilde uluslararası hukuk da devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde bir düzen getirmek için oluşturulmuştur¹. Devletlerarası ilişkiler her zaman barışçıl şartlarda olmayıp, bu ilişkiler dâhilinde çatışma ve savaş hali doğal olarak var olmuştur. Geçmişten günümüze kadar gelen ve içeriğinde savaş da barındıran kuvvet kullanımı (*use of force*) uluslararası hukukta düzenlenmiş ve ilişkilere belirli bir düzen getirmeye çalışan önemli hukuki terimlerden bir tanesidir. Kuvvet kullanma yasağına (*prohibition of the use of force*) ilişkin düzenlemeler de uluslararası hukukun en tartışmalı konulardan biri olmuştur.

Savaşın tarihesinin ilk çağlara kadar uzanması kuvvet kullanımını yeni bir terim olmaktan çıkarmaktadır. Fakat özellikle ilk dönemlerde savaşın kanuniliğinden ziyade nasıl yürütülmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. 19. yüzyılın sonlarına kadar, savaş hakkı, egemen bir devletin çıkarlarını elde etmek ya da ihlal edildiğini düşündüğü bir hakkını korumak amacıyla başvurabileceği bir yol olarak kabul edilmiştir².

Savaşa başvuruyu kısıtlayan konferans çalışmaları ve kodifikasyon çabaları tarihte yer bulmuş ve uluslararası düzeyde desteklenmiş fakat başarı elde edilememiştir. 1899-1907 Lahey Sözleşmeleri (The Hague Conventions) barışı teşvik eden yeni kuralları getirmiş fakat 1914'te savaşın başlamasına engel olamamıştır. Kuvvet kullanımı için uluslararası örgütlerce getirilen ilk sınırlamalar Milletler Cemiyeti'nin kurulmasının ardından olmuştur. Milletler Cemiyeti Misakı, devletlerin kuvvet kullanımına başvurmadan evvel barışçıl yollara başvurması gerektiğini düzenlemiştir³. Bu yöntemler başarısızlıkla sonuçlanırsa devletler savaşa başvurabilmekteydi⁴. Milletler

1 Enver Bozkurt, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanılması* (3rd edn, Asil 2007) 5. 20. yüzyıl ve sonrasında baktığımızda uluslararası hukukun aktörlerinin sadece devletler olmadığını bireylerin, uluslararası örgütlerin ve sivil toplum örgütlerinin de bu aktörlerden bazıları olduğunu kabul etmek de ulus devlet uluslararası hukukun en önemli aktörü ve nüvesi olma özelliğini idame ettirmektedir.

2 Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş* (4th edn, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1975) 407.

3 Milletler Cemiyeti Misakı'nın 12. maddesine göre, "Cemiyet'in bütün üyeleri, aralarında ilişkilerin kesilmesine varabilecek nitelikte bir anlaşmazlık çıkarsa, bu anlaşmazlığı ya hakemliğe ya da Konseyin incelemesine sunmayı kabul etmektedirler. Cemiyet Üyeleri, hakemlerin kararından ya da Konseyin raporundan sonra üç aylık bir süre geçinceye kadar, hiçbir durumda savaşa başvurmamayı da kabul ederler. Bu maddede öngörülen tüm durumlarda, hakemlerin hükümlerinin veya yargısal kararların makul süre içinde verilmesi ve Konsey raporunun, anlaşmazlık Konsey'e sunulduğu günden başlayarak, altı ay içinde hazırlanmış bulunması gerekir". *The Covenant of the League of Nations* (Milletler Cemiyeti Misakı) (1919). İlgili metnin Türkçesi için bkz. A. LeRoy Bennett ve James K. Oliver, *Uluslararası Örgütler, İlkeler ve Meseleler* (çev. Nasuh Uslu, BB101 2015) 532.

4 Milletler Cemiyeti Misakı'nın 16. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Cemiyet üyelerinden biri, 12., 13. ya da 15. maddelerdeki yükümlülüklerine aykırı olarak savaşa başvurursa, Cemiyet'in bütün öteki üyelerine karşı, bu davranışıyla ipso facto bir savaş eyleminde bulunmuş sayılır. Bu üyeler onunla, ticaret ya da mali ilişkilerini hemen kesmeyi, kendi uyruklarıyla Misak'a aykırı davranan Devletin uyrukları arasında her türlü ilişkileri yasaklamayı ve Misak'a aykırı davranan bu Devletin uyrukları ile, Cemiyet üyesi olsun ya da olmasın, başka herhangi bir Devletin uyrukları arasında ticaret, mali ilişkileriyle kişisel ilişkileri kesmeyi yükümlenirler". *The Covenant of the League of Nations* (n 3) 534.

Cemiyeti Misakı'ndan sonra imzalanan Kellog-Briand Paktı'nın⁵ 1. maddesinde ise savaşa başvurmak açıkça hukuka aykırı sayılmıştır: “*Taraf devletlerin, uluslararası sorunların çözümünde savaşa başvurmayı kınadıklarını ve diğer devletlerle olan ilişkilerinde savaşı ulusal politikalarının bir aracı olarak tamamen ortadan kaldırdıklarını kararlaştırmaktadır*”⁶.

Uluslararası hukukta kuşkusuz kuvvet kullanımını yasaklayan ve günümüzde geçerli olan en önemli sözleşme Birleşmiş Milletler (BM) Sözleşmesi'dir. II. Dünya Savaşı'nın ağır sonuçları, o dönemde faaliyet gösteren Milletler Cemiyeti'nin başarısızlığını ortaya çıkarmış ve farklı bir oluşum arayışına girilmiştir. 1945 yılında elli bir devletin imzalamasıyla kabul edilen BM Sözleşmesi'nde kuvvet kullanımını yasaklanmıştır. Özellikle devlet sınırlarını genişletmek ve diğer devletlerin hükümetlerini değiştirmek maksadıyla kuvvet kullanımının sözleşmeye aykırı olduğu belirtilmiştir⁷. BM Sözleşmesi'nin kuvvet kullanımını yasaklayan fıkrası (2/4) şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Teşkilâtın Üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir surette, tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar.”*⁸

Hüküm ile yasaklanan kuvvet kullanımının oluşması iki koşulun gerçekleşmesi halinde olur. İlk koşul amaçsal niteliktedir. Buna göre, devletin toprak bütünlüğüne, siyasal bağımsızlığına, BM'nin amaçlarına karşı kuvvet kullanılamaz. Bununla birlikte bu üç şarttan birini taşımayan kuvvet kullanma durumu için açık bir düzenleme yapılmamıştır⁹.

5 ABD Dışişleri Bakanı Kellog ile Fransa Dışişleri Bakanı Briand arasında başlayan görüşmeler neticesinde Kellog-Briand Paktı imzalanmıştır. Özellikle savaşın önlenmesi amacıyla imzalanan bu antlaşma diğer devletlerin katılımına da açık tutulmuştur. 1928 yılında imzalanan Pakı'a göre, savaşa başvurmak açıkça yasaklanmıştır. Savaşın Ulusal Politika Aracı Olarak Yasaklanmasına İlişkin Genel Anlaşma, Kellog-Briand Paktı (General Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy, Kellog-Briand Peace Pact) (signed 27 August 1928, entered into force 24 July 1929) 94 LNTS 57.

6 Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı* (9th edn, Seçkin 2018) 329; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (4th edn, Seçkin 2017) 108.

7 Bozkurt (n 1) 11. Kuvvet kullanma yasağı başka uluslararası belgelerde de belirtilmiştir. Örneğin, 2 Eylül 1947 tarihinde imzalanan ve 1948'de yürürlüğe giren Rio Antlaşması'nın (Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance) 1. maddesi sözleşmeye taraf devletlerin, BM Sözleşmesi veya Rio Antlaşması hükümlerine aykırı herhangi bir şekilde kuvvet kullanımına veya tehdidine başvurmamayı taahhüt ettiklerini ifade eder. Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (signed 2 September 1947, entered into force 12 March 1948) 21 UNTS 77. BM ayrıca BM Sözleşmesi Uyarınca Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirgesi'nin 24 Ekim 1970 tarihli ekinin başlangıç kısmında bütün devletlerin, uluslararası ilişkilerinde herhangi bir devletin ülke bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanma tehdidinde bulunmaktan veya kuvvet kullanmaktan kaçınmalarının zorunlu olduğunu belirtmektedir. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, Annex to GA Res. 2625, UN GAOR, 25th Sess. Supp. No. 28, 121, UN Doc. A/8028 (24 October 1970).

8 Sanfransisko'da 26 Haziran 1945 Tarihinde Yapılmış ve İmzalanmış Olan Birleşmiş Milletler Andlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün Onanması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4801 Kabul Tarihi: 15.8.1945 RG, 24.8.1945/6092 <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf>> Erişim Tarihi 21 Ocak 2021.

9 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (12th edn, Turhan 2012) 518.

BM Sözleşmesi ile getirilen yasağın ikinci koşulu ise eylemlerin niteliğine ilişkindir. Yasaklanan kuvvet kullanmanın hangi eylemleri kapsadığı konusunda tartışma bulunmaktadır¹⁰. Bu sınırın belirlenmesinde kuvvet kullanma eşiği kavramı yardımcı olmaktadır. Bu konunun değerlendirilmesi çalışmamızın esas araştırma konularından biridir.

BM Sözleşmesi'nin kabul edilmesi ile birlikte savaşı gayri hukukileştirme niyetinin ortaya çıktığı görülmektedir. Devletler, tüm çekişmeli hadiseleri öncelikli olarak barışçıl yöntemlerle çözüme yükümlülüğünü kabul etmiştir. Ayrıca, devletler, uluslararası ilişkiler çerçevesinde hem kuvvet kullanma tehdidinden hem de bu yola başvurmaktan kaçınmışlardır. Kuvvet kullanma durumu her ne kadar belirtilen kapsamda yasaklanmış olsa da bazı istisnai durumlarda kuvvet kullanmaya izin verilmiştir. BM Sözleşmesi bu anlamda iki istisnai durum sunmaktadır. İlk olarak, BM Güvenlik Konseyi barışı ve güvenliği sağlamak için Devletleri kuvvet kullanmaya yetkilendirebilir. Sözleşmenin VII. Bölümünde belirtilen müşterek güvenlik sistemi dâhilinde Güvenlik Konseyi barışın ihlali, tehdidi veya saldırı eylemi olduğu durumlarda önlem alabilmektedir. Askeri eylemlerin yetkilendirilmesi de bu tür önlemler dâhilindedir.

İkinci istisnai durum ise, devletlerin silahlı saldırılara karşı meşru müdafaa dâhilinde kuvvet kullanma eylemine başvurabilmesidir¹¹. Meşru müdafaa, bir devletin başka bir devletçe kendisine karşı silahlı saldırı boyutuna ulaşmış kuvvet kullanma yasağına aykırı faaliyetlere karşı ani ve doğal olarak kuvvet kullanma aracılığıyla karşılık vermesidir. Meşru müdafaa hakkı bireysel veya müşterek olarak kullanılabilir. Meşru müdafaa hukuki olabilmesi için silahlı saldırıya karşılık verilen kuvvet kullanma eylemi hem gereklilik hem de orantılılık şartlarını taşımaktadır. Gereklilik ifadesinden kasıt saldırının engellenmesi için başka bir yolun kalmaması, orantılılık ise saldırıyı durduracak ve etkilerini engelleyecek düzeyde kuvvete başvurulmasıdır¹². BM Sözleşmesi'nin 51. maddesi meşru müdafaa hakkının doğal bir hak olduğunu belirtip, koşullarını düzenlemiştir¹³. Bu maddeye göre;

*“İş bu Andlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler Üyelerinden birinin silâhlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Meclisi milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazası için lüzumlu tedbirleri alıncaya kadar, tabii olan münferit veya müşterek meşru müdafaa hakkına hâlel getirmez. Bu meşru müdafaa hakkını kullanarak Üyelerin aldığı tedbirler derhal Güvenlik Meclisine bildirir ve Meclisin, işbu Andlaşmaya dayanarak milletlerarası barış ve güvenliğin muhafaza veya iadesi için lüzumlu göreceği şekilde her an hareket etmek yetki ve ödevine hiçbir veçhile tesir etmez.”*¹⁴

4 Mart 2018 tarihinde uluslararası hukukun ihtilafli konularından biri olan kuvvet kullanma yasağının yeniden tartışılmasına sebep olan bir hadise meydana gelmiştir.

10 Ibid.

11 Bruno Simma, 'NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects' (1999) 10 European Journal of International Law 1.

12 Pazarıcı (n 9) 524.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarıcı (n 9) 520.

14 Birleşmiş Milletler Andlaşması (n 8) madde 51.

İngiltere'nin Salisbury kentinde bir parktaki bankın üzerinde Sergei Skripal ve kızı Yulia Skripal maruz kaldıkları Novichok isimli sinir gazının etkisiyle bilinçsiz ve baygın şekilde bulunmuşlardır. Bu olay, BM Sözleşmesi madde 2(4)'ü ihlal eden yasa dışı kuvvet kullanımının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda tartışma oluşturmuş ve uluslararası hukukun ihlali açısından farklı boyutlarda değerlendirmeye alınmıştır.

Salisbury olayı için uluslararası hukuk uzmanları tarafından farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüş, bu saldırıyı İngiltere'nin egemenliğinin ihlali ve iç işlerine yapılan yasa dışı bir müdahale olarak değerlendirip, kuvvet kullanma yasağı ihlalinin olduğunu savunmaktadır. Diğer bir görüş ise, olayın görece küçük çaplı olup, yasa dışı kuvvet kullanımı olarak değerlendirilemeyeceğini ve yalnızca insan hakları ihlali olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Bir diğer tartışma konusu ise bu saldırının kuvvet kullanımı olarak değerlendirildiği takdirde İngiltere'nin meşru müdafaa hakkına sahip olup olmadığı hususundadır. Bu çalışma tarafların iddialarını dikkate alarak farklı görüşler çerçevesinde bir değerlendirme sunacaktır.

Ayrıca, bu çalışmanın kapsamı sinir gazı kullanımının uluslararası hukuk açısından değerlendirilmesini de içermektedir. Uluslararası hukuk kimyasal gazların her türlü kullanımını yasaklamamaktadır. Bu kapsamda, sinir gazının kullanılabilirliğinin incelenmesi olayın analizinde önemli bir yere sahiptir. Özellikle, Novichok sinir gazının kullanımının uluslararası hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesi kuvvet kullanma yasağına ilişkin açıklamalarımızı da berraklaştıracaktır. Diğer bir ifadeyle, Novichok gazının kullanımının uluslararası hukuka uygunluğu, kuvvet kullanma yasağının ihlal edilip edilmediği hususunda ipucu verecektir.

Bu makalenin çerçevesi şu şekildedir: Birinci bölümde, Salisbury olayı açıklanıp İngiltere ve Rusya'nın olaya karşı tutumları kısaca açıklanacaktır. İkinci bölümde, sinir gazı kullanımının uluslararası hukuka uygunluğu sorusu tartışılacaktır. Makalenin üçüncü ve dördüncü bölümlerinde ise olay, kuvvet kullanma yasağı ve meşru müdafaa çerçevelerinde incelenecektir.

1. Salisbury Olayı

Uluslararası hukukta kuvvet kullanımının sınırı ve silahlı saldırı konusunda önemli tartışmalar içeren Salisbury olayı 4 Mart 2018'de meydana gelmiştir. Rusya Federal Güvenlik Servisi (KGB/FSB) eski ajanı Sergei Skripal¹⁵ ve kızı Yulia Skripal, İngiltere'nin küçük bir şehri olan Salisbury'de bilinçleri kapalı bir şekilde

15 Rusya Federal Güvenlik Servisi (KGB/FSB) ajanı olan Segei Skripal 1995 yılından sonra İngiltere için ajanlık faaliyetlerinde bulunmaya başlamıştır. Aralık 2004'te Skripal, İngiltere'den döndükten kısa bir süre sonra Moskova'nın Krylatskoye Bölgesi'ndeki evinin dışında tutuklandı. Ağustos 2006'da Moskova Bölge Askeri Mahkemesi tarafından Rus Ceza Kanunu'nun 275. maddesi uyarınca casusluk faaliyetleri kapsamında vatana yüksek ihanet suçundan 17 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Casus değişim programı kapsamında İngiltere'ye 2010 yılında dönmüş ve Salisbury'de yaşamaya başlamıştır. Bkz. Stephen Lewis, 'Salisbury, Novichok and International Law on the Use of Force' (2018) 163 (4) The RUSI Journal, 10; Marc Weller, 'An International Use of Force in Salisbury?' (EJIL: Talk, 14 March 2018) <<https://www.ejiltalk.org/an-international-use-of-force-in-salisbury/>> Erişim Tarihi 26 Kasım 2019.

bir parktaki bankın üzerinde bulunmuşlardır. Porton Down’da Savunma Bilimi ve Teknoloji Laboratuvarı’nda (Defence Science and Technology Laboratory - DSTL) görev alan bilim insanları tarafından yapılan incelemenin ardından, Sergei Skripal ve kızı Yulia’nın Novichok isimli sinir gazına maruz kaldığı tespit edilmiştir¹⁶. 8 Mart 2018’de ise polis memuru Nick Bailey¹⁷ de aynı gazdan etkilendiğinden tedavi altına alınmıştır¹⁸.

Novichok, Rusya’nın (ve Sovyetler Birliği’nin) 1971 ve 1993 yılları arasında geliştirdiği bir sinir gazı çeşididir. Askeri kullanım için geliştirilmiş olan Novichok sinir gazı grubu, sinir gazlarının arasında en ölümcül tür olmasının yanı sıra muadillerine nazaran en az beş kat daha güçlü etkileri vardır¹⁹. Bu gazın ölümcül etkilerinin erken müdahale sonucunda engellenebilmesi mümkün olmasına rağmen Novichok gazı etkilerini maruz kalan bireylerde ömür boyu göstermektedir²⁰. Skripal, kızı Yulia ve Bailey belirli bir sürenin ardından taburcu olmalarına rağmen bu kişilerde gazın etkilerinin bütünüyle geçtiğini söylemek mümkün değildir. Özellikle yaşadıkları dramatik olay ruhsal hayatlarını²¹ bütünüyle etkilemiştir²².

Salisbury olayı ile bağlantılı olduğu düşünülen başka bir zehirlenme vakası 30 Haziran 2018 tarihinde meydana gelmiştir. Dawn Sturgess ve Charlie Rowley, Salisbury’e 10 kilometre uzaklıkta olan Amesbury’de ciddi bir şekilde rahatsızlanarak, Salisbury Bölge Hastanesi’ne kaldırılmışlardır. Dawn Sturgess 8 Temmuz 2018 tarihinde ölmüştür²³. İncelemenin ardından bu kişilerin de Novichok gazından etkilendiği tespit edilmiştir. Salisbury olayında kullanılan maddenin bir parçası olduğu ilk başlarda kesin olarak tespit edilemese dahi olay yerlerinin ve tarihlerinin yakınlığı bu konudaki şüpheleri artırmıştır.

Charlie Rowley, taburcu olmasına rağmen kısmi felç ve geçici körlük yaşadığını belirtmiştir. Herhangi bir virüs bulaşması halinde bağışıklık sisteminde meydana

16 Lewis (n 15) 10.

17 Nick Bailey, olayın ardından Skripal ailesinin evine inceleme yapmak için giren ilk kişidir. İncelemelerde bulunduğu esnada kendisi ve diğer polisler olayın sebebinin sinir gazı olduğunu bilmemekteydiler. Bkz. Lizzie Dearden, ‘Salisbury novichok attack: Police officer Nick Bailey says he was ‘petrified’ after being poisoned’, (Independent, 22 November 2018) <<https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/salisbury-novichok-attack-police-officer-interview-nick-bailey-russia-skripal-a8647431.html>> Erişim tarihi: 27 Kasım 2019.

18 Weller (n 15).

19 Peter R. Chai, Bryan D. Hayes, Timothy B. Erickson and Edward W. Boyer, ‘Novichok agents: a historical current and toxicological perspective’ 2018 (2) 1 Toxicology Communications 45, 46.; Stefano Costanzi and Gregory D. Koblenz ‘Controlling Novichoks after Salisbury: revising the Chemical Weapons Convention schedules’ 2019 The Nonproliferation Review 3.

20 Charles Edward Stewart, *Weapons of Mass Casualties and Terrorism Response Handbook* (Jones and Bartlett 2006) 26.

21 22 Mart 2018 tarihinde Nick Bailey hastaneden taburcu edildikten sonra şöyle bir açıklamada bulunmuştur: “Benim için normal yaşam muhtemelen asla aynı olmayacak.” Bkz. Telegraph Reporters, ‘Police officer poisoned by Novichok returns to active duty 10 months after Salisbury attack’ (Telegraph, 15 January 2019) <<https://www.telegraph.co.uk/news/2019/01/15/police-officer-nick-bailey-returns-active-duty-10-months-salisbury/>> Erişim tarihi 27 Kasım 2019.

22 Dearden (n 17).

23 Bu olay Amesbury Novichok Zehirlenmesi (*Amesbury Novichok Zehirlenmesi*) olarak anılmaktadır. Bkz. Lewis (n 15) 16.

gelen yıpranma sebebiyle ölüm tehlikesinin olduğunu bildirmiştir²⁴. Başka bir deyişle Charlie, taburcu olmasına rağmen tam olarak iyileşememiştir. Skripal olayını planlayanların Dawn Sturgess ve Charlie Rowley'i kasıtlı olarak hedef aldıklarına yönelik bir kanıt rastlanmamıştır²⁵. Polisler casusların parfüm şişesinde bulunan maddeyi Skripal ailesi için kullandıktan sonra Salisbury civarına attıklarını belirtmiştir. Parfüm şişesini yolda görüp alan Charlie Rowley'in bunu arkadaşı Dawn Sturgess'a hediye ettiği düşünülmektedir²⁶. Bu şekilde zehirli maddenin etki alanı yayılmıştır. 4 Eylül 2018 tarihinde Kimyasal Silahların Yasaklanması Örgütü'nün (Organization for the Prohibition of Chemical Weapons – OPCW) yaptığı inceleme sonucunda da iki olay arasındaki bağlantı kurulmuş olup, iki sinir gazının aynı parçadan alındığı tespit edilmiştir²⁷.

Farklı mağdurların ortaya çıkmasıyla olayın etkisinin büyümesi İngiliz Hükümeti'nin tepkisini de artırmıştır. Dönemin İngiltere Başbakanı Theresa May parlamentodaki ifadesinde, sinir gazı ile veya olayın ilk mağdurlarıyla temas halinde olan herkesin halen tehlike altında olduğunu bu sebeple felakete sebep olabilecek bir gazın kullanıldığını belirtmiştir. BM Güvenlik Konseyi'nde İngiltere, yüze yakın kişinin bu gazdan etkilenmiş olabileceğini belirtmiştir²⁸.

İngiltere Başbakanı May, 12 Mart 2018'de Avam Kamarası'nda Salisbury olayı hakkında şu ifadelerde bulunmuştur:

*"Net bir şekilde şunu ifade edebiliriz, Sergei Skripal ve kızı Rusya tarafından geliştirilen askeri tip sinir gazı ile zehirlenmişlerdir. Bu tip sinir gazı grubu 'Novichok' olarak bilinir. Porton Down'da Savunma Bilimi ve Teknoloji Laboratuvarı'nda (DSTL) bulunan dünyanın önde gelen uzmanlarının yaptığı pozitif tanımlamaya dayanarak; Rusya'nın bu gazı daha önceden de üretebildiği ve hala bunu yapabileceğine dair enformasyonumuzu dikkate alarak; devlet destekli suikastları yönetme konusundaki Rusya'nın sicilini göz önünde bulundurarak ve bizim değerlendirmelerimize istinaden Rusya'nın bazı taraf değiştirmiş ajanları yasal hedefi olarak görmesini de hesaba katarak Sergei Skripal ve kızına karşı meydana gelen bu hadisenin sorumlusu çok büyük olasılıkla Rusya'dır."*²⁹

Theresa May bu olayın meydana gelme sebebinin iki ihtimali olabileceğini ifade etmiştir. Birinci ihtimal, Rusya devleti tarafından direkt olarak İngiltere'ye karşı yapılmış bir eylem olmasıyla ilgilidir. İkinci ihtimal ise, Rusya Hükümeti'nin potansiyel olarak feci zararlara sebebiyet veren bu sinir gazının kontrolünü kaybetmesi

24 Bkz. Press Association, 'Novichok victim Charlie Rowley says poison could still kill him' (Guardian, 9 December 2018) <<https://www.theguardian.com/uk-news/2018/dec/09/novichok-victim-charlie-rowley-says-poison-could-still-kill-him>> Erişim tarihi 27 Kasım 2019.

25 Lewis (n 15) 16.

26 Dearden (n 17).

27 Telegraph Reporters (n 21).

28 Weller (n 15).

29 PM Commons statement on Salisbury incident: 12 March 2018 (UK Government, 12 March 2018) <<https://www.gov.uk/government/speeches/pm-commons-statement-on-salisbury-incident-12-march-2018>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2019.

ve böylece başka kişiler veya kurumlar tarafından kullanılmasına izin vermesidir³⁰. İki ihtimalde de Rusya'nın dolaylı veya doğrudan bu olaydan sorumlu tutulması gerekliliği May tarafından açıkça ifade edilmiştir.

Tom Ruys, Salisbury saldırısının son yıllarda iddialara göre Rusya tarafından yönetilen suikast teşebbüsleri silsilesinin sonuncusu olduğuna inanıldığını ifade etmiştir. Bu tür hadiselerin en ünlülerinden biri olan FSB ikili (taraf değiştirmiş/*defector*) ajanı Aleksandr Litvinenko'nun 2006 yılında Londra'da radyoaktif polonyum ile zehirlenip ölmesi ile sonuçlanan hadisede, Rusya Hükümeti kendilerinin bu zehirlenme vakasında hiçbir dahli olmadığına dair iddiada bulunmuştur³¹. Marc Weller ise bu noktada Rusya Hükümeti'nin genellikle Batı'ya ve özellikle İngiltere'ye karşı agresif bir tutum izlediği konusunda ve bu tutumun 2014 yılında meydana gelen sözde Kırım ilhaki ile daha da belirgin hale geldiği hakkında değerlendirmede bulunmuştur³². Salisbury olayı ile birlikte Londra ve Moskova arasındaki ilişkilerin gerilimi daha da artmış ve iki devlet arasındaki ilişki en düşük seviyede tutulmuştur³³.

May ayrıca, Rusya Devleti'nin yirmi dört saat içerisinde tatmin edici bir cevap vermemesi halinde, bunun Rusya'nın kendilerine karşı yasa dışı bir kuvvet kullandığının göstergesi olacağını belirtmiştir³⁴. Rusya, May tarafından verilen bu zaman sınırını dikkate almamıştır. Rusya olayı sahiplenici bir açıklama yapmamasına rağmen sinir gazından bir örnek talep ederek incelemek istemiştir. Bu talebi kabul edilmeyen Rusya, gazın İsveç'ten gelmiş olabileceğini belirterek İngiltere'nin Brexit anlaşması için zemin hazırladığını ifade etmiştir³⁵. Bu açıklamalar İngiltere Hükümeti tarafından tatmin edici bulunmamıştır.

İngiltere Başbakanı Theresa May, 14 Mart'ta yaptığı konuşmada, kayıt dışı istihbaratçı olarak tanımlanan yirmi üç Rus diplomatın sınır dışı edileceğini bildirmiştir. Ayrıca May, yaşamaya teklif vererek, düşman devlet etkinliklerine karşı yaptırımların sertleştirilmesini önerip, İngiltere'ye bu amaçla girişlerin engellenmesini hedeflemiştir. Son olarak, Rusya ile tüm üst düzey ilişkilerin askıya alınabileceğini belirtmiştir. İngiltere'nin bu teşebbüsünün ardından Avrupa Birliği (AB) üyesi birçok devlet Rus istihbaratçılarına karşı yaptırım uygulamışlardır. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) altmışa yakın Rus diplomatını sınır dışı etmiş ve Seattle'da bulunan Rus Konsolosluğu'nu kapatmıştır. Bununla birlikte Norveç, Kanada, Makedonya devletlerinin de aralarında bulunduğu birçok devlet Rus diplomatlarını; Almanya, Fransa ve Hollanda'nın da aralarında

30 ibid.

31 Tom Ruys, 'License to Kill' in Salisbury: State-sponsored assassinations and the jus ad bellum' (Just Security, 15 March 2018) <<https://www.justsecurity.org/53924/license-kill-salisbury-state-sponsored-assassinations-jus-ad-bellum/>> Erişim tarihi 10 Aralık 2019.

32 Weller (n 15).

33 Ruys (n 31).

34 İngiltere Başbakanı'nın Salisbury Olayına İlişkin Avam Kamarası'na yaptığı sözlü açıklamanın devamı için bkz. (n 29).

35 Rus Hükümetinin olay ile alakalı açıklamaları için ayrıca bkz. Lewis (n 15) 12.

bulunduğu bazı devletler ise Rus istihbaratçıları ülkelerinden sınır dışı ederek dünya genelinde Salisbury olayı için Rusya'ya karşı bir tepki oluşturmuşlardır. Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (North Atlantic Treaty Organization – NATO) da bu konuda çeşitli yaptırım kararları alarak, yedi Rus memurun akreditasyonunu ve beklemede olan üç adet başvuruyu iptal etmiştir³⁶. 17 Mart 2018 tarihinde, Rusya bu yaptırım kararlarına karşılık olarak yirmi üç İngiliz diplomatın sınır dışı edileceğini ve St. Petersburg'da yer alan İngiliz Konsolosluğu'nun kapatılacağını bildirmiştir³⁷.

İngiltere Hükümeti'nin iddiasına göre olayın sorumluları olan Alexander Petrov ve Ruslan Boshirov 13 Eylül 2018'de Rus devlet destekli haber kanalı Russia Today için verdikleri röportajda sadece turist olarak Salisbury'de bulduklarını, ünlü katedrali ziyaret ettiklerini ve olayla alakalarının bulunmadığını belirtmişlerdir³⁸. Rusya, olayı üstlenmemesine rağmen Rusya'ya verilen tepkiler devam etmiştir³⁹.

Bu kapsamda Salisbury olayında kullanılan Novichok gazının değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bu olayda uluslararası hukukun ihlali olup olmadığına ilişkin değerlendirme Novichok gaz kullanımının yasal olup olmadığı incelemesi sonucunda yapılabilecektir.

2. Sınır Gazı Kullanımının Uluslararası Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi

Bazı silahların kullanımı silahlı çatışma halinde dahi açıkça yasaklanmıştır. Yasaklanan silah türleri arasında nükleer⁴⁰, biyolojik ve kimyasal silahlar olup çalışmanın kapsamı itibarıyla kimyasal silahlar üzerinde durulacaktır.

Kimyasal silahlar; katı, sıvı veya gaz halinde olan kimyasal maddelerden oluşmuş kullanıldığı takdirde insanlar, hayvanlar ve bitkiler üzerinde zehirleyici etkisi olan silahlardır. Bu sebepten dolayı kimyasal maddeden oluşsa dahi ilk etkisi ısıtma veya basınç olan silahlar kimyasal silah olarak değerlendirilemez. Doktrinde, öldürücü ve hareketsiz bırakan kimyasal içerikli maddelerin kimyasal silah olduğu konusunda tartışma yoktur⁴¹.

36 David Omand, 'From Nudge to Novichok: The response to the Skripal nerve agent attack holds lessons for countering hybrid threats' (2018) Hybrid Coe, 4 <https://www.hybridcoe.fi/wp-content/uploads/2018/04/HybridCoE_WorkingPaper_From-NudgeToNovichok_Omand.pdf> Erişim Tarihi 28 Kasım 2019.

37 Telegraph Reporters (n 21).

38 Şüphelilerin röportajlarına ulaşmak için ayrıca bkz. Gareth Davies and Alec Luhn 'Skripal poisoning suspects claim they were tourists in 'wonderful town of Salisbury' to visit 'famous' cathedral' (Telegraph, 13 September 2018) <<https://www.telegraph.co.uk/news/2018/09/13/skripal-poisoning-suspects-claim-salisbury-visit-historical/>> Erişim tarihi 28 Kasım 2019.

39 Telegraph Reporters (n 21).

40 Uluslararası hukukta nükleer silahların kullanımını tamamen yasaklayıcı bir kural bulunmamaktadır. Bu hususa ilişkin bkz. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226 para. 71. Doktrinde, nükleer silah kullanımının uluslararası hukuku ihlal edip etmeyeceği hususunda farklı görüşler mevcuttur. 7 Temmuz 2017 tarihinde BM Genel Kurul tarafından kabul edilen Nükleer Silahların Yasaklanmasına İlişkin Sözleşmeyi hem kabul eden devlet sayısının yetersizliği hem de akit devletlerin uygulamaları göz önüne alındığında bu sözleşmenin etkinliğinin tartışmalı olduğu söylenebilir. Bkz. Christopher Vail, 'The Legality of Nuclear Weapons for Use and Deterrence' (2017) 48(3) *Georgetown Journal of International Law* 839, 844.

41 Pazarıcı (n 9) 587, 588.

Salisbury olayında kullanılan gaz da kimyasal gaz çeşididir. Olaydan bir ay sonra OPCW'nin bilimsel faaliyetleri sonucu bir sinir gazı çeşidi olan Novichok'un Salisbury olayında kullanıldığı kesinleşmiştir. Novichok, Rusya tarafından üretilip farklı olaylarda kimyasal silah olarak kullanılmıştır⁴².

Novichok maddesinin kullanılmasının birtakım askeri avantajları mevcuttur. İlk olarak bu gaz, kimyasal alt gruplarına bağlı olarak, Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme'yi (Kimyasal Silahlar Sözleşmesi)⁴³ ihlal etmeyip kullanımı yasal olabilmektedir. Bu alt grupların zararsız içeriklerinden dolayı, kötü amaçlarını tespit etmek zor olabilir. İkinci olarak bu maddelerin bileşenleri son derece kararlı olup, zaman içinde sınırlı bir bozulma gösterirler. Üçüncü olarak ise, diğer sinir gazlarına nazaran en az beş kat daha etkilidir⁴⁴.

Doğrudan sinir sistemini hedef alan Novichok gazı, kısa bir süre içerisinde solunumu engellemektedir. Novichok'a maruz kalan kişi acil ve doğru bir şekilde tedavi edilmezse vaka ölüm ile sonuçlanabilir. Semptomlar hızlı bir şekilde solunum rahatsızlıkları, nöbetler veya koma olarak kendini gösterir⁴⁵.

Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin 1 ve 2 numaralı ekinde bazı sinir gazlarının⁴⁶ kullanımı açıkça yasaklanmıştır. Fakat Novichok gazı bunların arasında yer almamaktadır. Bu da gazın kullanımını kolaylaştırmakta ve yasal bir temel hazırlamaktadır. Fakat 2019 yılı OPCW'nin konferansında⁴⁷ sözleşmenin zehirli kimyasal maddeleri içeren yasaklı maddeler listesinde değişiklik yapılması için ABD, Hollanda ve Kanada'nın sunduğu ortak bir öneri oy birliği ile kabul edilmiştir. Bunun sonucunda, Novichok maddesi ve benzer nitelikteki zehirli kimyasal maddelerin Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin ekinde yasaklanması kararlaştırılmıştır. OPCW tarafından söz konusu değişikliğin uygulanmasına ilişkin taraf devletlere yapacağı resmi bildirimden 180 gün sonra bu kararın yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. OPCW bu bildirimini 10 Aralık 2019 tarihinde yapmış olup, 7 Haziran 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁸. Sözleşmenin imzalandığı yıl olan 1993'ten itibaren sözleşme ilk defa

42 Chai, Hayes, Erickson and Boyer (n 19) 45.

43 Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme (Kimyasal Silahlar Sözleşmesi), RG, 3.5.1997, Sayı 22978 (Mükerrer) <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22978_1.pdf> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020 (Sözleşme 13 Ocak 1993 tarihinde imzalanmış ve 29 Nisan 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir). Ayrıca bkz. Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction <http://www.opcw.org/sites/default/files/documents/CWC/CWC_en.pdf> Erişim Tarihi 1 Kasım 2019.

44 Chai, Hayes, Erickson and Boyer (n 19) 46.

45 Ibid.

46 Tabun (NN-dimethylphosphoramidocyanidate, Sarin (O-isopropyl menthylphosphonofluoridate), Soman (O-pinacolyl methylphosphonofluoridate, VX (O-ethyl S-2-diisopropylaminoethyl methylphosphonothiolate) Bkz. Kimyasal Silahlar Sözleşmesi (n 43).

47 Detay için bkz. OPCW, Webcast: CSP 24 <<https://www.opcw.org/calendar/csp-24/webcast>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2019.

48 Changes to Schedule 1 Of The Annex On Chemicals To The Chemical Weapons Convention (decision adopted 27 November 2019) C-24/ Dec.5 (OPCW).

değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik şüphesiz Salisbury olayı neticesinde yapılmış olup, olayın etkileri uluslararası sözleşmelerde de kendini göstermiştir.

Novichok maddesinin sözleşme ile yasaklanmasından önce bu maddenin kullanımının yasal olması çıkarımından yola çıkarsak, İngiltere'nin yaptırım kararlarının yerinde olup olmadığını değerlendirilmesi gerekmektedir. Novichok gaz grubu içerisindeki maddelerin her ne kadar 2020 yılında OPCW tarafından Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nde yasaklanmasına karar verilmiş olsa da ölümcül niteliğe sahip olması sebebiyle belirtilen tarihten önce kullanımının da genel düzenlemelerle yasaklandığı söylenebilir⁴⁹. Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nde zehirli kimyasal maddeler “*yaşam süreçleri üzerindeki kimyasal etkisi yoluyla, insanlarda ve hayvanlarda ölüme, geçici sakatlığa veya daimî hasara neden olabilecek herhangi bir kimyasal madde*” olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda, Novichok gaz grubu zehirli kimyasal madde olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, yine Sözleşme hükümlerine göre, zehirli kimyasal maddelerin, zehirleyici nitelikleri sebebiyle ölüme veya başka bir hasara yol açmak amacıyla özel olarak tasarımı yapılmış savaş gereçleri ve cihazları şeklinde kullanılmaları halinde kimyasal silah olarak değerlendirilecekleri belirtilmiştir. Bu açıklamalar doğrultusunda, Novichok gaz grubunun, yapılan değişiklikten önce de kimyasal silah olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Tüm bunlara ek olarak, yeni üretilmiş ve henüz sözleşme hükümlerince yasaklanmamış bir kimyasal silahın, yıkıcı etkileri meydana gelmesine rağmen açık olarak yasaklanmaması sebebiyle kullanımının hukuka uygun olduğunu belirtmek uygun gözükmemektedir⁵⁰.

Sözleşme ekinde maddelerin açıkça belirtilmesi muhakkak açık bir koruma sağlar. Fakat yasaklı maddeleri içermese dahi aynı amaçla kullanılan maddeler sözleşme kapsamında yasaklanmıştır. Bununla birlikte; ABD, Almanya, Fransa ve İngiltere devletlerinin ortak bildirisinde olayın Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'ni ihlal ettiği ve İngiltere'nin egemenliğine saldırı olduğu belirtilmiştir. Fakat ortak bildiride BM Sözleşmesi 2. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiğine ilişkin herhangi bir açıklama yer almamıştır⁵¹.

49 Novichok maddesinin, Sözleşmenin aşağıda belirtilen madde 2'nin 1., 2. ve 9. fıkraları incelendiğinde kimyasal bir silah olduğu ifade edilebilecektir. Ölümcül niteliğe sahip olması ve Salisbury olayında kullanılmasının madde 2'nin 9. fıkrasına göre, sayılan kullanım amaçlarından birini taşımaması sebebiyle kullanımı madde 1 fıkrası bent b aracılığıyla yasaklandığı ifade edilebilecektir. Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, zehirli kimyasal madde deyimini, “[y]aşam süreçleri üzerindeki kimyasal etkisi yoluyla, insanlarda veya hayvanlarda ölüme, geçici sakatlığa veya daimî hasara neden olabilecek herhangi bir kimyasal madde” anlamında kullanılır. Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre, kimyasal silahlar deyimini “[b]u Sözleşmeyle yasaklanmayan amaçlarla kullanıldıkları ve cins ve miktarlarının bu amaçlarla tutarlı olduğu durumlar hariç olmak üzere, zehirli kimyasal maddeler ve bunların hammaddeleri” anlamına gelebilecektir. Sözleşmenin 2. maddesinin 9. fıkrasına göre, bu Sözleşmeyle yasaklanmamış amaçlar deyimini şu anlamlarda kullanılacaktır: “(a) Sınai, tarımsal, araştırmayla ilgili, tıbbi, farmasotik veya diğer barışçı amaçlara yönelik etkinlikler; (b) Koruyucu amaçlar, yani zehirli kimyasal maddelere karşı korunmayla ve kimyasal silahlara karşı korunmayla doğrudan doğruya ilişkili olan amaçlar; (c) Kimyasal silahların kullanımıyla ilişkili olmayan ve kimyasal maddelerin zehirleyici özelliklerinin bir savaş yöntemi olarak kullanımına bağlı olmayan askeri amaçlar; (d) İç ayaklanmaların bastırılması da dahil olmak üzere asayişin sağlanmasıyla ilgili amaçlar”. Kimyasal Silahlar Sözleşmesi (n 43).

50 Kimyasal Silahlar Sözleşmesi, m. 2(2) (n 43).

51 Catherine Lotrionte, ‘Reconsidering the Consequences for State-Sponsored Hostile Cyber Operations Under International Law’ (2018) 3 (2) The Cyber Defence Review, 73, 84.

3. Olayın Kuvvet Kullanma Hukuku Altında Yorumlanması

Salisbury olayının kuvvet kullanımı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda bir tartışma mevcuttur. Bu tartışma, kuvvet kullanma yasağı için bir eşiğin mevcut olup olmadığı noktasındadır. Başka bir deyişle, her uluslararası kuvvet kullanımının, BM Sözleşmesi'nin 2. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun incelenmesi gerekmektedir.

Tom Ruys, kuvvet kullanma eşiği fikrinin saf dışı bırakılabileceğine dair değerlendirmede bulunmuştur. Ruys, küçük ölçekli veya hedeflenen zora dayalı eylemlerin madde 2(4) kapsamı dışında bırakılmasının geleneksel uygulamalarla tutarsız ve siyasi açıdan istenmeyen bir durum olduğunu belirtir.⁵² Buna göre, başka bir devletin topraklarında yapılan kasıtlı ölümcül saldırılar uluslararası ilişkiler bağlamında kuvvet kullanımı olarak değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme, hedeflenen kişinin devlet yetkilisi olmayıp, devlet organlarının hiçbir zarar görmediği, zarar görenlerin vatandaş olduğu durumlarda da geçerlidir⁵³.

Kuvvet kullanma eşiği fikrine Uluslararası Kızılhaç Komitesi eleştirel bir tutum getirmiştir. Şöyle ki 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesine düşülen şerhte bir uluslararası silahlı çatışmaya yol açan şiddetin belirli bir eşik değeri (yoğunluk düzeyi) şartı olmadığına dair izah mevcuttur⁵⁴. Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak Ruys, Salisbury olayının Rusya tarafından yapıldığı kanıtlandığı takdirde yasa dışı kuvvet kullanımı olarak değerlendirilebileceğini iddia etmiştir⁵⁵.

Bununla birlikte, Mary Ellen O'Connell, küçük ölçekli kuvvet kullanımlarının, BM Sözleşmesi kapsamında "kuvvet" olarak değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır. O'Connell'e göre, Salisbury gibi göreceli olarak küçük çaplı olaylarda ulusal egemenlik ve insan hakkı ihlalleri mevcut olmakla birlikte kuvvet kullanımı söz konusu değildir. Yasa dışı kuvvet kullanımı, en sınırlı ve ufak ölçekli şiddet eylemlerini bile içerecek olursa kuvvet kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte bu terim önemsizleşmeye başlayacaktır⁵⁶.

52 Tom Ruys, "The Meaning of "Force" and the Boundaries of the Jus ad Bellum: Are "Minimal" Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?" (2014) 108 (2) The American Journal of International Law 159, 210.

53 Ruys (n 31). Bu görüşü savunanlara göre, kuvvet kullanımının alanını daraltmak bu tip olayların cezasız kalmasına yol açacaktır. Eşiğin tespitindeki belirsiz sınır, devletlerin suiistimallerine yol açabilir. Devletler bu savunmaya dayanarak yasa dışı eylemlerine temel oluşturmaya çalışacaklardır. Bu yüzden, özellikle ölümcül saldırılarda, eylem diğer şartları taşıyorsa kuvvet kullanımı olarak değerlendirilmelidir.

54 Commentary 2017 Article 2, Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) International Committee of The Red Cross (ICRC), para 265.

55 Ruys (n 31); Dapo Akande, "The Use of Nerve Agents in Salisbury: Why does it Matter Whether it Amounts to a Use of Force in International Law?" (EJIL: Talk, 17 March 2018) <<https://www.ejiltalk.org/the-use-of-nerve-agents-in-salisbury-why-does-it-matter-whether-it-amounts-to-a-use-of-force-in-international-law/>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2019.

56 Eliav Lieblch, "The Salisbury Incident and the Threshold for 'Unlawful Use of Force' under International Law: between Stigmatization and Escalation" (Stockholm Centre, 20 April 2018) <<http://stockholmcentre.org/the-salisbury-incident-and-the-threshold-for-unlawful-use-of-force-under-international-law-between-stigmatization-and-escalation/>> Erişim Tarihi 17 Aralık 2019; Akande (n 55).

Kuvvet kullanma eşiğinin varlığının kabul edilmesi halinde, bu eşiğin hangi tür eylemleri kapsadığını belirlemek önemlidir. Kuvvet kullanma eşiğinin tespiti açısından uluslararası sahada çeşitli kriterler belirlemek için çaba harcanmıştır. Bağımsız Uluslararası Araştırma Heyeti'nin hazırladığı, Gürcistan - Rusya arasında Ağustos 2008'de Yaşanan Krize İlişkin Değerlendirme kuvvet kullanma eşiğinin olduğunu belirtmiştir. Araştırma Heyeti tarafından münferit hedef gözeterek öldürme, bireyin zorla alıkonması veya bir uçağın alıkonması gibi tekil küçük çaplı olayların bu eşiğin altında kaldığı ifade edilmiştir⁵⁷.

Rusya'nın ajan değişim programı çerçevesinde İngiltere'ye verilen bir ajanı bu ülkenin egemenlik sahası içerisinde öldürmeye çalışması şüphesiz ki İngiltere'nin egemenlik haklarına bir saldırıdır. Bu ihlale ek olarak, kullanılan kimyasal silahın birçok kişiye zarar verme potansiyeline sahip olması, saldırının boyutunu daha da güçlendirmektedir⁵⁸. Olaydan etkilenen kişi sayısına bakılmaksızın kimyasal silahın zarar verme potansiyeli, eylemi uluslararası hukukun inceleme alanına sokmaktadır. Olaydan üç ay sonra bu sinir gazından etkilenen ve ölümlerle sonuçlanan vakadan anlaşılacağı gibi halkın can güvenliğine ve uluslararası güvenliğe ilişkin tehlikenin mevcut olabileceğini de ifade edebiliriz.

Kuvvet kullanımının oluşması için yukarıda bahsettiğimiz şartlardan bir tanesi devletin toprak bütünlüğüne, siyasal bağımsızlığına veya BM'nin amaçlarına aykırılık oluşmasıdır. BM Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre; “*Uluslararası barışı ve güvenliği korumak...*” BM'nin esas amaçlarından bir tanesidir. İngiltere söz konusu hükme dayanarak BM Güvenlik Konseyi'nde, Salisbury olayının uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin tehlike içerdiğini belirtmiştir⁵⁹. BM Fransa Daimî Temsilcisi François Delattre, Novichok gazı gibi geniş çaplı öldürücü nitelikte olan silahların Suriye'den sonra tekrar gündeme gelmesinin ve ortaya çıkmasının müsamaha gösterilecek bir durum olmadığını vurgulamıştır. Salisbury saldırısının kitle imha silahlarının yayılmasını önlemeye ilişkin yapılan düzenlemeyi zayıflattığı ve stratejik güvenlik ilkesinin de sorgulanması gerekliliğine sebep olduğu Delattre tarafından ifade edilmiştir. BM Peru Daimî Temsilcisi Gustavo Meza-Cuadra, kamusal alanda sinir gazı kullanımının uluslararası boyutta ciddi endişeler yarattığını belirterek, kimyasal silahların her türlü kullanımının açıkça uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğini ve nükleer silahların yayılmasını önleme rejimini de ihlal ettiğini vurgulamıştır⁶⁰. Kolektif güvenlik için temel bir kriter olan kitle imha silahlarının yayılmasını önleme rejiminin merkezinde kimyasal silahların yasaklanması olduğunu belirten NATO, kimyasal

57 Lotrionte (n 51) 84.

58 Weller (n 15); Ruys (n 31).

59 Weller (n 15).

60 UN Security Council, ‘Moscow ‘Highly Likely’ Behind Salisbury Chemical Attack, Prime Minister of United Kingdom Says in Letter to Security Council’, Press Release, 8203rd Meeting, SC/13247, 14 March 2018.

silahların herhangi bir şekilde kullanılmasını uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak görmektedir⁶¹.

Theresa May'in yukarıda yer alan açıklamalarını referans olarak Salisbury olayının devlet destekli suikast eylemi olduğunu kabul edersek, devlet destekli gerçekleştirilmiş veya teşebbüs edilmiş suikast eylemlerinin BM Sözleşmesi madde 2(4)'te yer alan kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiğine dair görüşlerin de mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Michael Schmitt'e göre, devlet destekli gerçekleştirilen cinayetler, teknik açıdan suikast teşkil edip etmediğine bakılmaksızın, ulusal veya uluslararası prensipleri ihlal eder. Bu tarz eylemler ulusal hukukta cinayet teşkil eder ve BM Sözleşmesi madde 2(4)'te olduğu gibi kuvvet kullanımına ilişkin uluslararası boyutta yasakları da ihlal etmektedir⁶². Schmitt'in vurguladığı gibi, bir cinayetin suikast şeklinde gerçekleşmemesi bu eylemi yasal veya haklı kılmaz⁶³. Ayrıca Ruys, hedeflenen eylemlerin ancak söz konusu olacak devletle doğrudan çatışmalara sebebiyet vermesi halinde madde 2(4) anlamında bir kuvvet kullanımı teşkil edeceğini öne sürmenin doğru olmadığını belirtir⁶⁴. Ruys, bir devletin başka bir devlet içinde o devletin rızası olmadan hedef olarak öldürme eylemi gerçekleştirmesinin devletler arasında sürdürülen uluslararası ilişkileri madde 2(4) bağlamında zaruri olarak etkileyeceğini ifade eder⁶⁵. Bu tespitin, söz konusu hedefin devlet organı haricinde özel kişiler olması durumunda ve bu özel kişilerin eylemin yapıldığı devletin vatandaşlığına sahip olmamaları durumunda dahi geçerli olduğu iddia edilebilir⁶⁶. Kuvvet kullanma yasağı eşiğinin varlığına ilişkin olarak devlet destekli eylemlerin madde 2(4) kapsamı dışında kalabileceğine dair görüşün, aşağıda sunulan iki devlet uygulaması örneğinde karşılık bulmadığını görebiliriz.

BM Sözleşmesi madde 2(4)'e ilişkin olarak Güvenlik Konseyi'nin 1988'de Filistin Kurtuluş Örgütü icra komite üyesi olan Halil El-Vecir'in İsrail komandoları tarafından Tunus'ta öldürülmesi olayına yönelik verdiği karar bu hususta dikkate değerdir. Tunus'un BM Daimî Temsilcisi Ahmed Ghezal'ın Güvenlik Konseyi'ne sunduğu 19 Nisan 1988 tarihli mektupta, İsrail'in söz konusu suç teşkil eden eyleme karışmış olmasının yüksek ihtimal dahilinde olduğunu belirtmiş ve olayın ardından İsrail resmi çevreleri tarafından yapılan açıklamalara göre, El-Vecir'in infaz emrini veren ve olayın finansmanını sağlayan İsrail Hükümeti'nin olayda doğrudan sorumlu olduğu konusunda şüphe olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca, söz konusu olayın Tunus devletinin toprak bütünlüğünü ve egemenliğini ihlal ettiğine dair

61 NATO, 'Statement by the North Atlantic Council on the Use of a Nerve Agent in Salisbury', Press Release, (2018) 033, 14 March 2018.

62 Michael N. Schmitt, 'State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law' (1992) 17 Yale Journal of International Law 609, 621-628.

63 Ibid. 628.

64 Ruys (n 52) 192.

65 Ibid.

66 Ibid.

iddiasını da Güvenlik Konseyi'nin dikkatine sunmuştur⁶⁷. Birçok devlet tarafından bu olay, saldırı eylemi olması veya BM Sözleşmesi madde 2(4)'ün ihlali olması sebebiyle kınanmıştır⁶⁸. On dört devletin lehte oyu ve ABD'nin çekimser oyuyla, Güvenlik Konseyi, BM Sözleşmesi'nin açık bir şekilde ihlal edilerek Tunus'un egemenliğine ve toprak bütünlüğüne yapılan bu saldırıyı şiddetle kınamıştır⁶⁹. Güvenlik Konseyi bu kararının girişinde özellikle BM Sözleşmesi madde 2(4)'e vurgu yapmıştır.

Devlet tarafından ve hedef alınarak gerçekleştirilen eylemlerin madde 2(4) kapsamı dışında bırakıldığına dair iddiaların devlet uygulamalarında tamamen karşılık bulmadığını ifade edebiliriz. Ruys, küçük ölçekli hedefli eylemlerin kuvvet kullanımı yasağının kapsamı dışında kaldığı kabul edilirse, ülkelerin bu tür eylemler için potansiyel olarak inandırıcı yasal gerekçeler bulmalarının çok daha kolay olacağını öne sürmüş ve herhangi bir silahlı saldırının olamaması veya söz konusu devletin rızası olmaması durumlarında dahi bu durumun geçerli olabileceğini iddia etmiştir⁷⁰.

Devlet destekli cinayetler, ulusal ve uluslararası hukukun ihlali olarak kabul edilebilmekte ve özellikle kuvvet kullanma yasağının ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Salisbury olayına dönersek, bu olayın ardından İngiltere'de meydana gelen ölüm vakaları, halkın güvenliği hususunda ciddi tereddütler oluşturmuştur. Salisbury ve bu şehre yakın yerlerde gazın etkilerinin devam edebileceği tehdidi halk arasında panik oluşturmak için yeterlidir. Tüm bunlar göz önüne alındığında saldırının boyutunun kuvvet kullanma yasağının sınırlarını aştığı açıktır. Sonuç olarak, başka bir devletin topraklarına kasıtlı olarak ölümcül sonuçlara vesile olan kuvvet kullanımı, küçük çaplı olmasına ve devletin bizzat kendisini hedef almasına bakılmaksızın, madde 2(4)'ü tetikleyecektir. Bu hususta Ruys, bu tür eylemlerin kuvvet kullanımı olarak nitelendirilmesinin söz konusu devletle fiili bir silahlı çatışmaya sebebiyet verip vermemesine bağlı olmadığını vurgulamıştır⁷¹.

4. Olayın Meşru Müdafaa Hukuku Altında İncelenmesi

BM Sözleşmesi'nin 51. maddesine göre, meşru müdafaa hakkının oluşması için bir kuvvet kullanma eyleminin varlığı yeterli olmayıp, silahlı saldırının varlığı şart koşulmaktadır. BM Sözleşmesi'nde tanımlanmayan silahlı saldırı kavramı BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1974 tarihinde aldığı ve teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen

67 UN Doc. S/19798 (19 April 1988).

68 United Nations, *Yearbook of the United Nations 1988* (vol 42, Martinus Nijhoff Pub. 1994) 230.

69 Ibid. UN Doc. S/RES/611 (25 April 1988).

70 Ruys (n 52) 197.

71 Ibid. 209.

3314 sayılı Saldırının Tanımı kararı ile açıklanmış olup, kavramın “*belli bir yoğunluğa erişmiş kuvvet kullanma eylemlerini*”⁷² kapsadığı kabul edilmiştir⁷³.

Baskın olan görüş, silahlı saldırı kavramını dar yorumlayıp, bu tür saldırıların sadece devletlerin düzenli birlikleri tarafından (doğrudan silahlı saldırı) veya devletlerin etkin kontrolü altında (dolaylı silahlı saldırı) gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır. Bunun sonucunda devlete atfedilebilirlik üzerine kurulu bir meşru müdafaa teorisi oluşturulmuştur⁷⁴.

Uluslararası hukuk doktrininde baskın olan ve meşru müdafaa hakkını dar yorumlayan görüşü savunan yazarlar, meşru müdafaa hakkının istismarını engellemeyi amaçlamaktadır. Bu yorum metodu Uluslararası Adalet Divanı'nın içtihatlarıyla da uyum içerisindedir. Divan, Nikaragua⁷⁵ ve Kongo Ülkesi Üzerinde Silahlı Faaliyetler⁷⁶ kararlarında devlet dışı aktörlerin eylemlerine karşı meşru müdafaa hakkının doğabilmesi için bu eylemlerin bir devlete atfedilebilir olması ve belirli bir eşiği aşmaları⁷⁷ gerektiğine karar vermiştir. Nikaragua Davası'nda her ne kadar meşru müdafaa hakkı doğmasa da ABD'nin, silahlı çetelere yardım etmesinden dolayı tazminat ödemesine hükmedilmiş fakat miktar hiçbir zaman belirtilmemiştir. 1991 yılında Nikaragua devlet başkanı Violeta Chamorro söz konusu davadan

72 Kararın 3. maddesine göre, aşağıdaki eylemler BM Sözleşmesi'nin 51. maddesi anlamında saldırı eylemi teşkil etmektedir:

a) Bir devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yohuyla başka bir devletin ülkesinin veya bir bölümünün ilhaki;

b) Bir devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir devletin diğer bir devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silâh kullanması;

c) Bir devletin liman veya kıyıların diğer bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;

d) Bir devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırması;

e) Bir devletin, başka bir devletin ülkesi üzerinde ev sahibi devletin rızası ile bulunan silahlı kuvvetlerinin, taraflar arasındaki anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya anlaşmanın süresinin bitmesine rağmen ülkeyi terk etmemesi;

f) Ülkesini başka bir devletin kullanımına tahsis eden devletin, ülkesinin söz konusu devlet tarafından üçüncü bir devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasını kabul etmesi;

g) Bir devlet tarafından veya bir devlet adına diğer bir devlete yukarıdaki fiillere karşılık gelen silahlı kuvvet eylemlerini icra eden silahlı çete veya grupların, düzensiz birliklerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi eylemlere önemli ölçüde katılması.”

73 UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), Definition of Aggression (14 December 1974)

74 Ceren Zeynep Pirim, ‘Devletlere Atfedilemeyen Silahlı Saldırlara Karşı Meşru Müdafaa: Uluslararası Hukukta Sınır Ötesi Operasyonun Hukuki Zemini’ 2019 (11) 40 TAAD 245.

75 Nikaragua davası Divan kararında bu hususla ilgili şu ifadeye yer vermektedir: “*Bir silahlı saldırının sadece düzenli ordunun uluslararası sınırın ötesine geçmesini değil, ayrıca, bir Devletin aleyhine düzenli ordunun icra edebileceği ağırlıkta silahlı kuvvetler fiili gerçekleştiren silahlı grupların, düzensiz kuvvetlerin veya paralı askerlerin başka bir Devlet tarafından ya da onun adına gönderilmesi veya adı geçen eylemlere önemli oranda müdahil olmasını da kapsadığı kabul edilmektedir*”. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits, Judgment) [1986] ICJ Rep 14 para. 195; Uluslararası Adalet Divanı'nın Nikaragua davasındaki kararın Türkçe metni için bkz. Aksar (n 6) 474.

76 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (Judgment) [2005] ICJ Rep 168 para. 146.

77 Lieblich (n 56).

vazgeçtiklerini ilan etmiş ve herhangi bir tazminat talep etmemiştir⁷⁸. Bu dava, Salisbury olayı ile devletin dolaylı bir şekilde sebep olduğu saldırılar hususunda benzerlik göstermektedir. Fakat Salisbury olayında saldırının boyutunun küçük olması ve saldırıyı gerçekleştirenlerin aslında devlet adına faaliyet gösterdiğinin belirtilmesi iki olayı birbirinden ayırmaktadır.

Salisbury olayında saldırının, silahlı saldırı boyutuna ulaşıp ulaşmadığı konusunda bir tartışma mevcuttur. İlk olarak Rusya, her ne kadar olayı üstlenmese dahi kullanılan madde ve deliller neticesinde Rusya'nın olay ile ilişkili olduğu söylenebilir. Bu durumda, Salisbury olayına ilişkin sorumluluğun Rusya devletine atfedilebilir edilemeyeceği sorusu dikkate alınmalıdır. Bir devlet sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilir olması gerekir. 2001 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluklarına İlişkin Maddeler Metnine göre, genel kural olarak yalnızca bir devletin hükümet organlarının veya bu organların yönlendirmesi, kışkırtması veya kontrolü ile hareket eden kişi veya kuruluşların davranışları devlete atfedilebilir.⁷⁹ Kamu gücünü kullanmakla yetkili kılınmış ve devletin bir organı olmayan birimlerin eylemlerinden doğan sorumluluğun devlete atfedilmesi de söz konusu Metnin 5. maddesinde vurgulanmaktadır. Buna göre, “4. madde uyarınca devletin bir organı olmayan, ancak o devletin kanunlarıyla kamu gücü unsurlarını kullanmaya yetkili kılınan bir kişi veya birimlerin eylemleri, belirli bir olayda bu nitelikte hareket etmeleri şartıyla, uluslararası hukuka göre devletin eylemi olarak kabul edilecektir”⁸⁰. Özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilebilirliğine ilişkin olarak Metnin 8. maddesi şu ifadeye yer verir: “Bir kişi ya da grubun eylemi, aslında eylemin gerçekleşmesinde devletin talimatları, yönlendirmesi ya da kontrolü altında hareket ediyorsa, uluslararası hukuk nezdinde eylemi devlet eylemi olarak atfedilir”⁸¹. Diğer bir ifadeyle söz konusu eylem, devlet tarafından yönetilen veya kontrol edilen belirli bir operasyonun ayrılmaz bir parçası ise, devlete atfedilebilir.

Yukarıda vurgulanan ilgili maddeler gereğince Salisbury olayı Rusya devletine atfedilebilir mi? Bu hususta, İngiltere'nin BM Daimî Temsilcisi Karen Pierce'nin Salisbury olayına ilişkin olarak Güvenlik Konseyi toplantısında iki Rus vatandaşına yönelttiği suçlamalar ve bununla bağlantılı olarak Rusya'nın olaya dahiline ilişkin sunduğu deliller hakkındaki açıklama dikkat çekicidir. Pierce'nin ifadesine göre, daha önce bahsettiğimiz Alexander Petrov ve Ruslan Boshirov adlı iki Rus vatandaşı kapalı devre televizyon (CCTV – Close Circuit Television) kayıtlarında görüldüğü üzere,

78 Human Rights Watch, ‘Human Rights Watch World Report 1992- Nicaragua’ (1 January 1992), <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/467fca491e.html>> Erişim Tarihi 18 Temmuz 2020.

79 UN Doc. A/56/49(Vol.I)/Corr.4. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) madde 4; Anthony Aust, *Handbook of International Law* (2nd edn, Cambridge University Press 2010) 379.

80 UN Doc. A/56/49(Vol.I)/Corr.4. (n 79) madde 5.

81 Ibid. madde 8.

Rusya'dan Salisbury'e geliyorlar ve olaydan çok kısa süre önce Skripal'in evinin yakınlarında görüntüleniyorlar. Pierce, İngiliz istihbaratının kapsamlı analizine göre söz konusu iki kişinin GRU (Glavnoye Razvedyvatel'noye Upravleniye) olarak bilinen Rus Askeri İstihbarat Teşkilatı Ana İstihbarat Dairesi'nin ajanları olduğu sonucuna varıldığını öne sürmüştü ve GRU'nun Rus Devletinin bir organı olduğunu ifade etmiştir. Pierce, yukarıda değindiğimiz Aleksandr Litvinenko ajan olayını da hatırlatarak, Salisbury olayının böylece Rus Devletine atfedilebileceğini iddia etmiştir.⁸² Ayrıca, Pierce'm bu açıklamasından yaklaşık bir ay sonra Theresa May ve Hollanda Başbakanı Mark Rutte ortak bir basın açıklaması yapmış ve Salisbury olayındaki yasadışı sinir gazı kullanımını "GRU'nun ihtiyatsız operasyonlarından" biri olarak adanmışlardır.⁸³ Bu ifadeler kabul edilirse, silahlı saldırı için gerekli olan, eylemlerin bir devlete atfedilebilir olması şartı gerçekleşmiştir.

İkinci olarak ise eylemin belirli bir eşiği aşması gerekmektedir. Silahlı saldırı eşiği kavramı esasen belirsiz bir kavram olup sınırlarını net bir şekilde belirlemek zordur. Uluslararası Adalet Divanı'nın Nikaragua Davası'nda belirttiği gibi, "*silahlı saldırı içeren ciddi boyutta kuvvet kullanma türünü daha az ciddi boyutta olan türlerden farklılaştırmak/ayırıştırma gerekir*"⁸⁴. İngiltere Hükümeti'ne göre, Salisbury olayında silahlı saldırı eşiği aşılmış olup⁸⁵ doğal olarak meşru müdafaa hakları da doğmuştur. İngiltere, Rusya'ya karşı siber saldırıda bulunabileceklerini dile getirip bunun da meşru müdafaa kapsamında hukuka uygun bir kuvvet kullanımı olacağı iddiasını savunmuştur.⁸⁶

Doktrinde savunulan bir görüşe göre ise, olay her ne kadar Rusya ile ilişkilendirilse de saldırının şiddeti küçük olup sadece birkaç kişinin hedef alınmasından dolayı silahlı saldırı eşiğine ulaşmamıştır⁸⁷. Ruys'a göre, devlet görevlilerine düzenlenen suikastlar dahi silahlı saldırı olarak değerlendirilmemiş ve meşru müdafaa hakkına da başvurulmamıştır⁸⁸. Sergei Skripal ise devlet görevlisi değildir. Skripal'a yapılan saldırı ise İngiliz vatandaşı olmasından ziyade eski KGB/FSB ajanı olmasından kaynaklanmaktadır. Hedeflenen kişinin devlet görevlisi olmasında dahi silahlı saldırı

82 Evidence of Russia's involvement in Salisbury attack (UK Government, 6 September 2018) <<https://www.gov.uk/government/speeches/you-dont-recruit-an-arsonist-to-put-out-a-fire-you-especially-dont-do-that-when-the-fire-is-one-they-caused>> Erişim Tarihi 5 Haziran 2021.

83 Joint statement from Prime Minister May and Prime Minister Rutte (UK Government, 4 October 2018) <<https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-from-prime-minister-may-and-prime-minister-rutte>> Erişim Tarihi 5 Haziran 2021; Joint statement by Prime Minister May and Prime Minister Rutte on cyber activities of the Russian military intelligence service, the GRU (Government of Netherlands, 4 October 2018) <<https://www.government.nl/latest/news/2018/10/04/joint-statement-by-prime-minister-may-and-prime-minister-rutte-on-cyber-activities-of-the-russian-military-intelligence-service-the-gru>> Erişim Tarihi 5 Haziran 2021. 22 Mart 2018 tarihli Avrupa Konseyi tarafından sunulan basın bildirisinde, İngiltere'nin Rusya'yı olaydan sorumlu tutmasına ilişkin değerlendirmesine katıldığını ifade etmiştir. European Council conclusions on the Salisbury attack, 22 March 2018 (European Council, 22 March 2018) <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/03/22/european-council-conclusions-on-the-salisbury-attack/> Erişim Tarihi 6 Haziran 2021.

84 *Nicaragua v. United States of America* (n 75) para. 191.

85 Lieblich (n 56).

86 Akande (n 55).

87 Lewis (n 15) 15.

88 Ruys (n 31).

olarak değerlendirilemeyecek bu eylem somut olayda kuvvet kullanmadan ileriye geçmemiştir. Sergei Skripal dışında olaydan etkilenen kişilerin olması ise bu yorumu değiştirmemektedir⁸⁹.

Bazı yazarlar, biriken olaylar teorisi (*accumulation of events theory*)⁹⁰ çerçevesinde, her ne kadar tekil bir olay sonucunda meşru müdafaa hakkı oluşmasa da benzer nitelikte birçok olay birleşince bu hakkın doğabileceğini iddia etmişlerdir⁹¹. Petrol Platformları⁹² ve Nikaragua Davalarında biriken olaylar teorisinin temel alındığı iddia edilmektedir. Bu çıkarımdan yola çıkarak Aleksandr Litvinenko dâhil Rusya'nın arkasında olduğu düşünülen suikastların var olduğu ve bunların toplu olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Fakat teori, farklı olayların toplu bir şekilde değerlendirmesinin yanlış olacağı hususunda eleştiriye uğramıştır⁹³. Özellikle olaylar arasındaki sebep farklılıkları, zaman aralığının fazla olması gibi etmenler, toplu değerlendirmeyi engellemektedir. Biz de bu teorinin ancak birbirine çok yakın tarihlerde oluşan ve aynı amaçla gerçekleştirilen olaylar dizisinde uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Örneğin, Sergei Skripal ve kızına yapılan saldırının Dawn Sturgess'in ölümü ile bağlantısı açık olup, bu iki olayda bütün bir değerlendirme yapılabilir. Fakat iki olayın birleştirilmesi silahlı saldırının oluştuğunu savunmak için yeterli değildir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, kuvvet kullanma yasağının ihlali mevcut olmasına rağmen olay silahlı saldırı boyutuna ulaşmamıştır. Her ne kadar kullanılan gazın zararlı etkisi fazla olsa dahi hedeflenen kişilerin az sayıda ve zarar görenlerin sınırlı olması silahlı saldırının bulunmadığını göstermektedir. Silahlı saldırı boyutuna ulaşmayan bir kuvvet kullanma eylemine karşılık meşru müdafaa uygulanamayacağı için İngiltere'nin de meşru müdafaa hakkının bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Kuvvet kullanma yasağı ihlal edilmesi sebebiyle Rus diplomatlarının sınır dışı edilmesi gibi yaptırımlar hukuka uygundur⁹⁴. Hiç şüphesiz İngiltere burada siyasi, diplomatik, ekonomik ve hukukî yaptırımlar uygulayabilmektedir. Buna karşılık İngiltere'nin siber saldırı tehdidinin ise yerinde olmadığı kanaatindeyiz. İngiltere

89 Ibid.

90 Norman Menachem Feder, 'Reading the U.N. Charter Connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack' (1987) 19(2) New York University Journal of International Law and Politics 395, 416; David Kretzmer, 'The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum' (2013) 24(1) European Journal of International Law 235, 243-244.

91 İsrail'in 12 Temmuz saldırısını ve Hizbullah saldırılarını biriken olaylar teorisine dayanarak meşru müdafaa hakkını savunmasına ilişkin olarak ve teoriye ilişkin açıklama için bkz. Yaël Ronen, 'Israel, Hizbollah, and the Second Lebanon War' Yearbook of International Humanitarian Law, (December 2006) 9 362, 372.

92 *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (Judgment) [2003] ICJ Rep 161.

93 Ruys (n 31).

94 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi madde 9(1) bu durumu destekler niteliktedir: "*Kabul eden Devlet, herhangi bir zaman ve kararın gerekçesini açıklamak zorunluluğunda olmaksızın, gönderen Devlete misyon şefinin veya misyon Diplomatik kadrosunun herhangi bir üyesinin istenmeyen şahıs (persona non grata) olduğunu veya misyon kadrosunun herhangi bir başka üyesinin kabule şayan olmadığını bildirebilir. Bu takdirde, gönderen Devlet, duruma göre, ilgili şahsı geri çağırır veya misyondaki görevine son verir. Bir şahıs kabul eden Devletin ülkesine gelmeden önce de istenmeyen veya kabule şayan olmayan şahıs olarak ilan edilebilir*". Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Diplomatic Relations) (signed 18 April 1961, entered into force 24 April 1964) 500 UNTS 95 (VCDR).

siber saldırıyı kullandığı takdirde bu durum, saldırıyı engellemek amacıyla çok intikam maksadını taşıyacaktır. Çünkü meşru müdafaa hakkı doğan devletin kullandığı kuvvet, saldırıyı engellemek için gerekli ve orantılı olmalıdır. Eğer İngiltere Rusya'nın iddia edilen eylemine yanıt olarak Rusya'ya siber saldırı teşebbüsünde bulunsaydı, siber saldırının uluslararası hukukta kuvvet kullanma hakkı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin incelenmesi gerekirdi. Akabinde, bu tarz kuvvet kullanmanın meşru müdafaa temelinde gerekçelenip gerekçelenemediği de dikkate alınması gereken bir durum olurdu⁹⁵. Somut olayda kuvvet kullanımını sonlanmış olup, siber saldırının kullanılması halinde somut olayı ile orantılı bir saldırı olmayacağı da açıktır. Kaldı ki İngiltere'nin meşru müdafaa hakkı doğmamıştır. Fakat tekrar belirtmemiz gerekir ki Salisbury olayında hukuka aykırı kuvvet kullanımını vardır. Buna karşılık olarak İngiltere'nin vermiş olduğu yaptırım kararları yerindedir.

Sonuç

Salisbury olayı İngiltere ve Rusya arasında uluslararası bir kriz nedeni olup Sergei Skripal ve kızının zehirlenmesi İngiltere sınırlarını aşmış uluslararası bir gündem haline gelmiştir. Her ne kadar Rusya saldırıyı üstlenmese dahi elde edilen deliller ve kullanılan gaz çeşidi sebebiyle Rusya'nın sorumlu olduğu söylenebilir. Rusya'nın sorumlu olduğu kabul edildiği takdirde ise eylemin niteliği iki kapsamda incelenebilir.

İlk olarak, kuvvet kullanma yasağının ihlali için bir eşik olup olmadığı hususunda bir tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre, kuvvet kullanma eşiğinin konulması devletlerin suiistimaline sebep olacağı için yerinde değildir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, kuvvet kullanma eşiğinin olması gerektiğini savunmaktadır. Aksi takdirde küçük çaplı olaylar dahi kuvvet kullanma yasağının ihlali olarak değerlendirilebilecektir ve bu yasağın ihlali ciddiyetini kaybedecektir. Salisbury olayında ise, Novichok gazından etkilenen kişi sayısının birden çok oluşu ve gazın etki potansiyelinin yüksek olması eşiğin aşıldığını göstermektedir.

İkinci olarak, kuvvet kullanma yasağı ihlal edilse de bu ihlalin silahlı saldırı boyutuna ulaşmış olup olmadığı tartışılmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, olayda kuvvet kullanma yasağının ihlali mevcut olmasına rağmen silahlı saldırı boyutuna ulaşmamıştır. Her ne kadar kullanılan gazın etkinliği fazla olsa dahi hedeflenen kişilerin azlığı ve zarar görenlerin sınırlı olması silahlı saldırının bulunmadığını göstermektedir. Silahlı saldırı boyutuna ulaşmayan bir kuvvet kullanma eylemine karşılık meşru müdafaa uygulanamayacağı için İngiltere'nin meşru müdafaa hakkının bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Son olarak bu olay neticesinde verilen tepkiler İngiltere'yle sınırlı kalmamıştır. 2019 yılı OPCW'nin konferansında Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin yasaklı maddeler

95 Akande (n 55).

listesinde değişiklik yapılmasına ilişkin ABD, Hollanda ve Kanada'nın sunduğu ortak önerinin kabulü sonucunda Novichok ve benzer nitelikteki zehirli kimyasal maddeler sözleşmenin ekinde yasaklanmasına karar verilmiştir. Sözleşme'nin imzalandığı yıl olan 1993'ten itibaren sözleşme ilk defa değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik şüphesiz Salisbury olayı neticesinde yapılmış olup kuvvet kullanma yasağının ihlaline uluslararası sözleşme çerçevesinde verilen bir tepkidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: S.Ö. B.D.; Veri Toplama: S.Ö. B.D.; Veri Analizi /Yorumlama: S.Ö. B.D.; Yazı Taslağı: S.Ö. B.D.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: S.Ö. B.D.; Son Onay ve Sorumluluk: S.Ö. B.D.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of study: S.Ö. B.D.; Data Acquisition: S.Ö. B.D.; Data Analysis/Interpretation: S.Ö. B.D.; Drafting Manuscript: S.Ö. B.D.; Critical Revision of Manuscript: S.Ö. B.D.; Final Approval and Accountability: S.Ö. B.D.

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

Kitaplar & Makaleler/Books and Articles

Acer Y ve Kaya İ, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı* (9th edn, Seçkin 2018).

Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (4th edn, Seçkin 2017).

Aust A, *Handbook of International Law* (2nd edn, Cambridge University Press 2010).

Bennett AL ve Oliver JK, *Uluslararası Örgütler, İlkeler ve Meseleler* (çev. Nasuh Uslu, BB101 2015).

Bozkurt E, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanılması* (3rd edn, Asil 2007).

Chai P, Hayes B, Erickson T and Boyer EW, 'Novichok agents: a historical current and toxicological perspective' 2018 (2) 1 Toxicology Communications 45-48.

Costanzi S and Koblentz G, 'Controlling Novichoks after Salisbury: revising the Chemical Weapons Convention schedules' 2019 The Nonproliferation Review 1-14.

Feder NM, 'Reading the U.N. Charter Connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack' (1987) 19(2) New York University Journal of International Law and Politics, 395-432.

Kretzmer D, 'The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum' (2013) 24(1) European Journal of International Law, 235-282.

Lewis S, 'Salisbury, Novichok and International Law on the Use of Force' (2018) 163 (4) The RUSI Journal, 10-19.

Lotrionte C, 'Reconsidering the Consequences for State-Sponsored Hostile Cyber Operations Under International Law' (2018) 3 (2) The Cyber Defence Review, 73-100.

Meray S, *Devletler Hukukuna Giriş* (4th edn, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1975).

Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (12th edn, Turan 2012).

Pirim C, 'Devletlere Atfedilemeyen Silahlı Saldırlara Karşı Meşru Müdafaa: Uluslararası Hukukta Sınır Ötesi Operasyonun Hukuki Zemini' 2019 (11) 40 TAAD 245- 303.

- Ronen, Y, 'Israel, Hizbollah, and the Second Lebanon War' (Aralık 2006) 9 Yearbook of International Humanitarian Law 362-393.
- Ruys T, 'The Meaning of "Force" and the Boundaries of the Jus ad Bellum: Are "Minimal" Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?' (2014) 108(2) The American Journal of International Law 159-210.
- Schmitt MN, 'State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law' (1992) 17 Yale Journal of International Law 609-685.
- Simma B, 'NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects' (1999) 10 European Journal of International Law 1-22.
- Stewart C, *Weapons of Mass Casualties and Terrorism Response Handbook*, (Jones and Bartlett 2006).
- United Nations, *Yearbook of the United Nations 1988* (vol 42, Martinus Nijhoff Pub. 1994)
- Vail C, 'The Legality of Nuclear Weapons for Use and Deterrence' (2017) 48(3) Georgetown Journal of International Law 839-872.

Mahkeme Kararları & Diğer Resmî Belgeler/ Court Decisions & Other Official Documents

- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (Judgment) [2005] ICJ Rep 14.
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, (Merits, Judgment) [1986] ICJ Rep 14
- Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (Judgment) [2003] ICJ Rep 161.
- Changes to Schedule 1 of the Annex on Chemicals to the Chemical Weapons Convention (decision adopted 27 November 2019) C-24/ Dec.5. (OPCW).
- Commentary of 2017 Article 2, Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) International Committee of The Red Cross (ICRC).
- Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, Annex to GA Res. 2625, UN GAOR, 25th Sess. Supp. No. 28, 121, UN Doc. A/8028 (24 October 1970).
- Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (Vienna Convention on Diplomatic Relations) (signed 18 April 1961, entered into force 24 April 1964) 500 UNTS 95 (VCDR).
- Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (signed 2 September 1947, entered into force 12 March 1948) 21 UNTS 77.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226.
- NATO, 'Statement by the North Atlantic Council on the Use of a Nerve Agent in Salisbury', Press Release, (2018) 033, 14 March 2018.
- Savaşın Ulusal Politika Aracı Olarak Yasaklanmasına İlişkin Genel Anlaşma, Kellog-Briand Paktı (General Treaty for the Renunciation of War as an Instrument of National Policy, Kellog-Briand Peace Pact) (signed 27 August 1928, entered into force 24 July 1929) 94 LNTS 57.
- The Covenant of the League of Nations (Milletler Cemiyeti Misakı) (1919)
UN Doc. A/RES/3314 (XXIX), Definition of Aggression (14 Aralık 1974).

UN Doc. A/56/49(Vol. I)/Corr.4. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

UN Doc. S/19798 (19 Nisan 1988).

UN Doc. S/RES/611 (25 Nisan 1988).

UN Security Council, ‘Moscow ‘Highly Likely’ Behind Salisbury Chemical Attack, Prime Minister of United Kingdom Says in Letter to Security Council’, Press Release, 8203rd Meeting, SC/13247, 14 Mart 2018.

Online Kaynaklar/Online Sources

Akande D, ‘The Use of Nerve Agents in Salisbury: Why does it Matter Whether it Amounts to a Use of Force in International Law?’ (EJIL: Talk, 17 March 2018) <<https://www.ejiltalk.org/the-use-of-nerve-agents-in-salisbury-why-does-it-matter-whether-it-amounts-to-a-use-of-force-in-international-law/>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2019.

Birleşmiş Milletler Andlaşması, RG, 24.8.1945, Sayı 6092 <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2021.

Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction, <https://www.opcw.org/sites/default/files/documents/CWC/CWC_en.pdf> Erişim Tarihi 1 Kasım 2019.

Davies G and Luhn A ‘Skripal poisoning suspects claim they were tourists in ‘wonderful town of Salisbury’ to visit ‘famous’ cathedral’ (Telegraph, 13 September 2018) <<https://www.telegraph.co.uk/news/2018/09/13/skripal-poisoning-suspects-claim-salisbury-visit-historical/>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2019.

Dearden L, ‘Salisbury novichok attack: Police officer Nick Bailey says he was ‘petrified’ after being poisoned’ (Independent, 22 November 2018) <<https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/salisbury-novichok-attack-police-officer-interview-nick-bailey-russia-skripal-a8647431.html>> Erişim Tarihi 27 Kasım 2019.

European Council conclusions on the Salisbury attack, 22 March 2018 (European Council, 22 March 2018) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/03/22/european-council-conclusions-on-the-salisbury-attack/>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2021.

Evidence of Russia’s involvement in Salisbury attack (UK Government, 6 September 2018) <<https://www.gov.uk/government/speeches/you-dont-recruit-an-arsonist-to-put-out-a-fire-you-especially-dont-do-that-when-the-fire-is-one-they-caused>> Erişim Tarihi 5 Haziran 2021.

Human Rights Watch, ‘Human Rights Watch World Report 1992 – Nicaragua’ (1 January 1992) <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/467fca491e.html>> Erişim Tarihi 18 Temmuz 2020.

Joint statement from Prime Minister May and Prime Minister Rutte (UK Government, 4 October 2018) <<https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-from-prime-minister-may-and-prime-minister-rutte>> Erişim Tarihi 5 Haziran 2021.

Joint statement by Prime Minister May and Prime Minister Rutte on cyber activities of the Russian military intelligence service, the GRU (Government of Netherlands, 4 October 2018) <<https://www.government.nl/latest/news/2018/10/04/joint-statement-by-prime-minister-may-and-prime-minister-rutte-on-cyber-activities-of-the-russian-military-intelligence-service-the-gru>> Erişim Tarihi 5 Haziran 2021.

Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme (Kimyasal Silahlar Sözleşmesi), RG, 3.5.1997, Sayı 22978 (Mükerrer) <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22978_1.pdf> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2020.

- Liebllich E, 'The Salisbury Incident and the Threshold for 'Unlawful Use of Force' under International Law: between Stigmatization and Escalation' (Stockholm Centre, 20 April 2018) <<http://stockholmcentre.org/the-salisbury-incident-and-the-threshold-for-unlawful-use-of-force-under-international-law-between-stigmatization-and-escalation/>> Erişim Tarihi 17 Aralık 2019.
- Omand D, 'From Nudge to Novichok: The response to the Skripal nerve agent attack holds lessons for countering hybrid threats' (2018) Hybrid Coe, 4 <https://www.hybridcoe.fi/wp-content/uploads/2018/04/HybridCoe_WorkingPaper_From-NudgeToNovichok_Omand.pdf> Erişim Tarihi 28 Kasım 2019.
- OPCW, Webcast: CSP-24 <<https://www.opcw.org/calendar/csp-24/webcast>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2019.
- PM Commons statement on Salisbury incident: 12 March 2018 (UK Government, 12 March 2018) <<https://www.gov.uk/government/speeches/pm-commons-statement-on-salisbury-incident-12-march-2018>> Erişim Tarihi 28 Kasım 2019.
- Press Association, 'Novichok victim Charlie Rowley says poison could still kill him' (Guardian, 9 December 2018) <<https://www.theguardian.com/uk-news/2018/dec/09/novichok-victim-charlie-rowley-says-poison-could-still-kill-him>> Erişim Tarihi 27 Kasım 2019.
- Ruys T, "'License to Kill' in Salisbury: State-sponsored assassinations and the jus ad bellum' (Just Security, 15 March 2018) <<https://www.justsecurity.org/53924/license-kill-salisbury-state-sponsored-assassinations-jus-ad-bellum/>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2019.
- Telegraph Reporters, 'Police officer poisoned by Novichok returns to active duty 10 months after Salisbury attack' (Telegraph, 15 January 2019) <<https://www.telegraph.co.uk/news/2019/01/15/police-officer-nick-bailey-returns-active-duty-10-months-salisbury/>> Erişim Tarihi 27 Kasım 2019.
- Weller M, 'An International Use of Force in Salisbury?' (EJIL: Talk, 14 March 2018) <<https://www.ejiltalk.org/an-international-use-of-force-in-salisbury/>> Erişim Tarihi 26 Kasım 2019.

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Milletlerarası Hukuk Açısından Dünden Bugüne Taliban ve Taliban'ın Hükümet Olarak Tanınıp Tanınmayacağı Meselesi

The Taliban: From Past to Present and the Question of Whether It Can be Recognized as Government Under International Law

Nuray Ekşi* 

Öz

Milletlerarası hukukta devletin tanınması ile hükümetin tanınması birbirinden farklı konulardır. Bir devletin anayasasına uygun olarak kurulan hükümetin diğer devletler tarafından tanınmasına gerek yoktur. Ancak olağandışı yollarla yani anayasaya ve hukuka aykırı olarak iktidara gelen hükümetin diğer devletler tarafından tanınması gerekmektedir. Afganistan devlet olarak varlığını korumakla beraber Afganistan anayasasına aykırı şekilde yönetimi ele geçiren oluşumların diğer devletlerce hükümet olarak tanınıp tanınmayacağı sorunuyla karşı karşıyadır. 1996-2001 yılları arasında yasadışı yollarla yönetimi ele geçiren Taliban'ı sadece Pakistan, Birleşik Arap Emirlikleri ve Suudi Arabistan hükümet olarak tanıdı. ABD'nin, ikiz kuleler saldırısından sorumlu tuttuğu Usame bin Ladin ve El-Kaide üyelerine karşı başlattığı operasyonu bahane ederek Afganistan'a girmesi üzerine, Taliban yönetimi terk etmiş ve dağlara kaçmak zorunda kalmıştı. ABD ve müttefiklerinin Afganistan'daki varlığı yirmi yıl devam etmesine rağmen Taliban yeniden güçlenmiştir. 29 Şubat 2020 tarihinde Doha'da Amerika Birleşik Devletleri ile Taliban Olarak Bilinen Afganistan İslam Emirliği Arasında Afganistan'a Barış Getiren Anlaşma imzalanmıştır. ABD ile Taliban arasında yapılan iki taraflı antlaşmanın ardından 17 Kasım 2020 tarihinde ABD, Afganistan'dan çekileceğini açıklamıştır. 14 Nisan 2021 tarihinde ABD Başkanı *Biden*, Afganistan'dan tamamen çekilme kararı almıştır. Taliban'ın çatışmasız şekilde Kabil'i ele geçirmesiyle beraber, 15 Ağustos 2021 tarihinde Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti düşmüştür. Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti'nin düşmesiyle beraber fiili yönetim Taliban'ın eline geçmiştir. Çalışmamızda öncelikle dünden bugüne Taliban hakkında bilgi verilecektir. Ardından milletlerarası hukuk açısından tanıma türleri ve devletlerin tanınması ile hükümetlerin tanınması arasındaki farklar üzerinde durulacaktır. Daha sonra Taliban'ın hükümet olarak tanınıp tanınmayacağı meselesi irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Taliban, devletlerin tanınması, hükümetlerin tanınması, etkin kontrol, *de jure* tanıma, *de facto* tanıma, açık tanıma, zımni tanıma, Estrada Doktrini, Meşruyet Doktrini, Tobar Doktrini, Stimson Doktrini, Jeostratejik tanıma, anayasal olmayan rejim değişiklikleri, Afganistan'a Barış Getirme Anlaşması

Abstract

In international law, there is a difference between the recognition of states and governments. Governments established under a state's constitution do not need to be recognized by other states. However, governments that came to power in an unconstitutional and illegal process would have to be recognized by other states. Although Afghanistan remains a state, it faces the question of whether the entities that took over the administration in violation of the Afghan constitution can be recognized as a legitimate government by other states. Only Pakistan, the United Arab Emirates, and Saudi Arabia recognized the Taliban who seized power illegally between 1996 and 2001, as an established government. After the United States intervened and launched an operation in Afghanistan, blaming Taliban for being a sanctuary for

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

Atf: Ekşi N, "Milletlerarası Hukuk Açısından Dünden Bugüne Taliban ve Taliban'ın Hükümet Olarak Tanınıp Tanınmayacağı Meselesi" (2022) 42(1) PPIL 53. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.1030645>

Osama bin Laden and al-Qaeda members who allegedly perpetrated the twin-tower attack, the Taliban gave up the administration and fled to the mountains. Despite the continued presence of the United States and its allies in Afghanistan for almost two decades, the Taliban grew stronger. The Agreement for Bringing Peace to Afghanistan between the Islamic Emirate of Afghanistan, another name for Taliban, was signed in Doha on February 29, 2020, with the United States of America. After the bilateral agreement, on November 17, 2020, the United States announced that it would withdraw its troops from Afghanistan. Hence, President Joe Biden of the United States announced the country's decision to withdraw from Afghanistan completely on April 14, 2021. The Government of the Islamic Republic of Afghanistan was conquered on August 15, 2021, after the Taliban seized Kabul without conflict. With the fall of the Government of the Islamic Republic of Afghanistan, the Taliban gained *de facto* control of the country. In this study, information will be given about the Taliban from past to present. Then, the types of recognition and the differences between the recognition of states and the recognition of governments in terms of international law will be explained. Lastly, the issue of whether the Taliban can be recognized as a government will be examined.

Keywords

Taliban, recognition of states, recognition of governments, effective control, *de jure* recognition, *de facto* recognition, express recognition, implied recognition, Estrada Doctrine, Legitimacy Doctrine, Tobar Doctrine, Stimson Doctrine, recognition for geostrategic benefits, unconstitutional change of regime, Agreement for Bringing Peace to Afghanistan

Extended Summary

Afghanistan is a country ravaged by wars, conflicts, and forced occupations throughout history. The invading nations and outfits that were initially established in Afghanistan with the intention of fighting against invading foreign states turned into militant powers that oppressed their own people over time, which led to instability in the country. Considering that individuals in charge of Afghanistan's administration prioritize their interests over the common good of Afghans, and even collaborate with occupying states and foreigners in exploiting the country's economic resources, has caused Afghanistan's economy to deteriorate. Many Afghans that were plagued by political instability and economic problems have already left the country. The number of Afghans immigrating to other countries, especially Iran, Pakistan, and Turkey, is quite high. The Taliban seized power between 1996 and 2001, in violation of the Afghan constitution. Only Pakistan, the United Arab Emirates, and Saudi Arabia recognized Taliban as a government at that time. However, the United States carried out a military campaign in Afghanistan due to its alleged support for Osama bin Laden and al-Qaeda members who allegedly perpetrated the twin tower attack. The Taliban had to withdraw from holding government-level authority. Although the United States and coalition members stayed in Afghanistan for almost two decades, the situation in the country worsened. The Agreement for Bringing Peace to Afghanistan between the Islamic Emirate of Afghanistan, which is another name for Taliban, and the United States of America, was signed in Doha on February 29, 2020. After the bilateral agreement between the United States and the Taliban, on November 17, 2020, the United States announced that it would withdraw from Afghanistan. Hence, on April 14, 2021, United States President Joe Biden announced the country's decision to

withdraw from Afghanistan completely. The Government of the Islamic Republic of Afghanistan was conquered on August 15, 2021, after the Taliban seized and controlled Kabul without conflict. Thereafter, political and legal discussions have emerged on whether the Taliban can be recognized as a government.

The process of recognizing a government differs from recognizing a state. However, just as in the recognition of states, there is no common standard that all states have to abide by when they recognize a government. Hence, in addition to the effective control principle, democratic values, respecting human rights, and more importantly, receiving the support of the public are required in order for an entity to be recognized as a government, the Taliban cannot pass the test of recognition as a government. However, for certain countries, the mere existence of effective control can be enough for the recognition of an entity as a government. For countries where the lack of population support, as well as democratic and human rights values, are irrelevant to the recognition of an entity as a government, there will be no problem in recognizing the Taliban as a government. The Government of the Islamic Emirate of Afghanistan, established by the Taliban between 1996 and 2001, was recognized by Pakistan, Saudi Arabia, and the United Arab Emirates. The United States Secretary of State Antony John Blinken announced that the Taliban would be recognized as a *de facto* government. The United States Secretary only considers the geostrategic benefits of the United States. However, it is unclear whether this statement means that the Taliban will be recognized as the legitimate government by the United States. A change of government carried out within constitutional parameters does not require recognition. However, an entity that seizes power through unconventional means, such as a military coup, ideological revolution, disputed elections, or violations of international law, needs to be recognized by other states; its legitimacy depends on other nations accepting it. The Taliban took over unconventionally. Therefore, it needs to be recognized as a government of Afghanistan. There is a widespread sense that the Taliban is incapable of governing Afghanistan, and there are serious doubts about whether the Taliban meets the necessary conditions to be recognized as a government under international law.

It must be underlined that accepting the principle of effective control alone in the recognition of a new entity as a government, as in the case of the Taliban, will encourage terrorist organizations to exercise effective control over a particular area. Especially in recent years, dominating certain areas, instilling fear, and conducting brutal acts by terrorist organizations have become a regular practice in certain regions. Although it may be in some states' geostrategic and economic interests that typically remain indifferent on whether the new entity is legitimate or not, to recognize it as a government, it is not in the interest of the people who are forced to live with these groups in their country. The international community should unite to end the instability that prevails like the never-ending symphony in Afghanistan and to ensure the peace

and security of the Afghan nationals. Otherwise, migration from Afghanistan will not be prevented, and those who hope to extract natural resources in Afghanistan or who want to trade in other areas will get their share of this chaos. However, in doing so, it should pursue the interests of the Afghans, not its geostrategic interests like the United States. The Afghan nations are overwhelmed by endless internal conflicts, acts of terrorism, invasions, and economic problems. Poverty, hopelessness, insecurity, and anxiety about the future spread in the country. They are thirsty for human rights and democratic values. Therefore, states should put the interests of the Afghans above theirs when deciding whether or not to recognize the Taliban as a government. Other countries need to pressure the Taliban to end the persecution of women and girls, to guarantee the safety of civilians, to ensure freedom of religion and conscience, to respect and protect the rights and freedoms of all people, and to gain overall public support. The period of an interim government that is running Afghanistan until new polls should be short, and any new government must emerge through elections. The international community should maintain that the Taliban cannot be recognized as a government unless it adopts these values.

Taliban'ın Ortaya Çıkışı

Afganistan kuruluşundan beri çatışmaların, savaşların ve işgallerin sürekli hüküm sürdüğü bir ülke olmuştur¹. Kuruluşu 1747 yılına kadar uzanmasına rağmen Afganistan'da ilk genel seçim 1965 yılında yapılmıştır². Bitmek tükenmek bilmeyen iç çatışmalardan ve yabancı devletlerin müdahalelerinden dolayı Afganistan'da istikrarlı bir hükümet sistemi kurulamamıştır. Tacikistan, Özbekistan, İran, Pakistan ve Çin ile komşu olan Afganistan stratejik konumundan dolayı önem taşımaktadır. Önceleri stratejik konumu ve daha sonra enerji ulaşım ağı açısından kilit rol oynaması sebebiyle mütemadiyen Afganistan'ı hakimiyet altına almak isteyen devletlerin saldırılarına ve müdahalelerine maruz kalmıştır. Zira Afganistan'da hangi ülke hakim olursa Güney Asya bölgesine de hakim olmakta; böylece Ortadoğu, Orta Asya ve Çin'in yanı sıra İran'a da müdahale etme olanağına sahip olmaktadır³.

Sahip olduğu doğal kaynakların yanı sıra başta Türkmenistan doğalgazı ve petrolü olmak üzere petrol ve doğalgazın Orta Asya'dan Hint Okyanusu'na indirilmesindeki coğrafi önemi Afganistan'a girmek için diğer ülkelerce bahaneler üretilmesine sebep olmaktadır. Güçlü bir yönetime sahip olmaması, etnik gruplar arasındaki bölünmeler, vekâlet savaşlarını yürüten terör örgütlerinin faaliyetleri ve iç çatışmalar da Afganistan'da hakimiyet kurmak isteyen devletlerin işini kolaylaştırmaktadır. Geçmişten günümüze kadar olan süreçte Afganistan'a yönelik saldırıların başında stratejik konumundan dolayı 1747-1833 yılları arasında gerçekleşen dört Pers saldırısı yer almaktadır⁴. Rusya'nın, Afganistan'a ve Afganistan'ın ise Hindistan'a saldıracağından korkan İngiltere 1839-1921 yılları arasında üç defa Afganistan'a saldırmıştır⁵. Afganistan, 1863-1893 yılları arasında Rusların saldırısına uğramış ve kısmen Ruslar tarafından işgal edilmiştir⁶. Rusya'nın sıcak sulara inme çabası ve İngiltere'nin en zengin sömürgesi olan Hindistan'ı koruma görevinden kaynaklanan işgaller, son yıllarda Orta Asya petrolünün ve doğalgazının, dünya piyasalarına taşınması için geçiş yolu ve ABD'nin kendi geleceğinin tehdit odakları olarak gördüğü İran, Hindistan, Çin ve Rusya arasındaki coğrafi konumundan dolayı devam etmiştir⁷. Rusya, o zamanki adıyla SSCB, 1978-1979 tarihleri arasında Afganistan'ı tekrar işgal etmiştir⁸. SSCB'nin işgali sırasında, bu işgale karşı direnenlere ABD, İngiltere ve Suudi Arabistan destek vermiş ve bu desteğin de etkisiyle 1989 yılında SSCB, Afganistan'dan çekilmiştir⁹.

1 Göktuğ Sönmez, Gökhan Bozbaş and Serhat Konuşul, 'Afgan Talibanı: Dünü, Bugünü ve Yarını', (2020) 28(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (NEUSBF Dergisi), 59, 71.

2 Lawrence Azubuike, 'Status of Taliban and Al Qaeda Soldiers: Another Viewpoint', (2003) 9(1) Connecticut Journal of International Law, 127, 127-128.

3 Hüseyin Şeyhanlıoğlu, '18. Yüzyıldan Günümüze Kadar Afganistan'ın Jeostratejik Önemi', (2008) 34(2) Avrasya Etüdleri, 61, 81.

4 Azubuike, (n 2) 128.

5 Azubuike, (n 2) 128; Şeyhanlıoğlu, (n 3) 63-64.

6 Azubuike, (n 2) 128; Şeyhanlıoğlu, (n 3) 63-64.

7 Şeyhanlıoğlu, (n 3) 63.

8 Azubuike, (n 2) 128.

9 DEİK-Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu Afganistan Ülke Bülteni 2012, 1, 2: <https://www.deik.org.tr/uploads/afganistan-ulke-bulteni.pdf> (accessed 24.10.2021); Azubuike, (n 2) 130.

Afganistan, komşusu Pakistan ile de sorunlar yaşamıştır. 1893 yılında Durand Anlaşması¹⁰ ile Afganistan ve Pakistan'ın sınırları ayrılmış ve belirlenmiştir. Anlaşma, Hindistan İngiliz Koloni Hükümeti ile yapılmıştır. O dönemde Pakistan ve Hindistan İngilizlerin hakimiyeti altındaydı. Anlaşma, İngiliz Koloni Hükümeti'nin başında bulunan *Sir Henry Martmer Durand* çabalarıyla yapıldığından “Durand Sınır Anlaşması” (Durand Line Agreement) olarak da anılmaktadır. Pakistan'ın Hindistan'dan ayrılarak bağımsız bir devlet olarak 1947 yılında kurulmasından sonra dahi ABD ve uluslararası toplum da Durand Sınır Anlaşmasıyla Pakistan ve Afganistan arasındaki sınırın çizildiğini kabul etmiştir¹¹. Durand Sınır Anlaşması'nın büyük bir oyun olduğu; böylece İngiltere'nin Pakistan üzerindeki hakimiyetini Afganistan'a teşmil ettiği; İngiltere'ye karşı birlik oluşturmamaları için Peştun kabilelerini bölmek amacıyla İngiltere'nin bu anlaşmayı yaptığı ifade edilmiştir¹². Anlaşma'da, Pakistan-Afganistan arasındaki sınırın bir kısmında iki ülkeyi ayıran hattın tam olarak çizilmemiş olması, iki devlet arasında sorun yaratmaktadır¹³. Hatta Afganistan, Anlaşma'nın zorla yaptırıldığını, tek taraflı olarak anlaşmadan çekildiğini ve zaten anlaşmanın yapılmasının üzerinden yüzyıl geçmesi sebebiyle anlaşmanın yürürlükten kalktığını öne sürmüştür¹⁴. Üstelik Afganistan, Pakistan Devleti 1947 yılında kurulduktan sonra Afganistan ile Pakistan arasındaki 2670 kilometre Durand sınırının keyfi ve hukuka aykırı olarak çizildiğini belirterek Pakistan'ı tanımayan tek devletti¹⁵. Afganistan, 1947 yılında Pakistan Devleti'nin kurulmasından itibaren düzenli olarak Pakistan'ın müdahalesine maruz kalmıştır. Ayrıca Pakistan Talabani ile Afganistan Talabani arasında organik bir ilişki her zaman var olmuştur.

1992 yılında Afganistan İslam Cumhuriyeti kurulmuştur¹⁶. Ancak 1992 yılından itibaren iç çatışmalar artmıştır. Bitmek tükenmek bilmeyen bu saldırılar, Afganistan içinde bazı devlet dışı oluşumların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu oluşumlardan biri de çoğunluğunu Peştunlar'ın oluşturduğu Taliban'dır. “Taliban” kelimesi, “talib” kelimesinden türetilmiştir. Talib (students) öğrenciler anlamına gelmektedir. Taliban kelimesi ise “arayanlar” (“the seekers”), “öğrenciler” anlamına gelmektedir¹⁷. Taliban,

10 Durand Line Agreement November 12, 1893, Agreement between Amir Abdur Rahman Khan GCSI and Sir Henry Martmer Durand, KCIE, CSI: <https://www.satp.org/satporgtp/countries/pakistan/document/papers/durandlineagreement.htm> (accessed 18.10.2021). Durand Sınır Anlaşması için ayrıca bkz. Percy Sykes, *A History of Afghanistan*, Volume 1 and 2, Appendix C (2nd edn, Routledge 2017).

11 Şeyhanlıoğlu (n 3) 67; Tariq Mahmood, ‘The Durand Line South Asia’s New Trouble Spot’, Naval Postgraduate School Monterey, California Thesis, June 2005, 84: <https://core.ac.uk/download/pdf/36695656.pdf> (accessed 18.10.2021).

12 Mahmood, (n 11) 83-84.

13 Mahmood (n 11) 84; Elisa Giunchi, ‘The Origins of the Dispute over the Durand Line’, (2013) 44(1-2) Internationales Asienforum, 25, 33.

14 Mahmood, (n 11) 84.

15 Amanda Macias, ‘Secretary of State Blinken calls Taliban ‘the de facto government of Afghanistan’, 13 September 2021: <https://www.cnbc.com/2021/09/13/secretary-of-state-blinken-calls-taliban-the-de-facto-government-of-afghanistan.html> (accessed 14.11.2021).

16 DEİK-Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu Afganistan Ülke Bülteni 2012, (n 9) 2.

17 Azubuike, (n 2) 130; <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scrtr/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crrnt-lstd-ntts-en.aspx> (accessed 18.10.2021).

Pakistan sınırı boyunca kurulan Deoband medreselerinde İslami eğitim alan 50 medrese öğrencisiyle Molla Ömer Ahund önderliğinde 1994 yılında kurulmuştur¹⁸. Aslında Taliban'ın doğuşunun XIX. yüz yıla kadar gittiği¹⁹; Hindistan'ın İngiliz sömürgesinden kurtulmak için başlattığı isyanın kanlı bir şekilde bastırılmasından sonra kurtuluş için eğitimin önemini anlayan Müslümanların Hindistan'ın Deoband şehrinde medrese ve üniversite kurdukları; buralarda yetişenlerin İngiliz sömürgesine karşı politik bir mücadele başlattıkları; bu mücadelenin Hindistan'ın İngiliz sömürgesinden kurtulmasının yanı sıra Pakistan ve Bangladeş'in de kurulmasına katkı sağladığı; daha sonra Rus işgaline karşı da yine buralarda eğitim alan gençlerin mücadele ettiği; Rusya'ya karşı mücadelede ABD'nin desteğini aldıkları; Rus işgalinden sonra mücahit grupların parçalara bölündüğü; iç çatışmalara girdiği; 1979 yılında SSCB'nin Afganistan'a müdahalesinden önce var olan merkezi hükümetin 1994'ün sonunda Taliban'ın ortaya çıkmasına kadar olan süreçte bir daha inşa edilemediği ifade edilmiştir²⁰. “İslami Öğrenci Hareketi” (Movement of Islamic Students) olarak da anılan Taliban'ın temel amacı Afganistan'dan yabancı güçlerin çıkarılması ve Afganistan hükümetini devirerek yerine şeriat ile yönetilen Afganistan İslam Emirliği'nin kurulmasıdır²¹. Özellikle Peştun nüfusunun yaşadığı yerleri direniş olmadan alan Taliban, yönetimi de ele geçirerek 1996 yılında Afganistan İslam Emirliği'ni kurmuştur²². Pakistan, Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri (BAE) Taliban tarafından kurulan Afganistan İslam Emirliği Hükümeti'ni tanımıştır²³. Ancak burada bir hususu belirtmekte fayda vardır. Söz konusu üç devlet “Afganistan İslam Emirliği Hükümeti”ni tanımıştır. Buna karşın Afganistan zaten diğer devletlerce “devlet” olarak tanınmakla beraber Taliban tarafından ilan edilen Afganistan İslam Emirliği Hükümeti söz konusu üç devlet dışında diğer devletlerce tanınmamıştır. 1996 yılında Taliban Afganistan'ın neredeyse %90'nına hakimdi, %10'nu ise Kuzey İttifakı'nın kontrolündeydi. O dönem ABD'nin menfaatleri Taliban'ın desteklenmesini gerektiriyordu, zira Türkmenistan'da yeni petrol ve doğalgaz yatakları keşfedilmiş; doğalgaz ve petrolün Afganistan üzerinden Pakistan'a taşınması için Türkmenistan, Pakistan ve Afganistan doğalgaz ve petrol boru hattının Amerikalı şirketler tarafından inşası planlanmıştı²⁴. Petrol ve doğalgaz kavgası, petrolün ve doğalgazın Orta Asya'dan Hint Okyanusuna indirilmesi projesi, Taliban'ın farklı ülkeler tarafından kendi amaçları doğrultusunda kullanılması sürecini başlatmış; Taliban'a ciddi rakamlara varan mali destek ve ekipman sağlanmıştır²⁵.

18 Sönmez, Bozbaş and Konaşul, (n 1) 63.

19 Sönmez, Bozbaş and Konaşul, (n 1) 63; Şeyhanlıoğlu, (n 3) 72-73.

20 Sönmez, Bozbaş and Konaşul, (n 1) 63; Şeyhanlıoğlu, (n 3) 72-73.

21 <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scrnt/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crrnt-lstd-ntts-en.aspx> (accessed 18.10.2021).

22 Sönmez, Bozbaş and Konaşul, (n 1) 65.

23 Azubuike, (n 2) 132; DEİK-Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu Afganistan Ülke Bülteni 2012, (n 9) 2; Şeyhanlıoğlu, (n 3) 73.

24 Şeyhanlıoğlu, (n 3) 74-75.

25 Şeyhanlıoğlu, (n 3) 77-81.

Taliban karşıtı Kuzey İttifakı (Northern Alliance) başkanı 2001 yılında öldürülmüştür. 11 Eylül 2001 tarihinde İkiz Kuleler saldırısı yapılmıştır. Taliban'ın, Usame bin Ladin'i teslim etmemesi üzerine 7 Ekim 2001 tarihinde ABD ve İngiliz savaş uçakları Afganistan hava sahasına girmiş, Taliban ve El-Kaide'yi bombalamıştır²⁶. Taliban, 2001 yılında ABD'nin saldırısı sonucu dağlara çekilmek zorunda kalmıştır. Kabil ve Kandahar'dan da çekilmiştir. Bu gelişme üzerine Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri, Afganistan İslam Emirligi ile diplomatik ilişkilerini kesmişlerdir²⁷. Taliban, El-Kaide ve Deaş dahil olmak üzere İslam'ı kılıf olarak kullanan radikal birçok terör örgütüne güvenilir bir yer (safe haven) olmuştur. *Addicott*'a göre, 2001 yılında Bush ile başlayan Amerikalıların ifadesiyle “terörle savaş” (war on terror) Obama'nın 30.000 Amerikan askerini Afganistan'da tutmasıyla devam etmiş; 140.000 koalisyon gücü Afganistan'da görev yapmış; 2 Mayıs 2011 tarihinde Usame bin Ladin öldürülmüş; 29 Şubat 2020 tarihinde Taliban ile Amerika arasında Afganistan'a barış getirilmesi anlaşmasının imzalanmasıyla terörle savaş bitmiş ve Amerika terörle olan savaşında başarılı olmuştur²⁸. *Addicott*, Amerikan işgalini başarılı bulsa da bu işgalin Afgan halkına ödettiği ve işgal sonrası Afgan halkının ödemeye devam ettiği fatura çok ağır olmuştur.

Daha önce ifade edildiği üzere ABD, El-Kaide ve Usame bin Ladin de dahil diğer terör örgütlerine verilen desteği bahane ederek Afganistan'a girmiştir. Ancak ABD'nin Afganistan'daki varlığı uluslararası hukuk açısından tartışmalıdır. Bazı devletler, ev sahibi devletin terör eylemlerini önleyemediği veya bastıramadığı durumlarda, yabancı topraklardaki devlet dışı aktörleri (non-state actors-NSA) hedef alan güç kullanımını Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkı kapsamında görmektedirler. Ancak bazı devletler ise ev sahibi devletin izni olmaksızın bu ülkede bulunan devlet dışı aktörlere karşı kuvvet kullanılmasının bu maddenin kapsamına girmediğini kabul etmektedirler²⁹. Bununla beraber devlet dışı aktörlerin buldukları ülke tarafından kontrol edilmemesinin ortaya çıkardığı güvenlik sorunlarının hedefi olan bir ülkenin 51. maddeye dayanabileceği ifade edilmiştir³⁰.

29 Şubat 2020 tarihinde Doha'da ABD ile Taliban arasında yapılan iki taraflı antlaşmanın ardından 17 Kasım 2020 tarihinde ABD, Afganistan'dan çekileceğini açıklamıştır. 14 Nisan 2021 tarihinde ABD Başkanı *Biden*, Afganistan'dan tamamen çekilme kararını almıştır.

Taliban'ın çatışmasız şekilde Kabil'i ele geçirmesiyle beraber 15 Ağustos 2021 tarihinde Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti düşmüştür. Afganistan İslam

26 Şeyhanlıoğlu, (n 3) 79.

27 Azubuike, (n 2) 132.

28 Jaffrey F. Addicott, 'The 2020 Trump-Taliban Peace Agreement- Time to End the War on Terror', (2020) 2021 (1) Nebraska Law Review Bulletin, 1, 1-17.

29 Reyes Parra Paola Diana, 'Self-Defence against Non-State Actors: Possibility or Reality?', (2021) (9) Revista de la Facultad de Jurisprudencia, 151, 167-169; Azubuike, (n 2) 139.

30 Diana, (n 29) 167-169.

Cumhuriyeti Hükümeti'nin düşmesiyle beraber fiili yönetim Taliban'ın eline geçmiştir. Taliban yönetimi ele geçirmeden önce Afganistan'ın yönetim şekli başkanlık tipi cumhuriyet yönetimidir. Yasama ve yargı organlarının yanı sıra Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti 25 bakanlık, başsavcılık, merkez bankası, millî istihbarat başkanlığı, diğer bazı başkanlıklar ile kamu kurumlarından oluşuyordu; hükümetin başında cumhurbaşkanı bulunuyordu³¹. Taliban, geçici kabineyi oluşturmuştur. Anadolu Ajansı ve TRT Haber'e³² göre Başbakan, iki Başbakan Yardımcısı, Savunma Bakanı, İçişleri Bakanı, Dışişleri Bakanı, Maliye Bakanı, Sınır ve Kavimler Bakanı, Su ve Elektrik Bakanı, Adalet Bakanı, Ekonomi Bakanı, Bayındırlık Bakanı, Göçmenler Bakanı, Hac ve Vakıflar Bakanı, Taşra Kalkınma Bakanı, Davet ve İrşat Bakanı, Maden ve Petrol Bakanı, Ulaştırma Bakanı, Yükseköğrenim Bakanı, İletişim Bakanı, İstihbarat Başkanı, Merkez Bankası Başkanı ve Genelkurmay Başkanı'ndan oluşan geçici Taliban hükümeti göreve başlamıştır. Bazı haber kaynaklarında ise bakanlıkların adı farklı şekilde belirtilmiştir³³. Wikipedia Afganistan'daki yeni oluşumun adını "Otokratik Üniter Diyobendi/Diyubendi"³⁴ İslamî Bakıcı³⁵ Hükümeti"³⁶ olarak ifade etmiştir ve bu oluşumun İran'a benzer bir yapılanma ile kurulduğunu belirtmiştir³⁷.

Birçok üyesi, terörist kişiler listesinde bulunan; finans kaynakları arasında SSCB-Afgan savaşı sırasında ABD'nin sağladığı kaynakların yanı sıra haşhaş üretimi ve uyuşturucu ticaretinden elde ettiği önemli bir gelirin de bulunduğu ifade edilen³⁸ Taliban'ın, Afganistan'ın meşru hükümeti olarak tanınıp tanınmayacağı tartışılmaya başlanmıştır. Bazı ülkeler temkinli yaklaşmayı ve Taliban'ın takınacağı tutumu beklemeyi tercih ederken Çin ve Rusya örneklerinde olduğu gibi olumlu sinyaller veren devletler de vardır. Türkiye, dışişleri bakanlığı düzeyinde Taliban ile görüşmeler yapmıştır. Taliban, Türkiye'de yapılan görüşmeleri dışişleri bakanı vekili düzeyinde; Türkiye ise dışişleri bakanı düzeyinde yürütmüştür³⁹. Üstelik bu görüşmelerden Taliban, Kızılay ve AFAD'dan yardım yapılması sözüyle⁴⁰ masadan kazançlı bir şekilde ayrılmıştır. Dışişleri bakanlıkları düzeyinde atılan bu adımlar tek başına zımnen tanıma için yeterli olmamakla beraber devlet kurumu olduğundan AFAD

31 <https://afghanembassy.org.tr/tr/contact/info/afghanistannn> (accessed 24.10.2021).

32 'TRT Haber Afganistan'da yeni kabine açıklandı: Kim kimdir?', 8 Eylül 2021: <https://www.trthaber.com/haber/dunya/afganistanda-yeni-kabine-aciklandi-kim-kimdir-607450.html> (24.10.2021); <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/afganistanda-taliban-gecici-hukumetini-acikladi/2358189> (accessed 21.10.2021).

33 Örneğin, bkz. Yeni Şafak 7 Eylül 2021: <https://www.yenisafak.com/dunya/taliban-afganistandaki-yeni-hukumeti-acikladi-3691234> (accessed 26.10.2021).

34 Diyobendi veya Diyubendi Hindistan'ın Diyobend kentindeki Diyobend mektebinden çıkan Hanefî İslam hareketini ifade etmek için kullanılan bir kavramdır: <https://tr.wikipedia.org/wiki/Diyubendi> (accessed 26.10.2021).

35 Geçici, ad hoc.

36 https://tr.wikipedia.org/wiki/Afganistan#cite_note-32 (accessed 26.10.2021).

37 'Taliban to Follow Iran Model in Afghanistan; Reclusive Hibatullah Akhundzada to be Supreme Leader', CNN-News18, 31 August 2021 (accessed 26.10.2021).

38 Sönmez, Bozbaş and Konaşul, (n 1) 64-65.

39 BBC News 15.10.2021: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-58913937> (accessed 20.10.2021).

40 BBC News 15.10.2021: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-58913937> (accessed 20.10.2021).

tarafından düzenli olarak yardım yapılması, zımni tanıma yönünde atılan adımlar olarak yorumlanabilecektir. Ancak Kızılay kamu yararına kurulan bir dernek olup özel hukuk hükümlerine tabi olduğundan Kızılay tarafından yapılacak olan yardımlar açısından böyle bir sonuca varılamayacaktır.

Taliban’a Karşı Diğer Devletler ve Uluslararası Kuruluşlar Tarafından Yapılan Mücadeleler

BM Güvenlik Konseyi; Taliban, Osama bin Laden, El-Kaide ve bunlarla bağlantılı olanlara yönelik yaptırım kararları almıştır. BM Güvenlik Konseyi 1998 yılında⁴¹ aldığı 1214(1998) sayılı Karar ile Taliban’ı çatışmalara, uluslararası teröristler ve terör örgütleri için sığınak ve eğitim sağlamaya son vermeye; tüm Afgan gruplarının terörist zanlıları adalete teslim etme çabalarında işbirliği yapmaya davet etmiş; yasadışı uyuşturucu maddelerin ekimini, üretimini ve ticaretini durdurmasını istemiştir.

Taliban’ın 1214(1998) sayılı karara uymaması üzerine 1999 yılında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1267(1999) sayılı kararı⁴² ile Taliban ve El-Kaideye yaptırımlar öngörmüştür⁴³. 1267(1999) sayılı Karar’da Birleşmiş Milletler Şartı’nın VII. Bölümü uyarınca alınan ve 16 maddeden oluşan yaptırımları üç başlık altında özetlemek mümkündür:

(1) 1267(1999) sayılı kararda Taliban “fraksiyon” olarak anılmıştır. Kendini Afganistan İslam Emirliği olarak da adlandıran, Taliban olarak bilinen Afgan fraksiyonunun, BM’nin önceki kararlarına derhal uyması ve özellikle uluslararası teröristler ve örgütler için sığınak ve eğitim sağlanmasını durdurması, uygun etkili önlemleri alması; kontrolü altındaki toprakların terör tesisleri ve kampları için veya diğer devletlere veya vatandaşlarına karşı terör eylemlerinin hazırlanması veya düzenlenmesi için kullanmaması gerekmektedir.

(2) Taliban’ın, Usame bin Ladin’i tutuklaması ve teslim etmesi gerekmektedir.

(3) Taliban 1267(1999) sayılı Karar’da belirlenen yükümlülüklerine tam olarak uyuncaya kadar BM üyesi devletler, Taliban’ın herhangi bir uçağına kendi hava alanlarından kalkış veya iniş izni vermeyecek; 1267(1999) sayılı Karar’ın 6. paragrafı ile oluşturulan Güvenlik Konseyi Komitesi’nden izin alınmadıkça Taliban tarafından veya onun adına işletilen veya kiralanan uçaklara -hac ibadeti ve insani yardım amacıyla yapılacak olan uçuşlar da dahil- kalkış veya iniş izni vermeyecektir. Ayrıca Komite tarafından insani ihtiyaçlar açısından her somut olayda aksine karar

41 UN Security Council, Security Council Resolution 1214 (1998) [Afghanistan], 8 December 1998, S/RES/1214 (1998): <https://www.refworld.org/docid/582081e77.html> (accessed 19.10.2021).

42 S/RES/1267 (1999) UN Security Council Resolution 1267(1999) Adopted by the Security Council at its 4051st meeting on 15 October 1999 15 October 1999: [https://www.undocs.org/S/RES/1267%20\(1999\)](https://www.undocs.org/S/RES/1267%20(1999)) (accessed 18.10.2021).

43 Azubuike, (n 2) 134.

verilmedikçe, doğrudan veya dolaylı olarak Taliban'ın sahibi olduğu veya kontrol ettiği herhangi bir işletmenin mülklerinden elde edilen veya üretilen fonlar dahil olmak üzere fonlar ve diğer mali kaynaklar dondurulacak; fonların veya mali kaynakların kullanımına engel olunacaktır.

Bu kararda Taliban açıkça terör örgütü olarak belirtilmemiş; terör örgütlerine yardım eden ve destek veren bir "fraksiyon" olarak adlandırılmıştır. 1267(1999) sayılı Karar'ın en önemli özelliği Taliban'ın diğer ülkelerdeki malvarlığını dondurması ve malvarlığı üzerindeki yetkilerinin kullanılmasını tamamen Güvenlik Konseyi'nin 1267(1999) sayılı kararıyla ihdas edilen Komite'nin takdirine bırakmasıdır. Bu Karar ile alınan önlemler, uçuş yasağı ve varlıkların dondurulmasıyla sınırlıydı. Ancak gelişmelere bağlı olarak artan terör tehditlerine karşı alınan önlemlerin ve yaptırımlar için ihdas edilen Komite'nin görev kapsamı genişletilmiştir⁴⁴. BM Güvenlik Konseyi 1267(1999) sayılı Karar ile oluşturulan Komite, "1267 Komitesi" olarak anılmaktadır⁴⁵.

Yukarıda sözü edilen hususların yanı sıra BM Güvenlik Konseyi 2000 yılında aldığı 1333(2000) sayılı Kararı'nda⁴⁶ ve 2004 yılında aldığı 1526(2004) sayılı Kararı'nda⁴⁷ özetle, Taliban ile diplomatik ilişkileri sürdüren tüm devletlere, Taliban misyonları ve görev yerlerindeki personelin sayısını ve seviyesini önemli ölçüde azaltmalarını ve kalan tüm personelin kendi topraklarında hareketini kısıtlamalarını veya kontrol etmelerini; Taliban ofislerini derhal ve tamamen kapatmalarını, Ariana Afgan Havayolları'nın tüm ofislerini derhal kapatmalarını, Taliban'ın yasadışı uyuşturucu maddelerin ekimini, üretimini ve ticaretini durdurmasını; 1267(1999) sayılı Karara uymasını bildirmiştir.

Avrupa Birliği'nin 881/2002 sayılı ve 27 Mayıs 2002 tarihli Konsey Tüzüğü⁴⁸ ile Taliban terör örgütü listesine alınmamış olmakla beraber Taliban üyesi çok sayıda kişinin adı terörist kişiler listesinde yer almıştır. Benzer bir düzenleme 881/2002 sayılı Tüzüğü değiştiren 754/2011 sayılı Tüzükte⁴⁹ de yer almaktadır.

Afgan Talibanı'nın, Rusya ve Türkiye tarafından terör örgütü olarak kabul edildiği; buna karşın ABD, BM ve AB tarafından Afgan Talibanı'nın terör örgütü olarak kabul

44 Eric Rosand, The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions, (2004) 98(3) American Journal of International Law, 745, 747.

45 Rosand, (n 44) 747 vd.

46 S/RES/1333 (2000) Resolution 1333 (2000) Adopted by the Security Council at its 4251st meeting, on 19 December 2000: [https://www.undocs.org/S/RES/1333%20\(2000\)](https://www.undocs.org/S/RES/1333%20(2000)) (accessed 19.10.2021).

47 S/RES/1526 (2004) Resolution 1526(2004) Adopted by the Security Council at its 4908th meeting, on 30 January 2004: [https://www.undocs.org/S/RES/1526%20\(2004\)](https://www.undocs.org/S/RES/1526%20(2004)) (accessed 19.10.2021).

48 Council Regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, and repealing Council Regulation (EC) No 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, OJ 29.5.2002 L 139, 9-20.

49 Council Regulation (EU) No 754/2011 of 1 August 2011 amending Regulation (EC) No 881/2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, OJ 2.8.2011 L 199, 23-32.

edilmediği ifade edilmiştir⁵⁰. Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan tanımdan hareketle bu sonuca varılmakla beraber⁵¹ bu yönde alınmış ve Resmî Gazete'de yayınlanmış bir karar bulunmamaktadır. Tespit ettiğimiz kadarıyla Kanada hem Afgan Talibanı'nı hem de Pakistan Talibanı'nı terör örgütü olarak kabul etmiştir⁵². Türkiye, Taliban üyesi kişi ve kuruluşların BM kararları ve özellikle 1267(1999) sayılı kararı uyarınca malvarlıklarını dondurmuştur. 10 Kasım 2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu kararı ekinde Ek-Kaide ile bağlantılı 219 gerçek kişi ile 64 tüzel kişi ve kuruluş; Taliban ile bağlantılı 130 gerçek kişi ile Pakistan, Afganistan ve İran'da kurulmuş 4 tüzel kişi ve kuruluşun BM Güvenlik Konseyi kararları uyarınca malları dondurulmuştur⁵³.

El-Kaide, SSCB'nin Afganistan'ı işgali üzerine doğmuştur ve farklı ülkelerden çok sayıda insanı bünyesinde barındıran El-Kaide dünya geneline yayılmıştır⁵⁴. Suudi vatandaşı Usame bin Ladin, Afganistan'a giderek Afganların SSCB'ye karşı direnişine destek vermiştir. SSCB'nin Afganistan'dan çekilmesinden sonra Suudi Arabistan'a dönmüştür. Suudi Arabistan'ın ilk Körfez Savaşı esnasında Amerika'nın Suudi Arabistan'daki üstleri üzerinden Irak'a saldırmasına karşı çıkınca Suudi Arabistan yönetimi ile ters düşmüş; 1991 yılında Sudan'a gitmiş; Suudi Arabistan tarafından vatandaşlıktan atılmıştır. Sudan'dan 1996 yılında sınır dışı edilince Afganistan'a gitmiştir. Tam bu esnada Taliban, Afganistan'a hakimdir ve Rabbani Hükümeti devrilmiştir⁵⁵. Ortak ideolojiye sahip olan Taliban ve bin Ladin birbirlerini tamamlamışlardır. Taliban'a parasal yardım yapan bin Ladin'e Taliban sığınma hakkı vermiş; bin Ladin'in ABD'ye verilmesini dini değerlere ve misafirliğe aykırı bularak reddetmiştir. Taliban, bin Ladin'in, mülteci olduğunu, 11 Eylül saldırısını planladığına ilişkin somut deliller olmadan iade edilmeyeceğini ve İslami kurallara göre yargılanacağını ifade etmiştir⁵⁶.

Gerek Afganistan Talibanı gerekse Tehrik-e-Taliban Pakistan (TTP), Kanada'nın terör örgütleri listesinde yer almaktadır⁵⁷. ABD ise, Afganistan Talibanı ile Pakistan Talibanı arasında ayırım yapmış; Tehrik-e Taliban Pakistan'ı (TTP) terör listesine

50 Sönmez, Bozbaş and Konoşul, (n 1) 60.

51 Sönmez, Bozbaş and Konoşul, (n 1) 62-63.

52 <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scrtr/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crmt-lstd-ntts-en.aspx> (accessed 18.10.2021).

53 Karar Sayısı: 2013/5428: Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267(1999), 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulmasına ilişkin ekli Kararın yürürlüğe konulması; Maliye Bakanlığının 12.9.2013 tarihli ve 5092 sayılı yazısı üzerine, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanununun 5 inci maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 30.9.2013 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 10.10.2013/28791). Karar Sayısı: 4860: Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267(1999), 1988(2011) ve 1989(2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması hakkındaki 30.9.2013 tarihli ve 2013/5428 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki I sayılı listede değişiklik yapılmasına ilişkin ekli kararın yürürlüğe konulmasına, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun 5inci maddesi gereğince karar verilmiştir (RG 25.11.2021/31670 Mükerrer).

54 Azubuike, (n 2) 134.

55 Azubuike, (n 2) 135.

56 Azubuike, (n 2) 140.

57 <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scrtr/cntr-trrrsm/lstd-ntts/crmt-lstd-ntts-en.aspx> (accessed 18.10.2021).

almış; ancak Afganistan Talibanı'nın adı listede yer almamıştır⁵⁸. Bununla beraber bazı Taliban üyeleri, terörist kişiler listesinde yer almaktadır⁵⁹. BM Güvenlik Konseyi'nin terörist kişiler listesinde de Taliban üyesi bazı kişilerin adı yer almakta, Tehrik-E Taliban Pakistan (TTP) terörist örgüt kapsamında iken Afganistan Talibanı bu kapsamda değildir⁶⁰.

BM Güvenlik Konseyi'nin yaptırım uygulanacak terör örgütleri ve oluşumları ile gerçek kişi teröristlere ilişkin listesinde, listede yer alan her bir örgüt veya kişi hakkında gerekçesi belirtilerek özet bir açıklama yapılmıştır. BM üyesi devletler, Güvenlik Konseyi tarafından hazırlanan mevcut yaptırım listelerinde yer almayan yeni bilgileri, New York'ta bulunan Birleşmiş Milletler'deki Daimî Temsilcilikleri aracılığıyla ilgili Komiteye sunmaya teşvik edilmektedir. BM Güvenlik Konseyi tarafından 21 Eylül 2021 tarihi itibarıyla hazırlanan liste iki başlık taşımaktadır⁶¹:

- (1) Terörist kişiler (individuals) listesi. Bu listede alfabetik sıraya göre 711 kişi yer almaktadır.
- (2) Terörist oluşumlar ve diğer gruplar (entities and other groups). Bu listede 256 oluşum yer almaktadır.

Afganistan Talibanı bu listede terör örgütü olarak belirtilmemekle beraber Taliban üyesi çok sayıda kişinin adı bu listede yer almaktadır.

Taliban'ın Hükümet Olarak Tanınıp Tanınmayacağı Meselesi

Milletlerarası Hukukta Devletin Tanınması

Bir oluşumun ne olarak tanınacağına dair çeşitli seçenekler mevcuttur. Bir oluşumun devlet olarak veya hükümet olarak veya belli bir bölge üzerindeki yetkili otorite ya da diğer bir devlete bağımlı bir otorite olarak tanınması mümkündür⁶². *Crozat*'ın ifadesiyle tanınmanın çok geniş bir kapsamı vardır, devletler, hükümetler, muhripler, asiler, millet, ülke değişiklikleri ve hatta anlaşmalar bu kapsama girmektedir⁶³. O halde bu kavram devletin tanınması, hükümetin tanınması ve belirli bir bölgedeki otoritenin tanınması da içermektedir, ancak her birinin tanınması arasında fark vardır. Üstelik tanınmanın süjesinin ne olduğuna bağlı olarak sonuçları da değişecektir. Afganistan devlet olarak

58 <https://www.state.gov/foreign-terrorist-organizations/> (accessed 18.10.2021).

59 <https://www.state.gov/executive-order-13224/#state> (accessed 18.10.2021).

60 United Nations Security Council Consolidated List 18 October 2021: <https://scsanctions.un.org/4p7uhen-all.html> (accessed 18.10.2021).

61 <https://www.un.org/securitycouncil/content/un-sc-consolidated-list>; <https://scsanctions.un.org/5197nen-all.html> (accessed 19.10.2021).

62 Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çevirenler Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe and G. Engin Şimşek, (8 edn, TÜBA Yayınları 2018), 314-315.

63 Charles Crozat, 'Devletler Hukukunda Tanınma', (1953) 19 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3, 3.

tanınmakla ve 1946 yılından beri BM üyesi olmakla beraber, Taliban'ın hükümet olarak kabul edilip edilmeyeceği; edilecekse hangi şartlarla edileceği sorunlu bir alandır.

Devletlerin Hak ve Görevlerine İlişkin 1933 Montevideo Konvansiyonu'nun⁶⁴ 1. maddesinin, devlet olmanın en yaygın kabul gören kriterlerini ortaya koyduğu kabul edilmektedir⁶⁵. 1933 Montevideo Konvansiyonu uyarınca uluslararası bir kişi olarak devletten söz edilebilmesi için (1) kalıcı bir nüfus; (2) belirli bir toprak parçası; (3) hükümet ve (4) diğer devletlerle ilişkiye girme kapasitesi olmak üzere dört unsurun bulunması gerekir. Bu unsurları taşıyan bir oluşumun devlet olabilmesi için tanınmasının gerekip gerekmediği konusunda “kurucu teori” ve “açıklayıcı teori” olmak üzere iki teori vardır. Bir oluşumun devlet olabilmesini tanınması şartına bağlayan kurucu teoriye göre, diğer devletler tarafından yapılan tanıma tasarrufuyla yeni bir devlet ortaya çıkmakta ve böylece tüzel kişilik kazanmaktadır⁶⁶. Buna karşın açıklayıcı, beyan edici teori ise devletin, tanımadan önce kurulduğunu ve tüzel kişilik kazandığını kabul etmektedir. Bu teoriye göre tanıma, mevcut bir oluşumun devletler tarafından kabul edilmesinden ibarettir⁶⁷. Bu iki teoriyi bir araya getiren “karma teori” veya karma nazariyeye göre tanıma hem kurucu hem de beyan edici unsurları birlikte barındırmaktadır⁶⁸. Montevideo Konvansiyonu'nun 3. maddesinin yanı sıra Uluslararası Hukuk Enstitüsü 1936 yılında verdiği kararıyla tanımanın beyan edici olduğu sonucuna varmıştır⁶⁹. Montevideo Konvansiyonu'nun 3. maddesine göre, “devletin siyasi varlığı, diğer devletler tarafından tanınmasından bağımsızdır. Devlet, tanımadan önce bile, bütünlüğünü ve bağımsızlığını savunma; varlığını ve refahını sağlama; uygun gördüğü şekilde örgütlenme; çıkarları doğrultusunda yasama, yürütme ve yargı yetkisini ve görevlerini belirleme hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılması, uluslararası hukuka göre diğer devletlerin haklarının kullanılmasından başka bir sınırlamaya sahip değildir”. Ayrıca hâkim görüşün de devletin, tanımadan önce kurulduğu yönünde olduğu ifade edilmiştir⁷⁰.

Tanınmanın çeşitli türleri vardır. Bir oluşum, devlet olarak fiilen yani *de facto* olarak veya hukuken yani *de jure* olarak tanınabilir. *De jure* tanıma, yeni devletin varlığını tamamen kabul edip, bu yeni devletle uluslararası ilişkiler kurma niyetinin kesin olarak

64 Convention on Rights and Duties of States Adopted by the Seventh International Conference of American States. Signed at Montevideo, December 26th, 1933, (1936) CLXV League of Nations Treaty Series, 21-31. Konvansiyon hakkında bkz. Ezeli Azarkan, ‘Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi’, (2016) 15(4) Gaziantep University Journal of Social Sciences, 1055, 1055-1068.

65 Mirko Bagaric/John Morss, ‘State Sovereignty and Migration Control: The Ultimate Act of Discrimination’, (2005-2006) 1(1) Journal of Migration and Refugee Issues, 25, 30; Thomas Chantal, ‘What Does the Emerging International Law of Migration Mean for Sovereignty’, (2013) 14(2) Melbourne Journal of International Law, 392, 414-415.

66 Selcen Erdal, ‘Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyet Örneği’, (2005) 13(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 157, 161-162; Shaw, (n 62) 316; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, (7th edn, Taylor & Francis Group 2002) 83; Crozat, (n 63) 8-9; Azubuike, (n 2) 132.

67 Shaw, (n 62) 316; Malanczuk, (n 66) 83; Azubuike, (n 2) 132; Erdal, (n 66) 162-163.

68 Crozat, (n 63) 11-12.

69 Shaw, (n 62) 317; Crozat, (n 63) 9.

70 Malanczuk, (n 66) 84.

ortaya konulmasıdır⁷¹. *De jure* tanımının geri alınması zordur⁷². *De facto* tanıma ise, her zaman geri alınabilir⁷³. Ayrıca, *de facto* tanınan devletin aranılan bütün koşulları yerine getirdiği sonucuna varılması, *de jure* tanıma dönüşürebilecektir⁷⁴. O halde kimi durumlarda *de facto* tanıma bir geçiş dönemini belirtmektedir⁷⁵. Tanıma tek devlet tarafından yapılırsa ferdi; birden fazla devlet tarafından yapılırsa kolektif tanımadır⁷⁶.

Ayrıca tanıma açık (express recognition) olabileceği gibi zımni tanıma (implied or tacit recognition) şeklinde de olabilir⁷⁷. Tanıma iradesinin diplomatik yollarla bir bildirimle (notification) veya beyanla (declaration) yapılması halinde açık tanımadan söz edilir⁷⁸. Zımni tanıma ise, diplomatik yollarla bir beyan veya bildirim yapılmamış olmakla beraber devletin bazı eylemlerinden hareketle diğer devleti tanıması sonucuna varılmasıdır⁷⁹. Uygulamada zımni veya kapalı tanıma olarak kabul edilen yollar, aksi bildirilmediği takdirde, genellikle şunlardır⁸⁰: (1) tanıma anlamına gelmeyeceğini bildirmeden iki taraflı anlaşma yapılması⁸¹; (2) diplomatik ilişki kurulması⁸²; (3) yeni devletin konsolosuna, konsolosluk tanıma belgesinin (exequatur) verilmesi⁸³; (4) bağımsızlık törenlerine resmi temsilci gönderilmesi⁸⁴; (5) yeni devletin yalnızca devletleri üye olarak kabul eden bir uluslararası kuruluşa üyeliği veya bu kuruluşa temsili için olumlu oy kullanılması. Buna karşılık kimi durumların zımni tanıma anlamına gelmeyeceği genellikle kabul edilmektedir⁸⁵. Zımni tanıma sayılmayacak haller arasında (1) aynı uluslararası konferansa katılma⁸⁶, (2) çok taraflı bir andlaşmaya taraf olma⁸⁷, (3) tanıma konusunda görüşmeler yapma, (4) diploması temsilcileri dışındaki temsilciler aracılığıyla temas kurma⁸⁸, (5) ticari ilişkiye girme, 6) suçlunun iadesi talebinde bulunma veya böyle bir talebe muhatap olma⁸⁹ yer almaktadır.

71 Crozat, (n 63) 14; Erdal, (n 66) 168.

72 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, (19th edn, Turhan 2020), 379, 381; Shaw, (n 62) 331.

73 Pazarcı, (n 72) 381; Abdullah Kıran, 'Uluslararası Hukukta Devletleri Tanıma ve Tanıma Türleri', (2017) 6(3) Social Sciences Studies Journal, 1083, 1092; Crozat, (n 63) 16; Erdal, (n 66) 168.

74 Crozat, (n 63) 14; Erdal, (n 66) 168.

75 State Recognition under International Law, by Mariya Paliwala, February 10, 2020: <https://blog.ipleaders.in/state-recognition/> (accessed 19.10.2021).

76 Crozat, (n 63) 14.

77 Pazarcı, (n 72) 381; Crozat, (n 63) 13.

78 Pazarcı, (n 72) 381.

79 Pazarcı, (n 72) 381; Kıran, (n 73) 1091.

80 Pazarcı, (n 72) 381.

81 Shaw, (n 62) 329; Tadeuss Z. Korsak, 'Recognition of Governments', (1930) 11(3) University of Pittsburgh Law Review, 463, 467; Crozat, (n 63) 14; Erdal, (n 66) 170.

82 Shaw, (n 62) 328-329; Korsak, (n 81) 467; Crozat, (n 63) 14; Erdal, (n 66) 170.

83 Shaw, (n 62) 329; Erdal, (n 66) 170.

84 Pazarcı, (n 72) 381; Erdal, (n 66) 170.

85 Pazarcı, (n 72) 381.

86 Pazarcı, (n 72) 381; Shaw, (n 62) 329-330; Crozat, (n 63) 13.

87 Pazarcı, (n 72) 381; Shaw, (n 62) 329; Korsak, (n 81) 467; Crozat, (n 63) 13.

88 Pazarcı, (n 72) 381; Crozat, (n 63) 13.

89 Crozat, (n 63) 13.

Tanıma ayrıca, şartlı tanıma (conditional recognition) ve şartsız tanıma olarak da yapılabilir⁹⁰. Örneğin, 1942 yılında ABD, Lübnan'ı, ABD'nin vatandaşlarının haklarını koruyacağına dair yazılı güvence vermesi kaydıyla tanımıştır⁹¹. Tanıma otomatik tanıma şeklinde de olabilir. Örneğin, 1992 yılında SSCB dağılmış yerine Rusya Federasyonu ve Bağımsız Devletler Topluluğu kurulmuştur. Bağımsız Devletler Topluluğu üyeleri açıkça tanınırken Rusya Federasyonu SSCB'nin devamı olduğunu belirterek tanımayla gerek olmadığını öne sürmüştür⁹².

Milletlerarası Hukukta Hükümetin Tanınması

BM Üyesi Olmak İçin Aranılan Şartlar ve BM'nin Devletleri veya Hükümetleri Tanıma Yetkisinin Olmaması

Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca BM'ye üyelik, "Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan yükümlülükleri kabul eden ve BM'nin kararına göre bu yükümlülükleri yerine getirebilecek tüm barışsever devletlere açıktır". Devletler, Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul kararıyla Birleşmiş Milletler üyeliğine kabul edilirler⁹³. Afganistan, 19 Kasım 1946 yılında Birleşmiş Milletlere üye olmuştur. Halen, BM üyesi olarak adı listede yer almaktadır⁹⁴. Ancak bir devletin BM üyesi olarak kabul edilmesi onun bütün BM üyeleri tarafından devlet olarak tanındığı anlamına gelmemektedir⁹⁵.

15 Ağustos 2021 tarihinde Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti düşmüş; fiili kontrol Taliban'ın eline geçmiştir. Dolayısıyla Afganistan devlet olarak tanınmakla beraber Afganistan'daki bu yeni oluşumun hükümet olarak tanınıp tanınmayacağı meselesi ortaya çıkmıştır.

BM'nin, bir oluşumu devlet veya hükümet olarak tanıma yetkisi bulunmamaktadır. Zira tanıma ancak devletler tarafından gerçekleştirilen tek taraflı bir işlemdir. BM'ye göre, yeni bir devletin veya hükümetin tanınması, yalnızca diğer devletlerin kabul edebileceği veya etmeyebileceği bir husustur. Tanıma, diplomatik ilişkiler kurmaya hazır olmayı ifade eder. BM -devletlerin üye olduğu ve kurduğu bir uluslararası kuruluş olarak- devletleri veya hükümetleri tanıma konusunda yetkiye sahip değildir⁹⁶. BM, sadece devletleri, BM'ye üye olarak veya hükümet temsilcilerinin BM'de temsil yetkisini kabul edebilir. Bir devletin BM üyesi olması için, söz konusu olan devlet,

90 Pazarıcı, (n 72) 382; Kıran, (n 73) 1091; Shaw, (n 62) 330; Crozat, (n 63) 14-15; Erdal, (n 66) 165-166, 168.

91 Pazarıcı, (n 72) 382.

92 Pazarıcı, (n 72) 382; Erdal, (n 66) 168.

93 How does a country become a Member of the United Nations?: <https://www.un.org/en/about-us/about-un-membership> (accessed 28.10.2021).

94 <https://www.un.org/en/about-us/member-states> (accessed 19.10.2021).

95 Crozat, (n 63) 12; Azubuike, (n 2) 133.

96 How does a new State or Government obtain recognition by the United Nations?: <https://www.un.org/en/about-us/about-un-membership> (accessed 28.10.2021).

BM Genel Sekreterine başvurarak BM Şartı kapsamındaki yükümlülükleri kabul ettiğini resmî olarak belirten bir mektup sunmalıdır. BM Güvenlik Konseyi başvuruyu değerlendirir. BM Güvenlik Konseyi'nin beş daimî üyesinden (Çin, Fransa, Rusya Federasyonu, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı ve Amerika Birleşik Devletler) hiçbirinin veto etmemesi şartıyla, Konseyin 15 üyesinden 9'unun olumlu oyu olmalıdır. Konsey üyeliğe kabulü tavsiye ederse, tavsiye görüşülmek üzere BM Genel Kurulu'na sunulmaktadır. Yeni bir devletin üyeliğe kabulü için Genel Kurul'da üçte iki çoğunluk gereklidir. Üyelik, üyeliğe kabul kararının alındığı tarihte yürürlüğe girmektedir⁹⁷.

Devletin Tanınması ile Hükümetin Tanınması Ayrımı

“Devletin tanınması” ile “hükümetin tanınması” birbirinden farklıdır⁹⁸. *Shaw*'un ifadesiyle, hükümet değişikliği, devletin kimliğini etkilemediğinden hükümetin devrilmesi, devleti uluslararası tüzel kişi olmaktan çıkarmayacaktır. Zira hükümetin veya yönetimin tanınması veya tanınmamasının yöneticilerin statüsünü ilgilendirmektedir⁹⁹. Bununla beraber bir hükümetin tanınması açısından vazgeçilmez koşul, devletin önceden tanınmasıdır. Çünkü bir hükümetin varlığı, temsil edeceği bir devletin varlığına bağlıdır¹⁰⁰. Buna karşın devletin tanınması, bu devletin hükümetinin tanınacağı anlamına gelmemektedir¹⁰¹. Hükümetin tanınması da kendi içinde, “fiili bir hükümetin veya yönetimin tanınması” veya “ülkenin belirli bir toprak parçası üzerinde etkin kontrole sahip bir hükümetin veya yönetimin tanınması” gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilir¹⁰². Bazen aynı anda iki ayrı hükümetin aynı devlette söz sahibi olduğunu iddia edebilir. Nitekim Libya'da Kaddafi hükümeti ile bu hükümet ile silahlı çatışmaya giren Libya Ulusal Geçiş Konseyi aynı anda var olmuştur. Kaddafi Hükümeti, meşru olmasına rağmen birçok devlet Kaddafi Hükümeti'ni değil Libya Ulusal Geçiş Konseyi'ni Libya Devleti'nin hükümeti olarak tanımlırlardır¹⁰³.

Bir devletin anayasasına uygun olarak gerçekleşen hükümet değişikliğinin tanınmasına gerek yoktur¹⁰⁴. Bir devletin anayasasına uygun olarak hükümetin olağan değişimi tanımayı gerektirmemekle beraber olağandışı yollarla yani anayasaya veya hukuka aykırı olarak başa gelen hükümetin tanınması gerekmektedir¹⁰⁵. Diğer bir

97 How does a new State or Government obtain recognition by the United Nations?: <https://www.un.org/en/about-us/about-un-membership> (accessed 28.10.2021).

98 Malanczuk, (n 66) 82; Crozat, (n 63) 18.

99 Shaw, (n 62) 324.

100 Pazarıcı, (n 72) 384; Korsak, (n 81) 463, 463.

101 Pazarıcı, (n 72) 384; Shaw, (n 62) 324; Malanczuk, (n 66) 82.

102 Shaw, (n 62) 322.

103 Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Taşdemir, Uluslararası Hukuk Perspektifinden 2011 Sonrası Döneminde Libya'da De Facto Rejim ve Yeni Hükümetin Tanınması Sorunu, (2020) 8(16) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 375, 386-399.

104 Taşdemir, (n 103) 383.

105 Pazarıcı, (n 72) 384-385; Kıran, (n 73) 1087; Shaw, (n 62) 322; Erdal, (n 66) 158.

ifadeyle devlet içerisinde iç veya dış kaynaklı bir isyanın veya siyasi bir boşluk yaratan bir ayaklanmanın sonucu olarak yeni bir otorite ortaya çıkabilir¹⁰⁶. Bu otoritenin söz konusu devletin anayasasında ve hukukunda öngörülen düzenli bir değişiklik sonucu ortaya çıkmaması halinde bu otoritenin hükümet olarak tanınıp tanınmayacağı sorunu ile karşılaşılacaktır¹⁰⁷. Afrika, Güney Amerika ve Orta Amerika’da darbelerle yapılan hükümet değişiklikleri sebebiyle hükümetin tanınması sorunu gündeme gelebilmektedir. Afganistan’da da Taliban, olağandışı yollarla fiili yönetimi ele almıştır. Yeni bir hükümetin tanınması, hukuki varlığının kabul edildiğini ve uluslararası hukuk kurallarına göre onunla ilişki kurmaya istekli olduğunu gösteren bir eylemdir¹⁰⁸. Tanınmayan bir hükümet diplomatik ilişkiler yürütemez; diplomatik temsilciler gönderip alamaz; başka bir devlet veya başka bir hükümetle anlaşmalar yapamaz; yabancı mahkemelerde dava açması engellenir¹⁰⁹. Tanınmayan bir hükümet uluslararası hayatta etkin bir şekilde faaliyet göstermesi mümkün değildir; kendi ülkesinin sınırlarının veya yetki alanının dışında kalan uluslararası alanda kendisinin ve vatandaşlarının menfaatlerini koruyamaz¹¹⁰.

Kural olarak devletin tanınmasının yolları, hükümetin tanınması için de kullanılmaktadır¹¹¹. Tıpkı devletlerin tanınmasında olduğu gibi hükümetlerin tanınması da *de jure* ve *de facto* tanıma olabilir¹¹². “*Hükümetin de facto tanınması, belirli bir alan üzerinde otorite uygulayan bir rejimin varlığının kabul edilmesidir, ancak bu rejimin tüm amaçlar açısından bir hükümet olduğunun kabulü anlamına gelmez. Böyle bir tanıma genellikle “geçici hükümet” olarak anılan rejimlere verilir ve onun “anayasal hükümete” dönüşmesi üzerine normal olarak bir de jure tanıma yapılır*”¹¹³. Hükümetin tanınması bir bildirim veya beyanla açıkça yapılabilir. İki taraflı anlaşmanın imzalanması, yeni hükümet tarafından atanan konsolosa *exequatur* verilmesi, hükümet başkanına kişisel tebrik mektubunun gönderilmesi, yeni hükümetin başkanına selam vermesi tanıma niyetini zımnen gösteren herhangi bir fiil olarak yorumlanabilecektir¹¹⁴. Yine tıpkı devletlerin tanınmasında olduğu gibi hükümetlerin tanınması da şartlı (conditional recognition of a government) olabilir. Özellikle yeni rejimin, seçimleri yapması veya insan hakları başta olmak üzere belirli konularda güvenceler vermesi şartına bağlı olarak hükümet tanınabilir¹¹⁵.

106 Korsak, (n 81) 463; Taşdemir, (n 103) 383.

107 Korsak, (n 81) 463; Taşdemir, (n 103) 383.

108 Korsak, (n 81) 463.

109 Korsak, (n 81) 463.

110 Korsak, (n 81) 463.

111 Kıran, (n 73) 1087; Crozat, (n 63) 25.

112 Taşdemir, (n 103) 386; M.J. Peterson, *Recognition of Governments: Legal Doctrine and State Practice 1815-1995*, (1st edn, Palgrave Macmillan 1997), 92-98.

113 Korsak, (n 81) 465.

114 Korsak, (n 81) 467.

115 Korsak, (n 81) 466.

Hükümetlerin tanınmasında farklı esaslardan da hareket edilmektedir. “Etkin kontrol” (effective control) bu esaslardan biridir¹¹⁶. Olağandışı yollarla gelen ve fiilen ve etkin bir şekilde hükümet olanların toplumun onayına almalarının gerekip gerekmediği de ayrı bir sorundur¹¹⁷. Nitekim 1923 yılında Ekvator Dışişleri Bakanı Tobar tarafından serbest seçimlerle başa gelmeyen bütün hükümetlerin tanınmasının reddedilmesi gerektiği (Tobar Doktrini) savunulmuştur¹¹⁸. “Meşruiyet Doktrini” olarak da anılan bu doktrin, anayasal olmayan yollarla hükümet oluşumunun halkın onayını alana kadar tanınmaması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁹. Buna karşın hükümetlerin tanınmasının otomatik olabileceği, hükümetin anayasal veya anayasa aykırı olarak değişmesinin o devletin iç sorunu olduğu; bu değişimin diğer devletlerle veya uluslararası hukukla ilgisinin olmadığı; aksinin kabulünün o devletin içişlerine karışmak anlamına geleceği, otomatik tanıma yapmak istemeyen devletlerin ise yapabileceği tek şeyin diplomatik ilişkileri kesmek olduğu (Estrada Doktrini) görüşü de vardır¹²⁰. Nitekim İngiltere uygulamasında etkin kontrole sahip otoritenin anayasal veya işlevsel olarak kontrole sahip olması arasında fark yoktur¹²¹.

Korsak, bir hükümetin tanınması için dört testten geçmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu testlerden birincisi otoritenin egemenliği altındaki alan üzerinde etkin bir kontrol uygulayıp uygulamadığıdır. Ancak bu testin geçilmesi tek başına yeterli olmayıp halkın desteğinin de alınması gerekir. Yani yeni oluşturulan rejime karşı halkın büyük ölçüde güçlü bir direnişinin olmaması gerekir¹²². İkinci test, söz konusu otoritenin selefleri tarafından üstlenilen uluslararası yükümlülükler uyma konusundaki istekliliğidir¹²³. Üçüncü test, yeni otoritenin meşru olmasıdır. Bununla beraber *Korsak*, üçüncü testin büyük ölçüde terk edildiğini ifade etmiştir¹²⁴. Dördüncü test ise, yeni otoritenin nasıl ortaya çıktığıyla ilgilidir. Yani hükümetin oluşum şekli önemlidir. Eğer yeni otorite halk iradesiyle birleştirilirse, ortaya çıkan rejim tanınacaktır, ancak isyanla ortaya çıkan rejim, halk desteği olmadan bir diktatörlük hükümeti ortaya çıkarırsa, böyle bir hükümet tanınmayacaktır, meğer ki dış politika menfaatleri tanımayı gerekli kılsın¹²⁵. Zira hükümetin tanınması, siyasi bir karardır¹²⁶ ve genellikle devletler kendi çıkarlarını dikkate alarak bu konuda adım atarlar.

116 Kıran, (n 73) 1088; Shaw, (n 62) 323; Taşdemir, (n 103) 384-385.

117 Pazarıcı, (n 72) 385.

118 Pazarıcı, (n 72) 385; Kıran, (n 73) 1088; Shaw, (n 62) 324.

119 Shaw, (n 62) 324; Taşdemir, (n 103) 385; Crozat, (n 63) 21-22; Erdal, (n 66) 174.

120 Pazarıcı, (n 72) 385; Kıran, (n 73) 1088, 1093-1094; Shaw, (n 62) 324; Taşdemir, (n 103) 385; Crozat, (n 63) 20.

121 Colin Warbrick, ‘Recognition of Governments’, (1993) 56(1) Modern Law Review, 92, 94; Malanczuk, (n 66) 87.

122 Korsak, (n 81) 466.

123 Korsak, (n 81) 466.

124 Korsak, (n 81) 466-467.

125 Korsak, (n 81) 467.

126 Stanley K. Hornbeck, ‘Recognition of Governments’, (1950) 44 Sixth Session, American Society of International Law Proceedings, 181, 181; Korsak, (n 81) 464 ve 468.

1996-2001 yılları arasındaki Taliban yönetimini değerlendiren *Azubiuke*, etkin kontrol esasının tek başına kabul edilmesi halinde Taliban'ın, 1996-2001 yılları arasında Afgan topraklarının yüzde doksanına sahip olması sebebiyle hükümet olarak kabul edileceğini; çoğu devletin Taliban'ı hükümet olarak kabul etmemesinin bu gerçeği değiştirmeyeceğini; zorla bile olsa halkın Taliban'a itaat ettiğini; BM Güvenlik Konseyi'nin 1267(1999) sayılı kararıyla Taliban'ın malvarlığı dondurulmakla ve El-Kaide başta olmak üzere radikal terör örgütleriyle bağlantılarını kesmesi için uyarılmakla beraber hakimiyetini devam ettirmesi sebebiyle hükümet olması gerçeğinin değişmeyeceğini ifade etmiştir¹²⁷. O halde *Azubiuke* 1996-2001 yılları arasında Afganistan'da yönetimi elinde bulunduran Taliban'ı hükümet olarak kabul etmiştir.

Peterson ise yeni bir oluşumun hükümet olarak tanınması için halkın desteğini alması, meşru olması; uluslararası yükümlülüklerini yerine getirme iradesinin ve kudretinin olması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁸. *Peterson* bu üç temel kriterin yanı sıra yabancı bir askeri güce bağlı olmama, diğer devletlerin haklarına saygı gösterme, gereksiz güç kullanmama, uluslararası hukuka ve insan haklarına bağlı olma kriterlerinin de aranabileceğini belirtmiştir¹²⁹. *Özkan* da *Peterson*'a benzer bir yorum yapmıştır¹³⁰. Halkın desteğinin önemli olduğunu; halkın kendi iradesiyle yeni oluşumu desteklemesi veya yeni oluşumun seçimle halkın desteğini alması gerektiğini ifade etmiştir¹³¹.

Hornbeck ise üç testte söz etmiştir: otoritenin etkinliği; uluslararası yükümlülükleri yerine getirme yeteneği ve kapasitesi; hem antlaşma hem de hukuktan kaynaklanan uluslararası yükümlülükler uyma eğilimi veya istekliliği¹³².

Bazen, anayasaya aykırı otoriteler, yönetimi gasp yoluyla elde edenler gidene veya yeni bir anayasal düzen kurulana kadar hükümetin işlevlerini etkin bir şekilde yerine getirebilir¹³³. Taliban'ın fiilen kontrolü ele geçirmesiyle beraber devlet olarak tanınan Afganistan'daki bu fiili oluşumun hükümet olarak tanınıp tanınmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Taliban, Afganistan'ın neredeyse tamamında kontrol sağlamıştır. Dolayısıyla artık belirli bir bölgede fiili kontrolü elinde bulunduran oluşum olarak değerlendirilmemesi zor gözükmemektedir. Taliban'ın BM Şartı'nın bazı maddelerinden kaynaklanan yükümlükleri yerine getireceği şüphelidir. Taliban'ın kadınlara karşı uyguladığı şiddet, din ve vicdan hürriyetine saygı duymaması, eşitlik ilkesini hiçe sayması, yargısız infazlar yapması BM Şartı'na uygun bir hükümet olmasının

127 *Azubiuke*, (n 2) 133-134.

128 *Peterson*, (n 112) 51-71.

129 *Peterson*, (n 112) 77-85.

130 Bkz. Işıl Özkan, *Tanınmamış Devletlerin Yasa, Hukuki İşlem ve Kararlarının Tanınması*, (1st edn, Oniki Levha 2017), 56.

131 *Özkan*, (n 130) 56-57

132 *Hornbeck*, (n 126) 182.

133 *Warbrick*, (n 121) 94.

karşısındaki en önemli engellerdir. Dolayısıyla Taliban, diğer devletlere BM Şartı kapsamındaki yükümlülüklerine uyacağına dair taahhütte bulunsa dahi diğer devletleri ikna etmesi zor gözükmetedir. Kaldı ki kanaatimizce bütün şartlar gerçekleşmeden bir oluşumu devlet olarak tanımak milletlerarası hukuka aykırıdır. Tanıma siyasi bir meseledir¹³⁴. *Korsak*'ın ifadesiyle tanıma, siyasi bir karar olmakla beraber, o ülkedeki halkın desteğinden uzak acımasız otoriteye değil halka verilen demokratik destek olarak düşünölmelidir¹³⁵.

Hükümetin tanınması, ticari ilişkilerin sürdürölmesi ve yürütölmesi için gerekli değıldir¹³⁶. Dolayısıyla, yeni oluşumu tanımayan devletlerin vatandaşı olan tacirlerin hükümeti tanınmamış olan ölkö ile ticari ilişkilerini sürdürmelerine engel bir durum yoktur. Keza devlet kurumu olmaması kaydıyla yardım kuruluşlarının ve özellikle sivil toplum kuruluşlarının henüz tanınmamış olan hükümetin vatandaşlarına yardım konvoyu götürmelerine hukuki açıdan engel bir durum da bulunmamaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri ile Taliban Arasında Yapılan Anlaşma'nın Tanıma Açısından Sonuçları

Amerika Birleşik Devletleri 2500 askerinin hayatını kaybetmesine¹³⁷ rağmen Taliban ile masaya oturmuş ve anlaşma yapmıştır. *Amerika Birleşik Devletleri ile Taliban Olarak Bilinen Afganistan İslam Emirliğı (ki Amerika Birleşik Devletleri Tarafından Bir Devlet Olarak Tanınmamaktadır) Arasında Afganistan'a Barış Getiren Anlaşma* (Agreement for Bringing Peace to Afghanistan between the Islamic Emirate of Afghanistan which is not recognized by the United States as a state and is known as the Taliban and the United States of America), Katar-Doha'da 29 Şubat 2020 tarihinde imzalanmıştır¹³⁸. Anlaşma'nın her yerinde "Taliban olarak bilinen Afganistan İslam Emirliğı ki Amerika Birleşik Devletleri tarafından bir devlet olarak tanınmamaktadır" ifadesi kullanılmıştır. Bu anlaşmada Taliban ile ABD'nin üzerinde anlaşmaya vardığı temel konular şöyle sıralanabilir:

- (1) Afganistan topraklarındaki Amerikan güçlerine ve müttefiklerine karşı güç kullanılmayacaktır.
- (2) Yabancı askeri güçler çekilecektir.
- (3) Amerikan askeri olsun veya olmasın bütün güçlerin eğitimcileri, işadamları, danışmanları ve destek hizmet birimleri Afganistan'dan çekilecektir.

¹³⁴ Crozat, (n 63) 3, 12.

¹³⁵ Korsak, (n 81) 467.

¹³⁶ Hornbeck, (n 126) 183.

¹³⁷ Amanda Macias, 'Secretary of State Blinken calls Taliban 'the de facto government of Afghanistan', 13 September 2021: <https://www.enbc.com/2021/09/13/secretary-of-state-blinken-calls-taliban-the-de-facto-government-of-afghanistan.html> (accessed 14.11.2021).

¹³⁸ Anlaşmanın metni için bkz. <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/Agreement-For-Bringing-Peace-to-Afghanistan-02.29.20.pdf> (accessed 20.10.2021).

- (4) Başlangıçta 500 tutuklu Taliban ve 1000 tutuklu diğer taraftan olmak üzere tutuklular 10 Mart 2020 tarihine kadar; geri kalan tutuklular ise zamanla serbest bırakılacaktır.
- (5) ABD, Afganistan İslam Emirliği'ne karşı yaptırımları kaldıracaktır.
- (6) El-Kaide ve IŞİD-K'nın Amerikan güçlerinin ve müttefiklerinin güvenliğini tehlikeye atmaması sağlanacaktır.

Dikkat edilecek olursa ABD, anlaşmayı Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti ile değil, Taliban'la yapmıştır. Anlaşma'nın ardından Afganistan İslam Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri ortak bir beyanname hazırlamıştır. *Afganistan İslam Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Afganistan'a Barış Getirilmesine İlişkin Ortak Beyanname'de* (Joint Declaration between the Islamic Republic of Afghanistan and the United States of America for Bringing Peace to Afghanistan)¹³⁹ yer alan esaslar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- 1) Afganistan İslam Cumhuriyeti, Afganistan topraklarındaki Amerikan güçlerine ve müttefiklerine karşı terörist kişi veya grupların güç kullanılmamasını garanti etmiştir.
- (2) ABD ve koalisyon güçlerinin çekilmesinin zamanlaması yapılmıştır.
- (3) Afganistan İslam Cumhuriyeti ile Taliban arasında görüşmeler başlatılacaktır.
- (4) Daimî ve kapsamlı ateşkes sağlanacaktır.
- (5) ABD ile Afganistan İslam Cumhuriyeti arasında 2001 yılından beri başlayan yakın işbirliği sürdürülecek; Amerikan yaptırımları kaldırılacak ve Afganistan'ın yeniden inşası sağlanacaktır.

ABD, Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti'ni Afganistan'ın meşru hükümeti olarak kabul ediyordu. ABD ile Taliban arasında yapılan anlaşmanın her yerinde açıkça “Taliban olarak bilinen Afganistan İslam Emirliği, Amerika Birleşik Devletleri tarafından bir devlet olarak tanınmamaktadır” ifadesi yer aldığından, bu anlaşmanın yapılmasıyla ABD'nin Taliban'ı bir hükümet olarak tanıdığı sonucuna varılamayacaktır. ABD, Taliban ile Anlaşmayı yaparken dahi Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti'nin varlığını sürdürüleceğini düşünüyordu. Oysa düşündüğü gibi olmadı ve 15 Ağustos 2021 tarihinde Afganistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti düştü.

Sonuç

Bir oluşumun hükümet olarak tanınması için belirli bir alanda etkin kontrolü sağlamasının yanı sıra demokratik değerlere sahip olması, insan haklarına saygılı olması ve daha da önemlisi halkın desteğini alması şartları uygulanırsa, Taliban, hükümet olma testini geçemeyecektir. Buna karşın etkin kontrol esasının tek başına bir oluşumun

¹³⁹ <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/02.29.20-US-Afghanistan-Joint-Declaration.pdf> (accessed 1.11.2021).

hükümet olarak tanınmasında kullanılması; halkın desteğinin yokluğunun, demokratik ve insan hakları değerlerinden yoksunluğun tanıma açısından bir anlam ifade etmediği ülkeler açısından Taliban'ın hükümet olarak tanınmasında bir sorun görülmeyecektir. Nitekim 1996-2001 yılları arasında Taliban tarafından kurulan Afganistan İslam Emirliği Hükümeti, Pakistan, Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri tarafından tanınmıştır. Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanı *Blinken*, Taliban'ın *de facto* hükümet olarak tanınacağını açıklamıştır¹⁴⁰. Ancak bu açıklamanın Amerika Birleşik Devletleri tarafından Taliban'ın *meşru* hükümet olarak tanındığı anlamına gelip gelmediği konusu kesin değildir. Nitekim *Khan*, Amerika Birleşik Devletleri'nin Taliban'ı *meşru* hükümet olarak tanınmasının zor olduğunu; Taliban'ın 2001-2021 yılları arasında süren savaşta Amerikan ordusunu yendiğini; yıllarca düşünce kuruluşlarının, medyanın ve hatta akademik çalışmaların Taliban'ın kadın haklarına ve din özgürlüğüne düşman bir terör örgütü olduğu algısı yarattığını; Taliban'ın uluslararası siyasi ve ekonomik düzende modern bir hükümet olarak Afganistan'ı iyi bir şekilde yönetme yetisine sahip olmadığına ilişkin yaygın bir kanaatin olduğunu; Taliban'ın uluslararası hukuka kuralları uyarınca hükümet olarak tanınması için gerekli şartları taşıyıp taşımadığı konusunda ciddi tereddütlerin bulunduğunu ifade etmiştir¹⁴¹. *Khan*; yeni bir oluşumu hükümet olarak tanımının devletin tercihine bağlı olduğunu; hiçbir devletin yeni bir oluşumu hükümet olarak tanımak zorunda olmadığını; egemenlik tercihini kullanarak, bir devlet yeni oluşumu tanımak yerine tam tersine diplomatik bağları kopararak, ticareti durdurarak ve ekonomik yaptırımlar uygulayarak yeni bir hükümeti tanımayabileceğini; nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nin 1979 İslam Devrimi'nden sonra İran ile diplomatik ilişkilerini keserek çeşitli yaptırımlar uyguladığını ifade etmiştir¹⁴². Yeni bir oluşum askeri darbe, ideolojik devrim, tartışmalı seçimler veya uluslararası hukuku ihlal ederek iktidarı ele geçirdiğinde tanınma sorununun ortaya çıktığını ifade eden *Khan*, Afgan halkının kısmî protestosunun, Panjshir'de Taliban karşıtı direnişin olmasının Taliban'ın etkin kontrolü sağladığı gerçeğini değiştirmediğini; Taliban'ın, Afganistan'ın mevcut 2004 anayasasını değiştirerek nasıl bir ideoloji ile yönetim tesis edeceğinin açık olmadığını; ABD'nin bu hususu Afganistan'ın iç meselesi görerek Taliban'ı meşru hükümet olarak tanıyabileceğini; ABD hukuku veya uluslararası hukuk Taliban'ın meşru hükümet olarak tanınması açısından zemin oluşturmazsa bile ABD'nin jeostratejik çıkarlarını dikkate alarak bu yönde adım atabileceğini ifade etmiştir¹⁴³. O halde *Khan*, ABD'nin geçmişte olduğu gibi Taliban'ı tanıırken de kendi jeostratejik çıkarlarını dikkate alarak hareket edeceğinin altını çizmiştir. Üstelik ABD jeostratejik

140 Amanda Macias, Secretary of State Blinken calls Taliban 'the de facto government of Afghanistan', 13 September 2021: <https://www.cnbc.com/2021/09/13/secretary-of-state-blinken-calls-taliban-the-de-facto-government-of-afghanistan.html> (accessed 14.11.2021).

141 L. Ali Khan, Why the US Should Recognize the Taliban as Afghanistan's Lawful Government, September 13, 2021: <https://www.jurist.org/commentary/2021/09/13/ali-khan-us-recognition-taliban-afghanistan-government/> (accessed 14.11.2021).

142 L. Ali Khan, Why the US Should Recognize the Taliban as Afghanistan's Lawful Government, September 13, 2021: <https://www.jurist.org/commentary/2021/09/13/ali-khan-us-recognition-taliban-afghanistan-government/> (accessed 14.11.2021).

143 L. Ali Khan, Why the US Should Recognize the Taliban as Afghanistan's Lawful Government, September 13, 2021: <https://www.jurist.org/commentary/2021/09/13/ali-khan-us-recognition-taliban-afghanistan-government/> (accessed 14.11.2021).

çıkarlarını iç hukukunun ve uluslararası hukukun üstünde tutulabilecektir. Dolayısıyla jeostratejik çıkarların ne olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Söz konusu jeostratejik çıkarları değerlendiren *Khan*, bu çıkarları Deaş ve El-Kaide başta olmak üzere radikal terör örgütlerinin Afganistan’da barındırılmaması ile sınırlamamakta; Afganistan’daki doğal kaynakların Amerikalı şirketler için yeni yatırım olanakları sağlayacağını dikkate alarak Taliban’ın meşru hükümet olarak tanınmasının gerekli olduğunu vurgulamaktadır¹⁴⁴. *Khan* ne Afganistan halkının beklentileri ne de Taliban’ın gerçek anlamda bir hükümet olma yetisine sahip olup olmadığıyla değil sadece Amerikan’ın jeostratejik çıkarları gerekli kıldığı için Taliban’ı hükümet olarak tanıma yanlısıdır. “Jeostratejik tanıma”da Afgan halkının çıkarları tamamen bir tarafa atılmıştır.

Kanaatimizce, Taliban örneğinde olduğu gibi yeni oluşumların hükümet olarak tanınmasında etkin kontrol esasının tek başına kabul edilmesi ve bu esasa göre yeni oluşumun hükümet olarak tanınması, terör örgütlerini cesaretlendirecektir. Zaten özellikle son yıllarda Deaş örneğinde olduğu gibi acımasızca yapılan terör eylemleri sonucunda, korku ve dehşet saçarak halka rağmen, belirli alanları ele geçirerek bu alanlarda hakim olan grupların sayısı artmaktadır. Meşru olup olmamakla bir derdi olmayan bu radikal grupların hükümet olarak tanınması belki bazı devletlerin çıkarına olsa da bu gruplarla yaşamak zorunda bırakılan halkın çıkarına değildir. Bitmek tükenmek bilmeyen iç çatışmalardan, terör eylemlerinden, işgallerden, ekonomik sorunlardan bitap düşmüş; yoksulluktan bunalmış; insan hakları ve demokratik değerlere susamış Afgan halkının menfaatlerini kendi çıkarlarından üstün tutarak devletlerin Taliban yönetimini hükümet olarak tanıması için kadınlara ve çocuklara yapılan zulme son vermesi; din ve vicdan özgürlüğünü tanınması; farklı din ve etnik kökenden olanlara saygı duyması; halkın desteğini alması için zorlanmalı; bu değerlere erişinceye kadar uluslararası toplum tarafından hükümet olarak tanınmayacağını idrakine varması sağlanmalıdır.

Avrupa Birliği üyesi ülkeler başta olmak üzere birçok ülke, Taliban’ın, Afganistan’ın meşru hükümeti olarak tanınıp tanınması konusunda temkinli davranmakta ve “bekle gör” politikası izlemektedir. Buna karşı Türkiye aceleci davranmakta; Dışişleri Bakanlığı düzeyinde Taliban geçici hükümeti ile görüşmeler yaparak zımnen Taliban’ı bir hükümet olarak tanıma yorumlarının yapılmasına yol açabilecek bazı adımlar atmaktadır. Taliban’ın geçmişi, izlediği politika ve henüz radikal eğilimlerinden arınmak için adım atmaması, halkın tam olarak desteğini almaması, silah zoruyla yönetimi ele alması, insan haklarıyla ve demokratik değerlerle bağdaşmayan değerlere sahip olması Taliban yönetiminin tanınmasının önündeki başlıca engellerdir. Taliban ile ilişki kurma yönünde adım atılırken Türkiye’nin menfaatlerinin yanı sıra Afgan halkının menfaatlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Yabancı bir devletteki yeni oluşumu hükümet olarak tanımak için nadiren de olsa acele etme ihtiyacı olabilir. Bununla

144 L. Ali Khan, Why the US Should Recognize the Taliban as Afghanistan’s Lawful Government, September 13, 2021: <https://www.jurist.org/commentary/2021/09/l-ali-khan-us-recognition-taliban-afghanistan-government/> (accessed 14.11.2021).

birlikte, tanımada ne kadar acele edilirse, tanıma bir o kadar spekülasyonlara açık olacaktır¹⁴⁵. *Crozat*'ın ifadesiyle “*tanıma tamamen takdire bırakılmış bir tasarruf da olamaz; bunun muayyen hudutları vardır; işte bu yüzden tanıma bazen suç manzarası arzeder; meselâ milletlerarası kaideye mugayir olarak tevcih edildiğinde (Stimson Doktrini)*”¹⁴⁶ veya *mevsimsiz yapıldığında durum bu merkezdedir ve protestolara, misillemeye ve hattâ harbe sebep olabilir*”¹⁴⁷.

Bu nedenle Türkiye'nin Avrupa Birliği ile aynı yönde ilerlemesi daha hayırına olacaktır. NATO bünyesinde uzun süre Afganistan'da asker bulunduran Türkiye'nin, Taliban'ın değil Afgan halkının yanında olması, ancak insan haklarına uyulması ve adil bir seçimin yapılması için gerekli zeminin hazırlanması kaydıyla alt düzeyde Taliban ile görüşmelere başlaması; Taliban'ın, Birleşmiş Milletler Şartı'na, insan haklarına ve demokratik değerlere uyma konusunda atacağı adımlara bağlı olarak zamanla bu görüşmelerin daha üste seviyeye çıkarılması konusunda kesin bir tutum takınması beklenir. Türkiye'de bulunan Afgan vatandaşlarının zaten Pakistan ve İran üzerinden Türkiye'ye giriş yapmaları sebebiyle tamamını, Afgan vatandaşı olanlar açısından güvenli üçüncü ülke ve ilk iltica ülkesi olan İran ve Pakistan'a geri göndermesi gerekmektedir. Zaten 2016 yılında Pakistan ile Türkiye arasında geri kabul anlaşması¹⁴⁸ yapılmıştır ve Pakistan üzerinden yasadışı yollarla Türkiye'ye giriş yapan bütün Afgan vatandaşları bu anlaşma uyarınca Pakistan'a geri gönderilebilecektir¹⁴⁹. Türkiye, İran ile geçmişte geri kabul anlaşması yapmak için çaba sarf etmişse de başarılı olamamıştır. Bu başarısızlığa rağmen İran ile geri kabul anlaşmasının yapılması hayati önem taşımaktadır. Ancak Türk yetkililer bu konuda adım atmamaktadırlar. Suriye ile resmi ilişkilerin kurulması ve Suriye ile Türkiye arasında yapılmış olan geri kabul anlaşmasının¹⁵⁰ Suriyelilerin geri gönderilmesi için hayata geçirilmesi gerekmektedir. Taliban'ın tanınması, zaten önüne geçilemeyen veya geçilmek istenmeyen yasadışı Afgan göçüne yeni göç dalgaları ekleyecektir.

145 Hornbeck, (n 126) 185.

146 Japonya'nın Çin'i işgal ederek Mangukuo Devletini kurması üzerine ABD Dışişleri Bakanı Stimson'un, 7 Ocak 1932 tarihinde, yaptığı açıklama sebebiyle Stimson Doktrini olarak adlandırılan bu doktrine göre uluslararası hukuka aykırı olarak kuvvet kullanımı sonucu oluşan devletler ve hükümetler tanınmamalıdır (Erdal, (n 66) 166).

147 Crozat, (n 63) 12-13.

148 RG 14.5.2016/29712.

149 Geri kabul anlaşmaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Türkiye Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması*, (1st edn, Beta 2016), 3 vd.

150 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yasadışı Göçmenlerin Geri Kabulüne Dair Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna İlişkin Kanun, Kanun No: 4901, Kabul Tarihi: 17.6.2003

Madde 1-10 Eylül 2001 tarihinde Şam'da imzalanan “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yasadışı Göçmenlerin Geri Kabulüne Dair Antlaşma”nın onaylanması uygun bulunmuştur.

Madde 2- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 3- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Karar Sayısı: 2007/11896: 10 Eylül 2001 tarihinde Şam'da imzalanan ve 17.6.2003 tarihli ve 4901 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yasadışı Göçmenlerin Geri Kabulüne Dair Antlaşma”nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 2.3.2007 tarihli ve HUMŞ/47580 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 19.3.2007 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 12.4.2007/26491).

Zira hükümet olma ve bu hükümeti uluslararası standartlara göre yönetme yetisinden yoksun olan Taliban, yabancı sermayeyi ülkeye çekmek ve yeni yatırımlar yaparak ekonomik kalkınmayı hedeflemekten uzaktır. Hükümet olma kudreti kazanmadan, terör örgütleriyle bağlantılarını koparmadan, yeni yatırımlar yaparak Afgan halkının kalkınması ve ekonomik refaha ulaşması için çalışmadan Taliban güvenlik ve ekonomik sebeplerle ülkeden göçü engelleyemeyecektir. Taliban'ın, bu konularda adım atmaya zorlanmadan hükümet olarak tanınması, rehavete kapılmasına neden olacak ve zaten yapısı itibariyle belirttiğimiz konulardan uzak olan Taliban bu konularda adım atmaya ihtiyaç duymayacaktır. Afganistan halkı için güvenli ve huzurlu bir ortam sağlaması, yönetimin tüm toplumu kapsaması; bizzat kendi doğal zenginliklerini çıkararak ekonomik yönden hayatta kalması için Taliban üzerinde baskı kurulması gerekir. Ülkenin doğal kaynaklarının zengin olması, Afgan halkına fayda sağlamamakta; diğer devletlerin bu ülkedeki çıkar çatışmalarını artırmaktadır. Afganistan'da bulunan terör örgütlerinin güç savaşları ve Taliban'ın geleceğinin ne olacağına ilişkin şüpheler; ekonomik sıkıntılarının artması Afganistan'dan Türkiye'ye yönelen göçü durdurmuyacaktır. Bu göç dalgasının durması, Afganistan'da huzur ve güveni sağlayacak; ekonomiye yön verecek bir hükümete bağlıdır. Devletlerin amacı da kendi çıkarlarını bir yana bırakarak Taliban'ı -meşru hükümet olarak tanımadan önce- bu çizgiye gelmeye zorlamak olmalıdır.

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

- Addicott JF, 'The 2020 Trump-Taliban Peace Agreement-Time to End the War on Terror', (2020) 2021(11) Nebraska Law Review Bulletin, 1-17.
- Azarkan E, 'Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi', 2016 15(4) Gaziantep University Journal of Social Sciences, 1055-1068.
- Azubuikwe L, 'Status of Taliban and Al Qaeda Soldiers: Another Viewpoint', (2003) 9(1) Connecticut Journal of International Law, 127-154.
- Bagaric M and Morss J, 'State Sovereignty and Migration Control: The Ultimate Act of Discrimination', (2005-2006) 1(1) Journal of Migration and Refugee Issues, 25-50.
- Chantal T, 'What Does the Emerging International Law of Migration Mean for Sovereignty', (2013) 14(2) Melbourne Journal of International Law, 392-450.
- Convention on Rights and Duties of States Adopted by the Seventh International Conference of American States. Signed at Montevideo, December 26th, 1933, (1936) CLXXV League of Nations Treaty Series, 21-31.

- Council Regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, and repealing Council Regulation (EC) No 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan, OJ 29.5.2002 L 139, 9-20.
- Council Regulation (EU) No 754/2011 of 1 August 2011 amending Regulation (EC) No 881/2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, OJ 2.8.2011 L 199, 23-32.
- Crozat C, 'Devletler Hukukunda Tanıma', (1953) 19(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3-32.
- Diana RPP, 'Self-Defence against Non-State Actors: Possibility or Reality?', (2021) 9 Revista de la Facultad de Jurisprudencia, 151-177.
- DEİK-Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu Afganistan Ülke Bülteni 2012: <https://www.deik.org.tr/uploads/afganistan-ulke-bulteni.pdf> (accessed 24.10.2021).
- Durand Line Agreement November 12, 1893, Agreement between Amir Abdur Rahman Khan GCSI and Sir Henry Martimer Durand, KCIE, CSI: <https://www.satp.org/satporgrp/countries/pakistan/document/papers/durandlineagreement.htm> (accessed 18.10.2021).
- Ekşi N, *Türkiye Avrupa Birliği Geri Kabul Antlaşması*, (1st edn, Beta 2016).
- Erdal S, 'Uluslararası Hukukta Tanıma Kurumu ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyet Örneği', (2005) 13(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 157-196.
- Giunchi E, 'The Origins of the Dispute over the Durand Line', (2013) 44(1-2) Internationales Asienforum, 25-46.
- Hornbeck SK, 'Recognition of Governments', (1950) 44 Sixth Session, American Society of International Law Proceedings, 181-191.
- Khan AL, 'Why the US Should Recognize the Taliban as Afghanistan's Lawful Government', September 13, 2021: <https://www.jurist.org/commentary/2021/09/l-ali-khan-us-recognition-taliban-afghanistan-government/> (accessed 14.11.2021).
- Kıran A, 'Uluslararası Hukukta Devletleri Tanıma ve Tanıma Türleri', (2017) 6(3) Social Sciences Studies Journal, 1083-1098.
- Korsak TZ, 'Recognition of Governments', (1930) 11(3) University of Pittsburgh Law Review, 463-468.
- Macias A, 'Secretary of State Blinken calls Taliban 'the de facto government of Afghanistan'', 13 September 2021: <https://www.cnbc.com/2021/09/13/secretary-of-state-blinken-calls-taliban-the-de-facto-government-of-afghanistan.html> (accessed 14.11.2021).
- Mahmood T, 'The Durand Line South Asia's New Trouble Spot, Naval Postgraduate School Monterey', June 2005 California Thesis: <https://core.ac.uk/download/pdf/36695656.pdf> (18.10.2021).
- Malanczuk P, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, (7th edn, Taylor & Francis Group 2002).
- O'Brien JM, 'State Recognition and "Termination" in Nineteenth-Century New England', (in) *Recognition, Sovereignty Struggles, and Indigenous Rights in the United States: A Sourcebook*, Edited by Amy E. Den Ouden/Jean M. O'Brien, University of North Carolina Press 2013, s. 149-167.

- Özkan I, *Tanınmamış Devletlerin Yasa, Hukuki İşlem ve Kararlarının Tanınması*, (1st edn, Oniki Levha 2017).
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk*, (19th edn, Turhan 2020).
- Peterson MJ, *Recognition of Governments: Legal Doctrine and State Practice 1815-1995*, (1st edn, Palgrave Macmillan 1997).
- Rosand E, 'The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions', (2004) 98(3) *American Journal of International Law*, 745-763.
- S/RES/1267 (1999) UN Security Council Resolution 1267(1999) Adopted by the Security Council at its 4051st meeting on 15 October 1999 15 October 1999: [https://www.undocs.org/S/RES/1267%20\(1999\)](https://www.undocs.org/S/RES/1267%20(1999)) (accessed 18.10.2021).
- S/RES/1333 (2000) Resolution 1333 (2000) Adopted by the Security Council at its 4251st meeting, on 19 December 2000: [https://www.undocs.org/S/RES/1333%20\(2000\)](https://www.undocs.org/S/RES/1333%20(2000)) (accessed 19.10.2021).
- S/RES/1526 (2004) Resolution 1526(2004) Adopted by the Security Council at its 4908th meeting, on 30 January 2004: [https://www.undocs.org/S/RES/1526%20\(2004\)](https://www.undocs.org/S/RES/1526%20(2004)) (accessed 19.10.2021).
- Shaw MN, *Uluslararası Hukuk*, Çevirenler Yücel Acer/İbrahim Kaya/M. Turgut Demirtepe/G. Engin Şimşek, (8th edn, TÜBA Yayınları 2018).
- Sönmez G, Bozbaş G and Konuşul S, 'Afgan Talibanı: Dünü, Bugünü ve Yarını', (2020) 28 (2) *Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (NEUSBF Dergisi)*, 59-77.
- State Recognition under International Law, by Mariya Paliwala, February 10, 2020: <https://blog.ipleaders.in/state-recognition/> (accessed 19.10.2021).
- Sykes P, *A History of Afghanistan*, Volume 1 and 2, (2nd edn, Routledge 2017).
- Şeyhanlıoğlu H, '18. Yüzyıldan Günümüze Kadar Afganistan'ın Jeostratejik Önemi', (2008) 34(2) *Avrasya Etüdleri*, 61-82.
- Taşdemir F, 'Uluslararası Hukuk Perspektifinden 2011 Sonrası Döneminde Libya'da De Facto Rejim ve Yeni Hükümetin Tanınması Sorunu', (2020) 8(16) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 375-405.
- UN Security Council, Security Council Resolution 1214 (1998) [Afghanistan], 8 December 1998, S/RES/1214 (1998): <https://www.refworld.org/docid/582081e77.html> (accessed 19.10.2021).
- United Nations Security Council Consolidated List 18 October 2021: <https://scsanctions.un.org/4p7uhen-all.html> (accessed 18.10.2021).
- Warbrick C, 'Recognition of Governments', (1993) 56(1) *Modern Law Review*, 92-97.

Açık Denizlerin Korunması ve Deniz Koruma Alanları

Protection of the High Seas and Marine Protected Areas

Sercan Reçber* 

Öz

İnsanlardan kaynaklanan faaliyetler sonucunda okyanuslarda önemli oranda kirlenme ve yıkım oluşmuştur. Bu geniş ekosistem içerisinde insan kaynaklı kirlenmenin, yıkımın ve iklim değişikliğinin boyutları okyanus yaşamı ve onunla bağlantılı olarak yeryüzündeki yaşam üzerinde büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Gerekli koruma faaliyetleri yapılmadığı sürece bu etkinin artması kaçınılmazdır. Bu bağlamda deniz çevresinin korunması kavramı son otuz yıl içerisinde önemli bir dönüşüm geçirmiştir. Kirliliğin önlenmesi ve kontrolüne odaklanan geleneksel yaklaşımın yerine büyük ölçüde daha geniş bir koruma yaklaşımını içerisinde barındıran, her bir deniz alanının kendine özgü niteliklerini dikkate alan bütün bir deniz ekosisteminin korunmasını amaçlayan ekosistem temelli bir yaklaşım ön plandadır. Devletlerin kendi deniz ülkelerinin deniz çevresinin korunmasına yönelik düzenlemelerle bu alanlara yönelik koruyucu tedbirler aldıkları görülmekle birlikte, kendi ulusal yargı yetkilerinin dışındaki açık deniz alanlarında bu korumanın yetersiz olduğu görülmektedir. Deniz yaşamına yönelik karşılaşılan bu sorunların çözümü noktasında kapsamı ve büyüklüğü farklı olmakla birlikte deniz koruma alanları bu işlevin yerine getirilmesi noktasında önemlidir. Deniz koruma alanlarının öncelikli hedefi okyanuslardaki biyolojik çeşitliliğinin korunmasıdır. Deniz koruma alanları bilim insanları tarafından, ilgili deniz alanının özelliklerinin dikkate alınarak, koruma alanının uygun bir şekilde planlanması ve etkili bir şekilde yönetilmesi halinde hassas ekosistemlerin korunması açısından uygun araçlar olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda Dünya'nın en büyük ortak kullanım alanı olan açık denizler konusunda çok daha etkin koruma rejimlerinin oluşturulması, yaşanan ve ileride yaşanılacak yıkım düşünüldüğünde acil bir sorun olarak insanlığın karşısında durmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Açık Denizler, Deniz Çevresi, Deniz Koruma Alanları, Ekosistem Yaklaşımı, Biyolojik Çeşitlilik

Abstract

Significant pollution and destruction have taken place in the oceans as a result of human activities. Human-induced pollution in this vast ecosystem, destruction and dimensions of climate change pose a great danger to ocean life and thus life on earth. It is inevitable that this effect will increase unless the necessary measures are taken. The concept of protection of the marine environment has undergone a significant transformation in the last three decades. An approach that includes a broader conservation approach, takes into account the unique characteristics of each marine area, and aims to protect the entire marine ecosystem, is adopted. Although it is seen that the states are taking protective measures for these areas with the regulations for the protection of the environments of their own marine territory, these measures appear to be insufficient in offshore areas outside the states' national jurisdictions. When it comes to solving these problems for marine life, marine protection areas are important in terms of fulfilling this function, although their scope and size differ. Marine protection areas are considered by scientists as suitable tools for the protection of sensitive ecosystems in the case of appropriate planning and effective management of the protected area, taking into account the characteristics of the marine area concerned. The creation of much more effective protection regimes on the high seas which are the world's largest communal area, stands before humanity as an urgent problem, considering the current and future destruction going on.

Keywords

High Seas, Marine Environment, Marine Protected Areas, Ecosystem Approach, Biodiversity

* Sorumlu Yazar: Sercan Reçber (Dr. Öğr. Üyesi), Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye. E-posta: sreçber@uludag.edu.tr ORCID: 0000-0001-7834-7969

Atf: Reçber S, "Açık Denizlerin Korunması ve Deniz Koruma Alanları" (2022) 42(1) PPIL 81. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.981605>

Extended Summary

Significant pollution and destruction have taken place in the oceans as a result of human activities. Human-induced pollution in this vast ecosystem, destruction and dimensions of climate change pose a great danger to ocean life and thus life on earth. It is inevitable that this effect will increase unless the necessary measures are taken. In this sense, many of the most important issues that this century has borrowed from the last century are related to the environment. Climate change, global warming, the threat of extinction of many species, the depletion of the ozone layer and environmental problems in the oceans can be listed as the main ones among these interrelated problems. The common particular of the topics listed in this heading level is that they are related to the existence of many living things on this planet, along with the human species. Unless these problems are solved in a holistic way, it is inevitable that ocean ecosystems will face much greater destructions together with the creatures living therein. In terms of preventing or reducing this danger, international law of sea can fulfill an important function regarding the protection of the marine environment.

In this context, the main problem for the protection of the marine environment is the marine areas outside the national jurisdiction. A very large part of the earth is covered with oceans and these areas are home to an important part of the biodiversity of our world. In this context, in terms of solving problems, international organizations, especially the UN, have important duties to protect the high sea areas outside the national jurisdiction. In addition, states need to cooperate in this regard. In this context, there is the Global Ocean Convention initiative under the UN.

The concept of protection of the marine environment has undergone a significant transformation in the last three decades. An approach that includes a broader conservation approach, takes into account the unique characteristics of each marine area, and aims to protect the entire marine ecosystem, is adopted. Although it is seen that the states are taking protective measures for these areas with the regulations for the protection of the environments of their own marine territory, these measures appear to be insufficient in offshore areas outside the states' national jurisdictions. One of the biggest obstacles to the establishment of marine protected areas in the high seas and on the seabed is the lack of information on these areas.

When it comes to solving these problems for marine life, marine protection areas are important in terms of fulfilling this function, although their scope and size differ. Marine protection areas are considered by scientists as suitable tools for the protection of sensitive ecosystems in the case of appropriate planning and effective management of the protected area, taking into account the characteristics of the marine area concerned. The primary goal of marine protected areas is to preserve

the biodiversity of the oceans. At this point, if properly established and managed, marine protection areas are recognized by scientists as an effective tool for protecting sensitive ecosystems.

In terms of the protection of the high seas, marine protected areas appear to have developed over the last three decades as a modern management tool, embracing a range of objectives. Marine protected areas primarily aim to protect sensitive ecosystems. It is aimed to reduce and eliminate these effects in marine protected areas and regions where fishing activities and pollution is intense. Recently, marine protection areas can fulfill an important function, as in the case of the Ross Sea, in the protection of marine ecosystems that have become particularly vulnerable as a result of the effects of climate change.

In this context, marine protected areas in general are expected to perform functions such as conservation of representative examples of biodiversity and related ecosystems, protection of residential areas for the growth and reproduction of marine life, providing spaces for nature-based recreation and tourism and providing undisturbed control or reference areas for scientific research.

Here, rather than the prevention principle dimension, it is more important to discuss the approach to conservation in the dimension of the precautionary principle, which is a broader and more advanced approach than the prevention principle. The precautionary principle is an improved form of the prevention principle in this context. The content of this policy consists of taking measures for possible environmental risks and damages without waiting for the causal link between the possible environmental effects of the economic activities to be established with precise scientific data.

In terms of approaches to protection, rather than aiming only at the protection of members of a species and habitats thereof, all other factors including the relationships between other species and their habitats should be taken into account. In a holistic way, in order to maintain the natural balance of which said species is a part of.

In this context, it is possible to protect 1/3 of the oceans. Climate change, ocean acidification, plastic pollution and other pollutions are sources of destruction for ocean life. In order to prevent this, very comprehensive protection zones should be created and the legal infrastructure should be established while creating these zones. The creation of much more effective protection regimes on the high seas which are the world's largest communal area, stands before humanity as an urgent problem, considering the current and future destruction going on.

“Annesinin ölümünün kendi ölümüne de neden olacağını bile bile onu yavaş yavaş zehirleyen bir çocuk hayal edilebilir mi? Saçma. Oysa insanlığın bugün yaptığı şey tam da budur: Denizin kızı olan, deniz sayesinde nefes alıp beslenen insanlık onu öldürmek için uğraşiyor. Oysa kendisi bu yüzden denizden çok daha önce ölecek.. Peki ne yapılabilir? Çok şey”. (Jacques Attali, *Denizin Tarihi*, Çev: Berna Günen, Kırmızı Kedi Yayınları)

Açık Denizlerin Korunması ve Deniz Koruma Alanları

I. Giriş

Okyanuslar yeryüzünün yaklaşık %70’ini kaplamaktadır. *“Deniz bilimcilere göre “okyanusların genetiği, türleri, habitatu, ekosistem çeşitliliği diğer tüm yeryüzü sistemlerinden daha geniştir. Okyanuslar hayatlarını sürdüren canlıların % 99’unu barındırmaktadır-ki bu türlerin birçoğu bilinmemektedir”*.¹

Açık denizler ve derin deniz yatağı, balıkçılık faaliyetlerinin yoğun bir şekilde yapıldığı, Dünya ikliminin dengeli bir şekilde kalmasını sağlayan alanlardır. Çok sayıda deniz canlısına ev sahipliği yapması dışında bu deniz alanları Dünya oksijeninin %50’sini üretmektedir². Aynı zamanda okyanuslar küresel iklimin birincil düzenleyicisidir. Soluduğumuz oksijenin yarısını sağlamalarının dışında, ürettiğimiz karbondioksitin üçte biri okyanuslar tarafından emilmektedir.

İnsanlardan kaynaklanan faaliyetler sonucunda okyanuslarda önemli oranda kirlenme ve yıkım oluşmuştur. Bu geniş ekosistem³ içerisinde insan kaynaklı kirlenme, yıkım ve iklim değişikliğinin boyutları okyanus yaşamı ve onunla bağlantılı olarak yeryüzündeki yaşam üzerinde büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Gerekli koruma faaliyetleri yapılmadığı sürece bu etkinin artması kaçınılmazdır. Bu anlamda bu yüzyılın geçen yüzyıldan devraldığı en önemli sorun başlıklarından birçoğu çevreye ilişkindir. Birbiriyle ilişkili olan söz konusu sorunların başında iklim değişikliği, küresel ısınma, birçok canlı türünün yok olma tehdidiyle karşı karşıya gelmesi, ozon tabakasının delinmesi ve okyanuslarda karşılaşılan çevresel sorunlar sayılabilir. Başlık düzeyinde sayılan söz konusu konuların ortak özelliği insan türü ile birlikte pek çok canlının bu gezegendeki varoluşuyla ilgili olmalarıdır. Adı geçen sorunlara bütüncül bir şekilde çözüm getirilmedikçe okyanus ekosistemlerinin, içinde yaşayan canlılarla

1 Brett Clark and Rebecca Clausen, ‘Okyanus Krizi: Kapitalizm ve Deniz Ekosistemlerinin Bozulması’, *Bariş Baysal* (çev) (2008) (19), *Monthly Review* 75, 77.

2 Lora L. Noodtveet Reeve, Anna Rulka-Domino and Kristina M. Gjerde, ‘The Future of High Seas Marine Protected Areas’, (2012) (26), *Ocean Governance For Marine Conservation (Ocean Yearbook)* 265, 266.

3 Habitat ve ekosistem kavramlarına ilişkin şu şekilde bir tanım verilebilir. *“Habitat kavramı bir türün yaşamak ve üremek için ihtiyaç duyduğu organik, inorganik ve coğrafi çevresel özellikleri içinde barındıran alan anlamına gelmektedir. Ekosistem kavramı ise canlı türlerin (hayvan-büki-mikroorganizma) birbirleriyle ve içinde buldukları canlı olmayan çevre ortamıyla ekolojik süreçler (beslenme, üreme, evrilme) yoluyla etkileşimde oldukları ilişkiler bütünüdür”*. Galip Engin Şimşek, *Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması* (1 th edn, Beta 2016) 9.

birlikte çok daha büyük yıkımlarla karşılaşacağı kaçınılmazdır. Söz konusu tehlikenin önlenmesi veya azaltılması açısından uluslararası deniz hukuku, deniz çevresinin korunmasına ilişkin önemli bir işlevi yerine getirebilir.

İlgili makale kapsamında genel olarak deniz çevresinin korunmasına yönelik gelişmelerin Birleşmiş Milletler (BM), diğer uluslararası örgütler ve bölgesel örgütler kapsamındaki gelişimi incelendikten sonra, özellikle ulusal yargı yetkisine tabi olmayan açık deniz alanlarının karşılaştığı iklim değişikliği, biyolojik çeşitliliğin azalması ve yok olması, kirlilik, aşırı avlanma vb. sorunlara çözüm bulunması amacıyla ortaya atılan ve kimi örnekleri makale kapsamında incelenen Deniz Koruma Alanlarına (Marine Protected Areas) genel özellikleri itibarıyla yer verilmiştir. Deniz koruma alanlarının etkili bir şekilde kurulması ve yönetilmesinin ulusal yargı yetkisinin dışında yer alan deniz alanlarının ekosistemlerinin korunması açısından çok önemli olduğu görülmektedir.

İlgili makale kapsamında incelenen diğer bir konu deniz çevresinin korunması açısından önemli işlevler taşıyabilecek olan ekosistem yaklaşımıdır. Adı geçen yaklaşımın uluslararası hukuk belgelerindeki genel görünümü çalışmada yer almıştır.

II. Deniz Çevresine Yönelik Tehditler

İnsan faaliyetlerinin deniz çevresine ve buradaki canlı yaşama yönelik birçok zararlı etkiye yol açtığı ve bunun sonucunda çok sayıda çevresel sorunun yaşandığı görülmektedir. Bir bütün olarak deniz çevresindeki yaşamın devamlılığına yönelik tehditleri deniz çevresine yönelik tehditler olarak tanımlayabiliriz.

Günümüzde her bir deniz alanında farklı düzeylerde de olsa çevresel sorunlarla karşılaşmaktadır. Söz konusu sorunların birçoğunun temelinde kapitalizmin büyüme mantığı ve yıkıcı etkileri vardır⁴.

Günümüzde özellikle okyanusların ve dolayısıyla açık denizlerin karşılaştığı sorunların başında iklim değişikliği ve bu değişikliğin meydana getirdiği olumsuz etkiler gelmektedir. İklim değişikliğinin Dünya okyanuslarına etkisi deniz seviyesinin yükselmesi, buzulların erimesi, deniz yüzeyindeki sıcaklığın değişimi, kıyı erozyonu, okyanusların asitlenmesi, mercan resiflerinin kaybı, denizlerde yaşayan canlı türlerin dağılımındaki değişiklikler ve daha sıklıkla meydana gelen yıkıcı hava olayları şeklindedir⁵.

Diğer sorunlar arasında aşırı avlanma, derin deniz madenciliğinin yarattığı yıkım, büyük boyutlara varan plastik kirliliği, petrol arama faaliyetlerinin yol açtığı yıkım,

4 Clark and Clausen (n 1) 75-76. Reeve, Rulaska-Domino and Kristina M. Gjerde (n 2) 266.

5 Donald R Rothwell and Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Bloomsbury Publishing, 2016, 25. Birnie, Boyle and Redgwell (n 16) 380.

gemilerden kaynaklanan kirlilik ve karasal kaynaklı diğer kirlenmeler sayılabilir. Doğal olarak bu sınıflandırmanın genel anlamda deniz çevresini tehdit eden sorunlar düşünüldüğünde daha geniş kapsamlı olması mümkündür.

İlgili kapsamda deniz çevresinin korunması bakımından asıl sorun ulusal yargı yetkisinin dışındaki deniz alanlarıdır. Yeryüzünün çok büyük bir bölümü okyanuslarla kaplıdır ve Dünya’ımızdaki biyolojik çeşitliliğin önemli bir bölümüne bu alanlar ev sahipliği yapmaktadır⁶.

Dünya Doğa ve Doğal Kaynakları Koruma Birliği’nin (International Union for Conservation of Nature and Natural Resources - IUCN) 2016 yılında yapmış olduğu Dünya Koruma Kongresi’nde, 2030 yılına kadar okyanusların en az üçte birinin koruma altına alınması gerektiği belirtilmiştir⁷. Son kırk yılda, deniz omurgalılarının nüfusunda (balıklar, deniz kuşları, deniz kaplumbağaları ve deniz memelileri) ortalama olarak %22 oranında bir azalma yaşanmıştır⁸. İlgili soruna yönelik BM Genel Kurulu’nun 14 Mart 2008 tarihli 62/215 sayılı kararında, insan faaliyetlerinin, deniz ortamı, biyolojik çeşitlilik ve mercanlar dahil olmak üzere savunmasız deniz ekosistemleri üzerindeki olumsuz etkilerine yönelik endişeler yer almıştır⁹.

Deniz çevresine yönelik tehditler arasında iklim değişikliğinin etkilerinin dışında deniz kirliliği önemli bir yer kaplamaktadır. Kirliliğin boyutlarının artması ile beraber deniz kirliliğine etki eden faktörler zaman içerisinde oransal olarak değişmiştir. Bugün itibarıyla deniz kirliliğine etki eden faktörler bağlamında ön planda olan karasal kaynaklı kirlenmedir. Havadan gelen birikintiler deniz kirliliğinin diğer önemli bileşenlerinden biridir. Kanalizasyon sularının denize dökülmesi, deniz çevresine zarar veren endüstriyel ve tarımsal atıklar, denize karadan, çoğunlukla nehirlerden giren en yaygın kirlenme unsurlarıdır. Bu kaynakların ürettiği maddelerin bazılarının doğrudan deniz yaşamına yönelik yıkıcı etkileri olmakla birlikte, insan sağlığı açısından zehirleyici etkileri veya hastalık yaymaları söz konusudur. Bir diğer önemli sorun deniz taşımacılığı yoluyla taşınan istilacı türlerdir¹⁰.

Dünya okyanuslarının karşılaştığı çevresel bozulmanın ve yıkımın nedenleri arasında, düzensiz ve izinsiz yapılan balıkçılık faaliyeti ile bu faaliyet esnasında

6 Glen Wright, Julien Rochette, Kristina Gjerde and Isabel Seeger, ‘IDRRI Study, The long and winding road: negotiating a treaty for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction’, (2018)9 https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20iddri/Etude/201808-Study_HauteMer-long%20and%20winding%20road.pdf Erişim Tarihi 25 June 2021.

7 Enric Sala, Jane Lubchencob, Kirsten Grorud-Colvertb, Catherine Novellic, Callum Robertsd and U. Rashid Sumailae, ‘Assessing Real Progress Towards Effective Ocean Protection’, (2018) (91) Marine Policy 11, 11.

8 Yong Wang, “Reasonable Restrictions on Freedom of High Seas by ‘Marine Protected Areas on the High Seas’: An Empirical Research” (2019) 12 (2) Journal of East Asia and International Law 245, 246.

9 UNGA Res 62/215 (22 December 2007)

10 Patricie Birnie, Alan Boyle and Catherine Redgwell, *International Law & The Environment* (3 th edn, Oxford 2009) 380.

kullanılan yıkıcı teknikler ve kıyı kirliliği yer almaktadır¹¹. Aşırı avlanma, özellikle endüstriyel balıkçılık deniz ekosistemlerinin sömürsünü yoğunlaştırmıştır¹². Mevcut balık avlama tekniklerinin ve avlanan balık miktarının bu şekilde devamı 2050 yılında deniz ekosistemlerinin ve balıkçılığın tamamen çökmesi sonucunu doğurabilir¹³. Yapılan bazı araştırmaların sonuçlarından biri balıkçılık faaliyetindeki artışın, balık stoklarının kendilerini yenileme döngülerinden daha hızlı olduğudur¹⁴.

Deniz çevresinde kirlilik yaratan faktörlerden biride deniz kazalarıdır. 1967 yılında yaşanan Torrey Canyon adlı petrol tankerinden sızan petrolün neden olduğu felaket gibi büyük deniz kazalarının yaşanması, deniz çevresine büyük miktarlarda toksik ve tehlikeli maddenin karışması, deniz çevresinin korunması noktasındaki farkındalığı artırmıştır¹⁵. 1989 yılının mart ayında meydana gelen ve etkisi kaza anından itibaren çok uzun süre devam eden Exxon Valdez adlı geminin neden olduğu deniz kazasında, 40 bin ton yaklaşık 10 milyon varil ham petrol kıyıya ve denize yayılmıştır. Bu kazanın sonucunda kazanın meydana geldiği bölgede yaşayan yerli topluluklar çok büyük zarar görmüştür¹⁶. Bu kazanın dışında meydana gelen başlıca deniz kazaları şunlardır: 1978 Amoca Cadiz kazası, 1996 The Sea Empress kazası, 2002 yılında İspanya kıyılarında meydana gelen Cadiz kazasıdır¹⁷.

Dünya okyanuslarının geleceği açısından bugün karşılaşılan en önemli sorunlardan biri de, deniz tabanında plastiklerin birikmesinden kaynaklanan kirliliktir. Plastik ürünlerin yaygın kullanımı deniz yüzeyinde kirlenmeye yol açmaktadır. Bölgesel nitelikteki deniz hukuku sözleşmelerinde plastiklerin neden olduğu kirlenmenin önlenmesi yönünde hükümler bulunmaktadır¹⁸. Plastiklerin okyanus yaşamının en büyük düşmanlarından biri olmasına rağmen, plastik ürünlerden kaynaklı kirlenme konusunda etkin mücadele yollarının geliştirildiği söylenemez. Diğer bir önemli sorun okyanuslarda çöplerin birikmesidir. Bilim insanlarının yapmış olduğu çalışmalarda okyanuslardaki çöp birikme oranının %99'unun ışığın ve su hareketliliğinin son derece

11 Rebecca M. Bratspies, Anastasia Telesetsky, 'Marine Environmental Law: UNCLOS, Ocean Governance and Fisheries', in Shawkat Alam, Md Jahid Hossain Bhuiyan, Tareq M.R. Chowdhury and Erica J. Techera (eds), *Routledge Handbook of International Environmental Law* (Routledge 2012) 259-260.

12 Clark and Clausen (n 1) 87.

13 ibid 93.

14 İrmak Ertör, 'Meta Menzilin Yeni Durağı Balık Çiftlikleri' (2016) (138-139) Toplum ve Bilim Dergisi 51, 52.

15 Torrey Canyon, International Maritime Committee, <<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/TORREY-CANYON-1.pdf>> Erişim Tarihi 21 October 2021.

16 The Exxon Valdez Oil Spill A Report to the President, <<https://nrt.org/sites/2/files/Valdez%20spill%20RTP.pdf>> Erişim Tarihi 21 October 2021.

17 Damien Cremean and Erika J. Techera, 'Marine Pollution Law' in Shawkat Alam, MD Jahid Hossain Bhuiyan, Tareq M.R. Chowdhury and Erica J. Techera (eds), *Routledge Handbook of International Environmental Law* (Routledge 2012) 278.

18 Örneğin OSPAR Komisyonu 2014 yılında, Kuzey Doğu Atlantik bölgesi açısından denizlerdeki plastiklerden kaynaklı kirlenmenin önlenmesi için bölgesel bir eylem planı benimsemiştir. Bu plan ile bölgede bulunan devletler açısından amaçlanan; kozmetik ürünlerin kullanılmasından kaynaklı deniz kirlenmesinin önlenmesinin yanı sıra deniz çevresinde kirlenmeye neden olan diğer plastik ürünlerin deniz çevresine zarar vermesinin önlenmesidir. Ellen Hey, *International Environmental Law* (Edward Elgar Publishing 2016) 96.

az olduğu okyanus tabanında birikebileceği varsayılmaktadır¹⁹. BM Çevre Programı'na göre, her yıl okyanuslarda yaklaşık 8 milyon ton plastik atığın ekosistemlere ve yaban hayatına zarar verdiği belirtilmiştir. Bugün bilim insanlarının ve politika yapımcıların karşılaştığı en büyük zorluk, mikro plastiklerin deniz organizmalarındaki biyolojik etkileri konusundaki bilgi eksikliğidir²⁰.

Deniz çevresine yönelik tehditler bağlamında, bugün geleneksel aşamada denizlere endüstriyel atık boşaltılması büyük ölçüde yasaklanmış olsa da, denizlerin ve kıyı ortamının kirlenmesi konusundaki en önemli faktör olan kentleşme ve kara kaynaklı faaliyetlerden kaynaklanan endüstriyel ve evsel kirliliğe yönelik düzenlemelerin yeterli olmadığı görülmektedir²¹.

III. Deniz Çevresinin Korunmasına Yönelik Gelişmeler ve 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi

Korunması gereken alanların başında açık denizler gelmektedir. Açık denizler hiçbir devletin egemenliğine tabi olmayan ve denize kıyısı olsun olmasın bütün devletlerin kullanımına açık olan deniz alanlarıdır. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) 86. maddesinde açık denizlere ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı belirtilmiştir²². Bu kapsamda bir devletin iç sularına, karasularına ve münhasır ekonomik bölgesine ve bir takımada devletin takımadaya sularına ait olmayan bütün deniz alanlarında açık denizlere ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır. Açık denizlerin hukuki rejiminin esasını açık denizlerin serbestliği ve barışçıl amaçlar için kullanılması ilkeleri oluşturmaktadır. Açık denizlerin serbestliği ilkesi kapsamında devletler; seyrüsefer serbestliğine, balıkçılık ve canlı kaynaklarının avlanması, açık denizler üzerinde hava ulaşımı, denizaltı kablo ve boru döşeme ve bilimsel araştırma yapma, yapay ada ve uluslararası hukukun izin verdiği diğer tesisleri inşa etme özgürlüğüne sahiptir²³.

19 Okyanusların en büyük sorunu plastik kirliliği, 18.02.2017 <<https://www.dw.com/tr/okyanuslar%C4%B1n-en-b%C3%BCy%C3%BCk-sorunu-plastik-kirlili%C4%9Fi/a-37610725>> Erişim Tarihi 2 June 2021.

20 Pasifik Okyanusu'nun doğusundaki tropikal sulardaki deniz kirliliğinin geldiği nokta ile beraber, gelecekte nasıl bir şekil alacağına ilişkin yapılan on yıllık ilk çalışma tamamlanmıştır. Ekvador ülkesinin kıyı sularında plastik parçacık bolluğu üzerine yapılan bu çalışma, deniz ekosistemlerinin kirliliği üzerine gelecekteki araştırmalar için bir temel oluşturmaktadır. Pasifik Okyanusu'nun doğusundaki tropikal sular; Ekvador'daki Galapagos Adaları, Kosta Rika'daki Cocos Adası ve Panama'daki Coiba Ulusal Parkı dahil olmak üzere dünyanın en eşsiz deniz rezervlerinden bazılarında ev sahipliği yapmaktadır. Bu alanların tümü UNESCO'nun Dünya Mirası Alanları listesinde yer almaktadır. Bölgedeki mikroplastik miktarının 2030 yılına kadar, 2008 yılı seviyelerine göre yaklaşık 3,9 kat artması beklenmektedir. 2050 yılına kadar bu miktar, 2008 yılı seviyelerine göre 6,4 kat artarak neredeyse iki katına çıkabilir. Son olarak 2100 yılı itibarıyla bu bölgedeki mikro plastik miktarının, bu süreci değiştirmek için harekete geçilmediği takdirde 2008 yılındakinden 10 kat fazla olacağı tahmin edilmektedir. World Oceans Day 2020: New IAEA Research Records Dramatic Increase in Microplastic Pollution in Eastern Tropical Pacific Ocean <<https://www.iaea.org/newscenter/news/world-oceans-day-2020-new-iaea-research-records-dramatic-increase-in-microplastic-pollution-in-eastern-tropical-pacific-ocean>> Erişim Tarihi 22 June 2021.

21 Birnie, Boyle and Redgwell (n 11) 385.

22 United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833,1834,1835 UNTS 3 (UNCLOS)

23 Selami Kuran, *Uluslararası Deniz Hukuku* (4th edn, Beta 2014) 275-277.

Deniz çevresinin korunmasına yönelik BMDHS öncesi uluslararası hukuktaki gelişmelere baktığımızda 1958 tarihinde hazırlanan Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmelerinde genel olarak deniz çevresinin korunmasına özel bir önem verilmemiştir²⁴.

Söz konusu sözleşmelerden biri olan Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi'nin deniz çevresinin korunmasına ilişkin hükümleri incelendiğinde petrol ve radyoaktif atıklar nedeniyle ortaya çıkan kirlenmelerde devlete düşen yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu sınırlı yükümlülüklerin bile içeriğinin belirsiz bir şekilde tanımlandığı ve alınacak önlemlerin seçiminde devletlere büyük takdir yetkisi bırakıldığı görülmektedir²⁵.

Cenevre deniz hukuku sözleşmelerinden biri olan 1958 tarihli Balıkçılık ve Açık Denizin Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşmeye bakıldığında, Sözleşme'nin 1. maddesinde şu hükümler yer almaktadır *1. Bütün devletler, a)ahdi yükümlülükleri, b) kıyı devletinin bu sözleşmede öngörülen menfaatleri ve hakları, ve c) açık denizin canlı kaynaklarının korunması ile ilgili olarak aşağıdaki maddelerde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, vatandaşlarının açık denizde balıkçılık yapımları hakkına sahiptir.*

2. madde ise; *bu maddede kullanıldığı üzere, "açık denizin canlı kaynaklarının muhafazası" ifadesi, azami gıda stokunu ve diğer deniz ürünleri sağlamak için bu kaynaklardan devamlı şekilde optimum rekolteyi sağlamayı mümkün kılan tedbirlerin toplamı demektir. Muhafaza programları her şeyden önce insani tüketim için yiyecek stoku sağlamak amacıyla hazırlanacaktır.*

Bu kapsamda denizlerdeki canlı kaynakların korunmasına ve yönetimine ilişkin hukuk kuralları öncelikle devletlerin egemen yetki alanları ile yetki sınırlarının ötesindeki deniz alanları bakımından farklılık göstermektedir. Bu yaklaşım çerçevesinde devletlerin sahip oldukları haklar, yetkiler ve yükümlülükler şekillenmektedir.

Deniz çevresinin korunmasına yönelik ilk girişimlere bakıldığında, deniz çevresindeki kirliliğinin önlenmesi ve deniz çevresinin korunması bakımından, kirliliğe neden olan kaynak ya da kaynakların belirlendiği ve bu çerçevede düzenlemelerin

24 1958 Tarihli Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri şunlardır. 1. Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone (adopted 29 April 1958, entered into force 10 September 1964) 516 UNTS 205. (Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi) 2. Convention on the Continental Shelf (adopted 29 April 1958, entered into force 10 June 1964) 499 UNTS 311 (Kıta Sahaneliği Sözleşmesi). 3) Convention on the High Seas (adopted 29 April 1958, entered into force 30 September 1962) 450 UNTS 11 (Açık Deniz Sözleşmesi). 4) Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas (adopted 29 April 1958, entered into force 20 March 1966) 559 UNTS 285 (Balıkçılık ve Açık Denizin Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşme)

25 *Madde 24: " Her devlet, gemilerinden veya borularından petrol boşaltılması yoluyla veya deniz yatağı veya toprak altının işletilmesi ve araştırılmasından ileri gelen deniz kirlenmesini önleyecek düzenlemeleri, konuyla ilgili hükümlerini dikkate almak suretiyle hazırlayacaktır". Madde 25: 1. Her Devlet, yetkili örgütlerin hazırladığı herhangi bir standart veya düzenlemeyi dikkate alarak radyoaktif denizin kirlenmesini önleyecek tedbirleri alacaktır.2. Bütün devletler, radyoaktif malzemeleri veya diğer zararlı maddelerle yapılan herhangi bir faaliyetten ileri gelen denizin veya üstündeki havanın kirlenmesini önleyecek tedbirleri alırken yetkili milletlerarası örgütlerle işbirliği edecektir".*

yapıldığı görülmektedir²⁶. Deniz kirliliğinin önlenmesi bakımından, 1954 yılından itibaren gemilerden kaynaklanan petrol kirliliğinin kontrolü ve atıkların denizlere boşaltılmasının yasaklanması için yoğun çabalar gösterilmiştir. 26 Nisan-12 Mayıs 1954 tarihinde Londra’da toplanan Petrol Kirliliği Sebebiyle Deniz Kirliliği konferansı gemilerden boşaltılan petrol kaynaklı deniz kirliliğinin²⁷ önlenmesine ilişkindir. Bunu önlemek amacıyla Denizlerde Petrol Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme yapılmıştır (International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil- OILPOL)²⁸. Sonrasında, Uluslararası Denizcilik Örgütü (International Maritime Organization- IMO) öncülüğünde yapılan çalışmalar neticesinde 15 Mayıs 1975 tarihinde yürürlüğe giren, 1969 Tarihli Petrol Kirliliğine Neden Olan Kazalara Açık Denizlerde Müdahale Edilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Convention Relating to Intervention on the High Seas in cases of Oil Pollution Casualties) imzalanmıştır²⁹.

OILPOL’ün yeterince etkin olmaması sonucunda, bu Sözleşme’nin yerini 1978 yılında, Gemilerden Kaynaklanan Deniz Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships -MARPOL) (73/78) almıştır³⁰. MARPOL’ün amacı denizlerin petrol, zehirli ve zararlı maddeler, kirli sular ve çöpler ile kirlenmesinin önlenmesi ile gemi kazalarından kaynaklanan deniz kirliliğinin önlenmesidir. MARPOL’ün etkisiyle gemilerin işletilmesi sonucunda meydana gelen petrol kaynaklı deniz kirliliğinde önemli bir azalma gerçekleşmiştir³¹. Günümüzde genel olarak gemilerden kaynaklanan kirliliğinin deniz çevresindeki kirliliğe etkisi önemli oranda azalmıştır³².

26 Şule Güneş Anlar, ‘Birlleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması’ (2007) 56 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 3.

27 Bu kapsamda gemilerden kaynaklanan kirlilik genel olarak iki kategori altında ele alınabilir. Bunlar operasyonel kirlilik ve deniz kazalarından kaynaklanan kirliliktir. Birnie, Boyle and Redgwell (n 16) 399-400.

28 International Convention (with annexes) for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, 1954 (adopted 12 May 1954, entered into force 26 July 1958) 4714 UNTS (OILPOL). Bu amaca da 12 Mayıs 1954 tarihinde “Denizlerde Petrol Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşmesi” (OILPOL) ile ulaşılmıştır. 26 Temmuz 1958 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşme ile kıyı devletine yapmış olduğu düzenlemeleri kendi egemenliğine tabi deniz alanlarında uygulama yetkisi verilirken; karasuları ötesindeki deniz alanları için uygulama yetkisi bayrak devletine bırakılmıştır.

29 International Convention Relating to Intervention on the High Seas in cases of Oil Pollution Casualties (adopted 29 November 1969, entered into force 6 May 1975) 970 UNTS 211. 5 Mayıs 1975 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşme ile taraf devletlerin kıyı şeritlerine yönelik önemli ve yakın bir tehlikeye ya da denizde petrol kirliliğine yol açacak bir tehdidin varlığı halinde gerekli önlemleri alabilmesi amaçlanmıştır. Sözleşmede deniz kazalarına ilişkin petrol kirliliğini önleme amaçlı müdahale öngörülürken, gemilerin normal faaliyetlerinin yol açtığı petrol kirliliği kapsam dışında tutulmuştur. Bu sözleşme 17 madde ve 1 ekten oluşmaktadır.

30 Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973 (adopted 17 February 1978, entered into force 2 October 1983) 1340,1341 UNTS 61,3. MARPOL 8 Ekim-2 Kasım 1973 tarihinde Londra’da toplanan Deniz Kirliliği Hakkında Uluslararası Konferans neticesinde 3 Kasım 1973 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşme, 1978 tarihinde imzalanan bir protokolle revize edilerek 2 Ekim 1983 tarihinde gecikmeli olarak yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple sözleşme “MARPOL 73/78” olarak anılmaktadır

31 Sözleşme savaş gemileri ve ticari olmayan devlet gemileri dışında kalan ve akit tarafların yetkisi altında faaliyet gösteren ya da akit devletin bayrağını taşıyan tüm gemileri, deniz araçlarını ve platformları kapsamaktadır (md. 3). Sözleşme’nin 9. maddesi uyarınca Sözleşme, akit taraflar açısından yürürlüğe girdiği andan itibaren OILPOL’ün yerini almıştır. Ancak OILPOL’e taraf olduğu halde MARPOL’e taraf olmayan devletler açısından OILPOL’ün bağlayıcılığı devam etmektedir.

32 Birnie, Boyle and Redgwell (n 11) 380.

Deniz çevresinin korunması bakımından deniz canlılarının korunması büyük bir öneme sahiptir. Özellikle yoğun avlanma sonucunda nesli tehlike altında olan türleri koruyucu nitelikte antlaşmalar yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda en önemli örneklerden birini balinalar oluşturmaktadır. Balinalara yönelik, özellikle balina avcılığının ulaştığı seviye ve balina nüfusundaki önemli azalma sonucunda, yok olma tehdidi altındaki bu deniz memelilerinin korunması ve sürdürülebilir bir şekilde balinalardan faydalanılması amacı ile 2 Aralık 1946 tarihinde akit taraflarca³³ imzalanan ve 1948 yılında yürürlüğe giren Uluslararası Balina Avcılığının Düzenlenmesi Sözleşmesi (ICRW- International Convention for the Regulation of Whaling) yapılmıştır³⁴. Bu Sözleşme ile amaçlanan bu türle ilgili koruma tedbirlerinin, bu türün kendi yaşam döngülerinin devamını sağlayabilecekleri bir düzen içerisinde alınmasıdır³⁵.

Deniz çevresinin korunması kapsamında BM bünyesinde gerçekleştirilen devletleri Dünya ekosisteminin sağlığının ve bütünlüğünün korunması için işbirliği yapmaya çağırın 1972 tarihli Stockolm Konferansı bir dönüm noktasıdır³⁶. Devamında, 1976 yılı itibarıyla BM çevre programı (United Nations Environment Programme- UNEP) çerçevesinde bölgesel düzeyde deniz alanlarının korunması için deniz programlarının başlatılması söz konusudur. Bu tarihten önce de 1975 yılı itibarıyla Akdeniz Eylem Planı adı altında birtakım gelişmeler yaşanmıştır.

Deniz çevresinin korunması bağlamında en kapsamlı hükümler BMDHS’de yer almaktadır. BMDHS devletlere deniz çevresini koruma ve muhafaza etme yükümü getirmiştir. Bu sözleşmenin XII. kısmı deniz çevresinin korunmasına ilişkin hükümler içermekle birlikte, 11 bölüme ayrılmaktadır. Bu kısımda deniz kirliliğinin önlenmesi konusunda devletlerin işbirliği yapmasının gerekli olduğu altı kaynaktan doğan kirlenmeye değinilmiştir. Bunlar; a) Deniz kirliliğinin önlenmesine yönelik karasal kaynaklı kirlenme b) Ulusal yargı yetkisine tabi deniz yatağı faaliyetleri, özellikle petrol ve gaz aranması sonucu oluşan kirlenme c) Derin deniz yatağı madenciliği faaliyetleri sonucunda oluşan kirlenme d) Atıkların denize boşaltılması sonucu oluşan kirlenme e) İşletme ve kazalardan kaynaklı gemi kirliliği f) Atmosferik kirlenmedir.

33 Bu devletler; ABD, Arjantin, Avustralya, Brezilya, Kanada, Şili, Danimarka, Fransa, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Peru, Güney Afrika, Sovyetler Birliği ve Birleşik Krallıktır.

34 International Convention for the regulation of Whaling (adopted 2 December 1946, entered into force 10 November 1948) 161 UNTS 72 (ICRW).

35 Bir diğer önemli nokta bu sözleşmedeki hükümlerin uygulanabilirliğinin sağlanmasıdır. Bu çerçevede sözleşme kapsamında IWC (International Whaling Commission- Uluslararası Balina Avcılığı Komisyonu) kurulmuştur. Balina türlerine ilişkin koruma tedbirlerine karar verme yetkisi olan bu komisyon aynı zamanda avlanma miktarlarını ve yöntemlerini de belirlemektedir. Komisyon düzenli olarak her yıl toplanmaktadır. Komisyon bünyesinde her akit tarafın bir üyesi ve oy hakkı bulunmaktadır.

36 United Nations Conference on the Environment, 5-16 June 1972, Stockolm. <<https://www.un.org/en/conferences/environment/stockholm1972>> Erişim Tarihi 28 May 2021. 1972 tarihli Stockolm Konferansı’nda (Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı); konferansa katılan devletler tarafından, “hava, su, toprak, flora ve fauna” dahil olmak üzere yeryüzünün doğal kaynaklarının ve özellikle doğal ekosistemlerin temsili örneklerinin, uygun şekilde dikkatli planlama veya yönetim yoluyla mevcut ve gelecek nesillerin yararı için korunması gerektiği kabul edilmiştir. Devletler ayrıca, ulusal yargı yetkisi dışında kalan deniz alanlarında çevreye verilen zararı önleme sorumluluklarını kabul etmişlerdir.

Genel hatlarıyla deniz çevresinin korunması kısmında; deniz çevresinin kirlenmesini önleme, azaltma ve kontrol etmek için uluslararası kurallar ve ulusal kanunlardan, koruyucu önlemlere kadar deniz çevresinin korunmasına ve muhafazasına ilişkin ilgili diğer sözleşmelerden doğan yükümlülüklerle birlikte pek çok hüküm bulunmaktadır.

Deniz çevresinin korunması konusunda içerdiği genel hükümler itibarıyla BMDHS'nin evrensel bir çerçeve oluşturduğu söylenebilir³⁷. Sözleşme'nin 193. maddesinde devletlerin doğal kaynaklarını işletme noktasında egemenlik hakları vurgulanmakla birlikte, 194. madde, “deniz çevresinin kirlenmesinin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesine” ilişkindir. Devam eden maddelerde buna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bununla birlikte ilgili kısımda deniz çevresi tanımlanmamakla birlikte, Sözleşme'nin 194. maddesinin 5. paragrafı şu şekildedir. “Bu kısma uygun olarak alınan tedbirler, tüketilmiş, tehdit altında veya tehlikede olan türlerin doğal yerleri ile deniz hayatının diğer biçimlerini ve nadir veya hassas ekosistemlerini korumak ve muhafaza etmek için zaruri olan tedbirleri de kapsayacaktır”.

Bu ifadeden anlaşılacağı gibi BMDHS'de deniz çevresi tanımlanmamış olsa da hassas ekosistemlerin korunması ile deniz türlerinin ve diğer her çeşit deniz canlısının doğal yaşamlarının korunmasına ilişkin yükümlülükler dikkate alındığında, deniz çevresinin geniş bir açıdan ele alındığı söylenebilir.

Bununla birlikte, BMDHS'nin 194. maddesinin 5. paragrafının “hassas ekosistemler” ifadesini içermesine rağmen, ekosisteme dayalı yönetim, ihtiyati yaklaşım veya deniz koruma alanları gibi çevresel değerlendirmeler ve araçları açıkça içermemektedir. BMDHS'ye yönelik diğer bir eleştiri bu sözleşmenin şeffaflık, hesap verebilirlik ve kapsayıcılık gibi normları içermemesidir³⁸.

Deniz çevresinin korunması noktasında her bir bölgenin kirlilik düzeyinin ve gereksinimlerinin farklı olmasından dolayı, özellikle yarı kapalı ve kapalı denizler için deniz kirlenmesinin önlenmesi konusunda bölgesel işbirliğini düzenleyen sözleşmeler bulunmaktadır. Bu husus BMDHS'nin ilgili maddelerinde yer almaktadır³⁹.

BMDHS'nin hükümlerine bakıldığında, BMDHS'nin uygulanması konusunda özellikle gelişmekte olan devletlerin, deniz çevresinin korunması konusundaki yükümlülüklerinin kendi imkanları ölçüsünde olması, bu devletlere çok geniş bir takdir hakkının ve esnekliğin tanındığını göstermektedir. Bu durum özellikle BMDHS'nin 207 ile 212.

37 Anlar (n 27) 14.

38 Reeve, Domino and Gjerde (n 2) 273.

39 Sözleşme'nin “deniz çevresinin korunması ve muhafazası” ile ilgili diğer sözleşmelerden doğan yükümlülükler başlığını taşıyan 237. maddesi uyarınca: “1. Bu kısım hükümleri devletler tarafından daha önce akdedilen özel sözleşmelere göre deniz çevresinin korunması ve muhafazası ile ilgili olarak üstlenilen yükümlülüklerle bu sözleşmede öngörülen ilkelerin geliştirilmesi için yapılabilecek özel sözleşme ve anlaşmalara göre üstlenilebilecek özel yükümlülüklerle halel getirmez”, 2. “Devletlerin deniz çevresinin korunması ve muhafazası ile ilgili olarak özel anlaşmalara göre üstlendikleri spesifik yükümlülükler, bu sözleşmenin genel ilkeleri ve amaçları ile uyumlu tarzda yenilenecektir”.

maddeleri arasında kendini daha açık bir şekilde göstermektedir. Özellikle kara kaynaklı ve atmosferik kirliliğe yönelik olarak devletlerin alacağı önlemler konusunda, onların ekonomik imkânlarına, gelişme ihtiyaçlarına ve bölgesel özelliklerine atıf yapılmıştır⁴⁰.

BMDHS'nin en önemli eksikliklerinden biri ise sorumluluk konusunda yeterli düzenlemeleri içermemesidir. Bu konuya ilişkin tek düzenleme 235. maddede yer almaktadır⁴¹. BMDHS'nin 236. maddesinde ise deniz çevresinin korunmasına ve muhafazasına ilişkin hükümlerinin hangi tür gemilere uygulanmayacağı belirtilmiştir⁴².

BMDHS bir koruma rejimi öngörmenin dışında, aynı zamanda ulusal yargı yetkisinin dışında yer alan açık denizlerde bulunan canlı kaynakların korunması ve bu kaynaklardan faydalanılması açısından akit devletlere birtakım yükümlülükler getirmiştir⁴³.

IV. Deniz Çevresinin Korunmasına Yönelik BM Nezdinde Yapılan Girişimler

BMDHS sonrası dönemde deniz çevresinin korunmasına yönelik gelişmeler hız kazanmıştır. Bu gelişmelerin en önemlilerinden biri Rio Konferansı çerçevesinde Gündem 21'dir. Bu kapsamda Gündem 21'in, "Okyanusların, kapalı ve yarı-kapalı denizler dâhil olmak üzere her türlü denizin, kıyı alanlarının ve canlı kaynaklarının korunması, rasyonel kullanımı ve geliştirilmesi" başlıklı 17. bölümü "*deniz çevresinin korunmasına yönelik politikalara, geleceğe dönük uzun dönemli stratejilere yer veren geniş kapsamlı bir uzlaşma belgesi*" olarak değerlendirilmiştir⁴⁴. Gündem 21'in ana odak noktası çevresel bozulmanın önlenmesi ve ekosistemlerin korunmasıdır⁴⁵.

40 Örneğin BMDHS'nin 207. md.'sinin 4. paragrafı şu şekildedir: "*Devletler, özellikle yetkili milletlerarası teşkilatlar veya konferanslar yoluyla kara kaynaklı deniz çevresi kirlenmesini azaltma ve kontrol etmek için, bölgesel hususiyetleri, kalkınan ülkelerin ekonomik kapasitelerini ve ekonomik kalkınma ihtiyaçlarını nazarı dikkate alarak global ve bölgesel kuralları, standartları ve tavsiye edilmiş uygulama ve prosedürleri tesis etmek için gayret edeceklerdir. Bu gibi kurallar, standartlar ve tavsiye edilmiş uygulama ve prosedürler zaman zaman gerekli oldukça gözden geçirilecektir*".

41 235. madde şu şekildedir. "*1. Deniz çevresinin korunmasına ve muhafazasına ilişkin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeye dikkat etmek devletlere düşmektedir. Devletler, uluslararası hukuka göre sorumlu olacaklardır.*

2. Devletler iç hukuklarında yetkilerine tabi gerçek veya tüzel kişilerin deniz çevresini kirlenmelerinden kaynaklanan zararların hızlı ve uygun şekilde tazmin edilmesi veya diğer şekillerle giderilmesine imkan verecek iç müraacaat yollarının bulunmasına özen göstereceklerdir.

3. Deniz çevresinin kirlenmesinden kaynaklanan bütün zararların hızlı ve uygun şekilde tazminini sağlamak amacıyla devletler, zararların değerlendirilmesine ve tazminine ve bu konudaki uyumsuzlukların çözümüne ilişkin olduğu kadar, uygun tazminat ödenmesi için gerektiğinde örneğin zorunlu bir sigortayı veya tazminat fonlarını öngören kıstasları ve usullerin tespitine de ilişkin olan uluslararası sorumluluk hukukunun uygulanmasını ve gelişmesini sağlamak hususunda işbirliğinde bulunacaklardır."

42 236. madde şu şekildedir. "*Bu sözleşmenin deniz çevresinin korunması ve muhafazası ile ilgili hükümleri, herhangi bir savaş gemisine, yardımcı savaş gemisine, bir devletin sahip olduğu veya işlettiği ve şimdilik sadece hükümetin gayri-ticari hizmetlerinde kullanılan gemilere veya uçaklara uygulanmaz. Bununla beraber her bir devlet, sahip olduğu veya işlettiği bu gibi gemi veya uçakların, makul ve pratik olduğu ölçüde, bu sözleşmeye uygun hareket etmelerini sağlayacaktır*".

43 BMDHS'nin VII. kısmını oluşturan Açık Denizler başlığı altında 2. Bölüm Açık denizin canlı kaynaklarının muhafazası ve idaresi başlığı altında 116. madde açık denizde balık avlama hakkını, 117. madde devletlerin açık denizin canlı kaynaklarının muhafazasında vatandaşları bakımından tedbir alma görevini, 118. madde canlı kaynakların korunması ve idare edilmesinde devletlerarasında işbirliği yapılmasını, 119. madde açık denizin canlı kaynaklarının korunmasını, 120. madde deniz memelilerini düzenlemektedir.

44 Anlar (n 27) 23. Agenda 21, United Nations Conference on Environment & Development, Rio De Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992 <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>> Erişim Tarihi 15 June 2021.

45 Birnie, Boyle and Redgwell (n 11) 38.

Deniz çevresinin korunmasına yönelik 1992 tarihli BM Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin (BMBÇS) 22. maddesinin 2. paragrafı “*Akit Taraflar, deniz çevresi açısından bu sözleşmeyi, Devletlerin deniz hukuku kapsamındaki hak ve yükümlülükleriyle tutarlı biçimde uygulayacaklardır*” şeklindedir⁴⁶.

BMBÇS'ye taraf olan devletlerin 2010 yılında yapılan taraflar konferansında, 2020 yılına kadar devletlere, ulusal yargı yetkileri altında bulunan deniz alanlarının % 10'unu deniz koruma alanları olarak belirleme çağrısında bulunulmuştur⁴⁷.

BM Genel Kurulu, açık denizlerin ve uluslararası deniz yatağının korunmasının ve sürdürülebilir kullanımının sağlanması ve bu konulara yönelik düzenlemelerin yapılması amacıyla 2004 yılında özel bir çalışma grubu kurmuştur⁴⁸. Bu çalışma grubu BM Genel Kurulu'na şu tavsiyelerde bulunmuştur;

1) Ulusal yargı yetkisinin dışında kalan deniz alanlarındaki biyolojik çeşitliliğinin korunması ve sürdürülebilir kullanımı için mevcut olan kuralların boşlukları ve ileriye yönelik olarak geliştirilebilecek yönlerinin de dikkate alınarak, bu amaca etkili bir şekilde ulaşılması amacıyla BMDHS kapsamında çok taraflı bir antlaşmanın yapılması olasılığını da içerecek şekilde BM Genel Kurulu tarafından bir süreç başlatılmalıdır.

2) Bu süreç, ulusal yargı yetkisinin dışında kalan deniz alanlarının korumasını ve sürdürülebilir kullanımını ele alacaktır. Bu çerçevede amaçlanan ulusal yargı yetkisinin dışındaki deniz alanlarında biyolojik çeşitliliğinin korunması ile birlikte denizlerde bulunan genetik kaynaklardan faydalanmanın ve bu faydaların paylaşımının düzenlenmesidir. İlgili kapsamda deniz koruma alanları da oluşturulabilir. Bu amaçlara ulaşılması için devletler arasında, deniz teknolojisi alanında sahip olunan imkânların ve bilginin transferi söz konusu olabilir⁴⁹.

İlgili kapsamda, BM Genel Kurulu tarafından 2004 yılında açık denizlerdeki biyolojik çeşitliliğin korunması ve bu çeşitliliğin sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla bir *Ad Hoc* çalışma grubu oluşturulmuştur. 2004 ile 2013 yılları arasında açık denizlerdeki biyolojik çeşitliliğin ve canlı kaynakların korunması amacına yönelik çalışmalar sonucunda 2011 yılında müzakerelere temel oluşturması amacıyla taslak mahiyetinde bir antlaşma metni kabul edilmiştir. Bu taslak çerçevesinde ele alınacak temel konular şunlardır: a) Denizlerdeki genetik kaynakların kullanımı sonucunda elde edilecek kazançların bölüşümü b) Çevresel etki değerlendirmesinin yapılması c) Açık denizlerin korunması bakımından imkânların geliştirilmesi ve denizlerde sahip olunan teknolojilerin transferi d) Deniz koruma alanları gibi, belirli bölgelerin özellikleri dikkate alınarak, o bölgelerin ihtiyaçları doğrultusunda düzenlemelerin yapılmasıdır.

46 Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79.

47 Bratspies and Telesetsky (n 12) 273.

48 Reeve, Domino and Gjerde (n 2) 271.

49 ibid 271-272.

Dokuz yıl süren çalışmaların sonucunda açık denizlerde bulunan biyolojik çeşitliliğin korunabilmesi ve bu çeşitliliğin devamının sağlanabilmesi için yeni bir sözleşmenin gerekli olduğu çalışma grubu tarafından kabul edilmiştir⁵⁰.

Devam eden çalışmalar sonucunda hükümetler, ulusal yargı yetkisinin dışında kalan deniz alanlarındaki biyolojik çeşitliliğin korunması ve bu alanlarda yer alan kaynakların sürdürülebilir şekilde kullanılması için BM bünyesinde resmi olmayan (Ulusal Yetki Sınırlarının Ötesindeki Biyolojik Çeşitlilik adı ile bilinen) çalışma grupları ile görüşmeler yapmıştır. Greenpeace dâhil olmak üzere pek çok sivil toplum örgütünün baskısı sonucunda 2015 yılının Ocak ayında hükümetler tarafından tarihi bir karar alınmış ve ulusal yargı yetkisinin dışında kalan alanlar içerisinde deniz yaşamının biyolojik çeşitliliğinin korunması ve kaynakların sürdürülebilir şekilde kullanılması amacıyla yeni bir uluslararası antlaşmanın (Küresel Okyanus Antlaşması) görüşmelerine başlanacağı duyurulmuştur⁵¹.

Devam eden süreçte ulusal yargı yetkisinin dışındaki deniz alanlarında biyolojik çeşitliliğin korunması ve bu alanlardaki canlı kaynakların sürdürülebilir kullanımı için BMDHS kapsamında, bir uluslararası sözleşme yapılması amacı ile hükümetler arası bir konferans yapılması çağrısı BM Genel Kurulu'nun 19 Ocak 2018 tarihinde almış olduğu 72/249 sayılı kararında kabul edilmiştir⁵².

Alınan bu kararda müzakere sürecinin 2011 yılında benimsenen taslak metin uyarınca yapılmasına karar verilmiştir. Söz konusu karar uyarınca, hükümetler arası konferansın ele alacağı konular şunlardır: a) Ulusal yargı yetkisinin dışındaki deniz alanlarındaki biyolojik çeşitliliğinin korunmasının ve sürdürülebilir kullanımının sağlanması b) Deniz koruma alanlarının kurulması c) Çevresel etki değerlendirmesinin yapılması d) Deniz teknolojisinin transferi dahil olmak üzere, alan bazlı yönetim araçları gibi faydaların paylaşılmasına ilişkin sorular dahil olmak üzere denizlerdeki genetik kaynakların kullanımınıdır⁵³.

2018 yılının Eylül ayında başlayan bu görüşmelerin ikincisi 25 Mart-5 Nisan 2019 tarihleri arasında yapılmıştır, sürecin 2020 yılında tamamlanması beklenmekle birlikte bu öngörü gerçekleşmemiştir⁵⁴. Ulusal yargı yetkisi dışında kalan deniz alanlarında biyolojik çeşitliliğinin korunması ve sürdürülebilir kullanımına ilişkin BMDHS kapsamında uluslararası düzeyde bağlayıcılık niteliği taşıyan uluslararası

50 Nilüfer Oral, 'Açık Denizler İçin Yeni Bir Uluslararası Anlaşma ve Deniz Koruma Alanları' in Nesrin Algan and Onur Gönülal (eds), *Ulusal Yetki Alanları Dışında Kalan Açık Denizlerin Korunması ve Yönetilmesi* (TÜDAV, 2019) 2.

51 Greenpeace, 'What a Global Ocean Treaty means- and why it matters to all of us' (Greenpeace 17 September 2018) <<https://www.greenpeace.org/aotearoa/story/what-a-global-ocean-treaty-means-and-why-it-matters-to-all-of-us/>> Erişim Tarihi 15 June 2021.

52 UNGA Res 72/249 (19 January 2018).

53 UNGA res 72/249, para.2.

54 Greenpeace, 'What a Global Ocean Treaty means- and why it matters to all of us' (Greenpeace 17 September 2018) <<https://www.greenpeace.org/aotearoa/story/what-a-global-ocean-treaty-means-and-why-it-matters-to-all-of-us/>> Erişim Tarihi 15 June 2021.

bir antlaşmanın yapılmasına yönelik BM bünyesinde 2021 yılının Ağustos ayında yapılması planlanan hükümetlerarası konferans Covid 19 pandemisi nedeniyle en erken zaman olarak 2022 yılına ertelenmiştir⁵⁵.

V. Deniz Koruma Alanları

Deniz koruma alanları kavramı ilk kez 1962 yılında yapılan Birinci Dünya Milli Parklar Konferansı'nda özel deniz alanlarının korunması kavramı olarak ortaya çıkmıştır. Bu konferansta, okyanusların bozulan doğası nedeniyle devletler, uluslararası hukuka uygun olarak okyanusların korunması ve bu amaçla yönetiminin sağlanması ihtiyacını kabul etmişlerdir⁵⁶.

Korunan alan, Uluslararası Doğa Koruma Birliği (International Union for Conservation of Nature- IUCN) tarafından; *“ilgili ekosistem hizmetleri ve kültürel değerlerle birlikte doğanın uzun vadeli korunmasını sağlamak için yasal veya diğer etkili yollarla tanınan, tahsis edilen ve yönetilen açıkça tanımlanmış coğrafi alan olarak tanımlanır”*⁵⁷. Deniz koruma alanları, balıkçılık gibi belirli türdeki faaliyetlere izin verilen çok sayıda kullanım amacına sahip alanlardan, tüm madencilik faaliyetlerinin yasaklandığı, avlanmaya kapalı alanlara kadar çeşitlilik göstermektedir⁵⁸.

BMBÇS'nin 2. maddesinde korunan bir alan; *“belirli koruma hedeflerine ulaşmak için belirlenen veya düzenlenen ve yönetilen coğrafi olarak tanımlanmış bir alan”* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere deniz koruma alanı olarak belirtilen alanlara yönelik bir ayrıma gidilmemiştir.

Deniz koruma alanlarının genel olarak; biyolojik çeşitliliğin ve ilgili ekosistemlerin temsili örneklerinin korunması, deniz canlılarının büyümesi ve üremesi için yerleşim alanlarının korunması, doğa temelli rekreasyon ve turizm için alanlar sağlanması, bilimsel araştırmaların yapılabilmesi için bozulmamış kontrol veya referans alanlarının sağlanması gibi fonksiyonları yerine getirmesi beklenmektedir⁵⁹.

Bu bağlamda koruma alanı kavramı insan aktivitelerini, bilimsel araştırmaları ve balıkçılığı yasaklamamakta olup çoklu amaçlara sahiptir. Bununla birlikte koruma alanları içerisinde balıkçılığa yasak bölgeler oluşturulmakla birlikte diğer kullanımlara izin verilebilir.

55 UNGA res 75/96 (09 June 2021).

56 Reeve, Domino and Gjerde (n 2) 270.

57 Jon Day, Nigel Dudley, Marc Hockings, Glen Holmes, Dan Laffoley, Sue Stolton, Sue Wells and Lauren Wenzel, 'Guidelines for applying the IUCN protected area management categories to marine protected areas'(2019) (19) 8 Developing capacity for a protected planet Best Practice Protected Area Guidelines Series < <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/PAG-019-2nd%20ed.-En.pdf>> Erişim Tarihi 15 July 2021.

58 How MPAs Safeguard the High Seas Reserves protect biodiversity, build resilience to climate change, A Brief From the PEW Charitable Trusts, July 2019, 2. <<https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/issue-briefs/2019/08/how-mpas-safeguard-the-high-seas>> Erişim Tarihi 17 July 2021.

59 Reeve, Domino and Gjerde (n 2) 269-270.

Devletler tarafından verilen bilgiler doğrultusunda deniz koruma alanlarını kaydeden BM'nin Dünya Korunan Alanlar veri tabanına göre, okyanuslardaki deniz koruma alanlarının yüzdesi %7,65, deniz koruma alanı sayısı 17828, toplam korunan alan 27.731.874 km²'dir.

Yakın zamanda yapılan bir analizde, etkili bir şekilde korunan bir deniz alanındaki ortalama balık biyokütlesinin, bitişikteki korunmasız alanlara göre % 670 ve kısmen korunan alanlara göre %343 daha fazla olduğu belirtilmiştir⁶⁰.

Okyanuslar, ulusal yargı yetkisine tabi deniz alanları ile ulusal yargı yetkisine tabi olmayan deniz alanları olarak ikiye ayrılmaktadır. Deniz koruma alanları, ulusal sularda hükümetler tarafından kolaylıkla kurulabilir. Ulusal yargı yetkisinin dışında kalan deniz alanlarında mevcut uluslararası hukuk kurallarının yetersizliği nedeniyle deniz koruma alanlarının kurulması zorluklar içermektedir. Bu nedenle, ulusal yargı yetkisine tabi deniz alanlarında kurulan deniz koruma alanlarının yüzdesi, ulusal yargı yetkisine tabi olmayan deniz alanlarında kurulan deniz koruma alanlarından çok daha yüksektir. Ulusal yargı yetkisine tabi deniz alanları küresel okyanusun %39'unu temsil etmektedir ve şu anda bu suların %17,86'sı korunan alanlar olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, küresel okyanusun kalan %61'ini oluşturan ulusal yargı yetkisine tabi olmayan deniz alanlarının sadece %1,18'i korunan alanlar olarak belirlenmiştir⁶¹.

Söz konusu kapsamda deniz çevresinin korunması kavramı son otuz yıl içerisinde önemli bir dönüşüm geçirmiştir. Kirliliğin önlenmesi ve kontrolüne odaklanan geleneksel yaklaşımın yerine büyük ölçüde daha geniş bir koruma yaklaşımını içerisinde barındıran, her bir deniz alanının kendine özgü niteliklerini de dikkate alan bütün bir deniz ekosisteminin korunmasını amaçlayan bir yaklaşım ön plandadır⁶².

Bu bağlamda çok boyutlu olan bu sorun karşısında sadece deniz canlılarının korunması ya da deniz kirliliğinin önlenmesi gibi bir faktöre odaklanmak sorunların çözümü açısından yetersiz olacaktır. Bu konulara yönelik yapılan sözleşmeler önemli olmakla birlikte sorunların çözümü o bölge çerçevesinde bile olsa bütün bir ekosistemin dikkate alınmasını gerektirmektedir. Koruma yaklaşımının gözden kaçırmaması gereken diğer bir husus denizlerdeki yaşamın birbiri ile olan bağlantısı ve dolayısıyla insanlar tarafından deniz çevresine yönelik çizilen sınırların yapaylığıdır.

Deniz çevresine yönelik tehditler kapsamında, devletlerin kendi deniz çevrelerine yönelik koruyucu tedbirler aldıkları görülmekle birlikte, ulusal yargı yetkilerinin

60 Enric Sala and Sylvaine Giakoumi, 'Marine Protected Areas' Food for Thought No-take marine reserves are the most effective protected areas in the ocean' (2018) 75(3) ICES Journal of Marine Science 1166, 1166-1167.

61 Protected Planet <<https://www.protectedplanet.net/en/thematic-areas/marine-protected-areas>> Erişim Tarihi 29 July 2021.

62 Karen N. Scott, 'Conservation on the High Seas: Developing the Concept of the High Seas Marine Protected Areas' (2012) (27) The International Journal of Marine and Coastal Law 849, 849-850.

dışındaki deniz alanlarında bu korumanın yetersiz olduğu görülmektedir⁶³. Açık denizlerde ve deniz tabanında deniz koruma alanlarının kurulmasının önündeki en büyük engellerden birisi bu alanlara yönelik bilginin yetersizliğidir⁶⁴. Deniz koruma alanları, bilim insanları tarafından hassas ekosistemlerin korunması bakımından etkili bir araç olarak kabul edilmiştir⁶⁵.

Dünya genelinde korunan alanlar, hedeflerine bağlı olarak farklı türlere ayrılır. Bu alanlara yönelik benimsenen ölçütlerdeki farklılıklara rağmen, bu ölçütler deniz koruma alanlarının kendi ölçütlerini oluşturmaları için referans sağlayabilir. Ulusal yargı yetkisine tabi olmayan deniz alanlarında deniz koruma alanlarının belirlenmesine yönelik ölçütlerin saptanması noktasında, küresel iklim değişikliği, yerli halkın geleneksel bilgisi ve genetik kaynaklar gibi doğal ve sosyal faktörlerin dikkate alınması, bu alanların oluşturulması ve amaçlanan hedeflere ulaşılması açısından en önemli öncelikler arasında sayılmaktadır⁶⁶.

Ekolojik olarak uyumlu deniz koruma alanları ağlarının kurulması ile deniz kuşları, deniz memelileri, deniz kaplumbağaları ve balık türlerinin beslenme alanlarının, göç yollarının, larva kaynaklarının ve bu canlılar açısından önemli olan yaşama alanlarının korunması ve bu canlıların nesillerinin devamının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu anlamda deniz koruma alanları yalnızca bugün önemli olanı değil, aynı zamanda gelecek açısından değerli olanı korumak için ihtiyatlı ve bilimsel bir yaklaşımı barındırmaktadır⁶⁷.

Bilim insanları hem vahşi yaşamı korumak hem de iklim değişikliği ile mücadele etmek için okyanusların en az üçte birinin 2030 yılına kadar koruma alanı olması gerektiğini belirtmişlerdir. Okyanusların canlılardan mahrum kalması durumunda atmosferde yaklaşık %50 daha fazla karbondioksit olacağını belirten bilim insanlarına göre, böyle bir durumda Dünya çok daha sıcak olacaktır. Uzmanlarca; BM’de küresel okyanus antlaşmasının tesis edilmesine yönelik süren müzakerelerin ulusal sınırların dışında kalan ve 230 milyon km²’lik alanı kapsayan okyanusların korunmasının önünü açabileceği ve bu okyanus koruma planının, deniz yaşamının tüm çeşitliliğini koruyacağı, okyanusların karşılaştığı krizin üstesinden gelmeye yardımcı olacağı düşünülmektedir⁶⁸. Bu çerçevede Greenpeace’in, York üniversitesi ve Oxford üniversitesi ile birlikte hazırladığı ‘30x30 Okyanus Koruma Planı’ raporu, okyanusların

63 Reeve, Domino and Gjerde (n 2) 267.

64 ibid 268.

65 Nilüfer Oral, ‘Protection of Vulnerable Marine Ecosystems in Areas Beyond National Jurisdiction: Can International Law Meet the Challenge?’ in Anastasia Strati, Maria Gavouneli and Nikaloas Skourtos (eds), *Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea Time Before and Time After* (Martinus Nijhoff Publishers 2006) 102.

66 Li Chuang, ‘On the Selection Criteria of High Seas Marine Protected Areas’ (2020) 16 (2) *China Oceans Law Review* 50, 54- 55.

67 Reeve, Domino and Gjerde (n 2) 270.

68 30x30: NRDC’s Commitment to Protect Nature and Life on Earth, <<https://www.nrdc.org/30x30-nrdcs-commitment-protect-nature-and-life-earth>> Erişim Tarihi 30 June 2021.

en az üçte birinin okyanus koruma alanı kapsamına alınmasının mümkün olduğunu göstermiştir⁶⁹.

Bu kapsamda okyanusların üçte birini koruma altına almak mümkündür. İklim değişikliği, okyanuslardaki asitlenme, plastik kirliliği ve diğer kirlilikler okyanus yaşamını yok etmektedir. Bunun önlenmesi amacıyla çok kapsamlı koruma bölgelerinin oluşturulması ve bu bölgeler oluşturulurken hukuki alt yapının tesis edilmesi gerekmektedir. Dünyanın en büyük ortak kullanım alanı olan açık denizler konusunda çok daha etkin koruma rejimlerinin oluşturulması, yaşanan ve ileride yaşanılacak yıkım düşünüldüğünde acil bir sorun olarak insanlığın karşısında durmaktadır.

Bunun dışında ulusal yargı yetkisinin dışında yer alan açık denizlerin korunması noktasında, özellikle açık denizlerin serbestliği ilkesini dikkate alan hukuki düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu noktada şu sorunlarla karşılaşılabilir:

Uluslararası kabul görmüş ortak prensiplerin olmaması, genel olarak denizlerin korunması için mevcut hukuki ve yapısal çerçevenin bölünmüş olması, açık denizlerde koruma alanlarının kurulması için uluslararası bir çerçeve bulunmaması, açık denizlerde çevresel etki değerlendirmesi ve stratejik çevre etki değerlendirmesi için uluslararası kuralların olmaması, açık denizlerde balıkçılığa yönelik hukuk kurallarında boşlukların bulunması ve açık denizlerde genetik kaynaklarının hukuki statüsünde belirsizliklerin olmasıdır⁷⁰.

Bu bağlamda, açık denizlerdeki biyolojik çeşitliliğin ve canlı kaynakların korunması, bunların sürdürülebilirliği ve gelecek nesillere bırakılması noktasında düzenlemeler içeren ve bağlayıcılığı olan bir uluslararası antlaşmanın şu sorulara cevap vermesi gerekmektedir: a) Deniz koruma alanları nasıl tespit edilecektir. b) Bu alanların kurulması ve yönetilmesi noktasında karar vericiler kimler olacaktır. c) Çevresel etki değerlendirmesi hangi ölçütler uyarınca kimler tarafından yapılacak ve finanse edilecektir⁷¹. Bu noktada yöneltilebilecek sorulardan bir diğeri kurulacak deniz koruma alanlarının uluslararası hukuktaki diğer antlaşmalarla ve sözleşmelerle ilişkisinin nasıl olacağıdır.

Söz konusu sorun kapsamında açık denizlerdeki ve deniz yatağındaki biyolojik çeşitliliğinin sürdürülebilir kullanımı ve korunmasının önündeki ana engeller şu şekilde sayılabilir: a) Sektör bazlı yönetim b) Uluslararası hukuk kapsamındaki mevcut kuralların yeterince uygulanmaması c) Bilimsel verilere dayanmayan karar verme süreci d) Sektörel ve bölgesel düzeydeki işbirliği sürecinin yetersizliği⁷².

69 Bu alanda yapılmış en geniş kapsamlı çalışmalardan biri olan '30x30 Okyanus Koruma Planı' raporunu hazırlayan araştırmacılar, ulusal sınırların dışında kalan ve gezegenin neredeyse yarısını kaplayan okyanusları 10 bin km² büyüklüğünde yaklaşık 25 bin alana böldü. Koruma altındaki alanlarda bulunan yaban hayatı, habitat ve temel oşinografik kriterler gibi 458 farklı özelliğın dağılımı haritalandırıldı ve insan müdahalesinin olmadığı okyanus koruma alanları ağının nasıl gözükeceğini ortaya çıkardı.

70 Nilüfer Oral, 'Açık Denizler İçin Yeni Bir Uluslararası Anlaşma ve Deniz Koruma Alanları' in Nesrin Algan and Onur Göntülal (eds), *Ulusal Yetki Alanları Dışında Kalan Açık Denizlerin Korunması ve Yönetilmesi* (TÜDAV, 2019) 2.

71 ibid 3-4.

72 Reeve, Domino and Gjerde (n 2) 267.

Bu bağlamda deniz koruma alanlarının kurulması yönündeki engeller olarak genellikle düzeyinde normatif bir çerçevenin bulunmaması ve kurumsal alandaki yetersizliklere dikkat çekilmektedir. Günümüzde açık denizlerdeki ve uluslararası deniz yatağındaki alanların ve bu alanlardaki biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik küresel çapta bir düzenleme bulunmamaktadır⁷³.

2008 yılında toplanan BMBCS Taraflar Dokuzuncu Konferansı'nda, açık denizlerde ve derin deniz habitatlarında korunmaya ihtiyaç duyan ekolojik veya biyolojik olarak önemli deniz alanlarının belirlenmesi için yedi bilimsel kriter kabul edilmiştir. Bunlar: "(1) benzersizlik veya nadirlik; (2) türlerin yaşam öyküsü aşamaları için özel önem; (3) tehdit altındaki, nesli tükenmekte olan veya azalan türler ve / veya habitatların önemi; (4) güvenlik açığı, kırılabilirlik, hassasiyet veya yavaş iyileşme; (5) biyolojik verimlilik; (6) biyolojik çeşitlilik; (7) doğallık"⁷⁴.

BMBCS'nin taraf devletlerin yargı yetkisine ilişkin 4. maddesi; ulusal yargı yetkisinin dışındaki alanlardan ziyade ulusal yargı yetkisi içinde kalan deniz alanlarına yönelik düzenlemeler içermektedir⁷⁵. Bu kapsamda, BMBCS akit taraflara biyolojik çeşitliliği yok etmeme yükümlülüğü getirirse de, açık denizlerde deniz koruma alanlarının kurulması için normatif bir temel sağlamamaktadır⁷⁶.

Bununla birlikte açık denizlerin korunması anlamında modern bir yönetim aracı olarak deniz koruma alanlarının son otuz yılda bir dizi amacı kucaklayarak geliştiği görülmektedir. Deniz koruma alanları hassas ekosistemlerin korunmasını öncelikli olarak amaçlamaktadır. Deniz koruma alanları ile balıkçılık faaliyetinin yoğun yapıldığı ve kirlenmenin yoğun yaşandığı bölgelerde bu etkilerin azaltılması ve ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Son zamanlarda ise özellikle iklim değişikliğinin etkileri sonucunda hassas hale gelen deniz ekosistemlerinin korunması konusunda Ross Denizi örneğinde olduğu gibi deniz koruma alanları önemli bir işlevi yerine getirebilir⁷⁷.

Yukarıdaki paragraflarda belirtildiği gibi, açık deniz alanlarında deniz koruma alanlarının kurulmasının önünde hukuki zorluklar bulunmaktadır. İlgili bağlamda açık deniz alanlarında deniz koruma alanlarının kurulmasını yasaklayan kural koyucu nitelikte kapsamlı bir antlaşma ve teamül hukuku kuralı olmamasına rağmen, deniz koruma alanlarının kurulmasına yönelik çok taraflı bir antlaşma yoktur. Bugün için var olan bütün deniz koruma alanları global rejimler olmaktan ziyade bölgeseldir.

73 ibid 268.

74 Chuang (n 67) 58. CBD, COP9 Decisions, Ninth meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 15 December 2018 <<https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-09/cop-09-dec-20-en.pdf>> Erişim Tarihi 14 June 2021.

75 Bu Sözleşme hükümleri, diğer devletlerin hakları saklı kalmak kaydıyla ve bu Sözleşmede açıkça aksi öngörülmedikçe, her akit tarafla ilgili olarak: a. Biyolojik çeşitliliğin unsurları bakımından, o akit tarafın ulusal yargı yetkisinin sınırları içindeki alanlarda ve b. Kendi yargı yetkisi ya da kontrolü altında işlemekte olan faaliyetler bakımındansa, bunların etkileri nerede ortaya çıkarsa çıksın, o akit tarafın ulusal yargı yetkisinin sınırları içindeki ve dışındaki alanlarda geçerlidir.

76 Chuang (n 67) 53.

77 Scott (n 63) 850.

BMDHS'nin 116-120. maddeleri arasında yer alan 7. kısmın 2. bölümü açık denizin canlı kaynaklarının korunması ve idaresine ilişkin olsa da bu hükümler deniz koruma alanlarının kurulmasına ilişkin normatif bir dayanak oluşturmamaktadır.

Aynı zamanda deniz koruma alanlarının kurulması bakımından denizlerde seyrüsefer serbestliğinin veya balıkçılığın kısıtlanacağı gerekçesiyle devletlerin isteksizlikleri söz konudur⁷⁸. Normatif bir temel yokluğunda, açık denizlerin serbestliği, denizlerde seyrüsefer özgürlüğü, denizlerdeki canlı kaynaklardan yararlanma gibi olguların, deniz koruma alanları olgusu ile uzlaştırılması zor görünmektedir. Deniz koruma alanlarının kurulması ve verimli bir şekilde işleyebilmesi için önceliklerin çevrenin korunması amacı doğrultusunda belirlenerek, çevrenin korunmasının diğer özgürlüklerle olan ilişkisinin açık bir şekilde tanımlanması gerekmektedir.

Bugüne kadar açık denizlerde, deniz koruma alanlarının belirlenmesi, bölgesel örgütlerinin himayesinde gerçekleştirilmiştir, bu alanlar şunlardır: Güney Okyanusu, Kuzey Doğu Atlantik, Akdeniz ve Orta Pasifik⁷⁹.

Bunun dışında deniz çevresinin korunmasına yönelik MARPOL uyarınca, denizlerde petrol taşımacılığında doğal kirliliğin önlenmesi amacıyla “özel alan” ve “özel duyarlı deniz alanı” adı altında iki kavram tesis edilmiştir⁸⁰. Deniz koruma alanları ile Özel Duyarlı Deniz Alanları (Particularly Sensitive Sea Area- PSSA) kavramı benzerlik taşımaktadır. IMO, belirli denizcilik faaliyetlerinden zarar görebilecek özel ekolojik, sosyo-ekonomik veya bilimsel öneme sahip alanları korumak için bir araç olarak PSSA belirleyebilir. PSSA, denizcilikle ilgili faaliyetlerden etkilenen deniz alanlarını korumayı amaçlamaktadır. IMO kıyı devletleriyle bağlantılı ve onların yetki alanı altında on iki PSSA kurmuştur. Açık denizlerde ise böyle bir girişim mevcut değildir⁸¹.

MARPOL kapsamında “özel alan” kavramına yönelik dikkat çekilen nokta, BMDHS'nin 211/6. maddesinde belirtilen “özel ve açık bir şekilde belirlenmiş alan” kavramından farklılıklar taşıdığıdır. Her iki özel alana yönelik alınacak tedbirlerin farklı olması dışında, BMDHS kapsamında belirlenecek özel alanların kapsamı daha sınırlayıcıdır. Bu çerçevede BMDHS uyarınca bu alanlar sadece bir sahildevlet tarafından veya sahildevletlerce ortaklaşa tespit edilecek şekilde münhasır ekonomik bölgede ilan edilebilmektedir. MARPOL kapsamında ilan edilebilecek özel alanlar ise bir kaç devletin deniz alanını kapsayabileceği gibi örneğin Karadeniz ve Akdeniz gibi denizlerin tamamını kapsayabilmektedir⁸².

78 ibid 855.

79 ibid 854-855.

80 Gürçan Balık, ‘Uluslararası Deniz Hukukunda Deniz Çevresinin Korunması ve Özel Duyarlı Deniz Alanlarının Uluslararası Hukuktaki Dayanağı’ in Bayram Öztürk and Çetin Keskin (eds) *Özel Duyarlı Deniz Alanları* (Tüday Eğitim Yayınları 2005) 8.

81 Chuang (n 67) 54.

82 Balık (n 81) 10.

Her bir deniz alanının kendine has özelliklere sahip olması, burada yaşayan farklı deniz canlılarının bulunması ve bu deniz alanlarına yönelik çevresel tehditlerin farklı olması nedeniyle etkili bir korumanın sağlanabilmesi için tüm deniz alanlarına uygulanabilecek standart bir çözüm yöntemi bulunmamaktadır. Her bir deniz alanının özellikleri dikkate alınarak korunması hedeflenen deniz alanının koruma derecesi ve kapsamı belirlenebilir.

Bu kapsamda deniz koruma alanlarına ilişkin farklı öneriler sunulmaktadır. Bu bağlamda bağlayıcı nitelikte kararlar tesis edebilecek evrensel nitelikte bir okyanus yönetim sisteminin, otoritesinin kurulması öneriler arasındadır⁸³.

İlgili kapsamda, BM nezdinde ulusal yargı yetkisinin dışında yer alan deniz alanlarının korunması ve biyolojik çeşitliliğinin sürdürülmesini müzakere eden devletlerin çoğu, küresel ve bölgesel okyanus yönetimi konusunda çok farklı perspektiflere sahiptir. Müzakere sürecine yönelik kaygılarda ön plana çıkan deniz koruma alanları hakkında Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından yönetilen deniz dibi arama ve madencilik rejimine benzer bir merkezi sistemin kurulmasına yönelik kaygıdır⁸⁴.

VI. Bölgesel Nitelikteki Deniz Koruma Alanları

Yukarıdaki paragraflarda belirtildiği gibi günümüzde ulusal yargı yetkisine dahil olmayan açık denizlerin karşılaştığı iklim değişikliği, küresel ısınma, kirlilik ve aşırı avlanma gibi hayati önemdeki sorunlara yönelik uluslararası deniz hukukunda yeterli düzenlemelerin olduğu söylenemez. Bunun dışında kıyı devletlerinin egemen nitelikte özellikle ekonomik haklarının öncelik taşıdığı münhasır ekonomik bölgenin kontrolü noktasında birçok devlet bu bölgelerde etkili bir denetim mekanizmasından yoksundur. Bu bölgelerdeki biyolojik çeşitliliğin nasıl korunacağı ciddi soru işaretlerini barındırmaktadır⁸⁵.

Burada koruma yönündeki yaklaşımın önleme ilkesi boyutundan ziyade, önleme ilkesinden daha geniş ve ileri bir yaklaşım olan ihtiyat ilkesi bağlamında tartışılması daha önemli görülmektedir. İhtiyat ilkesi bu çerçevede önleme ilkesinin geliştirilmiş bir şeklidir. Bu ilkenin içeriğini, yapılacak ekonomik faaliyetlerin muhtemel çevresel etkileri arasındaki nedensellik bağının kesin bilimsel verilerle kurulmasını beklemeyen muhtemel çevresel riskler ve zararlar için önlemler alınması oluşturmaktadır⁸⁶.

Koruma yönündeki yaklaşımlar açısından yalnızca bir türün üyelerinin ve bunların yaşam alanlarının korunmasının hedeflenmemesi, bütüncül bir şekilde o türün parçası

83 David Freestone, 'The Limits of Sectoral and Regional Efforts to Designate High Seas Marine Protected Areas', (2018) (112) AJIL Unbounds 129, 129.

84 Ibid.

85 Bratspies and Telesetsky (n 12) 275-276.

86 Anlar (n 27) 24. Ahmet M. Güneş, *Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi* (1th edn, Bilge Yayınevi 2012) 26.

olduğu doğal dengenin sürdürülebilmesi açısından diğer türler ve bunların yaşam alanları arasındaki ilişkilerin yer aldığı diğer bütün etkenler dikkate alınmalıdır⁸⁷.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasını amaçlayan deniz koruma alanlarının iki çeşidi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Akdeniz modeli olarak adlandırılan 200 deniz milini kapsayan kıyı devletlerinin ulusal yargı yetkisinin içinde yer alan deniz koruma alanlarıdır. Diğer model ise 200 deniz milinin dışında kalan ve tam anlamıyla ulusal yargı yetkisinin dışındaki deniz alanlarının korunmasına ilişkin Kuzeydoğu Atlantik modeli olarak adlandırılan deniz koruma alanlarıdır. Dolayısıyla iki tip deniz alanının hukuki statüsünün farklı olması bu alanlara yönelik kurulacak olan deniz koruma alanlarının farklı hukuki statülere sahip olmasını beraberinde getirecektir⁸⁸. Çalışmamızda bu iki modele ilişkin örnekler verilecektir.

Söz konusu kapsamda açık denizleri yöneten merkezi bir organ bulunmadığından dolayı, açık denizlerin belirli bölümlerinin sahip olduğu biyolojik çeşitliliğinin korunmasının bölgesel uluslararası kuruluşlar ve düzenlemeler tarafından üstlenilmesi gerçekçi görünmektedir.

Açık denizlerde kurulacak deniz koruma alanlarının hem normatif anlamda hem de pratik anlamda karşılaşılabilecek zorluklar olarak; deniz ekosistemleriyle ilgili bilimsel algıdaki belirsizlik, belirlenecek alana ilişkin genel kabul görmüş kuralların bulunmaması, devletlerin açık denizlerde kurulacak deniz koruma alanlarına geniş düzeyde katılım konusunda isteksizlikleri, ilgili uluslararası kurumlar arasında koordinasyon ve işbirliğinin sağlanması gösterilebilir⁸⁹.

Açık denizlerde kurulacak olan deniz koruma alanlarının tam anlamıyla uluslararası kabul edilebilirliği ve etkinliğinin, uluslararası toplumun bu zorlukların üstesinden ne ölçüde gelebileceği sorusunun cevabına bağlı olduğu görülmektedir.

A. Kuzey Doğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Sözleşmesi

Kuzey Doğu Atlantik Deniz çevresinin korunması amacıyla 22 Eylül 1992 tarihinde imzalanan ve 25 Mart 1998 tarihinde yürürlüğe giren Kuzey Doğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Sözleşmesi (Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic- OSPAR) tesis edilmiştir⁹⁰. Bu Sözleşmeye 15 devlet⁹¹ ve Avrupa Birliği (AB) taraftır. OSPAR Sözleşmesi, 1972 tarihli gemilerden

87 Şimşek (n 4) 9.

88 Yoshifumi Tanaka, 'Reflections on High Seas Marine Protected Areas: A Comparative Analysis of the Mediterranean and the North-East Atlantic Models' (2012) (81) Nordic Journal of International Law 295, 324.

89 Ibid 325-326.

90 Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (adopted 22 September 1992, entered into force 25 March 1998) 2354 UNTS 64 (OSPAR).

91 OSPAR'a üye olan 15 devlet şunlardır. Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Lüksemburg, İngiltere, İsviçre, İsveç, İspanya, İzlanda, İrlanda, Hollanda, Portekiz, Norveç ve Almanya'dır. OSPAR ismi Oslo ve Paris Sözleşmelerinden (OSPAR) gelmektedir. <<https://www.ospar.org/about>> Erişim Tarihi 25 June 2021.

ve uçaklardan kaynaklanan boşaltım yoluyla deniz kirliliğinin önlenmesine ilişkin Oslo Sözleşmesi ile 1974 tarihli karasal kaynaklı deniz kirliliğinin önlenmesi ve açık deniz endüstrisinden kaynaklı kirlenmenin önlenmesine ilişkin Paris Sözleşmesi'nin 1992 yılında tek bir sözleşme adıyla birleştirilmesi, genişletilmesi ve güncelleştirilmesidir. OSPAR Sözleşmesi 34 madde ve 5 ek düzenlemeden oluşan, ayrıntılı hükümler içermekten ziyade genel hükümler içeren bir sözleşmedir.

OSPAR Sözleşmesi'nin tanımlara ilişkin 1. maddesinde deniz alanının kapsamına açık denizlerin dahil olması, bu alanlara ilişkin akit tarafların sorumluluk üstlenme niyetlerini ve düzenleme yapma isteklerini göstermektedir. Sözleşme'nin genel yükümlülükler başlıklı 2. maddesinde akit taraflara, Sözleşme hükümlerine uygun olarak, kirliliği önlemek ve ortadan kaldırmak için mümkün olan tüm önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu maddede insan faaliyetlerinin olumsuz etkisinden, insan sağlığının ve deniz ekosistemlerinin korunması için gerekli önlemlerin alınması ve olumsuz etkilenen deniz alanlarının iyileştirilmesi amaçlanmıştır. Bu amaçla, akit tarafların tek olarak veya müştereken programlar ve önlemler kabul ederek, politika ve stratejilerini uyumlu hale getirmeleri öngörülmüştür. Bu madde kapsamında akit taraflara ihtiyatlılık ilkesi çerçevesinde hareket etmelerinin önemi belirtilmekle birlikte, kirlenme öder ilkesi de yer almaktadır. Sözleşme'nin uygulanmasında akit taraflar, kirliliği tamamen önlemek ve ortadan kaldırmak için tasarlanmış en son teknolojik gelişmelerin ve uygulamaların kullanımını tam olarak dikkate alan programlar ve tedbirler kabul edeceklerdir. Diğer önemli bir nokta, Sözleşme'nin hiçbir hükmünün akit taraflarca deniz alanlarındaki kirliliğinin önlenmesi, ortadan kaldırılması veya deniz alanlarının olumsuz etkilere karşı korunması ile ilgili olarak tek tek veya müştereken daha katı tedbirler almasını engelleyecek şekilde yorumlanamayacağıdır⁹².

Sözleşme'nin 3. maddesi karasal kaynaklı kirlenmeye ilişkin alınacak önlemlerin Ek 1'de düzenleneceğini, 4. maddesi boşaltma veya yakma ile oluşan kirliliğin ortadan kaldırılmasının ve önlenmesinin Ek 2'de düzenleneceğini, 5. maddesi açık deniz kaynaklarına yönelik kirliliğin ortadan kaldırılmasının ve önlenmesinin Ek 3'de düzenleneceğini, 6. maddesi deniz çevresinin korunması için alınan ve planlanan önlemlerin etkinliğinin ve eylem önceliklerinin belirlenmesinin Ek 4'de düzenleneceğini belirtmiştir. Sözleşme'nin 7. maddesinde diğer kaynakların neden olduğu kirlilik konusunda işbirliği ve düzenlemeler yapılacağı genel hükümler şeklinde düzenlenmiştir⁹³.

Sözleşmeye 1998 yılında eklenen bölüm Denizcilik Alanında Ekosistemlerin ve Biyolojik Çeşitliliğin Korunması ve Muhafaza Edilmesi başlığını taşıyan Ek 5'tir. Bu bölümde genel olarak deniz alanlarındaki biyolojik çeşitliliğin ve dolayısıyla bu

92 OSPAR Commission Protecting and Conserving the North East Atlantic and its Resources, <<https://www.ospar.org/convention/text>> Erişim Tarihi 28 June 2021.

93 ibid.

alanlarda yer alan ekosistemin korunması ve bu alanlara yönelik insan faaliyetlerinin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

OSPAR Sözleşmesi'nin Ek 5 düzenlemesinin 2. maddesi akit taraflara, sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirirken bireysel ve müşterek olarak, deniz alanlarındaki insan faaliyetlerinin olumsuz etkilerine karşı deniz çevresini korumak için gerekli önlemler alma yetkisi vermiştir. Bu madde kapsamında insan sağlığının ve deniz ekosistemlerinin korunması, insan faaliyetlerinden olumsuz etkilenen deniz alanlarının eski haline dönebilmesi için imkânlar ölçüsünde önlemler alınması öngörülmüştür. Söz konusu maddenin içeriğinde BMBÇS'ye atıf yapılarak tarafların biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı için stratejiler, planlar veya programlar geliştirme yükümlülüğü yer almıştır.

Bu kapsamda akit taraflar:

“a) Deniz sahasının ekosistemlerini ve biyolojik çeşitliliğini korumak, muhafaza etmek ve mümkün olduğu durumlarda olumsuz etkilenen deniz alanlarını eski haline getirmek için gerekli önlemleri almak; ve b) Ek 3'teki kriterler uyarınca insan faaliyetlerinin kontrolü için bu amaçlara yönelik programları ve önlemleri kabul etmede işbirliği yapmalıdır.”

Ek 5 düzenlemesinin 3.maddesinin içeriğinde komisyonun görevleri düzenlenmiştir. Bu kapsamda komisyon Ek 3'teki kriterlerin uygulanması doğrultusunda insan faaliyetlerinin kontrolü için programlar ve tedbirler hazırlamalıdır. Komisyon bu programları ve hazırlıkları yaparken insan faaliyetlerinin ekosistemler ve biyolojik çeşitliliğe yönelik etkileri hakkında bilgi toplamalıdır. Bu bilgiler ışığında Komisyon belirli alanlara, türlere veya habitatlara yönelik olarak koruyucu, onarıcı düzenlemeler veya ihtiyati tedbirler almak için uluslararası hukuka uygun araçlar geliştirmeli, yine bu kapsamda biyolojik çeşitliliği oluşturan bileşenlerin sürdürülebilir kullanımına ilişkin ulusal stratejileri değerlendirmelidir⁹⁴.

Komisyon bütüncül bir ekosistem yaklaşımının uygulanması amacıyla akit tarafların egemenlikleri veya yargı yetkileri altındaki sularda ekosistemlerin korunması ve muhafazası için kabul ettikleri programları ve önlemleri dikkate almalıdır.

OSPAR tarafından deniz koruma alanları, deniz çevresinde yaşayan türlerin, deniz ekosisteminin ve ekolojik süreçlerin korunması amacıyla, bu alana ilişkin koruyucu, onarıcı ve ihtiyati tedbirlerin alındığı alanlar olarak tanımlanmıştır⁹⁵.

Yukarıdaki tanım deniz çevresinin korunması konusunda yaşanan dönüşümü yansıtmaktadır. Deniz çevresinin korunması bakımından deniz ekosisteminin bir bütün olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu bağlamda deniz ekosistemine olan yaklaşım

94 ibid.

95 Ospam Commission, Marine Protected Areas, <<https://www.ospar.org/work-areas/bdc/marine-protected-areas>> Erişim Tarihi 10 July 2021.

öncelikli olarak bu ekosistemde yaşayan deniz canlılarının korunmasına ve bu türlerin yaşam döngülerinin devamına yöneliktir.

OSPAR denizlerdeki biyolojik çeşitliliğinin ve ekosistemlerin sürdürülebilir kullanımı, korunması ve muhafazasını sağlamak amacıyla 1998 yılından itibaren üç amacın benimsendiği bir deniz koruma alanları ağının kurulmasını teşvik etmiştir. Bu amaçlar şunlardır: “a) İnsan faaliyetlerinden olumsuz etkilenen türleri, habitatları ve ekolojik süreçleri korumak, muhafaza etmek ve eski haline getirmek. b) Türlerin, habitatların bozulmasını ve zarar görmesini önlemek için ihtiyatlılık ilkesini takip eden ekolojik süreçlerin uygulanması c) Denizlerde yaşayan türlerin korunması ve deniz yaşamındaki ekolojik süreçlerin çeşitliliğini en iyi temsil eden alanları korumak ve muhafaza etmektir”⁹⁶.

Yukarıda verilen amaçlar değerlendirildiğinde OSPAR Komisyonu’nun kurmuş olduğu deniz koruma alanları ağlarının bütüncül bir şekilde, koruma altına alınan deniz alanlarında ekolojik dengeyi korumayı amaçladığı, bu noktada insan faaliyetlerinden etkilenen canlı türlere ve alanlara özel bir vurgu yapıldığı, ihtiyatlılık ilkesinin hedeflenen amaçlara ulaşma yönünde kullanıldığı görülmektedir. Odaklanılan noktalara korunması amaçlanan alanların önemi, temsili, doğallığı ve kırılganlığı gibi özelliklerdir. Bu kapsamda OSPAR, deniz alanlarını insan faaliyetlerinin olumsuz etkilerinden korumak için bölgesel düzeydeki eylemleri teşvik etmekte, deniz alanlarının yönetimi konusunda ihtiyatlılık ilkesini ve ekosistem yaklaşımını esas almaktadır.

OSPAR Sözleşmesi, balıkçılık faaliyetine tanınan istisnalar ve deniz taşımacılığının düzenlenmesine yönelik sınırlayıcı hükümler dışında, Kuzey-Doğu Atlantik’teki ekosistemler ve biyolojik çeşitlilik üzerinde olumsuz etki yaratabilecek tüm insan faaliyetlerinin düzenlenmesini içermektedir⁹⁷.

OSPAR Komisyonu, korunmaya muhtaç türlerin ve habitatların tanımlanması ve uygulama yöntemleri için kriterler yayımlamaktadır. Bunlar, belirli kavramların tanımlarını, hangi türlerin ve habitatların korunması gerektiğini değerlendirmek için önerilen usulleri ve OSPAR deniz koruma alanlarının kurulması için ayrıntılı düzenlemeleri içermektedir⁹⁸.

Bu çerçevede OSPAR Sözleşmesi’nin uygulanması bağlamında komisyon, sözleşmenin ilgili maddelerinde atıf yapılan ve uluslararası çevre hukukunun başlıca ilkeleri arasında yer alan ekosistem yaklaşımı, kirleten öder ilkesi, mevcut en iyi teknik ve uygulama ilkelerini dikkate almaktadır.

96 ibid.

97 Erik J. Molenaar & Alex G. Oude Elferink, Marine protected areas in areas beyond national jurisdiction The pioneering efforts under the OSPAR Convention, Utrecht Law Review, 5, 1, 2009, 13.

98 Chuang (n 67) 57. OSPAR Commission, Criteria for the Identification of Species and Habitats in Need of Protection and their Method of Application, 12 December 2018, <<https://www.ospar.org/convention/agreements?q=Identification.pdf>> Erişim Tarihi 26 July 2021.

2010 yılında OSPAR Komisyonu tarafından ulusal yargı yetkisi dışında kalan Kuzey Doğu Atlantik Deniz alanında altı açık deniz koruma alanı kurulmuştur. Bu ağ, Kuzey Doğu Atlantik Denizi'nde 386.200 km²'lik bir deniz alanını kapsamaktadır. Her bir deniz koruma alanına yönelik olarak benimsenen yönetim planları ekosistem odaklı bir yaklaşımı destekleyici şekilde hazırlanmıştır. 2012 yılında ise Kuzey Doğu Atlantik Denizi'nde yedinci bir deniz koruma alanı kurulmuştur⁹⁹.

Sözleşme çerçevesinde oluşturulan Biyolojik Çeşitlilik Komitesi tarafından deniz koruma alanlarının ve biyolojik çeşitliliğin izlenmesi ve değerlendirilmesine ilişkin faaliyetler yürütülmektedir. Sözleşme'nin uygulanması bakımından taraflar konferansında taraflara yönelik bağlayıcı kararlar, tavsiyeler ve yol gösterici nitelikte kılavuz belgeler kabul edilmiştir¹⁰⁰.

Kuzeydoğu Atlantik modeli deniz koruma alanlarının 200 deniz milinin dışında kurulmasından dolayı, bu deniz koruma alanlarında alınan koruma önlemlerinin üçüncü devletlerin yararlandığı açık denizlerin serbestliği ilkesini ihlal etmemesi gerekmektedir. Bu ihlallerin önlenmesi açısından uluslararası hukukta açık denizde kurulacak olan deniz koruma alanlarının genel özelliklerinin yer alacağı bir sözleşmenin yapılması önemlidir. Bu söz konusu deniz koruma alanlarının kabul edilebilirliğini artıracaktır.

Deniz koruma alanlarının öncelikli işlevi denizlerdeki biyolojik çeşitliliğin korunması olduğundan dolayı, korunan alanda faaliyet gösteren diğer bölgesel örgütlerle işbirliği yapılması, bu işlevin yerine getirilmesini daha da kolaylaştıracaktır. İlgili kapsamda OSPAR'ın, Kuzey Doğu Atlantik Okyanusu'nda balıkçılıkla ilgili faaliyetleri düzenleyen ve bunların denetimini sağlayan Kuzey Doğu Atlantik Balıkçılık Komisyonu (North East Atlantic Fisheries Commission- NEAFC) ile işbirliği yapması kaçınılmazdır. Deniz tabanındaki biyolojik çeşitliliğin korunması için Uluslararası Deniz Yatağı otoritesi ile işbirliği yapılması önemlidir.

Deniz koruma alanlarının bir kıyı Devletinin 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının bir kısmıyla örtüşmesi durumunda, OSPAR Komisyonu'nun koruma önlemleri ile ilgili kıyı Devletlerinin koruma önlemleri arasında eşgüdüm sağlanmalıdır¹⁰¹.

B) Antarktika Deniz Yaşamı Kaynaklarının Korunmasına İlişkin Sözleşme

Ulusal yargı yetkisinin dışındaki deniz alanlarında kurulan deniz koruma alanlarına ilişkin diğer bir örneği bu Sözleşme oluşturmaktadır. Antarktika ekosisteminin tamamının korunması ve bu ekosistem içerisinde yer alan bileşenlere ait bilimsel bilginin artırılması ve genişletilmesi amacıyla 1980 yılında Antarktika

99 Scott (n 63) 853. Freestone (n 84) 132.

100 OSPAR Commission <<https://oap.ospar.org/en/ospar-assessments/committee-assessments/biodiversity-committee/>> Erişim Tarihi 26 July 2021.

101 Tanaka (n 89) 325.

Deniz Yaşamı Kaynaklarının Korunmasına İlişkin Sözleşme (Convention on the conservation of Antarctic marine living resources - CAMLR) kabul edilmiştir. Bu Sözleşme 07.04.1982 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁰². Bu çerçevede Antarktika Deniz Yaşamı Kaynaklarının Korunması Komisyonu kurulmuştur (Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources- CCAMLR). Antarktika Antlaşmalar sisteminde yer alan bu Sözleşme'nin giriş kısmında akit taraflar, Antarktika'yı çevreleyen denizlerin ekosisteminin bütünlüğünü korumanın önemini ve Antarktika kıtasını çevreleyen suların barışçıl amaçlarla korunmasını, bunların uluslararası anlaşmazlıkların nesnesi haline gelmesini önlemenin tüm insanlığın çıkarına olduğunu kabul etmişlerdir¹⁰³.

Antarktika deniz ekosistemi, Sözleşme'nin 1. maddesinde Antarktika deniz canlı kaynaklarının birbirleriyle ve fiziksel çevreleriyle olan ilişkilerinin karmaşıklığı olarak tanımlanmıştır¹⁰⁴. Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. paragrafı, Sözleşme'nin yer alarak uygulanacağı alana ilişkindir. Sözleşme'nin 2. maddesi balık stoklarının Antarktika'nın sürdürülebilir avlanma miktarından fazla olacak şekilde avlanmasını yasaklamıştır. Sözleşme uyarınca bölgede bulunan denizlerdeki canlı kaynaklarının ve deniz kuşlarının korunması amaçlanmıştır.

Sözleşmede avlanan türün nüfusunun dengeli bir stok seviyesinin altına düşmesinin önlenmesine, düşenlerin seviyesinin yükseltilmesine ve deniz çevresinde geri dönüşü olmayan zararların ve değişiklik risklerinin önlenmesine yönelik koruma ilkelerine yer verilmiştir¹⁰⁵. Sözleşme'nin amaç ve ilkelerini hayata geçirmek amacıyla komisyon ve bilim komitesi kurulmuştur. CCAMLR sunulan bilimsel tavsiyelerin ışığında, uzlaşa sonucunda gerekli olan tedbirlere karar vermek ve bunların uygulanmasını denetlemekle görevlidir¹⁰⁶. Söz konusu Sözleşme'nin kapsamına başka sözleşmeler uyarınca koruma altına alınan yunuslar ve balinalar girmemekle birlikte, Sözleşme'nin 6. maddesinde sözleşmeye taraf devletlerin Balina Avcılığının Yasaklanması Sözleşmesi ile Antarktika Foklarının Korunması Hakkındaki Sözleşme uyarınca bu sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranamayacakları yer almıştır.

102 Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (adopted 20 May 1980, entered into force 7 April 1982) 1329 UNTS 47 (CAMLR).

103 Antarktika Antlaşmalar Sisteminde yer alan antlaşmalar şunlardır; 1) Antarktika Antlaşması (23.05.1961'te yürürlüğe girmiştir.) 2) Antarktika Flora ve Faunası Koruma Tedbirleri Sözleşmesi (13.05.1964) 3) Antarktik Ayı Balıklarını Koruma Sözleşmesi (11.03.1978) 4) Deniz Canlı Kaynaklarının Korunması Hususunda Sözleşme 5) Antarktik Maden Rezervleri Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Sözleşmesi (1988 yılında imzalanmıştır) 6) 1991 tarihli Madrid Çevre Koruma Protokolü. CAMLR Preamble, < <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201329/volume-1329-I-22301-English.pdf>> Erişim Tarihi 21 June 2021.

104 ibid.

105 Şimşek (n 4) 137.

106 Francisco Orrega Vicuna, 'The Effectiveness of the Decision-Making Machinery of CCAMLR An Assessment' in Arnfinn Jørgensen Dahl and Willy Ostreng(eds), *The Antarctic Treaty System in World Politics* (Palgrave Macmillan 1991) 25.

CCAMLR tarafından ihtiyatlılık ilkesi çerçevesinde belirli türlere ilişkin toplam av limiti, zamanı, yeri ve avlanma yönteminin belirlenmesini içeren tedbirler alınmıştır¹⁰⁷. Koruma bölgesi CALMR'nin 2. maddesine uygun olarak bazı özel hedefleri gerçekleştirmek için kurulmuştur¹⁰⁸.

Sözleşme'nin 2. maddesinde, deniz ekosisteminde yirmi veya otuz yıllık bir sürece yayılan geri döndürülemez nitelikteki değişikliklere yol açacak faaliyetler yasaklanmıştır. Söz konusu deniz alanında faaliyetlerin gerçekleşebilmesi için bu alandaki ekosisteme yönelik geri döndürülemez nitelikteki değişikliklerin olmayacağına dair bir değerlendirme yapılmalıdır.

İlgili kapsamda açık denizlerdeki ilk açık deniz koruma alanı 2009 yılında CCAMLR tarafından kurulmuştur. Güney Orkney Adaları Güney Sahanlığı deniz koruma alanı; balıkçılığın, balıkçılıkla ilgili bilimsel araştırmaların ve balıkçı gemilerinden yapılan boşaltımların düzenlendiği 94.000 km²'lik açık deniz alanını kapsamaktadır¹⁰⁹.

CCAMLR tarafından kurulan deniz koruma alanları ağları yalnızca Güney Okyanusu'nun benzersiz alanlarını korumakla kalmaz, aynı zamanda küresel ölçekte deniz koruma hedeflerine ulaşılmasını da destekler. Bununla birlikte, deniz koruma alanları ağları için henüz bir uygulama programı ve CCAMLR tarafından kurulan deniz koruma alanları için seçim kriterlerinin belirlenmesine ilişkin ayrıntılı bir içerik bulunmamaktadır¹¹⁰.

CCAMLR'nın 2016 yılının Ekim ayında yapmış olduğu 24 devletin ve AB'nin katılımıyla gerçekleştirilen toplantısında Güney Okyanusu ve Antarktika sularının 1.570.000 km² lik kısmını kaplayan Ross Denizi'nin koruma altına alınmasına karar verilmiştir. Bu kararlar Dünya'nın en geniş sualtı doğal yaşam koruma alanı oluşturulmuştur. 35 yıl süre ile yürürlükte kalacak olan bu karar uyarınca, Ross Denizi'nde üç koruma bölgesi oluşturulmuştur. Bunlar; a) Genel Koruma Bölgesi b) Özel Bilimsel Araştırma Bölgesi c) Krill Araştırma Bölgesi'dir. Bu bölgelerde kendi

107 Şimşek (n 4) 138.

108 Bu hedefler şu şekilde sayılabilir. "1) Bu bölgede bulunan yerel memeliler, kuşlar, balıklar ve omurgasız hayvanlar açısından önemli olan habitatları ve bu bölgedeki biyolojik organizasyonun her seviyesindeki doğal ekolojik yapıyı, dinamikleri ve fonksiyonları korumak. 2) Özel bilimsel araştırma bölgesinde özellikle, doğal değişkenlik ve uzun dönemli değişiklikleri izlemek için referans alanlar sağlamak, bu alanda balıkçılığın etkilerinin sınırlı olacağından hareketle, iklim değişikliğinin ve balıkçılığın ekosistem üzerindeki etkilerinin incelenmesi. 3) Antarktika'daki deniz ekosisteminin daha iyi anlaşılabilmesi için olanaklar sağlanması, sağlam bir izleme sisteminin oluşturulması, bazı balık türlerinin stoklarının değerlendirilmesi, desteklenmesi ve dağılımlarının tespiti. 4) Deniz Canlıları üzerine odaklanmış araştırma ve diğer bilimsel faaliyetlerin teşvik edilmesi. 5) Daha spesifik koruma amaçlarını tanımlamak için daha az veri bulunan bentik ve pelajik (okyanusun daha derin tabakalarında) deniz alanlarının temsili bölümlerini koruyarak biyolojik çeşitliliğin korunması. 6) Ekosistemin verimliliği ve işlevsel bütünlüğünden sorumlu olan büyük ölçekli ekosistem süreçlerini korumak. 7) Zengin dominant pelojik av türlerinin çekirdek dağılımlarını korumak. 8) Kara kökenli üst yirtici hayvanlar için temel avlanma alanlarını korumak. 9) Antarktik dış balıklarının yaşam döngüsünde önem arz eden alanları korumak. 10) Bilinen nadir ve hassas bentik alanları korumak. 11) Kuzey Batı Ross Deniz Bölgesinde Krill Araştırma Bölgesi de dâhil olmak üzere, krilllerin araştırılması ve bilimsel nitelikli araştırmaların teşvik edilmesi."

109 Scott (n 63) 852. CCAMLR Conservation Measures, Conservation Measure 91-03 (2009) Protection of the South Orkney Islands southern shelf, <<https://cm.ccamlr.org/measure-91-03-2009>> Erişim Tarihi 30 June 2021.

110 Chuang (n 67) 57.

içerisinde alt bölgelere ayrılmaktadır. Komisyon bu koruma tedbirini, Sözleşme alanında vatandaşları veya gemileri faaliyet gösteren Sözleşmeye taraf olmayan devletlerin de dikkatine sunabilir¹¹¹.

Bu kararlar amaçlanan bölgedeki habitatın ve ekosistemin korunması ve gözlemlenmesidir. Karar uyarınca, bu deniz alanının %72'lik kısmında bütün balıkçılık faaliyetleri yasaklanmıştır, geri kalan kısımda ise krillerin bilimsel amaçlar için yakalanması düzenlenmiştir. Yeni Zelanda ve ABD'nin ortak önerisi sonucunda alınan bu karar uyarınca, bölgedeki sualtı yaşamının korunması dışında, 2051 yılına kadar bölgedeki avlanma faaliyetleri ve minerallerin dışarıya taşınması yasaklanmıştır. Bir uzlaşma ödünü olarak bu alan içerisinde belirlenen bazı özel bölgelerde bilimsel araştırma amaçlı olarak bazı karides türlerinin ve Patagonya diş balığının avlanmasına izin verilecektir¹¹². BM'nin okyanuslardan sorumlu temsilcisi Lewis Puhg'a göre, bu yeryüzünde koruma altına alınan kara ve sular içinde şimdiye kadar belirlenen en geniş alan olup, şimdiye kadar büyük ölçüde korumasız olan okyanuslarda hiç bu çapta bir önlem alınmamıştır¹¹³.

C. Akdeniz Eylem Planı ve Barcelona Sözleşmesi

1976 yılında akdedilen Barcelona Sözleşmesi¹¹⁴ 1995 yılında yenilenmiş, Akdeniz'in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesinin Korunması Sözleşmesi adını almış ve bu antlaşma bünyesinde bir Akdeniz Eylem Planı tesis edilmiştir. Aynı yıl içerisinde 1995 tarihli Sözleşmeye ek bir şekilde Akdeniz'de özel koruma alanlarının kurulması ve biyolojik çeşitliliğe dayalı protokol kabul edilmiştir. Bu Protokol'e 16 devlet ve Avrupa Birliği (AB) taraf olup, Protokol 1999 yılında yürürlüğe girmiştir¹¹⁵.

Genel yükümlülükler başlığını taşıyan Protokol'ün 3. maddesi taraflara; özellikle özel olarak korunan alanların oluşturulması yoluyla, belirli doğal veya kültürel değere sahip alanları sürdürülebilir ve çevresel açıdan sağlıklı bir şekilde korumak ve yönetmek, tehlike ve tehdit altındaki flora ve fauna türlerini koruma ve biyolojik çeşitliliğin korunması ve biyolojik kaynakların sürdürülebilir kullanımına yönelik strateji ve programlar oluşturma gibi sorumluluklar yüklemektedir¹¹⁶.

111 Sercan Reçber "Okyanusların Korunması ve Ross Denizi Örneği", VIII. Uluslararası İlişkiler Kongresi, Küresel ve Bölgesel Sistemde Devlet ve Devletdışı Aktörler, Tam Metin Kitabı, 2016, s. 507-515. CCAMLR's 35 th. Annual Meeting- More Than The Creation Of The World's Largest MPA. <<https://www.ccamlr.org/en/organisation/key-challenges-and-achievements>> Erişim Tarihi 27 May 2021.

112 ibid.

113 Lewis Puhg, 'Sometimes Crazy Gets The Job Done' (UNEP org, 17 July 2017) <<http://lewispuhg.com/sometimes-crazy-gets-the-job-done/>> Erişim Tarihi 20 June 2021.

114 Convention for the protection of the Mediterranean Sea against pollution (with annex and Protocols for the prevention of pollution of the Mediterranean Sea by dumping from ships and aircraft and Protocol concerning co-operation in combating pollution of the Mediterranean Sea by oil and other harmful substances in cases of emergency (adopted 16 February 1976, entered into force 12 February 1978) 1102 UNTS 27

115 Şimşek (n 4) 140. Protocol Concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/3005/95ig6_7_spa_protocol_eng.pdf> Erişim Tarihi 20 June 2021.

116 ibid. Protocol Concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/3005/95ig6_7_spa_protocol_eng.pdf> Erişim Tarihi 30 June 2021.

Özel koruma alanlarının kurulmasına ilişkin olan Protokol'ün 4. maddesi uyarınca; yaşam döngülerinin sürdürülebilirliğini sağlamak ve biyolojik çeşitliliklerini korumak için deniz ve kıyı ekosisteminin temsil edici örneklerinin korunması amaçlanmıştır. Bu madde uyarınca; kaybolma tehlikesi altında bulunan habitatların korunması, nesli tükenmekte olan, tehdit altındaki veya endemik flora veya fauna türlerinin hayatta kalması, üremesi ve geri kazanılması için kritik olan habitatları korumak da amaçlar arasındadır. Bu madde uyarınca ayrıca; özel öneme sahip bilimsel, estetik, kültürel veya eğitimsel alanların korunması hedeflenmiştir.

Protokol'ün 5. maddesi uyarınca her bir akit taraf, ulusal yargı yetkisine tabi olan deniz ve kıyı bölgelerinde özel olarak korunan alanlar kurabilir. Bu maddenin devamında Protokol'e taraf olan devletlere, işbirliği içerisinde ortaklaşa yetkileri içinde bulunan deniz ve kıyı alanlarında özel koruma alanları kurma yetkisi tanınmıştır. Bunun dışında kurulan alanlara ilişkin gerekli koruma tedbirlerinin alınması ve bu tedbirlerin denetlenmesine ilişkin tarafların sorumlulukları düzenlenmiştir. 6. maddede akit tarafların, uluslararası hukuka uygun ve özel olarak korunan her bir alanın özelliklerini dikkate alarak koruma tedbirlerini alacakları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Bu Protokol'ün 8 ve 9. maddelerinde Akdeniz'de belirli ölçütlere göre seçilecek özel korunan alanlar listesinin oluşturulması ve bu bölgelerin korunması çerçevesinde alınacak önlemler yer almıştır. Bu bağlamda Barcelona Protokol'ü akit taraflara yetkili oldukları deniz alanlarının dışında kalan, hiçbir devletin ulusal yargı yetkisine tabi olmayan açık deniz alanlarını kısmen koruma kapsamına dahil etmesiyle diğer bölgesel antlaşmalardan farklılaşmaktadır. Akit taraflara kendi ulusal yargı yetkisinin dışındaki deniz alanlarının korunmasına yönelik tanınan bu yetkinin amacı özellikle Akdeniz'de göçmen olarak yaşayan türlerin korunmasıdır¹¹⁷.

Türlerin korunmasını düzenleyen 11. ve 12. maddeler uyarınca genel olarak tehdit altındaki türlerin tespit edilmesi, akit taraflarca türlerin korunması ve bu deniz alanında yer alan habitatların bozulmasının önlenmesi amacıyla alınacak ortak tedbirler yer almıştır. Bu maddelerle bağlantılı olarak Protokol 2'nin eki tehlike ve tehdit altındaki türlerin sayıldığı bir listeye sahiptir.

Genel olarak bu Protokol'de ayrıca tarafların, korunması gereken türlere ve ekosistemlere yönelik olarak envanter tutma, çevresel etki değerlendirmesi yaptırma vb. gibi yükümlülükleri yer almıştır. Bu Protokol'ün uygulanması noktasında akit taraflara Tunus'ta kurulan UNEP özel koruma alanları için Akdeniz Eylem Planı Bölgesel Faaliyet merkezi yardımcı olacaktır¹¹⁸.

117 ibid 141.

118 ibid 142.

VII. Ekosistem Temelli Yaklaşım

Yukarıdaki paragraflarda değinilen ekosistem kavramı, canlı türlerin birbirleri ve içinde buldukları canlı olmayan çevre ortamıyla beslenme, üreme gibi ekolojik süreçler yoluyla etkileşimde oldukları ilişkiler bütünüdür.

Uluslararası düzeyde kabul görmüş standart bir ekosistem yaklaşımı tanımlanmamakla birlikte, kavram genel olarak ekolojik etkileşimlerin ve süreçlerin en iyi şekilde anlaşılmasına dayalı olarak insan faaliyetlerinin yönetimini kapsamaktadır. Bu yaklaşımın amacı ekosistemlerin yapı ve işlevlerinin, şimdiki ve gelecek nesillerin yararına sürdürülmesini sağlamak ve ekosistemi oluşturan kaynakların korunması ve kullanılması ile birlikte, bu kullanma sonucunda oluşacak faydanın taraflarca eşit bir şekilde paylaşılması oluşturmaktadır. Bu yaklaşım genel olarak ekosistemi oluşturan canlı ve cansız doğal kaynakların yönetilmesi amacıyla geliştirilmiştir. Ekosistemlerin amaç ve hedeflerine daha fazla vurgu yapılan bu kavramda, kıyıların ve okyanusların yönetimine yönelik araçlar ve yaklaşımlarda söz konusudur¹¹⁹.

Ekosistem yaklaşımının, deniz çevresinin korunması ve deniz kaynaklarının kullanılması için yeni bir yönetim anlayışını gerektirdiği açıktır. Bu yaklaşımda tüm insan faaliyetlerinin ekosistem üzerindeki etkilerine odaklanılmaktadır¹²⁰. Bu kapsamda bütüncül bir yapıya sahip olan ekosistem temelli yaklaşım açık denizler ve deniz yatağı alanı için balıkçılık, nakliye, enerji üretimi, deniz dibi maden çıkarma, su ürünleri yetiştiriciliği ve bilimsel araştırma dahil olmak üzere tüm insan faaliyetlerinin yönetimini ve düzenlenmesini içermektedir¹²¹.

Sürekli gelişim gösteren bu kavram CAMLR'deki öncü kullanımından bu yana daha geniş bir alana yayılmıştır¹²². 1980'li yılların başından bu yana, deniz ortamı için geçerli olan bir dizi uluslararası anlaşma ve politika girişiminde ekosistem yaklaşımına özel atıfta bulunmaktadır. Yukarıda bahsedildiği gibi CAMLR, bölgesindeki canlı deniz kaynaklarının ticari olarak kullanılmasına ekosisteme zarar vermediği sürece izin verir¹²³.

BMDHS'de ekosistem yaklaşımına yönelik bir dizi üstü kapalı atıf vardır. Bu kapsamda önsöz bölümünde okyanus alanlarının sorunlarının birbiriyle yakından ilişkili olduğu ve bir bütün olarak ele alınması gerektiğine işaret edilmektedir¹²⁴. BMDHS'ye taraf olan devletlerin, mevcut en iyi bilimsel kanıtlara ve genel olarak

119 Ecosystem Approaches, Oceans and Law of the Sea, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, <https://www.un.org/depts/los/ecosystem_approaches/ecosystem_approaches.htm> Erişim Tarihi 30 June 2021.

120 Ronan Long, 'Legal Aspects of Ecosystem Based Marine Management in Europe' (2012) (26) Coastal and Ocean Planning and Management, Ocean Yearbook, 417, 425.

121 Reeve, Domino and Gjerde (n 2) 280.

122 Long (n 121) 428. Donald R Rothwell and Tim Stephens, The International Law of the Sea, Bloomsbury Publishing, 2016, 508.

123 ibid 433-434.

124 ibid 434.

tavsiye edilen uluslararası asgari standartlara dayalı olarak balıkçılık yönetimi önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir¹²⁵. 1992 tarihli Rio Deklarasyonu, devletlerin Dünya ekosisteminin sağlığını ve bütünlüğünü korumak ve eski haline getirmek için küresel bir ortaklık ruhu içinde işbirliği yapmasının gerekliliğini vurgulamıştır¹²⁶.

Benzer bir şekilde Dünya Doğa Şartı'nın 4. maddesinde ekosistemler ve bu ekosistem içerisinde yer alan organizmaların, üretken bir şekilde sürdürülebilirliğinin sağlanması ile birlikte var oldukları diğer ekosistemlerin veya türlerin bütünlüğünü tehlikeye atmayacak şekilde yönetilmesi yer almıştır¹²⁷. Şart'ın 10. maddesinde, doğal kaynakların boşa harcanmaması ve şartta belirtilen ilkelere uygun bir şekilde kullanılması gerektiği öngörülmektedir¹²⁸. Devletlere, yüksek seviyelerde biyolojik çeşitlilik ve üretkenlik sergileyen deniz ekosistemlerini ve diğer kritik habitat alanlarını belirlemeye ve diğerlerinin yanı sıra, bu alanlarda kullanım için gerekli sınırlamaları sağlamaya çağırın Gündem 21'in 17. bölümünde korunan alanların belirlenmesi için deniz ortamına özel bir atıf yapılmıştır¹²⁹.

BM Okyanus İşleri ve Deniz Hukuku Dairesi, ekolojik etkileşimlerin ve süreçlerin en iyi şekilde anlaşılmasına dayalı olarak, ekosistemlerin yapılarının ve işlevlerinin bugünün ve gelecek nesillerin yararına sürdürülmesini sağlamak için insan faaliyetlerinin yönetimini kapsayan bir politika aracı olarak bu yaklaşımın kullanılmasının önemini vurgulamıştır¹³⁰. Yukarıda belirtildiği gibi ekosistem yaklaşımında çok fazla sayıda tanımın ve yöntemin olduğu görülmektedir.

Bu yaklaşıma örnek olarak BM Balık Stokları Anlaşması verilebilir. Bu Anlaşma'nın deniz çevresini korumayı amaçlayan ekosistem temelli bir yaklaşıma sahip olduğu söylenebilir. Anlaşma'nın genel ilkeler başlıklı 5. maddesi uyarınca, devletler canlı deniz kaynaklarını koruma çabalarında ihtiyati bir ekosistem yönetimi yaklaşımını

125 BMDHS'nin 119. maddesi açık denizlerin canlı kaynaklarının muhafazası konusunda düzenlemektedir. Madde uyarınca; "1. Kabul edilebilir av hacmini tespit ederlerken ve açık denizlerdeki canlı kaynakların muhafazası amacıyla diğer tedbirleri alırken, devletler; a)Ellerinde bulunan en güvenilir bilimsel verilere dayanarak, avlanan tür stoklarının, kalkınmakta olan devletlerin özel ihtiyaçları da dahil olmak üzere, ilgili ekolojik ve ekonomik faktörler muvacehesinde balık avlama metotları, stokların birbirine bağımlılıkları ve alt bölgesel, bölgesel veya evrensel düzeyde, genel olarak tavsiye edilmiş asgari uluslararası ilkeleri göz önünde bulundurarak, sabit azami randıman sağlayacak seviyede tutulmasını veya bu seviyede tutulmasını veya bu seviyeye getirilmesini öngören tedbirleri alacaklar; b) Bu tedbirlerin, avlanan türlerle ortak veya onlara bağlı türler üzerindeki etkilerini, bu ortak veya bağlı tür stoklarını, çoğalmalarının ciddi bir şekilde tehlikeye düşmesini önleyecek bir seviyede tutmak veya bu seviyeye getirmek amacıyla dikkate alacaklardır. 2. Elde bulunan bilimsel bilgiler; avlara ve balıkçılığa ilişkin istatistikler ve balık stoklarının muhafazası ile ilgili diğer veriler yetkili uluslararası alt bölgesel, bölgesel veya evrensel kuruluşlar aracılığı ile ve gerektiğinde ilgili bütün devletlerin katılmaları ile düzenli bir şekilde yayımlanarak ve değiş tokuş edilecektir. 3. İlgili devletler, muhafaza tedbirlerinin ve bunların uygulanmasının, hangi devletin vatandaşı olursa olsun, hiç bir balıkçya karşı hukuki veya fiili bir ayırma sebebiyet vermemesine dikkat edeceklerdir".

126 Rio Declaration Principle 7.

127 World Charter for Nature, UNGA res 37/7 (28 October 1982) <<https://digitallibrary.un.org/record/39295>> Erişim Tarihi 30 June 2021.

128 ibid.

129 Agenda 21 (n 44) 167-195.

130 United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, "Developing and Implementing an Ecosystem Approach to Ocean-related Activities" <https://www.un.org/Depts/los/tsc_new/bckgrd_ecosystem_approach.pdf> Erişim Tarihi 30 June 2021.

benimsemelidir. Ek olarak, devletlerin izin verilen avları hesaplama, balıkçılık filolarında aşırı kapasite ile mücadele etmek, deniz ve kara kaynaklı kirliliği en aza indirmek, balıkçılık araştırmaları yapmak ve paylaşmak için en iyi bilimsel kanıtlara dayanmaları beklenmektedir¹³¹.

BM Balık Stokları Anlaşması'nda yer alan ekosistem yaklaşımı uyarınca, balıkçılık kaynakları ve yönetimi açısından, en yüksek sürdürülebilirliğinin sağlanması hedeflenmektedir. Bu noktada avlanmanın sınırlandırılması, balık stoklarının korunması ve verimliliği amaçlanmaktadır. Bu noktada Sözleşme'ye taraf devletlerin koruma fonksiyonu yükümlülüğü bulunmaktadır. Anlaşma uyarınca akit tarafların, uzun vadeli sürdürülebilirliği sağlama, deniz ortamında biyolojik çeşitliliği koruma, ihtiyati yaklaşım uygulama, balıkçılığın etkilerini değerlendirme ve aynı ekosisteme ait türler için koruma önlemleri alma görevi vardır¹³². Ayrıca ekosistem temelli yaklaşıma yönelik uluslararası örgütlenmelerin çeşitli tanımları mevcuttur. Bunlardan bazıları şu şekildedir. OSPAR Komisyonu'nca "*Ekosistem yaklaşımının özü, deniz ekosistemlerinin kalitesini, yapısını ve işleyişini korurken doğal kaynakların sürdürülebilir şekilde kullanılmasına izin vermek*" şeklinde tanımlanmıştır¹³³. Uluslararası Denizlerin Keşfi Konseyi'ne göre; ekosistem yaklaşımı; "*deniz ekosistemlerinin devamlılığına etki eden temel faktörlerin belirlenmesi, bunlara karşı harekete geçilmesi, ekosistemin sürdürülebilirliği açısından ekosistem ve dinamikleri hakkında mevcut en iyi bilimsel bilgiye dayalı kapsamlı entegre insan faaliyetleri yönetimi ve ekosistem bütünlüğünün korunmasıdır*"¹³⁴.

"Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin¹³⁵ tarafı olan devletlerin Nairobi'de yapmış oldukları 15 Mayıs ile 26 Mayıs 2000 tarihleri arasında toplanan 5. Taraflar konferansında ekosistem yaklaşımı, toprak, su ve canlı kaynakların korunması ve sürdürülebilir kullanımını adil bir şekilde teşvik eden bütünlük bir yönetim stratejisi olarak tanımlanmıştır¹³⁶.

Ekosistem yaklaşımının uygulanmasına yönelik Kuzey Doğu Atlantik Denizi'nin Korunması çerçevesinde OSPAR bünyesinde 20-21 Mart 2002 tarihinde Norveç'in Bergen kentinde toplanan Kuzey Denizi'nin korunmasına ilişkin 5. Uluslararası

131 Bratspies and Telesetsky (n 12) 269. Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (Adopted 4 August 1995, entered into force 11 December 2001) 2167 UNTS 3.

132 Savaş Kılıç, "Türkiye Denizlerindeki Balık Stoklarının Yönetimi İçin Yeni Bir Kavram: 'İhtiyatlı Balıkçılık Yönetimi' (2014) (4) Yunus Araştırma Bülteni 85, 87. UN Fish Stocks Agreement art 5.

133 OSPAR Commission, Quality Status Report 2010 <<https://qsr2010.ospar.org/en/ch11.html>> Erişim tarihi 28 June 2021.

134 Guidance on the Application of the Ecosystem Approach to Management of Human Activities in the European Marine Environment. ICES Cooperative Research Report no. 273, 4 <[https://www.ices.dk/sites/pub/Publication%20Reports/Cooperative%20Research%20Report%20\(CRR\)/CRR273.pdf](https://www.ices.dk/sites/pub/Publication%20Reports/Cooperative%20Research%20Report%20(CRR)/CRR273.pdf)> Erişim tarihi 28 July 2021.

135 1992 tarihinde yapılan BM Rio Zirvesi'nde biyolojik çeşitliliğin mevcut ve gelecek nesiller yararına korunmasını amaçlayan ve sürdürülebilir şekilde kullanılmasını hedefleyen bir sözleşmedir. Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79.

136 Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Fifth meeting Nairobi, 15-26 May 2000, <www.cbd.int/cop-cop-05-official-cop-05-23-en> Erişim Tarihi 22 June 2021. Long (n 122) 422.

konferansta 10 devletin¹³⁷ ilgili bakanlarının imzası ile Bergen Deklarasyonu oluşturulmuştur. Bu deklarasyonun ekosistem yaklaşımının oluşturulması ve yönetilmesi başlıklı 4 maddeden oluşan 1. bölümü uyarınca ekosistem yaklaşımı ele alınmıştır. İlgili çerçevede bu deniz alanının korunmasına yönelik alınacak kararlarda, ekosistemin yapısı ve işlevi hakkında mevcut bilimsel ve teknik bilginin en iyi şekilde kullanılması; uzman değerlendirmelerinin yapılması; koordineli bir izleme sisteminin kurulması, kontrol ve uygulama için planların benimsenmesi öngörülmüştür¹³⁸. Avrupa'da ekosistem yaklaşımının uygulanması, bölgesel deniz anlaşmaları kapsamında oluşturulan mekanizmalar ve kurumlar aracılığıyla büyük ölçüde gerçekleştirilmektedir¹³⁹.

Ekosistem temelli yaklaşımın iç hukuklarda da yer aldığı görülmektedir. Çığır açan ulusal mevzuata örnek olarak 1972 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Deniz Memelilerini Koruma Yasası verilebilir. Bu yasa uyarınca, bu türlerin ve nüfus stoklarının, parçası oldukları ekosistemde önemli bir unsur olmaktan çıktıkları noktanın ötesinde azalmasına izin verilmemelidir¹⁴⁰.

VIII. Sonuç

Deniz çevresinin korunması kavramı son otuz yıl içerisinde önemli bir dönüşüm geçirmiştir. Kirliliğin önlenmesi ve kontrolüne odaklanan geleneksel yaklaşımın yerine daha geniş bir koruma yaklaşımını içerisinde barındıran, her bir deniz alanının kendine özgü niteliklerini dikkate alan bütün bir deniz ekosisteminin korunmasını amaçlayan bir yaklaşım ön plandadır.

Çok boyutlu olan bu sorunlar karşısında sadece deniz canlılarının korunması ya da deniz kirliliğinin önlenmesi gibi bir faktöre odaklanmak sorunların çözümü açısından yetersiz olacaktır. Bu sorunların çözümüne yönelik yapılan sözleşmeler önemli olmakla birlikte sorunların çözümü o bölge çerçevesinde bile olsa bütün bir ekosistemin dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu koruma yaklaşımının gözden kaçırmaması gereken diğer bir nokta denizlerdeki yaşamın birbiri ile olan bağlantısı ve dolayısıyla insanlar tarafından deniz çevresine yönelik çizilen sınırların yapaylığıdır.

Bu çerçevede ulusal yargı yetkisinin dışında yer alan açık denizlerin korunması anlamında, bu deniz alanlarında kurulacak olan deniz koruma alanları çok önemli bir işlevi yerine getirebilirler. Bu kapsamda özellikle BM bünyesinde sürdürülen çalışmaların küresel düzeyde okyanusların korunmasını içeren bir antlaşma şekli

137 Bergen Deklarasyonunda imzacı olan devletler, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, Hollanda, Norveç, İsveç, İsviçre, Birleşik Krallık ve Avrupa Komisyonudur.

138 Fifth International Conference on the Protection of the North Sea, Bergen Declaration, 7-9 <https://www.ospar.org/site/assets/files/1239/5nsc-2002_bergen_declaration_english.pdf> Erişim tarihi 28 June 2021.

139 Long (n 121) 440.

140 ibid 433.

alması önemlidir. Yaşanılan salgın hastalık süreci, söz konusu müzakereleri kesintiye uğratsa bile, ilk aşamada bu sürecin bir antlaşma ile sonuçlanması olasılığı dışında, bu antlaşmanın uygulanabilirliği büyük önem taşımaktadır.

Açık denizlerin korunması anlamında modern bir yönetim aracı olarak deniz koruma alanlarının son otuz yılda bir dizi amacı kucaklayarak geliştiği görülmektedir. Deniz koruma alanları hassas ekosistemlerin korunmasını öncelikli olarak amaçlamaktadır. Deniz koruma alanları ile balıkçılık faaliyetinin yoğun yapıldığı ve kirlenmenin yoğun yaşandığı bölgelerde bu etkilerin azaltılması ve ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Son zamanlarda ise özellikle iklim değişikliğinin etkileri sonucunda hassas hale gelen deniz ekosistemlerinin korunması konusunda Ross Denizi örneğinde olduğu gibi deniz koruma alanları önemli bir işlevi yerine getirebilir.

Her bir deniz alanının kendine has özelliklerinin bulunması, burada yaşayan farklı deniz canlılarının bulunması ve bu deniz alanlarına yönelik tehditlerin farklı olması nedeniyle etkili bir korumanın sağlanabilmesi için tüm deniz alanlarına uygulanabilecek standart bir çözüm yöntemi bulunmamaktadır. Her bir deniz alanının özelliklerinin dikkate alınması korunması hedeflenen deniz alanının korunmasının derecesini ve kapsamını belirleyecektir.

Diğer bir noktada bu tür koruma yaklaşımlarında ekosistemin temel değer olması gerektiği ve soruna sadece insanların ihtiyaçları doğrultusunda yaklaşılması gerektiğidir. Daha geniş kapsamlı olarak Yeryüzündeki yaşamı düşündüğümüzde bir bütün olarak bu ekosistemi oluşturan bütün canlıların yaşam hakkına özen gösterilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda okyanusların 1/3'ünü koruma altına almak mümkündür. İklim değişikliği, okyanuslardaki asitleşme, plastik kirliliği ve diğer kirlilikler okyanus yaşamını yok etmektedir. Bunun önlenmesi amacıyla çok kapsamlı koruma bölgelerinin oluşturulması ve bu bölgeler oluşturulurken hukuki alt yapının tesis edilmesi gerekmektedir. Dünyanın en büyük ortak kullanım alanı olan açık denizler konusunda çok daha etkin koruma rejimlerinin oluşturulması, yaşanan ve ileride yaşanılacak yıkım düşünüldüğünde acil bir sorun olarak insanlığın karşısında durmaktadır.

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

Kitaplar

- Birnie P, Boyle A and Redgwell C, *International Law & The Environment* (3th edn, Oxford 2009).
- Güneş AM, *Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi* (1th edn Bilge Yayınevi 2012).
- Hey E, *International Environmental Law* (1th edn, Edward Elgar Publishing 2016).
- Kuran S, *Uluslararası Deniz Hukuku*, (4th edn, Beta Yayınevi 2014).
- Rothwell DR and Stephens T, *The International Law of the Sea*, (1th edn Bloomsbury Publishing 2016).
- Şimşek GE, *Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması*, (1th edn, Beta Yayınevi 2016).

Makaleler ve Tezler

- Balık G, ‘Uluslararası Deniz Hukukunda Deniz Çevresinin Korunması ve Özel Duyarlı Deniz Alanlarının Uluslararası Hukuktaki Dayanağı’ in Öztürk B and Keskin Ç (eds) *Özel Duyarlı Deniz Alanları* (Tüдав Eğitim Yayınları 2005) 7-16.
- Bratspies RM and Telesetsky A, ‘Marine Environmental Law: UNCLOS, Ocean Governance and Fisheries’ *Routledge Handbook of International Environmental Law* in Alam S, Bhuiyan JH, Chowdhury T and Techera EJ (Routledge 2012) 259-277.
- Clark B and Clausen R, ‘Okyanus Krizi: Kapitalizm ve Deniz Ekosistemlerinin Bozulması’ (2008) Baysal B (çev) (19 Monthly Review 75-95).
- Cremean D and Techera EJ, ‘Marine Pollution Law’ *Routledge Handbook of International Environmental Law* in Alam S, Bhuiyan JHMD, Chowdhury TMR and Techera EJ (Routledge 2012) 277-295.
- Day J, Dudley N, Hockings M, Holmes G, Laffoley D, Stolton S, Wells S and Wenzel L, ‘Guidelines for applying the IUCN protected area management categories to marine protected areas’(2019) (19) 8 Developing capacity for a protected planet Best Practice Protected Area Guidelines Series < <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/PAG-019-2nd%20ed.-En.pdf>> Erişim Tarihi 15 July 2021.
- Ertör I, ‘Meta Menzilinın Yeni Durağı Balık Çiftlikleri’ (2016) 138-139 *Toplum ve Bilim Dergisi* 51-67.
- Freestone D, ‘The Limits of Sectoral and Regional Efforts to Designate High Seas Marine Protected Areas’,(2018) 112 *AJIL Unbound* 129-133.
- Güneş ŞA, ‘Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması’ (2007) 56 (2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-37.
- Kılıç S, ‘Türkiye Denizlerindeki Balık Stoklarının Yönetimi İçin Yeni Bir Kavram: ‘İhtiyatlı Balıkçılık Yönetimi’ (2014) (4) *Yunus Araştırma Bülteni* 85-97.
- Long R, ‘Legal Aspects of Ecosystem Based Marine Management in Europe’ (2012) 26 *Coastal and Ocean Planning and Management Ocean Yearbook* 417-484.
- Molenaar Eric J. & Alex G. Oude Elferink, Marine protected areas in areas beyond national jurisdiction The pioneering efforts under the OSPAR Convention, *Utrecht Law Review*, 5, 1, 2009, 5-20.
- Oral N, ‘Protection Vulnerable of Marine Ecosystems in Areas Beyond National Jurisdiction: Can International Law Meet the Challenge?’ Strati A, Govonueli M and Skourtos N (eds), *Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea*, (2006) 54 *Martinus Nishoff Publishers, Publications on Ocean Development* 85-108.

- Oral N, 'Açık Denizler İçin Yeni Bir Uluslararası Anlaşma ve Deniz Koruma Alanları' in Algan N and Gönülal O (eds) *Ulusal Yetki Alanları Dışında Kalan Açık Denizlerin Korunması ve Yönetilmesi*, (Türk Deniz Araştırmaları Vakfı 2019) 1-7.
- Puhg L, 'Sometimes Crazy Gets The Job Done' (*UNEP org*, 17 July 2017) <http://lewispuhg.com/sometimes-crazy-gets-the-job-done/> Erişim Tarihi 20 June 2021.
- Reçber Sercan, 'Okyanusların Korunması ve Ross Denizi Örneği', VIII. Uluslararası İlişkiler Kongresi, Küresel ve Bölgesel Sistemde Devlet ve Devletdışı Aktörler Tam Metin Kitabı, (2016) 507-515.
- Reeve LLN, Domino AR and Gjerde KM, 'The Future of High Seas Marine Protected Areas' (2012) 26 *Ocean Governance For Marine Conservation Ocean Yearbook* 265-290.
- Salaa E, Lubchencob J, Colvertb KG, Novellie C, Robertsd C and Rashid Sumailae UR, 'Assessing Real Progress Towards Effective Ocean Protection' (2018) 91 *Marine Policy* 11-13.
- Scott KN, 'Conservation on the High Seas: Developing the Concept of the High Seas Marine Protected Areas' (2012) (27) *The International Journal of Marine and Coastal Law* 849-857.
- Wang Y, 'Reasonable Restrictions on Freedom of High Seas by "Marine Protected Areas on the High Seas": An Empirical Research' (2019) 12(2) *Journal of East Asia and International Law* 245-268.
- Tanaka Y, 'Reflections on High Seas Marine Protected Areas: A Comparative Analysis of the Mediterranean and the North-East Atlantic Models' (2012) 81 *Nordic Journal of International Law* 295-326.
- Vicuna FO, 'The Effectiveness of the Decision-Making Machinery of CCAMLR An Assesment', in Dahl AJ and Ostreng W *The Antarctic Treaty System in World Politics* (Palgrave Macmillan 1991) 21-36.
- Wright G, Rochette J, Gjerde K and Isabel Seeger, 'IDRRI Study, The long and winding road: negotiating a treaty for the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction', (2018) 9<https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/Etude/201808-Study_HauteMer-long%20and%20winding%20road.pdf> Erişim Tarihi 25 June 2021.

Uluslararası Antlaşmalar ve Diğer Kaynaklar

- Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (adopted 4 August 1995 entered into force 11 December 2001) 2167 UNTS 3.
- Agenda 21, United Nations Conference on Environment & Development, Rio De Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992 <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>> Erişim Tarihi 15 June 2021.
- Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79.
- Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone (adopted 29 April 1958, entered into force 10 September 1964) 516 UNTS 205.
- Convention on the Continental Shelf (adopted 29 April 1958, entered into force 10 June 1964) 499 UNTS 311.
- Convention on the High Seas (adopted 29 April 1958, entered into force 30 September 1962) 450 UNTS 11.

- Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas (adopted 29 April 1958, entered into force 20 March 1966) 559 UNTS 285.
- Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (adopted 20 May 1980, entered into force 7 April 1982) 1329 UNTS 47 (CAMLR).
- Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (adopted 22 September 1992, entered into force 25 March 1998) 2354 UNTS 64 (OSPAR).
- Convention for the protection of the Mediterranean Sea against pollution (with annex and Protocols for the prevention of pollution of the Mediterranean Sea by dumping from ships and aircraft and Protocol concerning co-operation in combating pollution of the Mediterranean Sea by oil and other harmful substances in cases of emergency (adopted 16 February 1976, entered into force 12 February 1978) 1102 UNTS 27.
- Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/35759/77ig9_inf3_bc_eng.pdf> Erişim Tarihi 20 June 2021.
- Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Fifth Meeting Nairobi, 15-26 May 2000, <www.cbd.int/cop/cop-05/official/cop-05-23-en> Erişim Tarihi 22 June 2021.
- CBD, COP 9 Decisions, Ninth meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 15 December 2018 <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-09/cop-09-dec-20-en.pdf> Erişim Tarihi 14 June 2021.
- CCAMLR Conservation Measures, Conservation Measure 91-03 (2009) Protection of the South Orkney Islands southern shelf, <<https://cm.ccamlr.org/measure-91-03-2009>> Erişim Tarihi 30 June 2021.
- CCAMLR's 35th. Annual Meeting More Than The Creation Of The World's Largest MPA <<https://www.ccamlr.org/en/organisation/key-challenges-and-achievements>> Erişim Tarihi 27 May 2021.
- Ecosystem Approaches, Oceans and Law of the Sea, Division for Ocean Affairs and the law of the sea, <https://www.un.org/depts/los/ecosystem_approaches/ecosystem_approaches.htm> Erişim Tarihi 30 June 2021.
- Fifth International Conference on the Protection of the North Sea, Bergen Declaration, 7-9 <https://www.ospar.org/site/assets/files/1239/5nsc-2002_bergen_declaration_english.pdf> Erişim tarihi 28 June 2021.
- Greenpeace, 'What a Global Ocean Treaty means- and why it matters to all of us'(Greenpeace 17 September 2018) <<https://www.greenpeace.org/aotearoa/story/what-a-global-ocean-treaty-means-and-why-it-matters-to-all-of-us/>> Erişim Tarihi 15 June 2021.
- Guidance on the Application of the Ecosystem Approach to Management of Human Activities in the European Marine Environment. ICES Cooperative Research Report no. 273 <[https://www.ices.dk/sites/pub/Publication%20Reports/Cooperative%20Research%20Report%20\(CRR\)/CRR273.pdf](https://www.ices.dk/sites/pub/Publication%20Reports/Cooperative%20Research%20Report%20(CRR)/CRR273.pdf)> Erişim tarihi 28 July 2021.
- How MPAs Safeguard the High Seas Reserves protect biodiversity, build resilience to climate change, A Brief From the PEW Charitable Trusts, July 2019, 2. <<https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/issue-briefs/2019/08/how-mpas-safeguard-the-high-seas>> Erişim Tarihi 17 July 2021.
- International Convention (with annexes) for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, 1954 (adopted 12 May 1954, entered into force 26 July 1958) 4714 UNTS (OILPOL).
- International Convention Relating to Intervention on the High Seas in cases of Oil Pollution Casualties (adopted 29 November 1969, entered into force 6 May 1975) 970 UNTS 211.

- International Convention for the regulation of Whaling (adopted 2 December 1946, entered into force 10 November 1948) 161 UNTS 72 (ICRW).
- Okyanusların en büyük sorunu plastik kirliliği, 18.02.2017, <https://www.dw.com/tr/okyanuslar%C4%B1n-en-b%C3%BCy%C3%BCk-sorunu-plastik-kirlili%C4%9Fi/a-37610725> Erişim Tarihi 2 June 2021.
- OSPAR Commission Protecting and Conserving the North East Atlantic and its Resources, <<https://www.ospar.org/convention/text.>> Erişim Tarihi 28 June 2021.
- OSPAR Commission <<https://oap.ospar.org/en/ospar-assessments/committee-assessments/biodiversity-committee/>> Erişim Tarihi 26 July 2021.
- OSPAR Commission, Criteria for the Identification of Species and Habitats in Need of Protection and their Method of Application, 12 December 2018, <<https://www.ospar.org/convention/agreements?q=Identification.pdf.>> Erişim Tarihi 26 July 2021.
- OSPAR Commission, Quality Status Report 2010 <<https://qsr2010.ospar.org/en/ch11.html>> Erişim tarihi 28 June 2021.
- Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973 (adopted 17 February 1978, entered into force 2 October 1983) 1340,1341 UNTS 61,3.
- Protocol Concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/3005/95ig6_7_spa_protocol_eng.pdf> Erişim Tarihi 30 June 2021.
- Protected Planet <<https://www.protectedplanet.net/en/thematic-areas/marine-protected-areas>> Erişim Tarihi 29 July 2021.
- United Nations Conference on the Environment, 5-16 June 1972, Stockholm. <<https://www.un.org/en/conferences/environment/stockholm1972>> Erişim Tarihi 28 May 2021.
- United Nations Conference on Environment& Development, Rio De Janerio, Brazil, 3 to 14 June 1992 <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf.>> Erişim Tarihi 15 June 2021.
- United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, “Developing and Implementing an Ecosystem Approach to Ocean-related Activities” <https://www.un.org/Depts/los/tsc_new/bckgrd_ecosystem_approach.pdf> Erişim Tarihi 30 June 2021.
- UNGA Res 62/215 (22 December 2007).
- UNGA Res 72/249 (19 January 2018).
- UNGA, A/75/L.96, 09.06.2021, <<https://www.undocs.org/en/A/75/L.96.>> Erişim Tarihi 16 June 2021.
- Torrey Canyon, International Maritime Committee, <<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/TORREY-CANYON-1.pdf>> Erişim Tarihi 21 October 2021.
- The Exxon Valdez Oil Spill A Report to the President, <<https://nrt.org/sites/2/files/Valdez%20spill%20RTP.pdf>> Erişim Tarihi 21 October 2021.
- World Oceans Day 2020: New IAEA Research Records Dramatic Increase in Microplastic Pollution in Eastern Tropical Pasific Ocean <<https://www.iaea.org/newscenter/news/world-oceans-day-2020-new-iaea-research-records-dramatic-increase-in-microplastic-pollution-in-eastern-tropical-pacific-ocean>> Erişim Tarihi 22 June 2021.
- World Charter for Nature, UNGA res 37/7 (28 October 1982) <<https://digitallibrary.un.org/record/39295>> Erişim Tarihi 30 June 2021.
- 30x30: NRDC’s Commitment to Protect Nature and Life on Earth, <<https://www.nrdc.org/30x30-nrdcs-commitment-protect-nature-and-life-earth>> Erişim Tarihi 30 June 2021.

Yapay Zekâ ve İnsan Hakları

Artificial Intelligence and Human Rights

Nesrin Singil^{*}

Öz

Yapay zekâ kavramı, ilk olarak 1955 yılında Dartmouth Koleji'nde düzenlenecek Dartmouth Yaz Araştırma Projesi'ne dair yapılan bir resmi başvuruda kullanılmıştır. Daha sonraları ise, yapay zekâ teknolojisinde yaşanan gelişmeler ile bu kavramın kullanımının arttığı bilinmektedir. Günümüzde ise, Birleşik Krallık, Fransa gibi pek çok devlet arasında gerçekleştirilen toplantılarda, yapay zekânın özellikle insan hakları üzerindeki etkileri hususunun daha çok ele alınmaya başladığı gözlemlenmektedir. Yapay zekâ teknolojisinin gelişmesi ve çağımızda birçoğumuzun ayrılmaz bir parçası haline gelmesi, beraberinde bu kavrama ilişkin birçok komplo teorisini de gündeme getirmiştir. Bu bağlamda kimilerine göre yapay zekâ insanlık bakımından bir tehdit olarak algılanır iken; kimilerine göre ise insanlığa yararlı bir teknoloji olarak görülmektedir. Yapay zekânın, teknoloji, sağlık, eğitim gibi daha pek çok alanda büyük gelişmelere katkı sunacağı açıktır. Benzer şekilde insan haklarının gelişimine de katkı sunması söz konusu olabilir. Bununla birlikte, yapay zekâ kullanımının insan hakları üzerinde ortaya çıkarabileceği olumsuz etkilerin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bu etkilerin tespit edilerek giderilmesi insan hakları ihlallerinin de önüne geçilmesine katkı sunar. Bu sebeplerle yapay zekânın, insan hakları üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin neler olduğunun ele alınması önem arz etmektedir. Bu çalışmada, ilk olarak yapay zekâ kavramı detaylandırılmaktadır. Ardından, gelişim düzeylerine göre yapay zekâ türleri ele alınmaktadır. Daha sonra, insan hakları bağlamında yapay zekâ hukuku incelenmektedir. Akabinde, yapay zekâ uygulamalarının insan hakları üzerindeki etkileri detaylandırılmaktadır. Son olarak ise, bazı temel hak ve özgürlükler bakımından yapay zekâ uygulamaları ele alınmaktadır. Bu çerçevede yapay zekâ uygulamalarının, “yaşam hakkı”, “adil yargılanma hakkı”, “özel ve aile yaşamına saygı hakkı”, “ifade özgürlüğü” ve “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” üzerindeki etkileri değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yapay zekâ, algoritma, makine öğrenmesi, insan hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Abstract

The concept of artificial intelligence was first introduced in 1955 with the official proposal letter of the Dartmouth Summer Research Project prepared in Dartmouth College. With time and developments in artificial intelligence technology, the use of this concept has gained increasing popularity. Today, the effects of artificial intelligence, particularly on human rights, are being increasingly discussed in international meetings held between many states such as United Kingdom, France etc. The development of artificial intelligence technology and its integration in our lives has brought several conspiracy theories. Some people perceive it as a threat, whereas others see it as a useful technology for humanity. Artificial intelligence contributes to significant developments in several fields such as technology, health, and education. Similarly, it may contribute to the further improvement of human rights. However, its negative effects on human rights cannot be ignored. Identifying and eliminating such negative effects will also result in the prevention of human right violations. Considering the aforementioned reasons, it is essential to consider the positive and negative effects of artificial intelligence on human rights. In this study, first, the concept of artificial intelligence is detailed. Then, types of artificial intelligence based on their developments are discussed. Next, the artificial intelligence law is examined in the context of

* Sorumlu Yazar: Nesrin Singil (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: nesrinsingil@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1983-178X

Atf: Singil N, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları” (2022) 42(1) PPIL 121. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.970856>

human rights and subsequently, the effects of artificial intelligence applications on human rights are detailed. Finally, the artificial intelligence applications are discussed in terms of some fundamental rights and freedoms. In this framework, the effects of artificial intelligence applications on the “right to life,” “right to a fair trial,” “right to respect private and family life,” “freedom of expression,” and “principle of equality and prohibition of discrimination” are evaluated.

Keywords

Artificial intelligence, algorithm, machine learning, human rights, European Convention on Human Rights

Extended Summary

The concept of artificial intelligence was officially proposed for the first time in 1955. Nowadays, it has become an integral part of our daily life; however, its use has caused some controversy. It has brought up several questions such as, “can artificial intelligence harm humanity?,” “can artificial intelligence rival humans?,” and “is artificial intelligence smarter than humans?.” In this context, contradictory opinions have emerged between people who think that artificial intelligence is beneficial for humanity and the ones who perceive it as a threat. Here answers to these questions can be provided by evaluating whether artificial intelligence is beneficial or harmful for humanity based on certain factors. Accordingly, the deficiencies experienced in terms of the following three issues result in a negative answer. First, the designer’s prejudices may reflect in the artificial intelligence during the design phase. In the design phase, it is important that the quality of the data used for training artificial intelligence is heterogeneous and does not create prejudices. Second, the decisions made regarding the system design may cause some negative effects. Third, some complex interactions can be difficult to detect, leading to negative effects.

The use of artificial intelligence can have several positive or negative effects on many human rights. Indeed, the artificial intelligence is contributing to the development of human rights. In this regard, human rights-based artificial intelligence systems may have positive effects on human rights as well. However, it is possible that prejudiced artificial intelligence systems, in which human rights are not paramount, may negatively affect human rights. Moreover, artificial intelligence has the potential to be used as a tool to deny human rights. Thus, it is important to focus more on the development of human rights-based artificial intelligence systems.

This study consists of two parts. In the first part, the concept of artificial intelligence is discussed. There are several definitions of artificial intelligence; however, no consensus exists on the same definition. Therefore, in this study, we have considered the most appropriate definition of artificial intelligence. Then, the types of artificial intelligence are discussed based on two different classifications. According to the best-known classification, artificial intelligence is divided into three categories, artificial narrow intelligence, artificial general intelligence, and artificial superintelligence. Based on the other classification, artificial intelligence is divided into four categories,

reactive machines, limited memory, theory of mind, and self-awareness. In terms of the types of artificial intelligence, it is necessary to be very careful, particularly during the design phase. Then, artificial intelligence law is detailed in the context of human rights. Recently, more importance is being given to human rights in the field of artificial intelligence. This has led to the creation of several different national and international regulations. However, these regulations are insufficient and more regulations are required. Finally, the effects of artificial intelligence on human rights are discussed.

In the second part, artificial intelligence applications regarding fundamental rights and freedoms are outlined. The use of artificial intelligence can have some positive as well as negative effects on human rights. Some individuals may face more negative effects of artificial intelligence than others may. Thus, it is necessary to evaluate the various positive and negative effects of artificial intelligence on human rights to prevent their violation. In this context, the effects of artificial intelligence on the “right to life,” “right to a fair trial,” “right to respect private and family life,” “freedom of expression,” and “the principle of equality and prohibition of discrimination” are being evaluated. Of course, the effects of artificial intelligence can be evaluated not only with regards to the aforementioned rights but also when it comes to other rights guaranteed by the European Convention on Human Rights and other International Conventions. In this regard, this study aims to draw attention to such effects of artificial intelligence on human rights. This study can be helpful for those who design and use artificial intelligence.

Yapay Zekâ ve İnsan Hakları

Giriş

Bir kavram olarak yapay zekânın ilk kez, 1955 tarihli bir resmi başvuruda kullanıldığı bilinmektedir. Sonrasında ise bu kavramın yaygınlaşarak, gündelik yaşantımızın pek çok alanında kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Bu çerçevede, yapay zekânın hayatımızın vazgeçilmez bir parçası olarak yerini aldığını söylemek hiç de yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte yapay zekâ kullanımının yaygınlaşması, bu kullanıma ilişkin farklı bakış açılarını da beraberinde getirmiştir. Nitekim yapay zekâ, kimilerince insanlık için bir tehdit olarak algılanırken; kimilerince ise insanlığın refah seviyesini artıracak ve sanayiden eğitime, yargı alanından sağlığa kadar daha pek çok alanda gelişime katkı sunabilecek, önemli bir teknoloji olarak görülmektedir¹.

Dijital alanda devrim yaratan yapay zekâ teknolojisi, toplumsal dönüşümün de önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Bununla birlikte günümüzde daha hızlı karar alabilme ve verimin artırılmasını sağlamak adına makinelere tabiri caiz ise bağımlı hale gelinmesi, yapay zekâ ve insan haklarının çatışması sorunu ile karşı karşıya kalınmasına yol açmaktadır. Yapay zekânın insan hakları üzerinde olumlu etkiler yaratarak insan hakları hukukunun gelişimine katkı sunması mümkündür. Bununla birlikte, bu etkilerin olumsuz yönde ortaya çıkarak insan hakları ihlallerine yol açması olasılığı da bulunmaktadır. İşte tam da bu noktada yapay zekânın insan hakları üzerindeki etkilerinin ne yönde olacağı hususunda bir değerlendirmenin yapılması, çatışmanın boyutlarının gözler önüne serilmesine katkı sunacaktır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde, yapay zekâ uygulamaları ele alınmaktadır. Bu çerçevede, yapay zekâ kavramı detaylandırılmaktadır. Ardından, yapay zekâ türleri incelenerek, insan hakları bağlamında yapay zekâ hukuku ele alınmaktadır. Son olarak ise, yapay zekâ uygulamalarının insan hakları üzerindeki etkileri değerlendirilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, kapsamın geniş olmasından dolayı bazı temel hak ve özgürlükler ile sınırlı olarak yapay zekâ uygulamalarının bu temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkileri incelenmektedir. Bu sebeple çalışmada, yapay zekâ uygulamalarının “yaşam hakkı”, “adil yargılanma hakkı”, “özel ve aile yaşamına saygı hakkı”, “ifade özgürlüğü” ve “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” üzerindeki etkileri değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra, uluslararası sözleşmeler ile tanınan, ancak bu çalışmada değinilmeyen daha pek çok hakkın da yapay zekâ kullanımından etkileneceğini unutmamak gerekir.

I. Yapay Zekânın Kavramsal Çerçevesi ve İnsan Hakları ile İlişkisi

Yapay zekâ kavramının ortaya atılmasından itibaren, bu kavrama yönelik pek çok tanımlamanın yapıldığı görülmektedir. Yapay zekâ alanında yaşanan gelişmeler, yapay

¹ Bkz Rory Cellan-Jones, ‘Stephen Hawking Warns Artificial Intelligence Could End Mankind’ (*BBC News*, 2 December 2014) <<https://www.bbc.com/news/technology-30290540>> Erişim Tarihi 10.06.2021.

zekâ türlerine ilişkin farklı tasniflerin oluşturulmasına imkân sunmuştur. Bu gelişmeler, yapay zekâ alanında insan haklarına yönelik yeni düzenlemeler yapılması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede çalışmanın ilk bölümünde, öncelikle yapay zekâ kavramı ve yapay zekâ türlerinin incelenmesi amaçlanmaktadır. Akabinde ise, insan hakları bağlamında yapay zekâ hukuku ve yapay zekâ uygulamalarının insan hakları üzerindeki etkileri değerlendirilmektedir.

A. Yapay Zekâ Kavramı

1997 yılında Carnegie Mellon Üniversitesi tarafından geliştirilen Derin Mavi (*Deep Blue*) programı, dünya satranç şampiyonu Garry Kasparov’u satrançta büyük bir yenilgiye uğratmıştır. Kasparov’u yenilgiye uğratan makinenin bu büyük zaferi ise bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir. Buradaki tartışmaların özellikle, makinelerin insan aklından üstün olup olmadığı noktasında ağırlık kazandığı görülmektedir. Günümüzde ise, teknolojiye yaşanan gelişmeler ile birlikte bu tartışmaların daha farklı bir boyut kazandığı gözlemlenmektedir. Nitekim yapay zekâ, bireyler ile kamu ve özel sektör bakımından vazgeçilmez bir parça durumuna gelmiştir. Örneğin, pek çoğumuzun kullandığı *Facebook, Google, Youtube, Twitter, Amazon, Baidu, Microsoft* ve *Alibaba* gibi birçok şirket de yapay zekâ teknolojisinden bir hayli faydalanmaktadır².

Elon Musk’ın “*en muazzam varoluşsal tehdit*”³ olarak nitelendirdiği yapay zekâ kavramı ilk kez 2 Eylül 1955’te, Claude Shannon, Ray Solomonoff, Nathaniel Rochester ve Marvin Minsky tarafından Rockefeller Vakfı’na sunulan resmi başvuruda “*1956 yazında Hanover, New Hampshire’deki Dartmouth Koleji’nde yapay zekâ üzerine... çalışma yapılmasını öneriyoruz.*”⁴ şeklinde kullanılmıştır. Bu kavramın 56 yıl önce ortaya atılmış olmasına karşın, teknolojinin gelişimiyle günümüzde çok farklı biçimlerde tanımlandığı; bununla birlikte üzerinde mutabık kılınmış bir tanımın ise olmadığı görülmektedir. Yapılan bu tanımlardan birine göre yapay zekâ, “*Doğal sistemlerin yapabildiği (zekice olsun veya olmasın) her bilişsel etkinliği (gerekirse bedenleri olan) yapay sistemlere, daha da yüksek başarı düzeylerinde nasıl yaptırabileceğimizi inceleyen bilim dalıdır.*”⁵ Diğer bir tanımda ise, yapay zekânın genellikle bağımsızlığı artırmak için, hesaplama neticesinde karar veren, otomatikleştirilmiş hız ve ölçek için kullanıldığı belirtilmektedir⁶. Poole ve Mackworth’e göre yapay zekâ, “*akıllıca hareket edebilen hesaplama ajanının*

2 Maria Stefania Cataleta and Anna Cataleta, ‘Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle’, (2020) 1 (2) *CIFILE Journal of International Law* 40, 41.

3 Bkz Stella Lincoln, ‘Find What Elon Musk Said About Real World AI’ (*The European Business Review*, 22 April 2021) <<https://www.europeanbusinessreview.com/find-what-elon-musk-said-about-real-world-ai/>> Erişim Tarihi 06.07.2021.

4 İpek Sucu, ‘The Effect of Artificial Intelligence on Society and Artificial Intelligence the View of Artificial Intelligence in the Context of Film (I.A.)’ 2019 2 (2) *Uluslararası Ders Kitapları ve Eğitim Materyalleri Dergisi* 206; Cem Say, *50 Soruda Yapay Zeka* (17th edn Bilim ve Gelecek Kitaplığı 2020) 85.

5 Say (n 4) 83.

6 UNGA, ‘Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression’ UN Doc A/73/348 (2018) 3.

sentez ve analizini inceleyen alan”⁷dir. Buna göre ajan, “*hareketli bir şey olup; eylemleri durum ve amaca uygunsu, değişen ortam ve hedefler karşısında esnekse, deneyimlerden öğreniyor ve algısal ve hesaplama sınırlarını gözettiğinde uygun seçimler yapabiliyor*”⁸ ise zekidir. Burada tanımlar bakımından ortak unsur esasında, yapay zekânın hedeflere ulaşabilecek akıllı araçların araştırılma, tasarlanma ve oluşturulma aşamalarını içermesidir⁹.

Yapay zekâ, daha ziyade bilgisayarların, karar alma ve problem çözüme gibi insanlar tarafından gerçekleştirilen belirli görevleri tamamlamasını veya değiştirilmesini sağlayan süreçler ve teknolojiler “*kümelenmesi*” olarak da ifade edilmektedir¹⁰. Alan Turing tarafından geliştirilen “Turing Testi”ne göre ise, bir insan görünmeyen bir bilgisayar ve insanla sohbet ettiğinde, hangisinin insan, hangisinin bilgisayar olduğunu ayırt edemiyorsa, burada söz konusu olan bilgisayar akıllıdır. Bu akıllı program ise, “yapay zekâ” olarak adlandırılır¹¹. İnsan Hakları Komisyonu (Avrupa Konseyi) tarafından yapılan ve bizim de katıldığımız tanıma göre ise yapay zekâ, “*genel olarak makinelerin zekâ gerektiren şeyleri yapma yeteneklerinin geliştirilmesine adanmış bir dizi bilim, teori ve tekniğe atıf yapan bir şemsiye terim*”dir¹². Esasında bu tanıma benimsememizin altında, yapay zekânın tek bir terim olarak görülmesinden ziyade, şemsiye bir terim olarak ele alınması gerektiği düşüncesi yatmaktadır.

Yapay zekâ sistemine gelindiğinde ise bu kavram, 21 Nisan 2021 tarihli Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifi’nde, “*Ek I’de listelenen bir veya daha fazla teknik ve yaklaşımla geliştirilen ve belirli bir insan-tanımlı hedef kümesi için içerik, tahmin, öneriler gibi çıktılar veya etkileşimde buldukları ortamları etkileyen kararlar üretebilen yazılım*”¹³ olarak tanımlanmaktadır. Bir yapay zekâ sistemi, belirli bir hedef kümesi için öneri ve tahminler sunan veya karar veren makine tabanlı bir sistemdir. Bu sistemin; gerçek veya sanal olan ortamı algılamak için makine ve/veya insan temelli girdiler kullanılması, bu tür girdilerin manuel ya da otomatik olarak modellere ayrılması ve son olarak bu modellerden, insan ya da otomatik araçlar yoluyla tavsiye, tahmin veya karar gibi sonuçların üretilmesi şeklinde bir süreç olduğu belirtilmektedir¹⁴.

7 Christoph Bartneck, Christoph Lütge, Alan Wagner and Sean Welsh, *An Introduction to Ethics in Robotics and AI* (SpringerBriefs in Ethics 2021) 7.

8 ibid.

9 ibid 7, 8.

10 UNGA (n 6) 3.

11 Gülay Hülya Yılmaz, ‘Yapay Zeka Etik Olabilir mi?’ (*The Deloitte Times*, December 2019) <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/the-deloitte-times/yapay-zekâ-etik-olabilir-mi.pdf>> Erişim Tarihi 10.05.2021.

12 Council Recommendation (EC) Unboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights [2019] 5 <<https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

13 European Commission COM (2021) 206 final, 2021/0106 (COD) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Act [2021] art 3.

14 EC (n 12) 5.

B. Yapay Zekâ Türleri

20. yüzyılın ortalarından bu yana sürekli bir gelişim içerisinde olan yapay zekânın, günümüzdeki geldiği nokta göz önünde bulundurulduğunda; gelecekte mevcut konumundan daha üstün bir düzeye erişeceğini söylemek pek de yanlış olmayacaktır. Bu tür bir gelişim süreci içerisinde olması ise yapay zekânın farklı türlerinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Kanaatimizce, gelecekte yaşanacak olan gelişmeler ışığında bu türlerin arasına yenilerinin eklenmesi de söz konusu olabilecektir.

Doktrinde, yapay zekâ türlerinin farklı kaynaklardan farklı sınıflandırmalara tabi tutulduğu gözlemlenmektedir. Bunlardan ise, özellikle iki tür sınıflandırmanın daha ön plana çıktığını belirtmek gerekir. İlk sınıflandırmaya göre yapay zekâ; yapay dar zekâ, yapay genel zekâ ve yapay süper zekâ olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bunlardan yapay dar zekâ, (*Artificial Narrow Intelligence/ANI*) “verileri analiz eden ve belirli alanlarda çözüm geliştiren algoritmik sistemler”¹⁵ olarak tanımlanmaktadır. Bu yapay zekâ türüne, günümüzde sıkça karşılaştığımız *Google Çeviri*, *Google Asistan*, sohbet robotları (*chatbots*) örnek olarak gösterilebilir¹⁶.

Yapay genel zekâ (insan zekâsı düzeyinde olan yapay zekâ-*Artificial General Intelligence/AGI*) ise, “insan zekâsını birden çok alanda yaklaşık olarak tahmin edebilen bilgisayar sistemleri”¹⁷ şeklinde belirtilmektedir. Yani yapay dar zekâ, sadece belli bir konuda zekice davranabilen, fakat başka konularda aynı performansı sergileyemeyen algoritmik sistemleri ifade ederken; genel yapay zekâ insan bilişsel yeteneklerinin eriştiği her konuda yüksek performans göstermesi beklenen bir bilgisayar sistemidir¹⁸.

Yapay süper zekâ (insan zekâsı düzeyinin ötesindeki yapay zekâ- *Artificial Superintelligence/ASI*) ise, bir bilgisayarın, bir insanın zekâ seviyesini birkaç katı aştığında ulaşılan yapay zekâ seviyesini ifade etmektedir. Burada, yapay genel zekânın, çoğu alanda insana eşit veya daha üstün bir zekâyâ sahip olması istenirken; yapay süper zekânın insandan çok daha akıllı olması beklenmektedir¹⁹.

Günümüzde yapay genel zekâyâ yönelik sürecin gelişmekte olduğunu ve yapay süper zekâyâ ise gelecekte ulaşılanının hedeflendiğini belirtmekte fayda vardır²⁰. Bununla birlikte içinde bulunduğumuz zaman bakımından yapay dar zekânın, gelecek bakımından ise yapay genel zekâ ve yapay süper zekânın insan haklarını ihlal etme potansiyelinin bulunduğunu ifade etmek gerekir.

15 UNGA (n 6) 4.

16 Hüseyin Güzel, ‘3 Tür Yapay Zekâ: Dar, Genel ve Süper’ (*Data Science Earth*, 8 March 2021) <<https://www.datasciencearth.com/uc-tur-yapay-zeka-dar-genel-ve-super/>> Erişim Tarihi 07.10.2021.

17 ibid.

18 Say (n 4) 169.

19 Jens Pohl, ‘Artificial Superintelligence: Extinction or Nirvana?’, (2015) *InterSymp-2015* 1, 2.

20 Güzel (n 16).

Arent Hintze tarafından yapılan sınıflandırmaya göre ise yapay zekâ; reaktif makineler, sınırlı bellek, zihin teorisi ve öz farkındalık olmak üzere dört farklı grup altında toplanmaktadır²¹. Esasında Hintze'nin sınıflandırmasında yukarıdaki ayırım ile benzerlik göstermektedir. Hintze'nin reaktif makineler türü, yapay zekânın en basit halini teşkil eder. Bu tür bir yapay zekâ geçmiş deneyimlerini analiz etmek yerine mevcut durumu analiz ederek bir tepki verir. Bunun en bilinen örneği, *Deep Blue*'dur. Sınırlı bellek türüne gelindiğinde ise, bu tür bir yapay zekâ geçmiş deneyimleri analiz ederek bir hamlede bulunmaktadır. Bunlara klasik örnek ise, otonom araçlar ya da dijital asistanlar gösterilmektedir. Günümüzde henüz var olmayan zihin teorisi türü ise, insanları bireysel olarak analiz ederek buna göre tepkiler geliştiren bir modeldir. Son olarak yine ancak bilim kurgu filmlerinde görebileceğimiz öz-farkındalık türü ise, tıpkı insanlar gibi hareket edebilen, kendi bilinç duygusuna sahip akıllı sistemler olarak tarif edilmektedir²².

Diğer sınıflandırma ile benzer şekilde, günümüzde var olan reaktif maddeler ve sınırlı belleğin ve gelecekte var olacağı düşünülen zihin teorisi ve öz farkındalık türlerinin insan hakları üzerinde birtakım etkileri söz konusu olabilir. Diğer bir deyişle, yapay zekânın bütün türlerinin insan hakları üzerinde bazı olumlu veya olumsuz etkilerinin olabilmesi ihtimali bulunmaktadır. Burada türler arasındaki ayırım ise ancak etkinin boyutu bakımından önem arz edebilir. Yapay zekâ türlerinin gelişim düzeyi arttıkça insan hakları üzerinde yaratacağı etkilerde artarak, çeşitlenebilir. Örneğin; ayrımcılık yasağı üzerinde reaktif makinelerin yaratacağı etki daha sınırlı bir şekilde ortaya çıkabilirken, sınırlı bellek türünde ise bu etki biraz daha fazla olabilme potansiyeline sahiptir.

C. İnsan Hakları Bağlamında Yapay Zekâ Hukuku

Yapay zekâ kullanımının insan hakları üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler, ulusal ve uluslararası boyutta bu alana yönelik kaygıların artmasına yol açmıştır. Bu bağlamda, insan haklarına dayanan yapay zekâ tasarımları bakımından uluslararası boyutta yol gösterici olan 18 Aralık 2018'de Avrupa Konseyi tarafından ortaya koyulan "*Güvenilir Yapay Zekâ Sistemleri için Etik İlkeler Rehberi*"nde²³ bu kaygıları gidermeye yönelik birtakım gerekliliklerin ele alındığı görülmektedir. Bu gereklilikler; "*temel insan hakları gözetimi, zararın önlenmesi ilkesi ile yakından ilişkili olan teknik sağlamlık ve güvenlik ile gizlilik (özel hayatın gizliliği) ve veri yönetimi, açıklanabilirlik ilkesi ile yakından ilişkili olan şeffaf olma, adil muamele ilkesi ile yakından ilişkili olan çeşitlilik, ayrımcılık yapmama ve adil olma ile hesap verebilirlik ve adil muamele ilkesi ve zararın önlenmesi ilkesi ile yakından ilişkili olan toplumsal refahın sağlanması ve çevrenin korunması*"²⁴ şeklindedir.

21 Sezen Aladag Ozdemir 'Human-Centered Design for Artificial Intelligence' (Master thesis, Yeditepe University 2019) 18.

22 ibid.

23 Bkz The European Commission Ethic Guidelines for Trustworthy AI [2018] <https://ai.bsa.org/wp-content/uploads/2019/09/AIHLEG_EthicsGuidelinesforTrustworthyAI-ENpdf.pdf> Erişim Tarihi 28.06.2021.

24 ibid 9.

2018 tarihli “*Yapay Zekânın Gelişiminde Sorumluluk için Montreal Deklarasyonu*”²⁵ ile de toplumların genel çıkarlarını destekleyen dijital teknoloji ve yapay zekâ için geçerli olan bazı ilke ve değerler belirlenmektedir. Bunlar; refahın sağlanması, mahremiyetin korunması, otonomiye saygı, danışma, demokratik katılım, eşitlik, çeşitliliğin dâhil edilmesi, ihtiyat, sorumluluk ve sürdürülebilir kalkınmadır²⁶.

Avrupa Konseyi’nin “*2019 tarihli Oyun Değiştiricinin Yönetilmesi- Yapay Zekâ Geliştirmenin İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü Üzerindeki Etkileri Konferansı*” nda²⁷, toplum için faydayı en üst düzeye çıkarmak ve insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne yönelik riskleri en aza indirmek için, yapay zekâ gelişiminin nasıl ele alınacağına dair eleştirel, açık ve kapsayıcı bir tartışma yapılmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Toplantıda, yapay zekânın insanı avantajların merkezine yerleştirilecek şekilde geliştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır²⁸.

Benzer şekilde, 22 Mayıs 2019 tarihinde OECD üyesi devletler tarafından, “*Yapay Zekâ Konseyi Tavsiyesi*” kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra, bu ilkelerin, 8-9 Haziran 2019 tarihleri arasında gerçekleştirilen Osaka Zirvesi’nde G20 devletleri tarafından da teyit edildiği görülmektedir. Bu Tavsiye’de güvenilir yapay zekâyâ yönelik ilkeler beş başlık altında ele alınmıştır. Bunlar; “*kapsayıcı büyüme, sürdürülebilir kalkınma ve refah*”, “*insan merkezli değerler ve adalet*”, “*şeffaflık ve açıklanabilirlik*”, “*sağlık, güvenlik ve emniyet*” ve “*hesap verebilirlik*”tir²⁹. Buna göre dijitalleşme, ekonomik kalkınmanın sağlanması ve sosyal olarak yaşanan zorlukların çözümüne katkı sunması gibi birtakım olumlu gelişmeler sağlarken, olumsuz etkiler ortaya çıkarma potansiyeline sahip olduğundan dolayı bazı kaygıların oluşmasına da yol açmaktadır³⁰. Bu sebeple, yapay zekâ uygulamalarında bu gibi ilkelerin göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Yakın tarihli bir gelişme olan 21 Nisan 2021 tarihli “*Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifi*”nde³¹ ise; yapay zekânın, kişi güvenliği başta olmak üzere temel haklar bakımından açık bir tehdit olarak kabul edildiği ve devletler tarafından sosyal puanlama uygulamaları gibi kullanımların temel haklar bakımından kabul edilemez seviyede risk barındırması sebebiyle bu tür kullanımların yasaklanarak bunların bir yaptırıma tabi

25 Bkz Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence [2018] <https://monoskop.org/images/b/b2/Report_Montreal_Declaration_for_a_Responsible_Development_of_Artificial_Intelligence_2018.pdf> Erişim Tarihi 30.06.2021.

26 ibid 8-17.

27 Council of Europe Governing the Game Changer – Impacts of Artificial Intelligence Development on Human Rights, Democracy and the Rule of Law [2019] 1-17 <<https://rm.coe.int/conference-report-28march-final-1-/168093bc52>> Erişim Tarihi 28.06.2021.

28 ibid.

29 OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence [2019] <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>> Erişim Tarihi 18.06.2021; OECD G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy-Annex: G20 AI Principles [2019] <<https://www.mofa.go.jp/files/000486596.pdf>> Erişim Tarihi 01.07.2021.

30 ibid.

31 Metnin tamamı için bkz European Commission COM (n 13).

tutulması gerektiği öngörülmektedir. Altyapı, eğitim, sağlık, istihdam, temel kamu hizmetleri, adli kolluk hizmetleri ve adli yargılama, göç alanlarında ise yapay zekâ kullanımının yüksek riskler barındırabileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda, bu tür yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmeden önce katı yükümlülüklerle tabi tutulması gerekmektedir. Bu yükümlülükler; yeterli düzeyde risk değerlendirme ve azaltma sistemlerinin oluşturulması, riskleri ve ayrımcı sonuçları en aza indirmek için sistemi besleyen verilerin yüksek kalitede tercih edilmesi, sonuçların izlenebilirliğini sağlamak için aktivite günlüğünün tutulması, yetkililerin uygunluğunu değerlendirmeleri için sistem ve amacı hakkında gerekli tüm bilgileri sağlayan ayrıntılı belgelerin oluşturulması, kullanıcıya açık ve yeterli bilgilendirmenin yapılması, riski en aza indirmek için insan temelli uygun gözetim önlemlerinin alınması, yüksek düzeyde sağlamlık, güvenlik ve doğruluğun sağlanmasıdır³².

2016 yılından itibaren yapay zekâyâ yönelik pek çok ulusal politika ve strateji belgelerinin yayımlanmaya başladığı da görülmektedir. Bu çerçevede, Türkiye de *2021-2025 Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi*'ni açıklamıştır. Strateji'de, “*yapay zekâ değerleri; insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne saygı, çevreyi ve biyolojik ekosistemi geliştirmek, çeşitliliğin ve kapsayıcılığın sağlanması, barışçıl, adil ve birbirine bağlı toplumlarda yaşamak ve yapay zekâ ilkeleri ise; ölçülülük, emniyet ve güvenlik tarafsızlık, mahremiyet, şeffaflık ve açıklanabilirlik, sorumluluk ve hesap verebilirlik, veri egemenliği ve çok paydaşlı yönetim*”³³ olarak belirlenmiştir.

D. Yapay Zekâ Uygulamalarının İnsan Hakları Üzerindeki Etkileri

Çağımızda yapay zekânın, askeri uygulamalardan yargı alanına, ticaret alanından tıbbi uygulamalara kadar daha pek çok alanda kullanıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla, insan haklarına yönelik uluslararası sözleşmelerde yer alan her bir insan hakkı, şu veya bu şekilde bu kullanımlardan etkilenmektedir. Bu etkinin ise, olumlu veya olumsuz şekilde ortaya çıkabilmesi mümkündür. Belirtmek gerekir ki, yapay zekâ uygulamaları her birey üzerinde eşit veya benzer etkiler yaratmaz. Lâkin; bazı birey ya da grupların hakları yapay zekâ kullanımlarından olumsuz yönde etkilenebilirken; diğer bireylerin benzer bir kullanımdan olumlu yönde etkilenebilmesi olasıdır³⁴. Bu sebeple, bu etkilerin tüm birey grupları bakımından detaylı bir şekilde ele alınarak, olumsuz etkileri gidermeye yönelik adımların atılması gerekmektedir.

32 Commission Press Release (EC) Europe Fit for the Digital Age: Commission Proposes New Rules and Actions for Excellence and Trust in Artificial Intelligence (21 April 2021).

33 Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi (2021-2025), 31574 sayı ve 20.08.2021 tarihli Resmî Gazete <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/08/20210820-22.pdf>> Erişim Tarihi 07.10.2021.

34 Raso Filippo, Hannah Hilligoss, Vivek Krishnamurthy, Christopher Bavitz and Kim Levin, *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, (Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication 2018) 17, 18 <<https://cyber.harvard.edu/publication/2018/artificial-intelligence-human-rights>> Erişim Tarihi 15.05.2021.

Günümüzde giderek yaygınlaşan yapay zekâ uygulamalarının, insan hakları bakımından birtakım olumlu katkılarının olması mümkündür. Bunun için devletler tarafından gerekli önlemlerin alınması ve bu hususta yasal düzenlemelerin yapılması gerekir. Tasarımcıların ise, algoritmaları kontrollü bir biçimde oluşturması ve en önemlisi insan haklarını merkeze alan yapay zekâ sistemlerini tercih etmesi mühimdir. Bu husus “*Yapay Zekâ ile ilgili Pekin İlkeleri*”nde³⁵, “*Yapay zekânın toplumun ve insan uygarlığının ilerlemesini desteklemek için tasarlanması ve geliştirilmesi gerektiği...*”³⁶ şeklinde dile getirilmiştir. Nitekim, yapay zekânın, “*Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri*”nden³⁷ 1. ve 5. hedefe de katkı sağladığını belirtmek gerekir. 1. hedef olan “*yoksulluğa son verilmesi*” bakımından, yapay zekânın ekonomik büyümeyi etkileyen teknolojiler geliştirmesini sağlayarak ve ekonomik üretkenliği destekleyerek, yoksulluk ve küresel refah üzerinde olumlu etkiler yaratması söz konusudur. Bu çerçevede örneğin; insansız hava araçlarının tarımda kullanılması çiftçilerin üretimini olumlu yönde etkilemekte ve bu durum tarımdan elde edilecek verimin artırılmasına katkı sağlamaktadır³⁸. 5. hedef olan “*toplumsal cinsiyet eşitliği*” bakımından ise, yapay zekâ cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve kadınların güçlendirilmesine de yardımcı olabilir. Örneğin, Pakistan’da, özellikle kırsal bölgeler bakımından içerik oluşturması için UNESCO ile ortaklık kurularak oluşturulan yapay zekâ sohbet robotu “*RAAJI*” kadınlarla kadın üreme sağlığı, hijyen ve güvenlik hakkında konuşabilmektedir³⁹.

Yapay zekânın; birtakım olumlu etkilerinin olmasının yanı sıra, yeterli şeffaflığın sağlanamaması, özel yaşamın gizliliğinin, ifade özgürlüğü ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi ile işsizliğin artması⁴⁰ gibi daha pek çok hususta olumsuz etkilerinin olabileceği de öngörülmektedir. Örneğin yapay zekânın, devletlerin başta terörizm olmak üzere yasadışı faaliyetler ile mücadelede kullanılması, toplumsal hayatı daha güvenilir bir hale getirerek suçluluk ile mücadelede etkin bir rol oynayabilecektir. Buna karşın; böyle bir kullanım sıradan insanlar bakımından özel yaşamın gizliliğinin ihlaline yol açarak, bireylerin gelecekte dini, siyasi, etnik kökeni, sağlık durumu vb. hususlarda ayrımcılığa maruz kalabilme ihtimalinin ortaya çıkmasına sebep olacaktır⁴¹.

Yapay zekânın insan hakları üzerinde yaratabileceği olumsuz etkiler esasında, üç husustan kaynaklanmaktadır. Bu hususlardan ilkini, eğitim verilerinin kalitesi oluşturmaktadır. Bir yapay zekâ sistemini eğitmek için kullanılan veriler önyargılı

35 Beijing Academy of Artificial Intelligence The Beijing Artificial Intelligence Principles (2019) 10 *Datenschutz und Datensicherheit- DuD* 656 <<https://www.wired.com/beyond-the-beyond/2019/06/beijing-artificial-intelligence-principles/>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

36 ibid.

37 UNGA, A/RES/70/1 Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development [2015].

38 Alexander Kriebitz and Christoph Lütge, ‘Artificial Intelligence and Human Rights: A Business Ethical Assessment’ (2020) *Business and Human Rights Journal* 10, 11.

39 ibid 11.

40 Yılmaz (n 11) 23.

41 Cataleta and Cataleta (n 2) 45.

olduğu ölçüde, ortaya çıkan sistemin de birtakım önyargılar geliştirmesi kaçınılmaz olacaktır⁴². Zira, yapay zekâ sistemlerinin, denetim düzeyine bağlı olarak, bunu geliştiren insanların dahi öngöremediği sonuçlara yol açabilecek, önyargılı ve ayrımcı kalıplar oluşturabilme ihtimali bulunmaktadır. Örneğin; 2016 yılında, *Google Çeviri*'nin bir önyargı geliştirerek bazı meslekleri icra edenler bakımından cinsiyetlerine dair bir varsayımda bulunduğu görülmüştür⁴³. Benzer şekilde Amazon tarafından teknik işler için başvurularında kullanılan bir yapay zekânın kadınlara karşı önyargı oluşturduğundan dolayı geri çekildiği bilinmektedir⁴⁴.

Eğitim verilerinin kalitesi bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, eğitim verileri ile test edilen veriler arasındaki zaman farkına ilişkindir. Bu duruma örnek olarak, AIHM kararlarına ilişkin 2016 tarihli bir araştırma gösterilebilir. Bu çalışmada, Sözleşme'de düzenlenen işkence yasağı, adil yargılanma hakkı ve özel ve aile yaşamına saygı hakkına ilişkin olarak, Mahkeme tarafından verilen yaklaşık 600 karar yapay zekâ sistemi tarafından analiz edilmiştir. Bu analiz neticesinde sistemin, belirtilen hakların ihlal edilip edilmediğine yönelik AIHM'nin verdiği kararların %79'unu doğru olarak tahmin ettiği tespit edilmiştir. Dokuz hakka yönelik yaklaşık olarak 1950 kararın analiz edildiği 2020 tarihli denemede ise bu oranın %75'e gerilediği görülmüştür⁴⁵. Esasında doğruluk oranındaki bu düşüşün sebebi, eğitilen ve test edilen veriler arasındaki boşluğun artmasıdır. Diğer bir deyişle, gelecek için bu tür tahminlerin sağlıklı olabilmesi isteniyorsa, öncelikle değişen zamanın göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bağlamda, modelin eğitildiği kararlar ile test edilen kararlar arasındaki zaman farkının az olması, algoritmanın sürekli olarak yeni veriler ile beslenmesi ve verilerin niteliksel ve niceliksel çeşitliliğinin sağlanması önem arz etmektedir⁴⁶.

İkinci husus, sistem tasarımıdır. Tasarıma yönelik verilen kararlarının, insan hakları üzerinde olumlu ya da olumsuz birtakım etkileri olabilmektedir. İnsan hakları ihlallerine yol açması söz konusu olan olumsuz etkiler, genellikle tasarımcıların bireysel yaşam deneyimleri ve önyargılarının bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır. Bu etkiler, bazen sistem tasarımcısı tarafından öngörülebilirken kimi durumlarda ise bu mümkün değildir⁴⁷. Bu sebeplerle sistem tasarımı bakımından, tasarımcıların bu hususa azami önemi göstermesi gerekir. Diğer yandan, tasarımcıların sistemin tanımlanmasında kademeli olarak devre dışı kalması şeffaflık, hesap verebilirlik ve etkili çözüm sağlamayı daha da zor hale getirebilir. Bu bağlamda, yapay zekânın insan haklarına dair olumsuz etkilerinin fark edilmesi ve bunun azaltılması sürecinde

42 Filippo, Hilligoss, Krishnamurthy, Bavitz and Levin (n 34) 15.

43 Say (n 4) 154, 155.

44 Kriebitz and Lütge (n 38) 15.

45 Jasper Ulenaers, 'The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?' (2020) 11 (2) *Asian Journal of Law and Economics* 6.

46 Masha Medvedeva, Michel Vols and Martijn Wieling, 'Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights' (2019) *Artificial Intelligence and Law* 259.

47 Filippo, Hilligoss, Krishnamurthy, Bavitz and Levin (n 34) 15.

tasarımcı ya da diğer ilgili personelin devre dışı bırakılması, insan hakları ihlallerini de beraberinde getirecektir⁴⁸. Diğer bir deyişle, tasarımcıların mümkün olduğunca önyargılar ve yaşam deneyimlerinden sıyrılarak sistemi tasarlamaları ve bu sistemin dışında kalmamaları gerekir. Bu sebeple, sürekli bir kontrol mekanizmasının bulunması, hataların giderilmesi noktasında önemli olacaktır.

Sonuncu olumsuz etki ise, karmaşık etkileşimlerden kaynaklanmaktadır. Burada karmaşık etkileşimden kastedilen, yapay zekâ sistemlerinin çevre ile etkileşime girerek oluşturulma aşamasında öngörülemez bazı olumsuz sonuçlara sebep olabilmesidir. Nitekim, gerçekleştirilen fiillerin insan hakları üzerindeki etkileri her zaman fiilin gerçekleştiği zaman ortaya çıkmayabilir. Etkilerin daha sonraki bir süreçte ortaya çıkabileceği de öngörülemez olabilir⁴⁹. Yapay zekânın bu yönü, kara kutu sorunu olarak da adlandırılmaktadır⁵⁰. Bu durum, yapay zekânın oluşturulma aşamasında bireylerin haklarını ihlal edip etmeyeceği hususunda belirsizlikler yaratmaktadır. Belirsizliklerin olması ise, bireylerin yapay zekâ kullanımlarında haklarına yönelik gerçekleştirilecek ihlallerin farkında olmasını ve bunlara yönelik gerekli önlemleri almasını engelleyebilir. Zira, bu sistemlerin teknik uzmanlık gerektiren boyutlarına ilişkin sıradan bireylerin farkındalığının olması da beklenemez. Bununla birlikte, bireylerin hak ihlallerini önlenmeye yönelik girişimleri olsa dahi, uzmanlık gerektiren bu tür durumlarda başarılı olabilmesi pek mümkün değildir⁵¹.

Yapay zekâ sistemlerinde şeffaflık ve açıklanabilirliğe yönelik eksiklikler de insan hakları üzerinde olumsuz etki yaratabilmektedir. Bu eksiklikler, sistemlerin hesap verilebilirliğini de etkilemektedir. Eski Birleşmiş Milletler Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörü David Kaye'in 2018 tarihli Raporu'nda, bu sorunun iki farklı yönünün olduğu belirtilmektedir. İlk olarak, bireyler genellikle, haklarını olumsuz yönde etkileme ihtimaline sahip olan yapay zekâ uygulamalarının varlığı ve kapsamı hakkında bilgi sahibi değildir. Yani, doğal bir bireysel bildirim sistemi mevcut değildir. İkincisi ise, yapay zekâ sisteminin incelenabilirliği hususudur. Kimi durumlarda algoritmik bir kararın arkasında yatan mantık, bu sistemin temelini oluşturan teknik uzmanlığa sahip kişiler bakımından dâhi açık olmayabilir. Diğer bir deyişle, algoritmalar tarafından verilen kararın da karmaşık yapıda olabilmesi ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca, bilişim şirketlerince algoritmalar üzerinde sık yapılan güncellemeler de durumun daha karmaşık bir hâl almasına sebep olabilir. Bunun yanı sıra, makine öğrenme uygulamalarının da zamanla kendi kural ve algoritmalarını değiştirme ihtimali bulunmaktadır⁵². Kısacası, yapay

48 UNGA (n 6) 6.

49 Filippo, Hilligoss, Krishnamurthy, Bavitz and Levin (n 34) 15.

50 Bkz Cataleta and Cataleta (n 2).

51 Pizzi, Romanoff and Engelhardt (n 31) 152.

52 UNGA (n 6) para 40. Makine öğrenme ve derin öğrenme sistemlerinin ayırt edici özelliği, öngörülemez bir biçimde öğrenme ve gelişme kabiliyetine sahip olmalarıdır. Pizzi, Romanoff and Engelhardt (n 31) 152.

zekâ sistemleri, aşamalı olarak yeni sorunlara yeni çözümler üretebilir. Bu noktada, programlayıcılarının dâhi öngöremediği birtakım sonuçların ortaya çıkması olasıdır. Burada bilinmesi gereken husus, en iyi düzeyde olarak nitelendirilen makine öğrenme sistemlerinin bile uygulanabilirlik bakımından bir sınırının olduğudur. Sınırlılık ise, ortaya çıkacak sonuçların yanlış veya mantıksız olması ihtimalini gündeme getirmektedir. Bu durumda ise çok büyük sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilecek olan, aşırı öngörülemezlik hâli söz konusu olacaktır⁵³.

Belirtmek gerekir ki, insan haklarına yönelik bir müdahale söz konusu ise bunun hukuka uygun, meşru bir amaca yönelik olarak gerekli ve orantılı olması gerekir. Bu sebeple yapay zekânın, insan haklarının ihlaline yol açacak şekilde geliştirildiği veya kullanıldığı iddiası, öncelikle hukukilik, gereklilik ve orantılılık testine tâbi tutulmalıdır⁵⁴. Ayrıca yapay zekâ uygulamalarının insan hakları üzerindeki olumsuz etkilerini engellemek için bazı tedbirler alınabilir. Bunlardan ilki yapay zekâ kullanıldığı hususunda kullanıcıların bilgilendirilmesidir. İkincisi, herhangi bir ihlal ile karşılaştıkları durumda başvurulacak birimlere ne şekilde başvurulacağına ilişkin bir kılavuzun belirlenmesidir. Son olarak ise, yapay zekâ uygulamalarının aldığı kararların açıklanabilirliğinin yani hesap verilebilirliğinin sağlanmasıdır⁵⁵.

II. Bazı Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Yapay Zekâ Uygulamaları

Yukarıda da belirtildiği üzere, insanlık bakımından büyük faydalar sağlayacak olan yapay zekâ uygulamalarının insan hakları üzerinde birtakım olumsuz etkilerinin ortaya çıkması da söz konusu olabilir. Bu sebeple son zamanlarda sıkça uluslararası platformlarda tartışılan bu hususun detaylandırılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Yapay zekâ uygulamalarının pek çok insan hakkını olumlu ya da olumsuz yönde etkileyeceği bir gerçektir. Bununla birlikte kapsamın bu kadar geniş olmasından dolayı; çalışmanın, yapay zekâ uygulamalarının en çok etkileyeceği düşünülen bazı temel hakların incelenmesi ile sınırlı tutulması tercih edilmiştir. Bu çerçevede; aşağıda yapay zekâ uygulamalarının yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı, özel ve aile yaşamına saygı hakkı, ifade özgürlüğü, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı üzerindeki etkileri detaylandırılmaktadır.

A. Yapay Zekâ Uygulamalarının Yaşam Hakkı Üzerindeki Etkileri

Yapay zekânın insan hakları üzerindeki etkileri bağlamında ilk ele alacağımız hak, bütün temel hak ve özgürlüklerin var olabilmesi için bir ön koşul olan yaşam

53 ibid.

54 Article 19 and Privacy International, 'Privacy and Freedom of Expression In the Age of Artificial Intelligence' (2018) 20-21 <<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Privacy-and-Freedom-of-Expression-In-the-Age-of-Artificial-Intelligence-1.pdf>> Erişim Tarihi 13.10.2021.

55 FRA, 'Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights' (2020) *Report of European Union Agency for Fundamental Rights* 76.

hakkıdır. Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddede, herkesin yaşam hakkının olduğu ve bu hakka doğuştan sahip olduğu belirtilmektedir. Maddenin devamında yaşam hakkına ilişkin bazı istisnaların düzenlendiği görülmektedir. Bunlar; “a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”⁵⁶ fiilleridir. AİHS'nin 2. maddesine benzer düzenlemelerin; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 3. maddesinde⁵⁷, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (MSHS) 6. maddesinde⁵⁸ ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın (ABTHŞ) 2. maddesinde⁵⁹ de yer aldığı görülmektedir.

Yapay zekânın, yaşam hakkı üzerinde olumlu veya olumsuz birtakım etkileri söz konusu olabilir. Yapay zekânın yaşam hakkı bakımından olumlu etkileri denildiğinde, akla ilk gelen örnek hiç şüphesiz ki sağlık alanındaki yapay zekâ uygulamalarıdır. Zira bu alanda gerçekleştirilecek olan teşhis ve tedavilerde yapay zekâ kullanımı ile teşhis hatalarındaki oran bir hayli düşmektedir. Bu durum ise, hastalığa yönelik daha hızlı müdahalede bulunulmasına imkân sunmaktadır. Örneğin, “*derin hasta*” adlı bir program, hastanın muayenesindeki bulgular arasında doktorlar tarafından tespit edilemeyen birtakım ilişkilerin kurulmasını sağlamaktadır. Böylelikle, kanser ve diyabet gibi bazı hastalıklar bakımından yeni modellerin oluşturularak, hastalığın erken teşhisi ile yaşam hakkının korunmasına katkı sunulmaktadır⁶⁰.

Yapay zekânın yaşam hakkı üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler hususunda ise akla ilk gelen örnek, otonom bir aracın çarpması sonucu bir kişinin yaşamını yitirmesidir. Bu örnek üzerinden yapay zekâ uygulamalarının cezai sorumluluk

56 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR) art 2 (2), <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf> Erişim Tarihi 28.06.2021; Türkçe metni için bkz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), RG, 06.02.1972, Sayı 14091; ayrıca yaşam hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar and Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (Güncellenmiş 9th edn Seçkin Yayıncılık, 2021) 92-152; Enver Bozkurt, Selim Kanat and Sezercan Bektaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku* (Gözden geçirilmiş 3rd edn Legem Yayıncılık, 2018)163-170.

57 Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III)) (UDHR), art 3 <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf> Erişim Tarihi 09.07.2021, Türkçe metin için bkz İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB), RG, 27.05.1949, Sayı 7217.

58 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR) art 6, <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>> Erişim Tarihi 30.06.2021; Türkçe metin için bkz Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS), RG, 18.06.2003, Sayı 25142.

59 Charter of Fundamental Rights of the European Union (declared in 2000, came into force December 2009) Official Journal of the European Communities (2000/C 364/01) (2000) (CFREU) art 2, <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf> Erişim Tarihi 28.06.2021; Türkçe metin için bkz Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, Kasım 2001, <https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf> Erişim Tarihi 28.06.2021.

60 Filippo, Hilligoss, Krishnamurthy, Bavitz and Levin (n 34) 34, 35; Ana Santos Rutschman, ‘Stephen Hawking Warned About the Perils of Artificial Intelligence-Yet AI Gave Him A Voice’ (*The Conversation*, 15 March 2018) <<https://theconversation.com/stephen-hawking-warned-about-the-perils-of-artificial-intelligence-yet-ai-gave-him-a-voice-93416#:~:text=The%20late%20Stephen%20Hawking%20was,end%20of%20the%20human%20race.%E2%80%9D>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

boyutunun sıkça tartışıldığı gözlemlenmektedir⁶¹. Bu tartışmalardan farklı olarak bu çalışmada, yaşam hakkı boyutunun değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Örneğin, trafik kazasının kaçınılmaz olduğu bir durumda, otonom aracın karşıdan karşıya geçen iki kişiden birine çarpmak için seçim yapması gerekiyorsa, bu araç seçimini ne şekilde yapmalıdır? Pek çoğumuz için hiç de kolay olmayacak olan bu karar verilirken, yapay zekânın birtakım kurallara uyması gerekir. Bu kurallardan ilki, bu kazada yaşam hakkına müdahale edilme olasılığı bulunan bütün bireyler bakımından ölüm olasılığının değerlendirilmesidir. İkinci kural, bütün bireylerin eşit olarak hayatta kalma imkânına sahip olmasıdır. Sonuncu olarak ise, yaşam hakkına müdahale edilecek birey/ bireylerin açık rızasının olduğu durumlarda, ikinci kural dikkate alınmayabilir. Örneğin, kaçınılmaz bir trafik kazasında bir büyükanne arabanın torunu yerine kendisine çarpmasına rıza gösterebilir⁶². Bu noktada, ötenazi ve intihara yardım gibi bireyin rızasına dayalı yaşama son verilmesi durumlarında, AİHS bağlamında taraf devletlere geniş takdir alanı bırakıldığı görülmektedir⁶³. Örneğin; AİHM, *Pretty v United Kingdom Davası*'nda⁶⁴ iyileşme ihtimali bulunmayan ve intihar edebilme yeteneğini kaybetmiş bulunan bireyin eşinin intihara yardım etmesi hususundaki başvurusunda, bu tür bireylerin korunmalarına yönelik düzenlemelerin yerel otoritelerce yapılabileceğini belirterek, aksi bir durumun hakkın kötüye kullanılması riski barındıracağı ve yaşam hakkına yönelik bir müdahalenin söz konusu olabileceğine karar vermiştir⁶⁵.

Kaçınılmaz bir trafik kazası bakımından, otonom aracın belirtilen tüm kurallara uyarak yaşam hakkının ihlaline yönelik bir karar vermesi durumunda bu araçların yaşam hakkının korunmasına olumlu katkı sunduğu söylenebilir mi? Bu soruya bir cevap bulabilmek için insan sürücüler ile yapılacak olan kıyaslama yol gösterici olabilir. Gündelik hayatta insan sürücülerin aslında trafik kazalarında karar verme süreçlerini pek de iyi yönetemedikleri gözlemlenmektedir. Bu gibi durumlarda sürücüler genellikle, bilinçsiz ve panik halinde karar vererek bir hamlede bulunmaktadır. Halbuki otonom bir aracın, bu gibi bir kriz anında insan beyninden çok daha hızlı harekete

61 Bkz Tuba Keleş Pekmez, 'Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme' (2018) 6 (2) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 173-195; Özgür Taşdemir, Ümit Vefa Özbay and Burhanettin Onur Kireçtepe, 'Robotların Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme' (2020) 69 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 793-833; Murat Volkan Dülger, 'Bir Hukuk-Kurgu Denemesi: Yapay Zekâlı Varlığın Hukuki Sorumluluğu (Olabilir Mi?)' (2017) 2 *Hukuk ve Daha Fazlası (h+)* 5-7.

62 Kriebitz and Lütge (n 38) 9.

63 Ulaş Karan, 'Yaşam Hakkı' *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* Sibel İnceoğlu (eds) (3rd edn Beta 2013) 128.

64 Diana Pretty tedavisi olmayan MND hastasıdır. Hastalık sebebiyle boyundan alt tarafı felç olup konuşma yeteneğinde de zayıflamalar mevcuttur. Pretty, intihar edebilme yeteneğinin bulunmamasından dolayı çektiği acıların son bulması için, eşinin kendi intiharına yardım etmesini istemektedir. Ancak Birleşik Krallık'ta yürürlükte bulunan 1961 tarihli İntihar Kanunu'nun 2 (1). maddesine göre, intihara yardım ve yönlendirme suç olarak düzenlenmektedir. Bu bağlamda Pretty, Birleşik Krallık'ın eşinin kendi intiharına yardım etmesine izin vermemesinin AİHS'nin 2, 3, 8, 9 ve 14. maddelerinde düzenlenen hakları ihlal ettiği iddiası ile AİHM'ye başvurmuştur. Bkz *Pretty v United Kingdom App No 2346/02* (ECtHR 29 April 2002); bu hususta detaylı bilgi için bkz Mert Nomer, 'Yaşama Hakkına Saygı Nedeniyle Ölümü İstemek-Pretty Birleşik Krallığa Karşı' (2014) 113 *TBB Dergisi* 41-55.

65 *Pretty v United Kingdom* (n 64) paras. 86-89.

geçebildiği bilinmektedir⁶⁶. Diğer bir deyişle, otonom araçların, insan sürücüler ile kıyaslandığında kaza süreçlerini daha iyi yöneteceği söylenebilir. Ayrıca otonom araçların, yaşam hakkının korunmasını temel alarak kararlarını verdiği gerçeği de bu araçların kullanımının tercih edilmesini sağlar. Kanaatimizce burada esas olan, bu araçların yeni veriler ile beslenmesi ve daha fazla gerçek yaşam deneyimine sahip olmalarıdır. Zira, günümüzde halen otonom araçların gelişim aşamasında olduğu ve bu hususta birtakım aksaklıkların yaşandığı gözlemlenmektedir. Yaşanan bu aksaklıklar giderilerek, belli bir aşamaya gelindiği zaman, trafik güvenliğinin sağlanması ve yaşam hakkının korunması bakımından bu tür araçların tercih edilmesi daha uygun olacaktır. Ek olarak, devletlerin ülkelerinde yer alan kara, demir yolu gibi ülkesel yetkisi altındaki ulaşım yolları bakımından yaşam hakkının korunmasına yönelik koruyucu önlemler alma yükümlülüğü olduğu da belirtilmektedir⁶⁷. Bu sebeple, otonom araçların kullanımının yaygınlaşmaya başlaması durumunda, devletlerin bu hususta yasal düzenlemeleri yapma ve koruyucu önlemleri alma hususunda adımlar atması gerekir.

Yaşam hakkına ilişkin bir diğer tartışmalı husus, otonom silahların kullanımınıdır. İlk olarak belirtmek gerekir ki, böyle bir ölümcül gücün kullanımı, ancak devlete karşı bir tehdidin varlığı durumunda; bunu defetmede kullanılacak olan araç ve yöntemlerin orantılı olması, tehdidin yaşam hakkından mahrum bırakabilecek boyutta ciddi ve gerekli olması ve güç kullanımının uluslararası hukuka uygun olması koşulu ile mümkün olacaktır. Ayrıca, otonom silahların kullanımında ayırım yapma ilkesinin de göz ardı edilmemesi gerekir⁶⁸. Devletlerin burada, yaşam hakkının korunmasında pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu unutulmamalıdır. Nitekim, *Öneryıldız/Türkiye Davası*'nda AIHM, AIHS'nin 2. maddesine göre devletlerin kuvvet kullanılması sonucu ortaya çıkan yaşam hakkı ihlallerinden sorumlu olmasının yanı sıra, bu ihalleri önleme ve kişilerin yaşam hakkının korunması bakımından gerekli önlemleri alma yükümlülüğünün olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda devletler etkin ve caydırıcı mekanizmalar oluşturmak için gerekli olan yasal ve idari çerçeveleri oluşturmalıdır⁶⁹. Ayrıca devletler; tüm otonom silahların kullanımına yönelik olarak bu silahları kullanacak personele gereken eğitimi sağlama, bu silahların kullanımının asgari düzeye indirecek planlamaları ve gereken yasal ve idari düzenlemeleri yapma yükümlülüğü altındadır⁷⁰. Bir insan kontrolünde olmayan tamamen otonom olan silahlar bakımından devletlerin pozitif yükümlülüğü,

66 Kriebitz and Lütge (n 38) 9.

67 Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8th edn Legal, 2012 (1)) 145.

68 Andrea Spagnolo, 'Human Rights Implications of Autonomous Weapon Systems in Domestic Law Enforcement: Sci-fi Reflections on A Lo-fi Reality' (2017) 43 *QIL Zoom-in* 47, 48.

69 *Öneryıldız v Turkey* App no 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004) paras 71, 89; Benzer kararlar için bkz *LCB v the United Kingdom* App no 23413/94 (ECtHR, 9 June 1998), *Paul and Audrey Edwards v the United Kingdom*, App no 46477/99 (ECtHR, 14 March 2002), *Osman v the United Kingdom* App no 23452/94 (ECtHR, 28 October 1998), *İlhan v Turkey* App no 22277/93 (ECtHR, 27 June 2000), *Kılıç v Turkey* App no 22492/93 (ECtHR, 28 March 2000), *Mahmut Kaya v Turkey* App no 22535/93 (ECtHR, 28 March 2000).

70 Karan (n 63) 129, 130.

bu tür makinelerin performansının bozulmasını önlemektir. Ancak, tamamen otonom olan silahların kullanılması durumunda, hesap verilebilirlik ve sorumluların tespiti ve cezalandırılabilmesi gibi hususlarda birtakım zorlukların ortaya çıkabileceği unutulmamalıdır⁷¹. Bu sebeple, tamamen otonom olan silahlara yönelik gerekli düzenlemeler yapılmadan bunların kullanılmaya başlanmasının, yaşam hakkına yönelik ihlalleri de beraberinde getireceği unutulmamalıdır.

B. Yapay Zekâ Uygulamalarının Adil Yargılanma Hakkı Üzerindeki Etkileri

İkinci olarak ele alacağımız adil yargılanma hakkı ise, AİHS'nin 6. maddesi ve AİHS'nin 7 No'lu Ek Protokolü⁷²'nde düzenlenmektedir. AİHS'nin 6. maddesine göre, "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*"⁷³. Bununla birlikte, "*..., demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*"⁷⁴. Benzer şekilde, İHEB'in 10. maddesi⁷⁵, ABTHŞ'nin 47. maddesi⁷⁶ ve MSHS'nin 14. maddesinde⁷⁷ de adil yargılanma hakkına yer verildiği görülmektedir.

AİHS'nin 6. maddesine detaylı olarak bakıldığında adil yargılanma hakkının; mahkemeye erişim hakkı, yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, kamuya açık (aleni) yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, hakkaniyete uygun olarak yargılanma hakkı, isnadı öğrenme hakkı, soru sorma ve tanık dinletme hakkı, tercümandan ücretsiz olarak yararlanma hakkı, savunma hazırlayabilmek için gerekli olan zaman ve kolaylıklara sahip olunması hakkı, kendini savunma ya da müdafiden yararlanma hakkı ve gerekli durumlarda maddi gücü bulunmuyorsa müdafiden ücretsiz yararlanma hakkını kapsamına aldığı görülmektedir⁷⁸.

71 Spagnolo (n 68) 50, 51.

72 AİHS'nin 7 No'lu Ek Protokolü'nde yukarıda belirtilen haklara ek olarak; temyiz hakkı (madde 2), haksız mahkûmiyet halinde tazminat hakkı (madde 3) ve aynı suçtan dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (madde 4) düzenlenmektedir. Bkz Protocol No 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, As Amended by Protocol No 11 (ECHR P-7) <https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P7postP11_ETSI17E_ENG.pdf> Erişim Tarihi 10.12.2021.

73 ECHR (n 56) art 6; adil yargılanma hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (Tıpkı 4th Bası Beta Yayıncılık 2013).

74 ibid.

75 UDHR (n 57) art 10.

76 CFREU (n 59) art 47.

77 ICCPR (n 58) art 14.

78 Nur Centel, 'Adil Yargılanma İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar' (2010) 16(1-2) *MÜHF-HAD* 5.

Günümüzde ceza adalet sisteminde yapay zekâ uygulamalarından faydalanılması, sayılan bu haklar üzerinde olumlu veya olumsuz birtakım etkiler ortaya çıkarabilmektedir. Olumlu etki bakımından akla ilk gelen husus; mahkemeye erişim hakkına sunduğu katkıdır. Zira ceza adalet sisteminde yapay zekâ teknolojilerinden faydalanılması, yargılama süreci maliyetlerinin ve dava yükünün azaltılmasına yardımcı olur. Benzer şekilde, yargıçların kararlarını verirken yapay zekâ sistemlerinden yararlanması, yargılama sürecinin hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasını sağlayarak makul sürede yargılanma hakkı üzerinde de olumlu bir etki yaratır. Ek olarak, hapis cezasının süresinin belirlenmesinde algoritmalarından yararlanması yargıçların davalarda daha eşit bir yaklaşım sergileyebilmelerini sağlar. Yapay zekânın yaptığı analiz neticesinde davalar arasındaki benzerlik ve farklılıkları tespit ederek, kararın öngörülebilirliği ve belirlilik ilkesine katkı sunması da söz konusudur⁷⁹.

Ayrıca, ceza adalet sisteminde algoritmaların kullanılması yargıçların kendilerinin bile farkında olmadıkları önyargıların ortaya çıkmasına engel olabilir. Zira, 2011 tarihinde yapılan bir çalışmada yargıçların yemek öncesi zaman diliminde koşullu salıverilme taleplerini reddetme, öğle yemeğinden sonra ise bu talepleri kabul etme yönünde eğilimlerinin arttığı görülmüştür⁸⁰. Algoritmalarındaki şeffaflık sağlandığında yapay zekâ sistemlerinin, davanın taraflarının kendilerini savunabilmeleri için delil sunma, tüm deliller hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkına da katkı sunabilir⁸¹. Kovuşturma aşamasında yargıçlar tarafından yapay zekâ temelli risk değerlendirme araçlarının kullanıldığı durumlarda, “düşük riskli” olarak nitelenen kişiler hakkında yargıcın olumlu yönde bir kanaatinin oluşması bakımından da olumlu bir etkinin olacağı ifade edilebilir⁸².

Bununla birlikte, bireyin “yüksek riskli” olarak nitelenmesi durumunda ise, yargıcın kararının bu sonuçtan olumsuz yönde etkilenmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu noktada, özellikle bazı bölgelerden verilerin toplanması, potansiyel suçlu veya mağdurların verilerinin toplanması gibi durumlarda algoritmaların birtakım önyargılar geliştirebileceği unutulmamalıdır. Örneğin; ABD ceza adalet sisteminde kullanılan profil oluşturma algoritması olan *COMPAS*'a⁸³ (Alternatif Yaptırımlar için Düzeltme Suçlu Yönetimi Profili) girilen verilerin bazı bölgelerden veya sadece suç işleme potansiyeline sahip kimseler gibi belirli kişilerden toplandığı ve bu eksik veriler sebebiyle algoritmanın ırka dayalı bazı önyargılar geliştirdiği görülmüştür. Burada algoritmanın, sırf ten rengi dolayısı ile bazı bireylerin daha yüksek bir oranda suç

79 Ulenaers (n 45) 21-25, 31.

80 ibid 24; detaylı bilgi için bkz Shai Danziger, Jonathan Levav and Liora Avnaim-Pesso 'Extraneous Factors in Judicial Decisions' (2011) 108 (17) *Proceedings of the National Academy of Sciences* 6889-6892.

81 Ulenaers (n 45) 25.

82 Cataleta and Cataleta (n 2) 47; Access Now Report, 'Human Rights in the Age of Artificial Intelligence' 19 <<https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/11/AI-and-Human-Rights.pdf>> Erişim Tarihi 15.06.2021.

83 COMPAS, “ceza adalet sisteminde kullanılan, suça dahil olma, sosyal ilişkiler ağı, yaşam tarzı, kişilik, tutum gibi 137 sorunun cevaplarını analiz eden bir algoritmadır.” Cataleta and Cataleta (n 2) 47.

işleme potansiyeline sahip olduğu sonucunu ortaya çıkardığı tespit edilmiştir. Bu olumsuz etkinin ortadan kaldırılması için *PSA*'nın (Kamu Güvenliği Değerlendirmesi) geliştirilmiş olması ise, bu hakkın korunması bakımından umut verici bir adım olarak görülebilir⁸⁴. Diğer bir örnek olarak bazı devletlerin, bireylerin suç işleme ihtimalini tespit etmek amacıyla yapay zekâ uygulamalarından faydalanması gösterilebilir. Ancak, yargıcın kanaatini oluştururken sanık hakkında kendi değerlendirmesini yapmadan, hiçbir yasal zemini bulunmayan bu kullanımlar tarafından yönlendirilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edilmesine sebep olacaktır⁸⁵. Ayrıca, yargıcın kendi argümanlarını oluşturarak bir karara ulaşmak yerine, algoritmaların daha güvenilir olduğu inancı ile bunlar tarafından ortaya konulan sonuca uygun olarak karar vermesi halinde, yargıcın bağımsızlığı ilkesi de olumsuz yönde etkilenebilir⁸⁶.

Bir diğer husus, algoritmaların ticari sır olarak görülmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Şayet algoritmaların şeffaflığı sağlanamaz ise yukarıda belirttiğimiz aksine, bu durumdan tarafların kendilerini savunma hakları olumsuz yönde etkilendir. Benzer şekilde, hukuki yardım almaya gücü yetmeyen tarafa karşılık olarak, diğer tarafın avukatının yapay zekâ teknolojisinden yararlanarak bilgiye erişim açısından önemli bir avantaj elde etmesi durumudur. Böyle bir durumda ise, silahların eşitliği ilkesinin zarar görme olasılığı bulunmaktadır⁸⁷.

Son husus olan, gelecekte yargılamanın tamamen yapay zekâlı yargıçlar tarafından gerçekleştirilmesi ihtimalinde ise, bu kullanımın doğal yargıç ilkesine zarar verebilmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca, bu yargıçların kararlarını yaptıkları analiz neticesinde oluşturması, kararın gerekçelendirilmesi bakımından çok büyük bir sorun teşkil etmektedir. Nitekim, kararların gerekçesiz olarak verilmesi ise, adil yargılanma hakkının ihlaline yol açacaktır⁸⁸.

Ceza adalet sisteminde bu tür uygulamalar kullanılmak isteniyorsa, ilk olarak bu kullanıma ilişkin gerekli olan yasal düzenlemelerin yapılması ve buna yönelik kurumların oluşturulması gerekir. Aksi takdirde yasal bir zemine oturtulmamış ve günümüzde halen bazı hataların var olduğunun bilindiği bu tür kullanımlar, adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalı olacaktır. Algoritmaların önyargılar oluşturabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Yargıçların hiç sorgulamadan algoritmaların ulaştığı sonuç yönünde kararlarını oluşturmak yerine; eleştirel bir bakış açısı ile bu kullanımlarını gerçekleştirmeleri yararlı olacaktır. Ayrıca, yapay zekâ teknolojisinden yararlanılan ceza adalet sistemlerinde yargıçların algoritmaların verdiği kararların aksi yönde kararlar verebilmelerinin yasal olarak güvence altına alınması önem arz

84 ibid; Access Now Report (n 82) 19.

85 Access Now Report (n 82) 20.

86 Ulenaers (n 45) 23.

87 ibid 25, 26.

88 ibid 19, 27.

etmektedir⁸⁹. Kanaatimizce, her ne kadar yapay zekâ sistemlerinin güvenilirliği gün geçtikçe artsa da bu durum ceza adalet sisteminde, yapay zekâli yargıçların yargılama yapabilmesi bakımından yeterli görünmemektedir. Yapay zekâ teknolojisinin yargıç ve avukatların yerini alabilmesi gerçekçi değildir. Burada esas olan yargıç ve avukatların, yapay zekâ teknolojisinden faydalanmasıdır. Bu sebeple, ceza adalet sisteminde yapay zekâ kullanımına ilişkin en mantıklı tercihin, yapay zekâli asistanlara yatırım yapılması⁹⁰ olduğunu düşünmekteyiz.

C. Yapay Zekâ Uygulamalarının Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Üzerindeki Etkileri

Günümüzde pek çoğumuzun artık vazgeçilmezi haline gelen “gözetleme araçları” olarak tabir edilen cep telefonlarımıza yüklediğimiz birçok uygulamanın, farkında olmasak da çok büyük miktarlarda dijital veriye ulaştığı ve hatta bunları yaydığı bilinmektedir⁹¹. Bu ve buna benzer durumlar ise, bireylerin özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilip edilmediği sorusunu gündeme getirmektedir.

Özel ve aile yaşamına saygı hakkı, insan onuru için gerekli olan temel bir haktır ve bu hakkın varlığı ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü gibi diğer birtakım hakları da güçlendirmektedir⁹². AİHS’in 8. maddesine göre, “Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”⁹³ Bu hak ancak, “müdahalenin yasayla öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması”⁹⁴ halinde sınırlandırılabilir. AİHS dışında, İHEB’in 12. maddesi⁹⁵, ABTHŞ’nin 7. maddesi⁹⁶ ve MSHS’nin 17. maddesinde⁹⁷ de özel ve aile yaşamına saygı hakkına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Yapay zekâ sistemleri, büyük miktarda veriyi analiz etme ve bu analiz neticesinde çıkarım yapabilme yeteneğine sahip olması sebebiyle, gizlilik üzerinde ciddi etkilerin doğmasına yol açabilir. Bu sistemler, kişinin dijital cihazlarından ne zaman nerede olduğu, sosyal çevresinin kimlerden oluştuğu, siyasi veya cinsel tercihlerinin ne yönde olduğu gibi çok fazlaca sayıda hassas veriye dair birtakım analizler yapmaktadır⁹⁸.

89 ibid 31, 32.

90 ibid 33.

91 Eirik Løkke, *Mahremiyet: Dijital Toplumda Özel Hayat Dilek Başak* (trs), (2nd edn, Küy, 2020) 11.

92 Access Now Report (n 82) 20.

93 ECHR (n 56) art 8 (1); özel ve aile yaşamına saygı hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz Gülay Arslan Öncü, *Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı* (Beta Yayıncılık, 2020).

94 ibid art 8 (2).

95 UDHR (n 57) art 12.

96 CFREU (n 59) art 7.

97 ICCPR (n 58) art 17.

98 Pizzi, Romanoff and Engelhardt (n 31) 153, 154.

Ayrıca bazı analizler neticesinde doğrudan erişilememiş olan hassas bilgiler tahmin yolu ile elde edilebilmektedir. Örneğin; kişilerin konum bilgileri, sosyal medya beğenileri, etkinlik günlükleri gibi verilerden daha hassas olan etnik köken, siyasi yönelim, sağlık durumu gibi hususlara yönelik tahminler ile profiller çıkarabilmektedir⁹⁹.

Özellikle sağlık hizmetlerinde yapay zekâ tabanlı teşhis sistemlerinin kullanılmasının; yüksek kalitede sağlık hizmetlerinin sunulması, hastalıkların hızlı olarak teşhis ve tedavi edilmesini sağlayarak yaşam hakkı üzerinde olumlu etki yaratacağını belirtmiştik. Bununla birlikte, bu alanda kullanılan yapay zekâ uygulamalarına girilen verilerin hassas içeriklerinin olmasından dolayı, gizliliğin ihlal edilmesi gibi birtakım problemlerin gündeme gelmesi söz konusu olacaktır¹⁰⁰. Ayrıca bu verilerin analizinin, sigorta kurumları ile paylaşılması durumunda bireylerin, sağlık sigortalarının reddedilmesi gibi başka olumsuz durumlar ile karşı karşıya kalabilmesi de söz konusu olacaktır¹⁰¹. Bu sebeple kullanıcılara, algoritmanın elde ettiği analizlerin özel veya kamu kurum ve kuruluşları ile paylaşılmayacağı yönünde bir teminatın verilmesi de gerekmektedir.

Yapay zekâ, doğası gereği veriye aç durumdadır. Bu sebeple, yapay zekâ sistemleri geliştirilebilmeleri adına sürekli olarak yeni veriler ile beslenmelidir. Böyle bir durum ise, bu sistemlerin bireylerin özel ve aile yaşamına dair çokça sayıda veriye ulaşmasını ve bunları analiz etmesini gerektirir. Ancak, yapılan bu analizin neticesinde algoritmalarından kaynaklı hataların varlığı durumunda bireylerin bazen telafisi mümkün olmayan olumsuzluklar ile karşı karşıya kalması söz konusu olmaktadır. Örneğin; ABD’de bireylerin kredi raporlama kurumlarından bireysel kredi raporlarının bir kopyasını talep etme ve rapordaki hataların düzeltilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak algoritmaları kullanan bir kredi kurumunun hatalı bir sonuca ulaşmış olması durumunda ise, bireylerin başvurabileceği bir yol söz konusu değildir. Bu durum ise, kişilerin özel yaşamına müdahale oluşturur. Ayrıca algoritmalarda ortaya çıkan hatalar bir şekilde düzeltilse bile, veri kümelerindeki sistematik hataların varlığı sebebiyle bireylerin bu durumdan olumsuz etkilenebilme olasılığı varlığını devam ettirmektedir¹⁰².

Kişinin bilgisi dışında ve hatta açık rızası olmadan verilerinin yapay zekâ uygulamalarında kullanılarak, analiz edilmesi durumunda da özel ve aile yaşamının gizliliğinin ihlal edileceğine şüphe yoktur. Nitekim, 2017 tarihli *Bărbulescu v Romanya Davası*’nda AIHM, kişinin iş yeri tarafından izinsiz olarak, maillerinin öncesinde kontrol edilebileceğine dair işçiyi bilgilendirme yapmadan, işçinin mail hesabının kontrol edilmesi ve iş için kullanılması gereken bu hesabın şahsi yazışmalarda da

99 Article 19 and Privacy International (n 54) 18.

100 Rutschman (n 60); Filippo, Hilligoss, Krishnamurthy, Bavitz and Levin (n 34) 34, 35.

101 ibid 35.

102 ibid 19.

kullanıldığıının tespit edilmesi üzerine işveren tarafından iş akdine son verilmesi olayında, işçinin AİHS'nin 8. maddesi bağlamında özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰³.

Bir diğer örnek, otomatik karar alma sürecinin 2016 tarihli Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü¹⁰⁴ (GDPR) bağlamında ele alındığı Amsterdam Mahkemesi'nin *Ola Kararı*¹⁰⁵. Bu Karar ile ilk kez, sürücüler ile yolcular arasında eşleşme yapılmasında kullanılan algoritma tarafından otomatik olarak verilen bir kararın arkasındaki mantığın açıklanması talep edilmiştir. Kararda bireyleri önemli derecede etkileyebilecek olan bu tür bir algoritmanın ancak kişinin açık rızası ile kullanılabilmesi vurgulanmıştır¹⁰⁶. İkinci bir husus olarak ise, profil elde edilmesini sağlayan bir algoritmanın ayrımcı sonuçlar ortaya çıkarabileceği ve bundan kaçınılması gerektiği dile getirilmiştir. Ayrıca şeffaflık bakımından Mahkeme, veri sahibinin otomatik karar verme süreci ve profilemeye ilişkin olası bir kullanıma dair bunların farkında olması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda veri sahibi, profilemenin yapılacağı ve bunun ne tür sonuçlarının olacağı hususunda bilgilendirilmelidir¹⁰⁷. Burada önemli olan nokta, verilerine erişilecek kişinin bunun farkında olması ve bu erişime açık rıza göstermiş olmasıdır. Aksi uygulama, özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlaline sebep olacaktır.

Yapay zekâ analizlerinden en çok, özel gereksinimli bireyler, çocuklar, yaşlılar ve özellikle marjinal grupların etkilenebileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda örneğin; isim ya da adres gibi günümüzde kargo şirketleri ya da birçok şirketin kolayca ulaşabileceği bilgiler, ülkesindeki baskı ve zulümden kaçmış olan mülteciler bakımından güvenliklerinin tehlikeye atılması anlamına gelebilir¹⁰⁸. Ayrıca sosyal medya platformları ya da diğer internet ortamlarında bulunan verilerin siber saldırılar ile elde edilerek yapay zekâ uygulamaları ile analiz edilmesi söz konusu olabilir.

103 Bkz *Bărbulescu v Romania*, App no 61496/08 (ECtHR, 5 September 2017).

104 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council 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), Official Journal of the European Union, No L 119/2, art 22 <<https://gdpr-info.eu/>> Erişim Tarihi 01.07.2021.

105 Sürücüler, şirket ile iş ilişkilerinin ispatlanması amacıyla yaptıkları başvuruda, sürücüler ile yolcular arasında eşleşme yapılmasında kullanılan algoritmalar ve otomatik karar vermenin, GDPR'nin 22. maddesinde olup olmadığının tespitini talep etmektedir. Mahkeme, sürücüler ile yolcular arasında bir eşleşme yapılması hususunda otomatik karar almanın, esasında GDPR'nin 22. maddesi bağlamında otomatik işleme faaliyetine dayalı bir karar olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Bu tespit sürücülerin de algoritmaların arkasında yatan mantığı anlamayı sağlayacak verilere erişilebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bkz *Ola drivers v Ola Cabs*, Case no C / 13/689705 / HA RK 20-258 (Court of Amsterdam, 11 March 2021), Raphaël Gellert, Marvin van Bekkum and Frederik Zuiderveen Borgesius, 'The Ola & Uber Judgments: for the First Time A Court Recognises A GDPR Right to An Explanation for Algorithmic Decision-Making' (EU Law Analysis, 28 April 2021) <<https://eulawanalysis.blogspot.com/2021/04/the-ola-uber-judgments-for-first-time.html?m=1>> Erişim Tarihi 07.10.2021. Benzer şekilde Uber sürücüler tarafından Uber'e karşı yöneltilen bu davada, sürücüler ile yolcular arasında puanlama sistemi ile bir eşleştirmenin yapılmasını sağlayan bir algoritmanın kullanılması bakımından kendilerine yetersiz ve eksik bilgilerin verildiği ileri sürülmüştür. Bkz *Uber drivers v Uber*, Case no C/13/687315 / HA RK 20-207 (Court of Amsterdam, 11 March 2021).

106 *Ola drivers v Ola Cabs* (n 105) para 4.39

107 *ibid* para 3.3, 4.36, 4.40.

108 Pizzi, Romanoff and Engelhardt (n 31) 153, 154; Rowena Rodrigues, 'Legal and Human Rights Issues of AI: Gaps, Challenges and Vulnerabilities' (2020) 4 *Journal of Responsible Technology* 20.

Böyle bir tehdit ile mücadele bakımından çok daha fazla önlem alınması gerekir. Bununla birlikte bu önlemler alınırken özel ve aile yaşamının gizliliğinden ödün verilmemesi önem arz etmektedir¹⁰⁹. Gizliliğin korunabilmesi adına özellikle, verilerin anonimleştirilmesi veya gizlilik tarama algoritmalarının kullanılması gibi ek önlemlerin alınması yararlıdır¹¹⁰. Ayrıca, asgari veri kullanımının tercih edildiği modellerin geliştirilmesi ve bu modellerin doğruluğunun sürekli olarak izlenmesi de olumlu katkı sunacaktır¹¹¹. Özellikle devletlerin belli durumlarda başvurduğu gözetleme teknolojisinin satışı ve kullanımı da insan haklarına uygun standartların garanti edildiği bir zamana kadar ertelenmelidir. Gizliliğe yönelik endişelerin giderilmesi için, insan hakları etki değerlendirmesi (mahremiyet etki değerlendirmesi) yapılması yararlı olacaktır¹¹².

Belirtmek gerekir ki, bu hususta devletlerce atılacak olan ilk adım, bu hakka müdahale edilmesini önleyecek önlemlerin alınmasıdır¹¹³. Nitekim AİHM, 2002 tarihli *DP & JC v Birleşik Krallık Kararı*'nda Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında, bireyin maddi ve manevi bütünlüğünün diğer bireylere karşı korunabilmesi bakımından, devletlerin pozitif yükümlülüğünün olabileceğine hükmetmiştir¹¹⁴. Bu noktada, mevcut düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve gerekli olan yasal düzenlemelerin yapılması önem arz etmektedir. Bu yasal düzenlemeler yapılırken çocuklar, yaşlılar gibi, kısaca kırılgan gruplar olarak adlandırdığımız gruplar, öncelikli olarak dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce, bu gruplar için durumun gerektirdiği ölçüde özel düzenlemeler yapılabilir. Ayrıca, gerekli kurum ve mekanizmaların oluşturulması da bir gerekliliktir. Bu kurum ve mekanizmaların sadece oluşturulması yeterli olmayıp, esas olarak bunların işlerliği, etkinliği ve denetlenebilirliği de sağlanmalıdır. Ayrıca yapay zekâ uygulamalarında, şeffaflık ve hesap verilebilirliğin bulunmasının da olmazsa olmaz olduğu unutulmamalıdır.

109 Cellan-Jones (n 1).

110 Ben Hartwig, 'The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights' (*tdwi*, 29 June 2020) <<https://tdwi.org/articles/2020/06/29/adv-all-impact-of-ai-on-human-rights.aspx#:~:text=If%20left%20unchecked%2C%20artificial%20intelligence,better%20future%20for%20us%20all>> Erişim Tarihi 05.05.2021.

111 KVKK (Kişisel Verileri Koruma Kurumu), 'Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler' [2021] 12 <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zeka-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasına-Dair-Tavsiyeler>> Erişim Tarihi 12.10.2021.

112 Committee on Legal Affairs and Human Rights (CLAHR), Parliamentary assembly Council of Europe Hearing on the Implications of the Pegasus Spyware, 'Statement by United Nations High Commissioner for Human Rights, Michelle Bachelet' (2021) <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27455&LangID=E>> Erişim Tarihi 12.10.2021.

113 Gemalmaz (n 67) 203; AİHM'in, devletin Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında pozitif yükümlülüğü olduğunu belirttiği kararlar için bkz Botta v Italy App no 21439/93 (ECtHR, 24 February 1998), para 33; Mikulić v Croatia, App no 53176/99 (ECtHR, 7 February 2002) para 57; İbrahim Keskin v Turkey, App no 10491/12 (ECtHR, 27 March 2018) para 62; Vavrička and Others v The Czech Republic, App nos 47621/13 and 5 others (ECtHR, 8 April 2021) para 282.

114 DP & JC v United Kingdom App no 38719/97 (ECtHR, 10 October 2002) para 118.

D. Yapay Zekâ Uygulamalarının İfade Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri

“*Kaynak hürriyet*”¹¹⁵ olarak da tabir edilen ifade özgürlüğü, AİHS’nin 10. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, “*herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir*”¹¹⁶. İfade özgürlüğü, ancak kanunla öngörülmesi ve demokratik bir toplumda gerekli olması koşuluyla, “*ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması*”¹¹⁷ amacıyla sınırlandırılabilir. AİHS’nin dışında, MSHS’nin 19. maddesi¹¹⁸, İHEB’in 19. maddesinde¹¹⁹ ve ABTHŞ’nin 11. maddesinde¹²⁰ de bu hakka ilişkin olarak benzer düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir.

Hem gerçek hem de tüzel kişiler için söz konusu olan ifade özgürlüğünün; basın özgürlüğü, görsel-işitsel iletişim özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, özel haberleşme özgürlüğü gibi çok farklı biçimlerde karşımıza çıkması mümkündür¹²¹. Bununla birlikte, algoritmaların bu farklı biçimleri kapsayan ifade özgürlüğü üzerinde olumlu ya da olumsuz birtakım etkilerinin söz konusu olacağını belirtmek gerekir. Bu bağlamda, eğitim verilerinin kalitesi ve düzenli biçimde önyargı oluşmasını engellemeye yönelik yapılan kontrollere bağlı olarak, yapay zekâ uygulamaları ifade özgürlüğünün geliştirilmesine katkı sunabilir. Ancak, günümüzde yapay zekâ sistemlerinin ifade özgürlüğü üzerinde yarattığı etkilerin genellikle olumsuz yönde olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, yapay zekâ kullanımının ifade özgürlüğü bakımından yarattığı en büyük endişe toplulukların susturulmasına yol açabilecek olmasıdır¹²². Örneğin; yapay zekâ tabanlı işe alım sistemlerinin kullanılması, bireyler üzerinde kendi ifade veya faaliyetlerinin işe alım sürecinde aleyhinde etki yaratabileceği izlenimini yaratabilir. Bireyler ise, işsiz kalmamak ve bir iş bulabilmek adına, düşüncelerini açıklamaktan ya da belirli faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmayı tercih edebilir¹²³. Bu durum ise, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil eder.

Yapay zekâ uygulamalarının ifade özgürlüğü üzerinde yaratabileceği diğer olumsuz etkiler ise kişiselleştirme, bireyler tarafından sosyal platformlarda paylaşılan yasaklı

115 Bkz Enver Bozkurt and Süleyman Dost, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye’ (2002) 7 (1) *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi* 48.

116 ECHR (n 56) art 10 (1).

117 ibid art 10 (2).

118 ICCPR (n 58) art 19.

119 UDHR (n 57) art 19.

120 CFREU (n 59) art 11.

121 ibid; Ulaş Karan, ‘İfade Özgürlüğü Hakkı’ *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* Sibel İnceoğlu (eds) (3rd edn Beta, 2013) 356.

122 Hartwig (n 110).

123 Filippo, Hilligoss, Krishnamurthy, Bavitz and Levin (n 34) 46.

içeriğin ve dezenformasyonun¹²⁴ engellenmesi, filtrelenmesi veya kaldırılması ve unutulma hakkı bakımından ortaya çıkmaktadır¹²⁵. Bunlardan ilki olan kişiselleştirme ile kastedilen; örneğin, arama motorlarında kullanıcıların yaptığı aramalardan yola çıkılarak kullanıcı profillerinin elde edilmesidir. Aslında kullanıcı profili ile kullanıcının bu profile yönelik haber ve sonuçlara daha kolay erişiminin sağlanması ve kullanıcının bu tür haber ve sonuçlarla daha sık karşılaşması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte böyle bir durum kullanıcının sürekli olarak benzer yönde sonuçlara maruz kalmasına, farklı sonuçlara erişiminin kısıtlanmasına ve hatta profiline yönelik dezenformasyon ile karşı karşıya kalabilmesine yol açacaktır¹²⁶.

Algoritmalar doğru olmayan bilgilerin veya yasak içeriğin engellenmesi ve kaldırılması bakımından hızlı sonuç alınmasında yararlı olabilir. Bununla birlikte, algoritmanın doğru bilgi veya yasak olmayan içeriğe de benzer müdahaleyi yapabilmesi mümkündür. İşte bu gibi bir durumda ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale söz konusu olacaktır¹²⁷. Son zamanlarda pek çok sosyal medya platformunda, “aşırıya kaçan”, “nefret söylemi” içeren veya “açıkça hukuka aykırı olan” olan içerikler ile mücadelede; algoritmik engelleme, filtreleme veya içeriği kaldırma gibi yolların sıkça kullanıldığı gözlemlenmektedir. Ancak böyle bir kullanım sadece bu tür içeriklerin kaldırılması işlevini yerine getirmemekte; aynı zamanda bazı durumlarda kullanıcıların aşırı kısıtlamalar ile karşı karşıya kalmasına sebep olmaktadır. Bu durum ise, ifade özgürlüğüne ilişkin, hukukîlik ve öngörülebilirlik sorunlarını beraberinde getirmektedir¹²⁸.

Algoritmalar, içeriğin altında yatan mizah, eleştiri, ironi ya da kin duygusunu ayırt edemezler¹²⁹. Bu sebeple, günümüzde yüksek hata oranına sahip olan içerik işaretleme sistemlerinde, sosyal medya platformlarında bir içeriğin yasaklı olduğundan şüphelenilerek otomatik olarak kaldırılması durumunda ifade özgürlüğü bağlamında bir müdahale söz konusu olabilecektir¹³⁰. Nitekim *Yıldırım/Türkiye Davası*'nda AİHM, güncel bir meseleye ilişkin haberlerin çok çabuk bir şekilde değerini yitirebilme özelliğine sahip olması sebebiyle, bu haberlerin paylaşılmasında kısa süreli bir gecikme dâhi yapılmasının bu etkiye sebep olabileceğini dile getirmiştir¹³¹. Burada ifade özgürlüğü bağlamında, çatışan menfaatler bakımından bir dengenin kurulması için alınan tedbirlerin, önleyici kısıtlamaların uygulanmasına yönelik kesin ve belli

124 Dezenformasyon, doğruluğu bulunmayan bilginin kasten yayılmasını ifade etmektedir.

125 Maja Brkan, 'Freedom of Expression and Artificial Intelligence: on Personalisation, Disinformation and (Lack of) Horizontal Effect of the Charter' (2019) *Maastricht Faculty of Law Working Papers* 2.

126 ibid.

127 ibid 5, 6.

128 Council of Europe 'Algorithms and Human Rights: Study on the Human Rights Dimensions of Automated Data Processing Techniques and Possible Regulatory Implications' (2018) DGI (2017)12 21.

129 Brkan (n 125) 4.

130 Filippo, Hilligoss, Krishnamurthy, Bavitz and Levin (n 34) 40.

131 Ahmet Yıldırım v Turkey App no 3111/10 (ECtHR, 18 December 2012) para 47.

kurallar bağlamında bir çerçeveye dayandırılması gerektiği kabul edilmiştir¹³². Bir diğer örnek olan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) Kararı*'nda Divan, telif hakkının ihlal edip etmediği yönünde algoritmalar tarafından bir filtreleme yapılmasının sağlıklı olmayacağı ve bunun yasal olan içeriklerin filtrelenmesine de yol açarak ifade özgürlüğünü ihlal edeceğine karar vermiştir¹³³. Bu kararda da ifade özgürlüğü ve telif hakkı arasında adil bir denge kurulması gerektiği hususuna vurgu yapılmıştır¹³⁴.

Özellikle sosyal medya platformlarının, kullandığı algoritmalar bağlamında kapsayıcılık ve çeşitliliği sağlamaları gerekir. Zira bu tür platformlarda, azınlık bakış açılarının da temsil edilebilmesi önem arz etmektedir. Bu sebeple, kullanılan algoritmalarda ifade özgürlüğüne ilişkin dengeleyici bir tutum benimsenmesi yararlı olacaktır¹³⁵. Ayrıca, medya çoğulculuğu ve özgürlüğü bakımından da benzer bir tutumla yaklaşılması gerektiğini belirtmek gerekir¹³⁶.

Unutulma hakkına gelindiğinde ise, bu hakkın sadece kişisel verilerin korunması bakımından değil, aynı zamanda ifade özgürlüğü bakımından ele alındığı Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Google Spain v Google Kararı*'nda, arama motorunda yapılan aramalardan elde edilen verilerin kullanımının ve kullanıcının adına ilişkin arama motorunda listelenen sonuçların kullanıcı bakımından zararlı olabileceği belirtilmektedir¹³⁷. Dolayısıyla, bu tür durumlar bakımından bireylerin unutulma hakkının varlığından söz edilmektedir. Bu hakkın korunmasına yönelik geliştirilmiş olan yapay zekâ temelli "*Oblivion*" uygulaması ifade özgürlüğünün korunabilmesi için büyük bir adım niteliğindedir. Bu uygulama ile unutulma hakkını kullanmak isteyen kimsenin çevrimiçi bir kaynaktan gerçekten etkilenip etkilenmediğinin tespitine yönelik bir analiz yapılmaktadır. Ancak bu tür algoritmaların, insan katılımına da ihtiyacı olup, günümüzde henüz yeterli bir seviyede olmadıklarını belirtmek gerekir. Şayet bu tür bir kullanımda verilerin korunması ve içeriğin kaldırılması arasında denge kurulamadığı takdirde, bireylerin bilgiye erişim hakkının kısıtlanmış olacağı unutulmamalıdır¹³⁸.

İfade özgürlüğünün korunması bakımından, atılacak olan ilk adım yapay zekâ alanında bu hakkın korunmasına yönelik ulusal ve uluslararası düzenlemelerin sayısının

132 ibid para 64.

133 *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) Case No C-70/10 (CJEU, 24 November 2011) para 52*; SABAM, müzik eserlerine ilişkin kullanım izni veren bir şirkettir. SABAM, internet servis sağlayıcısı Scarlet'a karşı, kullanıcılarının telif haklarının ihlal edilmesine yol açan içerikler bakımından bunların engellenmesine yönelik olarak filtreleme sisteminin kurulmasını zorunlu tutulması talebi ile Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvurmuştur. Bu hususta detaylı bilgi için bkz Ceren Sedef Eren, 'İfade Özgürlüğü ve Telif Hakları Dengelemesi: Avrupa Mahkemeleri İçtihadı' (2019) 37 *İnsan Hakları Yıllığı* 151, 152.

134 *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) (n 133) para 45*.

135 Hartwig (n 110).

136 Article 19 and Privacy International (n 54) 9.

137 *Google Spain v Google Case No C-131/12 (CJEU, 13 May 2014) para 91, 99*.

138 Brkan (n 125) 7.

artırılması olmalıdır. Yapay zekâ uygulamalarında, şeffaflığın sağlanması da önem arz etmektedir. Kullanıcılar, engellenen ya da filtrelenen paylaşımlarına ilişkin olarak itiraz hakkına sahip olmalıdır. Ayrıca, bir gösteri yürüyüşüne katılan kişilerin profillerinin çıkarılması gibi, kimi durumlarda yapay zekânın ne zaman kullanıldığını tespit etmek zor olabilir. Bu ise ifade özgürlüğüne yönelik olası ihlallerin belirlenmesinde zorluklara ve dolayısıyla sorumluların hesap verebilirliğinin zarar görmesine neden olur. Bu yüzden, bu tür durumlar da dahil olmak üzere, hesap verilebilirliğin sağlanması bakımından gerekli olan tüm tedbirlerin alınması noktasında kurum ve özel sektörün teşvik edilmesinin yararlı olacağını belirtmek gerekir¹³⁹.

E. Yapay Zekâ Uygulamalarının Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Üzerindeki Etkileri

Günümüzde, sağlık hizmetlerinden, sigorta poliçesi hatta koşullu salıverilme kararlarına kadar çeşitli alanlarda kullanılan algoritmaların ırk, din, dil, etnik köken, cinsiyet temelli ayrıma dayalı bir öğrenme yöntemi ile geliştikleri bilinmektedir. Bu durum ise, uluslararası sözleşmeler ile düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hükümlerinin ihlali tehlikesi ile karşı karşıya kalınmasına sebep olmaktadır¹⁴⁰.

AİHS'nin 14. maddesi ve AİHS'nin 12 No'lu Ek Protokol'ünde "ayrımcılık yasağı"nın düzenlendiği görülmektedir. AİHS'nin 14. maddesine göre, "Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."¹⁴¹ Benzer şekilde düzenlemelere; MSHS, ABTHŞ, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS), Her Türü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Avrupa Sosyal Şartı'nda da rastlamak mümkündür. Ayrıca; Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer verdiği çok sayıda uluslararası belge¹⁴² bulunmaktadır.

139 Article 19 and Privacy International (n 54) 8-14.

140 Mathias Risse, 'Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda' (2018) HKS Faculty Research Working Paper Series RWP18-015, 11.

141 ECHR (n 56) art 14.

142 Örneğin; BM Irk ve Irksal Önyargıya Dair UNESCO Bildirgesi, BM Yaşlılara Dair İlkeler, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Rec (97) 20 sayılı ve 30 Ekim 1997 tarihli Nefret Söylemi Konulu Tavsiye Kararı, 1 No'lu ECRI Genel Politika Tavsiye Kararı; Irkçılık, Yabancı Düşmanlığı, Antisemitizm ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, vb. İdil Işıl Gül and Ulaş Karan *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, Yeşiladalı B and Ayata G (eds) (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2011) 225-227. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin detaylı bir çalışma için bkz Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2017); ayrıca bkz Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş* (Güncellenmiş 3rd edn Seçkin Yayıncılık, 2021) 132-136.

Eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı her ne kadar bir arada kullanılsa da aralarında farklılıklar mevcuttur. Bu çerçevede tarih boyunca, başlarda sınıflar arası ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının amaçlandığı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının, günümüzde daha çok sosyal eşitsizliğin giderilmesine yönelik ele alındığı görülmektedir¹⁴³. Belirtmek gerekir ki, farklı sınıflandırmaların yapılması bakımından farklılıkların dikkate alınması her zaman için ayrımcı sonuçlara sebep olmaz¹⁴⁴. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, eğer yapılacak olan farklı muamele bakımından kriterler makul ve objektif ise ve güdülen amaç Sözleşme uyarınca meşru olan bir amaca ulaşmaksa, yapılacak olan her farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir¹⁴⁵. AİHM’ye göre ise, meşru ve haklı bir sebebin varlığı durumunda kullanılan araç ile ulaşılması hedeflenen amaç orantılı ise yapılan farklı muamele ayrımcılık oluşturmaz¹⁴⁶. Yani burada, meşru amacın söz konusu olmadığı durumlar bakımından, gerekçelendirme eksik olacak ve yapılan muamele ayrımcılığa sebep olacaktır. Yine meşru bir amaç olsa dahi bu amaca orantısız yollar ile ulaşmaya çalışılması da ayrımcılık yasağının ihlaline sebep olacaktır¹⁴⁷.

Yapay zekâ uygulamalarından bazı alanlarda belirli koşullar sağlanarak yararlanıldığı durumlarda, bireylere karşı gerçekleştirilen önyargılı tutumların önüne geçilmesi ve ayrımcılığın önlenmesi yönünde olumlu etkiler söz konusu olabilir. Örneğin, daha çok önyargı ile yaklaşılan “beyaz yakalı suçları” olarak da tabir edilen rüşvet gibi suçlara dair soruşturma aşamasında kolluk makamlarınca yapay zekâ yazılımlarından faydalanılması gibi¹⁴⁸. Bununla birlikte yapay zekâ uygulamalarında verilerin bir ayrıma tabi tutulması ve kategorize edilerek analiz edilmesi, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından birtakım sorunlara yol açabilir¹⁴⁹. Verilerin eksik ya da yetersiz olduğu veya sistemde birtakım önyargıların ortaya çıktığı durumlarda, sistemin ayrımcı, haksız çıktılar üretmesi söz konusu olacaktır. Başlangıçta sosyoekonomik, ırksal özelliklere bağlı değişkenlerin belirlenmesinde veya bir grubun eksik temsili gibi veri toplama ve verilerin hazırlanması aşamasında yaşanan eksiklikler bu tür bir ihlalin ortaya çıkma ihtimalini artıracaktır¹⁵⁰.

Özellikle yüz tanıma teknolojilerinin kullanılması, ciddi ayrımcılıkları da beraberinde getirebilmektedir. Bu sebeple Google, Microsoft gibi bazı şirketlerin, yüz tanıma teknolojilerini devletlere satıp satmama hususunda kararsızlıklar yaşadığı

143 Zafer Gören, ‘Genel Eşitlik İlkesi’ (2016) 22 (3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 3281.

144 FRA (n 55) 68.

145 UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No 18: Non-discrimination* (10 November 1989) para 13, <<https://www.refworld.org/docid/453883fa8.html>> Erişim Tarihi 02.07.2021.

146 Ulaş Karan, ‘Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı’ *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* Sibel İnceoğlu (eds) (3rd edn Beta, 2013) 468.

147 Cataleta and Anna Cataleta (n 2) 46.

148 FRA (n 55) 69.

149 ibid 68.

150 Pizzi, Romanoff and Engelhardt (n 31) 154.

da gözlemlenmektedir. Bu teknolojilerin devletlerce kullanımı, vatandaşlar üzerinde devlet gözetiminin artmasından dolayı, bireylerin ayrımcı uygulamalar ile karşı karşıya kalmasına yol açabilir¹⁵¹. Zira, günümüzde yüz tanıma teknolojilerinde yüksek oranda bir hata söz konusudur. Bu teknolojinin, erkekleri, kadınlara göre; ten rengi açık erkekleri ise ten rengi koyu erkeklere göre daha iyi tanıdığı tespit edilmiştir. Bunun sebebi ise, esasında algoritma sistemine girilen verilerin çoğunluğunun ten rengi açık erkeklere ait olmasıdır. Bu durumun düzeltilmesi ise, gömülü hatalar oluşturan algoritmalar tarafından analiz edilen veri miktarının fazlalığı sebebiyle esasında çok da kolay gözükmemektedir¹⁵².

Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi, *R (Bridges) v CC South Wales & ors Davası*'nda¹⁵³, kolluğun (*South Wales Police Force /SWP*) "*AFR Locate*" isimli yüz tanıma yazılımı kullanmasının hukukiliği değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre, yazılımın kullanımına yön veren kriterler açık değildir. Ayrıca, yazılımın herhangi bir ayrımcı sonucunun olup olmadığı, yeterince araştırılmadan kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu ise, bireylerin özellikle dolaylı ayrımcılık ile karşı karşıya kalmasına yol açabilir. Bu sebeple, ayrımcılık yasağı bakımından bu durumun araştırılarak netliğin sağlanması önem taşımaktadır¹⁵⁴. Burada Mahkeme, kolluğun yüz tanıma teknolojisi kullanmasının insan haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁵⁵.

Benzer bir örnek; Amazon'un kullandığı işe alma yazılımının, kadın ve erkekler arasında ayrımcılık yaparak işe alımda erkek başvurularını tercih ettiğinin tespit edilmesidir¹⁵⁶. Tüm bu örneklerden de anlaşıldığı üzere; esasında algoritmaların, doğası gereği kontrol edilemeyen zararlı geribildirim mekanizmaları oluşturabilme potansiyeline sahip olmaları sebebiyle; eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yönelik açık bir tehdit oluşturduğu söylenebilir¹⁵⁷.

Ayrımcılık yasağı bakımından en kırılgan grupların; azınlık, etnik, ırksal gruplar, düşük gelir düzeyine sahip bireyler, düşük akademik başarı düzeyine sahip öğrenciler

151 Eileen Donahoe and Megan MacDuffee Metzger, 'Artificial Intelligence and Human Rights' (2019) 30 (2) *Journal of Democracy* 116.

152 Cataleta and Cataleta (n 2) 46.

153 Cardiff'te yaşayan sivil özgürlükler mücadelecisi Edward Bridges, daha öncesinde Cardiff Bölge Mahkemesi tarafından kolluk makamı SWP'ye karşı açtığı davayı Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi'ne taşımıştır. Başvuran, Bölge Mahkemesi'nden "*AFR Locate*" kullanımının hukukiliğine ilişkin bir inceleme talebinde bulunmuştur. Bridges, bu yazılımın AIHS'nin 8. maddesi bağlamında özel hayatın gizliliğinin ve 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası ile 2010 tarihli Eşitlik Yasası'nın ilgili hükümlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bölge Mahkemesi'nin ilgilinin başvurusunu reddetmesi üzerine talep Temyiz Mahkemesi'ne taşınmıştır. Mahkeme, başvuranın talebini beş başlık altında değerlendirmiştir. Bunlar; yeterli bir hukuki çerçevenin olup olmadığı, orantılılık, 2018 tarihli DPA (Veri Koruma Yasası) 64. Bölümü ile uyumluluk, DPA'nın 42. Bölümü ile uyumluluk ve Kamu Sektörü Eşitlik Görevidir. Mahkeme, ilk üç başlık bakımından başvuranın taleplerini reddederken dört ve beşinci başlık için kabul etmiştir. Karar, insan haklarına yönelik olarak kolluğun yetki sınırlarını daraltılması bakımından önem arz etmektedir. Detaylı bilgi için bkz R (Bridges) v CC South Wales & ors, Case No C1/2019/2670 (UK Court of Appeal, 11 August 2020).

154 ibid para 52, 164, 165.

155 FRA (n 55) 69.

156 Cataleta and Cataleta (n 2) 46.

157 Pizzi, Romanoff and Engelhardt (n 31) 155.

olabileceği belirtilmektedir¹⁵⁸. Önyargılı algoritmaların kullanılması, özellikle bu tür gruplar üzerinde ayrımcılık yasağı bakımından ciddi riskler barındırmaktadır. Bu tür riskler bakımından, veri etiğinin geliştirilmiş olması çok büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda, *2018 tarihli Güvenilir Yapay Zekâ Sistemleri için Etik İlkeler Rehberi*'nde, yapay zekânın önemli avantajlarına rağmen, sosyal ayrımcılık başta olmak üzere ciddi riskleri ortaya çıkarabileceği, bu sebeple yapay zekâ sistemlerinde insan haklarını merkeze alan bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁹.

Ayrıca, yapay zekâ kullanan kurum veya şirketlerin, ayrımcılık riskini azaltmaya yönelik birtakım ek koruma önlemleri almaları hakkın korunması bakımından önem arz etmektedir¹⁶⁰. Nitekim, Google bu yönde olumlu bir adım atmış ve ayrımcılığı önlemek amacıyla TCAV (*Testing with Concept Activation Vectors*) sistemini denemeye başladığını duyurmuştur¹⁶¹. Son olarak, yapay zekâ sistemlerinin bilinçli bir şekilde tasarlanarak, toplumun farklı kesimleri üzerindeki etkileri tutarlı bir biçimde değerlendirilmediği sürece; bu sistemlerin insan hakları bakımından daha eşitlikçi bir yaklaşım benimsenmesine yardımcı olmak yerine, bunu engelleyici bir potansiyele sahip olacağı unutulmaması gerekir¹⁶².

Sonuç

Günümüzde, pek çok alanda insan hakları ile yapay zekâ uygulamalarının kesiştiği görülmektedir. Yapay zekânın geldiği nokta düşünüldüğünde, hayatımızı kolaylaştırdığı ve hatta pek çok alanda insanlığın gelişimi üzerinde olumlu etkiler yarattığı söylenebilir. Bununla birlikte, olumlu katkıların yanı sıra bu kullanımların insan haklarına yönelik birtakım sorunları beraberinde getirebileceği de unutulmamalıdır. Esasında bu sorunların başında, doğası gereği veriye aç olan yapay zekâ teknolojisinin tasarlama ve kullanma aşamalarında göz ardı edilen kimi hususların, insan hakları ihlallerine yol açması gelmektedir.

Çalışmanın kapsamı; yapay zekânın yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı, özel ve aile yaşamına saygı hakkı, ifade özgürlüğü ve eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı üzerindeki etkileri ile sınırlı tutulmuştur. Bu çerçevede, çalışmada ele alınan ilk temel hak olan yaşam hakkı bakımından, yapay zekâ uygulamalarının bu hakkın korunmasına olumlu etkisinin olacağı söylenebilir. Zira, yapay zekânın özellikle sağlık alanında hastalığın teşhisi ve tedavisine yönelik olarak yaşam hakkına sunduğu katkı göz ardı edilemeyecek kadar büyüktür. Ancak, günümüzde geldiği aşama düşünüldüğünde

158 Rodrigues (n 108) 20.

159 Ethic Guidelines for Trustworthy AI (n 23).

160 Hartwig (n 110).

161 Larry Dignan 'Google Says It Will Address AI, Machine Learning Model Bias With Technology Called TCAV' (*ZDNet*, 7 May 2019) <<https://www.zdnet.com/article/google-says-it-will-address-ai-machine-learning-model-bias-with-technology-called-tcav/>> Erişim Tarihi 16.12.2021.

162 Filippo, Hilligoss, Krishnamurthy, Bavitz and Levin (n 34) 19.

yaşanan aksaklıklar giderilmeden ve gerekli yasal zeminler oluşturulmadan otonom araçların ve otonom silahların kullanılması bu hak üzerinde olumsuz etki yaratacaktır.

İkinci olarak, yapay zekânın adil yargılanma hakkı üzerindeki etkilerine gelindiğinde ise, ceza adalet sisteminde yapay zekâ teknolojisi kullanılması yargılama sürecinin dava maliyetlerinin ve dava yükünün azaltılmasını sağlayarak; mahkemeye erişim hakkı, makul sürede yargılanma hakkı gibi haklar üzerinde olumlu etkiler yaratacaktır. Buna karşın, günümüzde makinelere duyulan güven dikkate alındığında yargıçların tamamen bu uygulamaların analizi yönünde kararını vermesi, yargıcın bağımsızlığı ilkesine zarar verecektir. Ayrıca, algoritmaların analizine dayanan kararların gerekçelendirme bakımından eksik kaldığı da bir gerçektir.

Bir diğeri, yapay zekâ uygulamalarının özel ve aile yaşamına saygı hakkı üzerindeki etkileridir. Cep telefonu ve bilgisayar gibi pek çoğumuzun her gün kullandığı cihazların, biz farkına varmasak da çok büyük miktarda özel ve aile yaşamımıza dair veriye eriştiği gözlemlenmektedir. Bu durum ise, etkilerin genellikle olumsuz yönde ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu bağlamda kişilerin rızalarının bulunması, olmazsa olmaz bir koşuldur. Ek olarak, bu hususta şeffaflığın sağlanması da önem arz etmektedir.

Yapay zekâ uygulamalarının ifade özgürlüğü üzerinde yarattığı etkilere gelindiğinde ise, bu husustaki tartışmaların, özellikle sosyal medya platformlarında bireylerin paylaşımlarının filtrelenmesi üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Buradaki temel sorun, günümüzde filtreleme teknolojisinde henüz iyi bir aşamaya gelinememiş olmasından dolayı, algoritmaların fazlaca hata barındırmasına ve bunun neticesinde bireylerin ifade özgürlüğünün ihlal edilmesine yol açmasıdır.

Son olarak, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından yapay zekânın etkilerinin genellikle olumsuz yönde olacağı görülmektedir. Bunun en belirgin örneği, günümüzde yüz tanıma teknolojilerinde ortaya çıkan ayrımcılıktır. Esasında bu teknolojilerde tasarlama aşamasında girilen eğitim verilerinin çeşitliliğinin sağlanamamasından kaynaklanan bu sorunun çözümü de algoritmalarda gömülü hataların bulunmasından dolayı bir hayli zordur.

Bu çalışmada, AIHS'de düzenlenen ve yapay zekâ kullanımından daha çok etkileneceği düşünülen bazı temel hak ve özgürlükler üzerinde durulmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, algoritmaların bireylerin bütün temel hak ve özgürlüklerini doğrudan veya dolaylı, olumlu ya da olumsuz bir şekilde etkilemesi ihtimali bulunmaktadır. Bu noktada önemli olan husus, mümkün olduğunca uluslararası insan hakları standartlarına uygun yapay zekâ uygulamalarının tercih edilmesidir. Böyle bir durumda, yapay zekânın insan haklarını geliştirerek, insan hakları hukukuna katkı sağlaması mümkün olacaktır. Bunun aksine insan haklarının geri planda tutulması,

insan hakları bakımından çok büyük sorunlara yol açabilecek ve hatta yapay zekânın insan haklarının reddedildiği bir mekanizma halini almasına sebep olacaktır. Bu bağlamda, uluslararası sözleşmelerin akdedilmesi ve ihlallere karşı etkin yaptırım mekanizmalarının oluşturulması da önem arz etmektedir. Özellikle AIHM gibi insan haklarına yönelik uluslararası mahkemelerin rolü göz ardı edilmemelidir. Ayrıca, insan hakları alanında Birleşmiş Milletler bünyesinde ortaya koyulan raporların da dikkate alınması gerekir. Benzer şekilde, devletler kendi iç hukuklarında da gerekli düzenlemeleri yapmalı ve ilgili kurumların oluşturulması hususunda adım atmalıdırlar. Devletlerin, kırılğan gruplara verilecek zararların önlenmesi için etkili adımları atmaları elzemdir. Burada, özellikle yapay zekâ uygulamalarından olumsuz yönde etkilenme ihtimali bulunan bireylerin aktif olarak katılımının sağlandığı risk değerlendirmelerinin yapılması gerekir¹⁶³.

Gelecekte, kamu ve özel sektör bakımından insan haklarını temel alan algoritmaların tercih edilmesi hususunda bir yükümlülüğün getirilmesi daha büyük bir öneme sahip olacaktır. Belirtmek gerekir ki, yapay zekâ uygulamalarının her aşamasında, şeffaflık ve hesap verilebilirlik sağlanmalıdır. Bu noktada, yapay zekâ kullanan kurum veya özel sektörün şeffaf ve yenilikçi olmaları kullanıcıların bu kullanımlarına yönelik güvenlerinin sağlanması bakımından da fayda sağlayacaktır. Diğer bir taraftan ise yapay zekâ geliştiricilerin, algoritmalarını geliştirirken, insan haklarına yönelik büyük özen göstermeleri gerektiğini belirtmek isteriz. Esasında, yapay zekâ sistemlerini tasarlayan ve kullananlar bakımından iki taraflı bir yükümlülük söz konusudur. Bu noktada, özellikle 2021 tarihli AB Yapay Zekâ Tüzüğü Teklifi çok önemli bir adımdır. Nitekim, bu düzenleme ile insan hakları ihlallerine yol açan yapay zekâ kullanımlarının kabul edilemez seviyede riskli olarak tanımlandığı ve bu çerçevede bu tür kullanımların üye devletler bakımından yasaklanarak bir yaptırma tabi tutulduğu görülmektedir. Bu düzenlemenin yapay zekânın insan hakları üzerindeki etkilerine ilişkin umut vaat edici olmasına rağmen, uluslararası alanda daha fazla düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu da açıktır. Bu bağlamda, devletlere büyük bir sorumluluk düşmektedir.

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.

163 KVKK (n 111) 13.

Bibliyografya/Bibliography

Kitap, Makale ve Tezler

- Aladag Ozdemir S, 'Human-Centered Design for Artificial Intelligence' (Master thesis, Yeditepe University 2019).
- Arslan Öncü G, *Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı* (Beta Yayıncılık, 2020).
- Bartneck C, Lütge C, Wagner A and Welsh S, *An Introduction to Ethics in Robotics and AI* (SpringerBriefs in Ethics 2021).
- Bozkurt E and Dost S, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye' (2002) 7 (1) *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi* 47-74.
- Bozkurt E, Kanat S and Bektaş S, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku* (Gözden geçirilmiş 3rd edn Legem Yayıncılık, 2018).
- Brkan M, 'Freedom of Expression and Artificial Intelligence: on Personalisation, Disinformation and (Lack of) Horizontal Effect of the Charter' (2019) *Maastricht Faculty of Law Working Papers* 1-17.
- Cataleta MS and Cataleta A, 'Artificial Intelligence and Human Rights, an Unequal Struggle', (2020) 1 (2) *CIFILE Journal of International Law* 40-63.
- Centel N, 'Adil Yargılanma İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar' (2010) 16(1-2) *MÜHF-HAD* 3-14.
- Danziger S, Jonathan Levav and Liora Avnaim-Pesso 'Extraneous Factors in Judicial Decisions' (2011) 108 (17) *Proceedings of the National Academy of Sciences* 6889-6892.
- Donahoe E and Metzger MM, 'Artificial Intelligence and Human Rights' (2019) 30 (2) *Journal of Democracy* 115-126.
- Dülger MV, 'Bir Hukuk-Kurgu Denemesi: Yapay Zekâlı Varlığın Hukuki Sorumluluğu (Olabilir Mi?)' (2017) 2 *Hukuk ve Daha Fazlası (h+)* 5-7.
- Eren CS, 'İfade Özgürlüğü ve Telif Hakları Dengelemesi: Avrupa Mahkemeleri İçtihadı' (2019) 37 *İnsan Hakları Yıllığı* 141-164.
- Filippo R, Hilligoss H, Krishnamurthy V, Bavitz C and Levin K, *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, (Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication 2018) <<https://cyber.harvard.edu/publication/2018/artificial-intelligence-human-rights>> Erişim Tarihi 15.05.2021.
- Gemalmaz MS, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8th edn Legal, 2012 (1)).
- Gören Z, 'Genel Eşitlik İlkesi' (2016) 22 (3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 3279-3301.
- Gül İI and Karan U, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, Yeşiladalı B and Ayata G (eds) (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2011).
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (Tıpkı 4th Bası Beta Yayıncılık 2013).
- Kalabalık H, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş* (Güncellenmiş 3rd edn Seçkin Yayıncılık, 2021).
- Karan U, 'Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı' *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* İnceoğlu S (3rd edn Beta, 2013) 459-494.

- Karan U, 'İfade Özgürlüğü Hakkı' *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* İnceoğlu S (eds) (3rd edn Beta 2013) 355-359.
- Karan U, 'Yaşam Hakkı' *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* İnceoğlu S (eds) (3rd edn Beta 2013) 115-135.
- Karan U, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası* (On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Kelep Pekmez T, 'Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme' (2018) 6 (2) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 173-195.
- Kriebitz A and Lütge C, 'Artificial Intelligence and Human Rights: A Business Ethical Assessment' (2020) *Business and Human Rights Journal* 1-21.
- Lökke E, *Mahremiyet: Dijital Toplumda Özel Hayat* Dilek Başak (trs), (2nd edn, Küy, 2020).
- Medvedeva M, Vols M and Wieling M, 'Using Machine Learning to Predict Decisions of the European Court of Human Rights' (2019) *Artificial Intelligence and Law* 237-266.
- Nomer M, 'Yaşama Hakkına Saygı Nedeniyle Ölümü İstemek-Pretty Birleşik Krallığa Karşı' (2014) 113 *TBB Dergisi* 41-55.
- Pizzi M, Romanoff M and Engelhardt T, 'AI for Humanitarian Action: Human Rights and Ethics', (2020) 102 (913) *International Review of the Red Cross* 145-180.
- Pohl J, 'Artificial Superintelligence: Extinction or Nirvana?', (2015) *InterSymp-2015* 1-19.
- Risse M, 'Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda' (2018) *HKS Faculty Research Working Paper Series RWP18-015*.
- Rodrigues R, 'Legal and Human Rights Issues of AI: Gaps, Challenges and Vulnerabilities' (2020) 4 *Journal of Responsible Technology*.
- Say C, *50 Soruda Yapay Zekâ* (17th edn Bilim ve Gelecek Kitaplığı 2020).
- Spagnolo A, 'Human Rights Implications of Autonomous Weapon Systems in Domestic Law Enforcement: Sci-fi Reflections on A Lo-fi Reality' (2017) 43 *QIL Zoom-in* 33-58.
- Sucu İ, 'The Effect of Artificial Intelligence on Society and Artificial Intelligence the View of Artificial Intelligence in the Context of Film (I.A.)' 2019 2 (2) *Uluslararası Ders Kitapları ve Eğitim Materyalleri Dergisi* 203-215.
- Taşdemir Ö, Özbay ÜV and Kireçtepe BO, 'Robotların Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme' (2020) 69 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 793-833.
- Tezcan D, Erdem MR, Sancakdar O and Önok RM, *İnsan Hakları El Kitabı* (Güncellenmiş 9th edn Seçkin Yayıncılık, 2021).
- Ulenaers J, 'The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?' (2020) 11(2) *Asian Journal of Law and Economics* 1-38.

Uluslararası Sözleşmeler

- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, Kasım 2001, <https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf> Erişim Tarihi 28.06.2021.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, RG, 06.02.1972, Sayı 14091.

Charter of Fundamental Rights of the European Union (declared in 2000, came into force December 2009) Official Journal of the European Communities (2000/C 364/01) (2000) (CFREU) <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf> Erişim Tarihi 28.06.2021.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR), <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf> Erişim Tarihi 28.06.2021.

International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR), <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>> Erişim Tarihi 30.06.2021.

İnsan Hakları Evrensel Beyannameşi, RG, 27.05.1949, Sayı 7217.

Protocol No 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, As Amended by Protocol No 11 (ECHR P-7) <https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P7postP11_ET5117E_ENG.pdf> Erişim Tarihi 10.12.2021.

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, RG, 18.06.2003, Sayı 25142.

Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR), <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf> Erişim Tarihi 09.07.2021.

Uluslararası Belgeler

Council of Europe Governing the Game Changer – Impacts of Artificial Intelligence Development on Human Rights, Democracy and the Rule of Law [2019] 1-17 <<https://rm.coe.int/conference-report-28march-final-1-/168093bc52>> Erişim Tarihi 28.06.2021.

Council Recommendation (EC) Unboxing Artificial Intelligence: 10 Steps to Protect Human Rights [2019] <<https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

European Commission COM (2021) 206 final, 2021/0106 (COD) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Act [2021].

FRA, ‘Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights’ (2020) *Report of European Union Agency for Fundamental Rights*.

OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence [2019] <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

OECD G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy-Annex: G20 AI Principles [2019] <<https://www.mofa.go.jp/files/000486596.pdf>> Erişim Tarihi 01.07.2021.

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council 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), Official Journal of the European Union, No L 119/2, <<https://gdpr-info.eu/>> Erişim Tarihi 01.07.2021.

The European Commission Ethic Guidelines for Trustworthy AI [2018] <https://ai.bsa.org/wp-content/uploads/2019/09/AIHLEG_EthicsGuidelinesforTrustworthyAI-ENpdf.pdf> Erişim Tarihi 28.06.2021.

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No 18: Non-discrimination*, 10 November 1989, <<https://www.refworld.org/docid/453883fa8.html>> Erişim Tarihi 02.07.2021.

UNGA, 'Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression' UN Doc A/73/348 (2018).

UNGA, A/RES/70/1 Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development [2015].

Diğer Belgeler

Access Now Report, 'Human Rights in the Age of Artificial Intelligence' <<https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/11/AI-and-Human-Rights.pdf>> Erişim Tarihi 15.06.2021.

Article 19 and Privacy International, 'Privacy and Freedom of Expression In the Age of Artificial Intelligence' (2018) <<https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Privacy-and-Freedom-of-Expression-In-the-Age-of-Artificial-Intelligence-1.pdf>> Erişim Tarihi 13.10.2021.

Committee on Legal Affairs and Human Rights (CLAHHR), Parliamentary assembly Council of Europe Hearing on the Implications of the Pegasus Spyware, 'Statement by United Nations High Commissioner for Human Rights, Michelle Bachelet' (2021) <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27455&LangID=E>> Erişim Tarihi 12.10.2021.

KVKK, 'Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler' [2021] <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zekâ-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasına-Dair-Tavsiyeler>> Erişim Tarihi 12.10.2021.

Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence [2018] <https://monoskop.org/images/b/b2/Report_Montreal_Declaration_for_a_Responsible_Development_of_Artificial_Intelligence_2018.pdf> Erişim Tarihi 30.06.2021.

Beijing Academy of Artificial Intelligence, The Beijing Artificial Intelligence Principles (2019) 10 *Datenschutz und Datensicherheit*- DuD 656 <<https://www.wired.com/beyond-the-beyond/2019/06/beijing-artificial-intelligence-principles/>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

Mahkeme Kararları

Ulusal Mahkeme Kararları

Ola drivers v Ola Cabs, Case no C / 13/689705 / HA RK 20-258 (Court of Amsterdam, 11 March 2021).

R (Bridges) v CC South Wales & ors, Case No C1/2019/2670 (UK Court of Appeal, 11 August 2020).

Uber drivers v Uber, Case no C/13/687315 / HA RK 20-207 (Court of Amsterdam, 11 March 2021).

Uluslararası Mahkeme Kararları

Ahmet Yıldırım v Turkey App no 3111/10 (ECtHR, 18 December 2012).

Bărbulescu v Romania, App no 61496/08 (ECtHR, 5 September 2017).

Botta v Italy App no 21439/93 (ECtHR, 24 February 1998).

DP & JC v United Kingdom App no 38719/97 (ECtHR, 10 October 2002).

Google Spain v Google Case No C-131/12 (CJEU, 13 May 2014).

İbrahim Keskin v Turkey, App no 10491/12 (ECtHR, 27 March 2018).

İlhan v Turkey App no 22277/93 (ECtHR, 27 June 2000).

- Kılıç v Turkey App no 22492/93 (ECtHR, 28 March 2000).
LCB v the United Kingdom App no 23413/94 (ECtHR, 9 June 1998).
Mahmut Kaya v Turkey App no 22535/93 (ECtHR, 28 March 2000).
Mikulíć v Croatia, App no 53176/99 (ECtHR, 7 February 2002).
Osman v the United Kingdom App no 23452/94 (ECtHR, 28 October 1998).
Öneryıldız v Turkey App no 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004).
Paul and Audrey Edwards v the United Kingdom, App no 46477/99 (ECtHR, 14 March 2002).
Pretty v United Kingdom App No 2346/02 (ECtHR, 29 April 2002).
Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) Case No C-70/10 (CJEU, 24 November 2011).
Vavříčka and Others v The Czech Republic, App nos 47621/13 and 5 others (ECtHR, 8 April 2021).

İnternet Kaynakları

- Cellan-Jones R, ‘Stephen Hawking Warns Artificial Intelligence Could End Mankind’ (*BBC News*, 2 December 2014) <<https://www.bbc.com/news/technology-30290540>> Erişim Tarihi 10.06.2021.
- Dignan L, ‘Google Says It Will Address AI, Machine Learning Model Bias With Technology Called TCAV’ (*ZDNet*, 7 May 2019) <<https://www.zdnet.com/article/google-says-it-will-address-ai-machine-learning-model-bias-with-technology-called-tcav/>> Erişim Tarihi 16.12.2021.
- Gellert R, Bekkum MV and Borgesius FZ, ‘The Ola & Unber Judgments: for the First Time A Court Recognises A GDPR Right to An Explanation for Algorithmic Decision-Making’ (*EU Law Analysis*, 28 April 2021) <<https://eulawanalysis.blogspot.com/2021/04/the-ola-uber-judgments-for-first-time.html?m=1>> Erişim Tarihi 07.10.2021.
- Güzel H, ‘3 Tür Yapay Zekâ: Dar, Genel ve Süper’ (*Data Science Earth*, 8 March 2021) <<https://www.datascienceearth.com/uc-tur-yapay-zeka-dar-genel-ve-super/>> Erişim Tarihi 07.10.2021.
- Hartwig B, ‘The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights’ (*tdwi*, 29 June 2020) <<https://tdwi.org/articles/2020/06/29/adv-all-impact-of-ai-on-human-rights.aspx#:~:text=If%20left%20unchecked%2C%20artificial%20intelligence,better%20future%20for%20us%20all>> Erişim Tarihi 05.05.2021.
- Lincoln S, ‘Find What Elon Musk Said About Real World AI’ (*The European Business Review*, 22 April 2021) <<https://www.europeanbusinessreview.com/find-what-elon-musk-said-about-real-world-ai/>> Erişim Tarihi 06.07.2021.
- Rutschman AS, ‘Stephen Hawking Warned About the Perils of Artificial Intelligence-Yet AI Gave Him A Voice’ (*The Conversation*, 15 March 2018) <<https://theconversation.com/stephen-hawking-warned-about-the-perils-of-artificial-intelligence-yet-ai-gave-him-a-voice-93416#:~:text=The%20late%20Stephen%20Hawking%20was,end%20of%20the%20human%20race.%E2%80%9D>> Erişim Tarihi 18.06.2021.
- Yılmaz GH, ‘Yapay Zekâ Etik Olabilir mi?’ (*The Deloitte Times*, December 2019) <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/the-deloitte-times/yapay-zekâ-etik-olabilir-mi.pdf>> Erişim Tarihi 10.05.2021.

The *Refugee* in Law and Practice: In the Face of Western States' Pushback Policies

Batılı Devletlerin Geri İtme Politikaları Karşısında Hukuk ve Uygulamada *Mülteci*

Ekin Deniz Uzun* 

Abstract

The present Article revisits the refugee definition and the *non-refoulement* principle in the context of some western states' pushback policies under international law. Recent incidents have shown that some western states have pushed back refugees by employing a nativist approach for political ends. In addition, mentioned western states in many situations have made references to produced false narratives about refugees to justify their *illicit actions*. By bringing the refugee definition of international law to light, this Article aims to set forth the illegality of these states' goal of manipulating the existing legal definitions. To this end, the Article first explains what a refugee is in international law, freeing it from the above-mentioned false narratives. Second, the analysis establishes the illegality of refugees' pushback under international law, which contradicts the *non-refoulement* principle.

Furthermore, potential solutions to suppress the states' illegal actions within the scope of pushbacks will be discussed separately by this Article. Finally, to conclude, the Article points that states find ways to create legal loopholes by ignoring the recognized rights of refugees. But it also underlines that being determined to find solutions that will deactivate pushback policies is essential to ensure that *every alien has the right to seek asylum*.

Keywords

Refugee, non-refoulement, international law, pushback policies, western states

Öz

Bu makale, bazı batılı devletlerin geri itme politikaları bağlamında uluslararası hukuk kapsamında mülteci tanımını ve *geri göndermeme* ilkesini yeniden gözden geçirmektedir. Son olaylar, bazı batılı devletlerin siyasi amaçlar için ulusun yerli halkının hak ve çıkarlarını gözetemeyen bir yaklaşım kullanarak mültecileri geri ittiğini göstermiştir. Birçok durumda adı geçen batılı devletler, yasadışı eylemlerini haklı çıkarmak için mülteciler hakkında yanlış anlatılara atıfta bulunmuşlardır. Bu makale, uluslararası hukukun mülteci tanımını gün ışığına çıkararak, bu devletlerin mevcut yasal tanımları manipüle etme hedefinin hukuka aykırılığını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu yönde, ilk olarak, makale uluslararası hukukta mültecinin ne olduğunu, yukarıda belirtilen yanlış anlatılardan bağımsızlaştırarak açıklamaktadır. Devam eden analiz, ikinci olarak, mültecilerin uluslararası hukuka göre geri itilmesinin yasadışı olduğunu ve bu durumun *geri göndermeme* ilkesiyle geliştiğini tespit etmektedir.

Devletlerin geri itme kapsamında hukuka aykırı eylemlerinin bastırılmasına yönelik olası çözümler makale kapsamında ayrıca ele alınacaktır. Nihayetinde, makale sonuç olarak, devletlerin mültecilerin haklarını görmezden gelerek, yasal boşluklar yaratma yollarını bulabileceğine işaret eder. Ancak, makale *-her yabancıya sığınma hakkı olduğundan emin olunması için-* devletlerin geri itme politikalarını devre dışı bırakacak çözümlerde ısrar edilmesinin önemli olduğu hususunun da altını çizmektedir.

Anahtar Kelimeler

Mülteci, uluslararası hukuk, geri itme politikaları, batılı devletler

* **Correspondence to:** Ekin Deniz Uzun (Lect. PhD.) Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Department of International Law, Ankara, Turkey. E-mail: eduzun@ybu.edu.tr ORCID: 0000-0002-9757-0223

To cite this article: Uzun ED, "The Refugee in Law and Practice: In the Face of Western States' Pushback Policies" (2022) 42(1) PPIL 159. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.927100>

I. Introduction

This Article argues/addresses the following two primary concerns:

- In what ways and why have the *western/wealthy-democratic* states¹ embraced/implemented pushback policies against refugees?
- In what ways and why do international law's refugee definition and the *non-refoulement* principle have direct links?

The analysis of this Article draws on examples that include pushback of refugees conducted mainly by the European Countries, particularly Greece. However, the Article also presents relevant incidents from Australia and the United States of America (USA).

Understandably, states adopt policies that would serve their sovereign interests the best. However, one step further, some western states' asylum policies breed in a nativist approach which shapes a negative collective memory in the societies about refugees. As a side note, this Article uses the terminology of nativism as a *proxy* for other ideologies and discourses, including racism, nationalism, xenophobia, and populism. Riedel and Newth underline that nativism encapsulates a dangerous and aggressive ideology rooted in the mentioned terms.²

Moreover, recent incidents -detailed in Part II of this Article- will show that exemplified western states have been persistently employing illegal pushback *tactics* to prevent refugees from reaching their borders. These tactics render both the meaning/spirit of the refugee definition and the *non-refoulement* principle ineffective. Considering that international law has established protection mechanisms for refugees, refusal of refugees disarms the means for protection. Therefore, the scope of protection

1 Western states, in the context of this Article, is used to define democratic-wealthy states that include the USA, the UK, Australia and the European Union countries:

“What the West means in a given context, therefore, depends entirely upon who is invoking the term and for what purpose. But it is fair to say that virtually all definitions of Western civilisation drew a line somewhere across Europe, placing Germany (at times), Poland and Eastern Europe (at times), and Russia and the Balkans (at all times) beyond the pale of Western civilisation.”

William H. McNeil, ‘What We Mean by the West’ *Western Civ in World Politics* 514.

Cambridge Dictionary defines western as follows: “*relating to countries in the west part of the world, especially North America and countries in the west of Europe*”. Cambridge Dictionary, ‘Western Adjective (Also Western)’ <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/western>> accessed 20 August 2021.

Lexico Dictionary defines the western world as follows: “*Europe, North America, and other (often relatively wealthy) countries with populations of mainly European ancestry; the culture and civilisation of these regions; the West*.” Lexico Dictionary, ‘Western World Pronunciation /,west(ə)nˈwɜːld/’ <https://www.lexico.com/definition/western_world> accessed 20 August 2021.

Please see Matthew J Gibney and Randall Hansen, ‘Asylum Policy in the West: Past Trends, Future Possibilities’ (UNU World Institute for Development Economics Research, 2003) 10 <<https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/dp2003-068.pdf>> accessed 23 August 2021.

2 Its origins and essence show that nativism uses “*populist tactics and offers a masking clothing to the ideology of nationalism*”. Rafal Riedel, ‘Nativism versus nationalism and populism - bridging the gap’ (2018) 2 *Central European Papers* 18. Further see George Newth, ‘Rethinking “Nativism”: Beyond the Ideational Approach’ [2021] *Taylor & Francis Identities Global Studies in Culture and Power* 1-20 <<https://www.tandfonline.com/doi/epub/10.1080/1070289X.2021.1969161?needAccess=true>> accessed 25 December 2021.

sitting on the *non-refoulement* principle must be implemented in practice according to the refugee definition regulated by the Convention Relating to the Status of Refugees (the 1951 Refugee Convention).³

For the stated reasons, this Article intends to re-examine the international legal definition of a refugee. The goal of developing a discussion on the refugee definition under international law is to prove the vital importance of the *non-refoulement* principle and how some states have been depriving refugees of their internationally recognized rights.

Ongoing discussion proceeds in two main parts as follows:

The first part of this Article divides its analysis into two sections. The first section explains the refugee term in a philosophical sense. Then, in reference to Gordenker, the discussion describes how refugees find themselves in a position of “*unaccepted where they are, unable to return whence they came*”.⁴

This explanation expands its scope to include manipulative refugee definitions promoted by some politicians. There are different referrals about refugees, such as economic migrants, illegal immigrants, boat people, invading horde, terrorists, or opportunists. For example, Italy’s former Interior Minister Maroni, in 2011, alleged that terrorists and Al-Qaeda affiliates and ordinary criminals were using the confusion about refugees to enter Europe.⁵ This way of “*overly formalistic bad faith approach to interpreting international legal [regulations]*” is referred to as *hyper-legalism* by Daniel Ghezelbash.⁶

Ghezelbash explains hyper-legalism as the interpretation of a treaty in a way “*what it doesn’t say*”.⁷ Especially under the influence of the mass media, the ongoing security and migration issues, some Western refugee receiving states have been in alignment with *anti-refugee propaganda*. Described resistance against refugees has been exposed/expressed through name-calling, categorizing, and othering refugees, primarily by politicians and the mass media. As a result, international law refugee definition has lost its meaning through a lousy/bad faith interpretation. In other words, misleading descriptions have overshadowed the long-established legal meaning of refugee by international law and created an impression that refugees’ rejection at the frontier by the designated states have happened because of the reasons stemming from

3 Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137 (1951 Refugee Convention) art 33.

4 Leon Gordenker, *Refugees in International Politics* (Beckenham: Croom Helm 1987) 213.

5 Guy S Goodwin-Gill, ‘The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement’ (2011) 23 *Int’l J Refugee L* 449.

6 Daniel Ghezelbash, ‘Hyper-legalism and Obfuscation: How States Evade Their International Obligations Towards Refugees’ (2020) *American Journal of Comparative Law* 481.

7 *ibid* 485.

refugees. The illegality of states' policies against the principle of *non-refoulement* is thus seemingly neutralized. For instance, Dummett argues that continuous propaganda of government employees claims that asylum seekers are merely economic migrants. This tactic of states can be defined as obfuscation and carries one purpose: to convey that “*the motive of those claiming asylum trivial and unworthy*”.⁸ As is stated by Dummett, refugees' motive of claiming asylum is questioned and approached with suspicion as a result.

It is vital to purge the refugee term from the definitional dilemma/quagmire created by the overtly pessimistic nativist approach against refugees. Because, as a term of art, refugee imports a variety of different legal consequences – including “*non-refoulement, non-rejection at the frontier, temporary refuge or asylum, and treatment after entry*”.⁹ If the lousy/bad faith approach towards refugees is invalidated, the obligations of states will be much more meaningful. For this reason, the second section of Part I of this Article looks at how the refugee is defined under international law, regardless of manipulative discourse. The assessment in this section also brings a critical view to the refugee definition in international law, considering relevant challenges and shortcomings.

Following this, Part II of this Article devotes its analysis to the principle of *non-refoulement* in international law. Its first section explains the necessity of states to adhere to the principle of *non-refoulement* under all circumstances. Türk and Dow underline that “*states interpret and implement their obligations under the 1951 Convention, both in terms of determining who comes within their scope and the rights and entitlements of recognized refugees*”.¹⁰ Adding to this comment, this Article posits that states' interpretation of the refugee definition that comes to the surface through the nativist discourse aims to revise the existing international legal regulations that define refugees and establish the *non-refoulement* principle. The 1989 United Nations High Commission for Refugees (UNHCR) Executive Committee's General Conclusion on International Protection concerning the exercise of the 1951 Convention and its Protocol¹¹ called on states for effective implementation. It is recommended that the state parties employ a positive and humanitarian approach for the “*implementation of the provisions of the Convention and Protocol in a manner fully compatible with the object and purposes of these instruments*”.¹² But as is discussed, states' continuing disregard of humanitarian/good faith approach to interpreting the 1951 Refugee Convention and

8 Michael Dummett, *On Migration and Refugees* (Routledge 2001) 44.

9 Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007) 49.

10 Volker Türk and Rebecca Down, ‘Protection Gaps’ in Elena Fiddian Qasimiyeh, Gil Loescher and Katy Long et al. (eds) *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (Oxford Handbooks Online, 2014) 280.

11 Protocol relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267 (The 1967 Protocol).

12 UNHCR, ‘Provision on International Protection Including Through Complementary Forms of Protection’ Executive Committee of The UNHCR Programme Conclusions on International Protection (2005) 56th Session 274 < <https://www.refworld.org/type.EXCONC.UNHCR,,5a2ead6b4,0.html>> accessed on 24 May 2021.

its 1967 Protocol has lowered the standard of protection.¹³ The Article explains this aspect by drawing upon the incidences that infringe the *non-refoulement* principle.

The second section of Part II considers possible solutions to eliminate pushback practices. Since the argued incidents in this part of the Article mainly focus on the EU countries and Greece, the discussion considers the European Court of Human Rights' (ECtHR) relevant case law. To this end, the arguments pose whether this supranational court may have a lasting effect to discourage states from actualizing pushbacks. In addition, activists' impact upon states' asylum procedures (positively) is briefly mentioned. Finally, the analysis posits that criticized states in this Article have *invented legal* ways to silence activists and rescuers, such as through sanctions.

The overall analysis, as is understood, shows the variety in understandings on the refugee definition and the *non-refoulement* principle with links to existing pushback policies. The findings conclude the illegality of pushback tactics that some western states have employed over the years. The analysis also looks for possible solutions to eliminate these pushback policies *at all costs*.

II. The Refugee in Law and Practice

This part examines *being a refugee* in two sections. The first section discusses in what ways the perception towards refugees is adversely affected by the nativist discourse. The analysis asserts that false narratives on refugees overshadow the existing refugee definition of international law. In the second section, the definition of refugee in international law is explained briefly, with its pearls and pitfalls, to put confusing referrals about refugees aside.

A. The Refugee Person: *The Black sheep*

1. Refugees under the Shadow of Misleading Narratives

Haddad defines the state of being a refugee as “*a breakdown in the state-citizen relationship within a sustaining political community*”.¹⁴ This breakdown is fed mainly by misleading narratives developed against refugees *within the community*. Mentioned narratives can be prescribed as prejudices too.

Prejudices often emerge because of a combination of different factors, including “*xenophobia and racism, or perceptions of demographic pressure, economic inequality, and the specter of terrorism*”.¹⁵ Mainly, racism, xenophobia, and

13 Türk and Down (n 10) 280.

14 Emma Haddad, ‘Who Is (Not) a Refugee?’ *The Refugee in International Society: Between Sovereigns* (Cambridge University Press 2008) 24.

15 Filiz Garip, Shannon Gleeson and Mathew Hall, *How the State Criminalizes Immigrants and to What Effect: A Multi-Disciplinary Account* (Cornell University 2019) 1.

social fragmentation affect how refugees are perceived (negatively) in a society. These factors grow out as a trend fed by different perceptions about *foreignness* and eventually *foreigners*. Foreignness refers to the country of origin, ancestry, or birthplace of refugees. However, as a side note, foreignness does not leave all the nationals vulnerable in equal terms.¹⁶ In that, the vulnerability continues to function in connection with racial divisions.

In his book *The Nature of Prejudice*, Gordon Allport defines prejudice as “*thinking ill of others without sufficient warrant*.”¹⁷ Rich bases his explanation about prejudice on the cognitive account of prejudice, and he concludes that this phenomenon “*is well-positioned to support a broad understanding of the beliefs and attitudes that may provoke discriminatory behavior*”.¹⁸ For instance, xenophobia and discrimination against refugees are the typical results of prejudices. Achiume defines this aspect of the discussion in question as “*explicit prejudice-based xenophobic discrimination*”¹⁹—this Article in the following analyses these aspects of prejudice -*xenophobia and discrimination*- orchestrated against refugees. The aim here is to add a concrete dimension to how xenophobia marginalizes refugees and thus exposes them to discrimination as an extension of the nativist approach. In other words, the purpose is to give examples of the areas where nativism functions.

2. Prejudice-Based Xenophobia and Discrimination against Refugees

This sub-section explains prejudice-based xenophobia and discrimination as the products that take their tools from states’ nativist policies and affect societies’ collective memory. This discussion aims to reveal how xenophobia and discrimination -based on prejudices- normalize pushback policies of states.

Although xenophobia and discrimination are two different concepts, this section discusses both due to their relation to the idea of prejudice. This discussion explains that the prejudices developed against refugees or fed by the states can lead to xenophobia and discrimination. Eventually, we can see the mentioned results in the states’ asylum policies. While prejudices can lead to xenophobia or discrimination, discrimination and xenophobia can also happen simultaneously. For example, in many countries, “*race or national descent are invoked as grounds to deny or withdraw citizenship leaving individuals stateless and stripped of the enjoyment of their human rights*”.²⁰

16 Tendayi Achiume, ‘Beyond Prejudice: Structural Xenophobic Discrimination against Refugees’ (2014) 45 Georgetown Journal of International Law 329.

17 Gordon W Allport, *The Nature of Prejudice* (25th Anniversary Edition, Addison -Wesley Publishing Company 1954) 6.

18 Stephen M Rich, ‘Against Prejudice’ (2011) 80-1 Geo Wash L Rev 6.

19 Achiume (n 16) 326.

20 UNHCR, ‘Guidance on Racism and Xenophobia How UNHCR Can Address and Respond to Situations of Racism and Xenophobia Affecting Persons under Its Mandate’ (2020) 19 <<https://www.unhcr.org/5f7c860f4.pdf>> accessed 21 August 2021.

Xenophobia defines the following state: “a strong feeling of dislike or fear of people from other countries”.²¹ Take, for example, under the influence of national self-image and states’ asylum policies/politics, societies initially show resistance against the idea of welcoming refugees. Resistance emerges at both societal and political levels to this end. As a result, societal views and political standpoints on refugees by influencing each other actualizes othering refugees or classifying them as hostile outsiders or opportunists. This analysis defines prejudice-based discrimination, for example. These factors further (may) normalize pushback policies of states.

Yakushko details xenophobic attitude against refugees with links to Eugenics or the science of racial betterment:

“All foreigners who were perceived as arriving from supposedly “uncivilized” countries (i.e., China, India) or, in Emma Lazarus’ terms “the wretched refuse of your [civilized superior countries] teeming shore” (i.e., Jews from Germany), represented an evolutionary threat.”²²

Eugenics policies of the states -specifically developed states- tend to elevate their citizens to an elite level in the world’s conjuncture. Because of that, refugees, who flee from failed states, are seen as failed beings.²³ Moreover, refugees as *failed beings* are further fictionalized. For example, a refugee is often described as a brown-skinned woman having her children by her side, waiting for their admission at the state’s border. However, while they are on the move, refugees are embodied as a no-name, pernicious males.

Further, a society may assume that refugees appear in fund-raising campaigns because they already imagine them as inferior and needy. Even though the international community shows compassion towards people on the move, this understanding seems to fade away once the state’s interest comes into play. This situation is risky in both ways. Because, as Hudson draws upon scholarly analysis, categorizing individuals (in this case refugees) based on their vulnerability may lead to their exploitation. This claim is justified in the following:

“As Aultman and others warn, to assign individuals to a particular group in this way can itself lead to exploitation and harm, as those who are labelled as vulnerable risk being stigmatized and becoming subject to ‘paternalistic protections’ that are ‘premised on the assumption that the vulnerable are incapable of protecting themselves’.”²⁴

21 Oxford Learner’s Dictionaries, ‘Xenophobia’ <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/xenophobia>> accessed 20 August 2021.

22 Oksana Yakushko, *Modern-Day Xenophobia Critical Historical and Theoretical Perspectives on the Roots of Anti-Immigrant Prejudice* (Palgrave Macmillan 2018) 38.

23 Anna Carastathis and Myrto Tsilimpounidi, *Challenging Migration Studies - Reproducing Refugees _Photographia of A Crisis* (Rowman Littlefield 2020) 18.

24 Ben Hudson, ‘Migration in the Mediterranean: Exposing the Limits of Vulnerability at the European Court of Human Rights’ (2018) 4 Maritime Safety and Security Law Journal 29.

The state's interest plays a central role in the admission and non-admission of people reaching its borders. Most of the time, refugees are stereotyped to justify states' non-admission decisions. For example, there is overall negativity towards immigrants in the USA -specifically refugees- because of their foreignness. They are configured "*as costing jobs of native-born individuals, as being criminal, as refusing to learn English, as being a significant social burden, as being terrorists, as well as being uneducated and sick*".²⁵ For instance, former president of the USA, Donald J. Trump, portrayed China and Chinese people as the source of Covid-19. He was criticized as having an intention of creating an image attached to Chinese identity to describe them as a threat to the health of the people of the USA.²⁶ For instance, in 2005, Lou Dobbs stated the following: "*The invasion of illegal aliens is threatening the health of many Americans*". He was referring to leprosy as one such threat back at the time.²⁷

The resistance that has settled in societies and infused in states' asylum agendas overtime against refugees seems confusing at first. In that, isn't it the freedom to travel and seek asylum to escape from persecution every human's birth right? In theory, for instance, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)²⁸ confirms everyone's equality by underlining the importance of protection from any form of discrimination. Moreover, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)²⁹ in its article 1(1) prohibits discrimination based on foreignness. In practice, however, as any stateless and refugee person would confirm, universal and inalienable human rights are non-sense, especially regarding the right to leave one's country to enter another without facing any restrictions.³⁰

Prejudice-based xenophobic discrimination makes a travesty of fundamental rights by classifying human beings depending on their citizenship. For example, Chomsky argues that "*Americans and Europeans currently assume that freedom to travel is their birth right*".³¹ She explains this as a privilege that is reserved for the ones who are in control. With links to Chomsky's analogy, Mercier brings a different perspective about the privilege that some individuals *possess*, as follows:

25 Yakushko (n 22) 46.

26 Yi Zheng, Edmund Goh, and Jun Wen, 'The Effects of Misleading Media Reports About COVID-19 on Chinese Tourists' Mental Health: A Perspective Article' (2020) 31 *Anatolia Taylor & Francis Online* 337-340 <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13032917.2020.1747208?casa_token=Kd6DUS3ByegAAAAA%3AEKQAWfirdTvSpGlp968hiaLt9aSPHCRJPjIQBsX5t-D4XcCq9W7PcfjO1CScX5ZCeryP9bZq6RW-gw> accessed 24 November 2021.

27 David Leonhardt, 'Truth, fiction, and Lou Dobbs' (*The New York Times*, 30 May 2007) <<https://www.nytimes.com/2007/05/30/business/30leonhardt.html>> accessed 6 April 2021.

28 Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December) 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR), arts 1 and 2.

29 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (adopted 21 December 1965, entered into force on 4 January 1969) 660 UNTS 195.

30 Hannah Arendt, *The origins of totalitarianism* (Harcourt Publishing, 1976) 276.

31 Aviva Chomsky, *Undocumented How Immigration Became Illegal* (MA: Beacon Press 2014) 23.

“Looking at historical situations, we can see that some groups of people were forced into humility more than others, that is, humiliated, and therefore wronged; We see that some groups of people are considered as deserved to be honored, and therefore given more rights.”³²

Indeed, everyone has recognized fundamental rights. But they are governed by the power dynamics between the western nations and the rest. Etienne Balibar details power dynamics in his national-social state analysis. Balibar evaluates the results of two World Wars. He states that welfare states rose out of the ashes of World Wars. But this process happened with an awareness: damaged economies of the European states and the subsequent crisis were healed by pacifying class struggles. The downside of this process emerged once these welfare states granted social rights for their citizens *only*. Citizens of these states were conditioned to make their nation-states successful in the global competition by excluding and othering non-citizens. If borders were open, allowing all newcomers to enjoy social rights entirely as much as citizens of these welfare states do, the viability of the European welfare models would have been threatened.³³ We can apply Balibar’s approach, drawing upon the post-World War periods to today’s world conjuncture. For instance, Morocco does not have a welfare state structure, and it did not perceive refugees as a threat for an extended period. But Viktor Orban’s “*authoritarian rule*”³⁴ in Hungary or “*xenophobic campaign*”³⁵ of Brexit in the UK proved that these welfare states did not want refugees and migrants. Racist ideology also finds ways of dwelling due to undying narcissistic urges embedded in the idea of the national-social state. For example, if PVV (Partij Voor de Vrijheid/ The Party for Freedom) leader Geert Wilders comes to power, in that case, one of his priorities will be to expel Syrian refugees in his country immediately and prevent immigration from Muslim countries to the Netherlands. Wilders revealed his intentions as an election promise.³⁶

Ongoing analysis sets forth those legal affirmations that do not guarantee universal protection for refugees to seek asylum without exposure to life-threatening

32 Andre Mercier, ‘İnsan Haklarının Temelleri’, in Ioanna Kucuradi (eds), *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri* (4th edn, Türkiye Felsefe Kurumu 2009) 27.

33 Etienne Balibar, *We, The People of Europe? Reflections on Transnational Citizenship* (Princeton University Press 2004) 78.

34 Adam Fabry, ‘Neoliberalism, Crisis and Authoritarian–Ethnicist Reaction: The Ascendancy of the Orbán Regime’ (2019) 23 *Sage Journals* 2, 166 <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1024529418813834?casa_token=wNSc9zaWsAYAAAAA%3A5MZ4Kjix_-gFD_AcBv26eHVDleECiTNSW5CpplT_kDc7c-u5QcGuv57y5ySC6Fpow59zhWYQn9xJ> accessed 23 November 2021.

35 This Article refers Brexit with links to *xenophobic campaign*, based on the findings of a research that was published in 2017. The details of this research can be found in the following. Agnieszka Golecde Zavala, Rita Guerra, and Cláudia Simão, ‘The Relationship between the Brexit Vote and Individual Predictors of Prejudice: Collective Narcissism, Right Wing Authoritarianism, Social Dominance Orientation’ [2017] *Frontiers in Psychology* 1-14 <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2017.02023/full>> accessed 21 August 2021.

36 Yusuf Özkan, ‘Hollanda’da aşırı sağcı lider Wilders’in seçim vaadi ‘Suriyelileri sınır dışı etmek’ (BBC News Türkçe, 17 January 2021) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55695686>> accessed 4 April 2021.

“Austrian Chancellor Sebastian Kurz said he opposes the arrival of new Afghan refugees after the Taliban’s takeover of Afghanistan.” Enis Günaydin, ‘Avusturya Başbakanı Kurz: Benim Döneminde Afgan Mülteci Almayacağız’ *Euronews* (22 August 2021) <<https://tr.euronews.com/2021/08/22/avusturya-basbakan-kurz-benim-doneminde-afgan-multeci-almayacag-z>> accessed 23 August 2021.

circumstances. It means that in practice, “*the word itself and the phrase ‘right of asylum’ have lost much of their pristine simplicity*”.³⁷ Because international law tells us that the process of being granted asylum constitutes just turning up anywhere by boat and demand and get it.³⁸ However, modern-day examples worldwide prove us the opposite: people on the move just cannot take a boat, turn up anywhere and demand asylum. Even if they do, they are either pushed back or detained for an extended period in most cases. The restrictive measures imposed by some western states (exemplified within the context of this Article) towards refugees can be summarized as “*mandatory detention, denial of support, denial of access to procedures, to legal advice and representation and to appeals, and government-to-government agreements on removals*”.³⁹

Moreover, regardless of how states respond to refugees’ arrivals, states often portray refugees as “*illegal immigrants*” to make their policies of *not accepting refugees* reasonable. Part II of this Article further explains the states’ mentioned approach with links to relevant modern-day practices. However, before moving into the details of pushback policies, it may be helpful to understand how states justify their illegal actions, as follows.

3. States’ Way of Justifying Their Illicit Actions Resulting in Refugees’ Pushback

Seeking asylum to escape from persecution – *which is the fundamental reason why someone becomes a refugee*- does not make anyone *illegal*. Refugees, before their departure, most of the time, are not able to gather necessary documentation, including their identification cards, passports, and visas for entry.⁴⁰ Therefore, as a result of not having entry documents to a state, refugees should not be referred to as *illegals*, as this has no explanation in a legal sense.

On the other hand, through the Westphalian sovereignty principle, the state practice of referring refugees as illegals may find a *reasoning*, not justification per se. Thus, the Westphalian sovereignty principle may be helpful to understand the process of how legally false referrals coupled with othering mentality against refugees can quickly be echoed upon states’ policies resulting in justification of refugees’ expulsion. However, this does not change the essence of the Westphalian principle of state sovereignty as having fundamental challenges and shortcomings.

37 Goodwill-Gill (n 9) 355.

38 Guy S Goodwin-Gill, ‘The Dynamic of International Refugee Law’ (2013) 25 Int’l J Refugee L 653.

39 Guy S Goodwin-Gill, ‘Forced Migration: Refugees, Rights and Security’ in Jane McAdam (eds), *Forced Migration, Human Rights and Security* (Hart Publishing 2008) 7.

40 1951 Refugee Convention (n 3) art 31(1) states the following:

“The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.”

Benhabib understands the Westphalian sovereignty as the supreme power of state sovereignty with a dominant and political authority by having jurisdiction over a definite territory. In this respect, states' rights constitute political independence, territorial integrity; the freedom to ensure the security of its population; the right to regulate its domestic affairs, including the admission to its territory of non-citizens.⁴¹ In addition, states have the ultimate power to control their borders, which is the primary metric of state sovereignty.

But this model of efficacy, as Benhabib analyses, faces some challenges. Benhabib summarizes these challenges given in the following: global economy as a result of free markets in the capital, finance, and labor; the increasing information technologies; and the emergence of highly engaged cultural and electronic networks.⁴²

In a modern/developed world, human beings encounter new economic opportunities every day. The countries with these opportunities might appeal to people who would like to move into those countries to settle in these places. In this case, we see examples of economic migrants who move by choice. However, prejudice-based xenophobia against refugees comes into play at this point too. Refugees are reflected as opportunists. Supposedly they come to the western states by using the danger of persecution as an *excuse* to benefit from the economic opportunities of these states in question.⁴³ This conclusion creates an impression that there are grey areas around the definitions of a refugee, illegal immigrant, and economic migrant as terms of art. The grey areas in this context mean that states have the space to use mentioned legal terms interchangeably.

The Westphalian sovereignty principle relies on such *illusionary* grey areas and undefined parameters. Unsettled definitions, legal limbos, and scholarly debates on -what is what and what is not what- help western states to categorize *outsiders*. States do that by employing a bad faith approach to interpret people's motives on the move. Thus, by othering and categorizing refugees, states turn a blind eye to the fact that not every person leaves their homeland only to benefit from the welfare of other developed states. Some individuals leave their homes due to having unmitigated irremediableness of *need/necessity* to leave. Across the world, some families escape from their countries due to impoverishment; and some women, men, girls, and boys become victims of sexual exploitation and violence. Children are recruited as child soldiers or kidnapped for street begging. They often have no choice but to find a way out: they are forced

41 Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (1st edn, Cambridge University Press 2004) 71.

42 *ibid* 71.

43 As a side note, in some cases states' asylum systems may be misused or abused by 'bogus refugees' who have socio economic motivations. Bogus in this context is used to describe a claim which is not real or genuine. For detailed analysis please see Susan E Zimmermann, 'Reconsidering the Problem of "Bogus" Refugees with "Socio-Economic Motivations" for Seeking Asylum' (2011) 6 *Mobilities* 335-352 <<https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/17450101.2011.590034?scroll=top&needAccess=true>> accessed 23 August 2011.

to flee. Many individuals find it unbearable to stay in conflict areas hoping for better days to come. Given examples show two aspects of the same issue: on the one hand, “*there is a grey area between extreme categories*”; on the other hand, people move from one place to another due to reasons other than economic-related factors.⁴⁴

To this end, the following section conducts a brief analysis of what refugee means under international law. Then, as a term of art, it sets forth legal responsibilities for the states.

B. International Law Definition of Refugee: With Its Pearls and Pitfalls

The first part of this Article has discussed the manipulative narratives that blur the refugee definition. This section aims to clarify in a *legal setting* what refugee means.

“*There are more refugees in the world than ever since the end of the Second World War*”, states the UNHCR. UNHCR recorded that 79,500,000 people on the move have been displaced due to persecution and armed conflict in 2020.⁴⁵ German newspaper Der Tagesspiegel catalogued 33,293 people who died between 1993 and 2017. They were all fleeing from war, poverty, and oppression, which happened/occurred/prevalled in their own countries.⁴⁶

Albert Cohen in 1949 stated that “*it is obvious from all this that if there is any human being who needs protection it is the refugee*”.⁴⁷ Cohen’s statement pictures the hardship of refugees escaping from persecution during World War II. During that period, people crossed borders due to the dangers of war rather than targeted persecution.⁴⁸ For this reason, once the 1951 Refugee Convention came into existence, its scope defining the status of refugees was limited. The protection of refugees involved only the situations

44 Michelle Foster, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights Refuge from Deprivation* (Cambridge University Press 2007) 5.

45 Richard Skretteberg, ‘79.5 Million People Displaced In The Age Of Covid-19 A Global Overview Of Displacement Crises In 2019’ (*NRC Global Figures*) <<https://www.nrc.no/shorthand/fr/79.5-million-people-displaced-in-the-age-of-covid-19/index.html>> accessed 30 March 2021; UNHCR, ‘Figures at a Glance’ (18 June 2021) <<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>> accessed 19 August 2021.

46 Tagesspiegel, ‘Liste von 33.293 registrierten Asylsuchenden, Geflüchteten und Migrantinnen, die aufgrund der restriktiven Politik der Festung Europas zu Tode kamen’ (*Tagesspiegel*, 15 June 2017) <<https://www.tagesspiegel.de/downloads/20560202/3/listentireberlinccbanau.pdf>> accessed 6 April 2021.

47 Albert Cohen, ‘The Aims of The International Refugee Organization as Regards Legal and Political Protection’ (Speech at IRO and Voluntary Organizations Conference, Geneva 18–21 January 1949), Wiener Library, London, Its Digital Archive, 6.1.1/82509659#1, accessed 6 April 2021.

48 Definitional scope of persecution is going to be discussed further down in this Article. Beforehand, it is important to note the following regarding the scope of persecution:

“There is no universally accepted definition of “persecution”, and various attempts to formulate such a definition have met with little success. From Article 33 of the 1951 Convention, it may be inferred that a threat to life or freedom on account of race, religion, nationality, political opinion, or membership of a particular social group is always persecution. Other serious violations of human rights – for the same reasons – would also constitute persecution.”

UNHCR, ‘Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to The Status of Refugees’ (*The UNHCR Handbook*, 2019) 21 <<https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfdcd47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>> accessed 25 May 2021.

pre-1951. However, after the Protocol of 1967 came into force, the 1951 Refugee Convention became much more meaningful. We now know that all refugees will be protected, irrespective of any time and geographic limitation. The 1967 Protocol expanded the borders of the 1951 Refugee Convention so that it ripped off the fixated character of this document stuck in a specific historical timeline. From then on, the 1951 Refugee Convention has been welcomed as a human rights instrument, having a humanitarian character, addressing human rights abuses directed against people who have been persecuted and forced to leave.

As is understood, persecution is the central theme of why people become refugees. Persecution is also the only means differentiating refugees from other related and confused phenomena, such as economic migrants.

As a side note, as is mentioned in the previous section, legally speaking, refugees are not economic migrants, even though there are overlapping aspects between refugees and economic migrants. Both refugees and economic migrants intermingle with pernicious incidences leading to physical and emotional harm on treacherous roads. The difference is that, as Betts and Collier state, refugees are “*not moving for gain but because they have no choice. Migrants hope for honeypots; refugees need havens*”.⁴⁹ This approach settles the difference between economic migrants and refugees on the idea of *voluntariness*. Indeed, history proves that individuals have moved because of wanderlust and desire for new experiences. However, as analyzed by the above-mentioned two Oxford professors, the desire to discover new opportunities does not define why refugees leave their homes. Then how do we draw a line around *absoluteness* to distinguish refugees as people who need humanitarian assistance? In other words, the question is, what is that *absolute* when it comes to establishing a definition for being a refugee who is forced to leave - not left by their choice.⁵⁰

Indeed, in today's world, it is not easy to draw a definitive line around absoluteness with links to motivations/intentions as a driving force for people on the move. Individuals, especially in comparative history, mostly have relocated their homes and families to new lands to find better economic opportunities, seek religious freedom, or escape from socially traumatizing events, such as wars.⁵¹ These hurdles/rigors include natural disasters, famine, extreme poverty, or structural violence. Indeed, considering the 1951 Refugee Convention, not *any reason* that compels people to leave their homes would eventually qualify them as refugees. But we should remember that refugees leave their homes because their country or society threatens their human security. In this regard, the persecution differentiates refugees from the rest. Considering the

49 Alexander Betts and Paul Collier, *Refugee: Rethinking Refugee Policy in a Changing World* (Oxford: Oxford University Press 2017) 30.

50 *ibid* 20.

51 Yakushko (n 22) 34.

critical importance of persecution as a term -sitting at the center of the 1951 Refugee Convention- the following paragraphs explain its meaning under international law. But, as will be established, persecution as a vague concept is often used interchangeably with the discrimination phenomenon, even though persecution and discrimination are not equivalent terms. These aspects are also considered before moving to the next stage, where refugee definition is settled under international law.

1. Persecution

The 1951 Refugee Convention sets a definition in determining what refugee is under its article 1, as follows:

“...owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”

The central concept of the 1951 Refugee Convention is grounded on the phenomenon of a well-founded fear of *persecution*. The Convention’s definition dictates a particularized inquiry if the person in question or a group to which s/he belongs is subject to a focused threat of persecution.⁵² But a straightforward answer to this inquiry cannot be given, considering that under international law, persecution stands as a vague concept to begin with. In other words, persecution as a term of art has not been defined by international law indefinitely *yet*. For example, in cases of generalized violence, it can be challenging to prove the threat of persecution directed against an individual by their home state.⁵³ Considering vagueness of persecution as a term under international law, this Article examines it through the interpretation of the UNHCR, in comparison, to the concept of discrimination.

The UNHCR, in its commentary, expressed that persecution may comprise: *a threat to life or freedom on account of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, or serious violations of human rights*. We should consider the scope of persecution in this regard on a *case-by-case basis*. The definitive

52 David Martin, ‘The New Asylum Seekers’ in David A Martin (ed), *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s The Ninth Sokol Colloquium on International Law International Studies in Human Rights* (Springer Science Business Media, B V 2014) 3.

Please note that the exceptionality approach considers that “*the 1951 Refugee Convention and the 1967 Protocol do not cover persons fleeing armed conflicts or civil wars or situations of “generalized violence”*”. It means that according to the exceptionality approach in cases of widespread violence, such as wars, violence is not considered as cruelty reaching the limits of persecution but is accepted as the usual outcome of war. Hugo Storey and Rebecca Wallace, ‘War and Peace in Refugee Law Jurisprudence’ (2001) 95 *The American Journal of International Law* 2, 350.

Exceptionality approach “*sees persons fleeing armed conflict to fall outwith Article 1(A)2 unless they are special cases*”. Hugo Storey, ‘Armed Conflict in Asylum Law: The “War-Flaw”’ (2012) 31 *Refugee Survey Quarterly* 8.

53 Sara E Davies, *Legitimising Rejection International Refugee Law in Southeast Asia* (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 6.

aspect of a *well-founded fear of being persecuted* also indicates that the threat of persecution is determined subjectively, considering the person's view, who has been the recipient of the event. However, the events in question must also be appreciated objectively to be found as *well-founded* enough, drawing from the definition of the 1951 Refugee Convention.

The vagueness of persecution as a term is often defined and associated with the phenomenon of discrimination. Persecution seems to surface as a catch-all term involving motivation and induction to discriminate. But discrimination and persecution do not walk hand in hand in a way, as if they come into existence like an ouroboros. Lord Hope of Craighead best describes the relationship between discrimination and persecution as in the following:

“Persecution is not the same thing as discrimination. Discrimination involves the making of unfair or unjust distinctions to the disadvantage of one group or class of people as compared with others. It may lead to persecution, or it may not. And persons may be persecuted who have not been discriminated against. If so, they are simply persons who are being persecuted.”⁵⁴

Drawing upon the analysis of Lord Hope of Craighead, we can conclude that even though persecution is the central theme of the convention grounds, how these grounds meet with the means to actualize discriminatory acts amounting to persecution is not limited. Thus, for instance, the UNHCR, in its Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (UNHCR Handbook), states that “*it is not possible to lay down a general rule as to what cumulative reasons can give rise to a valid claim to refugee status*”.⁵⁵

In order to connect discrimination to persecution, discrimination must be *severe or serious*, extending the limits of *mere*. Severity in this instance would mean that a one-time event of discrimination may not effectuate persecution.

The concept of protection best explains persecution. As being the opposite end of the spectrum, protection negates persecution. If the states reasonably assure protection of the 1951 Refugee Convention, only then the effects of persecution can be restored. Protection within the context of 1(A) of the 1951 Refugee Convention is understood with links to five merits (not a closed list): “*willingness to protect; ability to protect; effectiveness; accessibility; and non-temporary durability*”.⁵⁶ Willingness to protect is the first step for refugee protection. But as has been discussed before, states manipulate the 1951 Refugee Convention's refugee definition to limit the understanding of a *refugee persona*. The following paragraphs clarify refugee definition in a legal sense with that in mind.

54 Rebecca Dowd, ‘Dissecting Discrimination in Refugee Law: An Analysis of Its Meaning and Its Cumulative Effect’ (2011) 23 Int'l J Refugee L 34.

55 UNHCR, ‘UNHCR Handbook’ (n 48) 21.

56 James C Hathaway and Hugo Storey, ‘What Is the Meaning of State Protection in Refugee Law - A Debate’ (2016) 28 Int'l J Refugee L 481.

2. The Meaning of Refugee as a Term of Art

The refugee term is often categorized under the general heading of forced migration. However, forced migration can be associated with different reasons, causing displacement of people, including environmental disasters, armed conflict, and famine. It is suggested that referring refugees as forced migrants may result in definitional confusion, i.e., links to Internally Displaced Persons (IDPs). Indeed, both refugees and IDPs may be *forced* to move due to the same external factors. But what distinguishes refugees from the IDPs is their crossed border movements.

It is also suggested that the usage of the forced migrant to refer refugees may create helplessness in them. Because forced “*presents a kind of obstacle that traps him as an eternal ‘refugee’*”.⁵⁷ As a result, many refugees try to replace it with a new term - newcomer.⁵⁸ Indeed the newcomer may have a healing effect, considering that the refugees face various obstacles linked to belonging and integration.

Ripping off the forced, from the forced migration formulation, migration, in specific terms, does not define the scope of refugee movement according to the UNHCR either:

“Migrants choose to move not because of a direct threat of persecution or death, but mainly to improve their lives by finding work, or in some cases for education, family reunion, or other reasons. Unlike refugees who cannot safely return home, migrants face no such impediment to return. If they choose to return home, they will continue to receive the protection of their government.”⁵⁹

What defines refugees, then? The 1951 Refugee Convention sets enumerated Convention grounds for the refugee status determination procedure. However, even though the 1967 Protocol takes off the place and the time limitation, today’s changing conditions still leave the 1951 Convention incapacitated if the Convention’s text is considered verbatim. For this reason, the UNHCR interprets the 1951 Refugee Convention in a broader perspective, stemming from the ordinary usage of refugees. This usage encapsulates a straightforward and more expansive definition of the refugee term: *a person in flight. They seek “to escape conditions or personal circumstances found to be intolerable”*.⁶⁰ We understand the stance of the UNHCR in defining refugees from how it designates asylum seekers per se: “[a]n individual who is seeking international protection”.⁶¹ It means that the country that receives the claim by an

57 Basem Mahmud, ‘Refugees and Asylum Seekers’ Views of Legal Recognition and Its Consequences for Their Integration’ (*Refugee Law Initiative*, 6 October 2020) <<https://rli.blogs.sas.ac.uk/2020/10/06/refugees-and-asylum-seekers-views-of-legal-recognition-and-its-consequences-for-their-integration/>> accessed 6 April 2021.

58 *ibid.*

59 Adrian Edwards, ‘UNHCR viewpoint: ‘Refugee’ or ‘migrant’ – Which is right?’ (UNHCR, 11 July 2016) <<https://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html>> accessed 3 April 2021.

60 Goodwill-Gill (n 9) 15.

61 UNHCR, ‘Glossary’ (*UNHCR*, 30 June 2006) <<https://www.unhcr.org/449267670.pdf#44>> accessed 24 February 2021.

asylum seeker has not finalized the asylum application process yet. For this reason, every refugee initially is an asylum-seeker:

“A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition...He does not become a refugee because of recognition but is recognized because he is a refugee.”⁶²

We can establish the link between the condition of being a refugee and states' obligation of ensuring protection to refugees. Definitions matter because, without definitions, refugees cannot be identified and eventually protected. The protection starts with the willingness (or duty if they are already refugees before the recognition) of the state in question to accept refugees into its territory. Individualized assessments must come after that once refugees have arrived. Only then, even if it is decided that the person seeking refuge will be deported to a safe third country, it must be ensured that they will not face the risk of direct or indirect refoulement.

The following analysis considers how the state must *respond* to the refugees who have made it to its borders. If the state forcibly repatriates refugees to a country where they would have a well-founded fear of persecution, then it is accepted as refoulement and contrary to international law.⁶³ Article 33 of the Refugee Convention elevates the responsibility of states to admit refugees to the level of *de facto duty*. But recent incidents have shown that refugees have been deprived of the internationally recognized protection mechanisms by some western states due to their pushback policies. If refugees have no guarantee of protection against refoulement, then where it leaves the *non-refoulement* principle today? This question is discussed as follows.

III. The Pushbacks in Law and Practice

International law has established that everyone has the right to seek asylum. However, in order to seek asylum, people -escaping from persecution or armed conflict- must cross the international border(s) and reach the *destination country/designated state*. Even though international law regulates the *non-refoulement* principle, the process with links to this principle has complications. Because international law does not impose a special obligation on states to grant asylum, some states have manipulated this legal loophole. In other words, some western states have exploited existing gaps, such as lack of definitive explanation to right to asylum, in the refugee protection regime.⁶⁴ These states, however, seem to forget that they are distancing themselves

62 UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/IP/4/Eng/REV.1 (1992) para 28.

63 Goodwill-Gill (n 9) 233.

64 Ghezelbash (n 6) 481.

from a voluntaristic view by ignoring their *moral duty*⁶⁵ to assist refugees at their borders.⁶⁶

The *non-refoulement* principle, thus, has a crucial role in protecting refugees, considering that this principle/provision “*translates into an effective right to remain in a host state*”.⁶⁷ It is formed by the 1951 Refugee Convention and further guaranteed by the 1967 Protocol. Mentioned treaties are the groundworks among the international legal instruments that ensure refugees’ protection.

In the presence of one or more of the Convention grounds, stated under the 1951 Refugee Convention and the 1967 Protocol, the person who will face danger, if returned, is safeguarded from refoulement. It is formulated under Article 33 of the 1951 Refugee Convention, as follows:

“1) No Contracting State shall expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2) The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.”⁶⁸

Under Article 33, the *non-refoulement* principle stands as

“a concept which prohibits States from returning a refugee or asylum seeker to territories where there is a risk that his or her life or freedom would be threatened on account of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion.”⁶⁹

The Organization of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (the 1969 OAU Convention)⁷⁰ and the Cartagena

65 As a side note, the following two aspects should be separated/not confused: First, whether states have a moral obligation to promote the good of all individuals in the world, regardless of their citizenship; Second, whether states have a moral obligation to comply with international law. Even though these two premises indicate different dimensions, *ideally*, we may expect that states should abide by the two of them. But if they did, Posner concludes that they would comply with “*international law in the same rough sense that individuals must comply with laws issued by a good government*”. Eric A Posner, ‘Do States Have a Moral Obligation to Obey International Law’ 56 Stan L Rev 1901, 1915. On the other hand, we should note that there might not be a core existential relationship between a rule and its moral dimension. But still, states’ obligations to implement and obey existing international legal regulations can be considered with links to states’ moral obligations to comply with them. Hart explains the latter claim as follows: “*A rule may exist because it is convenient or necessary to have some clear fixed rule about the subjects with which it is concerned, but not because any moral importance is attached to the particular rule*”. H L A Hart, *The Concept of Law* (Penelope A Bulloch and Joseph Raz eds, Clarendon Press 1994) 229.

66 Tally Kritzman-Amir and Thomas Spijkerboer, ‘On the Morality and Legality of Borders: Border Policies and Asylum Seekers’ (2013) 26-1 Harvard Human Rights Journal 10.

67 Catherine Dauvergne, ‘Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times’ (2004) 67 The Mod L Rev 596.

68 The 1951 Refugee Convention (n 3) art 33.

69 Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (edn), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003) 89.

70 Organization of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (1001 UNTS 45) done 10 September 1969, entered into force 20 June 1974.

Article II (3) of the 1969 OAU Convention reads: “*No person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened for the reasons set out in Article I, paras. 1 and 2*”.

Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America (1984 Cartagena Declaration on Refugees)⁷¹ further incorporated the *non-refoulement* principle within their texts. Additionally, the Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees in explicit terms sets forth the following, under its article III:

“Such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in his life or freedom being threatened on account of his race, religion, nationality, ethnic origin, membership of a particular social group or political opinion.”⁷²

The *non-refoulement* principle is also referred to as the “*entry point for all subsequent rights that may be claimed under the 1951 Refugee Convention. Without this, little else matters*”.⁷³ For instance, the International Organization for Migration (IOM) refers the *non-refoulement* as the “[p]rinciple of international refugee law that prohibits States from returning refugees in any manner whatsoever to countries or territories in which their lives or freedom may be threatened.”⁷⁴ Number of different reasons, grounds for the *non-refoulement* principle, are also set forth by major human rights treaties. Protection of a refugee from refoulement is essential; otherwise, most likely, they would encounter the following consequences: torture, cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment; arbitrary deprivation of life; the risk of enforced disappearance; the death penalty; being tried by a special or ad hoc court; flagrant denial of justice; underage recruitment and participation in hostilities.⁷⁵

International human rights law recognizes that all the rights addressed, accepted, and declared by relevant treaties apply to the individuals, irrespective of their status in a country. Thus, for instance, the Human Rights Committee, in reference to the International Covenant on Political and Civil Rights,⁷⁶ concludes in its General Comment No. 15 the following: “... *each State party must ensure the rights in the Covenant to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction*”.⁷⁷

71 Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America (22 November 1984) OAS Doc OEA/Ser L/V/II 66/doc 10.

In section III (5) of the 1984 Cartagena Declaration states the following: “*To reiterate the importance and meaning of the principle of non-refoulement (including the prohibition of rejection at the frontier) as a corner-stone of the international protection of refugees...*”.

72 Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), ‘Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees (Bangkok Principles)’, (*UNHCR*, 31 December 1966) Article III <<https://www.refworld.org/docid/3de5f2d52.html>> accessed 8 April 2021.

73 Thomas Gammeltoft, *Access to Asylum International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control* (Cambridge University Press 2013) 44.

74 International Organisation for Migration, *Glossary on Migration, International Migration Law Series No. 25* (2nd edn, IOM 2011) 68.

75 International Review of the Red Cross, ‘Note on Migration and the Principle of Non-Refoulement’ (2018) <<https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-904-19.pdf>> accessed 22 April 2021.

76 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR).

77 Office of the High Commissioner for Human Rights, *CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant* (Twenty-seventh session of the Human Rights Committee, 11 April 1986) <<https://www.refworld.org/pdfid/45139acfc.pdf>> accessed 7 April 2021.

Drawing upon relevant international legal regulations, most scholars agree that the *non-refoulement* principle has a *non-derogable* nature. For example, judges of the International Criminal Court (ICC)⁷⁸ and some leading scholars referred to the *non-refoulement* as “*the peremptory norm*”.⁷⁹ The non-derogable nature of the *non-refoulement* principle is explained by a study conducted by Eli Lauterpacht and Daniel Bethlehem, for instance. This study was backed by the UNHCR too.⁸⁰ Lauterpacht and Bethlehem cover the *non-refoulement* principle as customary international law norm, based on the following evaluation. “[E]vident lack of expressed objection by any state to the normative character of the principle of non-refoulement.”⁸¹ The Executive Committee of UNHCR also has observed that “*the principle of non-refoulement . . . was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law*”.⁸² The Asylum Procedures Directive (2013/32/EU) states that refugees “*should be disembarked on land and have their applications examined*”.⁸³

As a varying opinion/argument⁸⁴, for instance, Hathaway analyses the approach of accepting the *non-refoulement* principle as a jus cogens norm as *leveraging asylum*. He asserts the following: “*there is no duty of non-refoulement that binds all states as a matter of customary international law, and it is not the case that all persons entitled to claim protection against refoulement of some kind are ipso facto entitled to refugee rights.*”⁸⁵ In his discussion, he proceeds to analyze the elements of customary international law to prove his claim.

Hathaway examines the components of customary international law in two folds: a general and consistent practice of states and the practice of states stemming from a sense of legal obligation. Hathaway states that the tricky part in this angle emerges due to inconsistent states’ practices being contradictory with the *non-refoulement* principle. In most cases, as Hathaway observes, states often make claims about people who seek protection as not being refugees or that the political cost of their security is too high.⁸⁶ Hathaway summarizes states’ persistent rejection of the right to asylum in the next debate:

78 *Prosecutor v Katanga et al* [2013] International Criminal Court (ICC) ICC-01/04 - 01/07 para 30.

79 Jean Allain, ‘The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement’ (2001) 13 International Journal of Refugee Law 533.

80 Sir Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, ‘The Scope and Content of the Principle of Non- Refoulement’ in UNHCR (eds) *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003) 87.

81 *ibid* 216.

82 UNHCR Executive Committee Conclusion No 25 XXXIII (1982) para (b).

83 European Union Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Common Procedures for Granting and Withdrawing International Protection (Recast) [2013] OJ L 180 60-94.

84 Schabas, for example, concludes that “*it is difficult to extend the principle of non-refoulement under customary international law. There is no broad protection against refoulement on the grounds listed in the Refugee Convention for individuals who are not refugees*”. William A Schabas, *The Customary International Law of Human Rights* (Oxford University Press 2021) 253.

85 James C Hathaway, ‘Leveraging Asylum’ (2010) 3-45 Tex. Int’l L J 506.

86 *ibid* 518.

“In essence, under the first claim, the protection of refugees against *refoulement* ceases to be a matter of treaty-based entitlement. Under the second claim, the specific treaty-based entitlements of refugees are deemed applicable to all beneficiaries of the duty of non-*refoulement*, whether refugees or not. Taken together, the two claims amount to an assertion that there is today a legally binding and universally applicable right to asylum for all seriously at-risk persons. In short, the right to asylum has been leveraged through scholarly analysis despite its express rejection by states.”⁸⁷

Indeed, Hathaway’s evaluation rightly points out states’ covert denial of the *non-refoulement* principle by producing false accusations about refugees. However, none of the states bluntly refuses the *non-refoulement* principle. Even though, on the one hand, some incidents constitute persistent pushback practices some western states employ, particularly Greece. On the other hand, wealthier states are aware of the symbolic “*importance of appearing to remain engaged with the global refugee regime*”.⁸⁸ The problems arise due to interpretations by western states not embracing a good faith approach in the implementation of the international refugee law regiment.

At the core, as a living mechanism, the *non-refoulement* principle prohibits the forcible transfer of a person from the receiving state to another authority where it is believed that the person would be subjected to violations of certain fundamental rights. Considering this, the legal concept of the *non-refoulement* principle as a general heading encapsulates the practices attached to the *refoulement* of refugees, including expulsion, deportation, and rejection at the border. The given explanation means that the *refoulement* of refugees in practice covers the situations that include non-entrée of refugees at the point of departure, international zones, especially in airports and on the high seas. We see systematic examples of interception at high seas and on land in the implementation methods of Australia’s asylum policies.

Since 2001, as a state party to the 1951 Refugee Convention, the Australian government has accepted that it is bound by the *non-refoulement* obligations⁸⁹, only with an *exception*. This principle would not cover the refugees intercepted outside Australia’s territorial waters for the Australian state. The reasoning of Australia sounds at first legally justifiable to some degree. But this policy is nothing but absurd/farcical. In 2001, Australia accepted certain parts of Australian territory *as not part of* Australia for immigration purposes. It meant that refugees who arrived at these specific locations could not apply for asylum in Australia. These refugees were transferred to the offshore detention centers instead. In 2012, refugees “*who arrived by boat*

87 *ibid* 506.

88 Thomas Gammeltoft-Hansen and James C Hathaway, ‘Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence’ (2015) 53 *Colum J Transnat’l L* 240.

89 Australia acceded to the 1951 Refugee Convention and the 1967 Protocol. For that reason, Australia is bound by the standards for refugee protection outlined within them. Australia integrated some of its obligations on refugee protection into its domestic legislation – please see the Migration Act 1958. Australia Federal Register of Legislation, ‘Migration Act 1958’ (1958) <<https://www.legislation.gov.au/Series/C1958A00062>> accessed 24 November 2021.

*anywhere in Australia without authorization were barred from applying for asylum and liable to be transferred to Nauru or Papua New Guinea”.*⁹⁰

Indeed, incidents have shown that some western states have found ways to actualize the non-entrée of refugees. For example, as detailed below, practices from “*simple diplomatic agreements to full-scale joint migration control operations*”⁹¹ have been deployed.

The following paragraphs examine how states find/create *black holes*⁹² in law to infringe the *non-refoulement* principle in every way possible.

A. Modern-Day Incidents of Some Western States’ Pushback Policies

The previous section established that once a person escaping from persecution reaches the asylum state, the *non-refoulement* principle must be triggered. Thus, upon the arrival of a refugee, receiving state must act on its obligation to initiate the refugee status determination process. Because the 1951 Refugee Convention obliges states parties not to “*expel or return (‘refouler’) a refugee in any manner whatsoever*”.⁹³

But some western states have been doing the opposite of what is obliged by the 1951 Refugee Convention.⁹⁴ For instance, one of Australia’s methods of preventing refugees from coming to its lands has emerged as bilateral agreements with other countries. For example, the Government in Australia has been sending refugees who have arrived by boat to its offshore detention centers located in Manus Island, Nauru, and *Papua New Guinea*.⁹⁵ Australia made a refugee deal with Malaysia in 2011 too. Malaysia is not a signatory to the 1951 Refugee Convention and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

90 Ghezelbash (n 6) 489.

91 Gammeltoft-Hansen and Hathaway (n 88) 283.

92 As a side note, in his article titled, ‘Maritime Legal Black Holes’, Itamar Mann detailly evaluates the terminological content of maritime black holes. Itamar Mann, ‘Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law’ (2018) 29 *The European Journal of International Law* 347-372.

93 Allain (n 79) 533.

94 *ibid* 535.

95 In 2016, Papua New Guinea Supreme Court ruled in its *Namah v Pato* case that the amendment to the Constitution effected the liberty of a person. It thus failed to meet the requirements of Section 38 of the Constitution which was found by the Court as unconstitutional. Therefore, the Court reached a conclusion that establishment of the Refugee Detention Centre as unconstitutional. In its decision, the Supreme Court stated the following:

“The contention of the referrers is that to treat those required to remain in the relocation centre as prisoners irrespective of their circumstances or their status save as asylum seekers, is to offend that qualification and hence the Minister’s powers and by extension those of the Administrator do not extend to the imposition of mandatory detention irrespective of flight risk or other relevant considerations which might justify detention.” *Namah v Pato* [2016] Papua New Guinea [In the Supreme Court of Justice] SCA No 84 of 2015 SC1497 para 117.

Eventually, the Australian and Papua New Guinea (PNG) governments concluded a joint arrangement to end offshore immigration and refugee processing by the end of 2021. The Hon Karen Andrews MP, ‘Joint Media Release with the Hon. Westly Nukundj MP - Finalisation of the Regional Resettlement Arrangement’ (*Australian Government*, 6 October 2021) <<https://minister.homeaffairs.gov.au/KarenAndrews/Pages/finalisation-of-the-regional-resettlement-arrangement.aspx>> accessed 26 November 2021.

(the Torture Convention).⁹⁶ The deal comprised an agreement that Australia would send 800 refugees arriving by boat out to Malaysia. In return, Australia would accept 4000 people certified as refugees. Considering that Malaysia is not a signatory to any human rights treaties protecting refugees, the international community criticized Australia's move to sign a treaty with Malaysia on refugees. Further, the High Court in Australia declared the swap of people under above-the-mentioned agreement as illegal in the end.⁹⁷

Italy and Libya also signed an agreement, both in 2009 and 2017. The countries declared that their common goal was to *fight against illegal immigration*. In reality, however, Italy's coastguards deported refugees under the discourse of *illegal immigrants* back to Libyan shores while "*skipping procedures for filing potential asylum applicants*".⁹⁸ Recently, the UN Human Rights Committee has found that "*Italy failed to protect the right to life of more than 200 migrants who were on board a vessel that sank in the Mediterranean Sea in 2013*".⁹⁹ The committee member H el ene Tigroudja added that considering the Italian authority's international legal responsibility to support the search and rescue mission to save the lives of the refugees, Italy's action resulted in the loss of hundreds of lives.¹⁰⁰

The abovementioned examples may give the impression that states' persistent practices in violation of the *non-refoulement* principle may weaken this norm. On the contrary, however, violations strengthen the norm of *non-refoulement*. States search for reasons to justify their illicit conduct. If states act in a contradictory way with a non-derogable /peremptory rule of international law, they will always seek exceptions and reasons to justify their misconduct.¹⁰¹ For example, we often see the torturous

96 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85 (CAT) art 3.

Article 3(1) of the Torture Convention states the following: "*No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture*".

97 In its decision the Australia High Court ruled the following: "*Declare that the declaration made by the "Instrument of Declaration of Malaysia as a Declared Country under subsection 198 A (3) of the Migration Act 1958" dated 25 July 2011 was made without power and is invalid*". *Plaintiff M70/2011 v Minister for Immigration and Citizenship; and Plaintiff M106 of 2011 v Minister for Immigration and Citizenship* [2011] Australia: High Court 2011] HCA 32, 2 <https://www.refworld.org/cases,AUS_HC,4e5f51642.html> accessed 25 November 2021. Further see Tamara Wood and Jane McAdam, 'Australian Asylum Policy All At Sea: An Analysis Of "Plaintiff M70/2011 V Minister For Immigration And Citizenship" And The Australia-Malaysia Arrangement' 61 *The International and Comparative Law Quarterly* 274-300.

For example, in the *John Doe et al v Canada* case, the agreement between Canada and the USA aiming to send back refugees to their first arrival place was considered contrary to the American Declaration of Human Rights. *John Doe et al v Canada*, Report N. 78/11 - Case 12.586 (*Inter-American Commission on Human Rights*, 21 July 2011) <<https://www.refworld.org/cases,IACHR,502b61572.html>> accessed 6 April 2021.

98 Dawn Chatty, 'Has the Tide Turned? Refuge and Sanctuary in the Euro-Mediterranean Space' (*Revistaidees.cat, Borders, Migrations, Asylum and Refuge*, 16 October 2020) <<https://revistaidees.cat/en/has-the-tide-turned-refuge-and-sanctuary-in-the-euro-mediterranean-space/>> accessed 7 April 2021.

99 UNHRC, 'Italy failed to rescue more than 200 migrants, UN Committee finds' (*UNHRC*, 27 January 2021) <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26691&LangID=E>> accessed 9 April 2021.

100 *ibid.*

101 Allain (n 79) 541.

pushbacks conducted by Greece through the news media and research papers. Greece bases the above-mentioned summary returns and refugees' pushback on the 2016 agreement, completed with Turkey.¹⁰² Turkey is a state party to the 1951 Refugee Convention and thus considered a safe third country. Therefore, refugees can register their claims in Turkey, and the EU countries can return them to Turkey in case of attempting border crossings towards Europe. Taking strength from this argument, Greece has rendered refugees at its door as 'inadmissible,' even if scholars have criticized pushbacks as reaching the limits of torture.¹⁰³ Thus, Greece's methods have no legal and moral justification considering how pushbacks are conducted.

In most cases, after the arrival of refugees to the territory of Greece, they are mostly detained and sent back: refugees are "*placed in a life raft with no means of propulsion, towed into the middle of the Aegean Sea and then abandoned*".¹⁰⁴ The given description is the first form of pushback tactic employed by Greece. Greece orchestrates the second form of pushback by blocking dinghies travelling through the Mediterranean Sea or directly from Turkey. Finally, the Greek government expelled refugees coming through the Aegean Sea by sailing them back to the edge of Greek territorial water on inflatable life rafts. They were abandoned there¹⁰⁵ in these rafts, which symbolize refugees' misery, accompanied by continuous torture. Forensic Architecture also observed the following:

"For years, migrants and refugees crossing the Evros/Meriç River from Turkey to Greece have testified to being detained, beaten, and 'pushed back' across the river to Turkey, by unidentified masked men, in full secrecy, at night, and without being granted access to asylum procedures."¹⁰⁶

Inaction and action of Greece resulting in inhuman and torturous treatment against refugees are not surprising. The seeded growing resentment toward refugees over the years in Greece has been seen on every level possible. For example, a statesman declared "*foreigners coming to Greece as cockroaches*" with no hesitations.¹⁰⁷ It is an abrupt public incitement that can reach the limits of an international crime – a similar method was employed and orchestrated in the Rwandan genocide, with the same language used

102 For details see Damla B Aksel and Ahmet İcduygu, 'Borders and the Mobility of Migrants in Turkey' (CEASEVAL Research on The Common European Asylum System, 2019) 1-58 <http://ceaseval.eu/publications/32_WP4_Turkey.pdf> accessed 25 October 2021.

103 Itamar Mann and Niamh Keady-Tabbal, 'Torture by Rescue: Asylum-Seeker Pushbacks in the Aegean How Summary Expulsions from Greece Have Continued with Impunity' (*Just Security*, 26 October 2020) <<https://www.justsecurity.org/72955/torture-by-rescue-asylum-seeker-pushbacks-in-the-aegean/>> accessed 2 February 2021.

104 Nick Waters, Emmanuel Freudenthal and Logan Williams, 'Frontex at Fault: European Border Force Complicit in 'Illegal' Pushbacks' (*Bellingcat*, 23 October 2020) <<https://www.bellingcat.com/news/2020/10/23/frontex-at-fault-european-border-force-complicit-in-illegal-pushbacks/>> accessed 6 April 2021.

105 Patrick Kingsley and Karam Shoumali, 'Taking Hard Line, Greece Turns Back Migrants by Abandoning Them at Sea' (*New York Times*, 15 August 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/08/14/world/europe/greece-migrants-abandoning-sea.html>> accessed 6 April 2021.

106 Forensic Architecture, 'Pushbacks Across the Evros/Meriç River: Situated Testimony' (*Forensic Architecture*, 19 October 2020) <<https://forensic-architecture.org/investigation/evros-situated-testimony>> accessed 4 April 2021.

107 Judith Sunderland and Hugh Williamson, 'Xenophobia in Greece' (*Human Rights Watch*, 13 May 2013) <<https://www.hrw.org/news/2013/05/13/xenophobia-greece>> accessed 7 April 2021.

- *cockroaches*. In confirmation of the growing resentment towards refugees, a German judge recently concluded that refugees would face “*extreme material hardship*” if they were returned to Greece. In this case, the applicant applied for international protection in Germany in 2018. The Federal Office for Migration and Refugees rejected the applicant’s asylum application. Therefore, the Office issued a deportation order against him to Greece. The applicant first appealed to the Administrative Court, then appealed to the Higher Administrative Court. The Higher Administrative Court ruled its decision based on article 33(2)(a) of the Asylum Procedures Directive.¹⁰⁸ The judge stated that the Directive is transposed into domestic law, and the domestic law prohibits the rejection of an application for international protection as inadmissible under the following conditions. If an applicant has refugee status or subsidiary protection in another (EU) Member State, the applicant can still apply for international protection only under certain circumstances. If the living conditions in that Member State would expose him to a severe risk of inhuman or degrading treatment, then the country where the applicant has made the latter application cannot return him. The Court thus applied this analysis in its case and found that the asylum application could not be rejected as inadmissible. If he were returned to Greece, the applicant would face a severe risk of inhuman or degrading treatment.¹⁰⁹

The Greek Government’s persistent illegal actions, in a similar fashion, were conducted by some other European states against refugees who have *tried* to reach the European Continent through the Mediterranean Sea. Indeed, the Mediterranean Sea has witnessed hot returns of refugees from war-torn-refugee-producing states such as Syria, Afghanistan, and some African countries, mainly originating in Eritrea and Somalia. Thus, looking at the 21st century’s tragic incidents subject to refugees, it is apparent that the Mediterranean Sea has turned into a place of purgatory from being the *Mare Nostrum* (Our Sea).

Reportedly, at the beginning of 2021, a boat capsized in the Mediterranean Sea, resulting in the loss of life for 43 refugees, for instance. The incident happened just a few hours after embarking from Libyan city because of bad sea conditions and the stop of the engine.¹¹⁰ Similar tragic incidents occur on the high seas because refugees, primarily travelling by boat to reach designated states, are left unprotected and vulnerable by the international community and the European states. One of the

108 Directive 2013/32/EU (n 83).

109 *11 A 1564/20A* (Oberverwaltungsgericht NRW, 21 January 2021) <https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2021/11_A_1564_20_A_Urteil_20210121.html> accessed 25 November 2021.

Further see European Database of Asylum Law, ‘Germany: Higher Administrative Court Cancels Removal of International Protection Beneficiary to Greece’ (21 January 2021) <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/germany-higher-administrative-court-cancels-removal-international-protection-beneficiary>> accessed 25 November 2021.

110 Francesco Malavolta, ‘UN calls for resumption of Mediterranean rescues, after 43 die in Libya shipwreck’ (*UN News*, 20 January 2021) <<https://news.un.org/en/story/2021/01/1082582>> accessed 7 April 2021.

main reasons for this result is the EU Council Directive 2001/51/EC of 28 June.¹¹¹ The goal of this Directive was set to “*harmonize law on carrier sanctions by air, sea and coach*” by “*rejecting the transport of any individual without documentation or entry visa*”.¹¹² Unfortunately, this Directive left refugees with no choice but to cross the Mediterranean Sea by boats to request asylum, which human smugglers organize.

For this reason, for example, the IOM and the UNHCR called states to end “*returns to unsafe ports, establishing a safe and predictable disembarkation mechanism*”.¹¹³ Indeed, if states make sure that refugees are safely embarked, this will protect refugees from smugglers and traffickers. In other words, if these criminals know that the designated state will cover refugees, they will have second thoughts even to establish their ‘networks’ to begin with. As a side note, considering the strict border measures of many European states, recently, refugees from the Global South, rather than attempting a journey to cross the Mediterranean Sea, have been taking the risk of going to the Canary Islands through the Atlantic. Unfortunately, however, these refugees are oblivious to the dangers of taking a perilous voyage to the waters of the Atlantic Ocean in an overcrowded dinghy. As a result, the IOM stated that many people on the move, aiming to reach the Canary Islands, have died, or gone missing in 2020.¹¹⁴

Drawing upon ongoing analysis, the stance of European states, particularly those that are part of the European Union (EU), regarding the arrival of refugees is rather disappointing. Over the years, the EU’s policy towards refugees has fallen negative. The EU as a political unit, in 2012, received the Nobel Peace Prize because the EU was considered the source of peace, reconciliation, democracy, and human rights in Europe. Indeed, on the one hand, we see examples of rescue operations named *Operation Mare Nostrum* launched by the Italian Government in 2013, the European Border and Coast Guard Agency/Frontex funded *Operation Triton* in 2015, and the Operation Themis succeeded the Operation Triton. But on the other hand, the operations and willingness to rescue refugees have been short-lived. At the beginning of the refugee/Syrian humanitarian *crisis* in 2015,¹¹⁵ Europe seemed to have a will to welcome refugees, following the leadership of Angela Merkel. However, over the years, the EU has taken the position of more of a conservative/closed border stance towards the refugee ‘flow’.

111 Council of the European Union, Council Directive Supplementing the Provisions of Article 26 of the Convention Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 [2001] 2001/51/EC.

112 Chatty (n 98).

113 Malavolta (n 110).

114 IOM UN Migration, ‘Alarming Loss of Life on Way to Canaries Worsens in 2021’ (24 September 2021) <<https://www.iom.int/news/alarming-loss-life-way-canaries-worsens-2021>> accessed 25 November 2021.

115 Crisis is emphasised with links to refugees and Syrian war. This Article criticizes crisis narrative and its usage to describe movement of people who are escaping from persecution, including armed conflict. But western states in particular use crisis discourse to create an impression that *refugees create crisis*, not the other way around.

Moreover, the EU has chosen a different direction over the years, making the ongoing *Operation Themis* questionable: how can the EU sea patrol agents protect refugees from the risks of a perilous journey if there is no door left open?¹¹⁶

The EU countries have also made agreements with states outside the EU to keep refugees out. For example, the EU has made agreements with Turkey, Sudan, and Eritrea to block refugee arrivals with the help of these countries. Deals included promises such as new investments and the prospect of membership in the EU. However, to avoid the possibility that the states may not comply with the agreement, the EU has thrown threats by indicating possible results which would contain sanctions, such as withdrawal of their support from educational and health care programs.¹¹⁷

Incidents further prove that the EU countries have created an unwelcome, insecure, and unsanitary environment for refugees, e.g., refugee camps. They have intended to send a clear message that refugees are not welcome. Persistent violence, Covid pandemic, and the continued harmful policies of containment on the islands of Greece “*have led to several breaking points and eventually to the fires that have destroyed Moria*”.¹¹⁸ The Frontex condoned the unlawful acts of Greece and announced that it launched an investigation into these charges that took place at the external borders of Greece. However, considering the silence of Frontex against Greece’s pushback actions, it is also debatable how impartially it will carry out that inquiry. Bellingcat, Lighthouse Reports, Der Spiegel, ARD, and TV Asahi, through investigations, proved the partiality of the Frontex. These investigations developed upon extracted footage which proved that Frontex personnel stopped an overcrowded dinghy. Frontex personnel did not rescue refugees in the end. Instead, they made waves to push the dinghy away. This incident tells us that Frontex and Greece are, in fact, partners in crime, committing illegal pushbacks against refugees.¹¹⁹ This *partnership* is referred to as “*The EU’s dirty hands*”.¹²⁰ Similarly, a 1,500-page *Black Book* -compiled by the watchdog organization Border Violence Monitoring Network (BVMN)- documented hundreds of illegal pushbacks against refugees by authorities on Europe’s external borders.¹²¹ Recently, the EU lawmakers refused to sign off on

116 Emmanuel Jackson Foltz, ‘The Frontex Paradox: Operation Themis in Historical Context’ (*Penn Political Review*, 16 May 2020) <<https://pennpoliticalreview.org/2020/05/the-frontex-paradox-operation-themis-in-historical-context/>> accessed 7 April 2021.

117 Frances Webber, ‘Europe’s unknown war Race and Class’ (2017) 59 *Sage Journals* 1, 36.

118 Lorenzo Tondo, ‘Journeys of hope: what will migration routes into Europe look like in 2021?’ (*The Guardian*, 14 January 2021) <<https://www.theguardian.com/global-development/2021/jan/14/journeys-of-hope-what-will-migration-routes-into-europe-look-like-in-2021>> accessed 7 April 2021.

119 Waters, Freudenthal and Williams (n 104).

120 Human Rights Watch, ‘The EU’s Dirty Hands Frontex Involvement in Ill-Treatment of Migrant Detainees in Greece’ (2011) <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/greece0911webwcover_0.pdf> accessed 5 April 2021.

121 Lorenzo Tondo, ‘Black book of thousands of illegal migrant pushbacks presented to EU’ (*The Guardian*, 23 December 2020) <<https://www.theguardian.com/global-development/2020/dec/23/black-book-of-thousands-of-migrant-pushbacks-presented-to-eu>> accessed 3 February 2021.

a budget of the Frontex due to allegations of rights violations, hiring failures, and harassment by senior Frontex staff.¹²²

Drawing upon relevant incidents, in Europe, the biggest problem appears as not having a shared *burden* among the European states in the face of arriving refugees - especially considering the hotspot refugee camps in Italy and Greece. The hotspot approach represents an architected deterrence, and they are nothing but a political calculation, resulting in a political failure.¹²³ In September 2020, the European Commission presented its *New Pact on Migration and Asylum*¹²⁴ to resolve related problems and establish a working asylum and migration policy.¹²⁵ Allegedly, the New Pact will ensure solidarity and fair sharing of responsibility among member states. Yet as is criticized on many occasions by human rights activists and scholars, the Pact is set to benefit member states, not the refugees primarily. For instance, the Pact would generalize the hotspot approach already established in Greece and Italy. In addition, the Pact creates new areas where people who made entrance to the EU irregularly would be detained and stay there if necessary.¹²⁶ The New Pact also proves to us that new rules set by the Pact are in alignment with the ongoing intentions of the EU states when it comes to their *dealings* with refugees: creating new legal avenues that cause more hurdles for refugees.

States invented such hurdles by either creating black holes or abusing existing legal loopholes. But decision-makers forming the states' policies on asylum must refrain from taking advantage of ambiguities embedded in the international legal regulations. For example, states should follow a *good faith approach*¹²⁷ that considers international legal treaties' object and purpose.¹²⁸ Unfortunately, as explained in Part I of this Article, some states meticulously employ a narrower approach towards identifying refugees. This approach creates a quagmire surrounding the question of *what a refugee is*.

122 Al Jazeera, 'EU Refuses to Approve Frontex's Budget over Human Rights Concerns' (*Al Jazeera*, 23 March 2021) <<https://www.aljazeera.com/economy/2021/3/23/eu-refuses-to-sign-off-on-frontex-budget-over-human-rights-issues>> accessed 7 April 2021.

123 Raymond K Da-Boi, 'Origins, political, economic, and discursive contexts of Europe's "refugee crisis," and the 2020 Moria camp disaster' (2021) 282 *Academia Letters* 2.

124 European Commission, 'Migration and Asylum Package: New Pact on Migration and Asylum Documents Adopted on 23 September 2020' (23 September 2020) <https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_en> accessed 26 August 2021.

125 European Commission, 'A fresh start on migration: Building confidence and striking a new balance between responsibility and solidarity' (23 September 2020) <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1706> accessed 4 April 2021.

126 Francesca Spinelli, 'United against the Pact: The Fatal Flaws in the EU's Plans to Reform its Asylum System' (*Green European Journal*, 17 March 2021) <<https://www.greeneuropeanjournal.eu/united-against-the-pact-the-fatal-flaws-in-the-eus-plans-to-reform-its-asylum-system/>> accessed 7 April 2021.

127 See the Vienna Convention (n 85) art 26. Article 26 "*Acta Sunt Servanda*" of the Vienna Convention states the following: "*Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*". Please note that the rules of the 1969 Vienna Convention cannot be directly applied to the 1951 Refugee Convention unless a regulation within the context of the Convention has reached the level of the customary legal rule.

128 Türk and Down (n 10) 280.

Identification is the first step to move the process to the other necessary stages for refugees' protection.¹²⁹ First, states must process refugees' individual applications to establish whether they have been subjected to persecution. Second, they must consider whether refugees will be in danger of persecution if returned to their home countries or a safe third country. However, some western states do not consider individually whether the applicant would qualify for refugee status.

Considering the ongoing analysis of the recent incidents, the following paragraphs look for ways to prevent states from employing/embracing pushback policies against refugees.

B. Possible Solutions to Eliminate Pushback Policies: Left Inconclusive by States?

The previous section has shown some wealthier democratic states' undying obsession with establishing strict border control measures. States maintain such standards because, as *sovereigns*, they get away with their deeds - even if they commit them in a dehumanizing, degrading way. As is explained by this Article, in Part I specific, in recent years, some western states, while conducting their pushback policies, have employed an attitude that sends a message that refugees create the crisis, which leaves them with no choice but to develop ways to protect their borders and the public health and safety *from* refugees. Gammeltoft-Hansen and Hathaway criticized this mindset as a *schizophrenic attitude* towards international refugee law.¹³⁰ It seems most western countries have been successful enough to discourage refugees from their attempts to reach their shores. Even if refugees are not pushed back and let to enter the state in question, they are in many cases still treated inhumanly, such as in refugee camps or in the areas where refugees wait without shelter for their misery to end. For instance, in north-western Bosnia and Herzegovina, hundreds of refugees "*struggle in freezing weather conditions, with little access to safe shelter, basic medicine, heating or electricity*".¹³¹ For example, in Greek island Lesbos, refugees have been facing abusive treatments, which make them regret seeking refuge in Europe in the first place. This incident shows us that these people have escaped from war zones only to struggle with "*xenophobic, and Islamophobic migration policies ... during the coronavirus pandemic*" in Europe.¹³² The numbers show that new arrivals to Europe have continued to decrease over the years.¹³³ These statistics also prove what western

129 *ibid* 12.

130 Gammeltoft-Hansen and Hathaway (n 88) 282.

131 Elisa Oddone, 'A refugee crisis brews in Bosnia's bitter winter', (*Al Jazeera*, 13 Jan 2021) <<https://www.aljazeera.com/news/2021/1/13/hundreds-of-migrants-face-icy-struggle-in-former-bosnia-camp>> accessed 7 April 2021.

132 Nabih Islam, 'As a doctor in a European refugee camp, I found deep neglect and xenophobia' (*The New Humanitarian*, 1 March 2021) <https://www.thenewhumanitarian.org/opinion/first-person/2021/3/1/on-greece-lesvos-refugees-battle-neglect-and-xenophobia?mc_cid=ec55b85fbf&mc_eid=0cd57908d5> accessed 1 March 2021.

133 UNHCR, 'UNHCR warns asylum under attack at Europe's borders, urges end to pushbacks and violence against refugees' (*UNHCR*, 28 January 2021) <https://www.unhcr.org/news/press/2021/1/601121344/unhcr-warns-asylum-under-attack-europes-borders-urges-end-pushbacks-violence.html?mc_cid=64a74e7aab&mc_eid=0cd57908d5> accessed 7 April 2021.

states *intentionally* forget: “it is not some paradise at the other end which [refugees] seek, but merely an escape from the hell in which they live”.¹³⁴

Considering ongoing discussion, is there any way to prevent (western) states from their hostile mindset and attitude enforced by their asylum policies then?

The international community has enforced two intergovernmental compacts to resolve migration-related problems: the Global Compact on Refugees (GCR)¹³⁵ and the Global Compact for Safe, Regular, and Orderly Migration (GCM).¹³⁶ The goal of the GCR and GCM is to end “widespread and increasingly systematic human rights violations committed against migrants by state officials, traffickers, and other criminals”.¹³⁷ In other words, the international community desired to overcome “one of the greatest human tragedies of our time” through the mentioned regulations.¹³⁸

The GCR is only concerned with refugees and stands as a separate document from the GCM. The GCM was developed to overcome challenges emerging from cross-border mobility. It is expected that the challenges will be tackled/resolved by the international community in a collaborative manner. The GCR was developed to respond to growing numbers of displaced persons because of violence, human rights violations, armed conflict, and forms of persecution. The GCR aims to ease the pressures on host countries through greater development cooperation. Its framework focuses on the ways to strengthen national and local infrastructures. By doing that, the GCR targets to meet the needs of both refugees and their host communities.¹³⁹

But tragedies never end, as human history is the mere proof of it. Today, with the increasing concern regarding the Covid-19, the current tragedy of our time, states have manipulated such circumstances to invoke new border control measures. These measures have opened ways for states to escape from their international legal responsibilities to protect refugees. States have controlled their borders to justify the Covid-19 by imposing limitations, derogations, and reservations on international human rights treaties in which they are either parties or signatories. The rights protected under these Conventions are non-derogable rights that must always be protected. Legally speaking, resorting to these methods would not make pushbacks or closed border policies justifiable.

134 Kuhlman Tom, *Towards A Definition of Refugees* (Oxford: Refugee Studies Centre, 1991) 8.

135 Global Compact on Refugees, UN doc A/73/12 (Part II) (2 August 2018).

136 Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, UN doc A/RES/73/195 (19 December 2018).

137 Pia Oberoi, ‘Words Matter. But Rights Matter More’ (2018) 11 *Anti-Trafficking Review* 129-132.

138 Human Rights Council Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman Degrading Treatment or Punishment A/HRC/37/50 para 64(a).

139 Volker Türk, ‘The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees’ (2018) 30 *International Journal of Refugee Law* 575-583.

The Article argues that supranational courts' decisions that establish a prohibition on pushback of refugees may prevent states from actualizing such policies. Considering that this Article primarily draws examples from the European states' actions, the following paragraphs look at one recent decision of the European Court of Justice (the ECJ). Further, the analysis looks at relevant delivered case decisions of the European Court of Human Rights (the ECtHR/the Court/the Strasbourg Court). The analysis aims to understand these Courts' attitudes towards refugees' border crossings in this context. Finally, the discussion shows that a firm stance taken by supranational courts in safeguarding refugees' rights would send an explicit message to the states that policies that disregard legal rules are not tolerated.

It should be noted that these courts do not have incontestable powers over sovereign states. It is the states which recognize the powers of supranational courts. However, the established case law of supranational courts may have a deterrence effect over states' pushback policies. This is detailed in the following paragraphs.

C. Supranational Courts' Decisions and Pushback Policies

This Article has explained how some western states reflected their nativist approach to their asylum policies. About the given example of Hungary's governmental practice towards refugees in Part I, the recent case of the ECJ is a positive affirmation that international law refugee protection exists and must be respected by states. The following analysis explains the importance of that mentioned case.

In the face of refugee *influx* erupted after the Syrian humanitarian *crisis* in 2015, Hungary provided “*for the creation of transit zones within which asylum procedures are to be conducted.*”¹⁴⁰ Furthermore, Hungary forced applicants to remain in the transit zones for the duration of the procedure. The ECJ considered this as constituting a detention measure.

Further, the ECJ stated that third-country nationals who claim asylum in Hungary “*in practice were confronted with the virtual impossibility of making their application*”¹⁴¹ because of national legislation, which made starting the asylum procedure from the *created* transit zone mandatory. The goal of Hungary, in fact, by employing such an administrative practice was to limit the number of people who would be allowed to enter these areas.

The ECJ concluded the following. The Member States must

“ensure that the persons concerned are able to exercise in an effective manner the right to make an application for international protection, including at their borders, as soon as they declare

140 C-808/18 *European Commission v Hungary* [2020] EU:C:1029, para 45.

141 *ibid* para 118.

their wish of doing so, so that that application is registered and can be lodged and examined in effective observance of the time limits”.¹⁴²

Thus Hungary “*has failed to fulfil its obligation to ensure effective access to the procedure for granting international protection*”, the ECJ stated in its press release.¹⁴³ Contrary to the clear message sent by the ECJ, it is reported that Hungary continued to push refugees back into Serbia, in violation of the Court’s ruling.¹⁴⁴

On the other hand, the ECtHR has taken a confusing stance in its collective expulsion cases. Indeed, the Court stands as the protector of the human rights and rights of refugees. In this regard, the Court has decisions that have affirmed the internationally protected rights of refugees. But the ECtHR also has delivered some criticized decisions. These decisions have fallen in contradiction with the vision embraced and represented since its creation. At first, concerning the outstanding decisions of the Court, we should refer to its *Khlaifia and Others v. Italy* case. In this case, the Court considered that if everyone’s case is not examined sufficiently, this amounts to a collective expulsion.¹⁴⁵ Likewise, in its *Amuur v. France* case, the ECtHR considered that this constitutes detention if asylum seekers are held at an international airport for 20 days.¹⁴⁶

As a side note, beginning with the Mediterranean *crisis* of 2015, almost all states have practiced detention procedures for immigrants, which has created a global carceral web.¹⁴⁷ Detention of refugees happens in different ways, as being held in overcrowded detention centers or modern super-max prisons. Once detained, refugees are allocated an identification number and forced to obey arbitrary rules and excessive force. They are distanced from legal protections during their incarceration. Refugees often lack knowledge; they have little or no political voice.¹⁴⁸ In the meantime, the meaning of detention still is understood as only being restrained within a confined place. For instance, people wait for years to be recognized as a refugee. This limbo would likely create a feeling of entrapment too. The sense of entrapment happens in the resignation syndrome, spreading among refugee children residing in the urban areas of Sweden, the ones kept in Australian offshore detention centers, and some others in Greece refugee camps. The effects of escaping from persecution and life-

142 *European Commission v Hungary* (n 140) para 106.

143 Court of Justice of the European Union Press Release, ‘Hungary Has Failed to Fulfil Its Obligations under EU Law in the Area of Procedures for Granting International Protection and Returning Illegally Staying Third-Country Nationals’ (2020) Press Release 161/20, 2 <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-12/cp200161en.pdf>> accessed 25 May 2021.

Further, see *European Commission v Hungary* (n 140) para 315.

144 Nikolaj Nielsen, ‘Frontex suspends operations in Hungary’ (*EU Observer*, 27 January 2021) <<https://euobserver.com/migration/150744>> accessed 7 April 2021.

145 *Khlaifia and Others v. Italy* App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016) para 237.

146 *Amuur v France* 19776/92 (European Court of Human Rights, 1996) para 44.

147 Lucy Fiske, *Human Rights, Refugee Protest and Immigration Detention* (Palgrave Macmillan 2016) 5.

148 *ibid* 5.

threatening circumstances come to the surface once they are in the asylum state, waiting for their asylum application process to end. In most cases, either the arrival of the notice of deportation or the long waiting process for the final decision of asylum application makes them gradually withdraw from any activity until they finally have closed themselves off completely - detaching from the world around them.¹⁴⁹

In another collective expulsion case, the *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*,¹⁵⁰ the Court had followed a victim-centered approach by invoking the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights (ECHR)¹⁵¹ and its Protocol No 4, Article 4.¹⁵² The Court was not interested in how refugees behaved and how they should have behaved. Instead, the Court looked at the extent to which Italian authorities complied with the Convention and Protocol No 4 Article 4, irrespective of bilateral agreements on implementing a pushback policy on refugees, concluded between Italy and Libya in 2009.

On the other hand, one of the worst decisions of the ECtHR¹⁵³ makes it questionable: whether the Court's traditional support for international legal rights of refugees was suspendable. In *N.D. & N.T. v. Spain* case,¹⁵⁴ the incident took place in Melilla, a Spanish enclave located on the North Coast of Africa and surrounded by Moroccan territory. The applicants N.D. and N.T. "*had left the Mount Gurugu camp that day and tried to enter Spain together with their group, scaling the outer fence with other migrants*".¹⁵⁵ Two fences -outer and inner-protect Melillan Spanish borders. At the time of the incident, some refugees could reach the top of the inner wall. But "*only a few came down the other side and landed on Spanish soil*".¹⁵⁶ The members of the Guardia Civil met the ones who successfully landed. The remaining refugees strangled on top of the inner fence. "*The Guardia Civil officials helped them to climb down with the aid of ladders*" and escorted them back to Moroccan territory.¹⁵⁷ Even though refugees including N.D. and N.T. were returned afterwards by Spanish border police to Morocco, the Court did not consider this act was constituting a breach of Article 4 of Protocol No. 4. Thus, the Court rejected the complaint of two migrants and issued its decision on 13 February 2020.

149 Rachel Aviv, 'The Trauma of Facing Deportation' (*The New Yorker*, 27 March 2017) <<https://www.newyorker.com/magazine/2017/04/03/the-trauma-of-facing-deportation>> accessed 2 December 2020.

150 *Hirsi Jamaa and Others v Italy* App no. 27765/09 (ECHR, 23 February 2012) paras 81-82.

151 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR), amended by Protocols nos 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.

152 Protocol 4 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol thereto, 16 September 1963, ETS 46.

153 Strasbourg Observers, 'The Best and Worst ECtHR judgments of 2020 are...' (*Strasbourg Observers*, 5 March 2021 <<https://strasbourgobservers.com/2021/03/05/the-best-and-worst-ecthr-judgments-of-2020-are/>> accessed 5 March 2021.

154 *N D & N T v Spanish* App nos 8675/15 and 8697/15 (ECHR, 13 February 2020).

155 *ibid* para 24.

156 *ibid* para 24.

157 *ibid* para 24.

The Court, in this case, positioned refugees, who had made collective efforts to enter the territory of the state concerned, in a place to be classified as hostile ones. Because the ECtHR established its decision based on *culpable conduct exception*. The Court stated that applicants “crossed the border in an unauthorized manner (in this instance taking advantage of their large numbers and using force)”, ... “justifying the fact that the Spanish border guards did not identify them individually”. Spanish border guards’ failure was “regarded as the consequence of the applicants’ conduct” by the Court.¹⁵⁸ The Court’s conclusion is summarized in the following sentence. “The Government further alleged that the applicants’ removal had been the consequence of their own “culpable conduct” for the Court’s settled case-law”.¹⁵⁹ On the ground of own culpable conduct exception, the ECtHR established the following reasoning. “[T]he Government could not be held responsible for the fact that no such [individual] examination was carried out” if there is “unauthorized and disruptive means of attempting to enter the State’s territory.”¹⁶⁰ This evaluation of the Court calls for an inquiry. First, we must ask whether culpable conduct exception or any other form of exceptions should be applied in the cases where refugees had put their lives at stake to reach the shores of the designated state at all. This article claims that culpable conduct exception distances refugees from emergency response which would offer immediate relief upon arrival in the asylum state. This exception introduces more of a state-centered approach, considering that the Court believes refugees are disruptive and they use force as means for their entry to the state’s territory in question. But in the end, it is unclear what kind of force could be used when refugees try to surpass wired fences during their struggle to overcome such a hurdle?

In the *N.D. and N.T. v Spain* case, the evaluation of the Court gives the impression that refugees’ rights, which are recognized by international law, are subject to the host states’ assessment of their security interests. Thus, respecting refugees’ rights will be determined depending on the conclusions from their behavioral analysis at the state’s border. Whereas, in its *Chahal v. the United Kingdom* case (1996), in answering the question of whether the applicant should be expelled to his country of origin, where he would potentially face torture,¹⁶¹ the Court concluded that even though the applicant was considered a *danger to society in the UK*¹⁶², the *non-refoulement* principle would still apply.

As detailed in Part I of the Article, refugees are already narrated as villains and victims in conservative rhetoric. This formulated discourse condemns the refugees to be left in an endless cycle of misery. Such depiction also has the power of leading

¹⁵⁸ *ibid* para 211.

¹⁵⁹ *ibid* para 204.

¹⁶⁰ *ibid* para 200, 201.

¹⁶¹ *Chahal v The United Kingdom* App no 22414/93 (ECHR, 15 November 1996) paras 76, 89, 103, 107, 112, 128.

¹⁶² *ibid* paras 75, 143, 153.

individuals in society into thinking that if refugees “*have no state to claim them or to advocate for their release,*” why would we endure their *burden*, considering their ulterior opportunist motives?¹⁶³ Reflecting on this villain/victim paradox, in the *N.D and N.T. v Spain* case, the Strasbourg Court adopted an attitude that can quickly shift into aligning with this conservative narrative. The stance of the Court is concerning because this result can be taken as a baseline by states which are willing to implement oppressive policies against refugees. In other words, in the face of ongoing pushback policies of some western states, the Court seems to affirm the adverse conjuncture of refugees today. It looks like the Court also uses a *profiling technique* for refugees under the shadow of *European identity*. In this regard, *N.D. & N.T. v. Spain* case decision of the ECtHR ignores two primary facts:

- Refugees often and most of the time cannot gather necessary documentation, including identification card, passport, and visa for entry before their departure.
- Many European countries actively seek ways to reject refugees once they arrive at their shores.

Another concerning side-effect of this case is also observable in the Court's other judgment, delivered on 24 March 2020 in *Asady and Others v. Slovakia* case.¹⁶⁴ Although the Court did not specifically evaluate the issue according to its own so-called culpable conduct test, we could see features of willingness towards establishing a set of rules that would regulate the *conduct of refugees* at the state's border. The Court commented on short-duration interviews as follows: “*may be a consequence of the applicants not stating anything that would require a more thorough examination*”.¹⁶⁵ The same approach can also be observed in the *M.K. and Others v. Poland* case of the Court.¹⁶⁶ The Court, in this case, made its assessment based on how the applicants approached the borders of the designated state in question. For example, one of the applicants as a *well-behaving* individual

“in the period from July 2016 until 8 June 2017 ... travelled to the Polish-Belarusian border crossing at Terespol on approximately thirty occasions. He submitted that each time that he had visited that border crossing he had expressly stated a wish to lodge an application for international protection; on at least several of those occasions, he had presented that application in written form (a copy of this document was submitted to the Court)”.¹⁶⁷

¹⁶³ Fiske (n 147) 7.

¹⁶⁴ *Asady and others v Slovakia* App no 24917/15 (ECHR, 24 March 2020).

¹⁶⁵ *ibid* paras 64. See also para 66, which states that “*it may be presumed that the details of their journey might have been similar as well, since they [the applicants] had been travelling as a group*”.

See para 64 with respect to circumstances of the interview, the Court concludes that “*not in itself sufficient to justify the applicants' view that the interviews were not conducted on an individual basis*”.

¹⁶⁶ *M K and Others v Poland* App no 40503/17, 42902/17 and 43643/17 (ECHR, 23 July 2020).

¹⁶⁷ *ibid* para 10.

This time the Court stated that the *non-refoulement* principle “aim[s] at providing all asylum seekers effective access to the proper procedure by which their claims for international protection may be reviewed.”¹⁶⁸ Considering several attempts of the applicants to submit asylum applications, the Court concluded that the refusal of Polish authorities constituted systematic and deliberate practice reaching the limits of collective expulsion. However, the *N.D. and N.T. v. Spain* case was different according to the Court. The applicants attempted to enter the Spanish territory of Melilla, only to face immediate return upon their arrival. In the eyes of the Court, their employed *conduct* to pass border crossing put the Spanish authorities in a position to defend their territories in the face of *ill-behaved invaders*.¹⁶⁹

Considering that refugees experience double victimization in many ways, the ECtHR’ decisions are worrying. The Court contradicts itself because it has also delivered essential safeguarding decisions that reminded states that refugees’ rights must be recognized and protected. For example, in its *Khlaifia and Others v. Italy* case, the Grand Chamber of the ECtHR stated that “an increasing influx of migrants cannot absolve a State of its obligations”.¹⁷⁰ In the *M.A. and Others v. Lithuania* case, a judge reprehended Lithuanian authorities for returning refugees without executing any individual application process while delivering his dissenting opinion. The judge concluded his argument with a comment on Lithuania’s conduct as follows; “[m]igrants are not cattle that can be driven away like this”.¹⁷¹

States’ practices criticized above do not make the *non-refoulement* principle and refugees’ rights ineffective. On the contrary, “the maximum of effectiveness should be given to [an instrument] consistent with the intention – the common intention – of the parties”.¹⁷² Thus, even though some states have not fulfilled their legal responsibilities, the ECtHR must remind them that they are *watched* and implement their asylum policies by following relevant human rights standards.

The Article leaves the debate with a question mark. Today, according to the belief contended by the mainstream public opinion, western states have reached the highest point humanity can ever reach in terms of civilization. Yet if the notion of *being a civilized democratic state* lies at the very foundation of hospitality and *xenia*, we can then rely on the transmission of the “*Homeric concept of xenia*”¹⁷³ in *Odyssey*. With links to *Odyssey*’s narrative, we can ask whether some western states have

168 *ibid* para 181.

169 *ibid* paras 105-110.

170 *Khlaifia and Others v Italy* (n 145) para 184.

171 *MA and Others v Lithuania* App no 59793/17 (ECHR, 11 December 2018) para 29.

172 Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (London: Stevens & Sons, Ltd.; New York: Frederick A. Praeger, 1958) 229.

173 John Harris, ‘*Xenia: Refugees, Displaced Persons and Reciprocity*’ (2020) 29 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 9-17.

tricked us into believing that they are the most civilized ones. For example, in 2018, Hungary's parliament passed laws that criminalized any individual or group helping an *illegal immigrant* claim asylum.¹⁷⁴ In Italy, after four years-long investigations, Italian prosecutors recently charged rescuers, who have saved thousands of people from drowning in the Mediterranean, accusing them of collaborating with people smugglers. Rescuers were from charities including Save the Children and Médecins Sans Frontières.¹⁷⁵ Drawing upon given incidents, we can again turn our attention to the Homeric concept of *xenia* which was transferred through a short narrative by Emily Wilson in the introduction of her translation of the *Odyssey*:

“Before approaching the island of the Cyclopes, Odysseus tells his men that he has to find out ...whether the inhabitants are “lawless aggressors,” or people who welcome strangers... the willingness to welcome strangers is figured enough, in itself, to guarantee that a person or culture can be counted as law-abiding and ‘civilized’.”¹⁷⁶

IV. Conclusion

Every alien is entitled to seek asylum over the whole territory, including a state's territorial waters, irrespective of whether they are under the designated state's authority other than their own. This acceptance takes its roots from the core international legal system that has been discussed/analyzed by this Article.

Despite the fundamental principles established by the international legal regulations, still, some western states impose restrictive, hostile, and repressive measures on refugees. In many incidents, refugees are denied support, receive no legal advice, or face mandatory detention. As explained in Part I of this Article, these measures have been justified either by the threat of terrorism or *them* (refugees) being culturally misfit or taking away the job opportunities from the host state's citizens.

Indeed, the *non-refoulement* principle is about not returning refugees, and it does not constitute the legal obligation of granting asylum by the designated state. But it requires that states must *process* individual applications of refugees to decide about the asylum. The logic of this process lies behind the idea of protecting people who are possibly escaping from persecution, such as torture or other forms of life-threatening violence. Many refugees' lives thus rely on the mere act of admittance by the state.

174 See Court of Justice of the European Union, ‘EU Law Precludes a National Supreme Court, Following an Appeal in the Interests of the Law Brought by the Prosecutor General, from Declaring a Request for a Preliminary Ruling Submitted by a Lower Court Unlawful on the Ground That the Questions Referred Are Not Relevant and Necessary for the Resolution of the Dispute in the Main Proceedings’ (Court of Justice of the European Union, 23 November 2021) Press Release No: 207/21 <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210207en.pdf>> accessed 26 November 2021.

175 Lorenzo Tondo, ‘Refugee rescuers charged in Italy with complicity in people smuggling’ (*The Guardian*, 4 March 2021) <https://www.theguardian.com/global-development/2021/mar/04/refugee-rescuers-charged-in-italy-with-complicity-in-people-smuggling?mc_cid=ec55b85fbf&mc_eid=0cd57908d5> accessed 4 March 2021).

176 Emily Wilson (tr), *The Odyssey* (WW Norton and Company Ltd 2018) 23.

Under international law: states must take “*all reasonable precautionary steps to protect life and prevent excessive violence*”.¹⁷⁷ However, considering states’ sovereign interests, it is not an easy road to ensure that every state is reliable in actualizing its international legal obligations. As is settled in the last section of this Article, the supranational courts can guide states and shape their asylum policies. But as can also be understood, the problem is deeper and more confusing than it can be resolved through the case-law of mentioned courts.

The existence of push-back policies constitutes the most striking example of states’ failure to fulfil their obligations to protect the rights of refugees. The pushback is the reason why the expression *refugee in law and practice* is used in the title of this Article. Instead, states leave refugees in limbo. The abandonment is reflected in the language of how state officials defend their asylum policies to justify their pushbacks.

The mainstream media reconciled the concepts of crisis and refugee. The leading role of states in crises is not even included in the reports published on refugees. The events related to the concept of pushback were given in detail within the scope of this Article to show readers that states produce crisis, not the other way around. It was also necessary to set forth relevant incidents because we do not have accurate data showing how many people have lost their lives due to starvation, dehydration, or no life-saving treatment due to pushback operations.¹⁷⁸ We do not know how many of them have died from despair.¹⁷⁹ These figures show/tell very little about the perpetrators -who are supposed to help and rescue refugees- including the security officials, the Frontex, and the border guards. The statistics do not detail how armed groups force people to leave their homes and how/why these people seek help from human smugglers to cross international borders. Instead, we keep reading arising problems due to the influx of refugees coming from conflict areas. Sometimes, we see incidents of burnt refugee camps, a pregnant woman who set herself on fire, and a father charged with his son’s death on their journey to Greece. We see a refugee persona presented as a hysteric, delusional, and opportunist human being. We have been conditioned to disregard why people become refugees. We thus are made to lose our wisdom by not calling people who are forced to leave their homes due to persecution and seeking protection elsewhere by their proper names.¹⁸⁰ As long as states choose to ignore the necessity of adopting asylum policies that are designed to protect humans’ lives, it is true that refugees will remain in limbo, only wishing if they will receive any form

177 United Nations General Assembly Human Rights Council, ‘Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions on the Right to Life and the Use of Force by Private Security Providers in Law Enforcement Contexts’ (2016) A/HRC/32/39, para 75 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/092/21/PDF/G1609221.pdf?OpenElement>> accessed 28 May 2021.

178 United Nations General Assembly, ‘Unlawful death of refugees and migrants Note by the Secretary-General’, Seventy-second session, Item 73 (b) of the provisional agenda, A/72/335, 2 (15 August 2017) <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/N1725806.pdf>> accessed 5 January 2021.

179 *ibid* 2.

180 “*The beginning of wisdom is to call things by their proper name.*” — Confucius.

of protection. It seems there is no ultimate way to eliminate brutal state policies that undermine humans' security and dignity. But even though this situation appears like an impossibility, it can also be reversed if the supranational courts, international community, and activists keep declaring that *every alien has the right to seek asylum*.

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

International & Regional Instruments and Other Documents

Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO), 'Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees (Bangkok Principles)', (*UNHCR*, 31 December 1966) <<https://www.refworld.org/docid/3de5f2d52.html>> accessed 8 April 2021

Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America (22 November 1984) OAS Doc OEA/Ser L/V/II 66/doc 10

Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137 (Refugee Convention)

Council of the European Union, Council Directive Supplementing the Provisions of Article 26 of the Convention Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 [2001] 2001/51/EC

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85 (CAT)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR), amended by Protocols nos 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5

European Union Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Common Procedures for Granting and Withdrawing International Protection (Recast) [2013] OJ L 180 60-94.

European Commission, 'Migration and Asylum Package: New Pact on Migration and Asylum Documents Adopted on 23 September 2020' (23 September 2020) <https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_en> accessed 26 August 2021

Global Compact on Refugees, UN doc A/73/12 (Part II) (2 August 2018)

Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, UN doc A/RES/73/195 (19 December 2018)

Human Rights Council Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman Degrading Treatment or Punishment A/HRC/37/50

- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (adopted 21 December 1965, entered into force on 4 January 1969) 660 UNTS 195
- International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR)
- Organization of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (1001 UNTS 45) done 10 September 1969, entered into force 20 June 1974
- Office of the High Commissioner for Human Rights, *CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant* (Twenty-seventh session of the Human Rights Committee, 11 April 1986) <<https://www.refworld.org/pdfid/45139acfc.pdf>> accessed 7 April 2021
- Protocol Relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267 (The 1967 Protocol)
- Protocol 4 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain Rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol thereto, 16 September 1963, ETS 46
- UNHCR, 'Provision on International Protection Including Through Complementary Forms of Protection' Executive Committee of The UNHCR Programme Conclusions on International Protection (2005) 56th Session 274 < <https://www.refworld.org/type,EXCONC,UNHCR,,5a2ead6b4,0.html>> accessed on 24 May 2021
- UNHCR, 'Glossary' (*UNHCR*, 30 June 2006) <<https://www.unhcr.org/449267670.pdf44>> accessed 24 February 2021
- Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December) 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR)
- UNHCR, 'Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to The Status of Refugees' (*The UNHCR Handbook*, 2019), 21 <<https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfdcd47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>> accessed 25 May 2021
- United Nations General Assembly Human Rights Council, 'Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions on the Right to Life and the Use of Force by Private Security Providers in Law Enforcement Contexts' (2016) A/HRC/32/39 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/092/21/PDF/G1609221.pdf?OpenElement>> accessed 28 May 2021
- United Nations General Assembly, 'Unlawful death of refugees and migrants Note by the Secretary-General', Seventy-second session, Item 73 (b) of the provisional agenda, A/72/335, (15 August 2017) <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/N1725806.pdf>> accessed 5 January 2021
- UNHCR Executive Committee Conclusion No 25 XXXIII (1982) para (b)
- , 'Guidance On Racism and Xenophobia How UNHCR Can Address and Respond to Situations of Racism and Xenophobia Affecting Persons under Its Mandate' (2020) <<https://www.unhcr.org/5f7c860f4.pdf>> accessed 21 August 2021
- , 'Figures at a Glance' (18 June 2021) <<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>> accessed 19 August 2021

Cases (Supranational & National)

Amuur v France 19776/92 (European Court of Human Rights, 1996)

Asady and others v Slovakia App no 24917/15 (ECHR, 24 March 2020)

Court of Justice of the European Union, 'EU Law Precludes a National Supreme Court, Following an Appeal in the Interests of the Law Brought by the Prosecutor General, from Declaring a Request for a Preliminary Ruling Submitted by a Lower Court Unlawful on the Ground That the Questions Referred Are Not Relevant and Necessary for the Resolution of the Dispute in the Main Proceedings' (Court of Justice of the European Union, 23 November 2021) Press Release No: 207/21 <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210207en.pdf>> accessed 26 November 2021

C-808/18 *European Commission v Hungary* [2020] EU: C:1029

Chahal v The United Kingdom App no 22414/93 (ECHR, 15 November 1996)

Hirsi Jamaa and Others v Italy App no. 27765/09 (ECHR, 23 February 2012)

John Doe et al v Canada, Report N. 78/11 - Case 12.586 (*Inter-American Commission on Human Rights*, 21 July 2011) <<https://www.refworld.org/cases,IACHR,502b61572.html>> accessed 6 April 2021

Khlajifa and Others v. Italy App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016)

Plaintiff M70/2011 v Minister for Immigration and Citizenship; and Plaintiff M106 of 2011 v Minister for Immigration and Citizenship [2011] Australia: High Court 2011] HCA 32, 2011] HCA 32

Prosecutor v Katanga et al [2013] International Criminal Court (ICC) ICC-01/04 - 01/07

M K and Others v Poland Applications no 40503/17, 42902/17 and 43643/17 (ECHR, 23 July 2020)

M A and Others v Lithuania Application no 59793/17 (ECHR, 11 December 2018)

Namah v Pato [2016] Papua New Guinea [In the Supreme Court of Justice] SCA No 84 of 2015 SC1497

N D & N T v Spanish App no 8675/15 and 8697/15 (ECHR, 13 February 2020)

II A 1564/20A (Oberverwaltungsgericht NRW, 21 January 2021) <https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2021/11_A_1564_20_A_Urteil_20210121.html> accessed 25 November 2021.

Legislation

Australia Federal Register of Legislation, 'Migration Act 1958' (1958) <<https://www.legislation.gov.au/Series/C1958A00062>> accessed 24 November 2021.

Books

Allport G W, *The Nature of Prejudice* (25th Anniversary Edition, Addison -Wesley Publishing Company 1954)

Arendt H, *The origins of totalitarianism* (Harcourt Publishing, 1976)

Balibar E, *We, The People of Europe? Reflections on Transnational Citizenship* (Princeton University Press 2004)

Benhabib S, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (1st edn, Cambridge University Press 2004)

Betts A and Collier P, *Refugee: Rethinking Refugee Policy in a Changing World* (Oxford: Oxford University Press, 2017)

- Carastathis A and Tsilimpounidi M, *Challenging Migration Studies - Reproducing Refugees_ Photographia of A Crisis* (Rowman Littlefield 2020)
- Chomsky A, *Undocumented How Immigration Became Illegal* (MA: Beacon Press 2014)
- Davies S E, *Legitimising Rejection International Refugee Law in Southeast Asia* (Martinus Nijhoff Publishers 2008)
- Dummett M, *On Migration and Refugees* (Routledge 2001)
- Fiske L, *Human Rights, Refugee Protest and Immigration Detention* (Palgrave Macmillan 2016)
- Feller E, Türk V and Nicholson F (edn), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003)
- Foster M, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights Refuge from Deprivation* (Cambridge University Press 2007)
- Gammeltoft T, *Access to Asylum International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control* (Cambridge University Press 2013)
- Goodwin-Gill G S, *The Refugee in International Law* (3rd edn, Oxford University Press 2007)
- Goodwin-Gill G S, 'Forced Migration: Refugees, Rights and Security' in McAdam J (eds), *Forced Migration, Human Rights and Security* (Hart Publishing 2008)
- Gordenker L, *Refugees in International Politics* (Beckenham: Croom Helm 1987)
- Haddad E, 'Who Is (Not) a Refugee?' *The Refugee in International Society: Between Sovereigns* (Cambridge University Press 2008)
- Hart H L A, *The Concept of Law* (Penelope A. Bulloch and Joseph Raz eds, Clarendon Press 1994)
- International Organisation for Migration, *Glossary on Migration, International Migration Law Series No. 25* (2nd edn, IOM 2011)
- Lauterpacht H, *The Development of International Law by the International Court* (London: Stevens & Sons, Ltd.; New York: Frederick A. Praeger, 1958)
- Lauterpacht S E and Bethlehem D, 'The Scope and Content of the Principle of Non- Refoulement' in UNHCR (eds) *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press 2003)
- Martin D, 'The New Asylum Seekers' in Martin (ed) D A, *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s The Ninth Sokol Colloquium on International Law International Studies in Human Rights* (Springer Science Business Media, B V 2014)
- Schabas W A, *The Customary International Law of Human Rights* (Oxford University Press 2021).
- Tom K, *Towards A Definition of Refugees* (Oxford: Refugee Studies Centre, 1991)
- Türk V and Down R, 'Protection Gaps' in Qasmieh E F, Loescher G and Long K et al. (eds) *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (Oxford Handbooks Online, 2014)
- Wilson E (tr), *The Odyssey* (WW Norton and Company Ltd 2018)
- Yakushko O, *Modern-Day Xenophobia Critical Historical and Theoretical Perspectives on the Roots of Anti-Immigrant Prejudice* (Palgrave Macmillan 2018)

Articles

- Achiame T, 'Beyond Prejudice: Structural Xenophobic Discrimination against Refugees' (2014) 45 *Georgetown Journal of International Law*

- Aksel D B and İçduygu A, 'Borders and the Mobility of Migrants in Turkey' (CEASEVAL Research on The Common European Asylum System, 2019) <http://ceaseval.eu/publications/32_WP4_Turkey.pdf> accessed 25 October 2021
- Allain J, 'The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement' (2001) 13 *International Journal of Refugee Law* 533
- Cohen A, 'The Aims of The International Refugee Organization as Regards Legal and Political Protection' (Speech at IRO and Voluntary Organizations Conference, Geneva 18–21 January 1949), Wiener Library, London, Its Digital Archive, 6.1.1/82509659#1, accessed 6 April 2021
- Dowd R, 'Dissecting Discrimination in Refugee Law: An Analysis of Its Meaning and Its Cumulative Effect' (2011) 23 *Int'l J Refugee L*
- Da-Boi R K, 'Origins, political, economic, and discursive contexts of Europe's "refugee crisis," and the 2020 Moria camp disaster' (2021) 282 *Academia Letters*
- Dauvergne C, 'Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times' (2004) 67 *The Mod L Rev*.
- Fabry A, 'Neoliberalism, Crisis and Authoritarian–Ethnicist Reaction: The Ascendancy of the Orbán Regime' (2019) 23 *Sage Journals* <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1024529418813834?casa_token=wNSc9zaWsAYAAAAA%3A5MZ4Kjix_-gFD_AcBv26eHVDelECiTNSW5CpIt_kDc7c-u5QcGuv57y5ySC6Fpow59zhWYQn9xJ> accessed 23 November 2021
- Gammeltoft-Hansen T and Hathaway J C, 'Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence' (2015) 53 *Colum J Transnat'l L*
- Garip F, Shannon Gleeson and Mathew Hall, *How the State Criminalizes Immigrants and to What Effect: A Multi-Disciplinary Account* (Cornell University 2019)
- Ghezelbash D, 'Hyper-legalism and Obfuscation: How States Evade Their International Obligations Towards Refugees' [2020] *American Journal of Comparative Law*
- Goodwin-Gill G S, 'The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement' (2011) 23 *Int'l J Refugee L*
- Goodwin-Gill G S, 'The Dynamic of International Refugee Law' (2013) 25 *Int'l J Refugee*
- Gibney M J and Hansen R, 'Asylum Policy in the West: Past Trends, Future Possibilities' (UNU World Institute for Development Economics Research, 2003) <<https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/dp2003-068.pdf>> accessed 23 August 2021
- Hathaway J C, 'Leveraging Asylum' (2010) 3-45 *Tex. Int'l L J*
- Hathaway J C and Storey H, 'What Is the Meaning of State Protection in Refugee Law - A Debate' (2016) 28 *Int'l J Refugee L*
- Hudson B, 'Migration in the Mediterranean: Exposing the Limits of Vulnerability at the European Court of Human Rights' (2018) 4 *Maritime Safety and Security Law Journal*
- Harris J, 'Xenia: Refugees, Displaced Persons and Reciprocity' (2020) 29 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*
- Kritzman-Amir T and Spijkerboer T, 'On the Morality and Legality of Borders: Border Policies and Asylum Seekers' (2013) 26-1 *Harvard Human Rights Journal*
- Mann I, 'Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law' (2018) 29 *The European Journal of International Law*
- Mercier A, 'İnsan Haklarının Temelleri', in Kucuradi I (eds), *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri* (4th

- edn, Türkiye Felsefe Kurumu 2009)
- McNeil W H, 'What We Mean by the West' [1997] *Western Civ in World Politics*
- Newth G, 'Rethinking "Nativism": Beyond the Ideational Approach' [2021] *Taylor & Francis Identities Global Studies in Culture and Power* <<https://www.tandfonline.com/doi/epub/10.1080/1070289X.2021.1969161?needAccess=true>> accessed 25 December 2021.
- Oberoi P, 'Words Matter. But Rights Matter More' (2018) 11 *Anti-Trafficking Review*
- Posner E A, 'Do States Have a Moral Obligation to Obey International Law' 56 *Stan L Rev* 1
- Rich S M, 'Against Prejudice' (2011) 80-1 *Geo Wash L Rev*
- Riedel R, 'Nativism versus nationalism and populism - bridging the gap' (2018) 2 *Central European Papers* 18
- Storey H, 'Armed Conflict in Asylum Law: The "War-Flaw"' (2012) 31 *Refugee Survey Quarter*
- Storey H and Wallace R, 'War and Peace in Refugee Law Jurisprudence' (2001) 95 *The American Journal of International Law*
- Spinelli F, 'United against the Pact: The Fatal Flaws in the EU's Plans to Reform its Asylum System' (*Green European Journal*, 17 March 2021) <<https://www.greeneuropeanjournal.eu/united-against-the-pact-the-fatal-flaws-in-the-eus-plans-to-reform-its-asylum-system/>> accessed 7 April 2021
- Türk V, 'The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees' (2018) 30 *International Journal of Refugee Law*
- Webber F, 'Europe's unknown war Race and Class' (2017) 59 *Sage Journals* 1
- Wood T and McAdam J, 'Australian Asylum Policy All at Sea: An Analysis Of "Plaintiff M70/2011 V Minister for Immigration and Citizenship" And the Australia-Malaysia Arrangement' 61 *The International and Comparative Law Quarterly*
- Zavala A G, Guerra R, and Simão C, 'The Relationship between the Brexit Vote and Individual Predictors of Prejudice: Collective Narcissism, Right Wing Authoritarianism, Social Dominance Orientation' [2017] *Frontiers in Psychology* <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2017.02023/full>> accessed 21 August 2021
- Zheng Y, Goh E, and Wen J, 'The Effects of Misleading Media Reports About COVID-19 on Chinese Tourists' Mental Health: A Perspective Article' (2020) 31 *Anatolia Taylor & Francis Online* <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13032917.2020.1747208?casa_token=Kd6DUS3ByegAAAAA%3AEKQAWfirdTvSpGlp968hiaLt9aSPHCRJPjIQBsX5t-D4XcCq9W7PcfjO1CSx5ZCeryP9bZq6RW-gw> accessed 24 November 2021
- Zimmermann S E, 'Reconsidering the Problem of "Bogus" Refugees with "Socio-Economic Motivations" for Seeking Asylum' (2011) 6 *Mobilities* <<https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/17450101.2011.590034?scroll=top&needAccess=true>> accessed 23 August 2011

Websites

- Cambridge Dictionary, 'Western Adjective (Also Western)' <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/western>> accessed 20 August 2021.
- Court of Justice of the European Union Press Release, 'Hungary Has Failed to Fulfil Its Obligations under EU Law in the Area of Procedures for Granting International Protection and Returning Illegally Staying Third-Country Nationals' (2020) Press Release 161/20 <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-12/cp200161en.pdf>> accessed 25 May 2021

Günaydın E, 'Avusturya Başbakanı Kurz: Benim Dönemimde Afgan Mülteci Almayacağız' *Euronews* (22 August 2021) <<https://tr.euronews.com/2021/08/22/avusturya-basbakan-kurz-benim-donemimde-afgan-multeci-almayacag-z>> accessed 23 August 2021

International Review of the Red Cross, 'Note on Migration and the Principle of Non-Refoulement' (2018) <<https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-904-19.pdf>> accessed 22 April 2021

IOM UN Migration, 'Alarming Loss of Life on Way to Canaries Worsens in 2021' (24 September 2021) <<https://www.iom.int/news/alarming-loss-life-way-canaries-worsens-2021>> accessed 25 November 2021

Lexico Dictionary, 'Western World Pronunciation /,west(ə)n 'wɜːld/' <https://www.lexico.com/definition/western_world> accessed 20 August 2021.

Oxford Learner's Dictionaries, 'Xenophobia' <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/xenophobia>> accessed 20 August 2021

The Hon Karen Andrews MP, 'Joint Media Release with the Hon. Westly Nukundj MP - Finalization of the Regional Resettlement Arrangement' (*Australian Government*, 6 October 2021) <<https://minister.homeaffairs.gov.au/KarenAndrews/Pages/finalisation-of-the-regional-resettlement-arrangement.aspx>> accessed 26 November 2021



Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar ve Çevrimiçi Duruşmaların Hukuki Dinlenme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi

Virtual Hearings in Arbitration and Evaluation of Virtual Hearings in the Context of the Right to be Heard and Principle of Equal Treatment

Atike Eda Manav Özdemir^{*}, Belkıs Vural Çelenk^{**}

Öz

Çevrimiçi, online ya da sanal duruşmalar (virtual hearings) katılımcıların fiziksel olarak bir arada olmadığı, dijital platformlar üzerinden bir araya geldikleri duruşmalardır. Tahkim dünyası için çevrimiçi duruşma kavramının yeni bir kavram olduğu söylenemez. COVID-19 virüsü nedeniyle 11 Mart 2020 yılında tüm dünyada salgın (pandemi) ilan edilmesi üzerine tahkim merkezleri de harekete geçmiştir. Tahkim süreçlerinin ertelenmemesi ve herhangi bir gecikmeye neden olunmaması amacıyla pek çok tahkim merkezi ortak bir bildiri yayınlamıştır. Bu bildiriyle tahkim kurumları, uluslararası tahkimin salgın sürecinde istikrarlı ve öngörülebilir bir şekilde devam etmesini sağlamak ve derdest davaların görülmeye devam etmesi ve tahkim süreçlerinde gereksiz gecikmelerin önlenmesi amacıyla tarafları ve hakem heyetlerini tahkim kuralları ve dava yönetimi tekniklerini tam anlamıyla kullanmaya davet etmişlerdir.

Çevrimiçi duruşmalar ile adil yargılanma hakkı arasındaki ilişki yadsınmaz. Türk hukuku açısından hukuki dinlenme hakkı ve tarafların eşitliği ilkeleri hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6 ncı maddesinde, hem de Anayasamızın 36 ncı maddesinde adil yargılanma hakkı bağlamında teminat altına alınmıştır. Bu çerçevede çevrimiçi duruşmalar adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.

Hakemler yargılamayı tarafların ve ilgililerin duruşmaya katılım hakkına ve eşitlik ilkesine, hukuki dinlenme hakkına uygun olarak yürüteceklerdir. Bu çerçevede çalışmada öncelikli olarak çevrimiçi duruşmalar genel hatlarıyla kurumsal tahkim merkezi uygulamaları da dikkate alınarak anlatılmış ve sonrasında hukuki dinlenme hakkı ve tarafların eşitliği ilkeleri bağlamında tahkim yargılamasında çevrimiçi duruşma yapılmasının hakem kararının akıbeti üzerindeki etkileri değerlendirme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Çevrimiçi duruşma, siber protokol, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenme hakkı, tarafların eşitliği ilkesi, hakem kararının iptali, tenfiz engeli

Abstract

Online or virtual arbitration hearings are those wherein participants conduct the hearing via a digital platform. Virtual hearings are not a new concept for arbitration proceedings. Due to coronavirus disease (COVID-19) and the global pandemic announcement on March 11, 2020, arbitration institutions took appropriate measures. Many arbitration centers issued a joint declaration seeking to avoid delays in arbitration proceedings themselves and any other related

* Atike Eda Manav Özdemir (Doç. Dr. / Hakim), Ankara, Türkiye. E-posta: eda_manav@hotmail.com ORCID: 0000-0003-3183-0325

** Sorumlu Yazar: Belkıs Vural Çelenk (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, vuralbelkis@gmail.com ORCID: 0000-0003-0376-0147

Atf: Manav Ozdemir AE, Vural Celenk B, "Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar ve Çevrimiçi Duruşmaların Hukuki Dinlenme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi" (2022) 42(1) PPIL 205. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.905042>



delays. With this declaration, they invited parties and arbitral tribunals to use existing arbitration rules and case management techniques appropriately to ensure the consistent and predictable continuity of international arbitration during the pandemic, to continue to hear pending cases, and to avoid unnecessary delays in arbitration processes.

There is an undeniable connection between virtual hearings and the right to a fair trial. Under Turkish law, within the right to a fair trial, the right to be heard and the principle of equality of the parties are guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights and by Article 36 of the Turkish Constitution. In this context, virtual hearings should be considered in terms of the right to a fair trial.

Arbitrators must conduct the proceedings in accordance with the parties' and concerned others' right to attend the hearing, the principle of equality, and the parties' right to be heard. Within this framework, this paper first explains virtual hearings in general regarding practices of arbitration institutions and then evaluates the effect of virtual hearings on the arbitral award regarding the right to be heard and the principle of equality.

Keywords

Online/virtual hearing, cyber protocol, the right to a fair trial, the right to heard, the principle of equal treatment, setting aside of an arbitral award, challenge in enforcement, ground for refusal of enforcement

Extended Summary

The World Health Organization declared a global COVID-19 pandemic in March 2020. It is commonly known that COVID-19 has affected human life worldwide. In this sense, it negatively affected public health, business life, and social and economic life. Due to the rapid worldwide spread of the pandemic, governments began to take various measures and impose restrictions on many aspects of life to attempt to contain the virus. The negative effects of the pandemic were not limited only to economic and social life. The pandemic also affected judicial mechanisms, including both commercial and investment arbitration.

In April 2020, a group of leading international arbitral institutions issued a joint declaration to ensure the stability and foreseeability of international arbitration for both pending and future cases without any unnecessary delays. Upon the announcement of the COVID-19 pandemic, arbitration institutions provided certain guidelines and made written statements on their websites related to the implementation of possible changes in arbitration systems and procedures in response to the threat potential of COVID-19. Moreover, the International Chamber of Commerce (ICC) promulgated an *ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic*. Similarly, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) released messages on its website. At the same time, the Istanbul Arbitration Centre (ISTAC) published *Online Hearing Procedures and Principles* aimed at determining the procedures and principles to be applied in hearings conducted under its auspices. Based on these principles, the participants of the cases have the opportunity to hold hearings through teleconference or video conference methods.

Before the pandemic, virtual hearings were used by Turkish courts, especially in criminal cases, only under specific conditions. During the pandemic, the use of virtual

hearings has expanded, and both criminal courts and civil courts benefitted the revised standards to hear pending cases.

Online or virtual hearings have both advantages and disadvantages. First of all, online hearings are, without any doubt, very cost and time effective. Cost efficiency and time effectiveness are the major reasons behind the choice of parties and/or arbitrators in favor of virtual hearings.

However, there are also some disadvantages, especially in terms of confidentiality and cyber security issues, in conducting virtual hearings. For instance, the arbitrators can have difficulties evaluating the credibility of particular witnesses. Cross examination can also be difficult in front of the screen instead of a witness. Internet connections and interruptions can also cause certain problems.

Parties might hesitate to participate in virtual hearings where the arbitral tribunal decides to have virtual hearings. Since the parties' autonomy is the basic principle in arbitration, it may be safer only to organize a virtual hearing where all parties of the dispute agree on the virtual hearings. On the other hand, in cases where a party objects to taking part in a virtual hearing, but the arbitral tribunal insists on having hearings virtually, there might be negative effects on the outcome of the proceedings. In this sense the parties might object to virtual hearings based on infringement of due process rights, especially the right to be heard and the principle of equality. As of this writing, no decision has been rendered by any national court against virtual hearings. However, in July 2020, the Austrian Supreme Court (OGH) approved the compatibility of due process rights and virtual hearings in the arbitration proceeding. This decision of the OGH is the first known confirmation of acceptance for virtual hearings by a national court in Europe.

Under Turkish law, there are no court decisions evaluating virtual hearings in arbitration. The issue of virtual hearings has only been discussed in the legal doctrine. However, the concept of virtual hearings and their relation to the right to a fair trial has already been evaluated by both the European Court of Human Right and the Turkish Constitutional Court. Both courts found that holding virtual hearings was not a *per se* infringement of the right to a fair trial guaranteed in Article 6 of the European Convention on Human Rights and in Article 36 of Turkish Constitution. It would be rational to admit that the findings of the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court will take the lead in the further consideration of virtual arbitration.

Having an arbitration proceeding considering the right to a fair trial or, in other words, the right to due process, and especially, the right to be heard and the principle of equality, are essential for the outcome of the award. Due to virtual hearings, if at

least one of the parties objects to holding hearings in such manner, arbitral award might face to be set aside or to be annulled and/or not enforced. For instance, according to Article 15 1-g of the Turkish International Arbitration Law Numbered 4686, an arbitral award may be set aside based on the fact that the parties to the arbitral proceedings were not treated equally. Also, based on Article V 1-b of the *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, enforcement of an arbitral award can be refused due to infringement of the right to be heard of the parties. Having examined both provisions, it appears that an arbitral tribunal must consider each individual case in terms of the parties' right to due process before deciding upon holding virtual hearings.

Consequently, there remain advantages and disadvantages of virtual arbitration hearings. During and after the pandemic, arbitral tribunals should consider the needs and wishes of the parties and the necessities of the proceedings in a particular case when determining for or against holding a virtual hearing. Moreover, at any stage of the arbitration proceedings, the arbitral tribunal should act in a manner that does not cause the annulment of the arbitral award and prevents the award's enforcement in any jurisdiction.

Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar ve Çevrimiçi Duruşmaların Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi

Giriş

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) 11 Mart 2020 tarihinde COVID-19 koronavirüs hastalığını salgın (pandemi) olarak ilan etmiş ve an itibarıyla, dünya çapında milyonlarca kişide koronavirüs tespit edilmiş ve pek çok vaka ölümlerine sonuçlanmıştır. COVID-19 salgını, uluslararası tahkimde hem esas hem usul bakımından etkilemiştir. Bu bağlamda tahkim yargılama süreçlerinin sekteye uğramaması için duruşmalar genellikle çevrimiçi yapılmaya, belgeler elektronik ortamda sunulmaya başlanmıştır. Tahkim kurumları da yaptıkları açıklamalar ve yayınladıkları kılavuzlarla taraflar ve hakem heyetlerini çevrimiçi dava yönetim tekniklerini kullanmaya davet etmiştir.

Çevrimiçi duruşmalar tahkimde yeni bir uygulama değildir; ancak şüphesiz COVID-19 salgını ile daha çok uygulanır hale gelmiştir. Bu şekilde seyahat kısıtlamaları ve sosyal mesafe tedbirlerine rağmen uzak mesafeden farklı yerlerde olan kişiler çevrimiçi platform üzerinden duruşmaya katılım sağlayabilmektedir. İletişim teknolojileri kullanılarak duruşmaların çevrimiçi yapılması ile yargılama süreci sekteye uğramadan devam etmektedir. Ancak tahkim merkezlerinin sekreteralarının, hakemlerin ve avukatların duruşma hazırlığını iyi yapması, hakem heyetlerinin hukuki dinlenilme hakkı ve eşitlik ilkelerine uygun olarak yargılama prosedürünü belirlemesi son derece önemlidir. Nitekim duruşma hakkının uluslararası tahkimde temel bir ilke olduğu söylenebilir ve bu çerçevede adil yargılanma hakkı gözetilerek duruşmaların yapılması oldukça önemli bir konudur.

Çalışmada bu çerçevede öncelikli olarak çevrimiçi duruşma kavramı, hukuki dinlenilme hakkı ve tarafların eşitliği ilkeleri, tahkimde çevrimiçi duruşmalar, tahkim kurumlarının çevrimiçi duruşmalara bakışı, bu duruşmaların avantaj ve dezavantajları anlatılmıştır. Çalışmanın diğer bölümünde çevrimiçi duruşmaların tahkim kararı üzerinde olası etkileri, tahkim yargılama sürecinin temeli olan adil yargılanma hakkı ve özellikle bu hakkın unsurlarından hukuki dinlenilme hakkı ve tarafların eşitliği ilkeleri bağlamında açıklanmıştır.

I. Genel Olarak Çevrimiçi Duruşma Kavramı ve Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri

A. Çevrimiçi Duruşma Kavramı

Küresel bir sağlık krizi olan COVID-19 virüsü sebebiyle insanların bir araya gelebilecekleri ortamların minimize edilmesine gayret gösterilmektedir. Buna bağlı olarak birçok ülke, yargıda virüsün bulaş riskini azaltabilmek adına tarafların bizzat

hazır bulunduğu yargılamalar yerine teknolojik imkânlardan faydalanmak suretiyle ses ve görüntü aktarımının yapıldığı duruşma sistemlerini kullanmayı tercih etmektedir¹.

Çevrimiçi duruşma, uzaktan platformlar aracılığıyla fiziksel mekandan bağımsız olarak avukatların, davacının, davalının, hakim ve savcılarının veya hakemlerin, tanıkların ve bilirkişilerin duruşmalara istedikleri yerden katılım sağlayabilmesi ve duruşmaların dijital olarak gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Diğer bir ifade ile çevrimiçi duruşmalar, iki veya daha fazla yerden katılım sağlayacakların teknolojik iletişim araçlarını kullanarak eşzamanlı olarak birbirine bağlanması suretiyle gerçekleştirilen duruşmalardır. Telefon veya video konferans yoluyla iletişim kurularak farklı konumlardaki kişilerin aynı anda video ve ses iletimi sağlanmaktadır².

Çevrimiçi duruşmalar COVID-19 salgını çerçevesinde son dönemlerde sıklıkla gündeme gelen ve tartışılan bir konu olmakla birlikte salgın öncesinde de kullanılan bir yöntemdi. Bu konuda ülkemiz ve karşılaştırmalı hukuk uygulamalarında çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır.

Türk hukukunda duruşmaların ses ve görüntü nakli yoluyla yapılmasına ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler hukukumuzda ilk kez 1 Haziran 2005 yürürlük tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (“CMK”)³ ile girmiş olup daha sonra 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”)⁴ ile hukuk davalarında uzaktan duruşma yapılmasının hukuki çerçevesi belirlenmiştir. CMK’nın 94 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır.*” Aynı Kanunun 180 inci maddesinin beşinci fıkrasına göre “*Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır.*” Yine bu Kanunun 196 ncı maddesine göre, “*Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir.*”

Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi olarak adlandırılan SEGBİS uygulaması ülkemizde 20 Eylül 2011’de Resmî Gazetede yayınlanmış olan yönetmelikle⁵ uygulanmaya

1 Mustafa Tırtır, ‘Sesli-Görüntülü Duruşma Dönemi’, (Aksan.av.tr, 14 May 2020) <<https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1089>> Erişim Tarihi 05 March 2021.

2 Maxi Scherer, ‘Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework’ (2020) 37(4) Journal of International Arbitration 1, 6.

3 RG. 17.12.2004/25673.

4 RG. 4.2.2011/27836.

5 RG. 20.09.2011/28060.

başlanmıştır. SEGBİS, Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin 3 üncü maddesinin c bendinde “*UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi*” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 11 inci maddesinde “*uluslararası karşılıklı adli yardımlaşma çerçevesinde SEGBİS kullanılabilirliği*” düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 13 üncü maddesinde “*Soruşturma ve kovuşturma aşamasında talep eden makam tarafından kabul edilen mazeretleri nedeniyle hazır bulunamayan kişi, SEGBİS ile dinlenebileceği gibi SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir*” hükmü yer almaktadır.

28 Temmuz 2020 tarihinde 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁶ Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun 17 nci maddesi, HMK nın 149 uncu maddesinde bir değişiklik yapmıştır. Bu değişiklik çerçevesinde mahkemeler, belirli durumlarda taraflardan birinin talebi üzerine veya re’sen duruşmaya ses ve görüntü nakli yoluyla katılım sağlanmasına karar verebilecektir. “*Ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası*” başlıklı 149 uncu maddeye göre, “(1) *Mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine talep eden tarafın veya vekilinin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılmalarına ve usul işlemleri yapabilmelerine karar verebilir. (2) Mahkeme resen veya taraflardan birinin talebi üzerine; tanığın, bilirkişinin veya uzmanın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine karar verebilir. (3) Mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri dava ve işlerde ilgililerin, aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmesine resen karar verebilir.*”

Ülkemizde yakın zamanda e-Duruşma uygulaması başlamıştır. Bu sistem avukatların buldukları yerden taraf oldukları hukuk duruşmalarına online olarak katılmalarını sağlamak için tasarlanmış olan sistem olup Ankara Batı Tüketici, İcra Hukuk ve Kadastro Mahkemeleri ile Ankara, İstanbul, İstanbul Anadolu ve Bakırköy Adliyeleri Tüketici Mahkemeleri’nde kullanıma açılmıştır⁷. Adalet Bakanlığı tarafından hayata geçirilen e-Duruşma sistemi 29 Eylül 2021 itibarıyla ülke genelinde 96 tüketici, 193 icra hukuk, 33 kadastro, 142 asliye hukuk, 93 sulh hukuk, 107 aile, 184 iş, 56 asliye ticaret, 11 fikri ve sınai haklar mahkemesi olmak üzere toplam 915 mahkemede uygulanabilmektedir. E-duruşma sistemi ile bugüne kadar toplam 25 bin 705 duruşma gerçekleştirilmiştir. Adalet Bakanlığınca yaygınlaştırılması hedeflenen e-duruşmanın 2022 yılı sonunda ülke genelindeki tüm adliyelerde uygulanması hedeflenmektedir.⁸

6 RG. 28.07.2020/311199.

7 <<https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/e-durusma-nedir>> Erişim Tarihi 10 March 2021.

8 Adalet Bakanlığı web sitesinde e-duruşma bilgilendirmesi hakkında bkz. <<https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/e-durusmanin-uygulandigi-mahkeme-sayisi-915-e-yukseldi#:~:text=BUG%C3%9CNE%20KADAR%2025%20B%C4%B0N%20705%20E%2DDURU%C5%9EMA%20YAPILDI&text=E%2Dduru%C5%9Fma%20sistemi%20ile%20bug%C3%BCne.genelindeki%20%C3%BCm%20adliyelerde%20uygulanmas%C4%B1%20hedefleniyor.>> Erişim Tarihi 28 February 2022.

Çevrimiçi duruşmalar diğer bazı ülkelerde de yaygınlık kazanmıştır. Örneğin Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi bazı duruşmaları çevrimiçi olarak yapmıştır⁹. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi 25 Eylül 2020 tarihinde web sitesinden yaptığı açıklama ile önemli bir kamu hizmeti olarak, Yüksek Mahkemenin çalışmalarının devam ettiğini ve planlanan duruşmaları değiştirmeye yönelik herhangi bir plan bulunmadığını, bu çerçevede 1 Ekim - 21 Aralık 2020 tarihleri arasındaki tüm duruşmaların Webex video konferans aracılığıyla çevrimiçi olarak yürütüleceğini açıklamıştır¹⁰. Birleşik Krallık'ta 26 Mart 2020 tarihinde Hukuk Davalarında Uzaktan Duruşma Yapılmasına ilişkin Protokol¹¹ kabul edilmiş olup bu Protokolde, çevrimiçi ve karma (hibrit) duruşmalarda izlenmesi gereken temel standartlar düzenlenmiştir¹². Bu Protokol, yargılamalar, başvurular ve davalar da dahil olmak üzere her türlü duruşma için geçerlidir ve COVID-19 çerçevesinde bulaş riskini en aza indirmek amacıyla duruşmaların mümkün olduğunca uzaktan yapılmasını ve uzaktan duruşmaların yürütülmesine ilişkin rehberlik sağlamayı amaçlamaktadır¹³.

İspanya'da 2003 yılından bu yana duruşmaların karma (hibrit) olarak yapılmasına imkan veren yasal düzenlemeler mevcut olup bu duruşmalar coğrafi olarak uzak iki taraf arasında eş zamanlı görüntü ve ses aktarımı vasıtasıyla iletişim sağlayan videokonferans veya benzeri diğer sistemler kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Burada önemli olan kullanılan sistemin savunma hakkının korunmasına olanak sağlamasıdır¹⁴.

Rusya'da bazı katılımcılarla video konferans yoluyla görüşme yapılabilir. Ancak, bu tür teknolojiler, davaların sadece %0.5'inde kullanılmış olup bu tür yöntemlerin devreye sokulması mahkemenin genel ve ticari mahkeme olması bağlamında türüne bağlıdır. COVID-19 salgını öncesinde tamamen çevrimiçi olarak yürütülmüş herhangi bir dava olmamasına karşın Aralık 2020 itibarıyla, 113 ticari mahkemenin 98'inde çevrimiçi duruşma sistemi kullanılmıştır. COVID-19 salgını sonrasında ceza davalarında bazı karma (hibrit) yargılama usulleri uygulanmaya başlamıştır¹⁵.

Amerika'nın New York eyaletinde New York Eyaleti Birleşik Mahkeme Sistemi (State of New York Unified Court System) Başkanı tarafından tüm mahkeme hakimlerine bir bildiri gönderilmiş ve 7 Nisan-13 Nisan 2020 tarihleri arasında özellik arz eden davalar için duruşmaların çevrimiçi olarak yapılmasına karar verildiği belirtilmiştir¹⁶. New York Eyaleti Birleşik Mahkeme Sistemi çevrimiçi duruşmalar

9 <<https://www.supremecourt.uk/news/arrangements-during-the-coronavirus-pandemic.html>> Erişim Tarihi 02 March 2021.

10 <<https://www.supremecourt.uk/news/arrangements-during-the-coronavirus-pandemic.html>> Erişim Tarihi 02 March 2021.

11 Protokol Orijinal Metni için bkz. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/03/Remote-hearings.Protocol.Civil_GenerallyApplicableVersion.f-amend-26_03_20-1-1.pdf>Erişim Tarihi 01 March 2020.

12 Kanstantsin Dzentsiarou, 'Çevrimiçi Duruşmalar Webinar Raporu' (2021), <<https://rm.coe.int/report-webinar-online-hearings-tr/1680a138b1>>Erişim Tarihi 01 March 2021.

13 Protokol (n 11).

14 Dzentsiarou (n 12).

15 Dzentsiarou (n 12).

16 Bildiriye ulaşmak için <<https://nysba.org/app/uploads/2020/04/Next-StepsCourts.pdf>> Erişim Tarihi 02 March 2021.

için protokol ve usulleri kabul etmiştir. Buna göre New York Eyalet Mahkemeleri, çevrimiçi duruşmalar için Microsoft Teams programından yararlanmaktadır. Çevrimiçi duruşmalar formatı ve içeriği bakımından yüz yüze duruşmalarla aynı şekilde yapılmaktadır. Ancak tanık beyanlarının, belgeye dayalı ve fiziki delillerin sunumu konusunda, bu delillerin doğruluğunu ve güvenilirliğini korumak için bazı değişiklikler yapılması gerekmektedir. Bu değişiklikler genel olarak tüm mahkemeler için geçerli olsa da, her mahkeme kendi özel ihtiyaçları, gereksinimleri ve kaygıları doğrultusunda söz konusu değişiklikleri uygulayabilir¹⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi 6 Temmuz 2020’de çevrimiçi duruşma yapılmasına ilişkin bir karar vermiştir ve bu karar Kıta Avrupasında medeni yargıda çevrimiçi duruşma yapılmasına ilişkin bilinen ilk karardır. Karara konu olayda taraflardan biri ilk derece mahkemesi tarafından duruşmanın Zoom üzerinden yapılmasına itiraz etmiştir¹⁸. Federal Mahkeme, ilk derece mahkemesinde Zoom ile duruşma yapılmış olmasına ilişkin olarak tarafın yaptığı temyiz başvurusunu, çevrimiçi platform üzerinden yapılan duruşmanın, adil yargılanma hakkı kapsamında yargılamanın aleniyeti ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle temyiz başvurusunu kabul etmiştir. Tahkimde çevrimiçi duruşmalar çalışmamızın ilerleyen kısmında ele alınacak olmakla birlikte söz konusu kararın gerekçesinin, tahkimde yargılamanın gizliliği prensibi göz önünde tutulduğunda, hakem heyetlerinin vereceği tahkim kararlarına etki edeceğini düşünmüyoruz. Buna karşın yaşadığımız pandemi süreci de dikkate alındığında çevrimiçi duruşmalara ilişkin mahkeme kararlarına ilerleyen zamanda daha sık karşılaşılabileceği kanaatindeyiz.

B. Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36 ncı maddesi bir hukuk devleti olmanın gereği olarak, hak arama özgürlüğünü ve bununla birlikte yargılamanın adil ve etkili olmasını teminat altına almaktadır. Anayasanın 36 ncı maddesi “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” ifadesi, herkes için yargı mercileri önünde davacı ya da davalı sıfatlarını haiz olmaları fark etmeksizin, meşru vasıta ve yollar ile iddia ve savunmada bulunma ve adil yargılanma hakkının varlığının bir güvencesidir. Aynı adil yargılanma hakkının hukukumuzdaki bir diğer kaynağını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6 ncı maddesi oluşturur ve buna göre de herkes tarafı olduğu bir davanın kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız

17 Protokol ve usuller için bkz. <<http://www.nycourts.gov/whatsnew/pdf/VirtualBenchTrial-Protocols-2112021.pdf>> Erişim Tarihi 02 March 2021.

18 Karar için bkz. BGH 146 III 194, 06.07.2020. Kararın İsviçre’de tahkim yargılamasındaki olası etkisine ilişkin olarak bkz. Niklaus Zaugg, Roxana Sharifi ‘Imposing Virtual Arbitration Hearings in Times of COVID-19: The Swiss Perspective’ (*Kluwer Law Blog*, 14 January 2021) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/14/imposing-virtual-arbitration-hearings-in-times-of-covid-19-the-swiss-perspective/>> Erişim Tarihi 12 March 2021.

bir mahkeme tarafından, makul bir sürede, kamuya açık olarak ve hakkaniyete uygun şekilde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

Adil yargılanma hakkının hukuki dinlenilme hakkı ve tarafların eşitliği ilkeleri ile ilişkisini anlamak için aralarındaki organik bağı incelenmesi önem arz eder¹⁹. AİHS 6 ncı maddesi, adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye ilişkin teminatlar ve yargılamaya ilişkin teminatlar olarak ayrılmaktadır. Mahkemeye ilişkin teminat, kanunla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılamanın gerçekleşmesi iken, yargılama usulüne ilişkin teminatlar makul sürede yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkıdır²⁰. Hukuki dinlenilme hakkı ile tarafların eşitliği ilkesi adil yargılanma hakkının yargılamaya ilişkin getirdiği teminatlardan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bileşenleridir²¹.

Hukuki dinlenilme hakkı hukukumuzda ilk kez 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun²² 27 nci maddesinde “*yargılama ile ilgili bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini*” içerdiği şeklinde düzenlenmiştir. Bu hak doktrinde Özekes tarafından “*yargılamada hukuki durumu etkilenecek kişilerin yargılamanın süjesi olarak yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunabilmelerini ve bu açıklamaların yargı merciince dikkate alınarak gerekçeli şekilde karar verilmesini sağlamaya yönelik gerekliliklerin bütünü, sürpriz kararlarla karşılaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesi*” olarak formülize edilmiştir²³. Hem kanundaki hem de doktrinindeki tanımdan hakkın muhteviyatını bilgilendirme hakkı, açıklama ve ispat hakkı ve dikkate alınma hakkı oluşturduğu anlaşılmaktadır²⁴.

Bilgilendirme hakkı tarafların haklarındaki yargılamadan haberdar edilmesini zorunlu kılar. Bunun yanı sıra, yargılama konusu talepler, vakıalar, deliller ve hukuki sebepler hakkında da tarafların bilgilendirilmesini kapsar²⁵.

Hukuki dinlenilme hakkının diğer unsurunu açıklama ve ispat hakkı oluşturur. Bu hak, taraflara iddia ve savunmalarını mahkemeye sunmaları, özellikle de

19 Tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkı ile adil yargılanma hakkının organik bağı Yargıtay kararlarında da vurgulanmaktadır. “(D)avanın taraflarının herbirinin; diğer taraf karşısında kendisini önemli ölçüde dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda iddia ve savunmalarını mahkemeye sunabilmesi ve bu iddia ve savunma sınırları içinde gerekli olan delilleri gösterebilmesi için makul bir fırsata sahip olması (silahların eşitliği ilkesi) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının bir gereği olup, taraflardan birine bu fırsatın tanınmaması sözleşmenin 6. maddesinin ihlali sonucunu doğurur.” Yargıtay 2 HD, 11405/12644, 27.10.2004 (Legalbank elektronik Hukuk Bankası). Ayrıca “davanın her iki tarafına eşit şekilde açıklama yapma hakkı tanınması ile adaletin görünür kılınması sağlanacağı” hakkında bkz. Yargıtay 2 HD, 4757/1975, 25.01.2021 (Legalbank elektronik Hukuk Bankası).

20 Adil yargılanma hakkının unsurları hakkında bkz. İpek Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, (1st edn. Oniki Levha 2018) 109 ff.

21 Aktepe Artık Sezin, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, (1st edn. Seçkin 2014) 338 ff.

22 RG. 04.02.2011/27836.

23 Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, (1st edn Yetkin 2003) 30.

24 Hukuki dinlenilme hakkının unsurları için bkz. Sarıöz Büyükalp (n 20)170 ff.

25 Musa Aygül, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, Oniki Levha 2014) 120.

uyuşmazlıkla ilgili maddi vakıalara ilişkin delilleri ve hukuki sebeplerini mahkemeye açıklayabilmeleri için yeterli imkânın taraflara verilmesini gerekli kılar²⁶.

Hukuki dinlenilme hakkının üçüncü unsuru dikkate alınma hakkıdır. Tarafların iddia ve savunmalarının hakem mahkemesince değerlendirilmesini zorunlu kılan ve yargılamada hukuki dinlenilme hakkının taraflar açısından somut sonucu olarak işaret edilen, yukarıda bahsettiğimiz diğer unsurları tamamlayan unsurdur. Bu ilke bağlamında hakem mahkemesinden iddia ve savunmaların dikkate alınıp değerlendirilmesi beklenirken, hakem kararının iddia ve savunmaların aynen kabul edilerek verilmesi zorunluluğu yoktur²⁷.

Tarafların eşitliği ilkesi adil yargılanma hakkı ile yakından ilgilidir ve onun bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Ancak tarafların eşitliği ilkesi, usul hukukunda “silahların eşitliği ilkesi” olarak ifade olunmaktadır ve Anayasanın 2 nci maddesinde teminat altına alınan “hukuk devleti ilkesi” ve yine Anayasanın 10 uncu maddesinde teminat altına alınan “kanun önünde eşitlik ilkesi”nin usul hukukundaki görünümü olduğuna işaret edilmektedir²⁸. Hakkaniyete uygun bir yargılamanın taraflar arasında gözetilen usuli eşitlik ile sağlanması beklenmektedir²⁹.

Tarafların eşitliği ilkesi, özel hukuk yargılamalarında, her iki tarafa da iddia ve savunmasını mahkeme önünde sunmakta eşit şekilde muamelede bulunulması zorunluluğu olarak belirtilmektedir. Bu ilke yukarıda hukuki dinlenilme hakkında bahsettiğimiz bilgilendirme hakkı, açıklama ve ispat hakkı ve dikkate alınma hakkını yargılamada taraflara eşitlik temelinde sağlanmasını mecbur kılar³⁰.

Yargılama boyunca çoğu halde, hukuki dinlenilme hakkı ile tarafların eşitliği ilkesi birbiri ile örtüşmektedir. Ancak ikisinin de birbirinden farklı kavramlar olması, özellikle tahkim yargılaması açısından birbirinden bağımsız şekilde ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Aşağıda tahkimde hukuki dinlenilme hakkı ve tarafların eşitliği ilkesi değerlendirme konusu yapılacaktır.

II. Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar

A. Genel Olarak

Uluslararası yatırım tahkiminde ve uluslararası ticari tahkimde taraflar iddia ve savunmalarını sözlü yargılama aşamasında genellikle yüz yüze duruşmalar ile ortaya koyabilmektedir. Duruşmaların neden yüz yüze yapıldığının daha iyi

26 Aygül (n 25) 121.

27 Mehmet Akif Gül, ‘New York Sözleşmesi Bağlamında Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali’ (2017) (29) TAAD 361, 393.

28 Özkes (n 23) 49; Seyhan Selçuk, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali*, (1st edn Yetkin 2018) 216.

29 Güvenalp Ferda Nur, *Milletlerarası Ticari Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali*, (1st edn Oniki Levha 2018) 109

30 Selçuk (n 28) 216-217.

anlaşılabilmesi için sözlülük ilkesinden bahsetmek gerekmektedir. Sözlülük ilkesi, medeni yargılamanın hızlandırılması ve maddi gerçeğe ulaşılması bakımından önem arz etmektedir. Bu çerçevede, sözlülük ilkesinin aleniyet ilkesi ile de bağlantısı kurulmaktadır. Öğretide sözlü yargılama ilkesinin aleniyet ilkesinin korunmasına daha iyi hizmet ettiği ifade edilmektedir³¹.

Sözlülük ilkesinin yazılılık ilkesi ile ilişkisine bakacak olursak; yazılılık ilkesinin uygulama alanı sözlülük ilkesine göre daha geniştir. Yazılılık ilkesinde yargılamada sadece yazılı olarak ileri sürülen ve yazılı hale getirilmiş bulunan hususlar hükmüne esas alınırken; sözlülük ilkesinde ise, sadece sözlü olarak ileri sürülen ve sözlü olarak ifade edilmiş bulunan hususlar yargılamada esas alınabilmekte ve hükmüne dayanak yapılabilmektedir³². Bu ilke duruşma yapıldığı ölçüde ortaya çıkar. Zira duruşma yapılırken ileri sürülen talep ve beyanlar tutanağa geçirilir³³. Bununla birlikte sözlülük ilkesinin yargılama sürecine canlılık kattığı, gerek taraflar gerek hakim bakımından olumlu etkileri olduğu da vurgulanmaktadır. Bu ilkenin uygulanması ile anlaşılmayan hususlar zaman kaybı yaşanmadan çözümlenebilmekte, taraflar birbirlerine hemen cevap verebilmekte ve yazılı yargılamadan daha hızlı bir yargılama yapılabilmektedir³⁴. Her iki ilke birbirinin zıttıymış gibi gözükmesine karşın, aslında bu ilkelere birinin uygulanması, diğerinin uygulanmasını bertaraf etmez. İki ilke arasında karma bir sistem yaratmak, hem yargılama sürecinin hızlı ilerlemesine, hem maddi gerçeğe ulaşılmasına, hem de diğer ilkelerin koruduğu menfaatleri teminat altına almaya hizmet edecektir³⁵.

Sözlülük ilkesi, davanın maddi anlamda ilerletilmesinde hükmün temelinin duruşmada sözlü olarak ifade edilen iddia ve savunmalara, delillere ve duruşma esnasındaki tartışmalara dayanmasını ifade eder. Davanın şekli anlamda ilerletilmesinde ise, sözlülük yargılamanın daha hızlı, ucuz ve basit şekilde gerçekleştirilmesi için bir araç olarak kullanılmaktadır³⁶.

Duruşmalar vasıtasıyla taraflar, hakem heyetlerine delillerini, bu bağlamda tanıkların sözlü beyanlarını sunma imkanı, taraf vekilleri de tanıklar ve bilirkişileri çapraz sorgulama olanağını bulur. Bu çerçevede, taraflar yargılama süresince duruşmalardan büyük oranda fayda sağlarlar³⁷. Sözlülük ilkesi yargılamada tarafların iddia ve savunmalarını açıklama hakları ile bu iddia ve savunmaların mahkemece

31 H. Özden Özkaya-Ferendeci, *Alman Hukuku'ndaki Örneği İle Sözlülük İlkesi*, (1st edn, Beta Yayınevi 2019) 5.

32 Nagihan Mazlum, 'Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi' (2021) 70 (1) AÜHFD 107, 113.

33 Mazlum (n 32) 113.

34 Özkaya-Ferendeci (n 31) 7-8.

35 Özkaya-Ferendeci (n 31) 118.

36 Ece Alpay, *İngiliz ve Türk Yargılama Hukukunda Sözlülük İlkesi*, (1st edn, Onikilevha Yayınevi 2020) 49.

37 Aycan Özcan, Hayrunnisa Ravlı, 'COVID-19 Salgınının Uluslararası Tahkim Duruşmalarına Etkisi', (*Lexist*, 17 April 2020) <<https://lexist.com.tr/blog/2020/04/17/covid-19-salgininin-uluslararasi-tahkim-durusmalarina-etkisi/>> Erişim Tarihi 10 March 2021.

dikkate alınması ile yakından ilgilidir. Hukuki dinlenilme hakkının somut olayda temin edilmesi sözlülük ilkesi ile sağlanır³⁸. Mahkemenin tarafların bir başka yerde olmaları halinde usuli işlem yapmalarına izin vermesi de sözlülük ilkesi çerçevesinde tahkimle uyumludur³⁹.

COVID-19 salgınına kadar tahkim kurumlarının kurallarına ve uygulamalarına bakıldığında duruşmaların yüz yüze yapılmasının esas olduğu görülmektedir. Örneğin Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (“International Center for Settlement of Investment Disputes-ICSID”) Tahkim Kurallarının 32 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca “*Sözlü süreç, Hakem Heyetinin tarafları, temsilcilerini, avukatları ve tanıkları ve uzmanları dinlediği duruşmayı içermektedir.*” 2017 tarihli Milletlerarası Ticaret Odası (“ICC”) Tahkim Kurallarının 26 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca, “*Hakem kurulu, duruşma yapılacağı zaman, önceden makul bir bildirimde bulunarak tarafları belirlediği gün ve yerde huzuruna çağırır.*” Dördüncü fıkrası uyarınca ise “*Taraflar duruşmalara şahsen veya usulünce yetki verilmiş temsilcileri aracılığıyla katılabilir.*”⁴⁰. ICC Tahkim Kurallarında 2021 yılında yapılan değişiklik çerçevesinde 26 ncı maddede de değişiklik yapılmış olup çevrimiçi duruşma düzenlenmiştir. Bu çerçevede hakem heyetine uygun biçimde taraflara da danıştıktan sonra duruşmaların yüz yüze, telekonferans yöntemi ile telefon ile veya amaca uygun diğer iletişim araçları ile yapılması konusunda karar verme yetkisi tanınmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü tarafından COVID-19 nedeniyle 11 Mart 2020 de pandemi ilan edilmesi uluslararası ticari ilişkilerin hukuki boyutlarında önemli sonuçlar doğurdu. Devletler salgınla mücadele için tedbirler almaya ve kısıtlamalar uygulamaya başladı. Tahkim kurumları da COVID-19 salgını sırasında tahkim yargılamalarını sürdürebilmek için yeni önlemler almıştır. Nitekim bu dönemde duruşmalara katılmak daha zor, tehlikeli ve hatta bazen de ülkelerin bu salgın ile mücadele edebilmek için uyguladığı seyahat kısıtlamaları nedeniyle imkansız hale gelmiştir⁴¹. Bu sebeple bazı tahkim kurumları yalnızca elektronik başvuruları kabul etmiş ve duruşmalar için video

38 Alpay (36) 56.

39 Örneğin devlet mahkemelerinde sözlülük ilkesinin uygulanmasına yönelik Alman Medeni Usul Kanunu’nun 128 inci maddesinin a bendi “*Görüntü ve ses nakledilmesi yolu ile duruşma icrası*”nı düzenlemektedir. Buna göre, “*Mahkeme, taraflar ile vekillerine ve yardımcılarına talep üzerine veya resen sözlü yargılama (duruşma) başkasında başka bir yerde olmalarına ve oradan usuli işlem yapmalarına izin verebilir. Duruşma, aynı zamanda buldukları yere ve duruşma salonuna görüntü ve ses nakledilmesi yolu ile aktarılır. Tarafların talebi üzerine, mahkeme; tanığın, bilirkişinin veya bir tarafın dinlenilmesi esnasında başka bir yerde bulunmalarına izin verebilir. Dinleme, görüntü ve ses olarak aynı anda duruşma salonuna nakledilir. Taraflara, vekillerine veya yardımcılarına fıkra 1 cümle 1 kapsamında başka bir yerde olmalarına ilişkin izin verilmiş olması halinde, dinleme, onların bulunduğu yere de nakledilir. Nakledilen görüntü ve ses kaydedilmez. Fıkra 1 cümle 1 ve fıkra 2 cümle 1 kapsamında verilen kararlara karşı itiraz edilemez.*” Madde metni çevirisi için bkz. Özkaya-Ferendeci (n 30) 48. Bu maddenin hukuki dinlenilme hakkına da hizmet ettiği doktrinde vurgulanmaktadır. Nitekim çevrimiçi bir duruşma ile tahkim yargılamasının tarafları tahkim heyetine iddia ve savunmalarını daha kolay bir şekilde sunabilecektir. Bu da devlet mahkemeleri önünde olduğu gibi sözlülük ilkesinin tahkimde de hukuki dinlenilme hakkı ile uyumlu olduğunu göstermektedir. Çevrimiçi duruşmaların hukuki dinlenilme hakkı bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Aşağıda IV. HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI VE TARAFLARIN EŞİTLİĞİ İLKELERİ BAĞLAMINDA ÇEVİRİMİÇİ DURUŞMALARIN HAKEM KARARLARI ÜZERİNE OLASI ETKİLERİ.

40 ICC 2017 Tahkim Kuralları Türkçe metnine ulaşmak için bkz. <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/08/icc-2017-arbitration-and-2014-mediation-rules-turkish-version.pdf>> Erişim Tarihi 02 March 2021.

41 Özcan, Ravlı, (n 37).

konferans kullanımını teşvik etmiştir. Tahkim kurumları tarafından alınan bu tedbirler, uyuşmazlık çözümünün “her zamanki gibi” devam etmesine izin verdiği için genel olarak memnuniyetle karşılanmış olup hakemlerin görevi bu tedbirlerin tarafların yargı sürecine ilişkin haklarını olumsuz etkilememesini sağlamaktır⁴².

Çevrimiçi tahkim duruşmaları bağlamında online tahkimi tanımlayacak olursak; esas olarak online uyuşmazlık çözümleri kapsamı içinde yer alan mahkeme dışı çözüm yöntemlerinin internet ortamında çevrimiçi olarak yapılması yöntemlerinden biri olarak nitelendirilebilir. COVID-19’a bağlı olarak oldukça fazla dile getirilen çevrimiçi duruşmalar hızla gelişen teknoloji ile birlikte ticari ya da yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan ve git gide daha yaygın hale gelen bir yöntemdir⁴³.

İstatistiklere baktığımızda, tahkimde çevrimiçi duruşmaların eskiden de olduğunu görmekteyiz. ICSID 24 Mart 2020 tarihinde yaptığı açıklama ile bir önceki yıl (2019 yılında) toplam 706 dava için başvuru yapılmış olduğunu ve bu yılda gerçekleştirilen 200 duruşmadan %60’ında video konferans yönteminin kullanıldığını belirtmiştir⁴⁴.

Tahkim usulünün tüm yönlerinde olduğu gibi, herhangi bir tahkim usulünü değerlendirmek için dikkate alınması gereken iki kriter, adalet ve verimlilik ya da etkinliktir. Uluslararası Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü Konseyi (The International Council for Online Dispute Resolution) bazı ek standartlar önermiştir. Bu çerçevede çevrimiçi uyuşmazlık çözüm süreçleri erişilebilir, hesap verebilir, yetkin, gizli, eşitliği destekleyici, adil, tarafsız olmalı, ilgili tüm kanunları korumalı, güvenli ve şeffaf olmalıdır. Aslında bu ek standartların her birinin adaletin ya da verimliliğin bir alt kümesi olduğu değerlendirilebilir. Bu çerçevede tahkim duruşmalarının çevrimiçi olarak gerçekleştirilmesinde eşit muamele ve adalet ilkelerinin göz ardı edilmemesi önemlidir⁴⁵.

B. Kurumsal Tahkim Merkezlerinin Çevrimiçi Duruşmalara Yaklaşımı

Çevrimiçi tahkim yargılaması, Amerikan Tahkim Birliği (“AAA”), Çin Uluslararası İktisadi ve Ticari Tahkim Komisyonu (“CIETAC”), Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu (“WIPO”), Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (“SIAC”), “Rus Tahkim Birliği (“RAA”) gibi birçok tahkim kurumu tarafından etkin bir şekilde

42 Adrienne Goins, Elena Guillet, ‘Challenges and Opportunities of Virtual Hearings in International Arbitration’ (*Velaw*, 19 October 2020) <<https://www.velaw.com/insights/challenges-and-opportunities-of-virtual-hearings-in-international-arbitration/>> Erişim Tarihi 19 March 2021.

43 Seda Özmumcu, ‘Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları’ (2020) 78 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 431, 434 ff.

44 ICSID çevrimiçi duruşmalar rehberi için <<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/brief-guide-online-hearings-icsid?CID=362>>Erişim Tarihi 03 March 2021.

45 Jeffrey M. Waincymer, ‘Online Arbitration’ (2020) 9(1) Indian Journal Arbitration Law 1, 3.

uygulama alanı bulmakta olup⁴⁶ çalışmamızda İstanbul Tahkim Merkezi (“ISTAC”), ICC, ICSID, Stockholm Tahkim Merkezlerinin kuralları bağlamında çevrimiçi duruşmalara yönelik kurallara aşağıda yer verilmektedir.

1. ISTAC

ISTAC, 2020 yılının Nisan ayında tahkim davalarının çevrimiçi ortamda görülmesini düzenleyen hukuki usul ve kuralları devreye sokmuştur. ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının (“Usul ve Esaslar”) amacı, “*ISTAC kurallarına göre yürütülen tahkim davalarında katılımcıların fiziksel olarak bir araya gelmeden telekonferans veya video konferans yöntemi ile yapacakları duruşmalarda uygulanacak usul ve esasları belirlemektedir.*” (Madde 1) Bu kurallar çerçevesinde tek hakem veya hakem heyeti, kendiliğinden ya da taraflardan birinin talebi üzerine hukuki dinlenilme hakkına uyulması şartıyla, bu kurallarda önerilen usul ve esaslardan farklı kurallar belirleyebilirler. (Madde 1).

Usul ve Esasların 2 nci maddesine göre taraflardan birinin talebi üzerine veya tek hakem veya hakem heyetinin uygun görmesi halinde, duruşma veya toplantılar video konferans veya telekonferans yöntemi ile yapılabilir. Bu çerçevede Usul ve Esasların uygulanabilmesi için öncelikle ISTAC Tahkim Kurallarına göre yürütülen bir tahkim yargılamasının olması ve bu yargılamada çevrimiçi duruşma yapılabilmesi için tarafların anlaşması veya hakem heyetinin kararı gerekmektedir. Söz konusu madde “*tek Hakem veya Hakem Kurulunun uygun görmesi durumunda*” tarafların anlaşması olmasa dahi çevrimiçi duruşma yapma yetkisini hakem heyetine vermiştir⁴⁷.

Duruşma veya toplantılar video konferans veya telekonferans yöntemiyle yapılabilir. Ancak hakem heyeti bu yöntemlerden farklı veya bu yöntemlere ek usul ve araçların kullanımını da kararlaştırabilir. Bu çerçevede anlık olarak internet üzerinden görüntü ve ses iletimine izin veren programların kullanılması mümkün olabileceği gibi blockchain veya başka bir altyapı ile de duruşmaların gerçekleştirilmesi de imkan dahilindedir. Nitekim Usul ve Esasların 3 üncü maddesi çerçevesinde duruşmanın teknik altyapısına ilişkin hususlar hakem heyeti tarafından belirlenecektir⁴⁸.

46 Amerikan Tahkim Derneği Çevrimiçi Duruşmalara İlişkin Usul Kuralları hakkında bkz. <<https://go.adr.org/covid-19-virtual-hearings.html>> Erişim Tarihi 05 March 2021;

Çin Uluslararası İktisadi ve Ticari Tahkim Komisyonu kuralları için bkz. <<http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=17433&l=en>> Erişim Tarihi: 20 October 2021; Rus Tahkim Birliği kuralları için bkz. <https://centerarbitr.ru/wp-content/uploads/2021/02/annual_report-2020-ENG.pdf> Erişim Tarihi: 20 October 2021; Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu kuralları için bkz. <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1050_2020.pdf> Erişim Tarihi: 20 October 2021; Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi kuralları için bkz. <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_Annual_Report_2020.pdf> Erişim Tarihi: 20 October 2021; Özümucu (n 43) 436 ff.

47 Hakem heyetinin tarafların istememesine rağmen çevrimiçi duruşma yapılabilmesi ve bu hususun hukuki dinlenilme hakkı ve tarafların eşitliği ilkesi bağlamında değerlendirmesi için bkz. IV. B. Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkelerinin Çevrimiçi Duruşmalar Özelinde Değerlendirilmesi.

48 Ahmet Dülger, ‘Tahkim Duruşmalarının Online Yapılması: ISTAC ve Abu Dabi Tahkim Merkezi Kuralları İncelemesi’, in Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu et al (eds) Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020) 128.

Usul ve Esasların 6 ncı maddesi çerçevesinde tek hakem veya hakem heyetinin iznine tabi olarak duruşma sırasında belgelerin elektronik ortamda iletilebilmesi mümkündür. Usul ve Esasların 8 inci maddesinde tanık veya bilirkişilerin video konferans yoluyla ve görüntülü olarak duruşmaya katılabilecekleri düzenlenmiş olup çevrimiçi duruşmaya katılan tanık veya bilirkişinin yüzü açıkça görülebilir bir şekilde kameranın karşısında hazır bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Tanık ve bilirkişinin beyanları sırasında kullandıkları ifadeler, çapraz sorguda ve hakemlerin sorgulamalarında cevap verirken kullandıkları mimikler ve yüz ifadeleri hakem heyetinin bu tanık ya da bilirkişi beyanlarının güvenilirliği ve doğruluğu kanaat oluşturmasında öneme sahiptir. Bu nedenle çevrimiçi duruşma esnasında tanık ve bilirkişilerin kamera karşısında izlenebiliyor olması gerekmektedir⁴⁹.

2. ICC

ICC, COVID-19 salgınının oluşturduğu zorluklarla yüzleşmek ve bu salgının olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla 9 Nisan 2020 tarihinde “COVID-19 Salgınının Etkilerinin Azaltılması Amacıyla Olası Önlemlere İlişkin ICC Rehberi” (“ICC Rehberi”) ni yayınlamıştır⁵⁰. Bu not taraflara, avukatlara ve mahkemelere olası tedbirler hakkında rehberlik sağlar. COVID-19, hem halk sağlığını hem ekonomiyi etkileyen bir salgın olduğu için virüsün yayılmasını sınırlamak veya yavaşlatmak için alınan tedbirler, hem devam eden ICC tahkimlerini etkileyecek, hem de yeni uyuşmazlıklara neden olacaktır. Bu kısıtlamalar nedeniyle bazı zorluklar yaşanabilir. Ancak taraflar, avukatlar ve hakemler, ICC Tahkim Kurallarının dava yönetimi tekniklerini kullanarak veya ICC Tahkim Mahkemesinin iç işleyişi ile ilgili başvurduğu ek adımları takip ederek bu tür aksaklıkları ve zorlukları en aza indirebilir ve hatta belki de önleyebilir. Bu Rehber İlkelerin temel amacı da bunu sağlamaktır⁵¹.

Bu Rehber, salgının neden olduğu gecikmeleri azaltmak için taraflara, avukatlara ve hakemlere sunulan usuli araçları hatırlatır. Ayrıca COVID-19 kapsamında, toplantı ve duruşmaların telekonferans, video konferans veya diğer benzer iletişim araçları (çevrimiçi duruşma) kullanılarak düzenlenmesine ilişkin rehberlik sağlar⁵².

Rehber kurallar tavsiye niteliğindedir ve kullanımı tarafların iradesine bağlıdır. Tavsiye tedbirlerin amacı delillerin adil ve şeffaf bir şekilde sunulmasını sağlamak üzere belgelerin, görüntünün ve sesin kesintisiz ve güvenli bir şekilde iletimini

49 Dülger (n 48) 129.

50 ICC COVID-19 Rehberi (Guidance Note Possible Measures Mitigating Effects COVID-19) için bkz. <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>> Erişim Tarihi 10 March 2021. Rehber Kuralların çevirisi için bkz. Ömer Faruk Kafalı, ‘Milletlerarası Tahkim ve Covid-19: Salgının Etkilerinin Azaltılması Amacıyla Olası Önlemlere İlişkin ICC Rehberi’, in Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu et al (eds) *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı*, (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020) 91 vd.

51 ICC COVID-19 Rehberi (n 50).

52 Kafalı (n 50) 91.

sağlayarak yargılamanın önemli bir aşaması olan duruşmaların sağlıklı bir şekilde uzaktan gerçekleştirilmesine olanak vermektir⁵³.

ICC Rehberinin 21 inci maddesine göre taraflar çevrimiçi duruşma yapılmasını kabul ederse veya hakem heyeti bu doğrultuda karar verirse, taraflar ve hakem heyeti bazı planlamalar yapar ve Sekretarya da bu hazırlıklar konusunda taraflara yardım etmeye hazırdır. 22 nci maddeye göre hakem heyeti tarafların anlaşması olmadan veya bir tarafın itirazına rağmen, yargılamaya çevrimiçi duruşma ile devam edilmesini kararlaştırırsa kararını gerekçelendirmelidir. Bu noktada hakem heyeti karar verirken, hukuki dinlenilme hakkı ve tarafların eşitliği ilkeleri çerçevesinde Kurallarda düzenlenmiş olan geniş usuli takdir yetkisini dikkate alabilir⁵⁴.

Rehber Kuralların 26 ncı maddesinde siber protokol düzenlenmiştir. Buna göre herhangi bir çevrimiçi duruşma, veri gizliliği düzenlemelerinin uygulanması amacıyla alınması gereken önlemlerin (Bu önlemler siber protokol olarak adlandırılır) belirlenmesi için mahkeme ve taraflar arasında bu amaçla bir müzakereyi gerektirir. Bu tür önlemler aynı zamanda duruşmanın gizliliği ile tahkim sürecindeki elektronik iletişim ve elektronik belge platformundaki mahremiyetin de korunmasını sağlayacaktır⁵⁵.

Rehber Kuralların 28 inci maddesinde usuli meseleler düzenlenmiştir. Buna göre tarafların eşit bir şekilde muamele görmesini ve her bir tarafa davasını çevrimiçi bir duruşma sırasında sunmak için fırsat tanınmasını sağlamak için hakem heyeti; duruşma tarihlerinin, başlangıç ve bitiş saatlerinin, araların ve her duruşma gününün uzunluğunun belirlenmesinde farklı saat dilimlerini, toplam katılımcı sayısını, katılımcıların konumlarının lojistiğini, uzaktan katılacak katılımcıları, herhangi bir katılımcının diğer bir katılımcı ile aynı fiziki yerden katılıp katılmayacağını, gerçek zamanlı transkript veya başka bir kayıt biçiminin kullanılmasını, simültane veya ardışık olmak üzere tercüman kullanımını, herhangi bir teknik yönetici de dahil olmak üzere tüm katılımcıların varlığını akredite etmek ve tanımlamak için uygun prosedürleri, ekran paylaşımı dahil olmak üzere görsel delillerin kullanımını; ve tüm katılımcıların erişimine açık bir şekilde paylaşılan elektronik duruşma dosyasının kullanılmasını dikkate almalıdır⁵⁶.

ICC 2021 kuralları 1 Ocak 2021 de yürürlüğe girmiş olup bu Kuralların 26 ncı maddesine göre hakem heyeti, taraflara danıştıktan sonra ve davanın temel vakıalarına ve koşullarına dayanarak, herhangi bir duruşmanın fiziksel katılımı veya video konferans, telefon veya diğer uygun iletişim araçlarıyla uzaktan yapılmasına karar verebilir⁵⁷.

53 Kafalı (n 50) 91.

54 ICC COVID-19 Rehberi (n 50).

55 ICC COVID-19 Rehberi (n 50); Kafalı (n 50) 98.

56 ICC COVID-19 Rehberi (n 50). Ayrıca bkz. Kafalı (n 50) 98-99.

57 ICC 2021 Tahkim Kuralları için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_26> Erişim Tarihi 10 March 2021.

3. ICSID

ICSID, Merkez tarafından yönetilen tahkim, uzlaşma, arabuluculuk gibi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde çevrimiçi duruşmalar yapılması için kapsamlı hizmetler ve teknoloji sağlamaktadır. Özel bir duruşma ekibi, duruşma için hangi donanımın uygun olduğunu ve donanım ihtiyacını tartışmak ve video konferans yazılımını test etmek için duruşmadan önce taraflar ve mahkemelerle birlikte çalışır. Duruşmanın sorunsuz bir şekilde sürdürülebilmesini sağlamak için bir teknik uzman ve mahkeme sekreteri duruşma boyunca hazır bulunur⁵⁸.

ICSID, 1000 katılımcı kapasiteli son teknoloji ürünü bir video konferans platformu olan Cisco Webex'i⁵⁹ kullanmaktadır. Yüksek tanımlı ses ve video, gerçek zamanlı belge görüntüleme ve sanal sohbet işlevi, katılımcıların sorunsuz bir şekilde iletişim kurmasına olanak tanır. Tüm ICSID çevrimiçi duruşmalarında, Dünya Bankası Grubu'nun katı güvenlik ve risk gereksinimlerini karşılayan uçtan uca şifrelemeden yararlanılmaktadır⁶⁰.

Sanal mahkeme stenografı, yargılamanın gerçek zamanlı bir dökümünü sağlar bu görüntü ve video konferanstaki tüm katılımcılar tarafından görülebilir. ICSID aynı zamanda birden çok dilde simültane çeviri için bir dizi seçenek sunmaktadır⁶¹.

ICSID 24 Mart 2020 tarihinde web sitesinde ICSID'de çevrimiçi duruşmalara ilişkin bir kılavuz yayımlamıştır. Bu kılavuzda COVID-19'un yol açtığı benzeri görülmemiş seyahat kesintilerinin çevrimiçi duruşmalara ilgiyi daha da artırdığı ve bu rehber notun ICSID'in çevrimiçi hizmetlere ve bu teknolojiye ilk giriş niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁶². Çevrimiçi bir duruşmanın temelinde, tüm katılımcıların duruşmaya uzaktan katılma imkanı vardır. ICSID'in video konferans platformu özel donanım veya yazılım gerektirmediği için katılımcılar herhangi bir yerden katılım sağlayabilir. Bu bağlamda etkili ve güvenli katılım için internet bağlantısı ve web kamerası olan bir bilgisayar yeterlidir. İnternet bağlantısının zayıf olduğu yerlerde, katılımcıların telefonla da katılması mümkündür. ICSID'in çevrimiçi duruşma platformu, PowerPoint sunumları gibi içeriklerin yanı sıra ses ve görüntü paylaşma olanağına sahip olup sanal sohbet işlevi sayesinde katılımcılar kendi aralarında veya tüm katılımcılarla bireysel olarak iletişim kurabilir⁶³.

ICSID web sitesi üzerinden, tahkim taleplerinin, dilekçelerin ve hüküm sonrası başvuruların çevrimiçi olarak sunulabileceğini hatırlatan bir yazı yayımlamıştır. ICSID

58 ICSID çevrimiçi duruşma notu <<https://icsid.worldbank.org/services/hearing-facilities/virtual-hearings#:~:text=ICSID%20provides%20comprehensive%20services%20and,of%20rules%20at%20competitive%20rates.>> Erişim Tarihi 10 March 2021.

59 Programın detayları için bkz. <https://www.cisco.com/c/tr_tr/products/conferencing/webex-meetings/index.html> Erişim Tarihi 10 March 2021.

60 ICSID çevrimiçi duruşma notu (n 58).

61 ICSID çevrimiçi duruşma notu (n 58).

62 ICSID çevrimiçi duruşmalar rehberi (n 58).

63 ICSID çevrimiçi duruşmalar rehberi (n 58).

yayınladığı bu yazı ile ayrıca tarafları ve mahkemeleri, yazılı savunmaları yalnızca elektronik olarak sunmaya teşvik etmektedir⁶⁴.

4. Stockholm Tahkim Merkezi (SCC)

Stockholm Uluslararası Duruşma Merkezi 27 Nisan 2020 tarihinde web sitesinden yaptığı açıklama ile fiziksel toplantı olanaklarının son derece sınırlı olduğu bir zamanda, çevrimiçi duruşma olanaklarına olan ihtiyacın arttığını belirterek çevrimiçi duruşmalar için platform başlattığını duyurmuştur⁶⁵. Bu platform, dünyanın her yerinden katılımcıların duruşmalara güvenli ve kolay bir şekilde katılmasını mümkün kılan bir platform olup, Stockholm'deki çeşitli yerlerde hali hazırda sunulan fiziksel duruşma olanaklarına ek olarak imkan sağlar. Katılımcılar e-postayla gönderilen bir bağlantıyla bağlamakta ve bilgisayarın hoparlörlerini, mikrofonunu ve kamerasını istedikleri gibi etkinleştirebilmektedir. Ayrıca her katılımcı, oturumlar arasında davadaki tarafıyla güvenli bir şekilde iletişim kurabilir, belge paylaşabilir. Bu merkezin çevrimiçi tahkim platformu, merkezin teknisyenleri aracılığıyla farklı yerlerden duruşmaya katılan katılımcıları duruşma öncesinde, sırasında veya sonrasında ortaya çıkabilecek teknik sorunlarla desteklemeye hazır olarak bulunmaktadır. Bu platform tanık ifadelerinin ve uzmanların dinlenmesini de sağlamaktadır. Teknik olarak Microsoft Teams⁶⁶ programı kullanılmaktadır⁶⁷.

C. Ad Hoc Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar

Herhangi bir tahkim merkezi kurallarına göre icra edilmeyen *ad hoc* tahkimde de duruşmaların çevrimiçi yapılması mümkündür⁶⁸. *Ad hoc* tahkimde bir kurumun düzenleyici rolü ve kurum kurallarının tahkim usulüne uygulanması da söz konusu olmadığı için tahkim usulü, taraflarca ayrıca bir kararlaştırma yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna göre yürütülür. Hakemlerce usule ilişkin esaslar tahkim yerinde yürürlükte bulunan tahkim kanunu da dikkate alınarak belirlendiği için bu tür tahkimde usule ilişkin esaslarda bir değişiklik yapılması hakemlerin yetkisindedir. Bu çerçevede mesela hakemlerin, tarafların talep etmesi halinde usul kurallarında belirlenen süreleri uzatması ya da duruşmanın video konferans ile yapılmasına karar vermesi mümkündür⁶⁹. Diğer bir ifade ile *ad hoc* tahkimde de pandemi tedbirleri

64 ICSID COVID-19 Mesajı <<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/message-regarding-covid-19-update?CID=361>> Erişim Tarihi 10 March 2021.

65 Stockholm Uluslararası Duruşma Merkezi Açıklaması hakkında <<https://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2020/stockholm-international-hearing-centre-launches-platform-for-virtual-hearings/>> Erişim Tarihi 10 March 2021.

66 Programın detayları için bkz. <<https://www.microsoft.com/en-ww/microsoft-teams/group-chat-software>> Erişim Tarihi 10 October 2021.

67 Stockholm Uluslararası Duruşma Merkezi Açıklaması (n 65).

68 Dülger (n 48) 135.

69 Banu Şit Köşgeroğlu, 'COVID-19 Salgını ve Milletlerarası Tahkim Yargılamaları: Süreler Durur mu? Duruşmalar Ertelenir mi? -Bir Değerlendirme'. (Eskihukuk, 27 April 2020) <<https://www.eskihukuk.com/content/bilgi-notlari/COVID-19-Salgini-ve-Milletlerarası-Tahkim-Yargılamaları.pdf>> 3 Erişim Tarihi 20 October 2021.

neniyle mevcut yargılamalarda aksaklıklar olmaması, yargılamaların sürüncemede kalmaması ve tarafların hak kayıpları yaşanmaması için hakemlerin, tarafların ve vekillerin işbirliği ile hareket ederek değişen ihtiyaçlara göre yargılama sürecini düzenlemeleri mümkündür⁷⁰.

SCC *ad hoc* tahkimlerde çevrimiçi duruşmalar için Çevrimiçi Tahkim Yeri platformunu ücretsiz olarak sunmuştur⁷¹. Kurumsal tahkim merkezlerinden ICSID, Merkez tarafından yönetilen tahkim davalarında çevrimiçi duruşmalar için teknolojik imkanlarla kapsamlı hizmetler sunmaktadır. Bu hizmetler UNCITRAL veya diğer ICSID dışı kurallar kapsamında yürütülen *ad hoc* tahkimler bakımından da geçerlidir⁷².

III. Çevrimiçi Duruşmaların Avantaj Ve Dezavantajları

A. Çevrimiçi Duruşmaların Avantajları

Çevrimiçi uyuşmazlık çözümünün en büyük avantajlarından biri, yer ve mesafe gibi engelleri ortadan kaldırmasıdır. Çevrimiçi duruşma yönteminin kullanılmasıyla, farklı yerlerdeki insanlar arasındaki çeşitli iletişim, hemen hemen her yerde ve fiziksel varlığa ihtiyaç duymadan kolayca ve hızlı bir şekilde gerçekleştirilebilir. Bu avantaj aynı zamanda gerektiği anda ulaşılabilir hale gelen, uzaktaki uzmanların katılımıyla, süreçte geniş bir mesleki bilgi yelpazesi kullanılmasını da sağlamaktadır⁷³.

Çevrimiçi duruşmaların diğer bir avantajı, işlemin basitliği ve rahatlığıdır. Tarafların iyiniyetli olması ve iyi bir internet bağlantısının olmasının ötesinde, duruşma süreci taraflardan neredeyse hiçbir şey gerektirmez. Tarafsız bir duruşma yeri üzerinde anlaşmaya ve o ülkeye seyahat etmeye gerek yoktur. Süreç bu çerçevede zamandan da oldukça tasarruf edilmesini sağlar. Zamandaki tasarruf, elbette maliyetlerin düşürülmesine de katkıda bulunur. Örneğin toplantılar için herhangi bir salon ya da bina kiralamaya gerek olmaması da maliyetlerin düşürülmesi bağlamında önemlidir⁷⁴. Tarafların hiç masraf yapmadan ve zamandan tasarruf ederek internet tabanlı dosyalama sistemlerini kullanmaları, birçok belgeyi herhangi bir yerden görebilmeleri, seyahat etmelerine gerek kalmadan duruşmaya erişim sağlamaları aynı zamanda tahkim sürecinin hızını ve etkinliğini artıracaktır⁷⁵.

70 Şit Köşgeroğlu (n 69) 3.

71 Sophie Nappert, 'Healthy Virtual Hearings', (*Kluwer Arbitration Blog*, 17 July 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/17/healthy-virtual-hearings/>> Erişim Tarihi 20 October 2021.

72 <<https://icsid.worldbank.org/services/hearing-facilities/virtual-hearings.>> Erişim Tarihi 20 October 2021.

73 Paul Schwarzenbacher, 'Online Arbitration: A European and US Perspective', (2018) 10 *Bocconi Legal Papers*, 387, 389.

74 Schwarzenbacher (n 73) 389. Ayrıca bkz. Özumcu (n 43) 450; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, 'Online International Arbitrations' (2007) 4(1) *Ankara Law Review* <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1542/16895.pdf>> Erişim Tarihi 15 March 2021, 92.

75 Bozkurt Yüksel (n 74) 92.

Çevrimiçi duruşmada her şey elektronik olduğu için bu duruşmalar kağıtsız duruşma olarak da adlandırılmaktadır ve süreç elektronik olarak yürütülür ve basılı materyallere ihtiyaç duyulmaz. Duruşma salonu genellikle elektronik belgeleri görüntüleyen bilgisayar ekranlarıyla donatılır. Tahkim heyetinin her üyesinin, her bir tarafın ve yasal temsilcilerinin, tanık ve uzmanların önünde en az bir ekran bulunur. Avukat veya tahkim heyeti bir belgeye atıfta bulunduğunda, duruşma salonunda bulunan merkezi bir operatör bu belgeyi çevrimiçi olarak veri tabanında bulur ve tüm içeriği aynı anda ekranda görüntüler. PowerPoint sunum kullanmak mümkündür. Deliller video bağlantısı yoluyla da sunulabilir⁷⁶.

Katılımcılar bekleme odasında bekleyebilir ve Sekreteryaya katılımcıları kabul edebilir. Katılımcılar eş zamanlı olarak duruşma salonuna girer ve herkesin ne konuştuğu duyulur. Ara verildiğinde tüm taraflar aynı anda duruşma salonuna dönerler. Hakemlerin ya da avukatlar ve tarafların kendi aralarında iletişim kuracakları odaların olması durumunda erişim sağlayacak kişilerin önceden belirlenmesi ve yetkisiz kişilerin istemeden erişimini engelleyecek mekanizmalar olması gerekir⁷⁷. Bu amaç doğrultusunda, ICSID uygulamasında bilgisayar ve 360 derece kamera sistemlerinin Sekreteryaya organizasyonunda iletildiği görülmektedir. Duruşma öncesi taraflar çevrimiçi duruşmaya katılacak kişileri belirtir ve ICSID katılımcılara kişiye özel ilgili bağlantı linkini ve şifreyi gönderir. Bu şekilde yetkisiz kişilerin toplantıya katılımı engellenmektedir.

Tahkim kurallarının esnek olması da duruşmaların çevrimiçi yapılması bağlamında bir avantaj olarak değerlendirilebilir. Bu esneklik çerçevesinde, çevrimiçi tahkim duruşmalarının kimi zaman bazı zorlukları ya da dezavantajları olabileceği düşünülse de çevrimiçi duruşmalar zaman ve maliyet açısından verimli olabilir. Taraflar, avukatlar, uzmanlar ve tanıklar seyahat etmedikleri için zaman bağlamında tasarruf sağlanmaktadır. Bu bağlamda bir avukat duruşma hazırlığına daha fazla zaman ayırabilecektir. Elektronik dosyalar tüm tarafların ilgili dokümanları ve ihtiyaçları olan bilgiyi bulmasını kolaylaştıracak ve bu da duruşma sırasında önemli ölçüde zamandan tasarruf sağlayacaktır⁷⁸. Çevrimiçi duruşmaya avukatlar ya da müvekkiller bir arada katılmak isterse bu yine ilgili kurum sekreteryalarının sağlayacağı platform üzerinden mümkündür. Uygulamaya bakıldığında çevrimiçi duruşmaların sesli ve görüntülü olarak kayda alınması da bir avantaj olarak değerlendirilebilir. Nitekim duruşma sonrası transkriptler taraflara gönderilmekte ve avukat ve müvekkilin duruşma

76 Schwarzenbacher (n 73) 409.

77 Waincymer (n 45) 16.

78 Goins, Guillet (n 42).

sürecini tekrar incelemesine olanak sağlanmaktadır⁷⁹. Bu kayıtlar da dava materyali olduğu için tahkim anlaşmasının gizliliği anlamında da sorun olmayacaktır. Bunun dışında bir diğer avantaj, çevrimiçi duruşmalarda avukatların ya da müvekkillerin aynı salonda kendi ekranlarından duruşmaya erişim sağlayabilmeleridir. Hakemler kendi buldukları ülke ya da kıtalardan erişim sağlamak ve sadece kendi aralarında görüşmeleri gereken bir durum olduğunda teknolojik imkanlar çerçevesinde hakemlere ayrılan ayrı odalara alınmakta ve bu odada diğer katılımcıların duymayacağı ve görmeyeceği şekilde iletişim kurabilmektedir.

B. Çevrimiçi Duruşmaların Dezavantajları

Çevrimiçi duruşmalarda bilgi güvenliği önemli olup taraflar elektronik belgelerin ve verilen tanık ve uzman beyanlarının, yapılan savunmanın gizliliği ve güvenliği konusunda kaygı duyabilir. İnternet güvenliği ile ilgili sıkıntılar yaşanabilir. Duruşmanın yapılması için kullanılan sistem duruşma sırasında ya da sonrasında siber saldırıya maruz kalabilir. Bu bağlamda kurumsal tahkim merkezinin siber güvenlik önlemlerini alarak bir çevrimiçi duruşma platformu oluşturması gerekmektedir. Elektronik belgeler gizliyse, şifre korumalı olmaları gerekir. Duruşmanın yapılacağı platforma girmek için katılımcılara Sekretarya tarafından şifre iletilmeli ve bu bağlamda sanal bir ağ kurulmalıdır⁸⁰.

Bu çerçevede ICSID Sekreteryası çevrimiçi duruşmalarda, Dünya Bankası Grubu'nun katı güvenlik ve risk gereksinimlerini karşılayan uçtan uca şifrelemeden yararlanmaktadır⁸¹. ICC'nin hazırladığı Rehberde siber protokol düzenlenmiştir⁸². Amerikan Tahkim Derneği Çevrimiçi Duruşmalara İlişkin Usul Kuralları hazırlamıştır ve buna göre duruşmanın güvenliğini korumak için, duruşma parola korumalı olacak ve yalnızca kendilerine eposta iletilmiş yetkili katılımcılar ile sınırlı olacaktır⁸³.

Mart 2020'de tarafların telekonferans veya alternatif video/ses yöntemleri sağlayabilmelerini önermek ve video konferansın planlanması ve yürütülmesi ile ilgili teknik ve hukuki riskleri bertaraf etmek amacıyla Rehber İlkeler getiren Uluslararası Tahkimde Video Konferansına İlişkin Seul Protokolü (Seoul Protokolü)

79 Örneğin ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının duruşmaların kaydına ilişkin 10 uncu maddesine göre, "*Tek Hakem veya Hakem Kurulu, taraflara bilgi vererek, duruşmanın sesli veya görüntülü olarak kaydedilmesine karar verebilir. Kayıtlar duruşmanın bitimini takiben taraflarla paylaşılacaktır.*

Hakem veya Hakem Kurulu, masrafları taraflara ait olmak üzere, ses kayıtlarının yazılı hale getirilmesine karar verebilir. Tek Hakem veya Hakem Kurulunun onayı olmadan duruşmanın herhangi bir aşamasında görüntü ve ses kaydı yapmak yasaktır." Bkz. <<https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/istac-cevrimici-durusma-usul-ve-esaslari/>> Erişim Tarihi: 25 February 2022.

80 Waincymer (n 45) 16.

81 ICSID çevrimiçi duruşma notu (n 58).

82 ICC COVID-19 Rehberi (n 50). Ayrıca bkz. Kafalı (n 50) 98.

83 Amerikan Tahkim Derneği Çevrimiçi Duruşmalara İlişkin Usul Kuralları hakkında bkz. (n 46).

yayımlanmıştır⁸⁴. Bu Protokol tanıkların sorgulanması, gözlemciler, belgelerin sunumu, teknik gereklilikler, tercüme, kayıt gibi konulara ilişkin düzenlemeleri içeren kısa bir belgedir⁸⁵.

Genel olarak baktığımızda, usuli hazırlıklar çevrimiçi duruşmalarda sıkıntı çıkmaması bağlamında önemlidir. Örneğin ne zaman avukatın ne zaman tanığın ya da uzmanın videosu açılacak ne zaman kapatılacak bunların kontrolünün yapılması gerekmektedir. Mesela taraflardan biri konuştuğu esnada mikrofonu kapanırsa ya da internet bağlantısında sorun olur ve delillerini sunamazsa ya da beyanını veremezse hakem heyeti o tarafa delilini sunma veya beyanda bulunma hakkını vermelidir. Bu çerçevede tarafların dinlenilme hakkı ve eşitliği zedelenmemelidir⁸⁶.

Çevrimiçi duruşmada sorun çıkmaması ve olası sıkıntıları önlemek amacıyla duruşma hazırlığının iyi yapılması önemlidir. Bu bağlamda duruşmaya katılacakların önceden belirlenmesi, duruşma öncesi deneme oturumu yapılması, duruşma saatlerinin netleştirilmesi, duruşma saati belirlenirken katılımcıların farklı ülkelerden hatta kıtalardan katılabileceği dikkate alınarak farklı zaman dilimlerinin göz önünde tutulması, duruşmada oluşabilecek teknik sıkıntıları çözmek amacıyla uzman ve mahkeme sekreterinin belirlenmesi dezavantajların ortadan kaldırılmasına katkı sağlayacaktır⁸⁷. Kanaatimizce yaklaşık bir buçuk yıllık pandemi süreci ve bu sürecin halen devam ettiği de göz önüne alındığında tahkimde çevrimiçi duruşmaların bir müddet daha tercih edileceği düşünülmektedir. Yine yeni dönemde gerek hakemler gerek avukatlar gerek müvekkiller açısından uygulamada çevrimiçi duruşmaların sıkıntı ya da hak kayıpları da doğurmadığı görülmektedir. Bu bağlamda gerekli hazırlıkların duruşma öncesi yapılması, kurumsal tahkim merkezlerinin Sekretaryalarının sunduğu platformların kullanılması oluşabilecek sorunları ortadan kaldırmaktadır.

Duruşmanın çevrimiçi yapılması nedeniyle tanıklara müdahale edilmesi söz konusu olabilir⁸⁸. Çapraz sorgu tahkim yargılamasının en önemli aşamalarından birini oluşturur. Bu bağlamda çapraz sorgulama esnasında tanık ifadesini değerlendirirken, hakem heyetinin gözlem yapma kaybının azalma olasılığı olup olmayacağı, bu çerçevede çevrimiçi yapılan bir sorgunun heyetin delillerin kuvvetini ve güvenilirliğini değerlendirme yeteneğini olumsuz yönde etkileyeceği endişesi oluşmaktadır⁸⁹. Bununla

84 Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration, http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENU0025&TOP_MENU_CODE=MENU0024 Erişim Tarihi 05 March 2021.

85 Seoul Protokolü için bkz. <http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice.do?BD_NO=172&CURRENT_MENU_CODE=MENU0015&TOP_MENU_CODE=MENU0014>Erişim Tarihi 20 March 2021.

86 Bu konuda ayrıca bkz. Scherer (n 2) 23.

87 Kafalı (n 50) 98, 100; Atike Eda Manav Özdemir, Serhat Eskiyyörük, 'COVID-19'un Yabancı Yatırımcı İle Ev Sahibi Devlet Arasındaki Yatırım Uyumsuzluklarına Etikisi', in Süleyman Üstün, Ayşegül Çoban Atik, Tuğba Bayraktar (eds) *Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı*, (Nobel 2020) 341.

88 Pelin Baysal, Melis Silacı Korkmaz, Dilara Kaçar, 'Tahkim ve Çevrimiçi Duruşmalar' (*Gün.av.tr*, 25 December 2021) <<https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/tahkim-ve-cevrimici-durusmalar>> Erişim Tarihi 02 March 2021.

89 Özmmucu (n 43) 450-451; Scherer (n 2) 20.

birlikte hakem heyeti bilgisayar ekranında tanık delilini değerlendirirken, tanığın beden dilini, yüz ifadesini, sesindeki ton değişikliklerini yakalamakta zorlanabileceği ifade edilmektedir⁹⁰. Bu kaygı tanığın bulunduğu yerde 360 derece kamera kullanılması suretiyle giderilebilir⁹¹. Öğretide bir görüşe göre video konferans yoluyla tanık ifadesinin zorlukları, tanıklık için yapılacak hazırlıklarla, hukuk ekibinin tanıklara çevrimiçi duruşmada ifade verme konusunda eğitim vermeleri ile de giderilebilir. Bu çerçevede tanıklar da çevrimiçi olarak ifade verirken kendilerini daha rahat hissedebilir⁹².

Diğer bir dezavantaj farklı grupların çevrimiçi bir platform üzerinde bir araya gelerek duruşmanın gerçekten takip edildiğinin tespitinin mümkün olmamasıdır. Örneğin evden duruşmaya bağlanan bir kişi ekran başından kalkıp başka bir şey ile ilgilenebilir, bu da söz konusu dava bakımından bazı zafiyetler doğurabilir. Ancak bu dezavantaj aslında duruşma süreci ile ilgili değil, duruşmayı takip eden kişilerin davaya verdiği önemle ilgilidir.

Görüldüğü üzere gizlilik, bağlantı problemleri, duruşmalara farklı yerlerden katılacak hakem, avukat, müvekkil, uzman ya da tanıkların olması sebebiyle duruşma zamanının ayarlanmasındaki güçlükler, çapraz sorgunun ne şekilde gerçekleştirilebileceği gibi bazı dezavantajlar olmakla birlikte iyi bir duruşma hazırlığının yapılması, gizlilik çerçevesinde siber protokollerin hazırlanması ya da gerekli önlemlerin alınması, teknik sorunların çıkmaması maksadıyla en uygun video konferans platformlarının kullanılması gibi hususlar bu dezavantajların ortadan kaldırılmasını tahkim yargılamalarının ertelenmeden hızlı bir şekilde ve daha az masrafla sonuçlandırılabilmesini sağlayacaktır⁹³.

IV. Hukuki Dinlenme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Çevrimiçi Duruşmaların Hakem Kararları Üzerine Olası Etkileri

A. Tahkimde Hukuki Dinlenme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri

Tahkim yargılaması ister *ad hoc* olsun ister kurumsal bir tahkim merkezinde yürütülsün, tahkim usulüne dair meselelerde kural olarak hakemin ya da hakem heyetinin takdir hakkı vardır. Hakem heyetinin sahip olduğu takdir hakkının sınırını taraflara eşit davranma ilkesi ve hukuki dinlenme hakkı oluşturur⁹⁴. Hakemlerin kendi görev alanlarında sahip oldukları bu takdir hakkının keyfi

90 Özmumcu (n 43) 451.

91 Manav Özdemir, Eskişehir, (n 87) 344.

92 Goins, Guillet (n 42).

93 Manav Özdemir, Eskişehir, (n 87) 344.

94 Waincymer (n 45) 4-5. Ayrıca doktrinde tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenme hakkının hakemlere tanınan takdir yetkisini sınırlandıran kamu düzenine dair meselelerden olduğuna işaret edilmektedir. Aygül (n 25) 113.

olmayacağı ve adil yargılanma hakkı⁹⁵ bağlamında kullanılması gerektiği şüphesiz kabul edilmektedir.

Hukuki dinlenilme hakkı, 6100 sayılı HMK ile hukukumuzda girmeden önce bu hakkın özellikle tahkim yargılamasındaki karşılığının “iddia ve savunma hakkı olduğu” doktrinde işaret olunmaktadır⁹⁶. Ancak halihazırda HMK’nın dili açısından, kanun sistematigi dikkate alındığında “hukuki dinlenilme hakkı” kavramını tercih ettiği görülmektedir. Örneğin Kanunun

“Tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkı” başlığını taşıyan 423 üncü maddesinde tarafların tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip oldukları düzenlendikten sonra, hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkanı tanınacağı vurgulanmıştır.

Benzer şekilde hukuki dinlenilme hakkı milletlerarası özel hukuk doktrininde, hem 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁹⁷ (madde 62/1(d)) hem de tahkimle ilgili milletlerarası düzenlemelerde yer alan ifadelerin tezahürü olarak “iddia ve savunma hakkı” şeklinde düzenlendiğine işaret edilmektedir⁹⁸. UNCITRAL Model Kanununun 18 inci maddesi ve 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)⁹⁹’nun 8 inci maddesi B fıkrasında tarafların “iddia ve savunmalarını ileri sürme” sinden bahsedilmekte ve her iki maddede, tahkim yargılamasında tarafların eşit şekilde iddia ve savunma haklarını kullanmaları emredici ifade ile düzenlenmektedir.

İddia ve savunma hakkı kavramı ile acaba tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkının tamamı mı yoksa yalnızca açıklama ve ispat hakkına ilişkin olarak bir unsurunun mu kanunla koruma altına alındığı değerlendirilmelidir. Her ne kadar iddia ve savunma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkı kavramları birbirleri ile tam olarak örtüşmese de, hukuki dinlenilme hakkının iddia ve savunma hakkını da kapsayan üst bir kavram olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰. Ancak tahkimde iddia ve savunma

95 AIHS’nin öngördüğü adil yargılanma standartlarının tahkimin özüne uygun düştüğü ölçüde hakemler tarafından uygulanması hakkında bkz. Juan Carlos Landrove, ‘European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration’, in Samantha Besson, Michel Hottelier, Franz Werro (eds), *Human Rights at the Center*, (Schulthess 2006) 92. Ayrıca AIHS 6 ncı maddesi birinci fıkrasının iradi tahkimde uygulanırlığı hakkında bkz. Cemile Demir Gökyayla, ‘Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk’(2020) 40(2) MHB 729, 738, Hatice Özdemir Kocasakal, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Pecstein Kararı Çerçevesinde CAS’ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı’, (2020) 40(1) MHB 79, 90. Zorunlu ve İhtiyari tahkimde AIHS’nin uygulanırlığı üzerine değerlendirme için bkz. Belkıs Vural Çelenk ‘Tahkimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanırlığı Üzerine Bir Değerlendirme’ in Nuray Koyuncu (eds) Necmettin Erbakan Uluslararası Hukuk Kongresi Tebliğ Kitabı, (NEU Yayınları 2021) 495-504.

96 Güvenalp (n 29) 22.

97 RG 12.12.2007/26728

98 Güvenalp (n 29) 22-24.

99 RG 05.07.2001/24453.

100 “Hukuki dinlenilme hakkı” başlığını taşıyan HMK m. 27’nin gerekçesinde hukuki dinlenilme hakkının iddia ve savunma hakkından daha geniş ve üst bir kavram olduğuna vurgu yapılmıştır. Yargıtay kararlarında da hukuki dinlenilme hakkının adil yargılanma hakkı içerisinde teminat altına alındığına ve bu hakkın, “hakime meramını anlatma hakkı” ya da iddia ve savunma hakkı da denildiğini vurgulanmaktadır. Örnek karar için bkz. Yargıtay 21 HD, 22022/25102, 30.12.2013. (Legalbank elektronik Hukuk Bankası).

hakkı, tarafların tahkim yargılaması hakkında haberdar edilmesinden başlanarak¹⁰¹, tarafların hakem seçimi ve bu seçimin zamanı, makul süre öncesinde duruşmaya davet olunmaları, vakıalarını ve ispat araçlarını mahkemeye sunmaları da dahil olacak şekilde tüm yargılama boyunca taraflara usuli güvence sağlayan bir haktr¹⁰². Bu hususlar dikkate alınarak tahkimde iddia ve savunma hakkına riayet edilmesinin hukuki dinlenme hakkının tüm unsurları ile gözetilmesi olduğu hususunda şüphe duyulmamalı ve tahkim yargılamasının her aşamasında tarafların hukuki dinlenme hakkı muhafaza edilmelidir.

Tahkimde tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmesi de hukuki dinlenme hakkında olduğu gibi çeşitli hukuki düzenlemelerde yerini almıştır. Hukuki dinlenme hakkının ayrılmaz yol arkadaşı olarak nitelendirebileceğimiz tarafların eşitliği ilkesi, tahkimin temel prensibi olan irade muhtariyeti kadar önemli bir ilkedir¹⁰³.

Tarafların eşitliği ilkesinin tahkim yargılamasında somut etkisi tarafların iddia ve savunmalarını benzer şartlarda sunmaları şeklinde görülmektedir. Tarafların eşitliği ilkesi yukarıda hukuki dinlenme hakkında bahsettiğimiz UNCITRAL Model Kanununun 18 inci maddesi ve Türk hukukundaki yansıması olan Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”) 8 inci madde B fıkrası birinci bendinde emredici bir ifade ile düzenlenmiştir. UNCITRAL Model Kanununun 18 inci maddesi tahkim yargılamasında tarafların eşit muameleye tabi tutulacağını söylerken, MTK 8 inci madde B fıkrası da aynı hususta, tarafların tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip olduklarını vurgulamaktadır¹⁰⁴. Bu hükümler çerçevesinde taraflara eşit davranma ilkesi, şüphesiz hakemlerin atanmasından, delillerin sunulması ve taraflara haklarındaki iddialara yanıt verme haklarına kadar tahkim sürecinin neredeyse her aşamasını kapsamaktadır¹⁰⁵.

Tarafların eşitliği ilkesi, tahkim yargılamasında bir tarafın diğer tarafa göre daha avantajlı konuma getirilmesi ya da dezavantajlı konuma düşürülmesini engeller¹⁰⁶. Ne var ki taraflara eşit muamelede bulunulması onları her açıdan aynı şartlara tabi

101 Yapılan tebligattan haberdar olan davalının buna rağmen tahkim yargılamasına katılmamış olması Yargıtayca savunma hakkının ihlali olarak kabul edilmemiştir. Yargıtay 11 HD, 2820/7002 28.05.2013. (Yayımlanmamış karar). Yargıtay sözlü yargılamaya katılma imkanı sağlanmadan davanın esası hakkında hüküm kurulmasını hukuki dinlenme hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Yargıtay 15 HD, 4394/2504, 13.05.2015. Bu karar ve ilgili diğer kararlar için bkz. Sarıöz Büyükalp, (n 20), 170 ff.

102 Güvenalp (n 28) 8. “*Hukuki dinlenme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değildir. Tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukuki korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hatta hukuki uyumsuzluklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyumsuzluğun niteliğiyle bağlantılı şekilde hukuki dinlenme hakkına uygun davranılmalıdır.*” Yargıtay 20 HD, 15852/1321, 07.02.2012. (legal bank Elektronik Hukuk Bankası).

103 Aygül (n 25) 115.

104 MTK m. 8(B/1)’e ilişkin değerlendirme hakkında bkz. Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn Yetkin 2010) 140-141. Aynı maddenin hukuki dinlenme hakkı ile ilişkisi için bkz. Aygül (n 25) 120.

105 Tom Krumins, *Arbitration and Human Rights*, (1st edn, Springer 2020) 112.

106 Scherer (n 2) 16.

tutmak anlamına gelmez¹⁰⁷. Örneğin taraflara farklı süreler tanınmasının, tanığın sorgulanmasına yalnızca bir taraf için izin verilmesinin, ya da bir tarafın tanığına fazla soru sorulması gibi durumlarda otomatik olarak eşitlik ilkesinin ihlal edildiği kabul edilmemelidir¹⁰⁸. Taraflara farklı davranmanın hangi durumlarda eşitlik ilkesinin ihlali sayılacağına şüphesiz somut olayın özellikleri dikkate alınarak karar verilecektir.

Hukuki dinlenilme hakkının ve tarafların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesinin hakem kararının, kararın verildiği ülke devlet yargısında iptal edilmesi ya da bir başka ülkede tenfizinin engellenmesi şeklinde yaptırımlarla karşılaşması ihtimali söz konusudur. Aşağıda bu konular ayrıntılı inceleme konusu yapılacaktır.

B. Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkelerinin Çevrimiçi Duruşmalar Özelinde Değerlendirilmesi

Çevrimiçi duruşmaya katılmaya çoğu durumda taraflar rıza göstermektedir. Ancak taraflar çevrimiçi duruşma istememelerine rağmen hakemler tahkim yargılamasını süresinde bitirmek gayesiyle, tahkim usulüne ilişkin sahip oldukları takdir yetkisini de kullanarak, duruşmaları özellikle salgın döneminde çevrimiçi yapmakta ısrarcı olabilir. Hakemin ya da hakem heyetinin çevrimiçi duruşma kararına karşı çıkan tarafın, yargılama devam ederken hakem heyetinin reddini istemesi ya da ilgili yargılamanın aleyhine sonuçlanması halinde hakem kararının iptaline ya da tenfizi istenen bir ülkede tenfizine engel olmak istemesi ihtimal dahilindedir. Örneğin Avusturya Yüksek Mahkemesi (Oberster Gerichtshof, OGH) 23 Temmuz 2020 tarihinde çevrimiçi duruşmalar sebebiyle hakem heyetinin reddi talebine ilişkin bir davada, tahkim yargılamasının tarafın itirazına rağmen çevrimiçi duruşmalar yoluyla gerçekleştirilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmuştur¹⁰⁹- Mahkeme somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir duruşmanın yalnızca çevrimiçi yapılmasının doğrudan hukuki dinlenilme hakkının ihlali kabul edilmeyeceğini, hatta bazı şartlarda hukuki dinlenilme hakkına hizmet

107 Ziya Akıncı *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Yayıncılık 2020) 234; Aygül (n 25) 116; Scherer (n 2) 16.

108 Aygül (n 25) 117.

109 Kararın Almanca aslı Avusturya Yüksek Mahkemesinin internet sitesinde yayınlanmıştır. OGH 18 ONc, 3/20s,

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20200723_OGH0002_018ONC00003_20S0000_000/JJT_20200723_OGH0002_018ONC00003_20S0000_000.pdf, son erişim 08.11.2021. Ayrıca kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Scherer, M. Franz Schwarz, Helmut Ortner, 'In a First Worldwide, Austrian Supreme Court Confirms Arbitral Tribunal's Power to Hold Remote Hearings Over One Party's Objection and Rejects Due Process Concerns' (*Kluwer Arbitration Blog*, 24 October 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first->

[worldwide-austrian-supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first-worldwide-austrian-supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/)> Erişim Tarihi 08 March 2021.

dahi edebileceğini vurgulamıştır¹¹⁰.

Bununla birlikte, çevrimiçi duruşmalar nedeniyle, özellikle hukuki dinlenilme hakkının ikinci unsuru olan tarafların açıklama ve ispat hakları ve tarafların eşitliği ilkeleri bakımından çeşitli özellik arz eden durumların ortaya çıkabileceği yine de tartışılmalıdır. Özellikle çevrimiçi duruşmaların taraflar nezdinde daha düşük maliyetli olması da dikkate alındığında önümüzdeki dönemde tahkim anlaşması ya da tahkim şartında taraflar çevrimiçi duruşmalara da yer vereceklerdir.

Taraflardan biri tahkim yargılaması süresince fiziksel olarak bir diğer ifadeyle yüz yüze duruşmada bulunma hakkının olduğunu iddia edebilir¹¹¹. Yargılama sırasında taraflarla duruşma yapılması ya da yapılmaması, milli hukuk düzenleri ve kurumsal tahkim merkezi kuralları doğrultusunda, genellikle hakemlerin takdirinde olan konulardandır¹¹².

Tahkim sözleşmesinde duruşmaların çevrimiçi yapılabileceği kararlaştırılmışsa sözleşmedeki bu hükmün hakem heyeti tarafından uygulanması mümkündür. Taraflar sözleşmede detaylı olarak çevrimiçi duruşmanın nasıl yapılacağını kararlaştırabileceği gibi yalnızca duruşmanın çevrimiçi olacağını belirtmekle de yetinebilir¹¹³. Taraflar tahkim sözleşmesinde duruşmanın çevrimiçi ya da yüz yüze yapılacağına ilişkin bir kararlaştırma yapmamışlarsa, davacı tahkim talebinde çevrimiçi duruşma ister ve davalı tahkim talebine cevabında bu talebi kabul ederse yine tarafların bu konudaki anlaşması gerçekleşmiş olacaktır¹¹⁴.

110 Viyana'da yaşayan davalı, Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi bünyesinde yürütülen tahkim yargılamasında hakem heyetinin delilleri ilişkin duruşmanın çevrimiçi yapılmasına karar vermesi nedeniyle hakem heyetinin reddini talep etmiştir. Viyana Uluslararası Tahkim Merkezinin bu talebi reddetmesi üzerine, dava Avusturya Yüksek Mahkemesine taşınmıştır. Mahkeme ise, tarafın rızası hilafına çevrimiçi duruşmaya karar vermiş olmasının hakemin reddini gerektirecek ağırlıkta bir usuli ihlal olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Mahkeme aynı zamanda, Avusturya hukukunda tahkim mahkemesinin tahkim usulü ve organizasyonu hakkında geniş takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. Esasa ilişkin değerlendirmede Avusturya Yüksek Mahkemesi adil yargılanma güvencelerinin yargılamanın her aşamasında hakem mahkemesi tarafından gözetilmesi gerektiğini ve özellikle her iki tarafa duruşmalara katılmaları açısından eşit imkanlar tanınmasının bu hakkın kapsamında olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, fiziksel bir duruşma yapmak için duruşmanın mevcut COVID-19 tedbirleri kapsamında hakem heyetince ertelenmemesi ve çevrimiçi yapılmaya karar verilmesinin taraflara eşit davranma ilkesini ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme davacının duruşmanın kendilerine uygun zamanda tebliğ edilmediğine ilişkin iddiasını da reddetmiştir.

Avusturya Yüksek Mahkemesi kararı tahkimde çevrimiçi duruşmalar ve adil yargılanma hakkı teminatlarının birlikte değerlendirildiği Kıta Avrupası'nda bilinen ilk mahkeme kararı olması nedeniyle önemlidir. Özellikle salgın döneminde tüm dünyada hem tahkimde hem mahkeme yargılamalarında çevrimiçi duruşmalara olan ilginin arttığı kararda vurgulanmış, çevrimiçi duruşmaların yargılamaların gerçekleştirilmesine katkıda bulunduğu da mahkemece belirtilmiştir. Mahkeme kararında çevrimiçi duruşmaların adil yargılanma teminatları bakımından özellikle yargılamaların durmasına engel olması nedeniyle adalete erişim hakkına ve hukuki dinlenilme hakkına hizmet ettiğini belirtmiştir. Somut olayda tarafların, tahkim yargılamasında duruşmanın çevrimiçi yapılması ile adil yargılanma hakları özellikle tarafların eşitliği ilkesi açısından iddialarını ispat edememiş olmaları nedeniyle hakem heyetinin reddi talebi mahkemece red olunmuştur. Bkz. Scherer, Schwarz, Ortner (n 109).

111 Scherer (n 2) 14.

112 Örneğin UNCITRAL Model Kanun m.24 "taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem mahkemesi delillerin sunulması ve sözlü beyanlarda bulunulması için sözlü duruşma yapılmasına ya da yargılamanın yazılı yapılmasına karar verebilir". MTK m.11(A)'da da Hakem kurulunun, yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesine de karar verebileceği düzenleme altına alınmıştır.

113 Dülger (n 48) 135.

114 Dülger (n 48) 135.

Tahkim sözleşmesinde tahkim duruşmasının usulüne ilişkin bir anlaşma yoksa ya da tahkim anlaşmasında bulunan eksikliklerin giderilmesine fırsat tanıyan görev belgesinde de bu yönde bir düzenleme yoksa¹¹⁵ tarafların tahkim sözleşmesinde belirledikleri tahkim kurallarına bakmak gerekir. Tahkim kuralları usul kurallarıdır ve derhal yürürlüğe girer. Yargılamanın başladığı tarihte güncel tahkim kurallarında çevrimiçi duruşma kuralları bulunmaktaysa tarafların bu kuralları da zımnen kabul ettiği var sayılmalıdır. Örneğin ISTAC Tahkim Kurallarının 2 nci maddesinden¹¹⁶ uyuşmazlıkların çözümünde ISTAC yetkili kılınmış ise uyuşmazlığa hali hazırda yürürlükte olan ISTAC Kurallarının uygulanacağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, taraflar bu duruma itiraz edip tahkim anlaşması imzalanırken yürürlükte olmayan kuralların uygulanmaması talebinde bulunursa bu itiraz hakkında ISTAC Tahkim Kuralları madde 9 uyarınca hakemler karar verecektir. Bu durumda taraflar, bu taleplerini dava ve cevap dilekçelerinde (ya da tahkim talebi ve tahkim talebine cevapta) açıkça yer vermeleri gerekmektedir. Aynı durum tahkim sözleşmesi imzalanırken yürürlükte olmayan Çevrimiçi Kurallar için de geçerlidir.

Tarafların iradesine ters olarak hakemler çevrimiçi duruşma yapmaya karar verir ve bu hususta ısrar ederse duruşmanın fiziksel yerine neden çevrimiçi olması gerektiğini taraflara açıklamak üzere gerekçelendirmelidir. ISTAC uygulamasında ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının 2 nci maddesini¹¹⁷, 7 nci madde¹¹⁸ ile birlikte değerlendirildiğinde, çevrimiçi yapılan duruşmada tarafların açıkça hukuki dinlenilme haklarının ihlal edildiğini dile getirmesi halinde, hakemin duruşmayı durdurması gerektiği düzenlenmiştir. Aksi takdirde, böylesi bir davada verilen hakem kararı aşağıda tartışma konusu yapacağımız iptal sebepleri kapsamında iptal davasına konu olabilir¹¹⁹.

Taraf iradesi olmamasına rağmen hakem heyeti duruşmanın çevrimiçi yapılmasına karar vermişse, çevrimiçi duruşmada alınan tanık ifadesi veya uzman beyanının hakem kararı üzerindeki etkisi üzerine de düşünülmelidir. Tanığa ya da uzmana çevrimiçi duruşma esnasında dışarıdan bir müdahalenin söz konusu olması halinde, hukuki

115 Görev belgesi ve görev belgesinin tahkim anlaşmasında bulunan eksikleri giderme fonksiyonu hakkında bkz. Kalpsüz (n 104) 82-84; ayrıca tahkim anlaşmasının içeriği ile görev belgesinin içeriği birbirinden farklı olduğu hallerde hangisine öncelik verileceği hakkındaki tartışma için bkz. Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, (6th edn Beta 2021), 58-59.

116 ISTAC Tahkim Kurallarının tamamı için bkz. <<https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/%c4%b0STANBUL-TAHK%c4%b0M-MERKEZ%c4%b0-TAHK%c4%b0M-KURALLARI.pdf>> Erişim Tarihi: 20 October 2021.

117 “*Taraflardan birinin talebi üzerine veya Tek Hakem veya Hakem Kurulunun uygun görmesi durumunda, duruşma veya toplantılar video konferans veya telekonferans yöntemi ile yapılabilir.*” ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının tam metni için bkz. (n 79).

118 “*Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tarafların ve diğer ilgililerin duruşmaya katılma imkânına sahip olduğundan ve hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmediğinden emin olmak için gereken özeni gösterecektir.*”

Tek Hakem veya Hakem Kurulu, duruşma sırasında hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmesi halinde, gerekçesini belirterek duruşmayı istediği zaman sonlandırabilir.”

119 Bkz. IV C 1. Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali ve Tarafların Eşitliği İlkesinin Gözetilmemesinin Hakem Kararının İptal Sebebi Olarak Değerlendirilmesi.

dinlenilme hakkı bakımından duruşmaların çevrimiçi yapılması yargılama sonunda verilen karara etki edebilir. Ancak uygulamada tahkim sekreteraryaları tanık ve uzman beyanlarının güvenli bir şekilde alınması ve dinlenilme hakkının ihlal edilmemesi bağlamında teknik alt yapıyı duruşma öncesi oluşturmaktadır. Örneğin ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslarının 8 inci maddesine göre çevrimiçi duruşmaya katılan tanık veya bilirkişi, yüzü açıkça görülebilir bir şekilde kameranın karşısında hazır bulunacaktır.

Bir taraf duruşmanın çevrimiçi gerçekleşmiş ya da gerçekleşecek olmasını, kendi iddia ve savunmalarının ya da delillerinin hakem mahkemesine sunulması için, ya da karşı tarafın tanığının dinlenmesi için güvenilir, etkili ya da verimli bir yöntem olmadığı gerekçesi ile hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğini iddia edebilir¹²⁰. Şüphesiz her somut olayın kendine özgü hukuki ve fiili koşulları olacağından mahkemelerin tarafların bu iddialarını somut olayın koşulları içerisinde değerlendirmesi isabetli olacaktır¹²¹. Bu bağlamda öğretilerde bir görüş çevrimiçi duruşmaların uygun olup olmayacağına her bir tahkim davasının kendi özel şartları, davanın kapsamı, uzman ve tanık sayısı, davanın niteliği, karmaşıklığı gibi hususlar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²². Örneğin duruşmaya çağrılacak tanıkların ve uzmanların sayısı ve niteliği; mahkemeye verilecek, belge taleplerinin kapsamı tahkim yargılamasının fiziki yapılmasını gerektirebilir. Kapsamlı ve karmaşık davalarda tanıkların ve/veya bilirkişilerin çapraz sorgularının yapılması ya da duruşmada kullanılacak tanık ve bilirkişi belgelerinin incelemelerinin çevrimiçi olarak yapılması pratik olarak imkansız olmasa bile çok zor olabilir. Özellikle yatırım tahkimi gibi yüksek hacimli ve karmaşık olabilecek davalarda tarafların tahkim yargılama süreci gecikse bile çevrimiçi duruşma yerine yüz yüze duruşma yolunu seçme ihtimalleri yüksek görülebilir¹²³. Tahkim iradesi yargılamadan bağımsız düşünülmelidir. Tahkim iradesi yargılamanın bağımsız hakem ya da hakemlerce çözüme kavuşturulması amacıyla yapılmaktadır. Bu bağlamda taraflardan biri duruşmaların çevrimiçi olacağını bilseydi tahkim anlaşmasını imzalamayacaktı ise dahi duruşmanın çevrimiçi yapılması tahkim iradesini sakatlamaz. Ancak bir uyuşmazlık söz konusu olduğu zaman tahkim sürecinde 1 inci Usuli Karar ile duruşmaların yüz yüze yapıp yapılmayacağı kararlaştırılabilir.

Uygulamada tarafların çevrimiçi duruşma yapılmasına itiraz etme eğiliminde olmalarının gerekçelerinden bir diğeri tarafların, avukatların, hakemlerin, tanık ve uzmanların buldukları yerler itibariyle saat dilimi farkı nedeniyle taraflar arası

120 Scherer (n 2) 14.

121 Hukuki dinlenilme hakkının hakemlerce çevrimiçi duruşmalar düzenlenirken dikkate alınacağı ISTAC Çevrimiçi Duruşma Usul ve Esaslar m. 7' de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, "Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tarafların ve diğer ilgililerin duruşmaya katılma imkânına sahip olduğundan ve hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmediğinden emin olmak için gereken özeni gösterecektir. Tek Hakem veya Hakem Kurulu, duruşma sırasında hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmesi halinde, gerekçesini belirterek duruşmayı istediği zaman sonlandırabilir."

122 Manav Özdemir, Eskişöyük, (n 87) 340.

123 Özcan, Ravlı, (n 37); İstanbul Tahkim Derneği 'Koronavirüs ve Uluslararası Tahkim' (*Ista Blog*, 30 March 2020), <<https://ista.org.tr/blog/makaleler-ve-yorumlar/koronavirus-ve-uluslararasi-tahkim/>> Erişim Tarihi 03 March 2021. Ayrıca bkz. Manav Özdemir, Eskişöyük, (n 87) 340.

eşitsizlik olduğudur. Örneğin taraflardan biri Virjinya biri Meksika'dan katılıyor olabilir, bir yerde gece iken diğer yerde gündüz olabilir. Dolayısıyla duruşma saati bir taraf bakımından dezavantaj doğurabilir¹²⁴. Tarafların eşitliği bağlamında duruşma saatleri belirlenirken saat farkı dikkate alınmalı ve her iki tarafa da en uygun olan zaman aralığı belirlenmelidir.

Şüphesiz, hakem ya da hakem heyeti, davanın karmaşıklığını, tarafların iradelerini ve içerisinde bulunduğu koşulları dikkate alarak çevrimiçi duruşma yapılıp yapılmayacağına karar vermelidir. Çevrimiçi duruşmalarla ilgili teknik detaylar konusunda önceden hazırlık yapılmalı, katılımcıların duruşmanın başlama saatinden ne kadar önce oturum açması gerektiği önceden belirlenmeli, duruşma esnasında teknik bir problem olması ihtimaline karşın duruşma süresi için yedek gün belirlenmesi, katılımcıların ekran karşısındaki dikkat süresi de dikkate alınarak sürelerin buna göre tespit edilmesi ve hatta katılımcıların konuşma sürelerini tespit eden kronometrenin dahi olması ve görüntülenmesi uygun olacaktır¹²⁵.

C. Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali ve Tarafların Eşitliği İlkelerinin Gözetilmemesinin Hakem Kararının İptal Sebebi ve Tenfizine Engel Olması

1. Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali ve Tarafların Eşitliği İlkelerinin Gözetilmemesinin Hakem Kararının İptal Sebebi Olarak Değerlendirilmesi

Türk hukukunda milletlerarası ticari nitelikli hakem kararlarının iptaline ilişkin olarak iptal sebepleri açıkça 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Cenevre Konvansiyonu¹²⁶ ve MTK'da yer almaktadır.

Cenevre Konvansiyonunun uygulanması için iki şartın bir arada gerçekleşmesi aranmaktadır. İlk şarta göre, tahkim anlaşmasının imzalandığı sırada tarafların mutad meskenleri sözleşmenin farklı taraf ülkelerinde bulunmalı ve uyuşmazlık konusu milletlerarası ticarete ilişkin olmalıdır. Bu şartların mevcut olduğu bir tahkim kararı, Cenevre Konvansiyonunun IX uncu maddesinde yer alan sınırlı sayıdaki iptal sebeplerinden birinin varlığı halinde iptal olunabilecektir¹²⁷. MTK'da da iptal davası

124 Goins, Guillet (n 42); Waincymer (n 45) 17; Manav Özdemir, Eskiyörük, (n 87) 341.

125 Waincymer (n 45) 17.

126 Sözleşmenin onaylanmasının uygun bulma Kanunu için bkz. RG. 21.05.1991/20877.

127 Madde metni şu şekildedir: “[...]a) Hakemlik anlaşması akteden taraflar haklarında tatbiki gereken kanun gereğince ehliyetli iseler veya zikri geçen anlaşma taraflarca tâbi kılınmış kanuna, eğer bu bâpta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği memleket kanununa göre hükümsüz ise; veya b) iptâl talebinde bulunan taraf hakemin tâyininden veya hakem prosedüründen usulî dairesinde haberdar edilmemiş, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş ise; veya c) Hakem kararı, hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin ise yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şümulünü aşan hükümler ihtiva ediyor ise, bununla beraber hakem kararının hakemliğe tâbi tutulan meseleler hakkındaki hükümleri kanun dışında kalan hükümlerinden ayırd edilebilecek durumda ise hakemliğin şümulüne giren hükümlerin iptali cihetine gidilmiyebilir. d) Hakem mahkemesinin teşekkülü veya hakem usulünün cereyanı tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde, işbu sözleşmenin IV. madde hükmüne uygun olmamış ise, [...]” 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu metni ve değerlendirme için bkz. Rabi Koral, “Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme”, (1964) 30 (3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 745-783, 777 ff.

hakem kararlarına karşı bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir. Bunun anlamı MTK kapsamında verilecek hakem kararları aleyhine temyiz yoluna değil, iptal davasına başvurulmasıdır. İptal sebepleri ise Cenevre Konvansiyonunda olduğu gibi sınırlı sayıda sayılmıştır ve Konvansiyonda yer alan iptal sebepleri ile benzerdir.

Uluslararası yatırım tahkiminde ise, MTK ve Cenevre Konvansiyonunda olduğu gibi, ICSID Konvansiyonunun 52 nci maddesinde hakem kararlarının iptaline ilişkin sınırlı sayıda şartlar sıralanmıştır. 52 nci maddenin dördüncü fıkrasında “yargılamanın temel kurallarından ciddi bir sapma olması” hukuki dinlenilme hakkına aykırı ve tarafların eşitliği ilkesine riayet edilmeden verilen tahkim kararlarının iptalinde ilgili tarafın dayanabileceği düzenlemedir¹²⁸. Uluslararası yatırım tahkimi bağlamında konu hakkında bu kadar açıklama yapılacak olup, hukuki dinlenilme hakkının ihlali ve tarafların eşitliği ilkesine aykırı davranmanın Cenevre Konvansiyonu ve MTK kapsamında verilmiş hakem kararları için iptal sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceği aşağıda değerlendirme konusu yapılacaktır.

a. Hakem Kararının İptal Sebebi Olarak Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali

Tahkim yargılamasında çevrimiçi duruşmaların gerçekleşmesi, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak, bu duruşmaların yapılmasına itiraz eden tarafın hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesi ile mahkeme önünde iptal davasına konu olabilir. Hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin varlığı ise, hakem kararlarının iptaline yol açacak ağırlıkta bir hukuki sonucu beraberinde getirebilir.

Cenevre Konvansiyonunun iptal sebeplerini düzenleyen IX uncu maddesi b fıkrasında hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesini açıkça bir iptal sebebi olarak öngörmüştür. Buna göre, iptal talebinde bulunan taraf, hakemin atanmasından ya da hakem yargılamasından usulüne uygun şekilde haberdar edilmemiş ya da herhangi başka sebeplerle iddia ve savunma vasıtalarını hakem mahkemesine sunma imkanı kendisine verilmemişse¹²⁹ hakem kararının iptalini isteyebilir¹³⁰. Cenevre Konvansiyonunun uygulama alanına giren bir tahkim yargılaması neticesinde verilen bir karar için çevrimiçi duruşma yapılması nedeniyle hukuki dinlenilme hakkının elinden alındığını iddia eden taraf bu iddiasını ispat edebilmek suretiyle Türk mahkemelerinden iptali talep edebilir¹³¹.

128 Nuray Ekşi, *Newyork Konvansiyonu'na Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi*, (1st edn Beta 2009) 20.

129 Madde metni için bkz. (n. 127).

130 Cenevre Konvansiyonu kapsamında hakem kararlarının iptali için bkz. Nomer, Ekşi, Öztekin Gelgel, (n 115) 74. Ayrıca bkz. Ekşi *Newyork Konvansiyonu*, (128) 17 ff.

131 Cenevre Konvansiyonu bağlamında hakem kararını iptal etme yetkili olan devlet mahkemeleri sınırlandırılmıştır. Buna göre ya hakem kararının verildiği devlet mahkemesinden ya da hakem kararının tabi olduğu hukuk hangi devletin hukuku ise oradan kararın iptalinin istenebileceği öngörülmüştür. Bkz. Nomer, Ekşi, and Öztekin Gelgel, (n 115) 74.

Türk hukukunda HMK’da açıkça bir iptal sebebi¹³² olarak düzenlenmesine rağmen MTK’da hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi HMK’da olduğu gibi iptal sebepleri arasında açıkça zikredilmemiştir¹³³. Bir iptal sebebi olarak düzenlenmemesine karşın, tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkının gözetilmesi gerekliliğinin MTK 8 inci madde B fıkrası birinci bendinde “*tarafalara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır*” şeklinde emredici nitelikte düzenlemeden çıkarıldığı yukarıda bahsetmiştik. MTK 8 inci madde B fıkrası birinci bendi nedeniyle, tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesi doktrinde, MTK 15 inci maddesi birinci fıkrası g bendinde iptal sebebi olarak öngörülen tarafların eşitliği ilkesine riayet edilmesinin zorunlu bir parçası olarak kabul eden yazarlar mevcuttur¹³⁴. Ancak uygulamada, MTK’da açıkça hukuki dinlenilme hakkından söz edilmemiş olmasının bu hakkın ihlalinin varlığı halinde hakemlerin yaptıkları yargılamanın kamu düzenine aykırı olacağı ve MTK madde 15’de yer alan mahkemenin resen gözetebileceği iptal sebeplerinden “kararın kamu düzenine aykırılığının tespit olunması” halinde de hakem kararı iptal olunabilecektir¹³⁵. Ayrıca AİHS’nde yer alan adil yargılama teminatlarının tahkime uygun düştüğü ölçüde kamu düzeni bağlamında iptal kararına dayanak olarak kullanılacağı doktrinde de ifade edilmiştir¹³⁶. Kamu düzenine ilişkin tartışmalar hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmeden verilmiş bir hakem kararının tenfizinde de engel oluşturacaktır. Bu husus da aşağıda tekrar tenfiz engelleri başlığında ele alınacaktır¹³⁷.

Hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin hakem kararının iptaline yol açması için, hakem kararının sonucuna etkili olması şartının gerekip gerekmediği tartışma konusudur¹³⁸. Pek çok Kıta Avrupası mahkemesince, iptal davasının kabul edilmesinde

132 HMK m. 439/2-f’ e göre ‘tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği’ tespit edilirse hakem kararları iptal edilebilir. HMK kapsamında hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi sebebiyle hakem kararlarının iptali hakkında bkz. Nagehan Okumuş, ‘Türk Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK m.439/2, f)’ (2018) 22(1-2) EBYÜHFD, 191 ff.

133 MTK madde 15’de iptal sebepleri başvuru yapan tarafın kendi ispat etmesini zorunlu kılan sebepler ile mahkemenin resen tespiti halinde iptal edeceği sebepler olarak iki kategoriye ayrılmaktadır. Madde lafzına göre “*Başvuruyu yapan taraf; a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kaldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını, c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmemesini, d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini, e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını, f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu, g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini, ispat ederse veya, 2. Bölge adliye mahkemesince; (1) a) Hakem veya Hakem kurulu kararına konu uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse hakem kararı iptal edilebilir.*”

134 Kalpsüz (n 104) 140-142. Vahit Doğan, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, (1st edn, Savaş Yayınevi 2020) 1208.

135 Doktrinde HMK m. 423 bağlamında yapılmış bu tartışmanın MTK kapsamında da kabul edilmesi isabetlidir. Bkz. Ekşi Nuray, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tahkim*, (2nd Beta 2019) 158.

136 Özdemir Kocasakal (n 95) 89-90.

137 Bkz. aşağıda 2. Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali ve Tarafların Eşitliği İlkesinin Gözetilmemesinin Hakem Kararının Tenfizine Engel Olması.

138 Ağır usuli ihlaller ile tahkim yargılamasında gerçekleşen bir kısım usuli hataların birbirinden ayırt edilebileceği ve bir kısım usuli hataların esası etkilediği ölçüde iptal davasında mahkemece dikkate alınabileceği yönünde bkz. Yargıtay 11 HD, 2835/7103, 18.11.2019. (Yayımlanmamış karar).

hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesinin hakem kararının sonucuna etkili olması gerekli görülmektedir¹³⁹. Mahkemeler, hakem kararına etki etmemiş olsa dahi, hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesini, yargılamanın bütünlüğünü koruyan usul hukukuna ilişkin kamu düzeni kapsamında kabul ettiklerinden iptal sebebi olarak uygulamaktadır¹⁴⁰.

b. Hakem Kararının İptal Sebebi Olarak Tarafların Eşitliği İlkesine Aykırılık

Tarafların eşitliğinin gözetilmemesi, milletlerarası unsurlu tahkim yargılamaları açısından Cenevre Konvansiyonu'nda açıkça düzenlenmemiş iken, MTK'da açıkça bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. MTK'nın 15 inci maddesi birinci fıkrası g bendi taraflardan birinin tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini iddia ile iptal davası açabileceğini düzenlemektedir¹⁴¹. Bu hüküm başvuru yapan tarafların kendi iddiasını ispat etmeleri gereken bir düzenleme olarak kanunda kaleme alındığından hakem kararının ilgili maddeye dayanarak iptalini isteyen tarafın bu durumu ispat etmesi gerekecektir. İptal davasına bakan hakimin resen bu konuda inceleme yapması kanunun açık lafzı karşısında kendisinden beklenemez.

Örneğin, çevrimiçi duruşma yapılmasına sadece bir tarafın itiraz ettiği, bunun nedeninin de kendi delillerini sunmasının özellikle de tanıklarının dinlenmesi için kendini karşı tarafa kıyasla daha dezavantajlı konuma getireceğini iddia eden tarafın hakeme itirazına rağmen duruşmanın çevrimiçi yapılmasında hakem heyetince ısrarcı olunması bu iptal sebebi kapsamında değerlendirilebilir.

Taraflardan biri hakem mahkemesince fiziki olarak dinlenirken diğer tarafın rızası hilafına çevrimiçi olarak dinlenmesi durumunda da hakem kararı iptal davasına konu olabilir. Tarafların eşitliği ilkesi gereğince, hakem mahkemesinin her iki tarafı aynı usulde dinlemesi uygun olacaktır¹⁴².

Somut olayda tarafın hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olması sonucu aranmadan, tarafların eşitliği ilkesi için olay bazında mahkemece değerlendirilme yapılması gerekecektir.

139 Gabrielle Kauffmann-Kohler, Thomas Schultz, 'The Use of Information Technology' (JusLetter, 5 December 2005) < https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2005/354/_4410.html__ONCE&login=false> Erişim Tarihi 10 March 2021.

140 Aygül (n 25) 123. Ancak hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği iddiasının söz konusu ihlal ile hakem kararı arasında nedensellik bağının aranması gerektiği ve bunun tahkim müessesinin amacıyla bağdaşır olduğunu öne çıkaran yazarlar da vardır. Bkz. Güvenalp, (n 28) 178. Ayrıca AIHS'ye yer alan adil yargılama teminatları kamu düzeni bağlamında iptal kararına dayanak olarak kullanılabilir. Aynı yönde bkz. Özdemir Kocasakal (n 95) 89-90.

141 Bkz. Ceyda Süral, 'Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası', (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 1377-1411, 1401.

142 Doktrinde, bu şekilde bir tarafın yüz yüze bir diğer tarafın ise çevrimiçi süreç yönetilmesinde tarafların rızası olduğu sürece sorun olmayacağı ifade edilmiştir, ancak bu her somut olayda ayrı değerlendirme konusu yapılmalıdır. Bununla birlikte, çevrimiçi duruşmaya katılan tarafın teknik açıdan hiçbir sorunla karşılaşmadan duruşmada hazır bulunması halinde, tenfiz aşamasında mahkemelerin sadece çevrimiçi duruşmaya dayanarak kararın tenfizini engellemeyeceği görüşünde olan yazarlar mevcuttur. Bkz. Waincymer (n 45) 9.

Taraflara eşit davranılması prensibine yargılamada hakemlerin uymadıklarını düşünen tarafın yargılama gerçekleştiği sürede, iptal davası açmayı beklemeden bu duruma itiraz etmesi uygulamada tavsiye olunmaktadır. Dolayısıyla taraflar hakem kararını beklemeden, MTK'nın 7 nci maddesi C ve D fıkraları uyarınca hakemin taraflara eşit davranmadığı gerekçesiyle tarafsızlığının olmadığı iddiasıyla bu durumu öğrenmesi üzerinden 30 gün içerisinde hakemin ya da hakem heyetinin reddi talebinde bulunabilir¹⁴³. Bu husus özellikle taraflara eşit davranılmadığı düşünülerek MTK'nın 15 inci maddesine dayanarak hakem kararının iptalini isteyen taraf için de önem arz eder. Uygulamada yargılama prosedürüne ilişkin olarak yargılama boyunca hakemin tutum ve davranışlarına itiraz etmemiş tarafın iptal davasında bu maddeye dayanmasının her ne kadar kanun lafzında bir engel olmasa da, tarafın bu iddiasını, kendi lehine çıkmaması nedeniyle hakem kararını iptal ettirmek gayesi ile dava açıyor gibi kabul edilmesi ve hakkın kötüye kullanımının hukuk düzenince korunmayacağı iddiası ile mahkeme önünde karşılaşması söz konusu olabilir¹⁴⁴.

2. Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali ve Tarafların Eşitliği İlkesinin Gözetilmemesinin Hakem Kararının Tenfizine Engel Olması

Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icra kabiliyeti kazanması için ayrı bir tenfiz davasının Türk mahkemeleri önünde açılması gereklidir¹⁴⁵. Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizi hem MÖHUK'ta hem de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli Newyork Konvansiyonunda¹⁴⁶ açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte Türkiye'nin bazı devletlerle yaptığı iki taraflı adli işbirliği anlaşmalarında da yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler bulunmaktadır¹⁴⁷. Çalışmamız kapsamında bu ikili adli iş birliği anlaşmaları değerlendirme konusu yapılmayacaktır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("MÖHUK")'da hakem kararlarının tenfizine ilişkin özel bir düzenleme olmasına rağmen, New York Sözleşmesi milletlerarası bir sözleşme olması nedeniyle, bu sözleşmeye taraf ülkelerde verilen hakem kararları açısından Türk mahkemelerinde bu sözleşme, MÖHUK'tan önce uygulama bulmaktadır¹⁴⁸. Bununla birlikte, MÖHUK'ta yer alan

143 Kalpsüz (n 104) 141.

144 Örneğin bir Yargıtay kararında, "*hakemin hüküm vermeden önce tarafların yargılama prosedürü ile ilgili bir itiraz ve beyanlarının bulunup bulunmadığını hakemin sormasına rağmen böyle bir iddia ileri sürmeyen davacının iptal davası aşamasında ileri sürdüğü bu iddianın dürüstlük kuralına aykırı olduğu*" vurgulanmıştır. Yargıtay 11 HD, 3262/7408, 27.11.2018. Kararın ilgili kısmı için bkz. Doğan, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 134) 1194. Ayrıca iptal davası açan tarafın hakem yargılamasında itiraz olarak sunmadığı ya da vazgeçtiği itirazlarına iptal davasında dayanmasının mahkemece kabul edilmeyip iptal talebinin reddine dair Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 15 HD, 6273/3638, 26.10.2017.

145 Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi kavramlarının farkı için bkz. Nomer, Ekşi and Öztekin Gelgel, (n 115) 15-16.

146 RG 25.09.1991/21002.

147 İkili adli işbirliği anlaşmalarında yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler içerenler hakkında bkz. Nuray Ekşi, 'Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi', (2009) 67(1) Ankara Barosu Dergisi 54-74, 55.

148 Bu sonuca MÖHUK'un 1 inci maddesi uyarınca ulaşılır. Buna göre "(1) Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir. (2) Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır."

hakem kararlarının tenfizine ilişkin şartlar New York Sözleşmenin tarafı olmayan ülkeler bakımından uygulanacaktır¹⁴⁹.

Aşağıda hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin ve tarafların eşitliği ilkesine riayet edilmemiş olmasının hem MÖHUK hem de Newyork Konvansiyonu kapsamında tenfiz engeli sayılıp sayılmayacakları hususu ayrı ayrı ele alınacaktır.

a. Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlalinin Hakem Kararının Tenfizine Engel Olması

Hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi, yurt dışında verilmiş bir hakem kararının Türk hukukunda hüküm ve sonuç doğurmasının önünde bir engel olarak kabul edilebilir. Yabancı hakem kararının Türk hukukunda icra kabiliyeti kazanmasının ya MÖHUK uyarınca ya da New York Konvansiyonu uyarınca verilmiş bir tenfiz kararı ile olacağından yukarıda bahsedildi.

New York Konvansiyonunun milletlerarası ticaretin neredeyse bütün aktörlerinin tarafı olduğundan hareketle ve özellikle de MÖHUK'la kıyaslandığında Konvansiyonun daha elverişli hükümlerle hakem kararlarının tenfizini sağlaması nedeniyle hakem kararlarının büyük çoğunluğu Türk mahkemelerince Konvansiyon kapsamında tenfiz olunmaktadır¹⁵⁰.

New York Konvansiyonu hükümlerince, hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin yabancı hakem kararının tenfizine engel bir sebep olduğu Konvansiyonun V inci maddesi birinci fıkrası b hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre “*aleyhine hakem hükmü ortaya konulan taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur, yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkânını elde edememiş bulunur ise*” hakem kararının tenfizinin engellenmesi mümkündür. Konvansiyon maddesi hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından bilgilendirme ve açıklama ve ispat hakkının ihlal edilmesi halinde, hakkı ihlal edildiğini iddia eden tarafın tenfiz talebinin reddi ile tenfiz mahkemesine başvurabileceğini düzenlemektedir¹⁵¹. Kendisine karşı bir hakem kararının tenfizi davası açılmış taraf, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği iddiasını ispat ederse bu maddeye dayanarak söz konusu kararın tenfizi engellenebilir¹⁵². Özellikle çevrimiçi duruşma yapılmasının

149 Doğan, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 134)1259.

150 Güvenalp, (n 29) 121.

151 Mehmet Akif Gül, *New York Sözleşmesi Bağlamında Usuli Tenfiz Engelleri*, (1st edn, Oniki Levha) 2018, 33, 34.

152 Uygulamada en çok başvuru ancak mahkemelerce de oldukça dar yorumlanan tenfiz engeli sebebi olduğuna doktrinde işaret edilmektedir. Güvenalp, (n 29) 125. Ağır usuli ihlalin varlığı halinde hakem kararının esasının bu ihalden etkilenip etkilenmediği tenfiz mahkemesince incelenmeli midir sorusu akla gelebilir. Ağır usuli ihlalin varlığı halinde söz konusu kararın hakem kararını etkileyip etkilemediği araştırmasının tenfiz mahkemesince yapılması tartışmalı olsa da bazı mahkeme uygulamalarındagerekli görülmemiştir. Örneğin Hollanda İstinaf Mahkemesi bir kararında hakem mahkemesi önünde taraflardan birinin sunduğu yeni dökümanlar karşısında karşı tarafa bu dökümanlara ilişkin cevap hakkı tanınmamasını ağır usuli ihlal olarak görmüş ve karşı tarafa cevap hakkı tanınsaydı hakem kararının farklı yönde olacağını ispat edilmesini tenfiz engeli olarak saymak için gerekli görmemiştir. Güvenalp, (n 29) 136.

tarafın somut olarak hukuki dinlenilme hakkının olumsuz etkilendiği hallerde, yukarıda iptal davasında bahsettiğimize benzer şekilde, tenfizde de hakem kararının icrasına engel olacak şekilde hakem kararının geleceğine tesir edebilecektir.

New York Konvansiyonun V inci maddesi birinci fıkrası b hükmünde olduğu gibi, MÖHUK'un 62 nci maddesi birinci fıkrası (ç) ve (d) bentlerinde hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemiş olmasının tenfiz engeli oluşturacağını düzenlenmiştir¹⁵³. Buna göre, “*Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise, ve hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise, mahkemenin yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddedeceği düzenlenmiştir. MÖHUK'un 62 nci maddesi birinci fıkrası (ç) bendinde hüküm altına alınan tenfiz engeli, çevrimiçi duruşmaya katılmayı kabul etmeyip, hakeme itirazda bulunan tarafın bu çevrimiçi duruşmaya katılmamasının kendi aleyhine bir sonuç doğurması halinde başvurabileceği bir tenfiz engeli olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, çevrimiçi duruşma yapılması nedeniyle iddia ve savunma hakkı bağlamında vakıalarını açıklama ve bunlar için ispat vasıtaları sunma hakkını etkili kullanmadığını iddia eden taraf 62 nci maddenin (d) bendine dayanarak tenfiz davasının reddini talep edebilecektir.*

Hem New York Sözleşmesi hem de MÖHUK, kamu düzenine aykırılığı hakem kararının tenfizine engel sebepler arasında düzenlemiştir. New York Sözleşmesi V inci maddesi ikinci fıkrası b hükmü ile MÖHUK'un 62 nci maddesi birinci fıkrası b hükmünde, yabancı hakem kararının tenfizinin, tenfiz istenen ülkenin kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile reddolunabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu red sebebi, yukarıda açıkladığımız hukuki dinlenilme hakkına özgü red sebebinden farklı olarak hakimin resen dikkate alabileceği bir sebeptir. Doktrinde özellikle, adil yargılanma hakkına ilişkin teminatların, tahkime uygun düştüğü ölçüde yargılamanın tüm aşamalarında hakemlerce gözetilmesi gerektiği ve buna aykırı verilen hakem kararlarının milletlerarası kamu düzenine aykırı kabul edilerek tenfizlerinin engellenebileceğine işaret edilmektedir¹⁵⁴. Buna göre, çevrimiçi duruşmaların somut tahkim yargılaması özelinde, hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili ihtilaflı durumlar ortaya çıkardığı hallerde, taraflarca ileri sürülmemiş olsalar dahi hakimce resen dikkate

153 Tenfiz engeli olarak iddia ve savunma hakkının ihlalinin değerlendirilmesi için bkz. Güvenalp, (n 29) 119.

154 Benzer tartışma yabancı ilamların tenfizinde kamu düzenine aykırılık bağlamında yapılmıştır. Bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe *Milletlerarası Özel Hukuk*, (9th edn, Beta 2021) 688. Pekcanitez de, tenfiz engeli olarak hukuki dinlenilme hakkının tarafın itirazına bağlanmasının yanında AIHS 6 nci maddesi ve Anayasanın 36 nci maddesi sayesinde kamu düzeni nedeniyle hakimın olası bir aykırılığı resen dikkate alabileceğini belirtir. Bkz. Hakan Pekcanitez, ‘Hukuki Dinlenilme Hakkı’ *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2000) 765-766. Ayrıca, kamu düzeni müdahalesi ile yabancı hakem kararının tenfizinin red olunmasında, hakemlerce yapılan usuli ihmaller neticesinde ilgili tarafın temel haklarının etkilenebilir olması gerektiği yönünde bkz. Nomer, Ekşi and Günseli Gelgel (n 115) 120. Yargıtay da “*Tenfiz davalarında tenfiz mahkemesi kararın içeriğini ve hakemlerin takdir haklarını denetleyememekle birlikte, Newyork Sözleşmesinin 5.maddesi kapsamında, somut dosya özelinde, tahkim yargılaması sırasında tarafların savunma haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı, hakem mahkemesince alınan kararın Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığını serbestçe değerlendirebilecektir. [...] Savunma hakkının kısıtlanması ve bu suretle adil yargılanma hakkının ihlali, ayrıca Türk kamu düzenine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.*” Yargıtay 11 HD, /2417/1051, 10.02.2021. (Yayımlanmamış karar).

alınabileceği kanısındayız. Bununla birlikte hakem kararının tenfizini engelleyen sebeplerden kamu düzenine aykırılık şartının sınırlı uygulama alanı ve istinai özelliği somut olay bakımından dikkatlice incelenmelidir. Son olarak ağır usuli ihlallerin varlığı halinde (tarafa iddia ya da savunma fırsatının usulüne uygun olarak verilmediği hallerde) ihlalin hakem kararının esasını etkileyip etkilemediği araştırmasının tenfiz mahkemesince yapılması kanaatimizce gerekli değildir¹⁵⁵.

b. Tarafların Eşitliği İlkesine Aykırılığın Hakem Kararının Tenfizine Engel Olması

UNCITRAL Model Kanun'un doğrudan tarafların eşitliği ilkesini düzenleyen maddesinde olduğu gibi ya da MTK'daki iptal davası sebeplerinde görülen aksine, ne MÖHUK'ta ne de New York Konvansiyonunda bu ilke açıkça düzenlenmiştir. Özellikle New York Konvansiyonunun amacı dikkate alınarak yapılan tartışmalarda bu ilkenin sözleşmenin genelinde gözetilen bir ilke olduğu, açıkça maddelerinde yer almasının bunun aksi bir anlama çıkmayacağı kabul edilmektedir¹⁵⁶.

New York Sözleşmesi V inci maddesi birinci fıkrası b bendi lafzından da tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürebilmeleri adına hakem mahkemesinin kendilerine eşit imkanlar sunuyor olmasının zorunlu olduğu vurgulanmaktadır¹⁵⁷.

Buna göre tarafların eşitliği ilkesine aykırılığın hukuki dinlenilme hakkı ile organik bağı dikkate alındığında, yukarıda New York Konvansiyonunun V inci maddesi birinci fıkrası b hükmünde ve MÖHUK'un 62 nci maddesi birinci fıkrası (ç) ve (d) bentlerinde kapsamında hukuki dinlenilme hakkının ihlali için yaptığımız açıklamaların burada da geçerli olacağı kanısındayız.

V. Çevrimiçi Duruşmalara Aihm'nin ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Tahkimde çevrimiçi duruşmalara ilişkin olarak hali hazırda Kıta Avrupasında tek örnek kararın Avusturya Yüksek Mahkemesi kararı olduğunu yukarıda bahsetmiştik¹⁵⁸. Türk hukukunda da tahkimde çevrimiçi duruşmalara ilişkin tespit ettiğimiz bir mahkeme kararına rastlamış değiliz. Bununla birlikte, mahkemelerde çevrimiçi duruşmaların değerlendirildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") kararlarına

155 "(H)akem mahkemesince hukuki dinlenilme hakkının ihlâl edildiğine veya kamu düzenine aykırı olacak şekilde usul hatası yapıldığına dair bir veri bulunmadığı gerekçesiyle New York Sözleşmesi hükümleri ve MÖHUK 60. vd. maddeleri uyarınca davanın kabulü ile Milletlerarası Ticaret Odası Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin, davanın tarafları arasında görülüp sonuçlandırılmış olan hakem kararının tenfizine karar verilmiştir." Yargıtay 11 HD, 725/7777, 06.10.2016. (Karar metni için bkz. Doğan, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 134) 1244. Hakem yargılamasında gerçekleşmiş ağır usuli ihlallerin Yargıtayca tenfiz engeli olarak kabul edileceği ancak her usuli hatanın tenfize engel olmayabileceği bahsedilen karardan dolayı şekilde çıkarılmaktadır. Örneğin bir başka kararda Yargıtay hakem tayini konusunda usulüne uygun tebliğat yapılmaması sonucu verilen hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu vurgulayarak tenfizini reddetmiştir. 19 HD, 7983/2784, 03.03.2011. Karar için bkz. Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (6th edn, Savaş Yayınevi 2020) 1208.

156 Güvenalp, (n 29) 113.

157 Gül 'Hukuki Dinlenilme Hakkı' (n 27) 379; Güvenalp, (n 29) 113.

158 Bkz. Yukarıda I. B. Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri.

ve Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımına bu kısım altında yer verilmesinin tahkimde çevrimiçi duruşmaların değerlendirilmesinde aydınlatıcı olacağı kanısındayız.

AİHM'nin mahkemelerde gerçekleşen yargılamalarda çevrimiçi duruşmalar hakkındaki görüşü, ister yüz yüze olsun ister video konferans ya da çevrimiçi şekilde ifade edilen bir yöntemle gerçekleştirilsin adil yargılanma teminatlarına uyulmuş olması gerektiği yönündedir. Buna göre, AİHS'nin uygulanmasında usulüne uygun bir duruşma ve insan haklarına ilişkin AİHS'de öngörülen asgari koruma standartları gözetilmiş ise duruşmaların modern dünyada yeni teknolojik çözümler kullanılarak gerçekleşmesi mümkündür.

Örneğin, AİHM 2007 senesinde vermiş olduğu *Marcello Viola v. Italy* kararında, başvurunun temyiz duruşmalarına çevrimiçi şekilde katılmasının yargılamanın diğer tarafına kıyasla onu kayda değer anlamda dezavantajlı duruma düşürmediğine dikkat çekmiş ve başvurunun AİHS 6 ncı maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma ilkesinin özünde yer alan haklardan faydalanma imkanına sahip olduğu belirtilmiştir. Böylelikle, başvurunun iddia ettiği gibi duruşmanın salt kendisinin çevrimiçi olmasının AİHS 6 ncı maddesinin ihlali olmadığına karar vermiştir¹⁵⁹.

Sakhnovskiy v. Russia davasında AİHM adil yargılanma ilkesi ile çevrimiçi gerçekleşen duruşmaların uyumlu olduğunu yinelemiş ancak yargılamada tarafın dinlenilmesinin teknik olarak engellerle karşılaşmaması gerektiği kararda vurgulanmıştır¹⁶⁰.

AİHM'nin ceza yargılamalarında çevrimiçi duruşmaları yasaklamıyor olması dikkate alınarak, kıyasen özel hukuk uyuşmazlıkları ve tahkim yargılamasında da yasaklayıcı bir tutuma sahip olmayacağı söylenebilir. Ancak AİHM içtihadından tahkim yargılaması açısından yapılacak çıkarımımız, tarafların usuli hakları ve özellikle adli yargılama hakkına ilişkin teminatlarını koruyacak şekilde çevrimiçi duruşmalar organize edilmesi gerekliliği yönündedir.

Yukarıda hukuki dinlenilme hakkı ve taraflara eşit muamele ilkelerinin AİHS 6 ncı maddesi kapsamında yer aldığından bahsettik. AİHS'nin de tahkim yargılaması üzerindeki etkisinin devlet mahkemelerince kontrolü iptal ve tenfiz davalarında gündeme gelebilecektir. AİHM'in bugüne kadar AİHS'nin 6 ncı maddesinin tahkim yargılamasında uygulanmasına ilişkin olarak verdiği bir ihlal kararı mevcut değildir¹⁶¹. Böyle bir ihlal kararının AİHM içtihadında mevcut olmaması, AİHM'nin bu yönde örneğin çevrimiçi duruşmaları da dikkate alarak yeni kararlar vermeyecek olduğu

159 *Marcello Viola v. Italy* App no 45106/4 (ECHR, 05 October 2006), para 76-77.

160 *Sakhnovskiy v. Russia* App no. 21272/03 (ECHR 02 November 2010), para 98.

161 AİHM'in tahkim kararının iptal ya da tanıma tenfizine ilişkin devlet mahkemelerinde görülen davalar hakkında AİHS m. 6'nın ihlalini kabul ettiği bir karar olmamasına rağmen, malvarlığına ilişkin hüküm içeren hakem kararının tamamının tenfiz edilmemiş olmasını Ek 1 inci Protokolü m. 1'de teminat altına alınan mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul ettiği kararları vardır. Örnek karar için bkz. *Kin-Stib and Majkic v. Serbia* App No 12312/05 (ECHR 20 April 2010).

anlamını taşımayacağından çevrimiçi duruşmaların organizasyonunun adil yargılanma teminatları dikkate alınarak yapılması gerektiğine ilişkin görüşümüzü yinelemek gereklidir.

Son olarak Anayasa Mahkemesinin de çevrimiçi duruşmalara ilişkin yaklaşımına burada yer verilmelidir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin tahkim yargılamasında çevrimiçi duruşmalara ilişkin vermiş olduğu bir içtihat mevcut olmasa da, duruşmaların fiziki değil ses ve görüntü nakli yoluyla yapılmasına ilişkin yaptığı değerlendirmelerin konu açısından aydınlatıcı olacağını kabul etmek gerekir. Anayasa Mahkemesi nezdinde çevrimiçi duruşma olgusu Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nde ("UYAP") üzerinden ses ve görüntü bilişim sisteminin ("SEGBİS") duruşmalarda kullanılmasına ilişkin olarak değerlendirilmiştir. SEGBİS Anayasa Mahkemesi kararlarında ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı ses ve görüntü bilişim sistemi olarak tanımlanmaktadır¹⁶².

Anayasa Mahkemesine göre mahkemelerde SEGBİS'in kullanılması özellikle ceza hukukuna dair bir kısım meselelerin yanında, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanması kategorik olarak Anayasaya aykırı bulunmamaktadır¹⁶³. Ancak Anayasa Mahkemesi SEGBİS sisteminin kullanılmasının Anayasanın 36 ncı maddesinin ihlali olup olmadığını kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük koşullarına göre her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmektedir. Örneğin, her ne kadar SEGBİS'in yargıda kullanılması kendi başına anayasaya uygun bulunsa da, somut olayın şartlarında eğer kişinin fiziksel olarak duruşmaya katılması kişinin daha menfaatine ise, orada Anayasa'nın ihlal edildiğini kabul etmektedir. Kararın konumuzla ilgisi yalnızca SEGBİS'e Anayasa Mahkemesinin tutumunu göstermekle sınırlı olduğu için konuya ilişkin daha fazla ayrıntıya değinilmeyecektir¹⁶⁴.

Hem AİHM hem Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımının çevrimiçi duruşma yapmanın kategorik olarak adil yargılanma hakkını ihlal etmediği, ancak çevrimiçi duruşmalarda da fiziksel bir duruşma yapılması halinde gözetilmesi gereken teminatların muhakkak yerine getirilmesi gerektiği yönündedir. Fiziksel duruşmalarda adil yargılanma hakkının gerektirdiği özen yükümlülüğü, şüphesiz çevrimiçi duruşmalarda da geçerlidir.

Sonuç

COVID-19 salgın süreci ile daha çok konuşulmaya ve tartışılmaya başlayan çevrimiçi duruşmalar salgın öncesi de yapılmaktaydı, buna karşın salgın ile birlikte

¹⁶² Anayasa Mahkemesi, 2017/38732, 06.02.2020, para. 72.

¹⁶³ Anayasa Mahkemesi, 2017/38732, 06.02.2020, para. 72.

¹⁶⁴ Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda SEGBİS'in kullanımının Anayasa m. 36'nın ihlali olarak kabul edildiği içtihat için bkz. Emrah Yayla Başvurusu (Anayasa Mahkemesi, 2017/38732, 06.02.2020), (aynı maddenin ihlal edilmediğine ilişkin olarak bkz. Rıza Şahin Başvurusu (Anayasa Mahkemesi, 2016/12909, 22.07.2020).

çevrimiçi duruşmaların sayısı arttı ve yeni dönemde de şüphesiz bu duruşmalar devam edecektir. Bu duruşmaların hem yargı sürecini sekteye uğratmaması, bu anlamda yargılamaların kesintisiz devam etmesi gibi bir avantajı yanında seyahat edilmemesi ve herkesin bulunduğu yerden duruşmaya katılabilmesi bağlamında zaman ve masraf bakımından tasarruf etme olanağını sağladığı da görülmektedir. Tahkim kurallarının esnek olması tahkimin dijitalleşmesinin de daha kolay olmasını sağlamaktadır. Belgelerin elektronik sunumu, duruşmaların tahkim merkezlerinin belirlediği çevrimiçi platformlar üzerinden telekonferans veya video konferans yoluyla yapılması suretiyle tahkim yargılamasının kesintiye uğramadan devamlılığı sağlanmaktadır.

Çevrimiçi duruşmaların bu çerçevede bazı avantajları olmakla birlikte duruşmaya katılacak olan kişilerin farklı ülke ya da kıtalarda olmaları nedeniyle zamansal farklılıklar, veri güvenliği, gizlilik gibi konular üzerinde durulmalıdır. Tahkim yargılamaları sonucunda icra edilebilir bir hakem kararı için hakemlerce tarafların hukuki dinlenilme hakkına ve tarafların eşitliği ilkelerine uyulması zorunludur. Tarafların çevrimiçi duruşma talep etmesi ya da çevrimiçi duruşmalara hakem heyetlerince karar verilmesi halinde hakemlerce tahkim merkezlerinin belirlediği kurallara uyulması, hakem heyetlerinin her iki tarafın dinlenilme hakkına ve eşitliğine uygun bir şekilde duruşma sürecini yönetmesi gerekmektedir. Bununla birlikte tahkim sürecine dahil olan sekreteriyaların en güvenli platformlar üzerinden bu duruşmaların yapılmasını sağlaması, tarafların ve avukatların duruşmaya iyi hazırlanmaları kadar önemlidir.

Duruşmaların çevrimiçi gerçekleştirilmesi Devlet mahkemelerince hakem kararlarına karşı başlı başına bir iptal sebebi ya da tenfiz engeli olarak kabul edilmemelidir. Nitekim AİHM de çevrimiçi duruşmaların usuli güvenceler sağlanmak koşuluyla AİHS ile uyumlu olduğuna işaret etmektedir. Bununla birlikte tarafların usuli güvencelerden yararlanmasına engel olacak şekilde gerçekleşen çevrimiçi duruşmalar hukuki dinlenilme hakkı ve tarafların eşitliği ilkeleri açısından bir iptal sebebi ya da tenfiz engeli olarak kabul edilebileceği gibi hukuki bu ilkeler adil yargılanma hakkının unsurlarından olmaları nedeniyle mahkemelerce söz konusu ihlalin kamu düzeni kapsamında resen gözetilmesi mümkündür.

Sonuç olarak, hakemlerin sahip olduğu takdir hakkı kapsamında duruşmaların kısmen ya da tamamen çevrimiçi yapılacağına karar verecekleri hallerde, adil yargılanma ölçütlerini ve yargılama süresine ilişkin hususları dikkate almaları gerekecektir.

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* (5th edn, Vedat Yayıncılık 2020)
- Aktepe Artık S, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, (1st edn Seçkin 2014)
- Alpay E, *İngiliz ve Türk Yargılama Hukukunda Sözlülük İlkesi*, (1st edn, Onikilevha Yayınevi 2020)
- Aygül M, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, (2nd edn, Oniki Levha 2014)
- Baysal P, Silacı Korkmaz M, Kaçar D, ‘Tahkim ve Çevrimiçi Duruşmalar’ (*Gün.av.tr*, 25 December 2021) <<https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/tahkim-ve-cevrimici-durusmalar>>Erişim Tarihi 02 March 2021
- Bozkurt Yüksel A E, ‘Online International Arbitrations’, (2007) 4(1) Ankara Law Review <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1542/16895.pdf>> Erişim Tarihi 15 March 2021
- Demir Gökyayla C, ‘Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk’ (2020) 40(2) MHB 729-773
- Doğan V, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, (1st edn, Savaş Yayınevi 2020)
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (6th edn, Savaş Yayınevi 2020)
- Dülger A, ‘Tahkim Duruşmalarının Online Yapılması: ISTAC ve Abu Dabi Tahkim Merkezi Kuralları İncelemesi’, in Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu et al (eds) *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı*, (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020)
- Ekşi N, ‘Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi’, (2009) 67(1) Ankara Barosu Dergisi 54-74
- Ekşi N, *Newyork Konvansiyonu’na Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi*, (1st edn Beta 2009)
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, (2nd Beta 2019)
- Goins A, Guillet E, ‘Challenges and Opportunities of Virtual Hearings in International Arbitration’ (*Vlaw*, 19 October 2020) <<https://www.velaw.com/insights/challenges-and-opportunities-of-virtual-hearings-in-international-arbitration/>> Erişim Tarihi 19 March 2021
- Gül M A, ‘New York Sözleşmesi Bağlamında Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali’ (2017) (29) TAAD 361-406
- Gül M A, *New York Sözleşmesi Bağlamında Usuli Tenfiz Engelleri*, (1st edn, Oniki Levha) 2018
- Güvenalp Ferda N, *Milletlerarası Ticari Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali*, (1st edn Oniki Levha 2018)
- Kafalı Ö F, ‘Milletlerarası Tahkim ve Covid-19: Salgının Etkilerinin Azaltılması Amacıyla Olası Önlemlere İlişkin ICC Rehberi’, in Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu et al (eds) *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı*, (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020)

- Kalpsüz T, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn Yetkin 2010)
- Kauffmann Kohler G and Schultz T, 'The Use of Information Technology' (JusLetter, 5 December 2005) < https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2005/354/_4410.html__ONCE&login=false > Erişim Tarihi 10 March 2021
- Krumins T, *Arbitration and Human Rights*, (1st adn, Springer 2020)
- Landrove J C, 'European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration', in Samantha Besson, Michel Hottelier, Franz Werro (eds), *Human Rights at the Center*, (Schulthess 2006)
- Manav Özdemir E, Eskiyörük S, 'COVID-19'un Yabancı Yatırımcı İle Ev Sahibi Devlet Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarına Etkisi', in Süleyman Üstün, Ayşegül Çoban Atik, Tuğba Bayraktar (eds) *Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı*, (Nobel 2020)
- Mazlum N, 'Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi' (2021) 70 (1) AÜHF, 107-144
- Nappert S, 'Healthy Virtual Hearings', (Kluwer Arbitration Blog, 17 July 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/17/healthy-virtual-hearings/>> Erişim Tarihi 20 October 2021
- Nomer E, Ekşi N and Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, (6th edn, Beta, 2021)
- Okumuş N, 'Türk Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali (HMK m.439/2,f)' (2018) 22(1-2) EBYÜHF, 191-208
- Özcan A, Ravlı H, 'COVID-19 Salgınının Uluslararası Tahkim Duruşmalarına Etkisi' (*Lexist*, 17 April 2020) <<https://lexist.com.tr/blog/2020/04/17/covid-19-salgininin-uluslararası-tahkim-durusmalarına-etkisi/>> Erişim Tarihi 03 March 2021
- Özdemir Kocasakal H, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pecshtein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı' 2020 40(1) MHB 79-123
- Özkes M, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, (1nd edn Yetkin 2003)
- Özkaya-Ferendeci H Ö, *Alman Hukuku'ndaki Örneği İle Sözlülük İlkesi*, (1st edn, Beta Yayınevi 2019)
- Özümücü S, 'Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları' (2020) 78(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 431- 454
- Pekcanitez H, 'Hukuki Dinlenilme Hakkı' *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2000)
- Koral R, 'Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme', (1964) 30(3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 745-783
- Sarıöz Büyükalp İ, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, (1st eds. Oniki Levha 2018)
- Scherer M, Schwarz F, Ortner H, 'In a First Worldwide, Austrian Supreme Court Confirms Arbitral Tribunal's Power to Hold Remote Hearings Over One Party's Objection and Rejects Due Process Concerns' (Kluwer Arbitration Blog, 24 October 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first-worldwide-austrian-supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/>> Erişim Tarihi 08 March 2021.
- Scherer M, 'Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework' (2020) 37(4) *Journal of International Arbitration* 1-24

- Schwarzenbacher P, 'Online Arbitration: A European and US Perspective', (2018) 10 *Bocconi Legal Papers*, 387-423
- Seyhan S, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali*, (1st edn Yetkin 2018)
- Süral C, 'Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası', (2014) 16 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 1377-1411
- Şanlı C, Esen E, Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (9th edn, Beta 2021)
- Şit Köşgeroğlu B, 'COVID-19 Salgını ve Milletlerarası Tahkim Yargılamaları: Süreler Durur mu? Duruşmalar Ertelenir mi? -Bir Değerlendirme' (Eskihukuk, 27 April 2020) <<https://www.eskihukuk.com/content/bilgi-notlari/COVID-19-Salgini-ve-Milletlerarasi-Tahkim-Yargilamalari.pdf>> Erişim Tarihi 20 October 2021
- Tırtır M, 'Sesli-Görüntülü Duruşma Dönemi', (*Aksan.av.tr*, 14 May 2020) <<https://www.aksan.av.tr/tr/blog/detail/1089>> Erişim Tarihi 05 March 2021
- Vural Çelenk B 'Tahkimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanırlığı Üzerine Bir Değerlendirme' in Nuray Koyuncu (eds) Necmettin Erbakan Uluslararası Hukuk Kongresi Tebliğ Kitabı, (NEU Yayınları 2021) 495-504
- Waincymer M J, 'Online Arbitration' (2020) 9(1) *Indian Journal of Arbitration Law* 1-23
- Zaugg N, Sharifi R, 'Imposing Virtual Arbitration Hearings in Times of COVID-19: The Swiss Perspective' (*Kluwer Law Blog*, 14 January 2021) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/14/imposing-virtual-arbitration-hearings-in-times-of-covid-19-the-swiss-perspective/>> Erişim Tarihi 12 March 2021

Yabancı Ülkelerin Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Boşanma Kararlarının Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A Çerçevesinde Tanınması İçin Öngörülen “Kararla İlgili Türkiye’de Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunmaması Şartı”nın Değerlendirilmesi

Evaluating the “Provision Related to the Absence of a Filed, Ongoing or Denied Lawsuit” Predicted for the Recognition of Decree Divorce Enacted by Administrative or Judicial Authorities of Foreign Countries within the Framework of State Register of Persons Item 27/A

Vildan Sezişli* 

Öz

Yabancı ülke yetkili makamları tarafından verilen boşanma kararlarının Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 27/A maddesi ile ilgili maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların tespit edildiği Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik çerçevesinde tanınması mümkündür. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik’te, yabancı boşanma kararlarının tanınması için “kararla ilgili Türkiye’de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunmaması şartı” aranmaktadır. İlgili düzenleme farklı şekillerde yorumlanabileceğinden, bu durum uygulama birliği oluşmasına engel teşkil etmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak yabancı ülke yetkili makamları tarafından verilen boşanma kararlarının tanınması konusu ele alınacaktır. Daha sonra Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 27/A maddesinde yer alan düzenleme çerçevesinde başvuru usulü ve ilgili Kanun uyarınca yabancı ülke adli veya idari makamları tarafından verilen boşanma kararlarının tanınması için aranan şartlara değinilecektir. Bu konularla ilgili genel değerlendirmelerden sonra, Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik’te aranan “kararla ilgili Türkiye’de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunmaması şartı”nın yerindeliği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Yabancı Boşanma Kararları, 5718 Sayılı Kanun, Nüfus Hizmetleri Kanunu, Tanıma, Gerekli Şartlar

Abstract

Recognizing the divorce verdicts rendered by the competent authorities of foreign countries is possible within the framework of the Regulation on Registration of the Decisions Given by the Judicial or Administrative Authorities of the Foreign Countries, the procedures and principles of which are related to the implementation of Article 27/A of the Civil Registry Services Act (CRSA). “The condition for the absence of no pending or dismissed lawsuit in Turkey regarding the decision” is required for the recognition of foreign divorce decisions pursuant to the Regulation on Registration of the

* Sorumlu Yazar: Vildan Sezişli (Dr. Öğr. Üyesi), Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye. E-posta: sezislvildan@gmail.com ORCID: 0000-0002-4750-8421

Atf: Sezisli V, “Yabancı Ülkelerin Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Boşanma Kararlarının Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A Çerçevesinde Tanınması İçin Öngörülen “Kararla İlgili Türkiye’de Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunmaması Şartı”nın Değerlendirilmesi” (2022) 42(1) PPIL 249. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.890003>

Decisions Given by the Judicial or Administrative Authorities of Foreign Countries in the Civil Registers. Because the relevant regulation can be subject to different interpretations; this prevents the unity of practice.

In our study, the recognition of a divorce decision given by the competent authorities of foreign countries is examined and discussed. Subsequently, the conditions required for the recognition of divorce decisions given by foreign judicial or administrative authorities in accordance with the Law on the application procedure were mentioned within the framework of the regulation in Article 27/A of the Civil Registry Services Act. After a study of the issues involved, the appropriateness of the “condition for the absence of lawsuit filed in Turkey regarding the decision that has still been ongoing or dismissed” in the Regulation on Registration of Decisions Given by Foreign Judicial or Administrative Authorities was evaluated.

Keywords

Foreign Decree of Divorce, Act No. 5718, Law on Civil Registration Services, Recognition, Necessary Conditions

Extended Summary

Divorce decisions made by judicial or administrative authorities of a foreign state may be recognized within the framework of Article 27/A of the Turkish Civil Registry Services Act (CRSA). Under this provision, the conditions required for the recognition of foreign divorce decisions are that “the application of the other party who is a Turkish citizen or his/her representative alone, in case one of the parties is dead or foreign, was given by the competent judicial or administrative authority in accordance with the laws of the state in which it was issued.” In addition to these requirements, Article 9(6) of the Regulation on the Registration of the Decisions Given by the Judicial or Administrative Authorities of Foreign Countries in the Civil Registry Services (hereinafter referred to as the Regulation) further requires that “there is no pending or dismissed lawsuit filed in Turkey regarding the decision.” Because the relevant provisions are not clear enough, there have been differences in the interpretation.

It is noteworthy that there could be instances when a case falling within the purview of the Regulation is dismissed without prejudice on procedural issues or considered unfiled on the basis of a waiver of the case. In these instances, the effect is as if there is no filed or ongoing lawsuit. However, in this context, the procedural dismissal of the case constitutes a legal obstacle for the recognition of the foreign divorce decision pursuant to Article 9(6) of the Regulation. To our knowledge, this is not appropriate and creates an ambiguous situation. Regulations should be made in accordance with the hierarchy of norms. Thus, the lack of legal regulation on this subject should be corrected.

Another issue that should be discussed is that cases filed for the recognition of a divorce or a foreign divorce decision in Turkey is also assessed within the scope of Article 9(6) of the Regulation. In this context, the divorce lawsuit filed in Turkey related to the decision rendered by the judicial or administrative authorities of the foreign country and still continuing or has been dismissed, should not prevent the recognition of the foreign divorce decision and registration in the civil registry in accordance with Article 27/A of the CRSA.

It should be stated briefly that the presence of a divorce case filed in Turkey that is still ongoing or dismissed does not prevent the request for the recognition of the divorce decisions given by foreign courts within the scope of International Private and Procedural Law (IPPL) when applied to the authorized Turkish courts. It will be a contradiction that the application to be made within the scope of the CRSA regulation, which was made in order to enable the recognition of decisions more easily was due to the fact that there were still pending and dismissed divorce cases in Turkey.

As explained in our study, if there was a divorce case filed in foreign courts, Turkish courts do not have international jurisdiction over the same case. However, even if there was an application for divorce to the administrative authorities of a foreign country, the divorce case could be filed in authorized Turkish courts. In case of divorce of the parties by the decision of a foreign administrative authority, the presence of an ongoing lawsuit in Turkish courts should not prevent the foreign decision and its legal consequences from taking effect. In this case, there is a possibility for conflicting decisions. To our knowledge, it is not true that the presence of a divorce case that was filed in Turkey and is still pending serves as an obstacle for the easy recognition of foreign administrative divorce decisions.

Furthermore, even if there was a divorce case rejected by the Turkish courts, it is possible to file a divorce case again based on another reason, or it is possible to decide to divorce upon request if common life cannot be re-established within 3 years after the dismissal of the divorce case. It would not be appropriate if the presence of a dismissed divorce case in Turkish courts would constitute an obstacle for the application to be made within the framework of Article 27/A of the CRSA because the divorce case filed in foreign courts and the divorce case filed in Turkish courts could have different grounds. In addition, if common life could not be re-established within 3 years after the divorce case dismissed in Turkish courts, even for the same reason, divorce could be decided upon request. When common life cannot be re-established after 3 years since the dismissal of the divorce case filed in Turkish courts, the logic of not being able to request the registration of the foreign divorce decision in the civil register is not clear.

The last point to be discussed is that it would be inaccurate to assess a dismissed recognition request within this scope. If the request for recognition was made to the authorized court before applying to the foreign authority's decision within the scope of CRSA, and the request for recognition within the scope of IPPL was not accepted and was dismissed, the acceptance that the foreign administrative decision could not be registered in the civil registry under the CRSA undermines the uniformity in practice. In conclusion, the relevant article of the Regulation could be subject to criticism in many respects.

Yabancı Ülkelerin Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Boşanma Kararlarının Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A Çerçevesinde Tanınması İçin Öngörülen “Kararla İlgili Türkiye’de Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunmaması Şartı”nın Değerlendirilmesi

I. Giriş

Milletlerarası ilişkilerin artışı, milletlerarası özel hukuk açısından boşanma ile ilgili konulara önem kazandırmaktadır¹. Bu kapsamda uygulamada en fazla karşılaşılan sorun, yabancı ülke yetkili makamları tarafından verilen boşanma kararlarının hukuki sonuç doğurması yönünde ileri sürülen taleplerle ortaya çıkmaktadır. Yabancı ülkenin yetkili makamı tarafından verilen boşanma kararlarının, diğer bir ifadeyle yabancı boşanma kararlarının hukuki sonuçlarının kabulü birçok açıdan ehemmiyet arz etmektedir.

Yabancı boşanma kararının hukuki sonuçları kabul edilmediğinde boşanma kararının verildiği ve bu kararın hukuki sonuçlarının kabul edildiği ülkelerde taraflar boşanmış kabul edilecekken, kararın hukuki sonuçlarının kabul edilmediği ülkelerde taraflar evli kabul edileceğinden total evlilikler ortaya çıkacaktır². Boşanma kararının hukuki sonuçlarının kabulü kişisel ilişkilerin istikrarı açısından büyük bir öneme sahip olup tarafların evli görünmeleri birçok problemi beraberinde getirecektir. Örneğin, yabancı boşanma kararlarının hukuki sonuçları kabul edilmediğinde yeniden evlenme, mal rejimi tasfiyesi, soy bağı ile ilgili meseleler, soy isim ile ilgili meseleler, nafaka tahsili, velayet ve velayet hakkına bağlı işlemlerin gerçekleştirilmesi gibi konularda sorunlar yaşanabilecektir. Aynı zamanda boşanma kararının hukuki sonuçlarının kabulü ilgilinin sosyal yardımlardan yararlanabilmesi için de gerekli olabilecektir³. Yabancı boşanma kararlarının hukuki sonuç doğurması bu kararların tanınmasına ve tenfizine bağlıdır. Ancak çalışmamızda sadece tanıma ele alınacaktır.

Türk hukukunda yabancı boşanma kararlarının tanınması için belirli şartlar aranmakta olup bu şartlar kararı veren makama göre değişmektedir. Zira ülkelerin hukuk sistemleri birbirinden farklılık arz ettiğinden, boşanmaya karar verme konusunda farklı makamların yetkilendirilmiş olduğunu görmekteyiz. Yabancı ülke hukuklarının birçoğunda boşanma kararı verme yetkisi yalnızca adli makamlara verilmemiş bu

1 Ata Sakmar, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma* (İstanbul Üniversitesi Yayını 1976) 1.

2 John Murphy, *International Dimensions In Family Law* (1st edn, Manchester University Press 2005) 127; Jonathan Hill and Máire Ní Shúilleabháin, *Clarkson & Hill's Conflict Of Laws* (5th edn, Oxford University Press 2016) 431; David McClean and Verónica Ruiz Abou-Nigm (originally by: the late J.H.C.Morris), *The Conflict Of Laws* (9th edn, Sweet & Maxwell 2016) 325.

3 Murphy (n 2) 121. Yabancı boşanma kararının hukuki sonuçlarının kabulünün birçok avantajı bulunmasına rağmen, kişilerin gerçek bağlarının olmadığı ülkelerde kolay şekilde elde ettikleri boşanma kararının tanınmasının uygun görülmeceğini de belirtmek gerekmektedir (Murphy (n 2) 127). Bu kapsamda yabancı boşanma kararlarının tanınmasına ilişkin kabul edilecek düzenlemelerde, yabancı kararların serbest ve kolay bir şekilde tanınması ile yabancı kararların tanınmasında aşırı kısıtlayıcı olma arasında uygun bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir (Murphy (n 2) 127; Hill and Shúilleabháin (n 2) 431).

konuda idari makamlar da yetkilendirilmiştir⁴. İdari makamların yetkilendirilmesinde, bu yöntemin basit, esnek, hızlı, ucuz, daha az stres oluşturması gibi özellikleri etkili olmuştur⁵. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Tesciline Yönelik Açıklama'da (YKTY Açıklama)⁶ Belarus, Brezilya, Cibuti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Fransa, Güney Sudan, Gürcistan, İspanya, İtalya, Japonya, Kazakistan, Kolombiya, Letonya, Malta, Mısır, Moğolistan, Moldova, Norveç, Oman, Özbekistan, Portekiz, Romanya, Rusya, Tacikistan, Tanzanya, Tayland, Tayvan, Türkmenistan, Ukrayna, Yunanistan'da boşanma kararının idari makamlar tarafından verilebildiği belirtilmiştir. Ülkelerde idari makam kararıyla boşanmanın gerçekleştirilebilmesi için farklı şartlar da öngörülebilmektedir. Örneğin, Romanya'da idari makam kararıyla boşanma için tarafların küçük çocuklarının bulunmaması gerekli görülmeğe yken⁷, Letonya'da küçük çocuğu olan tarafların idari makam kararıyla boşanmaları mümkündür⁸. Boşanma bazı ülkelerde ise herhangi bir makam kararı gerekmeksizin gerçekleştirilebilmektedir⁹.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹⁰ ile yalnızca yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların tanınması mümkün olduğundan, kural olarak, MÖHUK'a göre idari makamlar tarafından verilen yabancı boşanma kararları tanınmamaktadır. Bu sebeple yabancı idari makamlarca verilen boşanma kararlarının tanınmamasının ortaya çıkardığı olumsuzluğu bertaraf etmek amacıyla milletlerarası sözleşmeler ile Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus

- 4 İdari makam kararıyla boşanma imkânı tanınan ülkelerde de, mahkemelerin boşanma konusunda yetkilerinin devam ettiği hakkında bkz. Margaret Ryznar and Angélique Devaux, 'Voilà! Taking the Judge Out Of Divorce' (2018) 42 (1) Seattle University Law Review 161, 162.
- 5 Oana Voica Nagy, 'The Marriage Dissolution On Administrative Way, Aspects Of Comparative Law' (2014) 1 (73) Revista Academiei Fortelor Terestre Nr 31, 35.
- 6 İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 08.03.2018 tarihinde Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Tesciline Yönelik Açıklama yayımlanmıştır. Bkz. <http://www.sakaryabarosu.org.tr/uploads/wo_492895b130adaa099b1bd7afd0ad4f.pdf> Erişim Tarihi 12 Eylül 2021. Belirttiğimiz açıklama 25.03.2020 tarihinde NHK'nın 27/A maddesinde yapılan değişiklik üzerine 05.05.2020 tarihinde güncellenmiştir. Bkz. <https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeleri/07052020-Yabancı_ülke_Adli_veya_idari_Makamlarınca_verilen_Kararların_Tescili2020_2.pdf> Erişim Tarihi 11 Eylül 2021. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğüne uygulamanın yürütülmesi ve başvuruların yerine getirilmesinde güncellenen açıklama doğrultusunda işlem yapılması gerektiği belirtilmiştir. İlgili açıklama çalışmamızda kısaca "YKTY Açıklama" şeklinde anılacaktır.
- 7 Viorica-Mihaela Frîntu and Elena-Roxana Gherghe, 'Divorce Through the Spouses' Agreement by Administrative Method or Notarial Procedure' in Vladimir Marascu-Klein (ed), *Advances in Fiscal, Political And Law Science* (Proceedings of the 2nd International Conference on Economics, Political and Law Science (EPLS '13) Brasov Romania, June 1-3, 2013) 185, 185; Nagy (n 5) 31, 33. Bu yöntemle gerçekleştirilen boşanma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Frîntu and Gherghe (n 7) 185-190.
- 8 Wendy Kennett, 'It's Arbitration, But Not as We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution' (2016) 30 (1) International Journal Of Law, Policy And Family 1, 6.
- 9 Talak ve get ile boşanmalar, herhangi bir makam kararı gerekmeksizin gerçekleştirilen boşanmalara örnek gösterilebilir (McClean and Abou-Nigm Ruiz (n 2) 332). İslam hukukunda erkeğin tek taraflı beyanıyla boşanma talak olarak adlandırılmaktadır (Lynn D Wardle, 'International Marriage and Divorce Regulation and Recognition: A Survey' (1995) 29 (3) Family Law Quarterly 497, 512; Murphy (n 2) 136-137; McClean and Abou-Nigm Ruiz (n 2) 332). Get ise yahudi hukukunda erkeğin karısına tanıklar önünde boşanma belgesini vermesiyle gerçekleştirilen boşanmadır (McClean and Abou-Nigm Ruiz (n 2) 332). Bu kapsamda şu hususa da değinmek gerekir ki, bu tür boşanmaların tanınması cinsiyet eşitliği ilkesine aykırı görülebilmektedir (Ryznar and Devaux (n 4) 161, 178).
- 10 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge'de¹¹ yer alan düzenlemelerden hareket edilmekteydi. Bu düzenlemelere bir de Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK) 27/A maddesi ile Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik¹² dâhil edilmiştir. Türk hukukunda, 29 Nisan 2017 tarihinde 30052 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 690 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'na 27'nci maddesinden sonra gelmek üzere 27/A maddesi eklenmiştir. KHK ile yapılan değişiklik 08.03.2018 tarihinde 30354 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7077 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile aynen kabul edilmiştir. 7 Şubat 2018 tarihinde 30325 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik ile maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar tespit edilmiştir.

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27/A maddesine göre, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararları bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte veya taraflardan birinin ölmüş ya da yabancı olması halinde Türk vatandaşı olan diğer taraf veya vekilinin tek başına başvurması¹³, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idari makam tarafından verilmiş olması, usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilerek tanınabilmektedir. Bu şartlara ek olarak Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 9(6)'uncu maddesinde, "kararla ilgili Türkiye'de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunmaması şartı" aranmaktadır. Çalışmada önce genel olarak boşanma kararlarının NHK çerçevesinde tanınmasına ilişkin genel bilgi verilecek ve akabinde yabancı ülke adli veya idari makamları tarafından verilen kararlar ilgili, Türkiye'de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunmaması şartı incelenecektir.

II. Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da tanımayla ilgili düzenleme, Kanun'un 58'inci maddesinde yer almaktadır. İleride değinileceği üzere kural olarak MÖHUK çerçevesinde yalnızca mahkeme kararlarının tanınması

11 Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge <<https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/yonerge/MaviKartlılarKutuguveNufusOlaylarininTutulmasiYonergesi.pdf>> Erişim Tarihi 29 Eylül 2021.

12 Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik, RG 07.02.2018/30325.

13 Düzenlemeye 25.03.2020 tarihli ve 7226 sayılı Kanun'un 28'inci maddesiyle, "birlikte" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya taraflardan birinin ölmüş ya da yabancı olması hâlinde Türk vatandaşı olan diğer taraf veya vekilinin tek başına" ibaresi eklenmiştir.

mümkün olduğundan, doktrinde de, tanınmanın, kesinleşmiş mahkeme kararları esas alınarak tanımlandığını görmekteyiz¹⁴. Bu kapsamda tanıma, doktrinde, yabancı kararın kesin hüküm etkisinin kararın verildiği ülke dışında kabul edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵. Taraf olduğumuz bazı milletlerarası sözleşmeler¹⁶, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27/A maddesi, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 30(2) maddesi¹⁷ ile Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge'de yer alan düzenlemeler yabancı idari makam kararlarının da ülkemizde hukuki sonuç doğurmasını mümkün kılmaktadır¹⁸. Doktrinde bir görüşe göre, Türk hukukunda mevcut düzenlemelerin tümü dikkate alındığında, tanınmanın geniş tanımıyla kabul gördüğü savunulmaktadır¹⁹. Türk hukukunda özel kanun ya da taraf olduğumuz bazı milletlerarası sözleşmelerle yabancı idari makam kararlarının hukuki sonuçlarının kabulünün mümkün olması nedeniyle, tanınmanın, sadece yabancı mahkeme kararları esas alınarak tanımlanması halinde yapılan tanım eksik kalacaktır. Kanaatimizce tanıma, yabancı ülke yetkili adli ya da idari makam kararlarının hukuki etkilerinin ülkemizde kabul edilmesi şeklinde tanımlanmalıdır²⁰. Bu bağlamda

- 14 Aynı yönde bkz. Fügen Sargın and Rifat Erten, 'MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukuki Niteliği, Usulü ve Karşılaşılın Bazı Sorunlar: "Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği"' (2014) 3 (2) UTİDER 37, 46; Lale Ayhan İzmirli, 'Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması' (2018) XXII (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, 73.
- 15 Tuğrul Arat, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1964) XXI (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421, 437; Ata Sakmar, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları* (İstanbul Fakülterler Matbaası 1982) 150; Işıl Özbakan, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Kazancı Hukuk Yayınları 1987) 18; Şeref Ertaş, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1987) 3 (1-4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kudret AYİTER'e Armağan 365, 377; Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1996) 15; Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* (1st edn, Seçkin 2001) 56; Pelin Güven, *Tanıma-Tenfiz* (1st edn, Yetkin 2013) 23; Ayhan Dolunay, *Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, On İki Levha 2015) 27; Uğur Tütüncübaşı, 'Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler' (2017) 19 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 106; Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (1st edn, On İki Levha 2017) 15; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2th edn, Beta 2018) 171; Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler' in Vahit Doğan, Lale Ayhan İzmirli and Alper Çağrı Yılmaz (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler* (Savaş 2019) 375, 376; Hacı Can and Ekin Tuna, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2th edn, Adalet 2019) 253-254; Işıl Özkan and Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (2th edn, Adalet 2020) 172; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2th edn, Beta 2020) 5; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, On İki Levha 2020) 112; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020) 427; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1st edn, Vedat 2020) 187; Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021) 713; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 623; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Savaş 2021) 112; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (1st edn, Yetkin 2021) 289.
- 16 Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme'nin 1'inci maddesi (RG 11.01.1973/14418); Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme'nin 1'inci maddesi (RG 16.02.1983/17961); Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Sözleşme'nin 19'uncu maddesi (RG 22.05.2016/29719); Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Sözleşme'nin 1(b)'inci maddesi (RG 02.11.1999/23864); Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yöntünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme'nin 5'inci maddesi (RG 22.05.2016/29719); Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme'nin 23'üncü maddesi (RG 20.01.2004/25352) çerçevesinde yabancı idari makam kararlarının tanınması mümkün olmaktadır.
- 17 Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 30(2)'uncu maddesinde, "Evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idari makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır" düzenlemesi yapılmıştır.
- 18 Bazı ülke hukuklarında mahkemeden alınmayan boşanma kararlarının tanınmadığı hakkında bkz. Wardle (n 9) 497, 513.
- 19 Sargın and Erten (n 14) 37, 48.
- 20 Aynı yönde bkz. Sargın and Erten (n 14) 37, 46-52; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 73.

yabancı kararın ülkede etkisinin kapsamının tespiti de önem taşımaktadır. Yabancı karara tanıma ülkesinde verilecek etki konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar ileri sürülmektedir²¹. Genel bir ifadeyle yabancı karara Türk hukukunda aynı nitelikteki veya benzer nitelikteki kararlara tanınan hukuki etkiden daha fazla bir etki tanınması da mümkün olmamalıdır²².

Tanıma başlığını taşıyan MÖHUK'un 58'inci maddesinde, “(1) Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz²³ şartlarını taşıdığıının mahkemeye tespitine bağlıdır. Tanımda 54'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uygulanmaz” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yabancı ilâmın tenfiz şartlarına MÖHUK'un 54'üncü maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, “(1)(a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması, (b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması, (c) Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması, (ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması” gerekmektedir. MÖHUK'ta yabancı kararın tanınması için gerekli şartlar karşılıklılık şartı dışında tenfiz şartları ile aynıdır²⁴.

21 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sirko Harder, ‘The Effects Of Recognized Foreign Judgments In Civil And Commercial Matters’ (2013) 62 (2) International and Comparative Law Quarterly 441, 441-461. Yabancı kararın etkilerinin kabulü konusunda, minimum etki yaklaşımı ya da maksimum etki yaklaşımı şeklinde teorik temellere dayanılabilmektedir (ibid 443).

22 Sakmar (n 15) 182; Ertaş (n 15) 365, 369-370; Tiryakioğlu (n 15) 64; Uğur Tüttüncübaşı, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması* (1st edn, Adalet 2014) 111; Ayhan İzmirlî (n 14) 67, 73; Nomer (n 15) 172; Doğan (n 15) 112.

23 Tenfiz, yabancı mahkeme kararının icrai etkilerinin kabulü için alınması gerekli görülen karardır (Arat (n 15) 421, 483; Sakmar (n 15) 144; Özbakan (n 15) 30; Ertaş (n 15) 365, 379; Tiryakioğlu (n 15) 15; Demir Gökyayla (n 15) 39; Güven (n 15) 27; Tüttüncübaşı (n 22) 105-106; Şensöz Malkoç (n 15) 36; Nomer (n 15) 175; Tanrıbilir (n 15) 375, 376; Can and Tuna (n 15) 258; Özkan and Tüttüncübaşı (n 15) 172; Ekşi (n 15) 5; Akıncı (n 15) 185-186; Çelikel and Erdem (n 15) 713; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 624-625; Doğan (n 15) 113; Güngör (n 15) 272). Ayrıca belirtmek gerekir ki, tenfiz kararıyla, ilgili karar tanınmış da olmaktadır.

24 Karşılıklılık şartı birçok ülke hukukunda aranmamaktadır. Şartın kaldırılmış olduğu ülkeler için bkz. Beligh Elbalti, ‘Reciprocity and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Lot of Bark but not Much Bite’ (2017) 13 (1) Journal of Private International Law 184, 187-188. İlgili şartı uygulamayı muhafaza eden ülkelerin tespiti için ise bkz. ibid 188-189. Şu hususu da ifade etmek gerekir ki, MÖHUK'un 50'nci maddesinde, yabancı kararın tenfizine hükmedilebilmesi için ek şartlar da gerekli görülmüştür. MÖHUK'un 50'nci maddesinde, “tenfiz kararı” başlığıyla “Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Tenfiz için, MÖHUK'un 50'nci maddesinde öngörülen şartların, yabancı kararın tanınmasına karar verilebilmesi için de gerekli görüldüğü doktrinde genel kabul görmektedir (Tiryakioğlu (n 15) 34; Güven (n 15) 24; Tüttüncübaşı (n 22) 127; Dolunay (n 15) 62-63; Sargın and Erten (n 14) 37, 79; Şensöz Malkoç (n 15) 259; Tanrıbilir (n 15) 375, 377; Can and Tuna (n 15) 268; Ekşi (n 15) 117; Ruhi (n 15) 50; Özkan and Tüttüncübaşı (n 15) 176; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 628; Doğan (n 15) 116; Duygu Kaynakçıoğlu, *Evliliğin Sona Ermesine İlişkin Yabancı Adli ve İdari Kararların Nüfus Kütüğüne Doğrudan Tesvili* (1st edn, Seçkin 2021) 34-35).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tanınması talep edilen karar yalnızca kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde değerlendirilmektedir. Kararın esasına ilişkin bir inceleme yapılmamaktadır. Yabancı kararda yer alan maddi ve hukuki tespitler incelenmemektedir. Bu kapsamda revizyon yasağı kabul edilmektedir²⁵. Böylece yabancı kararda maddi ve hukuki tespitler hakkında yapılmış hatalar yabancı kararın tanınmasına kural olarak etki etmemektedir.

Türk hukukunda, taraf olduğumuz bazı milletlerarası sözleşmelerde yabancı kararların tanınmasıyla ilgili hükümler mevcuttur. Sözleşmelerde yer alan düzenlemeler çerçevesinde yabancı adli ya da idari boşanma kararlarının tanınması mümkün olabilmektedir. MÖHUK'un 1'inci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. Taraf olunan sözleşmelerde konuyla ilgili düzenleme bulunması halinde, ilk olarak MÖHUK'un 1'inci maddesi uyarınca sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir²⁶. Burada şu hususun belirtilmesinde de fayda bulunmaktadır ki, taraf olduğumuz bazı sözleşmeler çerçevesinde yabancı boşanma kararlarının kolay bir şekilde tanınabilmesi mümkündür²⁷.

Yabancı adli ya da idari boşanma kararları, Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge kapsamında da dava açılması gerekmeksizin kolay şekilde tanınabilmektedir²⁸. Mavi Kartlılarla ilgili düzenleme Türk Vatandaşlık Kanunu'nda (TVK)²⁹ yer almaktadır. TVK'nın 28(1)'inci maddesine göre, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, TVK'nın 28'inci maddesinde belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmektedir. TVK'nın 28'inci maddesi kapsamında bulunan kişilere, talepleri halinde bu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren Mavi Kart

25 Ertaş (n 15) 365, 371; Demir Gökyayla (n 15) 74-77; Güven (n 15) 81; Dolunay (n 15) 106; Zeynep Derya Tarman, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 37 (2) MHB 798, 800; Şensöz Malkoç (n 15) 384; Nomer (n 15) 185; Can and Tuna (n 15) 267; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 210; Akıncı (n 15) 194-196; Çelikel and Erdem (n 15) 723-724; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 632; Doğan (n 15) 116; Güngör (n 15) 276-277.

26 İngiltere'de aynı yönde uygulama hakkında bkz. McClean and Abou-Nigm Ruiz (n 2) 326-328. Fransa'da aynı yönde uygulama hakkında bkz. Peter E. Herzog, *Civil Procedure in France* (Springer 1967) 587; Thomas E Carbonneau, 'The French Exequatur Proceeding: The Exorbitant Jurisdictional Rules of Articles 14 and 15 (Code Civil) as Obstacles to the Enforcement of Foreign Judgments in France' (1979) 2 (2) Hastings International and Comparative Law Review 307, 309.

27 Örneğin, Irak vatandaşlarının kişisel hâllerine ilişkin Irak mahkemelerinden aldıkları kararlar doğrudan tanınabilmektedir (RG 02.08.1992/21303; ayrıca bkz. <<https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/ikili.html>> Erişim Tarihi 12 Eylül 2021; Şensöz Malkoç (n 15) 142; Ekşi (n 15) 3). Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Arasında Hukuki ve Adli İşbirliğine İlişkin Sözleşme'nin 84'üncü maddesinde, "bizzat kendi vatandaşlarının ahval-i şahsiyesini ilgilendiren sorunlarda âkit taraflardan birinin kesinleşmiş adli kararları diğer tarafın ülkesinde tanınır ve hiçbir tanıma usulüne tâbi olmaksızın hüküm ifade eder" düzenlemesi yer almaktadır.

28 Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Burak Huysal, 'Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili' (2017) 37 (2) MHB 473, 478; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 100, dn. 121; Çelikel and Erdem (n 15) 806; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 754, dn. 604; Doğan (n 15) 155. Aksi yönde, düzenlemenin idari bir pratik amaca hizmet ettiği hakkında bkz. Can and Tuna (n 15) 257-258.

29 Türk Vatandaşlık Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.05.2009, RG 06.04.2010/27544.

düzenlenmektedir³⁰. Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge kapsamında mavi karta sahip kişiler hakkında verilen yabancı boşanma kararı, mavi kartlılarla evli Türk vatandaşları ile mavi kartlılarla evli yabancılar bakımından da ilgili kütüklere kaydedilerek tanınabilmektedir³¹. Ayrıca mavi karta sahip kişiler hakkında verilen boşanma kararlarının tanınabilmesi açısından, kararın yabancı mahkemeden ya da idari makamdan verilmesinin farkı bulunmamaktadır. Bu kapsamda tanınan kararların ayrıca MÖHUK uyarınca tanıma veya tenfizi de gerekli değildir³².

İleriki konularda ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere, yabancı adli ya da idari boşanma kararlarının Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27/A maddesi uyarınca usulüne uygun başvuru sonucu komisyon kararıyla nüfus kütüğüne tescil edilerek kolay şekilde tanınması imkânı da mevcuttur³³.

III. Nüfus Hizmetleri Kanunu Çerçevesinde Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27/A(1) maddesine göre³⁴, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya ilişkin verilen kararlar, bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte veya taraflardan birinin ölmüş ya da yabancı olması hâlinde Türk vatandaşı olan diğer taraf veya vekilinin tek başına başvurması, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idari makam tarafından verilmiş

30 TVK'nın 28(6)'nci maddesinde, “*Bu madde kapsamında bulunan kişilere, talepleri hâlinde bu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren Mavi Kart düzenleneceği, bu kartın, 21.02.1963 tarihli ve 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu kapsamında olduğu*” belirtilmiştir.

31 Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge'nin 17'nci maddesinde, “(1) *Boşanma kararlarının nüfus müdürlüklerine intikal etmesi hâlinde; a) Her iki kişi de Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı ise boşanma, kayıtlarına işlenir b) Eşlerden biri Mavi Kartlılar Kütüğünde, diğeri aile kütüklerinde kayıtlı ise, boşanma her iki kütüğe usulüne uygun olarak tescil edilir c) Eşlerden biri Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı diğeri yabancılar kütüğünde kayıtlı ise boşanma her iki kütüğe de tescil edilir ç) Eşlerden biri yabancı ise boşanma, Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı kişinin kaydına işlenir*” düzenlemesi yer almaktadır.

32 Yönerge'nin 10(3)'üncü maddesinde, “*Mavi Kartlılar Kütüğünde kayıtlı kişilerin vatandaşı oldukları ülke makamlarından almış oldukları karar ve idari belgeler usulüne göre tasdik edilmiş ve onaylanmış ise, bu karar ve idari belgelerin ayrıca 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tanınması veya tenfizinin istenmeyeceği*” açıkça düzenlenmiştir.

33 Birçok ülkede yabancı boşanma kararları kolay şekilde tanınabilmektedir. Örneğin, 2008 Alman Aile İşleri ve Çekişmesiz Yargı Muhakeme Usulü Kanunu (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) (FamFG 2008) s 107(1) <<https://www.gesetze-im-internet.de/famfg>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2021, çerçevesinde yabancı boşanma kararlarının tanınması Eyalet Adalet İdaresinin tanıma şartlarının bulunduğunu tespiti ile mümkün olmaktadır, karar her iki eşin vatandaşlığında buldukları devletin mahkeme ya da idari makamları tarafından verilmiş ise tanıma Eyalet İdaresinin tespitine bağlı olmadan doğrudan tanınmaktadır. Fransız hukukunda ise kişisel hâle ilişkin konularla ilgili yabancı kararlar Fransa'da kesin hüküm etkisine sahip kabul edilmekte, bu kapsamda doğrudan tanıma gündeme gelmektedir. Böylece ülkede yabancı boşanma kararlarının mahkemeye başvurularak karar alınması gerekmeksizin hukuki sonuç doğurması kabul edilmektedir (Herzog (n 27) 587; Carboneau (n 27) 307, 309).

34 Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27/A maddesiyle yapılan düzenlemenin hukuki niteliği hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu kapsamda mahkemeleri devre dışı bırakan özel bir doğrudan tescil hükmü (Huysal (n 28) 473, 483; Can and Tuna (n 15) 256; Kaynakçıoğlu (n 24) 88; Güngör (n 15) 292-293; doğrudan tanıma (Şensöz Malkoç (n 15) 128; Ekşi (n 15) 35); MÖHUK'ta öngörülen sistem dışında tanıma (Rıfat Erten, *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m.41)* (1st edn, Yetkin 2017) 194); idari tanıma (Doğan (n 15) 152; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 85; Sercan Ecemiş, ‘MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları’ (2020) 22 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 357, 381) şeklinde farklı hukuki nitelendirmeler yapılmaktadır. Ayrıca yalnızca tanıma nitelendirmesi için bkz. Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 229-230; Çelikel and Erdem (n 15) 803.

olması, usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilecektir.

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27/A(2) maddesi çerçevesinde, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tesciline ilişkin başvuruların yurt dışından ya da yurt içinden yapılabilmesi mümkündür. Nüfus kütüğüne yapılacak tescil işlemlerinde, yurt dışında kararın verildiği ülkedeki dış temsilcilikler, yurt içinde ise Bakanlık tarafından belirlenen nüfus müdürlükleri yetkilendirilmiştir.

Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 4(ç)'üncü maddesinde, dış temsilcilik, Türkiye Cumhuriyeti'nin kararın verildiği yabancı ülkelerde bulunan büyükelçiliği, başkonsolosluğu veya konsolosluk ajanlığı olarak belirtilmiştir. Bu kapsamda yabancı boşanma kararlarının tanınması için başvurular, kararın verildiği yabancı ülkelerde bulunan, Türkiye Cumhuriyeti'nin büyükelçiliği, başkonsolosluğu veya konsolosluk ajanlığına yapılabilecektir.

Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 5'inci maddesine göre, yurt içinden yapılacak başvurular ise taraflardan birinin yerleşim yeri il müdürlüğüne yapılacaktır. Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar ise belirlenen il müdürlüklerinden birine başvuruda bulunabileceklerdir. İlgilinin Türkiye'de yerleşim yeri yoksa başvuru Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep İstanbul, İzmir, Kayseri, Konya, Kahramanmaraş, Samsun, Siirt, Sivas, Trabzon, Şanlıurfa ve Van il müdürlüklerinden birine yapılabilecektir. Bu kapsamda yerleşim yeri Türkiye'de bulunanlar ile Türkiye'de bulunmayanlar bakımından başvuru yapılabilecek makamın farklı şekilde düzenlendiğini görmekteyiz. Bu düzenlemeyle yurt dışında yaşayan vatandaşlara kolaylık sağlamak amaçlanmasına rağmen, yerleşim yeri yurt içinde bulunanlar bakımından başvuru makamına ayrıntılı şekilde yer verilmesi uygun olmamıştır³⁵.

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27/A(3) maddesine göre, bu Kanun'da belirtilen şartlar yerine getirilmediği gerekçesiyle tescil talebi reddedilen kararların Türkiye'de tanınması, MÖHUK uyarınca yapılacaktır. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 11'inci maddesinde de, yabancı ülke yetkili adli veya idari makamlarınca verilen kararların tesciline ilişkin başvurunun komisyonca reddedilmesi halinde MÖHUK uyarınca, yetkili aile mahkemelerine kararın tanınması veya tenfizi için dava açılabilmesi düzenlemesine yer verilmiştir.

İlgili düzenlemeler çerçevesinde, NHK'nın 27/A maddesinde yapılan düzenlemeyle kararların daha kolay şekilde tanınması imkânının, dava açarak tanıma talebinde

35 Tanrıbilir (n 15) 375, 379 dn. 6.

bulunmaya engel teşkil edip etmeyeceği konusu tereddüde neden olmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, MÖHUK'a göre tanıma talebi ile NHK kapsamında kararın nüfus kütüğüne tescili talebi birbirinden bağımsız olup taraflar yabancı boşanma kararının tanınması için istedikleri yola başvurabileceklerdir³⁶. Yine aynı yöndeki görüşe göre, NHK kapsamında başvuru MÖHUK'a göre öncelikle başvurulması gereken bir yol olmayıp, kararda nafaka, velayet, şahsi ilişki gibi hükümler mevcut olabileceğinden özellikle bu durumlarda tarafları nüfus müdürlüğüne başvurmaya zorlama Anayasa ve taraf olduğumuz insan hakları sözleşmelerine aykırılık teşkil edecektir³⁷. Diğer bir görüşe göre ise, nüfus kütüğüne tescil talebiyle yabancı kararın Türkiye'de sonuç doğurması imkânı mevcut iken mahkemeden tanıma talebinde bulunmak bakımından hukuki yarar bulunmamaktadır³⁸. Bu kapsamda, dava dışı bir yolla hakkın elde edilmesinin mümkün olmaması halinde dava açmakta hukuki yararın mevcut olduğu savunulmaktadır³⁹.

Uygulamada konuyla ilgili verilen kararlar da bu konudaki tereddütleri ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Konuyla ilgili kararlardan, tarafların NHK'nın 27/A maddesi çerçevesinde, yabancı boşanma kararının tanınması için birlikte başvuru imkânı bulunduğu takdirde mahkemeye başvurarak kararın tanınmasını talep edemeyecekleri anlaşılmaktadır. Şöyle ki, ilk derece mahkemesinin NHK'nın 27/A maddesinde yer alan düzenlemeye göre nüfus müdürlüğünün talebi reddettiği belgelendirilmedikçe yabancı boşanma kararının tanınması için mahkemede dava açmakta hukuki yarar bulunmadığı yönünde verdiği bir karara karşı, Bölge Adliye Mahkemesi, taraflardan birinin başvurusuyla tescil işlemini gerçekleştirmesi mümkün olmadığından dava açmakta hukuki yararın bulunduğu sonucuna varmıştır⁴⁰. Yine bir ilk derece mahkemesinin, yabancı boşanma kararının tanınması için açılan davada NHK'nın 27/A maddesinde yer alan düzenlemeyle açılan dava konusuz kaldığından dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde verdiği karara karşı, Bölge Adliye Mahkemesi, taraflardan sadece birinin başvurusuyla yabancı kararın nüfus kütüğüne tescili mümkün olmadığından davanın konusuz kaldığından bahisle hüküm tesisinin doğru olmadığı sonucuna varmıştır⁴¹. Yine bir ilk derece mahkemesinin NHK'nın 27/A maddesinde yer alan düzenleme nedeniyle tanıma taleplerinin idari işleme dönüştürüldüğü belirtilerek yabancı boşanma kararının tanınması için açılan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin verdiği karara karşı, Bölge Adliye Mahkemesi, taraflardan birinin başvurusuyla tescil işlemi gerçekleştirilemeyeceğinden dava açmada hukuki yararın mevcut olduğuna karar vermiştir⁴².

36 Ayhan İzmirli (n 14) 67, 117.

37 Tanrıbilir (n 15) 375, 383.

38 Huysal (n 28) 473, 501

39 ibid 501.

40 Antalya 2 BAM, 1773/1575, 21.11.2017; Antalya 2 BAM, 2267/1679, 11.12.2017.

41 Antalya 2 BAM, 2321/1815, 26.12.2017; İzmir 2 BAM, 4004/1646, 02.07.2018.

42 Antalya 2 BAM, 1714/1573, 21.11.2017.

Hem doktrindeki bazı görüşler hem de konuyla ilgili verilen kararlardan da görüldüğü üzere NHK'nın 27/A(3) maddesi ve Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 11'inci maddesinde yer alan düzenlemelerin, tarafların dava açarak kararın MÖHUK çerçevesinde tanınmasını talep etmelerinden önce, NHK çerçevesinde başvuru yapmak zorunda oldukları şeklinde yorumlanabilmesi mümkündür.

Bilindiği üzere mahkemeye başvurarak dava açabilmek için ilgililerin hukuki yararlarının bulunması gerekmektedir. Kanaatimizce mahkemeden karar almadan aynı güvenlikle daha basit, kolay bir yolla gerçekleştirilecek aynı sonuç için dava açılmasında hukuki yarar varlığından bahsedilemeyecektir⁴³. Fakat bu bağlamda, söz konusu basit yolun dava ile aynı güvenlikle hukuki koruma sağlaması gerekmektedir⁴⁴. NHK 27/A maddesi çerçevesinde yabancı boşanma kararı nüfus kütüğüne tescil edildiğinde taraflar yargılama süreçleriyle yeniden karşı karşıya kalabileceklerdir. Bu kapsamda yabancı ülke yetkili makam kararının, nüfus kütüğüne tescili yönünde verilen kararın iptali için idari yargıya başvurularak dava açılabilmesi mümkündür⁴⁵. Taraflardan birinin ölmüş ya da yabancı olması hâlinde Türk vatandaşı olan diğer taraf veya vekili tek başına, kararın nüfus kütüğüne tescili için başvuruda bulunabilir. Taraflardan birinin ölmüş olması halinde kararın tanınmasında hukuki yararı bulunan kişiler tescil talebinin kabulü kararı hakkında dava açabileceklerdir. Taraflardan birinin yabancı olması halinde ise yabancı ülke vatandaşının tescil talebinin kabulü kararı hakkında dava açılması imkân dâhilindedir. Bu gibi örnekler göz önüne alındığında, tarafların mahkemeye başvurarak kesin hüküm elde etmek istemelerinde hukuki yararları bulunduğu görülmektedir. Ancak kanunlarla ayrıca mahkeme kararına gerek olmadığı düzenlendiği durumlarda hukuki yararın varlığından bahsedilmesinin mümkün olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁶ ki, NHK'nın 27/A maddesinde, mahkeme kararına gerek bulunmadığını belirten bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, NHK 27/A maddesi uyarınca yabancı boşanma kararının tanınması, kararda yer alan velayet ve nafaka gibi düzenlemelerin hukuki sonuç doğurmasını sağlamayacağından, bu kapsamda ilgililerin bu düzenlemelerin hukuki sonuç doğurmasını sağlayabilmek için yeniden yabancı kararın tanınması, velayet ya da nafaka davası açmaları gerekecektir. Bu nedenle de tarafları NHK 27/A çerçevesinde başvuru yapmaya zorlamak doğru olmayacaktır. Bu açıklamalar ışığında, kişilerin yabancı boşanma kararlarının görevli ve yetkili mahkemeye başvurarak tanınmasını istemeleri durumunda hukuki yararları bulunduğunu söyleyebiliriz. İlgililer ister NHK,

43 Baki Kuru, 'Dava Şartları' (1964) Ord. Prof. Sabri Şakir ANSAY'ın Hatırasına Armağan 109, 140; Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (1st edn, Yetkin 2009) 268.

44 Kuru (n 43) 109, 141; Hanağası (n 43) 269.

45 Anayasa'nın 36'ncı maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" düzenlemesi yer alırken; Anayasa'nın 125'inci maddesinde, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" belirtilmiştir.

46 Kuru (n 43) 109, 139.

ister MÖHUK çerçevesinde yabancı boşanma kararının tanınmasını talep edebilirler. Kanaatimizce NHK 27/A maddesinde yapılan düzenleme tarafların MÖHUK kapsamında mahkemeye başvurarak yabancı boşanma kararının tanınmasını talep etmelerine engel değildir.

Ayrıca şu hususun belirtilmesinde de fayda bulunmaktadır ki, konusu ve sonuçları bakımından etkisini milletlerarası özel hukuk alanında doğuran düzenlemenin NHK ile yapılması uygun olmamıştır. Milletlerarası usul hukukuna ilişkin konular ait olduğu kanun olan MÖHUK'ta düzenlenmelidir⁴⁷. Aksi takdirde konuyla ilgili temel kanuni düzenlemelerde yer alan hükümlerle çelişki ortaya çıkabilmektedir. Bunun en belirgin örneği, tanımanın MÖHUK esas alınarak tanımlanmasının, diğer kanuni düzenlemelerle, MÖHUK'a getirilen istisnalarla yetersiz kalmasıdır. Kanaatimizce MÖHUK'ta yapılacak değişiklikle yabancı idari makam kararlarının tanınması imkânı getirilmelidir. Bu kapsamda yabancı idari makam kararının kesin hüküm etkisinden bahsedilemeyeceğinden, yabancı idari makam kararları mahkemeye başvurularak değil, görevlendirilecek idari bir makam kararıyla tanınabilmelidir.

A. Nüfus Hizmetleri Kanunu M.27/A'da Yer Alan Düzenlemeye Göre Başvuru Usulü

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27/A maddesi çerçevesinde, yabancı boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tescili için yapılacak başvurularda, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin verilen kararların nüfus kütüğüne tesciline ilişkin başvuru formu⁴⁸ kullanılmalıdır.

YKTY Açıklaması'nda, başvuru formunun, elektronik ortamda, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerince Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi (MERNİS) üzerinden düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda dış temsilciliklerde, ilgili kişi tarafından e-konsolosluk.net sisteminde gerekli olan modüller hazırlanana kadar www.nvi.gov.tr adresinde yer alan başvuru formu büyük harflerle latin alfabesi esas alınarak doldurulacaktır.

Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 7(1)'nci maddesinde, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararların aile kütüğüne tesciline ilişkin başvurularda ibraz edilmesi zorunlu belgeler;

“a) Başvuru Formu,

b) Aile kütüğüne tescili talep edilen usulüne göre onaylanmış kararın aslı ile noter

47 Huysal (n 28) 473, 476; Tanrıbilir (n 15) 375, 378; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 83-84.

48 YKTY Açıklama Ek 1'de başvuru formu yer almaktadır.

veya dış temsilcilik tarafından onaylanmış veya ilgili ülkenin yetkili makamı tarafından Apostil şerhi tatbik edilerek onaylanmış Türkçe tercümesi,

c) Adli veya idari makam kararında kesinleşme şerhi yok ise kararın verildiği ülke kanunlarına göre kesinleştiğine dair onaylanmış belge veya yazının aslı ile noter veya dış temsilcilik tarafından onaylanmış veya ilgili ülkenin yetkili makamı tarafından Apostil şerhi tatbik edilerek onaylanmış Türkçe tercümesi,

ç) Kimlik veya pasaport fotokopileri, taraflardan biri yabancı ise kimlik veya pasaportların noter tasdikli Türkçe tercümeleri,

d) Vekil aracılığı ile yapılacak müracaatlarda noter tarafından düzenlenen fotoğraflı özel vekâletnamenin aslı veya onaylanmış aslına uygun örneği”

e) Taraflardan birinin ölmüş olması halinde, ölüm olayına ilişkin usulüne uygun şekilde onay ve tasdik işlemleri yapılmış belge aslı ile noter veya dış temsilcilik tarafından onaylanmış Türkçe tercümesi” şeklinde belirlenmiştir.

Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 7(2)'nci maddesinde ise, “*Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlarla ilgili daha önce Türk mahkemelerinde açılmış ve halen görülmekte olan dava dosyası bilgileri ile varsa kararların daha önce Türk mahkemelerince kesin hükme bağlanmış olduğuna ilişkin mahkeme kararının aslı veya fotokopisi ya da Türk mahkemelerinde halen devam eden bir dava yahut tanımanın Türk mahkemelerince evvelce reddedildiğine dair karar bulunmadığı yönünde adli makamlardan alınan belge başvuru formuna eklenir”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. YKTY Açıklaması'nda, Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 7(2)'nci maddesinde belirtilen şekilde adli makamlardan belge temin edilemediğinden, İçişleri Bakanlığı ile Adalet Bakanlığı çalışmaları sonucu başvuran tarafların TC kimlik numaraları ile Türk mahkemelerinde dava veya karar bulunup bulunmadığına ilişkin dava dosyası veya karar bilgilerinin UYAP sistemi üzerinden sorgulanması imkânı sağlandığı belirtilmiştir. Bu kapsamda adli veya idari makamlarca verilen kararların nüfus kütüğüne tesciline yönelik e-Vatandaşlık sistemi üzerinden gerçekleştirilen işlemler MERNİS uygulama yazılımına aktarılmıştır. Başvuru formunun diğer alanlarının eksiksiz doldurulması halinde MERNİS Uygulama yazılımında ilgili modülden, sistem tarafından UYAP üzerinden sorgulama yapılarak “kararla ilgili Türk mahkemelerinde halen devam eden bir dava yahut tanımanın Türk mahkemelerince önceden reddedildiğine dair karar var mıdır” sorusunun yer aldığı ilgili alan başvuru formuna aktarılmaktadır. Sistem üzerinden UYAP'tan sorgulama sonucu oluşturulan başvuru formunun işaretli çıktısı gerekli görülmektedir.

YKTY Açıklaması'nda, başvuru formuna yabancı boşanma kararında yer alan velayet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi hükümler

için MÖHUK uyarınca görevli ve yetkili mahkemelere kararın tenfizi yönünde dava açılması gerektiği hakkında tarafların, bilgilendirilmesi amacıyla, imzalarının alındığı bilgilendirme formunun da eklenmesinin gerekli görüldüğü belirtilmektedir.

B. Nüfus Hizmetleri Kanunu M.27/A'ya Göre Boşanma Kararlarının Tanınması İçin Gerekli Şartlar

Yabancı boşanma kararlarının NHK m.27/A'da yer alan düzenleme çerçevesinde tanınabilmesi için gerekli şartlar ilgili kanunda, tarafların bizzat veya vekilleri aracılığıyla birlikte başvurması, kararın verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idari makam tarafından verilmiş olması, boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin bir karar olması, kararın usulen kesinleşmiş olması, kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması şeklinde belirlenmiştir.

1. Tarafların Bizzat veya Vekilleri Aracılığıyla Birlikte Başvurması

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27/A maddesi çerçevesinde, yabancı boşanma kararlarının Türk hukukunda hukuki sonuç doğurabilmesi için kural olarak tarafların bizzat veya vekilleri aracılığıyla birlikte başvurması gerekmektedir. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 6'ncı maddesinde de aynı yönde, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya ilişkin verilen kararların nüfus kütüğüne tesciline ilişkin başvuruların taraflarca bizzat, kanuni temsilcileri veya vekilleri aracılığıyla yapılması gerektiği düzenlenmiştir. NHK ile taraflar yabancı boşanma kararının nüfus kütüğüne tescilini talep edebileceklerinden, kural olarak MÖHUK uyarınca yabancı boşanma kararının tanınması için taraflardan birinin mahkemeye başvurarak dava açması gerekli değildir.

NHK'nın 27/A maddesine göre, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya ilişkin verilen kararlar, bizzat veya vekilleri aracılığıyla, tarafların ikisinin de Türk vatandaşı olması ve yaşıyor olmaları halinde birlikte başvurmaları şartıyla nüfus kütüğüne tescil edilebilir. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 6(1)'nci maddesinde, tarafların yetkili kılınan makam önünde birlikte hazır olmasının zorunlu görülmediği, tarafların başvurularını aynı anda birlikte veya ayrı zamanlarda yapabilmesine ayrı ayrı müracaat edilmesi halinde her iki müracaat arasındaki süre doksan günü geçmemek şartıyla imkân tanındığı belirtilmektedir.

NHK'nın 27/A maddesi ile Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 6(2)'nci maddesi⁴⁹

49 Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik , RG 30.08.2020/ 31229.

çerçevesinde, Türk vatandaşının ancak diğer tarafın hayatta olmadığı ya da yabancı olduğu durumda tek başına başvuru yapabilmesi imkân dâhilindedir. YKTY Açıklaması'nda, ilgili kişilerin tek başına başvuru yapabilmesi için bazı şartların varlığı gerekli görülmüştür. Buna göre, taraflardan birinin ölmüş ya da yabancı olması halinde, Türk vatandaşı olan diğer taraf veya vekilinin tek taraflı başvurusunun kabul edileceği durumlar,

“-ölü tarafın kanuni yararı bulunan mirasçılarının tespit edilememesi,

-yabancı uyruklu tarafın ikamet adresinin tespit edilememesi ve herhangi bir nedenle ulaşılamaması,

-yabancı uyruklu tarafın başvuruyu kabul etmemesi veya kasıtlı olarak kaçınması” şeklinde belirlenmiştir.

Başvurunun kanuni temsilci veya vekil aracılığıyla da yapılabilmesi mümkündür. NHK'nın 27/A maddesi çerçevesinde başvuru yapılabilmesi için, taraflar kendilerine Türk vatandaşı veya yabancı gerçek kişiyi vekil tayin edebileceklerdir⁵⁰. Şu halde, boşanan taraflar herhangi birini vekil olarak atayabileceği gibi, birbirlerini dahi vekil tayin edebilirler. Bu kapsamda boşanan taraflardan birinin diğerini vekil olarak atadığı durumda, vekil olarak atanmış tarafın kararın tanınması talebinde bulunabilmesi mümkündür.

Yabancı adli veya idari makamlar tarafından verilen boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tescili talepleri hukuki yararı bulunanlar tarafından da yapılabilecektir⁵¹. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 6(3)'ncü maddesine göre, tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşmiş boşanmalar hariç, evliliği sona eren kişilerin tescil talebi öncesinde ölmüş olmaları durumunda, yabancı ülke adli veya idari makam boşanma kararlarının aile kütüğüne tescil talebinin hukuki yararı bulunanlar tarafından yapılabilmesi mümkündür. Doktrinde bir görüşe göre, Yönetmelikle, kanuna istisna getirilmesi kanun yapma tekniğine ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğundan NHK'nın 27/A

50 Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 4(i)'üncü maddesinde vekilin, “Türk yetkili makamlarınca usulüne uygun olarak düzenlenen veya yabancı yetkili makamlarca düzenlenip usulüne göre onaylanan vekâletnameye göre tescil konusunda kendisine yetki verilen Türk vatandaşını veya yabancı gerçek kişiyi” ifade ettiği belirtilmiştir.

51 Hukuki yararı bulunan kişilerin yabancı kararın tanınması talebinde bulunabileceği, birçok ülke hukukunda kabul edilmektedir. Örneğin, Alman hukuku hakkında bkz. FamFG 2008, s 107(4). İsviçre hukuku hakkında bkz. 1987 Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu (Loi Fédérale Sur Le Droit International Privé) (LDIP 1989) s 28 <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_fr> Erişim Tarihi 14 Eylül 2021. Türk hukukunda MÖHUK kapsamında da hukuki yararı bulunan kişilerin yabancı kararın tanınması için talepte bulunabilmeleri mümkündür. MÖHUK'un 52'nci maddesinde, hukuki yararı bulunanların tenfiz talep edebilecekleri kabul edilmiş olup, düzenleme yabancı kararların tanınmasında da dikkate alınmaktadır (Demir Gökyayla (n 15) 41, dn. 114; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (1st edn, Beta 2006) 63; Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (1st edn, Vedat 2010) 60-61; Güven (n 15) 180; Sargın and Erten (n 14) 75; Ali Önal, “Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği” (2017) 37 (2) MHB 576, 587; Dolunay (n 15) 116; Can and Tuna (n 15) 294-295; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 221; Akıncı (n 15) 218; Ekşi (n 15) 68; Tekinalp (n 15) 427; Çelikel and Erdem (n 15) 731-732; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 729; Doğan (n 15) 115).

maddesi yeniden düzenlenmelidir⁵². Kanaatimizce de hukuki yararı bulunanlar tarafından başvuru yapılmasının mümkün olduğuna ilişkin düzenlemenin kanunda yapılması gerekmektedir. Kanunun hazırlanma aşamasında fark edilmeyerek, daha sonra eksikliği görülen hususlara Yönetmelikte yer verilmesi eleştiriye açıktır.

Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelikte yer alan düzenleme çerçevesinde, kararın tanınmasında hukuki yararı bulunan kişilerin tek başlarına mı yoksa hayatta olan diğer eşle birlikte mi başvuru yapacakları konusunda yorum farklılıkları ortaya çıkabilir. Doktrinde bir görüşe göre, eşlerden birinin ölmüş olması halinde kararın tanınmasında hukuki yararı bulunanlar, diğer eşin başvurusu gerekmeden başvuru yapabileceklerdir⁵³. YKTY Açıklaması'nda konuyla ilgili, “*ölü olan tarafın hukuki yararı bulunan mirasçılardan biri ile sağ olan diğer tarafın veya her iki tarafın da ölü olması hâlinde hukuki yararı bulunan mirasçılarından birer kişinin taraf olarak başvuru esnasında yetkili merci huzurunda birlikte hazır olması zorunlu olmayıp, taraflar başvurularını aynı anda birlikte veya ayrı zamanlarda yapabilir. Ayrı ayrı müracaat edilmesi hâlinde her iki müracaat arasındaki süre doksan günü geçemez. Ayrıca, ayrı ayrı müracaat edilmesi halinde, müracaatlar farklı başvuru yerlerine yapılamaz. Ayrı ayrı müracaat eden ancak doksan günlük süre geçmiş olduğundan başvurusu reddedilen tarafların birlikte müracaat etmeleri hâlinde müracaatları kabul edilir. Taraflardan birinin veya vekillerinin yabancı uyruklu olması ve Türkçe bilmediği takdirde, Türk devletince tanınmış devletlerin birinci resmi dili olması kaydıyla bu dili bilen tercüman kullanılabilir. Tercüman taraflarca başvuru anında hazır bulundurulur*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu kapsamda NHK 27/A maddesi çerçevesinde yabancı kararın tanınmasında hukuki yararı bulunan kişilerin tek başlarına başvurmaları yeterli olmayacaktır. Hayatta olan diğer taraf, diğer taraf da hayatta değilse mirasçılardan da 90 gün içinde başvuru yapmaları gerekecektir.

2. Kararın Verildiği Devlet Kanunlarına Göre Konusunda Yetkili Adli veya İdari Makam Tarafından Verilmiş Olması

Yabancı boşanma kararının tanınabilmesi için kararı veren yabancı makamın yetkili olması gerekliliği birçok ülke hukukunda öngörülmüş olup⁵⁴ Türk hukukunda da aynı yönde düzenlemeye yer verilmiştir.

NHK 27/A maddesi çerçevesinde, yabancı boşanma kararının Türk hukukunda hukuki sonuç doğurabilmesi için kararın verildiği devlet kanunlarına göre konusunda

52 Ayhan İzmirli (n 14) 67, 101.

53 ibid 103.

54 Konuyla ilgili Fransa, İngiltere ve Almanya hukuklarından örnek verilebilir. Fransız hukuku hakkında bkz. Samuel P. Baumgartner, ‘How Well Do U.S. Judgments Fare in Europe’ (2008) (40) 1 George Washington International Law Review 173, 185, dn. 65; Andrea Schulz, ‘II. The Liberalization of the French Law of Foreign Judgments’ 2007 56 (4) International and Comparative Law Quarterly 931, 938. İngiliz hukuku hakkında bkz. Baumgartner (n 54) 173, 185, dn. 64; Hill and Shuilleabháin (n 2) 432; Alman hukuku hakkında bkz. Baumgartner (n 54) 173, 185, dn. 66.

yetkili adli veya idari makam tarafından verilmesi gereklidir. MÖHUK'a göre yabancı boşanma kararının tanınması için ise karar yabancı mahkemeden verilmelidir⁵⁵. NHK 27/A maddesine göre yabancı boşanma kararının tanınması için yapılacak başvuruda MÖHUK'da yer alan düzenleme aksine mahkeme kararı gerekliliği yönünde bir sınırlama yapılmamıştır⁵⁶. Ayrıca MÖHUK'ta yabancı kararın tanınması için yetki ile ilgili şartlardan kararın dava konusu veya taraflarla gerçek ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesi tarafından verilmemesi şartı itiraz üzerine dikkate alındığından NHK 27/A maddesine göre tarafların birlikte başvuru yapmalarıyla bu şart sağlanmış olacaktır. MÖHUK'ta yabancı kararın tanınabilmesi için kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olmaması da gerekmektedir. Yabancı boşanma kararlarının tanınmasında Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinden de bahsedilmeyecektir.

NHK 27/A maddesinde yer alan düzenleme ile adli makam kararı gerekli görülerek, kararın yabancı mahkemeden verilme şartı aranmamaktadır. Böylece yabancı mahkemeden verilmemiş olsa bile, adli makam kararları tanınabilmektedir⁵⁷. NHK 27/A maddesi çerçevesinde yabancı boşanma kararlarının yabancı idari makamlar tarafından verildiği durumda da nüfus kütüğüne tescil edilerek tanınabilmesi mümkündür. Bazı ülkelerde yabancı boşanma kararı dini makamlar tarafından verilebilmektedir. Doktrinde bir görüş, yabancı dini makam kararlarının kararın verildiği ülkenin yetkili idari makamları tarafından onaylanması halinde tanınmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir⁵⁸. Kanaatimizce de, yabancı dini makam tarafından verilen boşanma kararının adli ya da idari makam tarafından onaylanması öngörülen şartı karşılamaya yeterlidir.

NHK 27/A maddesi uyarınca yabancı adli veya idari makamın, kararın verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili olması gereklidir. Doktrinde bir görüşe göre,

55 MÖHUK'un 50'nci maddesinde, yabancı kararın tenfizine karar verilebilmesi için, kararın yabancı mahkemeden verilmiş olması gerekli görülmüştür. Daha önce de belirttiğimiz gibi, mahkeme kararı mevcudiyetinin yabancı kararın tanınmasına karar verilebilmesi için de gerekli olduğu kabul edilmektedir. Doktrinde mahkeme kararının mevcut olmadığı durumlarda da yabancı kararların bazı şartlarla tanınabilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır. Bir görüş, mahkeme kararının mevcut olmadığı durumda yabancı kararların, yargı organı tarafından denetlenmiş ve onanmış olması hâlinde tanınabileceğini belirtmektedir (Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (1st edn, Beta 2012) 81; Güven (n 15) 35; Tütüncübaşı (n 22) 134, dn. 99; Erten (n 34) 192, dn. 35; Ayhan İzmirli (n 15) 91; Tütüncübaşı and Özkan (n 15) 179, dn. 16; Doğan (n 15) 118). Diğer bir görüş ise, mahkeme kararının mevcut olmadığı durumda yabancı kararlar hakkında Türk mahkemelerinde tespit davası açılarak, bu kararların tanınmasının mümkün olacağını belirtmektedir (Uyanık Çavuşoğlu (n 51) 78; Şensöz Malkoç (n 15) 303; Nomer (n 15) 220; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 635, dn. 392).

56 Birçok ülkede yabancı idari makamlardan alınan boşanma kararlarının tanınması kabul edilmektedir. Örneğin, İsviçre hukuku hakkında bkz. LDIP 1989 s 25. Alman hukuku hakkında bkz. FamFG 2008, s 107. İngiltere hukuku hakkında bkz. 1986 Aile Hukuku Kanunu (Family Law Act) (FLA 1986) s 46(1)(2) <<https://www.legislation.gov.uk/>> Erişim Tarihi 09 Eylül 2021. İngiltere'de yabancı ülkelerde gerçekleşen boşanmaların tanınması bu kararların usuli işlemlerle mi usuli işlemler olmaksızın mi gerçekleştirildiği esas alınarak değerlendirilmektedir. Ülkede yabancı boşanma kararlarının tanınmasında, bu karar usuli işlemlerle elde edilmişse 1986 Aile Hukuku Kanunu 46(1), usuli işlem olmaksızın elde edilmişse 1986 Aile Hukuku Kanunu 46(2) uyarınca tanınmaktadır. 1986 Aile Hukuku Kanunu'nun 54(1)'üncü maddesinde, usuli işlemlerin, dava ve diğer usuli işlemleri belirttiği ifade edilmektedir.

57 Cibuti'de Kadı, Hindistan'da Hindistan İslami Hukuk Konseyi'nin tanıdığı yetkili ulama, Çad'da Çad Yüksek İslam Konseyi tarafından verilen kararlar adli karar olarak değerlendirilmektedir (YKTY Açıklama EK-11).

58 Tütüncübaşı (n 15) 103, 117; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 91; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 230.

idari makamların yabancı mahkemeleri denetlemesi uygun bir yöntem değildir⁵⁹. İdari makamlar ancak Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Türkiye’deki yabancı elçilik ya da konsolosluklar ile yabancı ülkedeki Türk elçilik ya da konsolosluklarından bilgi alabileceklerdir⁶⁰. İlgili şart ağır ve gereksiz olarak değerlendirilmekte düzenleme kararın verilmesi için gerekli maddi şartlar değil, karar vermede kararı veren makamın görevli olmasının belirtildiği savunulmaktadır⁶¹. Bu kapsamda düzenlemenin yer itibarıyla yetki ya da usul hukuku bakımından görev olarak anlaşılmaması, kararı veren makamın evliliği sona erdirebilme gücüne sahip olması yönünden değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir⁶². Kanaatimizce de, bu inceleme idari makamın başka bir mahkeme ya da idari makamı denetlemesi anlamına gelmemektedir. Burada önemli olan o devlet kanununa göre, tanıma konusu kararı vermeye, kararı veren makamın yetkili olup olmadığıdır. YKTY Açıklama Ek-11’de, hangi tür kararların adli ya da idari makamlar tarafından verilebileceği tespit edilmiştir. Şartın incelenmesi ilgili kararın, adli ya da idari makam tarafından verilir verilemeyeceğinin tespiti kapsamında ele alınmalıdır.

3. Boşanma, Evliliğin Butlanması, İptali veya Mevcut Olup Olmadığının Tespitine İlişkin Bir Karar Olması

NHK 27/A maddesinde yapılan düzenlemenin başlığı, “yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tescili” şeklinde belirlenmiştir. Madde içeriğinde ise, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığına ilişkin verilen kararlarla ilgili düzenleme yapılmıştır. Madde başlığı ile madde içerisinde yapılan düzenleme arasında yeknesaklık bulunmamaktadır⁶³. Bu kapsamda, madde içeriği ile başlığı arasında uyum sağlayan bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Daha önce de belirttiğimiz üzere MÖHUK’taki düzenlemede ise, yabancı kararların tanınması bakımından kararın hukuk davalarına ilişkin olma şartı aranmakta olup, konu bakımından sınırlama öngörülmemektedir.

Yabancı adli ya da idari makamlar tarafından verilen boşanma kararları NHK 27/A maddesi çerçevesinde nüfus kütüğüne tescil edilerek komisyon kararı sonucu tanınabilecekken, komisyon kararı, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararındaki velayet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi tenfize konu olan hükümler bakımından sonuç doğurmayacaktır. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne

59 Huysal (n 28) 473, 490.

60 ibid 491. İdari makamlar, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi kapsamında bilgi talep edemeyecek, bilirkişi ya da uzman görüşüne başvuramayacaklardır (ibid 491).

61 ibid 489-490.

62 ibid 490.

63 Ayhan İzmirli (n 14) 67, 88; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 229.

Tescili Hakkında Yönetmeliğin 9(5)'uncu maddesinde de belirtildiği üzere, komisyon kararına esas yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlardaki velayet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi tenfize konu olan hükümler için taraflarca, 5718 sayılı MÖHUK uyarınca görevli ve yetkili mahkemelere kararın tanınması veya tenfizi için dava açılacaktır.

Bilindiği üzere MÖHUK kapsamında yabancı kararların tanıma ya da tenfizine karar verilebilmesi için kararın yabancı mahkeme tarafından verilmesi gerekmektedir. NHK 27/A maddesi çerçevesinde nüfus kütüğüne tescil edilen boşanma kararının yabancı mahkeme tarafından verildiği durumda boşanma kararında yer alan velayet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi hükümlerin de MÖHUK uyarınca gerekli şartların mevcudiyeti halinde tanıma ve tenfizine karar verilebilmesi açısından sorun bulunmamaktadır.

Kararın mahkeme dışında, idari makamlar tarafından verilmesi halinde ise, MÖHUK çerçevesinde tanıma ve tenfiz imkânı bulunmamaktadır. Yabancı idari boşanma kararının nüfus kütüğüne tescil talebi kabul edildiğinde, boşanma kararında mevcut velayet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi nüfus kütüğüne tescil imkânı bulunmayan konularla ilgili düzenlemeler tanınıp, tenfiz edilemeyecektir. Bu durumda yabancı kararda yer alan düzenlemelerin bazılarının hukuki sonuçları Türk hukuku bakımından kabul görürken, bazı düzenlemelerin hukuki sonuçları yabancı idari makam tarafından verildiği gerekçesiyle Türk hukuku bakımından geçerli olamayacaktır. Bu gibi durumlarda ise yabancı idari makam kararıyla boşanan taraflardan birinin kararda velayetle ilgili anlaşmaya aykırı hareket etmesi durumunda Türkiye'de yeniden dava açılması gerekliliğiyle karşılaşılacaktır. Aynı şekilde kararda belirlenen nafakayı karşı tarafın ödememesi durumunda, ilgilinin Türkiye'de dava açarak hakkını araması zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Burada Türkiye'nin velayet ve nafakayla ilgili yabancı idari makam kararlarının tenfizinin mümkün olduğu milletlerarası sözleşmelerin varlığının, ortaya çıkması olası hak kayıplarını telafi edeceği düşünülebilir⁶⁴. Fakat sözleşmeye taraf olmayan ülke idari makam kararlarıyla karşılaşılabilir unutulmamalıdır. Yabancı boşanma kararının nüfus kütüğüne tescil talebi kabul edilerek komisyon kararı sonucu tanınmasına karşılık, yabancı boşanma kararında yer alan, özellikle çocukların velayeti ve nafaka ile ilgili düzenlemelerin hukuki sonuçlarının kabul edilmemesi hak kaybına sebep olabilecektir. Kanaatimizce, tescil talebi kabul edilen idari makam tarafından verilen boşanma kararında yer alan nafaka ve velayete ilişkin düzenlemelerin de, MÖHUK kapsamında tanıma ya da tenfizinin mümkün kılınması gereklidir. Bu kapsamda NHK'nın 30'uncu maddesi ve taraf olunan bazı milletlerarası sözleşmelerde yer

64 Örneğin, Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme; Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme; Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Sözleşme; Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi; Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yöntünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme.

alan düzenlemelerdeki gibi, nafaka ve velayet konularında NHK 27/A maddesiyle de MÖHUK çerçevesinde yabancı idari makam tarafından verilen boşanma kararlarının tanınması ve tenfizine imkân sağlanması ilgililer bakımından olası hak kayıplarını önleyecektir.

Bu noktada evliliğin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğuran durumların irdelenmesi uygun olacaktır. Gaiplik, din değiştirme, ömür boyu hapis cezası alma evliliği sona erdiren sebeplere örnek verilebilir⁶⁵. Bu gibi durumlarda evliliğin sona erdiğine ilişkin karar bulunmuyorsa nüfus kütüğüne tescil imkânı da yoktur⁶⁶. Kısacası gaiplik, din değiştirme, ömür boyu hapis cezası alma gibi evliliğin sona ermesi sonucunu doğuran durumlarda, ilgili kararlar ancak evliliğin sona erdiği yönünde bir tespit içeriyorsa, NHK 27/A maddesi çerçevesinde nüfus kütüğüne tescil edilebilecektir⁶⁷.

Ayrıca ayrılık kararını da burada zikretmekte fayda vardır. Ayrılık kararları nüfus kütüğüne işlenmediğinden, bu kararların NHK 27/A maddesi düzenlemesi kapsamında yer aldığından bahsedilemeyecektir⁶⁸.

4. Kararın Usulen Kesinleşmiş Olması

Yabancı kararın tanınması için kesinleşmiş olması birçok ülke hukukunda aranan şartlardan biri olarak kabul edilmiş olup⁶⁹ Türk hukukunda da aynı yönde düzenlemeye yer verilmiştir. NHK 27/A maddesi çerçevesinde, yabancı boşanma kararının hukuki sonuç doğurabilmesi için kararın kesinleşmiş olması gerekmektedir.

NHK 27/A maddesi uyarınca kesinleşmenin ne şekilde tespit edileceği ile ilgili düzenleme Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 7(1)(c)'nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, adli veya idari makam kararında kesinleşme şerhi aranmakta, adli veya idari makam kararında kesinleşme şerhi yok ise kararın verildiği ülke kanunlarına göre kesinleştiğine dair onaylanmış belge veya yazının aslı ile noter veya dış temsilcilik tarafından onaylanmış veya ilgili ülkenin yetkili makamı tarafından Apostil şerhi tatbik edilerek onaylanmış Türkçe tercümesi gereklidir. Yabancı kararın tanınması için kesinleşmiş olması şartı MÖHUK'ta da kabul edilmektedir. MÖHUK çerçevesinde, yabancı boşanma kararlarının mahkemeye başvurularak tanınabilmesi için karar o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş olmalıdır⁷⁰. Mahkeme kararlarında kesinleşme,

65 Uyanık Çavuşoğlu (n 51) 19-20; Ekşi (n 55) 39; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 88.

66 Huysal (n 28) 473, 485; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 91.

67 Huysal (n 28) 473, 485; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 88.

68 Huysal (n 28) 473, 484.

69 Konuyla ilgili İsviçre hukuku hakkında bkz. LDIP 1989, s 25(b); İngiltere hukuku hakkında bkz. FLA 1986, s 46 (1)(2).

70 Kesinleşmiş olma, MÖHUK'un 50'nci maddesinde, yabancı kararın tenfizine karar verilebilmesi için gerekli görülen şartlardandır. Daha önce de belirttiğimiz üzere hukuk davalarına ilişkin ve mahkeme kararı olma şartı gibi yabancı kararın tanınmasına karar verilebilmesi için kararın kesinleşmiş olması da gerekmektedir.

şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmekte olup, doktrinde, yabancı kararın tanınabilmesi için şekli anlamda kesinleşme mi maddi anlamda kesinleşme mi gerektiği konusunda görüş birliği yoktur. Şekli anlamda kesinleşmenin gerektiğini kabul eden görüş⁷¹ yanında, maddi anlamda kesinleşmenin gerektiğini kabul eden görüş⁷² de ileri sürülmektedir. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, şekli ve maddi anlamda kesinleşme gerekliliği tartışmasının pratik yararı bulunmamakta, bu kapsamda yapılacak değerlendirmede yabancı kararın kesinleştiğini gösteren kararın verildiği ülke makamlarınca usulen onaylanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin mevcudiyetinden hareket edilmesi gerekmektedir⁷³.

NHK’da usulen kesinleşme ifadesi kullanılmıştır. Usulen kesinleşmenin ne tür bir kesinliği belirttiği açık değildir⁷⁴. Doktrinde usulen kesinleşmeden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu kapsamda bir görüş şekli anlamda kesinleşmenin gerektiğini savunmaktadır⁷⁵. Diğer bir görüş ise, kararın yabancı mahkeme tarafından verilmesi halinde şekli anlamda kesinleşmesi, yabancı idari makam tarafından verilmesi halinde ise idari işleme karşı denetim yollarının tamamlanması ve idari yargıya başvuru imkânının ortadan kalkmış olması şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır⁷⁶. Kanaatimizce yabancı makam kararında kesinleşme şerhinin bulunması, kararda kesinleşme şerhi bulunmuyorsa kararın kesinleştiğine dair onaylanmış belge veya yazı ile onaylanmış tercümesi mevcudiyeti usulen kesinleşmiş olma şartını karşılayacaktır.

Bu noktada kesinleşme şartının başvuru anında tamamlanmasının gerekli olup olmadığı sorusunun da irdelenmesi gerekmektedir. Konuyla ilgili Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 7(4)’nci maddesinden hareketle tespit yapılacaktır. İlgili düzenlemede “başvuruda alınan belgelerde eksiklik tespit edilenlere, belgedeki bu eksikliklerin tamamlanması için doksan günlük süre verileceği, bu süre içinde eksik belgelerin tamamlanmaması halinde başvurunun reddedileceği” kabul edilmiştir. Bu kapsamda kesinleşme şartının, talep anında bulunması gerekmiyip 90 gün içinde tamamlanabileceği sonucuna varılmaktadır⁷⁷.

71 Sakmar (n 1) 235; Sakmar (n 15) 57; Ertaş (n 15) 365, 391; Tiryakioğlu (n 15) 38; Demir Gökyayla (n 15) 40-41; Dolunay (n 15) 70; Tütüncübaşı (n 15) 103, 109; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 184; Doğan (n 15) 122; Güngör (n 15) 273.

72 Aysel Çelikel, *Ahkâmî Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması* (Fakülteler Matbaası 1963) 102; Özbakan (n 15) 150; Şensöz Malkoç (n 15) 31; Çelikel and Erdem (n 15) 720-721; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 15) 643.

73 Emre Esen, ‘Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi’ (2007) 27 (1-2) MHB 21, 56.

74 Huysal (n 28) 473, 492; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 94.

75 Tütüncübaşı (n 15) 103, 118-119; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 231.

76 Ayhan İzmirli (n 14) 67, 95-96.

77 ibid 97.

5. Kararın Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması

Yabancı kararın tanınmasının talep edildiği devletin kamu düzenine aykırı olmaması hem yabancı ülke hukuklarında⁷⁸ hem Türk hukukunda aranan bir şarttır. Yabancı kararların tanınmasında kamu düzeni şartının toplumun, kamunun bu kararlara karşı korunması gibi önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır⁷⁹. Bu bağlamda yabancı kararın tanınmasının talep edildiği ülkenin yetkili makamlarından kamu düzenlerine aykırı bir karara ilişkin işbirliği yapmaları beklenemeyecektir⁸⁰.

NHK'nın 27/A maddesi ve Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 9(4)'üncü maddesinde, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olan yabancı boşanma kararlarının tanınmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Yabancı boşanma kararlarının MÖHUK çerçevesinde tanınabilmesi için de kararın kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi şartı aranmaktadır⁸¹. Kamu düzenine aykırılığın açıkça mevcut olması gerekliliğiyle, kamu düzeninin müdahale alanı sınırlandırılmaya çalışılarak, kamu düzeninin uygulamada kötüye kullanılmasını önlemek amaçlanmaktadır⁸².

Genel bir ifadeyle kamu düzeni, “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünüdür”⁸³. Kamu düzenine aykırılık Türk hukukunun temel ilkelerine, Türk toplumunun genel ahlak ve örf-âdet kurallarına açıkça aykırılık hâlinde gündeme gelmektedir⁸⁴. Bu kapsamda yabancı kararla toplumda geçerli hukuki, siyasi, ahlaki anlayış ve değerlerin zedelenmesini önlemek amaçlanmaktadır⁸⁵.

Kamu düzenine aykırılık teşkil eden durumların kapsamı kesin bir şekilde tespit edilememektedir⁸⁶. Genel şekilde ifade edilen kamu düzeni soyut bir kavramdır⁸⁷.

78 Konuyla ilgili Almanya, İsviçre, İngiltere ve Fransa hukuklarından örnek verilebilir. Alman hukukunda 1879 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (Zivilprozessordnung) s 328 (4) <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html>> Erişim Tarihi 27 Eylül 2021; İsviçre hukukunda LDIP 1989 s 27 (1); İngiliz hukukunda ise FLA 1986 s 51(3)(c)'de bu şekilde düzenlemeye yer verilmiştir. Fransa'da içtihat, yabancı kararların tanınmasında hukukun önemli bir kaynağıdır (Schulz (n 54) 931, 931). Ülkede yabancı kararların tanınabilmesi için, bu kararların kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gereği kabul edilmektedir (Schulz (n 54) 931, 938).

79 Demir Gökyayla (n 15) 74.

80 A Gündüz Ökçün, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni* (2th edn, Sermaye Piyasası Kurulu 1997) 91.

81 Ayrıca MÖHUK kapsamında yabancı boşanma kararının tanınabilmesi için o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması da gereklidir. Belirttiğimiz şartın kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeme şartı içerisinde değerlendirilebilmesi mümkün olmakla, bu şart kapsamında değerlendirilmesi mümkün durumlar kamu düzenine aykırılık oluşturmayabilir. Bu nedenle MÖHUK'ta yer alan ilgili şart, NHK'da öngörülen kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeme şartını tam olarak karşılamamaktadır.

82 Nomer (n 15) 201; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 208.

83 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 2010-1/2012-1, 10.02.2012 <<https://khyk.kazancihukuk.com>> Erişim Tarihi 28 Mart 2021; RG 20.09.2012/28417.

84 Güven (n 15) 132; Tütüncübaşı (n 15) 103, 119; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 105-106; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 209; Çelikel and Erdem (n 15) 763-764; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 669-670.

85 Dolunay (n 15) 93; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 104.

86 Çelikel (n 72) 120; Ökçün (n 80) 98; Yılmaz Altuğ and Mustafa Yasan, 'Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni' (2003) Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan 139, 139-140; Dolunay (n 15) 93; Şensöz Malkoç (n 15) 414; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 209.

87 Hacı Can and Ali Gümrah Toker, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3th edn, Adalet 2018) 283.

Kamu düzenine aykırılığın her somut olaya göre ayrı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir⁸⁸. Zira kamu düzeni zamana ve yere göre değişmektedir⁸⁹. Bu kapsamda toplumdaki değer yargılarının, ahlak anlayışının değişimi kamu düzeni anlayışının da değişmesine sebep olmaktadır⁹⁰.

Sınırları belirsiz, genel ve kapsamlı bir kavram olan kamu düzenine aykırılığı hakim takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirmektedir⁹¹. Hakim, kamu düzenini o andaki şart ve duruma, mevcut ahlak anlayışına göre tespit etmektedir⁹². Yabancı kararın tanınması talep edildiğinde kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde yabancı kararın hüküm fıkrası, yargılamadan elde edilen hukuki sonuçlar dikkate alınmaktadır⁹³.

Kamu düzenine aykırılık yabancı kararların hukuki sonuçlarının kabulü yanında uygulanacak hukukun tespitinde de gündeme gelebilir. Burada şu hususu belirtmek gerekir ki, yabancı kararın tanınmasında kamu düzeni etkisinin, kanunlar ihtilafı hukukunda yabancı kanunun uygulanmasını önleme şeklinde ortaya çıkan etkiye nazaran daha zayıf olduğu kabul edilmektedir⁹⁴. Diğer ülkelerde de yabancı kararların tanınmasında kamu düzenine aykırılık dar yorumlanmaktadır. Bu kapsamda Fransa örnek gösterilebilecektir⁹⁵.

Bilindiği üzere NHK uyarınca yabancı boşanma kararının nüfus kütüğüne tescil edilerek tanınabilmesi için kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi şartı komisyon tarafından değerlendirilecektir. Kamu düzeni zamana ve yere göre değişen, soyut bir kavram olduğundan kamu düzenine aykırılık oluşturan durumların tespiti kolay değildir. NHK'nın 27/A maddesi çerçevesinde yabancı adli ya da idari makam kararının nüfus kütüğüne tescil edilerek tanınabilmesi için kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeme şartının, komisyon tarafından değerlendirilecek olması doktrinde eleştirilmektedir⁹⁶.

88 Demir Gökyayla, (n 15) 24; Dolunay (n 15) 92; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 105.

89 Ertaş (n 15) 365, 396; Kemal Dayındarlı 'Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni' (1988) Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'a 65 inci Yaş Armağanı 657, 673; Ökçün (n 80) 98; Altuğ and Yasan (n 86) 139, 140; Demir Gökyayla (n 15) 24; Güven (n 15) 132; Tütüncübaşı (n 22) 175; Dolunay (n 15) 92; Tütüncübaşı (n 15) 103, 111; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 105; Şensöz Malkoç (n 15) 413; Can and Gümrah Toker (n 87) 279; Tekinalp (n 15) 433; Ruhi (n 15) 79; Akıncı (n 15) 206; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 209; Çelikel and Erdem (n 15) 757; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 676; Doğan (n 15) 136.

90 Can and Gümrah Toker (n 87) 281.

91 Sakmar (n 1) 132; Dayındarlı (n 89) 657, 673-674; Altuğ and Yasan (n 86) 139, 140; Demir Gökyayla (n 15) 26; Şensöz Malkoç (n 15) 381; Can and Gümrah Toker (n 87) 281; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 209; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 669; Doğan (n 15) 136.

92 Altuğ and Yasan (n 86) 139, 143.

93 Tiryakioğlu (n 15) 47; Demir Gökyayla (n 15) 126; Esen (n 73) 21, 66; Güven (n 15) 132; Dolunay (n 15) 93-94; Şensöz Malkoç (n 15) 383; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 107; Nomer (n 15) 201; Can and Tuna (n 15) 286-287; Ruhi (n 15) 80; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 211; Akıncı (n 15) 206-207; Çelikel and Erdem (n 15) 758; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 676; Doğan (n 15) 131-132; Güngör (n 15) 284.

94 Sakmar (n 15) 79; Özbakan (n 15) 170; Ökçün (n 80) 94; Güven (n 15) 133; Demir Gökyayla (n 15) 191-192; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 106, dn. 137; Nomer (n 15) 203; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 213; Akıncı (n 15) 206.

95 Schulz (n 54) 931, 933. Bu kapsamda kamu düzenine aykırılığa çoğunlukla kadın erkek eşitliği ilkesine aykırı görülen boşanmaların tanınmasının reddinde başvurulmaktadır (ibid 933).

96 Huysal (n 28) 473, 495; Ayhan İzmirli (n 14) 67, 107; Doğan (n 15) 153.

NHK 27/A maddesi ile yapılan düzenleme çerçevesinde, başvurunun kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddi durumunda idarenin gerekçe göstermesi gerekmektedir. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 9(7)'uncu maddesine göre, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olan kararlar gerekçesi belirtilmek suretiyle reddedilebilecektir.

YKTY Açıklama'da, kamu düzenine aykırılığa sebep olabilecek durumların tespitini kolaylaştırmak amacıyla yabancı kararın hangi hususlar bakımından inceleneceğine yönelik düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda yabancı kararın "*Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, iyi niyet kurallarına, adil yargılama ve savunma hakkına, genel ahlak ve adap anlayışına, aykırı olup olmadığı, ayrıca hukuk sistemine yabancı olan bir konu hakkında verilip verilmediği hususları*" bakımından değerlendirileceği belirtilmiştir. Kural olarak hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar yabancı kararın kamu düzenine aykırılığına sebep olmamaktadır⁹⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda da, "*tenfiz hâkiminin, sırf Türk hukukundakinden farklı maddi ve usul kuralları uygulanarak verildiği için yabancı bir kararı kamu düzenine aykırı sayıp tenfizini ret edemeyeceği*" belirtilmiştir⁹⁸. Bu kapsamda yabancı kararın hukuk sistemine yabancı bir konu hakkında verilmesi yönünden yapılacak değerlendirmede, hukuk sistemimize yabancı olan her konunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmek gerekir.

IV. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararla İlgili Türkiye'de Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunmaması

Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 9(6)'uncu maddesinde, yabancı ülke adli veya idari makamları tarafından verilen kararlarla ilgili, Türkiye'de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunuyorsa başvurunun kabul edilmeyeceği düzenlemesi yapılmıştır⁹⁹. İncelediğimiz üzere yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararının tanınabilmesi için NHK'nın 27/A maddesinde bu şart gerekli görülmemiştir. Kanun'da aranmayan bir şartın Yönetmelikle gerekliliği yönünde düzenleme yapılması daha önce de belirttiğimiz üzere doğru değildir.

Yabancı ülke adli veya idari makamları tarafından verilen kararlarla ilgili Türkiye'de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava ifadesi yeterince açık olmadığından bu durum düzenlemenin ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda

97 Özbakan (n 15) 177; Tiryakioğlu (n 15) 46; Can and Gümrah Toker (n 87) 286; Nomer (n 15) 207; Ekşi (n 15) 301; Ruhi (n 15) 80; Akıncı (n 15) 210-211; Güngör (n 15) 285. Bu yönde kabulü gerektiren istisnai durumlara medeni ölüm, dini ölüm durumları örnek gösterilmektedir (Ekşi (n 15) 301).

98 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11-1135/ 973, 26.11.2014 <<https://khyk.kazancihukuk.com>> Erişim Tarihi 26 Eylül 2021.

99 Uygulamada, Yönetmeliğin 9(6)'uncu maddesinde belirtilen şart bakımından inceleme UYAP sisteminden aktarılan bilgiler göre yapılmaktadır. İlgili şarta ilişkin bilgiler başvuru formuna sistem tarafından yüklenmektedir.

tereddüde neden olmaktadır. Bu kapsamda cevaplandırılması gereken sorulardan biri davadan feragat ve davanın açılmamış sayılmasının düzenleme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Davadan feragat ve davanın açılmamış sayılmasının düzenleme kapsamında ele alınmasının ortaya çıkarabileceği menfi etkiyi ortadan kaldırmak amacıyla bu tür durumların düzenleme çerçevesinde değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Kanaatimizce de hem davadan feragat hem de davanın açılmamış sayılmasının ilgili düzenleme kapsamında değerlendirilmesi uygun olmayacaktır.

Bu kapsamda cevaplandırılması gereken sorulardan bir diğeri tanıma için açılan davanın mı, evliliğin sona ermesine ilişkin davanın mı, yoksa her ikisinin mi düzenleme kapsamında değerlendirileceğidir. Doktrinde bir görüşe göre, hem tanıma için açılan davalar hem de evliliğin sona ermesine yönelik davalar düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁰. Diğer bir görüşe göre ise, düzenlemede tanıma için açılan davalar kastedilmektedir¹⁰¹. Kanaatimiz ise evliliği sona erdiren davalar ve yabancı kararın tanınması için açılan davaların bu kapsamda değerlendirilmesinin makul görünmediği yönündedir.

A. Davadan Feragat ile Davanın Açılmamış Sayılmasının Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararla İlgili Türkiye’de Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunmaması Şartı İçerisinde Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

Davadan feragat ile davanın açılmamış sayılmasının yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlarla ilgili Türkiye’de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunmaması şartı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusuna cevap verilebilmesi için öncelikle bu kavramları ele almanın uygun olacağı kanaatindeyiz.

Davadan feragat, davadan vazgeçme anlamına gelmektedir¹⁰². Davadan feragatle ilgili düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK)¹⁰³ 307’nci maddesinde yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre davadan feragat ile davacı, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmektedir. HMK’nın 310 ilâ 311’inci maddeleri uyarınca hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilecek feragat, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurmaktadır. Bu kapsamda Türkiye’de açılan boşanma davasından feragat edilebilir. Yine yabancı boşanma kararının tanınması için açılan davadan feragat edilmesi de mümkündür.

100 Tanrıbilir (n 15) 375, 382-383; Akıncı (n 15) 191.

101 Ayhan İzmirli (n 14) 67, 109-110; Ecemiş (n 34) 357, 389.

102 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü <<https://sozluk.adalet.gov.tr/>> Erişim Tarihi 21 Eylül 2021.

103 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası : 6100, Kabul Tarihi : 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

Davanın açılmamış sayılmasıyla ilgili düzenlemeler HMK'nın farklı maddelerinde yer almaktadır. HMK çerçevesinde, görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilmesi halinde, kanuni temsilcilerin izin belgelerini dava veya cevap dilekçesiyle mahkemeye vermemeleri halinde, avukatın vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermemesi halinde, dava dilekçesinde bazı hususların bulunmaması halinde ve dosyanın işlem den kaldırılması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmektedir.

HMK'nın 20(1)'nci maddesine göre, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise tebliğ tarihinden, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten, kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde dava açılmamış sayılarak, görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemece bu konuda resen karar verilir. Bu kapsamda ilgilinin, Türkiye'de görevli ve yetkili olmayan bir mahkemede boşanma davası¹⁰⁴ açması üzerine, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmemesi durumunda dava açılmamış sayılmaktadır. Yine ilgilinin, Türkiye'de görevli ve yetkili olmayan bir mahkemede yabancı boşanma kararının tanınması için dava¹⁰⁵ açması üzerine, görevsizlik

104 TMK'nın 168'inci maddesine göre, boşanma davalarında yetkili mahkeme eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Boşanma davalarında görevli mahkeme, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4'üncü maddesine göre aile mahkemeleridir. Kanun'un 2'nci maddesine göre, aile mahkemesi kurulamayan yerlerde bu Kanun kapsamına giren dava ve işlere Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesince bakılacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla boşanma davalarında görevli mahkeme aile mahkemesi olmakla, aile mahkemesi kurulamayan yerlerde davaya asliye hukuk mahkemesi aile mahkemesi sıfatıyla bakacaktır.

105 Anayasa'nın 142'nci maddesinde mahkemelerin kuruluşu, görevi, yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, "20.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizinde aile mahkemeleri görevlidir" düzenlemesi yapılmıştır. 5718 sayılı MÖHUK'un 64'üncü maddesinde, 20.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiştir. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da 2675 sayılı mülga MÖHUK'a atf yapılmış, bu kanundan sonra yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'ta ise eski kanuna yapılan atıfların bu kanuna da yapılmış sayılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. İki kanunun birbiri yerine ikame edilmiş olması ile 5718 sayılı MÖHUK'ta tanıma ve tenfizle ilgili düzenlemelerde esaslı değişiklik yapılmaması esas alınarak amaçsal yorumla, ilgili düzenlemenin yürürlükte olduğu kabul edilmektedir (Sargın and Erten (n 14) 37, 87). Doktrinde aile hukukuna ilişkin kararların tanınmasında aile mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmektedir (Güven (n 15) 189; Tütüncübaşı (n 22) 204; Dolunay (n 15) 110; Önal (n 51) 576, 580-581; Can and Tuna (n 15) 293; Nomer (n 15) 182; Ekşi (n 15) 58-59; Akıncı (n 15) 216; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 221); Çelikel and Erdem (n 15) 726-727; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 15) 733-734; Doğan (n 15) 144). Uygulamada verilen kararlar da bu yöndedir. Bkz. Yargıtay 2 HD, 6987/10100, 08.07.2008; Yargıtay 2 HD, 20342/9075, 24.05.2011 <<https://khyk.kazancihukuk.com/>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2021. MÖHUK'ta tanıma için açılacak davalarda yetkili mahkeme ile ilgili düzenleme yapılmamıştır. MÖHUK'un 51(2)'inci maddesinde yetkili mahkeme, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesi, Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Tenfiz için açılacak davalarda yetkili mahkemenin belirlendiği MÖHUK'un 51(2)'inci maddesinde yer alan düzenlemeden hareketle, tanıma için açılacak davalarda yetkili mahkeme tespit edilmektedir. Doktrinde bir görüş Anayasa'da kıyası yasaklayan 142'nci madde uyarınca tenfiz için açılacak davalarda görev ve yetkili düzenleyen hükmün yabancı kararların tanınması için açılan davalarda uygulanmasının açık düzenleme yapılmadıkça mümkün olmadığını belirtmektedir (Sargın and Erten (n 14) 37, 93). Kanaatimizce de Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da 2675 sayılı kanuna atf yapılmış olması, yetki ile ilgili açık düzenleme bulunmaması, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesinin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmesine neden olmaktadır.

veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmemesi durumunda da dava açılmamış sayılmaktadır.

HMK'nın 54(3)'üncü maddesine göre, kanuni temsilciler, davanın açılıp yürütülmesinin belli bir makamın iznine bağlı olduğu hâllerde¹⁰⁶ izin belgelerini dava veya cevap dilekçesiyle mahkemeye vermek zorundadırlar. Aksi takdirde dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamazlar. Süresi içinde belgelerin ibraz edilmemesi veya mahkemeye başvurulmaması hâlinde, dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır. Bu kapsamda kanuni temsilciler Türkiye'de boşanma ya da yabancı kararın tanınması için dava açtıklarında, davanın açılıp yürütülmesi için gerekli izin belgelerini dava veya cevap dilekçesiyle mahkemeye vermek zorundadırlar. Zira süresi içinde belgelerin ibraz edilmemesi veya mahkemeye başvurulmaması hâlinde dava açılmamış sayılacaktır.

HMK'nın 77(1)'nci maddesine göre, vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermeyen avukat dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamaz. Şu kadar ki, gecikmesinde zarar doğabilecek hâllerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekâletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verebilir. Bu süre içinde vekâletname verilmez veya asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır. Türkiye'de avukat vasıtasıyla boşanma ya da yabancı kararın tanınması için açılan davalarda, avukat vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermezse dava açamayacaktır. Gecikmesinde zarar doğabilecek hâllerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekâletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verebilecek olup, verilen süre içinde vekâletname verilmez veya asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış sayılacaktır.

HMK'nın 119(1)'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, mahkemenin adı; davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri; davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası; varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri; davanın konusu; malvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değeri; davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri; iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği; dayanılan hukuki sebepler; açık bir şekilde talep sonucu; davacının varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlardır. İlgili düzenlemenin 2'nci fıkrasında dava dilekçesinde mahkemenin adı; davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değeri; davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri; iddia edilen her bir vakıanın

¹⁰⁶ Örneğin TMK'nın 462(8)'nci maddesine göre acele hâllerde, vasinin, geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açabilmesi için vesayet makamının izni gereklidir.

hangi delillerle ispat edileceği; dayanılan hukuki sebepler dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkimin davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre vereceği, bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde davanın açılmamış sayılacağı kabul edilmiştir. Açılmamış sayılan davanın harç yatırılarak yeniden açılabilmesi mümkündür¹⁰⁷. Türkiye’de boşanma için açılan dava dilekçesinde HMK’nın 119(2)’uncu maddesinde belirtilen hususlar yer almıyorsa, bu eksikliğin verilen kesin süre içinde de tamamlanamaması halinde dava açılmamış sayılacaktır¹⁰⁸.

HMK’nın 150(1)’nci maddesine göre, usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmektedir. HMK’nın 150(5)’nci maddesine göre, işlemden kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içinde yenilenmeyen davalar, sürenin dolduğu gün itibarıyla açılmamış sayılacak ve mahkemece kendiliğinden karar verilerek kayıt kapatılacaktır. HMK’nın 150(6)’nci maddesine göre, işlemden kaldırılmasına karar verilmiş ve sonradan yenilenmiş olan dava, ilk yenilenmeden sonra bir defadan fazla takipsiz bırakılamayacak olup, aksi hâlde dava açılmamış sayılacaktır. Türkiye’de boşanma ve yabancı kararın tanınması için açılan davalarda HMK’nın ilgili maddeleri kapsamında dosya işlemden kaldırıldığında davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilecektir.

Yine HMK’nın 320(4)’nci maddesine göre, basit yargılama usulüne tabi davalarda işlemden kaldırılmasına karar verilmiş olan dosya, yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılırsa dava açılmamış sayılacaktır. MÖHUK’un 55’inci maddesinde, tenfiz isteminin basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanacağı kabul edilmiştir. Yabancı kararın tanınması için açılan dava da basit yargılama usulü hükümlerine tabidir¹⁰⁹. Bu kapsamda yabancı kararın tanınması için açılan dava, dosya işlemden kaldırıldıktan sonra yenilenir sonra takipsiz bırakılırsa dava açılmamış sayılacaktır.

Bu açıklamalar ışığında NHK’nın 27/A maddesine göre tanınması talep edilen yabancı boşanma kararıyla ilgili olarak Türkiye’de açılan davada, davadan feragat ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karar verilmesi durumunda, yabancı boşanma kararının nüfus kütüğüne tescil edilip edilemeyeceğini ele alalım.

107 Yargıtay 21 HD, 9551/11116, 24.12.2002 (YKD, 29 (6) 2003, 954-955).

108 Bu bağlamda ayrıca ifade etmek gerekir ki, MÖHUK’un 52’nci maddesinde, yabancı kararın tenfizi için açılan dava dilekçesinde bulunması gerekli hususlar, “*tenfiz isteyen ile karşı tarafın ad, soyad, adresleri; varsa kanunî temsilci ya da vekillerinin ad, soyad, adresleri; tenfiz konusu hükmün hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu; mahkemenin adı ile ilâmın tarihi, numarası; hükmün özeti; eğer tenfiz hükmün bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu*” şeklinde belirtilmiştir. Bu düzenleme yabancı kararların tanınmasında da dikkate alınmaktadır (Can and Tuna (n 15) 295; Ekşi (n 15) 86-87; Tekinalp (n 15) 427; Çelikel and Erdem (n 15) 731-732; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 737-738; Doğan (n 15) 145).

109 Basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerin belirtildiği HMK’nın 316’nci maddesinde kıyas yapma imkânı tanınmayıp, basit yargılama usulünün diğer kanunlarda açık şekilde düzenlenmesi durumunda mümkün olacağı belirtilmiştir (Sargın and Erten (n 14) 37, 76). Doktrinde tanınmanın basit yargılama usulüne tabi olduğu kabul edilmektedir (Akıncı and Demir Gökayla (n 51) 57; Önal (n 51) 591; Can and Tuna (n 15) 298; Özkan and Tütüncübaşı (n 15) 220; Ekşi (n 15) 112; Çelikel and Erdem (n 15) 799; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 725-726; Doğan (n 15) 145). Çalışmamızın kapsamını aşacağından ayrıntıya girmeden şu hususu belirtmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz ki, tanınmanın basit yargılama usulüne tabi olduğu çekişmesiz yargı faaliyeti şeklinde nitelendirilmesi durumunda mümkün olabilecektir (Sargın and Erten (n 14) 37, 76-77). Doktrinde tanınmanın hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sargın and Erten (n 14) 37, 37-136; Önal (n 51) 576, 576 - 610.

Yabancı boşanma kararlarının NHK'nın 27/A maddesi kapsamında tanınması için yapılan başvuru, feragat edilen bir davanın bulunması ya da davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karar verilmiş olması halinde reddedilmemektedir. Davadan feragat ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin durumlarda, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararların nüfus kütüğüne tesciline yönelik başvuru yapıldığında başvuru formunda yer alan "bu kararla ilgili Türk mahkemelerinde açılmış ve halen devam eden bir dava veya tanınmanın reddedildiğine dair karar var mıdır?" sorusu için ayrılan alan sistem tarafından yapılan sorgulama sonucunda "evet" olarak işaretli gelmektedir. YKTY Açıklama'da davadan feragat ile davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararların, davaya son veren taraf işlemlerinden olup şekli anlamda kesin hüküm oluştursalar da, taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözmedikleri için "yabancı ülke adli veya idari makamları tarafından verilen kararlar ilgili Türkiye'de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunuyorsa başvurunun reddedileceği" hükmü kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Taraflarca davadan feragat veya davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karar asıllarının ibraz edilmesi halinde, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararların aile kütüğüne tesciline yönelik başvuru kabul edilmekte, ibraz edilen karar, ilgili komisyona intikal ettirilerek, komisyonca talimat doğrultusunda incelenerek karar verilmektedir.

Davadan feragat ya da davanın açılmamış sayılması gibi durumlarda, açılmış ve halen devam eden dava bulunduğu bahsedilemeyecektir. Fakat bu durumların davanın reddi içerisinde değerlendirilebilmesi mümkündür. Açılmış olan dava bazı nedenlerle reddedilmektedir. Bu kapsamda davadan feragat edildiğinde feragat nedeniyle red kararı verilmektedir. Yine dava şartlarının¹¹⁰ eksikliği de davanın reddine neden olabilmektedir. HMK'nın 115(2)'inci maddesine göre, hakim dava şartı eksikliğini tespit ederse davanın usulden reddine karar verebilecektir. Bu kapsamda hakim, dava şartı eksikliğini giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verecek ancak verilen süre içinde dava şartı eksikliği giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedecektir. Örneğin, Türkiye'de görevli olmayan bir mahkemede dava açılması üzerine dava açılmamış sayılacak usulden red kararı verilecektir.

Kanaatimizce usulen reddedilmiş dava bulunması, Yönetmeliğin 9(6)'uncu maddesi çerçevesinde yabancı boşanma kararının tanınmasına engel teşkil etmektedir. Uygulamanın bu yönüyle hatalı olduğu görülmektedir. İdarenin adsız düzenleyici

110 Dava şartları, mahkemenin uyuşmazlığın esasını inceleyebilmesi için varlığı ya da yokluğu gerekli görülen şartlardır (Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz and Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (5th edn, Yetkin 2019) 285; Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman and Mehmet Kodaklıoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (8th edn, Yetkin 2019) 253). Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin (hakkı) bulunması, yargı yolunun uygun olması (bir davanın adli yargıda görülebilmesi için dava adli yargı kolu içinde yer almalı), mahkemenin görevli olması, kesin yetki halinde mahkemenin yetkili olması, davada iki tarafın bulunması, tarafların taraf ehliyetine sahip olması, tarafların dava ehliyetine sahip olması, tarafların dava takip yetkisine sahip olması, yasal temsilcilerin gerekli niteliğe sahip olması, usulüne uygun ve geçerli vekaletname bulunması, hukuki yarar, kesin hüküm bulunmaması, davacının gider avansı yatırması, teminat gösterilmesi, davanın derdest olmaması HMK'da yer alan genel dava şartlarındandır (Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz and Hanağası (n 110) 286-294; Görgün, Börü, Toraman and Kodaklıoğlu (n 110) 254-262).

işlemleri¹¹¹ ile kanun ve Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amaçlanmaktadır. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, adsız düzenleyici işlemlerle yapılan düzenlemeler kanuna aykırı olamaz¹¹². Her ne kadar uygulamada Bakanlık tarafından yayımlanan açıklamayla hak kayıpları önlenmeye çalışılsa da, bu konuda yasal düzenleme yapılmamış olması uygun değildir. Yasal düzenleme yapılarak uygulamanın hukuki zemine oturtulması gerekmektedir.

B. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararla İlgili Türkiye’de Evliliğin Sona Ermesine Yönelik Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunması Durumunun Değerlendirilmesi

Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararla ilgili Türkiye’de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunmaması şartı kapsamında dava ifadesinden evliliğin iptali için açılan davanın¹¹³ kastedildiği düşünülebilir. Türk hukukunda evliliğin iptali yönünde açılmış ve halen devam eden dava mevcut ise yabancı boşanma kararının nüfus kütüğüne tescil edilmesi mümkün olmamalıdır. Fakat evliliğin iptaline ilişkin açılan davanın reddi halinde ise yabancı boşanma kararı nüfus kütüğüne tescil edilebilmelidir.

Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararla ilgili Türkiye’de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunmaması şartı kapsamında dava ifadesinden boşanma için açılan davanın kastedildiği de düşünülebilir.

MÖHUK’un 41’inci maddesinde, “*Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye’de sâkin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür*” şeklinde düzenleme yapılmıştır¹¹⁴.

111 Adsız düzenleyici işlemler, idare tarafından çeşitli isimlerle çıkarılan, maddi açıdan kural koyucu nitelikte olduğu kabul edilen işlemler grubu olarak adlandırılmaktadır (Yeliz Şanlı Atay, *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler* (1st edn, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü 2011) 7). Adsız düzenleyici işlemlerle çözüm üretilebilse de, kanuni dayanağı olmadan bu türden çözümler üretilmesi doğru görülmemektedir (ibid 153).

112 İbid 159.

113 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz and Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (16th edn, Filiz 2021) 80-102; Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (23th edn, Beta 2021) 225-234.

114 MÖHUK’un 41’inci maddesi yanında taraf olduğumuz bazı sözleşmelerde de yabancı ülke mahkemelerinde açılmış dava bulunması hâlinde aynı davanın Türk mahkemelerinde açılmayacağı kabul edilmiştir. Türkiye’nin de tarafı olduğu Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınmasına İlişkin Sözleşme’nin (RG 04.05.1975/15226) 10’uncu maddesinde, âkit devletlerden birinin makamı önünde daha önce evlilik bağının zevaline, gevşetilmesine, varlığına, yokluğuna, geçerliğine veya butlanına ilişkin bir istemde bulunulmuşsa, diğer âkit devlet makamlarının, aynı konuda ve aynı sıfatı taşıyan aynı taraflarla ilgili olup önlerine getirilen her istemin esaslı hakkında karar vermekten sarfınazar edecekleri, sonradan başvurulmuş mercinin en az bir yıllık bir süre tespit yetkisine sahip olacağı ve bu süre sonunda esas hakkında henüz bir karar verilmemişse kendisinin karar verebileceği kabul edilmiştir. Ayrıca aynı yönde kabulü, Türkiye ile Ukrayna Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Anlaşması’nın (RG 22.12.2003/25324) 17’nci maddesinde de, aynı davanın her iki devlette açılması hâlinde sonraki davanın reddedileceği düzenlenmesinde görmekteyiz. Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınmasına İlişkin Sözleşme ve Türkiye ile Ukrayna Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Anlaşması çerçevesinde, yabancı ülkede açılan bir boşanma davası bulunuyorsa Türk mahkemelerinde açılacak boşanma davasının görülmesi mümkün olmayacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre, MÖHUK'un 41'inci maddesi kapsamındaki bir davanın, yabancı ülke mahkemesinde açılmasından sonra Türk mahkemelerinde de açılması halinde yabancı derdestlik itirazı yapılabilecektir¹¹⁵. Diğer görüşe göre ise, MÖHUK'un 41'inci maddesi kapsamındaki bir davanın, yabancı ülke mahkemesinde açılmasından sonra Türk mahkemelerinde de açılması halinde derdestlik değil, milletlerarası yetkisizlikten bahsedilmesi gerekmektedir¹¹⁶. Diğer bir görüşe göre ise, yabancı derdestliğin dikkate alınması gerektiği kabul edilen hallerde, bu durumun dikkate alınabilmesi, yabancı kararın tanıma ve tenfiz şartlarına sahip olması halinde mümkün olabilecektir¹¹⁷.

Taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu yabancı boşanma davasının yabancı ülke mahkemelerinde açılmış olması halinde kural olarak Türk mahkemelerinde açılmış ve halen devam eden boşanma davası bulunduğu bahsedilemeyecektir. MÖHUK'un 41'inci maddesinde, Türk mahkemelerinde açılacak boşanma davasında Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin bulunması, davanın yabancı ülke mahkemelerinde açılmamış ya da açılmamış olması şartına bağlanmıştır. Taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu boşanma davasının ilk olarak yabancı ülke mahkemelerinde açılması Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Bu kapsamda yabancı ülkede davanın derdest (görülmekte) olmasına¹¹⁸ Türk hukukunda hukuki sonuç bağlanmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, MÖHUK'un 41'inci maddesinde yer alan düzenlemenin amacının yalnızca yabancı ülke mahkemelerinde açılan davalara değil, açılan davalar sonucu verilen kararlara da sonuç bağlandığında gerçekleşebileceği haklı olarak savunulmaktadır¹¹⁹.

İlgili kanuni düzenlemenin amaçlarından biri de, hukuki yararın bulunmadığı durumda yabancı ülkede Türklerin kişi hallerine ilişkin dava açıldığında, Türkiye'de konu, sebep ve tarafları aynı davanın yeniden açılmasına engel olmaktadır¹²⁰. Yurt dışında açılan bir davanın esası hakkında verilip kesinleşen bir karar varsa MÖHUK'un 41'inci maddesi çerçevesinde, Türk mahkemelerinin aynı uyumsuzluk konusunda da milletlerarası yetkisi bulunmayacaktır¹²¹. Türklerin kişi hallerine ilişkin dava yurt

115 Akıncı and Demir Gökyayla (n 15) 38-39; Nomer (n 15) 96; Tekinalp (n 15) 393; Çelikel and Erdem (n 15) 624; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 543-544; mülga MÖHUK döneminde aynı yönde bkz. Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2th edn, Beta 2000) 156; Uyanık Çavuşoğlu (n 51) 15. Bu kapsamda, MÖHUK'ta yabancı derdestliği dava şartı olarak düzenleyen açık hüküm bulunmadığından, milletlerarası usul hukukunda yabancı derdestliğin ancak ilk itiraz olarak ileri sürülürse göz önüne alınacağı kabul edilmektedir (Nomer (n 15) 96; Çelikel and Erdem (n 15) 669-670).

116 Bilgin Tiryakioğlu, 'Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' (2012) Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan 1141, 1154. Bu kapsamda, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi bulunmadığının taraflarla ileri sürülmesi bile hakim tarafından re'sen göz önüne alınacağı kabul edilmektedir (ibid 1155).

117 Doğan (n 15) 56.

118 Yabancı derdestlikle ilgili MÖHUK ve HMK'da açık düzenleme yer almamaktadır. HMK'nın 114(1)'üncü maddesinde, aynı davanın daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmamasının dava şartı olduğu kabul edilmiştir. Düzenlemenin iki Türk mahkemesi arasındaki derdestlik konusuna ilişkin olduğu kabul edilmektedir (Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 15) 543).

119 Erten (n 34) 221-222.

120 Tiryakioğlu (n 116) 1141, 1158.

121 Ekşi (n 115) 157; Erten (n 34) 220.

dışında açılıp, sonuçlanmış ise ilk olarak, bu yabancı kararın tanıma ve tenfizinin talep edilmesi gerekmektedir¹²². Ancak yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların tanıma veya tenfiz talebi reddedildiğinde, MÖHUK'un 41'inci maddesi çerçevesinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunacağı kabul edilmelidir¹²³. Mülga 2675 sayılı MÖHUK döneminde, Yargıtay'ın farklı yönde verdiği kararlar da doktrinde eleştirilmektedir¹²⁴.

Bu noktada şu hususu da ifade etmek gerekir ki, taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu boşanma davasının Türk mahkemelerinde açılmasından sonraki bir tarihte yabancı ülke mahkemelerinde açılması mümkündür. Boşanmanın yabancı ülke mahkemesinde daha önce sonuçlanması durumunda, Türk mahkemelerinde görülmekte olan davada yabancı boşanma kararının tanınması istenebileceği gibi, bu boşanma kararının görevli ve yetkili mahkemeden tanınması da talep edilebilir. Türkiye'de açılmış ve hâlen devam eden boşanma davası bulunması, yabancı ülke mahkemelerinden verilen boşanma kararlarının görevli ve yetkili Türk mahkemelerine başvurularak MÖHUK kapsamında tanınması talebine engel teşkil etmemektedir. Daha kolay bir şekilde kararların tanınması imkânı sağlamak amacıyla yapılan NHK düzenlemesi kapsamında kararın nüfus kütüğüne tescili için yapılacak başvuruya, Türkiye'de açılmış ve halen devam eden boşanma davasının engel teşkil edecek olması kanaatimizce makul görünmemektedir.

Ayrıca daha önce ifade ettiğimiz üzere birçok ülke hukukunda, boşanmalar idari makam kararıyla gerçekleştirilmektedir. Yabancı ülke idari makamlarına yapılan bir boşanma başvurusu bulursa bile yetkili Türk mahkemelerinde boşanma davası açılabilir. Türkiye'de açılmış ve halen devam eden bir boşanma davası bulunmasının yabancı idari boşanma kararlarının kolay şekilde tanınmasına engel teşkil etmesi kanaatimizce ilgililer bakımından hak kaybına yol açacak niteliktedir. İdari boşanma kararlarının, NHK'nın 27/A maddesi çerçevesinde nüfus kütüğüne tescili yapılamazsa, MÖHUK çerçevesinde tanıma için mahkeme kararı gerekli görüldüğünden tanınması mümkün olmayacaktır. Karşı tarafa zorluk çıkarmak amacıyla Türkiye'de açılan davada boşanma kararı alınması önlenilecek, yabancı idari makam kararıyla Türk

122 Ekşi (n 115) 156; Tiryakioğlu (n 116) 1141, 1156; Erten (n 34) 221. Türklerin kişi hâllerine ilişkin davaların yabancı mahkemede karara bağlandığında davanın yeniden görülmesinde hukuki yarar bulunmayacağı kabul edilmektedir (Erten (n 34) 221).

123 Tiryakioğlu (n 116) 1141, 1158; Erten (n 34) 220.

124 Tiryakioğlu (n 116) 1141, 1156; Erten (n 34) 220-222. Konuyla ilgili bir davada ilk derece mahkemesi tarafından, yabancı boşanma kararı gerekçe gösterilerek, yabancı boşanma kararının tanınması talep edilmeden Türkiye'de tekrar boşanma davası açıldığından yetkisizlik kararı verilmiştir. Bunun üzerine Yargıtay ise, yabancı boşanma kararının tenfizi için mahkemeye başvurmadan Türkiye'de boşanma davası açılmasına hukuki bir engel bulunmadığı, Türk vatandaşlarının Türk mahkemelerinde hak aramalarının engellenmesinin anayasal haklarının kısıtlanması sonucunu doğuracağından bu durumun uygun görülmeyeceği yönünde karar vermiştir (Yargıtay 2 HD, 11103/97, 14.01.1986 (YKD 12 (12) 1986, 1764-1765; Erten (n 34) 220, dn. 119). Belirttiğimiz kararın, yabancı mahkeme tarafından karar verildiğinde Türkiye'de yeniden dava açmada hukuki yarar bulunmadığı, yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde etkili olmadığının kabul edilmesi hâlinde davanın yabancı ülke mahkemelerinde açılmasının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini neden kaldırdığının açıklanamayacağı, karardan memnun olmayanların Türkiye'de yeniden dava açmalarına imkân tanınacağı gibi nedenlerle eleştirildiği görülmektedir (Erten (n 34) 220-222).

mahkeme kararının birbiriyle çelişkili olması sorunuyla karşılaşılabilecektir. Bu durum dolaylı olarak MÖHUK'un 41'inci maddesinde yer alan hükmün amacına da aykırılık teşkil edecektir. Yabancı kararların hukuki sonuçlarının kabul edilmesi konusunda devletlerin mükellefiyetleri bulunmamaktadır¹²⁵. Ancak diğer ülke mahkemelerinden farklı kararların verildiği durumlarda yabancı kararın tanınmaması aynı konuda birbirine aykırı kararların ortaya çıkmasına, kişisel hakların tehlikeye girmesine, kişisel ilişkilerde istikrarın temin edilememesine neden olacaktır¹²⁶.

Türk mahkemelerinde açılmış bir boşanma davası reddedilmesine rağmen başka bir sebebe dayanılarak yeniden boşanma davası açılması, boşanma davasının reddinden sonraki 3 yıl içinde ortak hayatın yeniden kurulamaması halinde istem üzerine boşanmaya karar verilmesi halinde durumun nasıl değerlendirileceğini burada tartışmak yerinde olacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun ikinci bölümünde yer alan 161 ilâ 166 arasındaki maddelerde boşanma sebepleri belirtilmiştir. Bu kapsamda boşanma sebepleri zina, hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış, küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Türk mahkemelerinde açılan bir boşanma davası reddedilmesine rağmen, başka bir sebebe dayanılarak yeniden boşanma davası açılabilir. Aynı zamanda boşanma davasının reddinden sonraki 3 yıl içinde ortak hayatın yeniden kurulamaması halinde de istem üzerine boşanmaya karar verilmektedir¹²⁷. Türk mahkemelerinde reddedilen boşanma davası bulunsa bile, her iki durumda da yeniden boşanma davası açılabilmesi imkân dâhilindedir. Uygulamada, Türkiye'de açılıp reddedilen boşanma davası bulunmasına rağmen, farklı sebebe dayanılarak yabancı ülke mahkemelerinde açılıp kesinleşen boşanma davası bulunabilir. Ayrıca Türk mahkemelerince reddedilen boşanma davasının üzerinden 3 yıl geçmiş olabilir. Belirttiğimiz sebeplerle kanaatimizce, Türk mahkemelerinde reddedilen boşanma davası bulunmasının, NHK'nın 27/A maddesi çerçevesinde yapılacak başvuruya engel teşkil edeceği yorumu uygun olmayacaktır.

C. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararla İlgili Türkiye'de Tanıma Talebiyle Açılmış ve Halen Devam Eden veya Reddedilmiş Dava Bulunması Durumunun Değerlendirilmesi

Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 9(6)'uncu maddesinde, yabancı ülke adli veya idari makamları tarafından verilen kararla ilgili, Türkiye'de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunuyorsa başvurunun kabul edilmeyeceği düzenlemesi

125 Ertaş (n 15) 365, 374; Dolunay (n 15) 2; Nomer (n 15) 170; Can and Tuna (n 15) 251.

126 Çelikel (n 72) 2.

127 Türk Medeni Kanunu'nun 166'ncı maddesinde, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi, bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliğinin temelden sarsılmış sayılacağı ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verileceği düzenlenmiştir.

yapılmıştır. Yönetmelikte aranan şartın, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlarla ilgili Türkiye’de tanıma talebiyle açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunması, durumunu kastettiği düşünülebilir. Bu kapsamda ilk olarak yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlarla ilgili Türkiye’de tanıma talebiyle açılmış ve halen devam eden dava bulunması, daha sonra yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlarla ilgili Türkiye’de tanıma talebiyle açılan davanın reddedilmiş olması durumunun değerlendirilmesi uygun görünmektedir.

1. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararla İlgili Türkiye’de Tanıma Talebiyle Açılmış ve Halen Devam Eden Dava Bulunması Durumunun Değerlendirilmesi

Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 27/A maddesine göre yabancı boşanma kararının tanınması için talepte bulunmadan önce, bu kararın tanınması için mahkemeye başvurularak tanıma talep edilebilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, tarafların mahkeme kararı ile kesin hüküm elde etmek istemelerinde hukuki yararları bulunmaktadır. NHK m.27/A çerçevesinde yabancı boşanma kararı nüfus kütüğüne tescil edilerek tanındığında yabancı boşanma kararında yer alan velayet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi düzenlemelerin hukuki sonuç doğurabilmesi için mahkemeye başvurularak tanıma ya da tenfiz talep edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda tarafların yabancı boşanma kararında yer alan velayet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi hükümlerin hukuki sonuç doğurmasını sağlayabilmek için mahkemeye başvurarak yabancı boşanma kararının tanıma veya tenfizini istemelerinde hukuki yararları bulunmaktadır. Bilindiği üzere mahkemeye başvurularak yabancı boşanma kararının tanınması talep edildiğinde, konuyla ilgili taraf olunan milletlerarası sözleşme mevcut değilse değerlendirme MÖHUK’a göre yapılmaktadır.

NHK kapsamında yabancı boşanma kararının tanınabilmesi için yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlarla ilgili tanıma talebiyle Türkiye’de açılmış ve halen devam eden dava bulunmaması şartının aranmasının gerekli olduğu düşünülebilir. Bu kapsamda ilgili şartla mahkemeden kesin hüküm elde etme imkânı nedeniyle tanıma için açılan davaya öncelik verildiği yorumu yapılabilecektir. Fakat şu hususu da ifade etmek gerekir ki, uygulamada yabancı boşanma kararlarının tanınması için açılan davaların sonuçlanması uzun zaman alabilmektedir. Yargılama süresinin uzunluğu yabancı boşanma kararlarının tanınması sürecinde karşılaşılan önemli sorunlardan biridir. Bu kapsamda karşı tarafa yapılacak tebligat yargılama süresinin uzamasına neden olan en önemli etkidir¹²⁸. Bu kapsamda mahkemeye başvuran taraflar açısından avukatlık ücreti, harçlar gibi yargılama giderleri ciddi mali yük oluşturmaktadır. Belirttiğimiz durumlar dikkate alındığında, yabancı boşanma kararının

128 Ayhan İzmirlî (n 14) 67, 82.

NHK çerçevesinde başvuru yapılarak kolay şekilde tanıtılmayacak olmasının uygun görülmeceğini de belirtmek gerekir.

2. Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararla İlgili Türkiye’de Tanıma Talebiyle Açılan Davanın Reddedilmiş Olması Durumunun Değerlendirilmesi

Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 27/A maddesi kapsamında yabancı boşanma kararının tanınabilmesi için yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararın Türkiye’de tanınması için açılan davanın reddedilmiş olmaması şartının aranması kanaatimizce makul görünmemektedir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, kural olarak yabancı idari makam kararlarının mahkemeye başvurularak MÖHUK kapsamında tanınması mümkün değildir. Yabancı idari makam kararı hakkında NHK kapsamında başvuruda bulunmadan önce yetkili mahkemeye tanıma talebinin yöneltilmesi durumunda, MÖHUK kapsamında tanıma talebi kabul edilmeyip reddedildiğinde, NHK kapsamında yabancı idari kararın nüfus kütüğüne tescil edilemeyeceğinin kabulü hak kaybına sebep olacaktır.

Ayrıca bilindiği üzere, MÖHUK çerçevesinde yabancı kararın tanınması için, kararın, dava konusu veya taraflarla gerçek ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesi tarafından verilmemesi gerekmektedir. Bu şart yabancı boşanma kararının NHK’nın 27/A maddesi çerçevesinde nüfus kütüğüne tescili için gerekli görülmemiştir. Nüfus kütüğüne tescil için tarafların birlikte başvuru şartı arandığından, bu şartın kararın nüfus kütüğüne tescili için gerekli görülmemesi eksiklik olarak değerlendirilmemektedir. NHK’nın 27/A maddesinde yapılan değişikliklerle, taraflardan birinin yabancı olması hâlinde Türk vatandaşı olan diğer taraf veya vekilinin tek başına başvuru yapmasına imkân sağlanmıştır. Türk vatandaşı, diğer tarafın yabancı olduğu boşanma kararını, karar dava konusu veya taraflarla gerçek ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesi tarafından verilse bile nüfus kütüğüne tescil ettirebilecektir. Aynı mahkemeden karar alan diğer bir Türk vatandaşı ilk olarak MÖHUK kapsamında başvuru yapıp davanın bu nedenle reddi durumunda ise kararı nüfus kütüğüne tescil ettiremeyecektir. Bu durumda aynı mahkemeden karar alan iki farklı çiftin, boşanma kararlarından birinin nüfus kütüğüne tescili mümkün olabileceken, diğerinin tescil talebi reddedilecektir. Birçok açıdan eleştirilebilecek şartın kanaatimizce Yönetmelikten çıkarılması gerekmektedir.

V. Sonuç

Yabancı bir devletin yetkili makamları tarafından verilen boşanma kararlarının Türk hukukunda sonuç doğurabilmesi mevzuatımızda yer alan farklı yasal düzenlemeler çerçevesinde imkân dâhilindedir. Bu yasal düzenlemeler taraf olduğumuz bazı

milletlerarası sözleşmeler, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'dur.

Türk hukukunda, taraf olduğumuz bazı milletlerarası sözleşmelerde yabancı kararların tanınmasıyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Milletlerarası sözleşmeler dışında yabancı kararların tanınması MÖHUK'ta öngörülen usule göre yapılmakta, yabancı boşanma kararlarının görevli ve yetkili mahkemeye başvurularak tanınması talep edildiğinde, karar kural olarak MÖHUK'ta yer alan hükümler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bunun dışında Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge ve NHK'nın 27/A maddesinde yer alan düzenleme ile de yabancı boşanma kararlarının dava açılması gerekmeksizin nüfus kütüğüne tescil edilerek kolay şekilde tanınması imkânı bulunmaktadır.

Yabancı boşanma kararlarının NHK'da yer alan düzenlemeye göre tanınabilmesi için gerekli şartlar, ilgili Kanun'un 27/A maddesinde yer almaktadır. Bu şartlara ek olarak Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 9(6)'uncu maddesinde, yabancı ülke adli veya idari makamları tarafından verilen kararlarla ilgili, Türkiye'de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunmaması şartı aranmıştır. İlgili düzenlemenin farklı şekillerde yorumlanabilmesi uygulama birliği oluşmasına engel teşkil etmektedir.

Yönetmelik'te yer alan düzenlemeyle ilgili şu hususu ifade etmememiz gerekir ki, uygulamada, NHK'nın 27/A maddesine göre yabancı boşanma kararının tanınması için yapılan başvuru davadan feragat ile davanın açılmamış sayılması halinde "yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlarla ilgili Türkiye'de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş dava bulunmaması" şartı nedeniyle reddedilmemektedir. Davadan feragat ya da davanın açılmamış sayılması gibi durumlarda, açılmış ve halen devam eden dava bulunduğu bahsedilemeyeceken, bu durumların davanın reddi içerisinde değerlendirilebilmesi mümkündür. Davanın açılmamış sayıldığı durumlarda usulden red kararı verilebilmektedir. Bu kapsamda usulden verilen red kararı bulunması Yabancı Ülke Adli veya İdari Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmeliğin 9(6)'uncu maddesi çerçevesinde yabancı boşanma kararının tanınmasına engel teşkil ettiğinden uygulama bu yönüyle hatalıdır. Her ne kadar Bakanlık tarafından yayımlanan açıklamayla uygulama bu yönde olsa da, konuyla ilgili yasal düzenleme eksikliği giderilmelidir. Sonuç olarak yasal düzenleme yapılarak uygulamanın hukuki zemine oturtulması gerektiği kanaatindeyiz.

Yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen kararlarla ilgili Türkiye'de açılmış ve halen devam eden veya reddedilmiş boşanma davası bulunması ve reddedilmiş evliliğin iptali ya da tanıma taleplerinin NHK'nın 27/A maddesi çerçevesinde, yabancı

boşanma kararının nüfus kütüğüne tescil edilerek tanınmasına engel teşkil etmesi kanaatimizce makul görünmemektedir.

Taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu boşanma davasının Türk mahkemelerinde açılmasından sonraki bir tarihte yabancı ülke mahkemelerinde açılması mümkündür. Boşanmanın yabancı ülke mahkemesinde daha önce sonuçlanması durumunda, Türk mahkemelerinde görülmekte olan davada yabancı boşanma kararının tanınması istenebileceği gibi, bu boşanma kararının görevli ve yetkili mahkemeden tanınması da talep edilebilir. Türkiye’de açılmış ve hâlen devam eden boşanma davası bulunması, yabancı ülke mahkemelerinden verilen boşanma kararlarının, görevli ve yetkili Türk mahkemelerine başvurularak MÖHUK kapsamında tanınması talebine engel teşkil etmemektedir. Daha kolay bir şekilde kararların tanınması imkânı sağlamak amacıyla yapılan NHK düzenlemesi kapsamında yapılacak başvuruya da Türkiye’de açılmış ve halen devam eden boşanma davası engel teşkil etmemelidir.

Yabancı ülke idari makamlarına yapılan bir boşanma başvurusu bulunsa bile Türk yetkili mahkemelerinde boşanma davası açılabilir. Yabancı idari makam kararıyla tarafların boşanmalarına karar verilmesi durumunda, Türk mahkemelerinde açılan ve devam eden dava bulunması, yabancı kararın hukuki sonuçlarının kabul edilmemesine sebep olmamalıdır. Zira bu durumda çelişkili kararların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir. Türkiye’de açılmış ve halen devam eden bir boşanma davası bulunmasının, yabancı idari boşanma kararlarının kolay yoldan tanınmasına engel teşkil edecek olması kanaatimizce makul görünmemektedir.

Ayrıca Türk mahkemelerinden reddedilen boşanma davası bulunsa bile, başka bir sebebe dayanılarak yeniden boşanma davası açılabilmesi ya da boşanma davasının reddinden sonraki 3 yıl içinde ortak hayatın yeniden kurulamaması halinde de istem üzerine boşanmaya karar verilmesi mümkündür. Türk mahkemelerinde reddedilen boşanma davası bulunmasının, NHK’nın 27/A maddesi çerçevesinde yapılacak başvuruya engel teşkil etmesi de uygun olmayacaktır. Burada yabancı ülke mahkemelerinde açılan boşanma davası ile Türk mahkemelerinde açılan boşanma davasının farklı sebeplere dayanması mümkün olabilir. Ayrıca aynı sebeple dahi olsa Türk mahkemelerinde reddedilen boşanma davasından sonra 3 yıl içinde ortak hayat yeniden kurulamamışsa istem üzerine boşanmaya karar verilebilmektedir. Türk mahkemelerinde açılan boşanma davasının reddi üzerinden 3 yıl geçmekle ortak hayat yeniden kurulamadığında, bu süreden sonra bile yabancı boşanma kararının nüfus kütüğüne tescili talebinde bulunulamamasının mantığı anlaşılammaktadır.

Yine belirtmek gerekir ki, evliliğin iptaline ilişkin açılan davanın reddi halinde de yabancı boşanma kararının nüfus kütüğüne tescilinin kabul edilmemesi hak kaybına yol açabilecektir.

Son olarak Şu hususu da belirtelim ki, reddedilmiş tanıma talebinin de bu kapsamda değerlendirilmesi doğru değildir. Yabancı idari makam kararı hakkında NHK kapsamında başvuruda bulunmadan önce yetkili mahkemeye tanıma talebinin yöneltilmesi durumunda, MÖHUK kapsamında tanıma talebi kabul edilmeyip reddedildiğinde, NHK kapsamında yabancı idari kararın nüfus kütüğüne tescil edilemeyeceğinin kabulü kanaatimizce uygun olmayacaktır. MÖHUK çerçevesinde yabancı kararın tanınması için, kararın dava konusu veya taraflarla gerçek ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesi tarafından verilmemesi gerekmektedir. Taraflardan birinin yabancı olması hâlinde Türk vatandaşı olan diğer taraf veya vekilinin tek başına yabancı kararın nüfus kütüğüne tescili için başvuru yapması imkânı bulunmaktadır. Türk vatandaşı, diğer tarafın yabancı olduğu boşanma kararını, karar dava konusu veya taraflarla gerçek ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesi tarafından verilse bile nüfus kütüğüne tescil ettirebilecektir. Aynı mahkemeden karar alan diğer bir Türk vatandaşı ilk olarak MÖHUK kapsamında başvuru yapıp davanın bu nedenle reddi durumunda ise kararı nüfus kütüğüne tescil ettiremeyecektir. Bu durumda aynı mahkemeden karar alan iki farklı çiftin, boşanma kararlarından birinin nüfus kütüğüne tescili mümkün olabileceken, diğerinin tescil talebi reddedilecektir. Birçok açıdan eleştiriye açık olan şartın kanaatimizce Yönetmelikten çıkarılması gerekmektedir.

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

- Akıntürk T and Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (23th edn, Beta 2021).
- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1st edn, Vedat 2020).
- Akıncı Z and Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (1st edn, Vedat 2010).
- Altuğ Y and Yasan M, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni’ (2003) Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan 139-150.
- Arat T, ‘Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi’ (1964) XXI (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421-527.
- Arslan R, Yılmaz E, TaŐınar Ayvaz S and Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (5th edn, Yetkin 2019).
- Ayhan İzmirli L, ‘Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması’ (2018) XXII (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-126.
- Baumgartner SP, ‘How Well Do U.S. Judgments Fare in Europe’ (2008) 40 (1) George Washington International Law Review 173-231.

- Can H and Gümrah Toker A, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3th edn, Adalet 2018).
- Can H and Tuna E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2th edn, Adalet 2019).
- Carbonneau TE, 'The French Exequatur Proceeding: The Exorbitant Jurisdictional Rules of Articles 14 and 15 (Code Civil) as Obstacles to the Enforcement of Foreign Judgments in France' (1979) 2 (2) *Hastings International and Comparative Law Review* 307-332.
- Çelikel A, *Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması* (Fakülteler Matbaası 1963).
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021).
- Dayındarlı K, 'Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni' (1988) Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'a 65 inci Yaş Armağanı 657-692.
- Demir Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* (1st edn, Seçkin 2001).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Savaş 2021).
- Dolunay A, *Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, On İki Levha 2015).
- Dural M, Ögüz T and Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (16th edn, Filiz 2021).
- Ecemiş S, 'MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları' (2020) 22 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 357-395.
- Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması* (1st edn, Beta 2012).
- Ekşi N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2th edn, Beta 2000).
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2th edn, Beta 2020).
- Elbalti B, 'Reciprocity And The Recognition And Enforcement Of Foreign Judgments: A Lot Of Bark But Not Much Bite' (2017) 13 (1) *Journal Of Private International Law* 184-218.
- Ertaş Ş, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1987) 3 (1-4) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Kudret AYİTER'e Armağan 365-438.
- Ertan R, *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m.41)* (1st edn, Yetkin 2017).
- Esen E, 'Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi' (2007) 27 (1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 21-79.
- Frıntu VM and Gherghe ER, 'Divorce Through the Spouses' Agreement by Administrative Method or Notarial Procedure' in Vladimir Marascu-Klein (ed), *Advances in Fiscal, Political And Law Science* (Proceedings of the 2nd International Conference on Economics, Political and Law Science (EPLS '13) Brasov Romania, June 1-3, 2013) 185-190.
- Görgün Ş, Börü L, Toraman B and Kodaklıoğlu M, *Medeni Usul Hukuku* (8th edn, Yetkin 2019).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (1st edn, Yetkin 2021).
- Güven P, *Tanıma-Tenfiz* (1st edn, Yetkin 2013).
- Hanağası E, *Davada Menfaat* (1st edn, Yetkin 2009).
- Harder S, 'The Effects Of Recognized Foreign Judgments In Civil And Commercial Matters' (2013) 62 (2) *International and Comparative Law Quarterly* 441-461.

- Herzog PE, *Civil Procedure in France* (Springer 1967).
- Hill J and Sh ulleabh an MN, *Clorkson & Hill's Conflict Of Laws* (5th edn, Oxford University Press 2016).
- Huysal B, 'N fus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili' (2017) 37 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 473-507.
- Kaynak oğlu D, *Evliliğin Sona Ermesine İlişkin Yabancı Adli ve İdari Kararların N fus K tiğğine Doğrudan Tescili* (1st edn, Seçkin 2021).
- Kennett W, 'It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections On Family Law Dispute Resolution' (2016) 30 (1) International Journal of Law, Policy and Family 1-31.
- Kuru B, 'Dava Şartları' (1964) Ord. Prof. Sabri Şakir ANSAY'ın Hatırasına Armağan 109-147.
- McClellan D and Abou-Nigm Ruiz V (originally by: the late J.H.C.Morris), *The Conflict Of Laws* (9th edn, Sweet&Maxwell 2016).
- Murphy J, *International Dimensions In Family Law* (1st edn, Manchester University Press 2005).
- Nagy O V, 'The Marriage Dissolution On Administrative Way, Aspects Of Comparative Law' (2014) 1 (73) Revista Academiei Fortelor Terestre Nr 31-37.
- Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2th edn, Beta 2018).
-  k n A G, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni* (2th edn, Sermaye Piyasası Kurulu 1997).
-  nal A, 'Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukuki Niteliği' (2017) 37 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 576-610.
-  zbakan I, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Kazancı Hukuk Yayınları No. 58 1987).
-  zkan I and Tütüncübaşı U, *Uluslararası Us l Hukuku* (2th edn, Adalet 2020).
- Rabel E, *Conflict of Laws: Comparative Study* (Callaghan & Company 1945).
- Ruhi AC, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma İlamlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, On İki Levha 2020).
- Ryznar M and Devaux A, 'Voil ! Taking the Judge Out Of Divorce' (2018) 42 (1) Seattle University Law Review 161-184.
- Sakmar A, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma* (İstanbul Fakülteler Matbaası 1976).
- Sakmar A, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları* (İstanbul Fakülteler Matbaası 1982).
- Sargın F and Erten R, 'MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukuki Niteliği, Usul  ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: "Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği"' (2014) 3 (2) UTDER 37-136.
- Schulz A, 'II. The Liberalization of the French Law of Foreign Judgments' (2007) 56 (4) International and Comparative Law Quarterly 931-950.
- Şanlı Atay Y, *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler* (1st edn, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü 2011).
- Şanlı C, Esen E and Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021).
- Şensöz Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (1st edn, On İki Levha 2017).
- Tanrıbilir FB, 'Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler' in Vahit Doğan, Lale Ayhan İzmirli and Alper  ağrı Yılmaz (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler* (Savaş 2019) 375-385.

- Tarman ZD, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 37 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 798 – 820.
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020).
- Tiryakioğlu B, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996).
- Tiryakioğlu B, 'Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' (2012) Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan 1141-1165.
- Tütüncübaşı U, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması* (1st edn, Adalet 2014).
- Tütüncübaşı U, 'Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler' (2017) 19 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103-127.
- Uyanık Çavuşoğlu A, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma* (1st edn, Beta 2006).
- Wardle LD, 'International Marriage and Divorce Regulation and Recognition: A Survey' (1995) 29 (3) Family Law Quarterly 497-517.



Uluslararası Hukuk Bağlamında Amerika Birleşik Devletleri Başkanı'nın Dış Politika ve Savaş Yetkileri

The Foreign Policy and War Powers of the President of the United States of America from the Perspective of International Law

Cüneyt Yüksel^{*}, Kaan Erdoğan^{**}

Öz

Çalışmanın konusunu ABD Başkanı'nın dış politikanın yönetilmesine ilişkin yetkilerinin uluslararası hukuk, ABD Anayasası, ilgili mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmesi oluşturmaktadır. ABD'de yürütme erki olarak devlet başkanının dış ilişkilerin yürütülmesinde hükümetin temel organı olarak görevlendirilmesi öngörülmüştür. Öte yandan dış ilişkilerin yürütülmesi çerçevesinde değerlendirilen yetkilere dair kapsamlı bir düzenlemenin mevcut olmayışı tarih boyunca ABD Başkanı ile Kongre arasında söz konusu yetkilerin nasıl paylaşılması gerektiği hususunda tartışmalara yol açmıştır. İki bölümden oluşan çalışmada öncelikle uluslararası hukuk bağlamında devlet başkanının dış politika yetkilerinden diplomatik tanıma ile uluslararası antlaşma akdetme ve bu antlaşmaları sona erdirmeye ilişkin yetkileri irdelenmektedir. Tanıma meselesi özellikle yeni bir uluslararası hukuk kişisiyle diplomatik ilişkilerin başlatılması yahut önemli bir değişim sonrası bir devletin bu değişime dair kanaatinin netleştirilmesinde gündeme gelmektedir. Uluslararası antlaşmalar ise günümüzde devletlerin belirli konularda kurallar meydana getirmek amacıyla sıklıkla başvurduğu ve taraf olan devletler açısından bağlayıcılık taşıması nedeniyle özellikle önem arz eden bir dış politika aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise başkomutan olarak devlet başkanının savaş ve yurt dışındaki askeri operasyonlara dair yetkileri değerlendirilmektedir. Birleşmiş Milletler Antlaşması ile devletlerin kuvvet kullanması yahut kuvvet kullanma tehdidinde bulunması kural olarak yasaklanmış da bu yasağa ilişkin istisnalara da yer verilmiştir. Bu doğrultuda devletlerin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 7. Bölümü'nde düzenlenen kolektif güvenlik normları uyarınca yahut 51. maddede yer verilen meşru müdafaa haklarına dayanarak silahlı kuvvetlerini üçüncü ülkelerde görevlendirdiği bilinmektedir. Her ne kadar ABD'de savaş ilan etme yetkisi Anayasa ile Kongre'ye tanınmışsa da uygulamada devlet başkanının yürütme erki ve başkomutanlık sıfatlarına dayanarak bu alandaki yetkilerini geniş yorumladığı gözlemlenmektedir.

Anahtar Kelimeler

ABD devlet başkanı, dış politika, dış ilişkiler, uluslararası hukuk, savaş yetkileri

Abstract

This article concerns the evaluation of the powers of the US President apropos the foreign policy administration within the framework of international law, the U.S. Constitution, relevant legislation, and judicial decisions. The president of the United States represents executive power and is authorized to conduct foreign affairs as the principal government organ. Conversely, the absence of a comprehensive directive about the powers encompassed by the framework of the performance of foreign relations has caused discussions throughout history on the basis of the division of such powers between the president and Congress. The first part of this bipartite research examines diplomatic recognition, which is

* Sorumlu Yazar: Cüneyt Yüksel (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8580-6967

** Kaan Erdoğan (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: kaan.erdogan@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-9920-2328

Atf: Yüksel C, Erdoğan K, "Uluslararası Hukuk Bağlamında Amerika Birleşik Devletleri Başkanı'nın Dış Politika ve Savaş Yetkileri" (2022) 42(1) PPIL 293. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.1017565>



considered an implicit power of the president. The paper then investigates the allocation of power vis-à-vis the finalization of treaties and other international agreements as well as decisions to withdraw from them. The issue of recognition matters specifically when a state establishes diplomatic relations with an entity that has recently attained legal international personality. Nevertheless, treaties are often used as foreign policy tools because they allow states to stipulate binding rules. The second part of this study addresses the war powers and the management of overseas military operations within the ambit of the authority of the president as the nation's Commander-in-Chief. The United Nations Charter in principle prohibits states to use force or threaten to use force. Nevertheless, exceptions to this prohibition are also stipulated through collective security norms inscribed in Chapter 7 and the acknowledgment of the inherent right of countries to self-defense in Article 51. The US Constitution grants Congress the power to declare war; in practice, however, presidents broadly construe their powers in this domain based on their executive authority and the title of Commander-in-Chief.

Keywords

US president, foreign policy, foreign affairs, international law, war powers

Extended Summary

The Constitution of the United States attributes high importance to the system of checks and balances and accordingly allocates powers and responsibilities through relevant organs of the government. This issue is especially addressed in matters related to the execution of foreign policy and military operations because of certain disputes that have emerged between presidents, who act as the executive branch of the administration, and the legislative authority represented by Congress. This bipartite study evaluates the topic of state power by considering related historical developments, judicial decisions, and doctrinal discussions.

The first part of this paper examines the role discharged by international law regarding foreign policy tools through the power of recognition and the finalization of international agreements, respectively. Diplomatic recognition may briefly be defined as an explicit or tacit declaration of the state acknowledgment of a specific matter, such as the existence of the legal personality of another state, generally to establish diplomatic relations. A state may also avoid the recognition of a certain situation or even renounce its earlier decisions because such actions are voluntary. Thus, a state's diplomatic recognition could significantly influence international law. The issue of diplomatic recognition is not mentioned in a specific clause in the US Constitution. However, several Supreme Court cases have stated that the power of recognition is deemed an implied authority. Taking this approach, the president is accorded plenary and exclusive power on such matters.

The first section of this paper also investigates the ratification or termination of international agreements within the scope of the constitutional authority of the US President. International agreements are widely utilized by states and international organizations to clarify bilateral or multilateral intentions, rights, or responsibilities of their parties. Therefore, an international agreement is also a core aspect of a state's foreign policy instruments. Only international agreements ratified through the

advice and consent of the Senate may be labeled treaties in the United States. The US Constitution authorizes the president to ratify a treaty only upon receipt of approval from two-thirds of the Senate. Conversely, presidents are empowered with settling executive agreements that are also binding under international law. Certain criteria exist for international agreements to be considered treaties. They include but are not limited to the existence of commitments or risks that could affect the entire country, their possible effects on state laws, the need for a Congressional act to implement articles of the treaty, previous US policies, and general international practices. International agreements concerning human rights, extradition, judicial assistance, and arms control are common exemplars of treaties.

However, the authority of a US President concerning the termination of an international agreement or withdrawal from such an arrangement is disputable, especially with respect to treaties. The US Constitution does not encompass any clause specifying a process for the termination of a treaty. The approach of deeming termination a presidential power relies mainly on a Supreme Court's decision acknowledging the president as the sole organ in foreign policy as well as the president's executive authority. This perspective is contended by the mandate that the Senate's consent is required for the termination of a treaty or withdrawal from it as a consequence of the principle of formal parallelism. Several Senators brought this issue to the notice of the Supreme Court after President Carter's unilateral decision to withdraw from a treaty. However, the Supreme Court dismissed the case, reasoning that it was a "non-justiciable political question." Hence, the termination of a treaty is widely considered a foreign policy-related power of the President of the United States.

The second segment of this paper attends to the president's war powers. The US Constitution authorizes Congress with the power to declare war. Principally, this decision was meant to avoid unnecessary conflicts by stipulating the collaborative thought process of many representatives. Nevertheless, the President of the United States is also titled the Commander-in-Chief and the position accords certain rights and responsibilities vis-à-vis resorting to force. Thus, the overseas deployment of military forces has, in practice, resulted in certain disputes occurring between the president and Congress.

In the early years, the title of Commander-in-Chief was thought to grant the office of the president limited tactical control powers. Nevertheless, presidents expanded their authority over time, citing their foreign policy powers, treaty obligations, or United Nations Security Council decisions. In response, Congress passed the War Powers Resolution aiming to restrict the presidential use of US military forces abroad only to instances of the declaration of war, specific statutory authorizations, or national emergencies generated by an attack on the United States. This resolution also obligated

the president to notify Congress in case of the country's involvement in hostilities. Another significant aspect of the resolution was the establishment of a 60-day limit for military operations abroad and the imposition of the mandate to terminate any deployment of military forces unless it was specifically authorized by Congress through a declaration of war, the enacting of specific authorization, the extension of the sixty-day period by law, or the physical impossibility of cessation because of an armed attack on the United States. Despite all such efforts, US Presidents have continued to deploy military forces abroad on numerous occasions without seeking prior Congressional approval.

Uluslararası Hukuk Bağlamında Amerika Birleşik Devletleri Başkanı'nın Dış Politika ve Savaş Yetkileri

Giriş

Çalışmanın konusunu Amerika Birleşik Devletleri'nde ("ABD") devlet başkanının dış politikanın oluşturulup yerine getirilmesi ve askeri güce başvurulması çerçevesindeki yetkilerinin değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki düzenlenirken devlet organlarının uluslararası alanda etki doğuracak hususlara ilişkin yetkileri nasıl paylaşması gerektiği meselesi farklı yaklaşımlarla çözümlenmeye çalışılmıştır. ABD'de henüz Anayasa'nın ilk oluşturulduğu dönemlerde dahi tartışılan bu husus zaman içerisinde çeşitli örnekler üzerinden yargıya da taşınmış; bu sayede kuvvetler ayrılığı ilkesi ile devlet başkanının dış ilişkilerin yürütülmesinde asli yetkili makam olarak benimsenmesi anlayışının uygulamada birlikte nasıl yürütülmesi gerektiğine ilişkin pek çok farklı soruya yanıt verebilecek kapsamlı analizler ortaya konabilmiştir.

ABD Anayasası oluşturulurken bir ölçüde Britanya örneğinden esinlenilmişse de ABD'de kuvvetler ayrılığı ilkesine riayet edilmesine çok daha fazla önem atfedildiği ve bunun bir sonucu olarak da devlet başkanının tek başına kullanabildiği dış politikaya dair yetkilerinin Britanya Kralı'na kıyasla çok daha sınırlı tutulduğu görülmüştür¹. ABD Anayasası'nın 2. maddesinin birinci bölümünde yürütme yetkisinin ABD Başkanı'na verilmesi öngörülmüş; maddenin devamında ise Başkan'a bu kapsamda çeşitli yetkiler tanınmıştır². Her ne kadar Anayasa'da dış politika yahut dış ilişkiler gibi bir terim kullanılmamış ve bu alanı ilgilendiren pek çok mesele anayasa metninde yer almamışsa da Başkan'a tanınan yetkilerin bir kısmının dış politikayla doğrudan ilişkili olduğu görülmektedir³.

Nitekim Anayasa'nın 2. maddesinin ikinci bölümünde ABD Başkanı'nın başkomutan olduğu belirtilmiş ve devamında Senato'nun mütalaası ve rızası ile mevcut senatörlerin üçte ikisinin onayıyla uluslararası antlaşma yapma yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra aynı madde uyarınca, ABD Başkanı büyükelçiler ile diğer diplomatik kişileri atama ve yabancı devlet büyükelçilerini ve diğer devlet temsilcilerini kabul etme yetkisini de haizdir. Benzer bir şekilde ABD Başkanı'nın yabancı diplomatik personeli *persona non grata* (istenmeyen şahıs) ilan ederek ABD'yi terk etmeye zorlama yetkisine de sahip olduğu kabul edilmektedir⁴.

1 Louis Fisher, *The Law of the Executive Branch: Presidential Power* (Oxford University Press 2014) 262-63.

2 U.S. Const. art. II, § 1.

3 Dana C. Makielski, 'Foreign Policy: Can the President Act Alone? Gaps and Conflicts in the Constitutional Grants of Power' (1996) 1 Richmand Public Interest Law Review 87, 87.

4 John M. Harmon, 'Presidential Power to Expel Diplomatic Personnel from the United States, Memorandum Opinion for the Deputy Attorney General and the Associate Attorney General' (4 April 1980), 207 <https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1980/04/31/op-olc-v004a-p0207_0.pdf> Erişim Tarihi 31 Ekim 2021.

Kaldı ki her ne kadar Anayasa’da sayılan yetkiler sınırlı gözükmese de George Washington’dan beri ABD Başkanları tarafından anayasal yetkilerinin geniş yorumlandığı söylenebilmektedir⁵. Nitekim “yegâne organ” doktrinine göre devlet başkanının dış ilişkilerin yürütülmesinde bağımsız olduğu ve herhangi bir kontrole tabi tutulmaması gerektiği ileri sürülmekte, federal hükümetin yetkilerinin açıkça yahut örtülü bir şekilde anayasa tarafından tanınanlarla sınırlı olduğu kabulünün iç ilişkilere dair meseleler açısından söz konusu olduğu savunulmaktadır⁶. Bu çerçevede Başkan’ın dış ilişkilere dair yetkileri Anayasa’nın 2. maddesinin ikinci ve üçüncü bölümlerinde sayılanlarla sınırlı kabul edilmemektedir⁷. Hatta bu yaklaşıma göre Başkan’ın yürütme yetkisi çerçevesinde, Anayasa tarafından özellikle Kongre’ye yetki tanınmayan yahut Senato’yla birlikte hareket edilmesi öngörülmeyen dış ilişkilerin yönetilmesine dair hususlarda, yetkili kabul edilmesi gerekmektedir⁸. Dolayısıyla ABD Başkanı Kongre tarafından sınırlanmadıkça dış ilişkilere dair kararlar alıp bu kararları icra edebilecektir⁹.

Yargıç Robert Jackson Youngstown Sheet & Tube Co. Sawyer’a Karşı (*Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer*) davasında bu durumu, başkanlık yetkilerinin sabit olmadığı ve Kongre’nin yetkileriyle çakışmasına yahut bunlardan arı olmasına bağlı olarak değişkenlik gösterebileceği şeklinde açıklamıştır¹⁰. Gerçekten de ABD Başkanları pek çok kez Kongre’nin onayı olmaksızın dış ilişkilere dair kararlar almış ve genelde Kongre tarafından bu durum sorgulanmamıştır¹¹. Keza ABD Yüksek Mahkemesi de ABD Curtiss-Wright Export Corp’a Karşı (*United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*) kararında, Başkan’ın dış ilişkilerde federal hükümetin yegâne organı olduğunu beyan etmiş ve bu kapsamda kendisine tanınan bir yetkiyi kullanırken Kongre tarafından tesis edilecek bir işleme ihtiyaç duyulmadığına hükmetmiştir¹². Öte yandan devlet başkanının birtakım münhasır yetkilere sahip olduğu yönündeki görüş öğretide Amerikan tarihiyle bağdaşmadığı; Amerikan siyasi teorisini ihlal ettiği; anayasaya aykırı olduğu; gereksiz, demokratik olmayan ve tehlikeli bir yaklaşım olmakla eleştirilmiş ve böyle bir yaklaşımın benimsenmesinin hükümetin yetkilerine

5 Makielski (n 3) 88.

6 Fisher (n 1) 266-67.

7 Saikrishna B. Prakash ve Michael D. Ramsey, ‘The Executive Power over Foreign Affairs’, (2001) 111 The Yale Law Journal 231, 295.

8 Dış ilişkiler pek çok sosyal bilimci tarafından yürütme yetkisinin bir parçası olarak değerlendirilmiştir. (ibid 269). ABD Anayasası tarafından Kongre’ye tanınan dış ilişkilere dair yetkilerin başlıcaları olarak bütçe hakkı; yabancı milletlerle ticaretin düzenlenmesi yetkisi; savaş ilan etme ve orduyla donanmanın beslenmesi sayılabilir. (Micaela Del Monte ve Elena Lazarou, ‘How Congress and President Shape US Foreign Policy’, (2017) European Parliamentary Research Service Briefing 2).

9 Makielski (n 3) 90.

10 Buna göre Başkan’ın yetkileri Kongre tarafından açıkça veya zımni bir şekilde yetkilendirildiği durumlarda “azami”, böyle bir yetkinin olmadığı durumlarda Kongre’yle kesişen yetkiler açısından “belirsiz bölgede” ve Kongre’nin açık veya örtülü iradesiyle bağdaşmayan durumlarda ise “asgari” seviyededir. (*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 637 (1952)).

11 Makielski (n 3) 97.

12 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 318-19 (1936).

dair hesap verebilirliği olumsuz etkileyebileceği uyarısında bulunulmuştur¹³. Kaldı ki Yüksek Mahkeme'nin Kongre'nin anayasal yetkisi çerçevesinde dış ilişkilere müdahil olup devlet başkanını sınırlamayacağı yahut kararlarının değişmesine yol açabilecek işlemler tesis edemeyeceği yönünde bir kararı da mevcut değildir¹⁴. Sonuç olarak kurucu liderler tarafından Anayasa tasarlanırken dış ilişkilerin yürütülmesine dair yetkilerin Kongre ve Başkan arasında paylaşılmasının mı öngörüldüğü yoksa Kongre'ye bu alanda önemli yetkiler tanınmayarak devlet başkanının daha fazla yetkiye sahip olmasının mı hedeflendiği hususunda bir uzlaşıdan söz edebilmek mümkün değildir.

ABD Anayasası 2. madde ikinci bölümü uyarınca Başkan aynı zamanda başkomutan unvanını haizdir. Öte yandan ABD Başkanı'nın başkomutan olduğu ABD Anayasası'nda düzenlenmişse de söz konusu hüküm ile bu yetkinin içeriği net bir şekilde açıklanmamıştır¹⁵. Her ne kadar Anayasa ile savaş ilan etme yetkisinin Kongre'ye tanınması sebebiyle 20. yüzyıl ortalarına değin devletin savaşa sokulmasına ilişkin anayasal yetkilerin tamamen Kongre'ye ait olduğu kabul görmüşse de uygulamada, 1950'de Başkan Truman'ın Kongre'nin onayını almaksızın Kuzey Kore'ye askeri müdahale gerçekleştirmesiyle başlayan ve halef başkanlar tarafından da devam ettirilen bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir¹⁶.

Çalışmada, yukarıda açıklanan bilgiler ışığında, ABD Başkanı'nın uluslararası hukuk açısından önemli sonuçlar doğurabilecek dış politikaya ve silahlı kuvvetlerin yurtdışında kullanılmasına dair başlıca yetkilerinin incelenmesi amaçlanmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde dış politika kapsamındaki önemli yetkilerden olduğu değerlendirilen diplomatik tanıma üzerinde durulacaktır. Zira her ne kadar Anayasa'da bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da örtülü olarak ABD Başkanı'na diplomatik tanıma yetkisinin tanındığı kabul edilmektedir¹⁷. Bu kapsamda tanımının uluslararası hukuk açısından taşıdığı önemin açıklanmasının ardından ABD Başkanı'nın bu yetkisinin gerekçelerine dair teoriler tartışılacak ve yetkinin niteliği değerlendirilecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde ayrıca devletlerin günümüzde uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde sıklıkla başvurduğu bir araç olan uluslararası antlaşmalar ABD Başkanı'nın yetkileri açısından incelenecektir. Yakın geçmişte o dönemki Başkan Trump'ın tek taraflı alınan bir kararla NATO'dan ayrılma yetkisine sahip olup olmadığı yönündeki tartışmalarla gündeme gelen¹⁸ uluslararası antlaşmalara taraf

13 Fisher (n 1) 267.

14 ibid 268.

15 Jennifer K. Elsea 'Defense Primer: President's Constitutional Authority with Regard to the Armed Forces' (2020) Congressional Research Service 1.

16 Fisher (n 1) 309-09.

17 Prakash ve Ramsey (n 7) 312-13.

18 Robbie Gramer, 'Trump Cant't Do That. Can He?' (*Foreign Policy*, 17 Ocak 2019) <<https://foreignpolicy.com/2019/01/16/trump-cant-do-that-can-he-nato-russia-congress/>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.

olma ve bu antlaşmalardan çekilme devlet başkanının tek başına hareket etmemekle birlikte oldukça etkin rol üstlendiği bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. ABD iç hukukunda uluslararası antlaşmalar teriminin sadece Senato'nun onayına tabi olan uluslararası antlaşmalar için kullanıldığı görülmektedir. Oysaki günümüzde ABD Başkanı belirli koşullar altında, Senato'nun onayını almadan yürütme antlaşmaları da yapabilmektedir¹⁹. Kaldı ki her ne kadar Anayasa uluslararası antlaşmalara nasıl taraf olunacağına dair açık hüküm içeriyorsa da aynı durumu antlaşmaların sona erdirilmesi için de söylemek mümkün değildir. Çalışmanın bu bölümünde her iki antlaşma türü de ayrı ayrı incelenecek ve antlaşmalara taraf olma ve antlaşmaların feshi ya da antlaşmalardan çekilme sürecine ilişkin tartışmalar mevcut içtihat uyarınca tahlil edilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, ABD Başkanı'nın savaş yetkileri incelenecektir. Nitekim Anayasa'da ABD Başkanı'nın başkomutanlık yetkisini haiz olduğu belirtilmiştir. ABD başkanları da bu doğrultuda tarih boyunca başkomutanlık yetkisini etkin bir şekilde kullanmış ve İkinci Dünya Savaşı'nın ardından yurt dışında gerçekleştirilen askeri operasyonların önemli bir kısmı Kongre'den ayrıca yetki talep edilmeksizin gerçekleştirilmiştir²⁰. Devlet başkanının söz konusu yetkiye dayanarak alacağı kimi kararların dış politika açısından önemli sonuçlara yol açması beklenebilir. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde Anayasa tarafından savaş ilan etme yetkisi tanınan Kongre ile Başkomutan arasında savaş yetkilerinin nasıl paylaşıldığı Savaş Yetkileri Kararı'ndaki hükümler ve uygulamada uluslararası örgütlerin kararlarının yarattığı sonuçlar da dikkate alınarak irdelenecektir.

I. ABD Başkanı'nın Dış Politika Yetkileri

Dış politika genel hatlarıyla, bir devletin dış dünyayla ilişkilerin yürütülmesi hususunda benimsediği siyasi, ekonomik veya güvenlik politikaları olarak tanımlanabilir²¹. ABD'de herhangi bir dış politikanın belirlenmesinde ve uygulanmasında devlet başkanı en önemli hükümet organı olarak görülmektedir²². Öte yandan dış ilişkilerin yürütülmesi hususunda devlet başkanının tek başına kullanabildiği yetkilerinin oldukça sınırlı olduğu ve genel olarak dış ilişkilerin yürütülmesinin bir parçası olarak değerlendirilebilecek yetkiler açısından Başkan ile Kongre'nin birlikte hareket etmelerinin öngörüldüğü de göz önünde bulundurulmalıdır²³.

19 Saikrishna Bangalore Prakash, *The Living Presidency: An Originalist Argument Against the Ever-Expanding Powers* (The Belknap Press of Harvard University Press 2020) 200-201.

20 Jennifer K. Elsea, 'Defense Primer: Legal Authorities for the Use of Military Forces' (2021) Congressional Research Service 1.

21 G.R. Berridge ve Alan James, *A Dictionary of Diplomacy* (Palgrave Macmillan 2003) 107.

22 H. Jefferson Powell, 'The President's Authority over Foreign Affairs: An Executive Branch Perspective' (1998) 67 *The George Washington Law Review* 527, 527-29.

23 Fisher (n 1) 261.

Çalışmanın bu bölümünde ABD Başkanı'nın dış politikanın belirlenmesi ve yönetilmesinde başvurabileceği başlıca kaynakların incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle devlet başkanının diplomatik tanıma yetkisi incelenecektir. Zira diplomatik tanıma çoğu zaman uluslararası hukuk kişileri arasında ilişkilerin kurulmasında ilk aşama olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bölümde ayrıca, günümüzde çok çeşitli konuları kapsayabilmesi ve devletler arasında hak ve yükümlülüklerin netliğe kavuşmasını sağlaması sebebiyle diplomasinin önemli unsurlarından biri halini alan uluslararası hukukun asli kaynaklarından uluslararası antlaşmaların akdedilmesi süreci üzerinde durulacaktır.

A. Devlet Başkanının Tanıma Yetkisi

1. Genel Olarak Tanıma

Tanıma kısaca, bir hukuk kişinin önemli bir durumun varlığı ve meşruiyetine yönelik gerçekleştirmiş olduğu tek taraflı irade beyanı olarak tanımlanabilir²⁴. Bu haliyle tanıma, uluslararası hukuk sisteminde maddi ve hukuki açıdan genel geçer tespitlerde bulunmaya yetkili üstün bir otoritenin yokluğundan doğan boşluğu doldurmada ve olası uyuşmazlıkların çözümü açısından önem teşkil etmektedir²⁵. Tanıma uygulamada özellikle devletlerin tanınması açısından gündeme gelmektedir.

Devletin tanınması, yazılı veya sözlü beyanlarla açıkça gerçekleştirilebileceği gibi tanıyan devletin bu yöndeki iradesini net bir şekilde ortaya koyan resmi diplomatik ilişkilerin kurulması, herhangi bir açıklama yapılmaksızın geçici nitelikte olmayan ikili uluslararası antlaşmaların akdedilmesi gibi yöntemlerle zımni olarak da gerçekleştirilebilir²⁶. Tanıma kararında önemli olan tanıyan devletin niyeti olduğundan, örtülü tanıma olarak değerlendirilebilecek durumların bazı örneklerle sınırlı olduğu ve bu takdirde dahi örtülü tanıma olduğu düşünülen işlemi etkileyen tüm unsurların göz önüne alınması gerektiği unutulmamalıdır²⁷.

Tanımanın en önemli örneği, devletlerin diplomatik ilişkilere girebilmek amacıyla bir oluşumun uluslararası hukuk kişiliğini haiz olduğuna kanaat getirdiği yönündeki açıklamalarıdır²⁸. Dolayısıyla tanıma özellikle iç savaş, bir bölgenin el değiştirmesi gibi önemli değişiklikler ardından gündeme gelen bir konu olup yabancı

24 Ayşe Nur Tütüncü, Enver Arıkoğlu, Verda Neslihan Akün ve Elif Başkaracaoğlu, *Toluner Milletlerarası Hukuk* (2nci Baskı, Beta 2019) 71.

25 Mehmet Emin Çağırın, *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri* (Platin 2005) 165.

26 Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge University Press 2010) 28; Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press 2017). Öğretide genel olarak savaş tutsaklarının değişimi gibi bazı antlaşmaların ise sınırlı bir kapsama sahip olmaları nedeniyle zımni tanıma olarak değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: III. Kitap* (6. Baskı, Turhan 2019) 10-11.

27 Shaw (n 26) 343-44. Hükümetlerin örtülü olarak tanınmasında ise daha düşük kıstaslar öngörülmekte ve ilişkilerin sürdürülmesi bir çeşit örtülü tanıma olarak değerlendirilmektedir. Pazarcı (n 26) 17.

28 Carlo Focarelli, *International Law* (Edward Elgar Publishing 2019) 55.

bir devlete ait herhangi bir hususun tanıyan devlet açısından geçerliliğinin tespit edilmesini sağlamaktadır²⁹. Her ne kadar mevcut uluslararası hukuk normları ile bir devletin varlığından söz edebilmek için gerek duyulan ölçütler ortaya konmuş ise de devletler hangi oluşumların kendileri nezdinde devlet olarak kabul edileceğine kendileri karar vermektedirler³⁰. Devletlerin tanınması meselesi bir devletin ancak tanınma ile uluslararası hukuk kişiliğini kazanacağını savunan kurucu okul ve bir devletin bilfiil var olmasıyla diğer devletlerin talep ve eylemlerinden bağımsız olarak uluslararası hukukun muhatabı haline geldiği, dolayısıyla tanımanın sadece bu gerçeğin kabulünü ilan etmesi sebebiyle devletin uluslararası hukuk kişiliği açısından bir sonuç yaratmayacağını ileri süren açıklayıcı okul taraftarları arasında görüş ayrılıklarına yol açmıştır³¹.

Öte yandan hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin, bir oluşumun devlet olarak tanınması yahut tanınmaması uluslararası hukuk açısından doğrudan bağlayıcı bir sonuç yaratmasa dahi böyle bir tanıma kararı uluslararası toplumda bir uzlaşmaya yol açıp yeni oluşumun diğer devletlerin arasına katılmasını kolaylaştırabileceği gibi bunun aksi bir tutum da bu durumun güçleşmesine yol açabilecektir³². Her halükârda tanımaya yönelik bir hukuki işlemin tesisi ile tanıyan devlet açısından kural olarak tanınan durumun mevcudiyeti ve meşruiyetine itiraz etme hakkı yitirileceğinden tanıma hem işlemi tesis eden devlet hem de muhatabı açısından önem taşımaktadır³³. Keza tanımanın gerçekleşmesinin ardından tanınan devletle ilişkilerin uluslararası hukuka riayet edilerek yürütülmesi gerekecek; buna karşılık tanınan devletten de uluslararası hukuk sorumluluklarını ifa etmesi beklenebilecektir³⁴.

Devletlerin tanınmasının yanı sıra, özellikle yeni bir hükümetin var olan bir devlet içerisinde olağan dışı yollarla gücü ele geçirmesi durumunda, hükümetlerin tanınması yahut bu tanımanın geri alınması meselesi de gündeme gelebilmektedir³⁵. Zira hükümet devletin kurucu unsuru olduğundan devletin tanınması ilke olarak hükümetin de tanınması sonucunu doğursa da olağan olmayan yollarla hükümet değişikliğinin gerçekleştiği durumlarda, uygulamada yeni hükümetin meşruiyeti diğer devletler tarafından sorgulanabilmektedir³⁶. Uluslararası hukuk bu anlamda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanıdığından, yeni devletin yahut hükümetin egemenlik iddia ettiği bölge üzerinde etkin kontrole sahip olmaması gerekçesiyle tanıma gerçekleşmeyebildiği

29 Ti-chiang Chen, *The International Law of Recognition: With Special Reference to Practice in Great Britain and the United States*, (Frederick a. Praeger, Inc. 1951) 13.

30 Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (11. Baskı, Seçkin 2020) 127.

31 Chen (n 29) 14.

32 Focarelli (n 28) 57.

33 Pazarcı (n 26) 4; Tütüncü, Arıkoğlu, Akün ve Başkaracaoğlu (n 24) 71.

34 Acer ve Kaya (n 30) 129.

35 Lassa Oppenheim, *International Law* (9. Bası, 1992 Longman), vol. I, 149; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7 Bası, Routledge 1997) 86; Pazarcı (n 26) 15-16.

36 Çağırın (n 25) 182

gibi devletler sadece yeni durumu onaylamamaları nedeniyle de tanımadan imtina edebilmektedirler³⁷.

Tanıma, geçici ve sınırlı bir nitelik taşıması sebebiyle daha ziyade mevcut durumun devamlılığından şüphe duyulduğunda başvurulmuş ve kesin bir nitelik taşımayan *de facto* tanıma yahut tüm hukuksal etkileriyle kesin ve geri alınamaz sonuçlar doğuran *de jure* tanıma olarak gerçekleşebilir³⁸. Buradaki *de facto* ve *de jure* terimleri tanımanın niteliğini değil, tanınan durumu ifade etmektedir³⁹. Genel olarak *de jure* tanımanın ancak devletin bağımsızlığını yitirmesi gibi fiili durum değişikliklerinin varlığı halinde geri alınabileceği kabul edilmektedir⁴⁰. Tanımanın açık bir bildirimle yapıldığı hallerde, aksine bir hüküm bulunmadıkça, *de jure* bir tanımanın vuku bulduğu kabul edilmelidir⁴¹. Uygulamada *de facto* tanımanın daha ziyade hükümetlerin tanınmasında söz konusu olduğu görülmektedir⁴².

Tanıma bir uluslararası hukuk kişisiyle diplomatik ilişkilerin kurulmasının ilk adımı olduğundan şüphesiz bir dış politika aracı olarak büyük önem arz etmektedir. Nitekim günümüzde egemen devletler arasında egemenlik alanlarına ilişkin çeşitli uyuşmazlıklar mevcut olduğu gibi dünyanın dört bir yanında kimi devlet dışı aktörler tarafından da devlet olarak tanınmaya ilişkin talepler yöneltilmektedir. ABD Başkanı'nın bu kapsamda vereceği kararlar söz konusu devlet ile ABD arasındaki uluslararası hukuk ilişkisinin nitelendirilmesi açısından önem taşıyacak ve hatta dolaylı olarak üçüncü devletleri de etkileyebilecektir.

2. Devlet Başkanının Diplomatik Tanıma Yetkisinin Kaynağı

ABD Başkanı'nın yabancı bir devletin yahut hükümetin tanınması ya da yabancı hükümetle diplomatik ilişkilerin sürdürülmemesi hususlarında mutlak ve münhasır bir yetkiyi haiz olduğu ve bu yetkisinin hem yasama organı olan Kongre hem de mahkemeler üzerinde bağlayıcılık taşıdığı kabul edilmektedir⁴³. Ancak Anayasa'da devlet başkanının tanıma yetkisine dair açık bir hüküm bulunmuyor oluşu bu yetkinin kaynağına ilişkin birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Yargıç Sutherland bu durumu açıklarken, harici egemenliğe ilişkin savaş ilanı, barış yapma, antlaşma akdetme, diplomatik ilişkilere girme gibi hususlarda anayasada müspet hükümlere yer verilmediği hallerde dahi, söz konusu yetkilerin ulus olmanın beraberinde getirdiği yetkiler olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve devletin dış ilişkilerdeki

37 Malanczuk (n 35) 86-87.

38 Pazarıcı (n 26) 9-10.

39 Oppenheim (n 35) 154-55.

40 Shaw (n 26) 346; Pazarıcı (n 26) 6.

41 Malanczuk (n 35) 88.

42 Malanczuk (n 35) 88.

43 Robert J. Reinstein, 'Recognition: A Case Study on the Original Understanding of Executive Power' (2011) 45 University of Richmond Law Review 801, 801-02.

temsilcisi olarak bu yetkinin Başkan'a ait olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur⁴⁴. Öte yandan Yüksek Mahkeme tarafından Başkan'ın yetkilerinin Kongre'ye yahut bizzat Anayasa'ya dayandırılması gerektiği kabulü dikkate alındığında bu yaklaşımın tanıma yetkisini gerekçelendirmek için yeterli olmadığı görülmektedir⁴⁵.

Tanıma yetkisi ayrıca, devletlerin karşılıklı diplomatik heyet görevlendirmelerinin tanımanın bir göstergesi olması sebebiyle, Başkan'ın büyükelçiler ile diğer diplomatik kişi ve konsolosları atama yetkisinin bir sonucu olarak da değerlendirilmektedir⁴⁶. Başkan'ın bu atamaları Senato'nun mütalaa ve rızasıyla gerçekleştirdiği dikkate alındığında ise mevcut düzenlemenin münhasır bir tanıma yetkisine meşruiyet sağlamadığı görülmektedir. Benzer bir şekilde, yine Anayasa'da yer verilen, büyükelçileri ve diğer yabancı devlet temsilcilerini kabul etme yetkisi üzerinden bir ilişkilendirme yapıldığında ise Kongre ile Başkan arasında bir yetki paylaşımı öngörülmediği anlaşılmaktadır. Gerçekten de diplomatik temsilcilerin kabulü zımni bir tanıma anlamına gelebilmektedir. Nitekim Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi de Zivotofsky Dışişleri Bakanı'na Karşı (*Zivotofsky v. Secretary of State*) kararında bu görüşü benimseyerek Anayasa'nın 2. maddesinin üçüncü bölümünde yer verilen diplomatik temsilcileri kabul yetkisinin yabancı hükümetleri tanıma yetkisini de içerdiğine hükmetmiştir⁴⁷. Ancak buna rağmen, tanıma kararının diplomatik temsilcilerin kabul edilmesine yönelik işlemlerle sınırlı olmaması sebebiyle, böyle bir kabulün sadece tanımanın ispatı olarak değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır⁴⁸.

Son olarak öğretide ayrıca, Anayasa'da yürütme yetkisinin Başkan'a tanındığı ve bunun bir sonucu olarak Anayasa tarafından açıkça aksi öngörülmeleyen durumlarda, dış ilişkilerin yürütülmesi dâhil olmak üzere, yürütmeye ilişkin her türlü konuda Başkan'ın yetkili olduğu ileri sürülmüş; dolayısıyla dış ilişkilerin ayrılmaz bir parçası olan tanıma kararının da Başkan'ın yetki alanı içerisine girdiği savunulmuştur⁴⁹. Kanaatimizce de Başkan'ın tanıma yetkisini gerekçelendirirken yürütme organı görevinden hareket etmek daha uygun olacaktır. Nitekim pek çok yargı kararında da tanıma, yürütme organı olması münasebetiyle yalnızca Başkan'a tanınan bir yetki olarak değerlendirilmiştir⁵⁰. Bu kapsamda örneğin ABD Pink'e Karşı (*United States v. Pink*) davasında tanıma, uluslararası ilişkiler alanında federal hükümetin yegâne organı olan Başkan'ın "*makul bir zımni yetkisi*" olarak sayılmıştır⁵¹.

44 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 318-20 (1936). Sutherland'ın ileri sürdüğü yaklaşım devletin yalnızca Anayasa'da kendine tanınan yetkileri kullanabileceği yönündeki temel ilkelerle çeliştiği ve dış ilişkilere dair yetkilerin tamamen Başkan'a tanınmak yerine bu alanda Başkan ile Kongre arasında yetkilerin paylaşıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. (Reinstein (n 43) 809).

45 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 585 (1952).

46 Reinstein (n 43) 810-11.

47 *Zivotofsky v. Secretary of State*, 571 F.3d 1231, 7, U.S. App. D.C. (2009) <[https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/17EEECBA92C867D5852578070046747A/\\$file/07-5347-1195643.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/17EEECBA92C867D5852578070046747A/$file/07-5347-1195643.pdf)> Erişim Tarihi 13 Haziran 2021.

48 Reinstein (n 43) 812.

49 Prakash & Ramsey (n 7) 256-57.

50 Powell (n 22) 556.

51 *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 229-30 (1942).

3. Devlet Başkanı'nın Diplomatik Tanıma Yetkisinin Niteliği

ABD’de devlet başkanının tanıma yetkisinin mutlak ve münhasır olduğu söylenebilmektedir⁵². Zira Başkan’ın tanımaya ilişkin gerçekleştirdiği herhangi bir işlemin geçerliliği için yasama organının rızasına ihtiyaç duyulmamaktadır⁵³. Keza Kongre’nin herhangi bir ülkeye diplomatik temsilcilerin atanmasını şart koşması yahut buna mâni olması suretiyle belirli bir devletin tanınmasını veya söz konusu ülkeyle ilişkilerin sona erdirilmesini sağlama yetkisi bulunmamaktadır⁵⁴. Örneğin ABD’nin 39. Başkanı Jimmy Carter, Kongre’nin önemli muhalefetine rağmen, Çin Halk Cumhuriyeti’ni tanımış ve Tayvan’ı tanıma kararını sona erdirmiştir⁵⁵. Yüksek Mahkeme tarafından da *National City Bank Çin Halk Cumhuriyeti’ne Karşı (National City Bank v. Republic of China)* kararında “Başkan’ın tanıma yetkisi Anayasa tarafından sadece kendisine tanınmış olup mahkemelerce denetlenmesi mümkün değildir” denilerek yasama organının yanı sıra yargının da sürece müdahil olmasının söz konusu olmadığı ifade edilmiştir⁵⁶. Yüksek Mahkeme *Williams Suffolk Ins. Co.’ya Karşı (Williams v. Suffolk Ins. Co.)* kararında, “yürütme organının bir ada veya ülke üzerindeki egemenlik durumuna dair bir tespiti söz konusu hususta yargı için de nihai kararı oluşturacaktır” tespitine yer vererek Başkan’ın Falkland Adaları’nda hangi devletin egemen olduğu yönündeki kararını sorgulamaktan imtina ettiği dikkate alındığında, tanıma yetkisine uyuşmazlık söz konusu olan bir bölgede kimin egemen güç olduğu konusunda yapılacak değerlendirmelerin de dahil olduğu söylenebilmektedir⁵⁷. Yüksek Mahkeme aynı doğrultuda *Baker Carr’a Karşı (Baker v. Carr)* kararında da “Yargı normal olarak tartışmalı bir bölgede kimin egemen olduğu hususunda yürütmenin kararına göre hareket etmektedir” beyanına yer vermiştir⁵⁸. Benzer bir şekilde Yüksek Mahkeme içtihatları uyarınca, tanıma yetkisinin bir hükümeti tanımakla sınırlı olmadığı ve tanıma meselesine dair uygulanacak politikaları da içerdiği kabul edilmiştir⁵⁹.

Tanımaya ilişkin kararların pek çok hukuki sonucundan söz edilebilir. Bunlardan başlıcaları yabancı devletlerin ABD’de mahkemelere erişim hakkına sahip olması ve temsilcilerine diplomatik statü tanınabilmesidir⁶⁰. Ancak tanıma yetkisine esas önem kazandıran husus, bu gücün dış politikayı şekillendirmede etkin bir araç olarak kullanılabilmesidir⁶¹. Örneğin Woodrow Wilson yabancı bir devletin tanınmasında söz

52 *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 330 (1939); *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 410 (1964).

53 *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 330 (1939).

54 Reinstein (n 43) 803. Elbette diplomatik misyonların faaliyetlerini sürdürmeleri için bütçeye ihtiyaç duymaları sebebiyle Kongre anayasal bütçe üzerindeki anayasal yetkilerini kullanarak Başkan’ı belirli bir yönde hareket etmeye sevk edebilecektir.

55 Louis Henkin, ‘Foreign Affairs and the Constitution’ (1987) 66(2) *Foreign Affairs* 284, 297.

56 *National City Bank v. Republic of China*, 348 U.S. 356, 358 (1955).

57 *Williams v. Suffolk Ins. Co.*, 38 U.S. 415, 418-20 (1839).

58 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 212 (1962).

59 *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 229 (1942).

60 Powell (n 22) 557.

61 Reinstein (n 43) 803.

konusu devletin siyasi ve ekonomik uygulamalarını kıstas almış; 1913'te Meksika'daki Huerta rejimini tanımayı reddetmiş ve aynı yöntemi Sovyetler Birliği çerçevesinde Bolşevik rejim üzerinde baskı yaratmak amacıyla da kullanmıştır⁶². Benzer politikalar diğer ABD Başkanları tarafından da benimsenmiş; Başkan Truman henüz Arap devletlerle askeri mücadeleyi sürdüren İsrail'i bağımsızlık bildirisinin ardından 11 dakika içerisinde tanırken iç savaşı kazanan Çin Halk Cumhuriyeti'ni tanımayarak uluslararası toplumda yalnızlaştırma politikası uygulamıştır⁶³.

Her ne kadar uluslararası hukuka göre bir oluşumun devlet olarak kabul edilmesi⁶⁴ için tanıma bir koşul olarak öngörülmemişse de tanımamaya ilişkin kararların siyasi ve ekonomik önemli sonuçları olması beklenebilir⁶⁵. Kaldı ki Birleşmiş Milletler ("BM") Güvenlik Konseyi'nin daimî üyesi olan ABD'nin konuya ilişkin tutumu tanıma veya tanımamaya dair bağlayıcı bir karar alınması yönündeki girişimlerin başarıya ulaşması açısından da önemlidir. Nitekim bu duruma BM Güvenlik Konseyi 9 Ağustos 1990 tarih ve 662 sayılı kararıyla Kuveyt'in Irak tarafından ilhakının tanınmaması ve tanınma olarak değerlendirilebilecek eylemlerden kaçınılması yönündeki çağrı örnek gösterilebilir⁶⁶. Elbette tanıma kararının daha doğrudan sonuçlarıyla karşılaşılması da mümkündür. Zira uluslararası hukukta egemene birtakım haklar tanınmıştır. Bu kapsamda egemen bir devlet üçüncü devlet askerlerini ülkesine davet edebilecek ve davet eden devletin rızası dâhilinde gerçekleştirilen bir askeri operasyon BM Antlaşması'nın 2(4) numaralı maddesinde yer verilen kuvvet kullanma yasağını ihlal etmeyecektir⁶⁷. Nitekim Başkan Clinton döneminde Haiti'ye gerçekleştirilen askeri müdahale bu duruma bir örnektir⁶⁸. Sonuç olarak bütün etkilerinin öngörülmesi mümkün olmasa da hangi devletler ile ABD arasında ilişkilerin kurulacağını belirleyen diplomatik tanıma yetkisi devlet başkanının en önemli yetkilerinden biri sayılabilir⁶⁹.

B. Uluslararası Antlaşmaların Akdedilmesi

1. Genel Olarak

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 2. maddesinde belirtildiği üzere, devletlerarasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan uluslararası

62 Stanley L. Harrison, 'Diplomatic Recognition' (1964) Military Review 87, 88-89.

63 Reinstein (n 43) 805.

64 1933 tarihli Devletlerin Hakları ve Yükümlülüklerine İlişkin Montevideo Sözleşmesi'nin 1. maddesinde bir oluşumun uluslararası hukuk çerçevesinde devlet olarak kabul edilmesinde göz önüne alınacak kıstaslar olarak "sürekli nüfus, belirlenmiş bir toprak parçası, hükümet ve diğer devletler ile ilişkiler kurabilme yeterliliği"ne sahip olması sayılmıştır. (Montevideo Convention on Rights and Duties of States, opened for signature 26 December 1933, (entered into force 26 December 1934) 165 LNTS 19).

65 Chen (n 29) 416.

66 UNSC, Res 662 (9 August 1990) UN Doc S/RES/662.

67 Focarelli (n 28) 296.

68 Ibid.

69 Powell (n 22) 556.

mutabakatlar uluslararası antlaşma (*treaty*) olarak adlandırılmaktadır⁷⁰. Uluslararası antlaşmaların en önemli özelliği, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi gereği, taraf devletler üzerinde bağlayıcı olması ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin iyi niyet çerçevesinde yerine getirilmesinin öngörülmesidir⁷¹. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde de uluslararası antlaşmalar uluslararası hukukun asli kaynakları arasında ilk sırada sayılmıştır⁷². Her devlet kendisi adına müzakere sürecinin yürütülmesi ve antlaşma içeriğinin kesinleştirilmesi hususlarında hangi organlarının görevli ve yetkili olduğunu kendi iç hukuku aracılığıyla düzenlemektedir⁷³.

ABD her sene barış, ticaret, savunma, ülke sınırları, insan hakları, kanunların uygulanması, çevrenin korunması gibi uluslararası ilişkilere dair pek çok konuda 200'ün üzerinde antlaşmaya taraf olmaktadır⁷⁴. Öte yandan ABD'de taraf olunan uluslararası mutabakatlar açısından farklı süreçlerin benimsendiği ve sadece Senato'nun mütalaa ve rızasıyla taraf olunan uluslararası antlaşmalar için "*treaty*" kavramının kullanıldığı görülmektedir⁷⁵. ABD'de Senato'nun mütalaa ve rızasıyla taraf olunan uluslararası antlaşmaların yanı sıra, Başkan'ın doğrudan taraf olduğu ve tıpkı *treaty* olarak adlandırılan uluslararası antlaşmalar gibi bağlayıcılığı haiz yürütme antlaşmalarına⁷⁶ (*executive agreements*) da sıklıkla başvurulmaktadır⁷⁷.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikle Senato'nun mütalaa ve rızasına tabi uluslararası antlaşmalar incelenecek; bu sözleşmelere taraf olma ve bu sözleşmelerin sona erdirilmesi usulleri irdelenecektir⁷⁸. Bunun ardından ise ABD Başkanı tarafından Senato'nun mütalaa ve rızası gerekmeksizin taraf olunabilecek yürütme antlaşmalarına hangi koşullarda başvurulabildiği ve bu tip antlaşmaların nasıl sona erdirildikleri tahlil edilecektir.

70 Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 (VCLT) art 2. Her ne kadar Amerika Birleşik Devletleri Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ni onaylamamışsa da Sözleşme'nin hükümlerinin genel olarak uluslararası teamül hukukunu yansıttığı kabul edilmektedir. U.S. Department of State Office of the Legal Adviser, 'Vienna Convention on the Law of Treaties' <<https://2009-2017.state.gov/s/l/treaty/faqs/70139.htm#:~:text=No.,on%20the%20law%20of%20treaties.>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2021.

71 Shaw (n 26) 685.

72 Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946, <<https://www.icj-cij.org/en/statute>> Erişim Tarihi 10 Mart 2022.

73 Acer ve Kaya (n 30) 82.

74 U.S. Department of State, Treaties and International Agreements <<https://www.state.gov/policy-issues/treaties-and-international-agreements/>> Erişim Tarihi 14 Haziran 2021.

75 Curtis A. Bradley ve Jack L. Goldsmith, 'Presidential Control over International Law' (2018) 131 Harvard Law Review 1201, 1207-08.

76 Yürütme anlaşmaları öğretilerde "icra anlaşmaları" olarak da ifade edilebilmektedir. (Tütüncü, Arıkoğlu, Akün, Başkaracaoğlu (n 24) 137.

77 Stephen P. Mulligan, 'International Law and Agreements: Their Effect upon U.S. Law' (2018) Congressional Research Service 2-3. Öğretilerde kimi yazarlarca sayılanlara ek olarak yabancı bir kuruluşla yapılan ancak yerine getirilmesi hususunda hukuki denetim öngörülmemeyen siyasi mutabakatlara (*nonlegal agreement*) da bir çeşit uluslararası antlaşma olarak yer verilmektedir. Ancak siyasi mutabakatların hukuki bir bağlayıcılığı olmaması sebebiyle bu tip antlaşmalar çalışma kapsamında incelenmeyecektir.

78 Bilindiği üzere iki taraflı uluslararası antlaşmalar fesih (*denunciation*) yoluyla sona erdirilirken çok taraflı uluslararası antlaşmalar için çekilme (*withdraw*) yoluna başvurulmaktadır. (Aust (n 26) 93.) Çalışmada her iki terimin de karşılanabilmesi amacıyla uluslararası antlaşmaların sona erdirilmesi kavramı tercih edilmiştir.

2. Uluslararası Antlaşmalar

ABD Anayasası 2. maddesinin ikinci bölümü uyarınca devlet başkanı, Senato'nun mütalaasını ve rızasını almak koşuluyla, uluslararası antlaşma akdetme yetkisini haizdir. Yüksek Mahkeme'nin deyimiyle diğer milletlerin hükümetleriyle “*tüm münasip müzakere konularında*” anlaşılmasına müsaade eden uluslararası antlaşma akdetme yetkisi⁷⁹ şüphesiz dış ilişkilerin yürütülmesindeki en önemli araçlardır. Lakin bu öneminden ötürü bu alandaki yetkilerin Anayasa tarafından Başkan ile Kongre arasında paylaştırıldığı görülmektedir.

a. Uluslararası Antlaşmalara Taraf Olma Süreci

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 7. maddesi uyarınca, devlet başkanının bir antlaşma metninin kabulü, tevsiki veya söz konusu antlaşmayla bağlanma rızasının açıklanması hususlarında devleti temsile yetkili olduğu kabul edilmektedir⁸⁰. Bu süreçten ari olarak ABD iç hukuku açısından ise uluslararası antlaşmalara taraf olma sürecinde Başkan ve Kongre arasında yetki paylaşımı öngörülmüştür. Buna göre, Başkan bir uluslararası antlaşmaya ilişkin müzakerelerin tamamını tek başına sürdürebilecekse de erişilen antlaşma metninin onaylanmasının uygun olacağı kanaatine ulaşması halinde, söz konusu uluslararası antlaşmaya taraf olunması için öncelikle Senato'nun onayına ihtiyaç duyacaktır⁸¹. Temsilciler Meclisi'ne uluslararası antlaşmaların kabulünde yer verilmiyor olmasını ise Başkan Washington, uluslararası antlaşmalara ilişkin yabancı devletlerle yapılan görüşmelerin gizlilik gerektirmesi ve antlaşma yapım sürecine katılması öngörülen yasama organı olarak Senato'nun belirlenmesi olarak gerekçelendirilmiştir⁸².

Her ne kadar bir uluslararası antlaşmaya taraf olunabilmesi için Senato'nun onayının yanı sıra mütalaasının da aranıyor olması maddenin amacının müzakere sürecinde Senato'ya danışmanlık rolünün atfedildiği savlarına gerekçe oluşturmuşsa da ilk dönemlerden beri sürecin devlet başkanı tarafından yürütülmesi tercih edilmiştir⁸³. Hatta 1798'de George Logan isiminde bir fizikçinin Fransa'yla diplomatik ilişkilerin yürütülmesinde yardımcı olacağı kanaatiyle kendi inisiyatifi ile Avrupa'ya gerçekleştirdiği yolculuk büyük tepki çekmiş ve Logan Kanunu (*Logan Act*) ile yetkisiz

79 *Geofroy v. Riggs*, 133 U.S. 258, 266 (1890).

80 VCLT, (n 70) art 7.

81 Powell (n 22) 561. Önceleri oturuma katılan senatörlerin üçte ikisinin onayı aranmaktayken bu uygulamayla sadece iki senatörün katılımıyla dahi bir sözleşme onaylanabildiğinden 1953'ten itibaren toplantı yeter sayısının aranması öngörülmüştür. (Fisher (n 1) 271.)

82 Fisher (n 1) 276.

83 Sevin Toluner *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler* (Sulhi Garan 1973) 230. Mulligan (n 77) 3-4. Bu görüş büyük oranda George Washington'ın imzalanması düşünülen bir uluslararası antlaşmanın şartlarına ilişkin görüşmek amacıyla Senato'ya gittiğinde beklediği istişare ortamıyla karşılaşmaması sonucu Senato'yu terk etmesine dayandırılmaktadır. Oysaki öğretilerde kimi yazarlarca bu olay, Washington'ın yazılı olarak Senato'nun uluslararası antlaşmalara ilişkin mütalaasını almaya devam etmesi sebebiyle, sadece sözlü iletişim açısından geçerli bir uygulama olarak değerlendirilmektedir. (Fisher (n 1) 274.)

bir şekilde yabancı devletlerle Amerikan politikalarını etkilemek amacıyla iletişime geçen ABD vatandaşlarının cezalandırılması öngörülmüştür⁸⁴. Nitekim Yüksek Mahkeme de ABD Curtiss-Wright Export Corp'a Karşı (*United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*) davasında, sadece ABD Başkanı'nın milleti temsilen müzakere yürütme yetkisinin bulunduğunu; dolayısıyla her ne kadar uluslararası antlaşmalarda Senato'nun mütalaa ve rızası aranmaktaysa da Senato'nun müzakerelere ilişkin herhangi bir yetkisi bulunmaması sebebiyle sürecin Başkan tarafından yürütüleceğini ifade etmiştir⁸⁵. Ancak uygulamada bu durumun her zaman böyle olmadığı, devlet başkanlarının görüşmelere başlamadan evvel yahut halihazırda başlamış olan görüşmeleri sonlandırmadan Senato'nun mütalaa aldığını ve böylelikle yürütme tarafından Senato'nun da uluslararası antlaşmaların hazırlanma sürecine dahil olmasının tercih edildiği de ileri sürülmüştür⁸⁶.

Öte yandan Senato'nun yetkisi onama veya ret kararıyla sınırlı olmayıp antlaşma metninin tadil edilmesini de kapsamaktadır⁸⁷. Keza bu kapsamda Senato tarafından uluslararası antlaşmada belirli hükümlerin değiştirilmesi veya çekincelerin konulmasının yanı sıra antlaşmanın belirli hükümlerinin yorumuna ilişkin ABD'nin yükümlülüklerini daraltıcı bildirimlere de yer verildiği görülmektedir⁸⁸. Böylelikle müzakere sürecine katılmayan Senato mütalaa yetkisini sözleşmenin onay aşamasına gelmesi için gerekli olan rızayı şartlı bir şekilde sunarak sağlamaktadır⁸⁹. Senato'nun belirli koşullar halinde uluslararası antlaşmaya taraf olunmasına rıza göstermesi halinde Başkan ancak söz konusu değişiklikleri kabul ederek uluslararası antlaşmayı onaylayabilecek ve bu takdirde taraflar arasında Senato'nun mütalaa doğrultusunda değişikliklerin gerçekleştirilmiş hali yürürlüğe girecektir⁹⁰. Elbette Başkan'ın söz konusu değişiklikleri kabul etmeyerek uluslararası antlaşmayı onaylamaması yahut Senato'nun metinde gerçekleştirilmesini şart koştuğu değişikliklerin antlaşmanın diğer taraf devleti tarafından kabul edilmemesi halinde uluslararası antlaşmanın yürürlüğe girmemesi de söz konusu olabilecektir.

Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca Senato'nun üçte ikilik çoğunluğunun uluslararası antlaşmanın onaylanmasını kabul etmesi halinde Başkan uluslararası antlaşmayı onaylayabilecektir. Başkan'ın onayladığı ikili uluslararası antlaşmalar genelde tarafların

84 Fisher (n 1) 279. Her ne kadar eski ABD Başkanı Richard Nixon da dahil olmak üzere kimi siyasetçilerin gerçekleştirdiği ziyaretlerin bu kapsamda bir ihlal teşkil edebileceği ileri sürülmüşse de devlet başkanının diplomatik pazarlıkların yürütülmesine ilişkin münhasır yetkisinin gereğince uygulanabilmesinin özel kişilerin ve Kongre üyelerinin yabancı devletlerle gerçekleştirdikleri görüşmelerin cezalandırılmasını gerektirmediği yönündeki uzlaşısı sebebiyle bu iddialar yasal yaptırımlara dönüşmemiştir. (ibid. 280).

85 *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 319 (1936).

86 Fisher (n 1) 272-275.

87 *Haver v. Yaker*, 76 U.S. 32, 35 (1869).

88 Kevin C. Kennedy, 'Conditional Approval of Treaties by the US Senate' (1996) 19 *Loyola Los Angeles International and Comparative Law Review* 89, 99.

89 Curtis A. Bradley ve Jack L. Goldsmith, 'Treaties, Human Rights, and Conditional Consent' (2000) 149 *University of Pennsylvania Law Review* 399, 406.

90 Mulligan (n 77) 4.

onay belgelerini takas etmesiyle yahut sözleşme hükümleri uyarınca bu işlemde belirli bir süre sonra; çok taraflı uluslararası antlaşmalar ise antlaşma hükümlerinde öngörülen sayıda onay belgesinin depo merciiine tevdi edilmesiyle yürürlüğe girecektir⁹¹. Başkan ayrıca, sayılan işlemler gerçekleştiğinde uluslararası antlaşmanın yürürlüğe girdiğine ilişkin bir bildiriyle metni halka duyurur; lakin bu bildiri uluslararası antlaşmanın iç hukukta yürürlüğe girmesi açısından bir şart olarak öngörülmemiştir⁹².

b. Uluslararası Antlaşmaların Sona Erdirilmesi

Uluslararası hukuka göre bir antlaşma, antlaşmanın hükümlerine göre veya bütün tarafların rıza göstermesi halinde herhangi bir zaman sona erdirilebilecektir⁹³. Söz konusu uluslararası antlaşmada fesih yahut çekilme hakkında herhangi bir hükmün bulunmadığı durumlarda ise tarafların fesih veya çekilmeye olanak tanıdığı niyetini belli etmeleri veya fesih ya da çekilme hakkının antlaşma metninden zımnen anlaşılıyor olması halinde antlaşmanın, en az 12 ay önceden bildirilme şartıyla, sona erdirilmesi mümkün olacaktır⁹⁴. Son olarak sözleşmenin taraflarından birisinin antlaşmayı esaslı bir şekilde ihlal etmesi yahut koşulların esaslı bir şekilde değişmesi hallerinde de antlaşmanın sona erdirilebileceği kabul edilmektedir⁹⁵. Tıpkı uluslararası antlaşmaya taraf olma sürecinde olduğu gibi uluslararası antlaşmayı geçersiz ilan etme, feshetme ve çekilme süreçlerinde de devlet başkanı tam yetkili kimseler arasında kabul edilerek diğer taraflara iletilen yazılı bir bildirim yeterli görülmüştür⁹⁶. Dolayısıyla ABD Başkanı'nın bir uluslararası antlaşmadan çekilme kararı alıp bunu yukarıda özetlenen kurallara riayet ederek ilgili taraflara bildirmesi halinde uluslararası hukuk çerçevesinde söz konusu antlaşmanın ABD açısından sona ereceği söylenebilmektedir⁹⁷. Elbette uluslararası antlaşmaların sona erdirilmesi sürecinin de iç hukuk açısından ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Her ne kadar ABD Anayasası tarafından uluslararası sözleşmelere taraf olma usulü düzenlenmişse de Anayasa'da bu sözleşmelerin sona erdirilmesine ilişkin herhangi bir hükmün mevcut olmaması öğretide bu yetkinin hangi organ tarafından ve nasıl kullanılabileceği hususunda farklı görüşlere yol açmıştır⁹⁸. Bu kapsamda devlet başkanının tek taraflı olarak uluslararası antlaşmalardan çekilme yetkisini haiz olduğu görüşünü savunanların bir kısmı bu savlarını Anayasa'da yürütme yetkisinin

91 Congressional Research Service, *Treaties and Other International Agreements: the Role of the United States Senate: a Study Prepared for the Committee on Foreign Relations United States Senate* (U.S. Government Printing Office 2001) 149.

92 Toluner (n 83) 231-32.

93 VCLT (n 70), art 54.

94 Ibid. art 56.

95 Ibid. art 60-64.

96 Ibid. art 67.

97 Stephan P. Mulligan, 'Withdrawal from International Agreements: Legal Framework, the Paris Agreement, and the Iran Nuclear Agreement' (2018) Congressional Research Service 5.

98 Ibid. 8.

Başkan'a tanınmasına veya devlet başkanının Yüksek Mahkeme içtihatlarınca dış politikada yetkili yegâne organ sayılmasına dayandırmaktadır⁹⁹. Devlet başkanının uluslararası antlaşmaların sona erdirilmesine dair yetkilerini geniş yorumlayan görüşü benimseyenlerin bir kısmı ise bu yetkiyle görevden alma yetkisi arasında bağlantı kurmuş; tıpkı göreve atanması Senato'nun mütalaası ve rızasına bağlı olan belirli üst düzey bürokratların Başkan tarafından tek taraflı olarak görevden alınabilmesi gibi bu hususta da Başkan'ın Senato'nun rızası olmaksızın tek başına hareket edebileceğini savunmuşlardır¹⁰⁰.

Öte yandan Başkan'ın Kongre veya Senato'nun rızası olmaksızın uluslararası antlaşmadan tek taraflı olarak çekilemeyeceğini savunanlar ise tıpkı federal yasalar gibi uluslararası antlaşmaların da onaylanmasıyla ülkenin hukuk düzeninin bir parçası haline geldiğini ve dolayısıyla ancak federal kanunlar gibi kabul edildikleri usul takip edilerek sona erdirilebileceklerini ileri sürmüşlerdir¹⁰¹. Buna göre, kurucu liderlerin uluslararası antlaşmalara taraf olma yetkisinin paylaşılmasını öngördüğü dikkate alındığında, bu antlaşmalardan çekilmek için de en azından Senato'nun rızasının aranması gerekmektedir¹⁰². Nitekim 1798'de Fransa tarafından defaatle ihlal edildiği gerekçesiyle birtakım antlaşmalar sona erdirilirken Kongre tarafından "Fransa ile Şimdiye Kadar Akdedilen Uluslararası Antlaşmaların Artık Birleşik Devletler için Bağlayıcı Olmadığını İlan Eden Yasa" (*An Act to Declare the Treaties Heretofore Concluded with France, no Longer Obligatory on the United States*)¹⁰³ isimli bir yasa çıkarılmış; fesih Başkan tarafından da imzalanan bu yasa aracılığıyla gerçekleştirilmiştir¹⁰⁴. Öte yandan söz konusu yasanın Fransa ile sınırlı bir savaş halinin sürdürülmekte olduğu dönemde çıkarıldığı ve dolayısıyla Kongre'nin uluslararası antlaşmaları sona erdirmeye yetkisi örneğinden ziyade Kongre'nin savaşa dair yetkilerinin bir sonucu olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur¹⁰⁵. Kaldı ki söz konusu olay ABD tarihinde uluslararası bir antlaşmanın feshinde Kongre'nin tek başına hareket ettiği yegâne örnek olarak görülmektedir¹⁰⁶.

19. yüzyıla gelindiğinde uluslararası antlaşmaların feshi veya bu antlaşmalardan çekilme yetkisi açısından yasama ve yürütme organları arasında bir yetki paylaşımı yapılması benimsenmiş; genel olarak Kongre veya Senato'nun yetkilendirmesi ya da talimatı sonucu Başkan tarafından sözleşmenin sona erdirilmesi yahut Başkan'ın

99 Ibid. 8-9; Curtis A. Bradley, 'Treaty Termination and Historical Gloss' (2014) 92 Texas Law Review 773, 782.

100 Bradley (n 99) 780-81.

101 Ibid.

102 Mulligan (n 97) 10.

103 United States Statutes at Large 1 Stat. 578, An Act to Declare the Treaties Heretofore Concluded with France, no Longer Obligatory on the United States, United States Statutes at Large 1 Stat. 578, <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/qw03.asp> Erişim Tarihi 20 Haziran 2021.

104 Bradley (n 99) 789.

105 Mulligan (n 97) 26.

106 Bradley (n 99) 789.

fesih ya da çekilme kararının sonradan Kongre veya Senato tarafından onaylanması yöntemlerinden biri tercih edilmiştir¹⁰⁷. 20. yüzyıla gelindiğinde ise bu yaklaşım değişmeye başlamış ve özellikle Franklin Roosevelt döneminde Başkan'ın uluslararası antlaşmaları tek başına sona erdirmesine yönelik uygulamalar yaygınlık kazanmıştır¹⁰⁸. Başkan tarafından, herhangi bir şekilde Kongre'nin onayı alınmaksızın, uluslararası antlaşmaların sona erdirilmesi 1970'lerde birtakım Kongre mensupları tarafından yargıya taşınana dek ciddi bir muhalefetle karşılaşmamıştır¹⁰⁹.

1970'lerde ABD'nin Çin Halk Cumhuriyeti'yle daha yakın ilişkiler kurmaya başlaması ve ilişkilerin normalleşmesi için Çin Halk Cumhuriyeti tarafından ABD ile Tayvan'ın 1954 tarihli ortak savunma sözleşmesinin feshedilmesinde ısrarcı olunması nedeniyle, 1978'de, Kongre tarafından çıkarılan ve Başkan'ın da imzaladığı Güvenlik Yardımı Kanunu (*International Security Assistance Act*) ile söz konusu sözleşmenin yürürlüğünü etkileyecek politika değişikliklerinin Kongre ile istişare edilmesi öngörülmüştür¹¹⁰. Aynı yıl aralık ayına gelindiğinde ise Başkan Carter Çin Halk Cumhuriyeti'nin Çin'i temsil eden tek hükümet olarak tanınacağını ve Tayvan'la taraf olunan sözleşmede mevcut 1 yıl önceden bildirim gerektiren tek taraflı feshe ilişkin hükümler uyarınca sözleşmenin feshedileceğini beyan etmiştir¹¹¹. Buna karşılık eski Senatör Barry Goldwater, 8 senatör ve 16 Temsilciler Meclisi üyesiyle birlikte yargıya başvurarak uluslararası antlaşmanın feshini önlemeye yönelik ihtiyati tedbir talebinde bulunmuşlardır¹¹².

22 Aralık 1978'de gerçekleştirdikleri başvuruca davacılar Başkan'ın tek taraflı olarak uluslararası antlaşmayı sona erdirme yetkisi bulunmadığını ve antlaşmaya Başkan'ın değil ABD'nin taraf olması sebebiyle bu yetkinin ancak Senato yahut Kongre'nin rızasıyla gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüş; her ne kadar bu sav ilk derece mahkemesi tarafından kabul görmüşse de Temyiz Mahkemesi devlet başkanının anayasal bir yetkisini kullandığına kanaat getirerek kararı bozmuştur¹¹³. Yüksek Mahkeme ise devlet başkanının dış ilişkilerin yürütülmesi kapsamında gerçekleştirdiği faaliyetlerin siyasi bir mesele olması sebebiyle yargı denetimine tabi tutulamayacağını (*non-justiciable political question*) belirterek esasa ilişkin bir inceleme gerçekleştirmeksizin davayı reddetmiştir¹¹⁴. Başkan Reagan ve Başkan George W. Bush döneminde devlet başkanının tek taraflı olarak uluslararası antlaşmaları

107 Mulligan (n 97) 26-27; Bradley (n 99) 799.

108 Mulligan (n 97) 27.

109 Ibid. 11-12.

110 Bradley (n 99) 810-11.

111 Ibid. 811.

112 Ibid. 811-12.

113 *Senator Barry Goldwater et al. v. James Earl Carter, President of the United States et al.*, 617 F.2d 697, 4, 199 U.S. App. D.C. (1979) <<https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2020/10/goldwater-v-carter-617-F.2d-697-1979.pdf>> Erişim Tarihi 27 Ağustos 2021.

114 *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996, 996 (1979).

feshettiği örneklerde de federal mahkemeler Yüksek Mahkeme'nin içtihadını takip ederek siyasi bir soru olduğu gerekçesiyle başvuruları reddetmişlerdir¹¹⁵. Sonuç olarak günümüzde ABD Başkanı'nın tek başına bir uluslararası antlaşmayı sona erdirmeye yetkisini haiz olduğu yönünde genel bir kabulün mevcudiyetinden söz edilebilmektedir.

3. Yürütme Antlaşmaları

a. Genel Olarak

ABD'de cumhuriyetin ilk günlerinden beri uygulanan yürütme antlaşmaları özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın ardından daha da yaygınlık kazanmış ve günümüzde ABD'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların önemli bir kısmını teşkil eder hale gelmiştir¹¹⁶. Senato 1978'de almış olduğu kararla bir antlaşmanın uluslararası antlaşma olup olmadığının belirlenmesinde Senato Dış İlişkiler Komitesi'nin görüşünün alınmasını öngörmüştür¹¹⁷. Bir mutabakatın uluslararası antlaşma mı yoksa yürütme antlaşması mı olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki tespitin Başkan'ın, Senato'nun yahut genel olarak Kongre'nin birbirlerinin yetki alanlarını ihlal etmemeleri açısından büyük önem taşıması sebebiyle Dışişleri Bakanlığı yayımlanmış olduğu bir rehberle çeşitli kıstaslar öngörmüştür¹¹⁸. Buna göre;

“(1) Antlaşmanın bir bütün olarak ülkeyi etkileyen taahhütleri veya riskleri ne ölçüde içerdiği;

(2) Antlaşmanın eyalet yasalarını etkilemeye yönelik olup olmadığı;

(3) Kongre tarafından sonradan mevzuat çıkarılmaksızın antlaşmanın yürürlüğe girip giremeyeceği;

(4) Benzer antlaşmalara ilişkin geçmişteki ABD uygulamaları;

(5) Kongre'nin belirli bir antlaşma türüne ilişkin tercihi;

(6) Antlaşma için talep edilen resmîyet derecesi;

(7) Antlaşmanın öngörülen süresi, antlaşmanın süratle sonuçlandırılması ihtiyacı ve rutin yahut kısa süreli bir antlaşma yapılmasının istenmesi ile

(8) Benzer antlaşmalara ilişkin genel uluslararası uygulama¹¹⁹ dikkate alınmalıdır.

Uygulamada genel olarak ortak savunma, suçluların iadesi ve adli yardımlaşma, insan hakları, silahlanmanın kontrolü ve en aza indirgenmesi, vergilendirme, sınır uyumsuzluklarının sona erdirilmesi hakkındaki antlaşmalar uluslararası antlaşma

115 Mulligan (n 97) 28.

116 Mulligan (n 97) 6.

117 Mulligan (n 77) 11-12.

118 U.S. Department of State, 'Foreign Affairs Manual and Handbook, 11 F.A.M. 723' (2006) <<https://fam.state.gov/fam/11fam/11fam0720.html>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2021.

119 Ibid.

olarak değerlendirilmiştir¹²⁰. Yürütme antlaşmaları ise Kongre tarafından var olan yahut sonradan yürürlüğe giren bir tüzük uyarınca gerçekleştirilen kongre-yürütme antlaşmaları; Başkan'ın Senato tarafından onaylanan bir uluslararası antlaşmadan kaynaklanan yetkisi çerçevesinde gerçekleştirilen uluslararası antlaşmalar ve Başkan'ın anayasal yetkisine dayandırdığı yürütme antlaşmaları şeklinde farklı gruplarda incelenmektedir¹²¹. Çalışmanın bu bölümünde Başkan'ın tek başına gerçekleştirdiği yürütme antlaşmaları üzerinde durulacak ve bu antlaşmaların nasıl gerçekleştirildiği ve nasıl sona erdirildiği hususları mevcut uygulama ve içtihat göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir.

b. Devlet Başkanının Tek Başına Yürütme Antlaşmalarını Akdetme Yetkisi

Devlet başkanının kimi durumlarda tek başına yürütme antlaşmalarına taraf olabileceği ve bu antlaşmaların bağlayıcılık taşıdığı kabul edilmektedir¹²². Öte yandan yürütme antlaşmalarına ilişkin Anayasa'da açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle bu tip antlaşmaların akdedilmesine dair yetkinin gerekçesine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, 1787 yılında gerçekleştirilen Philadelphia Konvansiyonu'na katılarak Anayasa'yı imzalayan ve sıklıkla Kurucular¹²³ olarak anılan temsilciler, uluslararası antlaşma ile diğer uluslararası antlaşma niteliğindeki antlaşmalar arasında bir ayrım öngörmüştür¹²⁴. Dolayısıyla eyaletlerin bu tip diğer antlaşmaları akdedebildiği dikkate alındığında federal hükümetin yani devlet başkanının da kısa dönemli ve nispeten daha az önemli antlaşmalar için uluslararası antlaşmalar için öngörülen usule gerek duymaksızın antlaşma akdedebilmesi gerektiği kabul edilmiştir¹²⁵. Diğer bir görüş ise bu yetkinin meşruiyetini devlet başkanının Anayasa'da yer verilen yürütme erki olma, başkomutanlık, uluslararası antlaşma akdetme, elçileri ve diğer diplomatik temsilcileri kabul etme, yasaların uygulanmasını sağlama gibi yetkiler çerçevesinde yorumlamış; sayılan yetkilerin yerine getirilebilmesinin bir gereği olarak devlet başkanının Senato'nun rızası olmaksızın yürütme antlaşması akdedebilmesinin zımni bir yetki olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur¹²⁶.

Hangi görüş benimsenirse benimsensin devlet başkanının yürütme antlaşması akdetme yetkisinin mevcudiyeti üzerinde herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere yürütme antlaşmaları devlet başkanları tarafından

120 Mulligan, (n 77) 9-10.

121 Mulligan (n 97). 6-7.

122 Powell (n 22) 560.

123 U.S. Department of State Bureau of International Information Programs, *About America: The Constitution of the United States of America with Explanatory Notes*, 18, <<https://es.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/260/2017/05/constitution.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2022.

124 Anne E. Nelson, 'From Muddled to Medellin: A Legal History of Sole Executive Agreements', (2009) 51 Arizona Law Review 1035, 1038.

125 Ibid.

126 Ibid. 1039.

cumhuriyetin ilk yıllarından beri başvurulan bir yetki olmuştur. Öte yandan ilk yıllarda nispeten daha seyrek karşılaşılan ve devlet başkanları tarafından münhasıran kendi anayasal yetkileri çerçevesindeki konularla sınırlanması ile yasama organının yetki alanına girilmemesi hususlarında büyük hassasiyet gösterilen yürütme antlaşmalarıyla özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası ABD'nin bir "süper güç" niteliğini kazanması sonucu, daha sık karşılaşılmış; yürütme antlaşmaları kapsam ve etkileri açısından her geçen gün daha fazla önem arz eder olmuştur¹²⁷. Kongre tarafından devlet başkanının yürütme antlaşmaları akdetme yetkisinin sınırlanmasına yönelik birtakım girişimler gerçekleştirilmişse de bunlar genel olarak başarılı olmamış; lakin *Case-Zablocki* Kanunu ile uluslararası antlaşmalar dışındaki bütün antlaşmaların 60 gün içerisinde Kongre'ye sunulması zorunluluğu getirilmiştir¹²⁸.

c. Devlet Başkanının Tek Başına Yürütme Antlaşmalarını Sona Erdirme Yetkisi

Devlet başkanının tek başına bir yürütme antlaşması akdetme yetkisinin bulunduğu durumlarda söz konusu yürütme antlaşmasının herhangi bir Kongre yahut Senato onayına gerek olmadan sona erdirilebileceği hususunda uzlaşma mevcuttur¹²⁹. Öte yandan kongre-yürütme antlaşmaları ve bir uluslararası antlaşmaya dayanarak akdedilen yürütme antlaşmalarının devlet başkanı tarafından tek başına sona erdirilmesi ise öğretide tartışmalıdır¹³⁰.

Her ne kadar devlet başkanının bu kapsamda gerçekleştirdiği fesih ve çekilme işlemleri yasama organı tarafından ciddi bir muhalefetle karşılaşmamışsa da genel olarak Kongre'nin münhasır yetkiye sahip olduğu uluslararası ticarete ilişkin antlaşmalar gibi yürütme antlaşmalarının feshi için Kongre'nin onayının gerektiği ve bu antlaşmalardan tek taraflı bir çekilme söz konusu olsa dahi antlaşmaların iç hukuktaki etkilerinin söz konusu antlaşmanın iç hukukta uygulanması için çıkarılan mevzuatın yürürlüğünü etkilemeyeceği ileri sürülmektedir¹³¹.

II. ABD Başkanı'nın Savaş Yetkileri

A. Genel olarak

1950-2005 yılları arasında ABD askeri personelinin ortalama olarak %23'ü yabancı ülkelerde konuşlandırılmış ve bu tarihlerde 54 ülke 1000'in üzerinde ABD askeri personelini barındırmıştır¹³². İranlı General Kasım Süleymani'nin ABD

127 Ibid.1040-41.

128 Ibid.1042.

129 Mulligan (n 97) 6.

130 Ibid. 7.

131 Ibid. 8.

132 Tim Kane, 'Global U.S. Troops Deployment, 1950-2005' (2006) the Heritage Center for Data Analysis 1.

Başkanı Trump'ın emriyle yürütülen bir silahlı insansız hava aracı saldırısı sonucu öldürülmesinin ardından Senato'nun İran'a karşı gerçekleştirilecek herhangi bir askeri operasyonun Kongre tarafından yetkilendirilmesini öngören bir kararı¹³³ kabul etmesi ve bu kararın Başkan Trump tarafından veto edilmesinin ardından nitelikli çoğunluğun sağlanamamasıyla¹³⁴ birlikte, devlet başkanının savaş yetkilerine ilişkin tartışmalar son dönemde tekrar gündeme gelmiştir.

Çalışmanın bu bölümünde ABD Başkanı'nın bu kapsamdaki yetkilerinin aydınlatılması amaçlanmaktadır¹³⁵. Bu doğrultuda öncelikle bu alandaki tartışmaların temelini oluşturan Anayasa ile Kongre'ye tanınan savaş ilan etme yetkisi ve yine Anayasa'da devlet başkanının görev ve yetkileri kapsamında sayılan başkomutanlık incelenecek; ardından bu alandaki temel düzenleme kabul edilen Savaş Yetkileri Kararı (*War Powers Resolution*)¹³⁶ açıklanarak tarihsel süreç üzerinden mevcut durum değerlendirilecektir.

B. Kongre'nin Anayasal Yetkisi: Savaş İlanı

Kurucu Liderler, savaşa girme yetkisinin devlet organları arasında nasıl paylaşılması gerektiği hususu üzerinde özellikle durmuş; savaş ilan etme yetkisi Kongre'ye tahsis edilirken, yasama bünyesindeki sürecin nispeten ağır işleme ihtimali de göz önüne alınmış ve ani saldırılara karşı savunmaya başvurulmasından ibaret olmakla birlikte devlet başkanının da askeri güç kullanabilmesi öngörülmüştür¹³⁷. Böylelikle başkanın silahlı kuvvetlerin kullanımına yönelik kararları üzerinde demokratik bir denetim mekanizması kurularak kralların halkın rızasını göz önüne almadan tek taraflı olarak ülkeyi silahlı çatışmaya sokması benzeri durumların önlenmesi amaçlanmıştır¹³⁸. Buna göre ABD Başkanı'nın savaş ilanı anlamına gelecek eylemleri gerçekleştirebilmesi için öncelikle Kongre'den yetki alması gerekmektedir ABD'ye savaş ilan edilmesi olarak değerlendirilebilecek bir saldırı halinde böyle bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymaksızın

133 S.J. Res68 – 116th Congress (2019-2020): Joint Resolution To direct the removal of United States Armed Forces from hostilities against the Islamic Republic of Iran that have not been authorized by Congress (January 3, 2020) <<https://www.congress.gov/116/bills/sjres68/BILLS-116sjres68enr.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2022.

134 United States Senate, Roll Call Vote 116th Congress - 2nd Session <<https://www.congress.gov/116/bills/sjres68/BILLS-116sjres68enr.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2022.

135 Savaş bir uluslararası hukuk terimi olmamakla birlikte, ilerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere, ABD'de gerek öğreti gerek uygulamada ülke dışında askeri güç kullanımı teşkil eden eylemlerin büyük çoğunluğunun savaş kavramı üzerinden incelendiği görülmüş ve savaş kavramı ile uluslararası hukukta kabul gören "kuvvet kullanma" veya "silahlı saldırı" kavramları arasında hiyerarşik bir ilişkinin mevcudiyetine rastlanmamıştır. Bu sebeple bu çalışmada da herhangi bir karşılığa sebebiyet vermemek amacıyla devlet başkanının söz konusu yetkileri incelenirken "savaş yetkileri" kavramına başvurulması tercih edilmiştir.

136 50 U.S.C. ch. 33.

137 Fisher (n 1) 309-11. Öğretide kimi görüşler tarafından Kongre'ye tanınan savaş ilan etme yetkisinin iç hukuka yönelik bir işlemden ibaret olduğu ve dolayısıyla devlet başkanının ülke dışında gerçekleştirdiği operasyonlara ilişkin bir "yetkilendirme" olarak değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır. (John. C. Yoo, 'The Continuation of Politics by Other Means: The Original Understanding of War Powers' (1996) California Law Review 167, 246).

138 Jane E. Stromseth, 'Rethinking War Powers: Congress, the President and the United Nations' (1993) 81 The Georgetown Law Journal 597, 597.

gerekli askeri önlemlere başvurabilecektir¹³⁹. Yine bu kapsamda Kongre'nin savaş ilanı yönünde bir karar alması yalnız bir yetkilendirme değil, aynı zamanda da bir yönlendirme olarak değerlendirilmekte ve Başkan'ın söz konusu kararın gereğini yerine getirmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁰. Lakin bu takdirde dahi Başkan'ın yaşanan gelişmeleri göz önüne alarak ateşkese yahut savaşı sona erdiren bir uluslararası antlaşmaya taraf olunmasını sağlayarak meseleyi çözümlene olasılığı da bulunmaktadır¹⁴¹.

1812'de Birleşik Krallık'ın hasmane girişimleriyle mücadele amacıyla savaşın bir seçenek olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünen ABD Başkanı Madison da bu doğrultuda Kongre'den savaş ilanı yönünde karar alınmasını talep etmiş; hem Temsilciler Meclisi hem de Senato'daki onay sürecinin tamamlanmasının ardından Başkan silahlı kuvvetlerin kullanımına ilişkin yetkilendirilmiştir¹⁴². Nitekim bu yaklaşım Yüksek Mahkeme'nin *Bas Tingy'e Karşı (Bas v. Tingy)* kararında açıklamış olduğu savaş ilan edilmesi hususunda Kongre'nin yetkili olduğu ve Kongre'nin bu yetkisini yer, unsur ve zaman açısından uygun gördüğü şekilde sınırlandırabileceği ve devlet başkanının bu sınırlamalara uygun bir şekilde hareket etmesi gerektiği yönündeki tespitiyle de uyumludur¹⁴³.

Öte yandan bu yaklaşımın 1846'da Başkan Polk'un Meksika sınırına askeri birlikleri sevk etmesi ve bunun sonucunda 11 Mayıs 1846'da silahlı çatışmalarla karşılaşılmasıyla değişmeye başladığı değerlendirilmektedir¹⁴⁴. Her ne kadar devlet başkanları 1898'de İspanya'ya savaş açarken, 1917'de Birinci Dünya Savaşı'na katılırken, 1941 ve 1942'de İkinci Dünya Savaşı'na katılırken Kongre'nin savaş ilanı ile hareket etmişse de Başkan Truman 1950'de aldığı Kore'de askeri güç kullanımına ilişkin kararını Kongre'nin savaş ilanına değil BM Güvenlik Konseyi kararına dayandırmış; benzer kararlarla halefleri George H. W. Bush, Bill Clinton ve Barack Obama dönemlerinde de karşılaşmıştır¹⁴⁵. Lakin Kongre'ye Anayasa tarafından savaş ilan etme açısından münhasır bir yetki tanındığı göz önüne alındığında ABD Başkanı'nın başkomutan sıfatıyla verdiği emirlerin Kongre kararlarıyla uyumlu olması gerektiği aşikardır¹⁴⁶. Bu durum aşağıda açıklanacağı üzere ABD'de silahlı kuvvetlerin

139 Saikrishna Prakash, 'Unleashing the Dog of War: What the Constitution Means by "Declare War"' (2007) *Cornell Law Review* 45, 47.

140 Saikrishna Prakash, 'Exhuming the Seemingly Moribund Declaration of War' (2008) *The George Washington Law Review* 89, 130-31.

141 *Ibid.* 131-32.

142 Jules Lobel, 'Conflicts between the Commander in Chief and Congress: Concurrent Power over the Conduct of War' (2008) 69(3) *Ohio State Law Journal* 391, 425-26; Fisher (n 1) 319.

143 *Bas v. Tingy*, 4 U.S. 37, 43 (1800).

144 Söz konusu olayda Başkan Polk önceleri silahlı çatışmanın Meksika'nın ABD sınırlarında ABD askerlerine saldırmasından kaynaklandığını iddia etmiş; Kongre süratle ABD ve Meksika arasında savaşın vuku bulduğunu yasayla beyan etmiştir. (Fisher (n 1) 321).

145 Fisher (n 1) 324-25.

146 Fisher (n 1) 319.

yurtdışında görevlendirilmesi ve çatışmalara müdahil edilmesi hususlarında anayasal yetki paylaşımı tartışmalarına sebebiyet vermiştir.

C. Başkomutan olarak Devlet Başkanı

Yargıç Jackson *Youngstown Sheet & Tube Co. Sawyer’a Karşı* (*Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer*) davasındaki müşterek görüşünde ABD Anayasası’ndaki “Başkan Birleşik Devletler Ordusunun ve Donanmasının Başkomutanıdır” cümlesini alıntılıyarak “Bu şifreli sözler anayasal tarihimizdeki en kalıcı tartışmalardan bazılarına yol açtı.”¹⁴⁷ derken önemli bir gerçeği işaret etmiştir. Zira önceki bölümde açıklandığı üzere, devlet başkanları Kongre’nin savaş ilan etme yetkisine başvurmadan devlet başkanı unvanlarına dayanarak tarih boyunca pek çok askeri müdahale gerçekleştirmiştir.

ABD Başkanı’nın başkomutan unvanı öğretide kimi yazarlarca, ordu ve donanmanın hareketleri üzerinde tek başına karar verme yetkisine bir gerekçe olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁸. Gerçekten de ABD başkanları tarih boyunca sıklıkla, Kongre’nin danışma ve finansal süreçlerin yürütülmesi dışında bir katılımı olmaksızın, yurtdışında çeşitli askeri operasyonlar yürütmüşlerdir¹⁴⁹. Örneğin Yüksek Mahkeme *Prize Cases* kararında, Başkan Lincoln’ün Kongre’nin rızasını almaksızın uygulamaya koyduğu ablukayı değerlendirirken, devlete yöneltilmiş bir saldırının mevcudiyetini de dikkate alarak, Başkan’ın anayasal bir yetkisini kullandığını beyan etmiştir¹⁵⁰. Dolayısıyla ABD Başkanı’nın Kongre tarafından herhangi bir yetkilendirmeye ihtiyaç duyulmaksızın, savaş eşiğine erişmeyen her türlü askeri görev için, askeri birlikleri dış politika ve güvenlik ihtiyaçları doğrultusunda uygun gördüğü şekilde konuşlandırabileceği söylenebilmektedir¹⁵¹.

Öte yandan Yüksek Mahkeme, *Fleming Page’e Karşı* (*Fleming v. Page*) kararında devlet başkanının bu yetkisinin tamamen askeri olduğunu; ordu ve donanmanın hareketlerini yönetmek ile bu unsurları düşmanla mücadele için en etkin şekilde kullanmak için uygun yöntemi belirlemeyi kapsadığını beyan etmiştir¹⁵². Mahkemenin yaklaşımının, *Federalist Yazılar*’da Hamilton’ın Britanya Kralı’ndan farklı olarak ABD’de başkomutanlık yetkisinin, savaş ilanı veya ordu ile donanmanın oluşturulmasının yasamaya bırakılması nedeniyle, silahlı kuvvetlerin komuta ve yönetiminden ibaret olduğu¹⁵³ yönündeki değerlendirmesine benzerlik taşıdığı görülmektedir.

147 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S 579, 641 (1952).

148 Powell (n 22) 572-74.

149 Elsea (n 20) 2.

150 *Prize Cases*, 67 U.S. 635, 668 (1863).

151 Powell (n 22) 569-70.

152 *Fleming v. Page*, 50 U.S. 603, 625 (1850).

153 Alexander Hamilton, ‘Federalist No. 69’ in Michael E. Genovese (eds), *Federalist Papers* (Palgrave Macmillan 2009) 193, 194-95.

Her ne kadar önceleri başkomutanlık ordu üzerinde sınırlı bir taktik kontrol yetkisi olarak değerlendirilmişse de yürütme tarafından söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın diğer hükümleriyle birlikte değerlendirildiği ve dış ilişkilerin yürütülmesine dair sahip olunan anayasal yetkiler çerçevesinde geniş yorumlandığı görülmektedir¹⁵⁴. Nitekim Yüksek Mahkeme içtihadında da başkomutanlık yetkisi sıklıkla dış politikayla ilişkilendirilmiş¹⁵⁵; Johnson Eisentrager'e Karşı (*Johnson v. Eisentrager*) kararında silahlı kuvvetlerin yurtdışına yahut herhangi bir bölgeye gönderilmesinin dış ilişkilerin yürütülmesi kapsamında değerlendirilebileceği ve dolayısıyla Başkan'ın münhasır yetki alanı içerisinde kabul edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir¹⁵⁶.

Bu kapsamda Kongre'nin savaş ilanına dair yetkisinin ise esas olarak ABD'nin *de jure* yahut *de facto* olarak geniş çaplı bir savaşa katılması kararı alma ve belirli bir olay özelinde veya coğrafi bölgede askeri güç kullanımının yasaklanması hakkında karar verme unsurlarını kapsadığı görüşü benimsenmektedir¹⁵⁷. Nitekim Tonkin Körfezi Olayı'nda Ağustos 1964'te Tonkin Körfezi'nde görev yapan iki ABD savaş gemisinin Kuzey Vietnam Kuvvetleri tarafından kendilerine ateş açıldığını bildirmelerinin üzerine Başkan Lyndon B. Johnson, Hindüçin bölgesinde askeri hareketliliğin artırılması amacıyla Kongre'den icazet talebinde bulunmuş; 7 Ağustos 1964'te Kongre tarafından kabul edilen Tonkin Körfezi Kararı'nda (*Tonkin Gulf Resolution*) başkomutan olarak devlet başkanı silahlı kuvvetlerin kullanımı dahil olmak üzere her türlü gerekli tedbiri almaya yetkilendirilmiş ve Johnson ile Nixon yönetimleri Vietnam Savaşı'nı söz konusu yetki çerçevesinde sürdürmüştür¹⁵⁸. Hatta bu durum daha sonra Tonkin Körfezi Kararı'nda savaş boyutuna erişebilecek nitelikte bir askeri güç kullanımına dair geniş kapsamlı bir yetkinin tanınması sebebiyle eleştirilmiş; 1971'e gelindiğinde ise karar yürürlükten kaldırılmıştır¹⁵⁹.

Lakin tarihsel süreçte her zaman Başkan ve Kongre'nin birlikte hareket ettiğine tanıklık edilmemiştir. Örneğin Başkan Clinton, ABD ordusunun 1994'te NATO operasyonu kapsamında Bosna Hersek'te görevlendirilmesini dış ilişkilerin yürütülmesine dair anayasal yetkisi kapsamında değerlendirmiş ve Kongre'nin ordunun başka yerlerde kullanılmasını sınırlamaya yönelik girişimlerini komuta ve kontrol yetkisi üzerindeki anayasaya aykırı muhtemel bir sınırlama olarak eleştirmiştir¹⁶⁰.

154 Powell (n 22) 565; Elsea (n 15) 1.

155 *Chicago & S. Air Lines, Inc. v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103, 109 (1948).

156 *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 789 (1950).

157 Powell (n 22) 568.

158 United States of America Department of State Office of the Historian, 'U.S. Involvement in the Vietnam War: the Gulf of Tonkin and Escalation' (1964) <<https://history.state.gov/milestones/1961-1968/gulf-of-tonkin>> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2021.

159 Fisher (n 1) 344. Tonkin Körfezi Kararı'nın yürürlükten kaldırılmasına rağmen Kongre'nin savaş için bütçe ayırarak devlet başkanının bu alandaki yetkilerinin devamına rıza gösterdiği iddia edilmişse de bu yaklaşım büyük oranda kabul görmemiş ve 1973 tarihli Savaş Yetkileri Kararı'nda (*War Powers Resolution*) yer verilen özel bir hüküm ile bütçeye ilişkin işlemlerin savaşa dair bir yetkilendirme olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. (ibid. 345).

160 Elsea (n 15) 2.

2011 yılının mart ayında Başkan Obama da 1973 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı uyarınca gerçekleştirilen askeri operasyonları gerekçelendirirken operasyonları, başkomutan ve yürütme organı olarak dış ilişkilerin yürütülmesi yetkisi doğrultusunda, yurtdışındaki askeri operasyonların yönetilmesine ilişkin anayasal yetkisinin bir parçası olarak değerlendirmiştir¹⁶¹. Benzer bir şekilde Başkan Trump tarafından Suriye Hükümeti'ni hedef alan askeri operasyonlar da Beyaz Saray hukuk danışmanı tarafından, ulusal çıkarlara uygun bir kuvvet kullanımı olması ve anayasal anlamda bir savaş eşliğine erişmemesi sebebiyle, başkan tarafından tek başına kullanılabilir bir yetkiye dayandırılmıştır¹⁶².

ABD Başkanı tarafından gerçekleştirilen bir görevlendirmenin dış ilişkilerin yönetilmesi kapsamındaki yetkilerine dahil olan bir husus olup olmadığı değerlendirilirken operasyonun öngörülen niteliği, kapsamı ve planlanan konuşlandırma süresi dikkate alınmaktadır¹⁶³. Sayılan kıstaslardan operasyonun kapsamı değerlendirilirken, askeri birliklerin ciddi bir direnişle karşılaşması ve zayıfla karşılaşma ihtimaline dair öngörülere göre hareket edilmektedir¹⁶⁴. Buna göre ABD Başkanı'nın askeri birliklerin konuşlandırılmasına dair vereceği bir karar geniş kapsamlı ve uzun süreli bir operasyon çerçevesinde uygulanmayacaksa ve ABD'nin ciddi bir zayıfla karşılaşması öngörülüyorsa, devlet başkanının söz konusu kararı başkomutan sıfatıyla tek başına uygulamaya geçirebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan uluslararası hukuk açısından başka bir devletin egemenlik alanına müdahale teşkil edebilecek askeri operasyonlar değerlendirilirken dış ilişkilerin yönetilmesi kapsamında başvuru güç kullanımları ile savaş arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Nitekim modern uluslararası hukuk egemen devletlerin eşitliği ilkesi üzerine temellendirilmiş ve günümüzde savaş bir uluslararası hukuk kurumu olma niteliğini yitirmiştir¹⁶⁵. BM Antlaşması'nın 2. maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça yer verilen kuvvet kullanma yasağının bir sonucu olarak devletlerin uluslararası ilişkilerinde askeri güce başvurmalarına sadece bu eylemin BM Güvenlik Konseyi'nin BM Antlaşması'nın 7. Bölümü'nde tanınan yetkileri doğrultusunda almış olduğu bir karara yahut meşru müdafaa hakkına dayanması halinde meşruiyet tanınacaktır¹⁶⁶. BM Güvenlik Konseyi kararlarına dayanmayan yahut bir silahlı saldırıya karşılık olarak başvuru gerekli ve ölçülü¹⁶⁷ bir meşru müdafaa kapsamına girmeyen ABD askeri operasyonlarının uluslararası hukukla bağdaşmayacağı aşikardır.

161 Ibid.

162 Ibid.

163 Powell (n 22) 571.

164 Ibid.

165 Christine Gray, *International Law and the Use of Force* (Oxford University Press, 2008) 30; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge University Press, 2011) 87.

166 Dinstein (n 164) 304-05.

167 Gray (n 164) 149-150.

ABD Başkanı tarafından gerçekleştirilen tasarruf doğrudan silahlı kuvvetlerin kullanımını içermese dahi ABD'nin uluslararası hukuk sorumluluğunun doğmasına sebebiyet verebilecektir. Zira Uluslararası Adalet Divanı Nikaragua'daki Askeri ve Paramiliter Faaliyetlere İlişkin Dava'da, silahlı saldırı eşiğine erişmeyecekse bile, bir silahlı grubun silahlandırılması yahut eğitilmesinin kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi anlamına gelebileceği tespitinde bulunmuştur¹⁶⁸. Hatta kuvvet kullanma eşiğine erişmeyen askeri operasyonlar da başka bir devletin dâhili yahut harici meselelerine yönelik zorlayıcı bir müdahale teşkil etmesi halinde içişlerine karışma olarak değerlendirilip uluslararası hukukun ihlali olarak yorumlanabilecektir¹⁶⁹. Elbette ABD'nin silahlı kuvvetlerini egemen devletin talebi yahut rızası sonucu üçüncü bir devlette konuşlandırmaları bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

Dolayısıyla devlet başkanı tarafından, tek başına yahut Kongre'yle birlikte hareket edilerek gerçekleştirilmesi fark etmeksizin, bu kapsamda başvuru yetkilerin yukarıda özetlenen ilkeler ışığında uluslararası hukuk açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin yukarıda değinilen ABD'nin 5 Ağustos 1964'te Tonkin Körfezi'ne yönelttiği hava bombardımanları açısından devlet başkanı ile Kongre birlikte hareket etmişse de operasyon uluslararası hukuka aykırı olduğu eleştirilerine maruz kalmıştır¹⁷⁰. Keza uluslararası hukuk açısından eleştirilen daha güncel bir örnek olarak da Başkan Obama döneminde başlayan ve Başkan Trump döneminde de devam eden, bizzat askeri kuvvetlerin silahlı çatışmaya müdahil olmasına yol açmaması sebebiyle daha düşük yoğunluklu olsa dahi bölgede yarattığı güvenlik riskleri açısından büyük önem taşıyan PYD/YPG terör örgütüne yönelik destekler gösterilebilir¹⁷¹. Kaldı ki böyle bir desteğin terörizmle mücadele çerçevesinde devletlerin işbirliği yapmalarını öngören BM Güvenlik Konseyi kararlarına aykırılığını da gündeme getirmektedir¹⁷².

Sonuç olarak ABD Başkanları tarafından küresel anlamda etki doğurması mümkün pek çok sınır ötesi askeri operasyon başkomutanlık unvanı ile yürütme organı niteliğine dayanılarak dış ilişkilerin yönetilmesi yetkisinin bir parçası olarak kabul edilmekte ve Kongre'nin herhangi bir onayına ihtiyaç duyulmaksızın gerçekleştirildiği görülmektedir. Öyle ki ABD İkinci Dünya Savaşı'ndan beri pek çok silahlı çatışmaya müdahil olmuşsa da bu müdahaleler için Senato tarafından resmi bir savaş ilanı

168 *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits*, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986 para. 228.

169 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 1990) 191-92.

170 Douglas Guilfoyle, 'The Gulf of Tonkin Incident – 1964' in Tom Ruys and Olivier Corten (eds), *The use of Force in International Law: A Case-Based Approach* (Oxford University Press 2018) 113-14.

171 Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, 'No: 15, 14 Ocak 2018, Terör örgütü PYD/YPG komutasında sözde "Suriye Sınır Güvenliği Gücü" kurulacağı yönündeki beyanlar hk.' <https://www.mfa.gov.tr/no_-15_-teror-orgutu-pydyypg-komutasinda-sozde-suriye-sinir-guvenligi-gucu-kurulacagi-yonundeki-beyanlar-hk.tr.mfa> Erişim Tarihi 1 Ocak 2022.

172 UNSC, Res 1373 (28 September 2001) UN Doc S/RES/1373; UNSC, Res 1456 (20 January 2003) UN Doc S/RES/1456 2(b); UNSC, Res 1566 (8 October 2004) UN Doc S/RES/1566; UNSC, Res 1963 (20 December 2010) UN Doc S/RES/1963.

gerçekleştirilmemiştir¹⁷³. Özellikle Vietnam Savaşı'nın ardından Kongre'de anayasal yetkilerinin devlet başkanları tarafından tek taraflı girişimlerle zayıflatıldığı kanaatinin yaygınlaşması başkanın silahlı kuvvetleri görevlendirme yetkilerinin sınırlandırılmasına yönelik tasarıların hazırlanmasına yol açmış; 1973'te Savaş Yetkisi Kararı, ilk başta Başkan Nixon tarafından Başkomutanlık sorumluluklarıyla bağdaşmayacağı gerekçesiyle veto edilmesine rağmen, hem Temsilciler Meclisi'nde hem de Senato'da nitelikli çoğunlukla kabul edilerek yasalaşmıştır¹⁷⁴.

D. Savaş Yetkileri Kararı

Savaş Yetkileri Kararı'nda düzenlemenin amacı özetle, kurucu liderlerin de niyet ettikleri şekilde, ABD silahlı kuvvetlerinin silahlı çatışmalarda kullanılmasına yönelik kararın Kongre'nin her iki kanadı ve Başkan tarafından müşterek bir şekilde alınmasının sağlanması olarak açıklanmıştır¹⁷⁵. Buna göre devlet başkanının Anayasa'dan kaynaklanan başkomutanlık yetkisi uyarınca ABD silahlı kuvvetlerini silahlı çatışmalara müdahil etmesi için bir savaş ilanının veya özel yasal yetkinin mevcut olması yahut ABD'ye, bölgelerine, mülklerine ya da silahlı kuvvetlerine yöneltilen bir saldırıdan kaynaklı acil bir durumun vuku bulmuş olması öngörülmüştür¹⁷⁶.

Savaş Yetkileri Kararı'nın 3. bölümünde, devlet başkanının mümkün olan her durumda ABD silahlı kuvvetlerinin silahlı çatışmalara müdahil olmasından evvel Kongre'ye danışması ve ABD silahlı kuvvetlerinin silahlı çatışmalara katılımı sona erene dek Kongre'ye danışmayı sürdürmesi gerektiği düzenlenmiştir¹⁷⁷. Söz konusu düzenlemenin özellikle devlet başkanının tek başına karar alıp uygulamaya yetkili olduğunun Karar'da da açıkça öngörüldüğü acil durumlar açısından önemli bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Lakin öğretilerde mevcut düzenlemenin danışma yükümlülüğüne dair tüm takdir yetkisini devlet başkanına bırakması sebebiyle yeterli bir denetim mekanizması öngörmediği; başkan tarafından hükme riayet edildiği hallerde dahi kararının bildirilmesiyle yetinilmesinin yahut belirli bir görüşü paylaşan az sayıdaki yasama temsilcileriyle danışmayı tercih etmesinin mümkün olduğu eleştirileri yöneltmiştir¹⁷⁸.

Savaş Yetkileri Kararı'nda yer verilen bir başka önemli düzenlemeye devlet başkanının bildirim yükümlülüğüdür. 4. bölümde yer verilen detaylı düzenlemeye göre başkan, ABD silahlı kuvvetlerinin silahlı çatışmaya girdiği yahut mevcut koşullardan böyle bir durumun pek yakın olduğu anlaşılan durumlarda; tedarik, yer değiştirme,

173 Prakash (n 19) 170.

174 Fisher (n 1) 347-48.

175 Joint Resolution Concerning the War Powers of Congress and the President, Sec 2(a).

176 Ibid. Sec2(c).

177 Ibid. Sec 3.

178 Fisher (n 1) 348.

onarım ve yabancı kuvvetlerin eğitimi amacıyla gerçekleştirilenler dışında, silahlı kuvvetler personelinin muharebeye hazırlıklı bir şekilde yabancı bir devletin bölgesi, hava sahası yahut deniz alanlarında görevlendirilmesi halinde ve halihazırda yabancı devlet bölgesinde mevcut muharebeye hazırlıklı ABD silahlı kuvvetleri personelinin sayısının önemli oranda artışına yol açan durumlarda Kongre'ye 48 saat içerisinde yazılı olarak bilgi verilmelidir¹⁷⁹. Başkan ayrıca savaş ilan etme yetkisi ve ABD silahlı kuvvetlerinin yurt dışında görevlendirilmesine ilişkin anayasal sorumluluklarının yerine getirilmesi kapsamında Kongre tarafından talep edilen diğer hususlarda da bilgi sağlamalıdır¹⁸⁰. Başkan'ın bilgi sağlama yükümlülüğünün en az her altı ayda bir düzenlenecek raporlarla yerine getirileceği ve bu yükümlülüğün madde kapsamına alınan durum sona erene kadar devam edeceği belirtilmiştir¹⁸¹. Keza bu kapsamda başkanın raporunu sunduğu yahut sunması gerektiği tarihten itibaren 60 takvim günü içerisinde Kongre tarafından savaş ilan edilmez yahut silahlı kuvvetlerin kullanımına ilişkin yetki tanınmazsa ya da 60 günlük süreç yasayla uzatılmazsa, ABD'ye yöneltilen bir silahlı saldırı sonucu fiziksel olarak bir engel mevcut olmadıkça, silahlı kuvvetlerinin görevlendirilmesinin sona erdirilmesi gerekecektir¹⁸².

Önceki dönemlerde bütçe kanunu yahut taraf olunan uluslararası antlaşmalarda mevcut hükümlerin devlet başkanları tarafından silahlı kuvvetlerin kullanılmasında gerekçe olarak sunulmasını dikkate alan Kongre bu durumu da önlemek amacıyla bir hükme yer vermiştir. Söz konusu hükme göre, açıkça ABD silahlı kuvvetlerinin yurt dışında silahlı çatışmalara girmesine dair özel bir yetkilendirme niteliği taşıyan yasal bir düzenleme veya müşterek karar olmaksızın, bütçe kanunu da dahil olmak üzere, herhangi bir yasa veya herhangi bir uluslararası antlaşma hükmüne dayanılarak böyle bir görevlendirmenin yapılamaması öngörülmüştür¹⁸³.

E. Yeni Bir Yetki Kaynağı: Uluslararası Örgütlerin Kararları

ABD'de askeri operasyonların yürütülmesine ilişkin öğretilerde en çok eleştirilen hususlardan biri de "barış gücü" olarak adlandırılan askeri birliklerin Kongre'nin rızası aranmaksızın BM Güvenlik Konseyi kararına dayanılarak görevlendirilmesidir¹⁸⁴. Zira söz konusu uygulama devlet başkanlarına Kongre'nin onayına ihtiyaç duymaksızın silahlı kuvvetleri yabancı ülkelerde silahlı çatışmalara müdahil etme imkânı tanımaktadır.

BM İştirak Kanunu'nun (*UN Participation Act*) 6. bölümü;

179 Joint Resolution Concerning the War Powers of Congress and the President Sec. 4(a).

180 Ibid. Sec. 4(b).

181 Ibid. Sec. 4(c).

182 Ibid. Sec. 5(b).

183 Ibid. Sec. 8(a).

184 Edwin Borchard, 'The Charter and the Constitution' (1945) 39 The American Journal of International Law 767, 768.

“Başkan, Kongre’nin uygun bir yasayla yahut müşterek kararlarla sağlanacak onamına tabi olması şartıyla, Güvenlik Konseyi’nin çağrısı ile Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 43. maddesi uyarınca, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına katkıda bulunmak için Güvenlik Konseyi’ne sağlanacak silahlı kuvvetlerin sayısı ve niteliği, teyakkuz dereceleri ve genel konumları, geçit hakkı da dahil olmak üzere olanakların ve desteğin niteliğine ilişkin özel antlaşma veya antlaşmalar yapmaya yetkilidir.”¹⁸⁵ düzenlemesini haizdir.

Söz konusu düzenlemeden ABD tarafından BM Güvenlik Konseyi’nin talebi doğrultusunda gerçekleştirilecek askeri müdahaleler için dahi devlet başkanının Kongre’nin rızasını almasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim ABD Anayasası’nda savaş ilan etme yetkisinin açıkça Kongre’ye tanındığı ve BM Antlaşması’nın 43. maddesinde de BM Güvenlik Konseyi ile devletler arasında yapılan antlaşmaların imzalayan devletlerce her birinin anayasası gereğince onaylanması gerektiği¹⁸⁶ birlikte dikkate alındığında, mevcut düzenlemenin gerek Anayasa gerekse BM Antlaşması ile öngörülen usule uygun olduğu görülmektedir.

Her ne kadar BM İştirak Kanunu’nun 7. bölümünde devlet başkanına, ulusal çıkarlara uygun görmesi halinde, BM’nin “işbirliği faaliyetleri” kapsamındaki talepleri çerçevesinde uyuşmazlıkların barışçıl çözümü için silahlı kuvvetlerin görevlendirilmesine olanak tanınmışsa da bu görevlendirmelerin BM Antlaşması’nın 7. Bölümü’nde düzenlenen yetkiler kapsamında bir görevlendirmeyi kapsamayacağı ve savaş dışı gözlem ve koruma hizmetlerinden ibaret olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁷. Tüm bunlara rağmen Başkan Truman BM Güvenlik Konseyi’nin çağrısına dayanarak hava ve deniz kuvvetlerini Kore’de görevlendirmiş; Truman söz konusu müdahaleyi bir savaşa katılma değil BM bünyesinde yürütülen bir “polis faaliyeti” olarak değerlendirirken, öğretide BM İştirak Kanunu’na riayet edilmemesi 43. madde kapsamında bir antlaşmanın mevcut olmamasıyla gerekçelendirilmiştir¹⁸⁸.

Savaş Yetkileri Kararı’nda askeri güç kullanımının yasama ve yürütme erklerinin müşterek kararıyla gerçekleştirilmesi amacıyla yer verilen bütün güvencelere rağmen Başkan Bush tarafından Saddam Hüseyin’in Kuveyt’i istila etmesinin ardından ABD silahlı kuvvetler personelini yurt dışında görevlendirme sürecinde de Kongre’nin onayına gerek duyulmadan sürecin yürütülmesi girişimlerinin devam ettiği

185 Pub. L. 79-264 AN ACT To provide for the appointment of representatives of the United States in the organs and agencies of the United Nations, and to make other provision with respect to the participation of the United States in such organization, (22 U.S.C. 287d) <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1090/pdf/COMPS-1090.pdf>> Erişim Tarihi 14 Ağustos 2021.

186 Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter>> Erişim Tarihi 10 Mart 2022.

187 United Nations Participation Act of 1945, 22 U.S.C. 287d-1.

188 Fisher (n 1) 332-33. Kore’de yaşamını yitiren bir ABD askerinin sigorta poliçesine ilişkin Weisman Metropolitan Ins. Co’ya Karşı (*Weissman v. Metropolitan Life Ins. Co*) davasında yerel mahkemenin “*Bu ülkedeki insanların çoğunluğunun Kore’de şiddetlenen çatışmanın savaş dışında bir şey olarak nitelenebileceğinden ciddi anlamda şüphe duyuyoruz*” (*Weissman v. Metropolitan Life Ins. Co*, 112 F. Supp. 420, 425 (S.D. Val.) 1953) tespiti de dikkate alındığında Başkan Truman’ın silahlı çatışmanın niteliğine dair beyanının tartışmalı olduğu sonucuna ulaşılabilir.

görülmüştür¹⁸⁹. Örneğin dönemin Savunma Bakanı Cheney, Senatör Kennedy'nin konuya ilişkin bir sorusuna cevaben, BM Güvenlik Konseyi'nin 678 sayılı Kararı'yla, BM Antlaşması'nın 7. Bölümü'nde mevcut yetkileri uyarınca, tüm üye devletleri önceki kararlar doğrultusunda bölgede uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması için gerekli tüm yollara başvurmaya yetkilendirmesini¹⁹⁰ de dikkate alan Başkan'ın Kongre'den ayrıca izin almasına gerek duymadığı yönündeki kanaatini paylaşmıştır¹⁹¹. Benzer bir şekilde, BM Antlaşması ile meşru müdafaa hali dışında savaş ilanının yasaklandığı; dolayısıyla BM bünyesinde gerçekleştirilen askeri operasyonun bir savaş ilanından ziyade “polis faaliyeti” olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu doğrultuda bir BM Güvenlik Konseyi kararının bulunduğu hallerde üye devletlerin kendi yasama organları tarafından yetkilendirilinceye değin bu kararlar uyum göstermeyi ertelemelerinin mümkün olmadığı da ileri sürülmüştür¹⁹².

Birtakım Kongre mensupları tarafından Başkan Bush'un Basra Körfezi'nde orduyu görevlendirme planına karşılık gerçekleştirdiği başvuru Federal Bölge Mahkemesi tarafından ihtiyati tedbir için gerekli koşulların oluşmadığı gerekçesiyle reddedilirken, Adalet Bakanlığı'nın meselenin “yargının konusu olmayan siyasi bir soru” niteliğini taşıdığı ve siyasi organlar arasında çözümlenmesi gerektiği yönündeki iddiaları da kabul görmemiş; Mahkeme böyle bir yaklaşımın Kongre'nin savaş ilanı hakkındaki anayasal yetkisinin yürütme erkinin alacağı bir karara bağlı olması anlamına geleceğinden Anayasa'nın açık ifadesiyle bağdaşmayacağı tespitinde bulunmuştur¹⁹³. Öte yandan Başkan Bush 14 Ocak 1991 tarihinde Kongre'nin Irak'a yönelik askeri operasyonu yetkilendirmesinin ardından Irak'a Karşı Askeri Güç Kullanımının Yetkilendirilmesi Kararı'nı imzalarken (*the Resolution Authorizing the Use of Military Force Against Iraq*) devlet başkanlarının bu konudaki etkin tutumunun devam edeceğini işaret eden bir açıklamaya yer vermiştir:

“(...) Kongre'den destek talebim ve bu kararı imzalamam, Başkan'ın ABD'nin hayati çıkarlarını savunmak için Silahlı Kuvvetleri kullanmaya ilişkin anayasal yetkisi veya Savaş Yetkileri Kararı'nın anayasallığı hususlarında yürütme organının süregelen yaklaşımında herhangi bir değişiklik tesis etmemektedir.”¹⁹⁴

Benzer bir yaklaşım sadece birkaç sene sonra BM Güvenlik Konseyi'nin 7. Bölüm'de mevcut yetkileri uyarınca askeri yönetime son verilerek meşru bir

189 Fisher (n 1) 351-53.

190 UNSC, Res 678 (29 November 1990) UN Doc S/RES/678.

191 Committee on Armed Services, *Crisis in the Gulf Region: U.S. Policy Options and Implications, Hearings Before the Committee on Armed Services United States Senate, One Hundred First Congress, Second Session* (U.S. Government Printing Office 1990) 701.

192 Thomas M. Franck, ‘Declare War? Congress Can’t’ (*The New York Times*, 11 Aralık 1990,) <<https://www.nytimes.com/1990/12/11/opinion/declare-war-congress-cant.html>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2021.

193 *Dellums v. Bush*, US District Court for the District of Columbia - 752 F. Supp. 1141, 1145-46 (D.D.C. 1990) December 17, 1990.

194 George Bush, *Public Papers of the Presidents of the United States - 1991* (United States Government Printing Office 1992) 40.

şekilde seçilen devlet başkanının göreve dönmesi için üye devletleri “gerekli tüm yöntemleri” kullanmakla yetkilendiren kararı¹⁹⁵ sonrası tekrarlanmış; Senato tarafından oybirliğiyle BM Güvenlik Konseyi Kararı’nın Anayasa yahut Savaş Yetkileri Kararı çerçevesinde silahlı kuvvetlerin Haiti’de konuşlandırılmasına dair bir yetkilendirme teşkil etmeyeceğinin belirtilmesine rağmen, Başkan BM tarafından talep edildiği üzere askeri güç kullanımı için hazır olduğunu ifade etmiştir¹⁹⁶. Adalet Bakanlığı Hukuk Müşaviri Walter Dellinger devlet başkanının söz konusu yetkiyi haiz olduğunu savunduğu raporunda, planlanan konuşlandırmanın Savaş Yetkileri Kararı’nda öngörülen şartları yerine getirdiği ve mevcut koşullar, konuşlandırmanın niteliği, kapsamı ve öngörülen süresi dikkate alındığında meşru hükümetin davetiyle gerçekleşen konuşlanmanın anayasal anlamda bir “savaş” olmadığını ileri sürmüştür¹⁹⁷. Keza Dellinger tarafından Savaş Yetkileri Kararı’nın ortaya çıkış amacının Vietnam ve Kore’deki gibi Kongre’nin yetkilendirmesi olmaksızın uzun süreli çatışmalara taraf olunmasının engellenmesi olduğu ve devlet başkanının diplomatik gerekçelerle askeri birlikleri kullanma veya kullanma tehdidinde bulunmaktan yasaklanması gayesi taşımadığı değerlendirilmiştir¹⁹⁸.

Başkan Clinton’ın Yugoslavya’ya, Başkan Obama’nın ise Libya’ya yöneltilen askeri operasyonlarda Kongre’den almış olduğu bir yetkiye dayanmaksızın söz konusu müdahaleleri NATO üzerinden gerçekleştirmiş olmaları Kuzey Atlantik Antlaşması’nın da benzer şekilde değerlendirildiğini göstermiş; öğretilerde uluslararası güvenlik antlaşmalarının Anayasa tarafından Kongre’ye tanınmış bir yetkinin Başkan’a devri anlamına gelmediği ve söz konusu müdahalelerin ABD’ye yöneltilen bir saldırıyı savuşturma niyeti taşımadığı gerekçeleriyle bu yaklaşım da aynı şekilde eleştirilmiştir¹⁹⁹. Dolayısıyla Başkan’ın bir yürürlük antlaşmasına yahut Senato’nun üçte ikisi çoğunluğu tarafından onaylanması suretiyle yürürlüğe girmiş bir uluslararası antlaşmaya dayanarak silahlı kuvvetleri görevlendirmesinin mevcut yasal düzenlemelere aykırılık teşkil edeceği söylenebilmektedir²⁰⁰.

Sonuç

Küreselleşmeyle birlikte devletlerin dış politika tercihlerinin de her geçen gün önemini artırdığı görülmektedir. Zira devletler günümüzde her zamankinden daha yoğun bir şekilde birbirleriyle etkileşim halindedir. Üstelik bu etkileşimde başvuru uluslararası hukuk araçlarının iç hukuktaki doğrudan etkilerinin de artış gösterdiği gözlemlenmektedir. Tüm bu gelişmeler, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki

195 UNSC, Res 940 (31 July 1994) UN Doc S/RES/940.

196 Fisher (n 1) 353.

197 Walter Dellinger, ‘Deployment of United States Armed Forces into Haiti, Letter Opinion for Four United States Senators’ (27 September 1994), 173 <<https://www.justice.gov/file/20306/download>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021.

198 Ibid. 176.

199 Fisher (n 1) 333-34.

200 Ibid. 329-331.

ilişki kurulurken devlet organları arasında nasıl bir yetki ve görev paylaşımı benimsenmesinin uygun olduğuna dair farklı yaklaşımların önemini artırmaktadır. Çalışmada dış politikanın nasıl yürütüleceği hususu Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi ABD üzerinden hukuki bir perspektifle incelenmiştir. Zira ABD, uluslararası hukukla mevcut anayasal normlarının karşılıklı etkileşimi üzerine kapsamlı içtihatlarla ve süregelen akademik tartışmalara sahip olması sebebiyle önemli bir örnek teşkil etmektedir. Çalışmanın odak noktası olarak devlet başkanı seçilmiş ve ABD Başkanı'nın bir dış politika aracı olarak başvurabileceği başlıca yetkiler öğretide mevcut görüşler ve yargı uygulamaları ışığında irdelenmiştir. Nitekim her ne kadar ABD'de anayasal düzen yasama, yürütme ve yargı organları arasında katı bir kuvvetler ayrılığı üzerine inşa edilmişse de dış politikaya ilişkin hususlarda devlet başkanının bu alanda öncelikli hükümet organı olarak belirlendiği ve kendisine iç hukuka kıyasla daha geniş bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde öncelikle ABD Başkanının dış politikaya ilişkin yetkilerinden diplomatik tanıma tahlil edilmiştir. Tanıma devlet başkanının zımni yetkilerinden biri olarak kabul edilmektedir. Buna göre Başkan herhangi bir devleti tanıma veya tanıma kararını geri almaya ilişkin münhasır ve mutlak bir yetkiye sahiptir. Tanımanın çoğu zaman devletler arasında ilişkilerin kurulmasının ilk adımı olduğu dikkate alındığında söz konusu yetki kapsamında alınan kararların uluslararası toplum açısından önem arz ettiği söylenebilmektedir. Nitekim Başkan Carter döneminde Tayvan'ın tanınmasından vazgeçilip Çin Halk Cumhuriyeti'nin tanınması sadece bu ülkelerin ABD ile ikili ilişkileri açısından değil dünya çapında dönüşüme yol açan bir gelişme olarak yorumlanabilir.

Başkan'ın dış politikaya ilişkin en önemli yetkilerinden biri de uluslararası antlaşma akdetme yetkisidir. Bu yetki Anayasa'da da açıkça düzenlenmiş ve kural olarak Senato ile Başkan arasında paylaştırılmıştır. Gerçekten de uluslararası bir antlaşmanın bağlayıcılık taşıdığı ve yurttaşlar üzerinde de sonuç doğurabileceği dikkate alındığında böyle bir yetki paylaşımının Anayasa'nın genel ilkelerinin doğal bir sonucu olduğu söylenebilmektedir. Lakin bu yetki paylaşımının her türlü uluslararası antlaşma niteliğindeki mutabakat açısından aranmadığı görülmektedir. Bu kapsamda her ne kadar uluslararası hukuk anlamında bir uluslararası antlaşma sayılsa da ABD iç hukukunda yürütme antlaşması olarak addedilen kimi antlaşmalar Başkan tarafından tek taraflı olarak akdedilebilmektedir. Keza Başkan'ın onaylanma sürecinden bağımsız olarak her türlü uluslararası antlaşmayı Kongre yahut Senato'nun rızası olmaksızın sona erdirebilme yetkisini haiz olduğu yargı içtihatlarınca kabul edilmiştir. Günümüzde, devletlerin pek çok alanda uluslararası antlaşmalara başvurduğu ve bu antlaşmaların uluslararası hukukun da asli kaynaklarından birini oluşturduğu göz önüne alındığında, devlet başkanının bu çerçevedeki yetkilerini nasıl kullanacağını dış politika açısından ehemmiyet taşıdığı aşikârdır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise ABD Başkanının sınır ötesinde gerçekleştirilen askeri operasyonları yönetme yetkisi incelenmiştir. ABD dünyanın önde gelen askeri güçlerinden birini teşkil etmekte ve gerek BM Güvenlik Konseyi'nin daimî üyesi olarak gerekse NATO'nun en büyük ordusuna sahip üyesi olarak askeri birliklerini sınır ötesindeki operasyonlarda yaygın bir şekilde kullanmaktadır. Askeri birliklerin yabancı ülkelerde görevlendirilmesinin çoğunlukla Senato'nun savaş ilanına ilişkin bir kararı olmaksızın gerçekleştirildiği ve ABD'nin uluslararası hukuktan doğan meşru müdafaa hakkını oldukça geniş bir şekilde yorumladığı birlikte değerlendirildiğinde, devlet başkanının askeri birliklerin yurtdışında konuşlandırılmasına ve askeri operasyonların yürütülmesine dair yetkilerinin dış politika açısından önemli bir araç olarak ön plana çıktığı söylenebilmektedir.

Tarihsel süreç dikkate alındığında, devlet başkanlarının silahlı kuvvetlerin yurtdışında görevlendirilmesine dair kararlarını söz konusu görevlendirmenin bir “savaş” niteliği taşımadığı, başta BM Güvenlik Konseyi olmak üzere bir uluslararası örgütün almış olduğu bir karara dayandığı yahut daha genel anlamda başkomutan unvanlarının bir sonucu olarak anayasal yetkileri çerçevesinde bir konu olarak değerlendirilmesi gerektiği gerekçeleriyle tek başına icra etmeye çalıştıkları görülmektedir. Her ne kadar savaş ilan etme yetkisinin halen Kongre'ye ait olduğu konusunda bir şüphe bulunmasa da mevcut durum devlet başkanlarının bu alandaki yetkilerini Kongre'nin rızası olmaksızın kullanma eğilimlerinin zaman içerisinde daha da belirginleştiği izlenimi vermektedir.

Sonuç olarak ABD Başkanı'nın yürütme erki olarak dış ilişkilerin yürütülmesinde ABD Hükümeti'nin öncelikli organı olarak kabul edildiği ve tarih boyunca da devlet başkanlarının bu yaklaşım çerçevesinde kendisine atfedilen yetkileri aktif bir şekilde kullandıkları görülmektedir. Bu çerçevede özetle, ABD'de Başkan'ın bir nevi “başdiplomat” (*chief diplomat*) kabul edildiği ve devletin uluslararası alandaki çıkarlarının korunmasında kendisine önemli oranda takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin de istikrarlı bir şekilde, yasama ve yürütme organları arasında bu kapsamda çıkan yetki tartışmalarını “yargının görev alanına girmeyen siyasi bir soru (*non-justiciable political question*)” addettiği ve devlet başkanının bu alandaki yetkilerini sınırlayacak herhangi bir karardan imtina ettiği anlaşılmaktadır.

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

Kitaplar ve Makaleler/Books and Articles

- Acer Y ve Kaya İ, *Uluslararası Hukuk* (11. Baskı, Seçkin 2020).
- Aust A, *Handbook of International Law* (Cambridge University Press 2010).
- Berridge GR ve James A, *A Dictionary of Diplomacy* (Palgrave Macmillan 2003).
- Bradley CA, 'Treaty Termination and Historical Gloss' (2014) 92 Texas Law Review 773-835.
- Borchard E, 'The Charter and the Constitution' (1945) 39 The American Journal of International Law 767-771.
- Bradley CA ve Goldsmith JL, 'Presidential Control over International Law' (2018) 131 Harvard Law Review 1201-1297.
- Bradley CA ve Goldsmith JL, 'Treaties, Human Rights, and Conditional Consent' (2000) 149 University of Pennsylvania Law Review 399-468.
- Brownlie I, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 1990).
- Bush G, *Public Papers of the Presidents of the United States - 1991* (United States Government Printing Office 1992).
- Chen T, *The International Law of Recognition: With Special Reference to Practice in Great Britain and the United States*, (Frederick a. Praeger, Inc, 1951).
- Congressional Research Service, *Treaties and Other International Agreements: the Role of the United States Senate: a Study Prepared for the Committee on Foreign Relations United States Senate* (U.S. Government Printing Office 2001).
- Committee on Armed Services, *Crisis in the Gulf Region: U.S. Policy Options and Implications, Hearings Before the Committee on Armed Services United States Senate, One Hundred First Congress, Second Session* (U.S. Government Printing Office 1990).
- Çağırın ME, *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri* (Platin 2005).
- Dellinger W, 'Deployment of United States Armed Forces into Haiti, Letter Opinion for Four United States Senators' (27 September 1994) 173 <<https://www.justice.gov/file/20306/download>> Erişim Tarihi 17 Ağustos 2021.
- Dinstein Y, *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge University Press, 2011).
- Elsea JK, 'Defense Primer: Legal Authorities for the Use of Military Forces' (2021) Congressional Research Service.
- Elsea JK, 'Defense Primer: President's Constitutional Authority with Regard to the Armed Forces' (2020) Congressional Research Service.
- Fisher L, *The Law of the Executive Branch: Presidential Power* (Oxford University Press, 2014).
- Focarelli C, *International Law* (Edward Elgar Publishing 2019).
- Franck TM, 'Declare War? Congress Can't' (The New York Times, 11 Aralık 1990.) <<https://www.nytimes.com/1990/12/11/opinion/declare-war-congress-cant.html>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2021.
- Gramer R, 'Trump Can't Do That. Can He?' (*Foreign Policy*, 17 Ocak 2019) <<https://foreignpolicy.com/2019/01/16/trump-cant-do-that-can-he-nato-russia-congress/>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2021.
- Gray C, *International Law and the Use of Force* (Oxford University Press, 2008).

- Guilfoyle D, 'The Gulf of Tonkin Incident – 1964' in Tom Ruys and Olivier Corten (eds), *The use of Force in International Law: A Case-Based Approach* (Oxford University Press 2018) 113-14.
- Hamilton A, 'Federalist No. 69' in Michael E. Genovese (eds), *Federalist Papers* (Palgrave Macmillan 2009) 193-197.
- Harrison SL 'Diplomatic Recognition' (1964) *Military Review* 87-96.
- Harmon JM, 'Presidential Power to Expel Diplomatic Personnel from the United States, Memorandum Opinion for the Deputy Attorney General and the Associate Attorney General' (4 April 1980), 207 <https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1980/04/31/op-olc-v004a-p0207_0.pdf> Erişim Tarihi 31 Ekim 2021.
- Henkin L, 'Foreign Affairs and the Constitution' (1987) 66(2) *Foreign Affairs* 284-310.
- Kane T 'Global U.S. Troops Deployment, 1950-2005' (2006) the Heritage Center for Data Analysis.
- Kennedy KC, 'Conditional Approval of Treaties by the US Senate' (1996) 19 *Loyola Los Angeles International and Comparative Law Review* 89-172.
- Lobel J, 'Conflicts between the Commander in Chief and Congress: Concurrent Power over the Conduct of War' (2008) 69(3) *Ohio State Law Journal* 391-468.
- Makielski DC, 'Foreign Policy: Can the President Act Alone? Gaps and Conflicts in the Constitutional Grants of Power' (1996) 1 *Richmand Public Interest Law Review* 87-100.
- Malanczuk P, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7 Bası, Routledge 1997).
- Del Monte M ve Lazarou E, 'How Congress and President Shape US Foreign Policy', (2017) European Parliamentary Research Service Briefing.
- Mulligan SP, 'International Law and Agreements: Their Effect upon U.S. Law' (2018) Congressional Research Service.
- Mulligan SP, 'Withdrawal from International Agreements: Legal Framework, the Paris Agreement, and the Iran Nuclear Agreement' (2018) Congressional Research Service.
- Nelson AE, 'From Muddled to Medellin: A Legal History of Sole Executive Agreements', (2009) 51 *Arizona Law Review* 1035-1068.
- Oppenheim L, *International Law* (9. Bası, 1992 Longman), vol. I.
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri: III. Kitap* (6. Baskı, Turhan 2019).
- Powell JH, 'The President's Authority over Foreign Affairs: An Executive Branch Perspective' (1998) 67 *The George Washington Law Review* 527-576.
- Prakash S, 'Exhuming the Seemingly Moribund Declaration of War' (2008) *The George Washington Law Review* 89-140.
- Prakash S, 'Unleashing the Dog of War: What the Constitution Means by "Declare War"' (2007) *Cornell Law Review* 45-122.
- Prakash SB, *The Living Presidency: An Originalist Argument Against ist Ever-Expanding Powers* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2020).
- Prakash SB ve Ramsey MD, 'The Executive Power over Foreign Affairs', (2001) 111 *The Yale Law Journal* 231-356.
- Reinstein RJ, 'Recognition: A Case Study on the Original Understanding of Executive Power' (2011) 45 *University of Richmond Law Review* 801-862.
- Shaw MN, *International Law* (Cambridge University Press 2017).

Stromseth JE, 'Rethinking War Powers: Congress, the President and the United Nations' (1993) 81 The Georgetown Law Journal 597-673.

Toluner Sevin, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler* (Sulhi Garan 1973).

Tüttüncü AN, Arıkoğlu E, Akün VN ve Başkaracaoğlu E, *Toluner Milletlerarası Hukuk* (2nci Baskı, Beta 2019).

Yoo JC, 'The Continuation of Politics by Other Means: The Original Understanding of War Powers' (1996) California Law Review 167-305.

Uluslararası Antlaşmalar ve BM Güvenlik Konseyi Kararları/International Treaties and UN Security Council Resolutions

Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter>> Erişim Tarihi 10 Mart 2022.

Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946, <<https://www.icj-cij.org/en/statute>> Erişim Tarihi 10 Mart 2022.

UNSC, Res 662 (9 August 1990) UN Doc S/RES/662.

UNSC, Res 678 (29 November 1990) UN Doc S/RES/678.

UNSC, Res 940 (31 July 1994) UN Doc S/RES/940.

UNSC, Res 1373 (28 September 2001) UN Doc S/RES/1373

UNSC, Res 1456 (20 January 2003 UN Doc S/RES/1456

UNSC, Res 1566 ((8 October 2004) UN Doc S/RES/1566

UNSC, Res 1963 (20 December 2010) UN Doc S/RES/1963.

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

Mevzuat ve Açıklamalar/Legislation and Statements

An Act to Declare the Treaties Heretofore Concluded with France, no Longer Obligatory on the United States <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/qw03.asp> Erişim Tarihi 20 Haziran 2021.

Pub. L. 79-264 AN ACT To provide for the appointment of representatives of the United States in the organs and agencies of the United Nations, and to make other provision with respect to the participation of the United States in such organization, (22 U.S.C. 287d) <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1090/pdf/COMPS-1090.pdf>> Erişim Tarihi 14 Ağustos 2021.

S.J. Res68 – 116th Congress (2019-2020): Joint Resolution To direct the removal of United States Armed Forces from hostilities against the Islamic Republic of Iran that have not been authorized by Congress (January 3, 2020) <<https://www.congress.gov/116/bills/sjres68/BILLS-116sjres68enr.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2022.

Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, 'No: 15, 14 Ocak 2018, Terör örgütü PYD/YPG komutasında sözde "Suriye Sınır Güvenliği Gücü" kurulacağı yönündeki beyanlar hk.' <https://www.mfa.gov.tr/no_-15_-teror-orgutu-pydypg-komutasinda-sozde-suriye-sinir-guvenligi-gucu-kurulacagi-yonundeki-beyanlar-hk.tr.mfa> Erişim Tarihi 1 Ocak 2022.

U.S. Department of State, Treaties and International Agreements <<https://www.state.gov/policy-issues/treaties-and-international-agreements/>> Erişim Tarihi 14 Haziran 2021.

- U.S. Department of State, 'Vienna Convention on the Law of Treaties', <<https://2009-2017.state.gov/s/l/treaty/faqs/70139.htm#:~:text=No.,on%20the%20law%20of%20treaties.>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2021.
- U.S. Department of State, 'Foreign Affairs Manual and Handbook, 11 F.A.M. 723' <<https://fam.state.gov/fam/11fam/11fam0720.html>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2021.
- U.S. Department of State Bureau of International Information Programs, *About America: The Constitution of the United States of America with Explanatory Notes*, 18, <<https://es.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/260/2017/05/constitution.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2022.
- United States of America Department of State Office of the Historian, 'U.S. Involvement in the Vietnam War: the Gulf of Tonkin and Escalation' (1964) <<https://history.state.gov/milestones/1961-1968/gulf-of-tonkin>> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2021.
- United States Senate, Roll Call Vote 116th Congress - 2nd Session <<https://www.congress.gov/116/bills/sjres/68/BILLS-116sjres68enr.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2022. *Weissman v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 112 F. Supp. 420 (S.D. Val. 1953).

Mahkeme Kararları/Court Decisions

- Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).
- Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).
- Bas v. Tingy*, 4 U.S. 37 (1800).
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits*, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986.
- Chicago & S. Air Lines, Inc. v. Waterman S.S. Corp.*, 333 U.S. 103 (1948).
- Dellums v. Bush*, 752 F. Supp. 1141 (DDC 1990).
- Fleming v. Page*, 50 U.S. 603 (1850).
- Geofroy v. Riggs*, 133 U.S. 266 (1890).
- Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979).
- Haver v. Yaker*, 76 U.S. 32 (1869).
- Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).
- National City Bank v. Republic of China*, 348 U.S. 356 (1955).
- Prize Cases*, 67 U.S. 635 (1863).
- Senator Barry Goldwater et al. v. James Earl Carter, President of the United States et al.*, No. 79-2246, 617 F.2d 697, 199 (1979) <<https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2020/10/goldwater-v-carter-617-F.2d-697-1979.pdf>> Erişim Tarihi 27 Ağustos 2021.
- United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1939).
- United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).
- United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942).
- Williams v. Suffolk Ins. Co.*, 38 U.S. 415 (1839).
- Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).
- Zivotofsky v. Secretary of State*, 571 F.3d 1231, 7, U.S. App. D.C. (2009) <[https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/17EEECBA92C867D5852578070046747A/\\$file/07-5347-1195643.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/17EEECBA92C867D5852578070046747A/$file/07-5347-1195643.pdf)> Erişim Tarihi 13 Haziran 2021.



Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 22.03.2021
Revision Requested: 05.04.2021
Last Revision Received: 20.05.2021
Accepted: 18.09.2021
Published Online: 18.05.2022

Dispute over the Fenced Varosha in the light of International Law, United Nations Security Council Resolutions and Judgments of European Court of Human Rights

Uluslararası Hukuk, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kapalı Maraş Uyuşmazlığı

Ali Osman Karaoğlu*

Abstract

The issue of property in Cyprus, which has been the subject of protracted discussions and negotiations from the Cyprus Peace Operation in 1974 up until now, has taken on a new dimension since the government of the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) declared that the fenced area of Varosha would be re-opened to settlement. Re-opening the fenced area of Varosha to settlement would rekindle some international law debates as has been observed in the other regions of the island of Cyprus. In this regard, the objective status and *erga omnes* character of the Founding Treaties inclusive to the Treaty of Establishment and Treaty of Guarantee debates on the legitimacy of intervention on the island and the conformity of this intervention with international law, Resolutions of the United Nations Security Council (UNSC), and the Judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the property rights of Greek Cypriots will pave the way for new discussions on the future of Fenced Varosha. What is more, the critical claim by the Administration of Foundations in Cyprus (EVKAF), with respect to the whole area of the fenced area Varosha belonging to the Foundation Land, will lead the debate on the fenced area of Varosha in gaining another dimension. This study will first discuss, from an international law perspective, the debates on the intervention in TRNC covering the fenced area of Varosha, then the status of Varosha in the UNSC Resolutions, and finally the issues of the ownership of property and foundation land in Varosha in the light of Judgments of the ECtHR.

Keywords

Cyprus, Fenced Varosha, International Law, United Nations Security Council, European Court of Human Rights, Property, Foundations

Öz

1974 Kıbrıs Barış Harekatı'ndan günümüze uzun tartışmaların ve müzakerelerin konusu olan Kıbrıs'ta mülkiyet sorunu Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) hükümetince Kapalı Maraş bölgesinin tekrar iskana açılacağına beyan edilmesinden sonra yeni bir boyuta taşındı. Kapalı Maraş'ın yerleşime açılması Kıbrıs Adasının diğer bölgelerinde olduğu gibi, birtakım uluslararası hukuk tartışmalarını yeniden gündeme getirecektir. Dolayısıyla Garantörlük Andlaşması ve Kurucu Andlaşmaların objektif statüsü ve *erga omnes* niteliği ile adaya müdahalenin meşruiyetine ve uluslararası hukuka uygunluğuna dair tartışmalar yeniden gündeme gelecektir. Bu anlamda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Rum toplumunun mülkiyet haklarına ilişkin kararları Kapalı Maraş için de benzer bir hukuki zemin sunmaktadır. Kapalı Maraş özelinde bu zemini başka bir boyuta taşıyacak önemli bir mesele ise Kıbrıs Vakıflar İdaresi (EVKAF) tarafından ileri sürülen Kapalı Maraş'ın tamamının vakif arazisi olduğu iddiasıdır. Bu çalışmada; öncelikle Kapalı

* Correspondence to: Ali Osman Karaoğlu (Asst. Prof. Dr.), Yalova University, Faculty of Law, Department of International Law, Yalova, Türkiye. E-mail: ali.karaoğlu@yalova.edu.tr ORCID: 0000-0003-2979-7001

To cite this article: Karaoğlu AO, "Dispute over the Fenced Varosha in the light of International Law, United Nations Security Council Resolutions and Judgments of European Court of Human Rights" (2022) 42(1) PPIL 333. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.900884>



Maraş'ı da kapsayacak şekilde KKTC'ye müdahale hakkındaki tartışmalar, daha sonrasında BMGK kararlarında Kapalı Maraş'ın statüsü ve en sonunda ise AİHM kararları ışığında Kapalı Maraş'ta mülkiyet ve vakıf problemi, uluslararası hukuk perspektifinden, tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kıbrıs, Kapalı Maraş, Uluslararası Hukuk, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mülkiyet, Vakıf

Dispute over the Fenced Varosha in the light of International Law, United Nations Security Council Resolutions and Judgments of European Court of Human Rights

Introduction

The island of Cyprus has been ruled by various civilisations throughout history. Bearing witness today to the geopolitical importance of the island by virtue of the natural resources in its whereabouts, the island of Cyprus has similarly assumed strategic significance because of its location during its history. After having been governed by the Ottoman Empire for longer than 3 centuries, the island of Cyprus was ceded as a protectorate to the United Kingdom under the Cyprus Convention of 1878 for a hundred years in exchange for support promised to the Ottomans against Russia. The island of Cyprus had a critical position for the United Kingdom in ensuring the security of the Suez Canal, paving the way to India. In accordance with the Convention, the island shall remain under the possession and sovereignty of the Ottoman Empire, but its administration shall be handed over to the United Kingdom.¹ The United Kingdom did not appoint a colonial governor but administered the island through a high commissioner since the island was not a colony in a classical sense. In the course of World War I (WWI), which broke out in 1914, the United Kingdom declared its annexation of Cyprus² on the ground that the Ottoman empire was at war against Britain, with the Ottomans allying with the Germans. Bora argues that *'it was part of British policy to promise the natives of the colonies their independence so as to convince them to join British military campaigns against Germany in World War I. Cyprus was no exception to this policy, and many Greek Cypriots joined Her Majesty's forces in both World Wars, hoping that Britain would offer them Cyprus and also that they would have the opportunity to unite the island with their motherland of Greece.'*³ The annexation was recognised by Turkey under Article 20 of the Lausanne Peace Treaty, executed in 1923.⁴ This Article lays down that 'Turkey accepts and represents that Cyprus was declared to be annexed by the British Government on November 5, 1914.'⁵ That is why Turkey regarded that the issues related to Cyprus fell within the domestic affairs of the United Kingdom between 1923 and 1959. However, after

1 Erhan Bora, 'Cyprus in International Law' (2013) 6(1) Ankara Bar Review 27, 32.

2 Heinz A. Richter, 'The Grand Game and Britain's Acquisition of Cyprus' (2014) 12 Çanakkale Araştırmaları Türk Yılı 93.

3 Erhan Bora, (n 1), 32.

4 The Treaty of Lausanne is basically the reconciliation text of a nation that experienced both the WWI and the War of Independence. The reconciliation was aimed to be based on National Pact (Misak-ı Milli). In this sense, the Treaty of Sevres, which had been intended to be entered into force upon execution, failed to take effect at any time, thereby paving the way for re-negotiation of many issues regarding territory of Turkey. In Lausanne, issues such as borders, islands, minorities, capitulations, Ottoman debts, Turkish Straits, foreign schools and the Patriarchate were discussed and mostly resolved. Of course, some issues such as Mosul and the status of the Turkish Straits came to the fore again later on. For a brief comment on Lausanne Treaty, see: Edgar Turlington, 'The Settlement of Lausanne' (1924) 18(4) American Journal of International Law 696.

5 Treaty of Peace, Lausanne (adopted on 24 July 1923, entered into force on 6 August 1924) 28 LNTS 11, Article 20.

signing the Treaties of Establishment and Guarantee in 1959-1960, Turkey has become one of the key actors in Cyprus issue.

I. Treaty of Guarantee and Intervention by Turkey

In the wake of the decolonisation period, that is, recognition of independence of colonies, the United Kingdom intended to leave the island to Turkish and Greek Cypriots and, to this end, initiated a number of international treaties to be executed with Turkey and Greece as partners. The Treaty of Guarantee, which was signed on August 16, 1960 with a view to protecting both the Constitution of 1960 and the status quo, was established through international treaties in the Republic of Cyprus.⁶ Because of the fact that the civil unrest on the island kept escalating and went out of control and that violent actions similarly soared up from 1963 to 1974, Turkey launched a military intervention into Cyprus on July 20, 1974 in reliance upon the Founding Treaties and Article 4 of the Treaty of Guarantee and also on the account of disturbance of the order maintained through the Constitution of 1960. Aksar stressed that the separation of these two communities did not occur as a consequence of Turkish Intervention but instead emerged as a direct result of the operations of UN Peacekeeping Force in Cyprus (UNFICYP),⁷ which ended up dividing these communities in 1964.⁸

Article 4 of the Treaty of Guarantee sets down that: *‘In the event of a breach of the provisions of the present Treaty, Greece, Turkey, and the United Kingdom undertake to consult together with respect to the representations or measures necessary to ensure observance of those provisions. In so far as common or concerted action may not prove possible, each of the three guaranteeing Powers reserves the right to take action with the sole aim of re-establishing the state of affairs created by the present Treaty.’*⁹

According to Constantinou, first the Republic of Cyprus and then Turkey acted in contravention of the Treaty of Guarantee. The author is in the opinion that the breach of the Constitutional provisions by the Republic of Cyprus and its attempts to unite with Greece upon the 1974 *coup d’etat* led to subversion of the state of affairs established by the Treaty of Guarantee.¹⁰ However, the author states that the expression

6 Müge Vatansever, ‘Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi’ (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1487, 1499-1500.

7 To prevent intercommunal violence on the island, UNFICYP was set up under Resolution 186 of UNSC in 1964, however, this force could not prevent the conflict between Turkish and Greek Cypriot communities. See: UNSC Res. 186, (4 March 1964), UN Doc S/RES/186, para.3, art.4.

8 Yusuf Aksar, ‘The European Court of Human Rights and The Cyprus Problem’ (2001) 50(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141,149.

9 See the translated version of the Treaty of Guarantee: Murat Sarica & Erdoğan Teziç & Özer Eskiuyurt, *Kıbrıs Sorunu*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1975), 385-386. See the English version: Treaty of Guarantee, (adopted and entered into force 16 August 1960) 382 UNTS 3,art.4.

10 Article 1 of the Treaty of Guarantee explains in general terms what the state of affairs, which needs to be maintained, means: *‘The Republic of Cyprus undertakes to ensure the maintenance of its independence, territorial integrity and security, as well as respect for its Constitution. It undertakes not to participate, in whole or in part, in any political or economic union with any State whatsoever. It accordingly declares prohibited any activity likely to promote, directly or indirectly, either union with any other State or partition of the Island.’*

‘reserves the right to take action’ in Article 4 of the Treaty of Guarantee does not include the use of military power and furthermore relays that this view can be found in legal opinion of Hans Kelsen on the probable UN membership of the Republic of Cyprus. Moreover, the author argues that Turkey also infringed the Treaty of Guarantee with the 1974 intervention.¹¹ As for MacDonald, who conveys various discussions on the term “action,” he emphasizes that it is deduced from the wills and intentions of the Parties concerned that the term was used in a manner to include the use of force as well.¹² In fact, it seems apparent that Makarios, the leader of Greek Cypriot Community, breached the Treaty of Establishment due to his ambitions for Enosis.¹³ He also wished to unilaterally terminate the founding treaties but faced strong objection from Turkey and the UK.¹⁴ It can be inferred from the Treaty of Guarantee and Treaty of Alliance¹⁵ that the Treaties forbid and preclude Enosis. What is not found in the views of Constantinou is the fact that Greece contravened the Treaty of Guarantee. As is specified by Şener, after the Greek Government was overthrown by a Junta of Colonels in 1967, Makarios and the then-current Greek Government broke apart, and thereafter, the coup of Sampson was plotted and supported against Makarios in 1974 by the Junta regime, which believed Sampson would realize the idea of Enosis more quickly. As the author relays, Bülent Ecevit, the then-current prime minister of Turkey, firmly asserted in his statement given immediately after the coup of Sampson that the state of affairs established through the Founding Treaties and the Constitution was breached by the military coup and, therefore, Turkey found this contrary to the Treaty of Guarantee.¹⁶ Due to the second part of Article 1 of the Treaty of Guarantee, the Republic of Cyprus ‘undertakes not to participate, in whole or in part, in any political or economic union with any State whatsoever. It accordingly declares that any activity likely to promote, directly or indirectly, either union with any other State or partition of the Island is prohibited.’¹⁷

In this context, it is still controversial whether the intervention of Turkey in the island was based on a legitimate right granted thereto by the Treaty of Guarantee or whether this intervention was in breach of Article 2/4 of the Charter of the United

11 Costas M. Constantinou, ‘Revising the Treaty of Guarantee for a Cyprus Settlement’ (2017) Analysis for EJIL Talk, 1. See: <<https://www.ejiltalk.org/revising-the-treaty-of-guarantee-for-a-cyprus-settlement/>> accessed 22 March 2021.

12 R. ST. J. MacDonald, ‘International Law and the Conflict in Cyprus’ (1982) 19 The Canadian Yearbook of International Law 3, 5-7.

13 Enosis briefly stands for the helenistic utopian goal of uniting with Greece.

14 Nancy Crawshaw, ‘Cyprus: Collapse of the Zurich Agreement’ (1964) 20(8) The World Today 338, 341.

15 Treaty of Alliance, (adopted and entered into force 16 August 1960) 397 UNTS 287. Article 2 of the Treaty also prohibits Enosis: ‘The High Contracting Parties undertake to resist any attack or aggression, direct or indirect, directed against the independence or the territorial integrity of the Republic of Cyprus’.

16 Bülent Şener, ‘Kıbrıs Barış Harekatı’nın Meşruiyeti ve Uluslararası Hukuk Açısından Bir Değerlendirmesi’ in Duygu Türker Çelik (eds), *Uluslararası Boyutlarıyla Kıbrıs Meselesi ve Geleceği Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, (Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 2016), 405-406.

17 Treaty of Guarantee (n 9), Article 1/2.

Nations (UN Charter)¹⁸ or not. In the event that the first interpretation is taken into account, it can be maintained that Article 4 of the Treaty of Guarantee involves military intervention and the Republic of Cyprus consented to such an intervention from the very beginning. As is laid down in the draft articles designed by the International Law Commission (ILC) with respect to state responsibility, international customary law counts ‘consent’ among the reasons that eliminate wrongfulness of acts.¹⁹ In the case this interpretation is accepted, it can be claimed that the Treaty of Establishment, Treaty of Alliance, and Treaty of Guarantee (Founding Treaties) determine an objective status²⁰ or an objective regime²¹ and that other states are expected to show respect to this regime.²² As discussed below, in light of scholarly opinions, this paper accepts the first interpretation and claims that the Founding Treaties of Cyprus create *erga omnes* obligations for third parties because the establishment of Cyprus is not different from other territorial settlements in accordance with international law.

Although the scope of objective regimes is controversial in international law, it is generally accepted that territorial status treaties, border treaties, treaties regulating the regime of international waterways, and founding treaties of international organisations provide objective regimes. In this sense, the settlement of Antarctic, the neutrality of Belgium and Switzerland, and the status of Kiel Canal²³ can be given as examples of objective regimes. Objective regimes can be arranged regionally in order to keep peace

18 Charter of the United Nations (adopted on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945) 1 UNTS 16.

19 ILC, ‘Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts’, (12 December 2001) A/56/49(Vol. I)/Corr.4, art.20.

20 Treaties providing for objective regimes are sometimes called as ‘status-creating’, ‘dispositive’ or ‘constitutive’ treaties. Bruno Simma, ‘The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an Objective Regime’ (1986) 19 Cornell International Law Journal 189.

21 Francesco Salerno, ‘Treaties Establishing Objective Regimes’, in Enzo Cannizzaro, (eds), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, (Oxford University Press 2011), 225.

22 According to Barnes, ‘an objective regime may be defined as a situation of law created by the parties to an agreement, which purports to have directly applicable legal effects on third parties’ Richard A. Barnes, ‘Objective Regimes Revisited’ (2004) 9 Asian Journal of International Law 97. Article 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) which embodies the *pacta tertiis* rule, provides that ‘a treaty does not create either obligation or rights for a third State without its consent’. However, VCLT Articles 35-36 discern situations between the treaties providing for obligations for third States in which consent of the third parties is required and the treaties providing for rights for third States in which consent of the third parties is not required. Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980) 1155 UNTS 331. In this regard the concept of objective regimes was not included in ILC Articles on the ground that the concept occupies a rather ambiguous position within international law. Malgosia A. Fitzmaurice, ‘Modifications to the Principles of Consent in Relation to Certain Treaty Obligations’ (1997) 2 Austrian Review of International and European Law 275, 294. Do controversy and ambiguity constitute legitimate grounds to exclude concept of objective regimes in the draft articles? Even self-determination, one of the most controversial concepts in international law, is included several binding treaties. Therefore, when included in treaties, controversial character of such concepts does not disappear. Furthermore, article proposed by Waldock would give chance to International Court of Justice (ICJ) to consider nature and scope of objective regimes. Proposed draft article 63(1) states: ‘a treaty establishes an objective regime when it appears from its terms and from the circumstances of its conclusion that the intention of the parties is to create in the general interest general obligations and rights relating to a particular region, State, territory, locality, river, waterway, or to a particular area of the sea, sea-bed, or airspace; provided that the parties include among their number any State having territorial competence with reference to the subject matter of the treaty, or that any such State has consented to the provision in question.’ Waldock claimed that such arrangements have objective status: ‘It may freely be conceded that certain kinds of treaties, e.g. treaties creating territorial settlements or regimes of neutralisation or demilitarisation, treaties of cession and boundary treaties, either have or acquire an objective character’. Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/167 and Add.1-3, [1964] YILC, vol. II, 26-28.

23 The SS Wimbledon Case, 1930 PCIJ Ser. A, No. 1, 15 at 28.

and security.²⁴ Focusing just on universal settlements results in the rejection of local territorial settlements as objective regimes. In this regard, the Founding Treaties of Cyprus provide an objective regime or an objective status to which other states must respect (*erga omnes*). In other words, the rights given to Turkey under the Treaty of Establishment and Treaty of Guarantee must be respected by all states. Özersay argues that the Treaty of Guarantee establishes an objective regime and that this regime binds parties to the Treaty, the third states and the Cyprus state itself. In this sense, the attitude of all parties and the UN confirms the conclusion that an objective regime has been established.²⁵ However, when the negotiation process following the intervention is considered, it is hardly difficult to claim that the objective regime established in 1960 is preserved or can be revived today. Another settlement is possibly needed in the future.

According to Toluner, although the term “objective regimes” seems controversial, the founding treaties of Cyprus, which bring a territorial settlement, are not different from the treaties establishing Bosnia or Belgium. As a matter of fact, even in the Treaty of Guarantee, provisions regarding the status of the country were included, and Cyprus was founded through consensuses on several grounds. In this sense, the first consensus was achieved with the UK, and the transfer of sovereignty was realized on the condition that the UK’s military bases were protected. The second consensus, expressed in the Treaty of Guarantee, is the recognition of the three states’ right of guarantor (Turkey, Greece, and UK) and intervention in order to prevent the division of the island and to ensure the prevention of Enosis. Thus, a balance of power was achieved between Turkey and Greece. The third consensus is the provisions that enable two communities, which are different from each other in terms of language and ethnicity, to undertake the state administration together. Thus, the state administration would be functionally undertaken by both communities, and Cyprus would be governed with a functionally-shared but unified management approach. Cyprus was a *sui generis* state established as a result of these consensuses envisaged in the founding treaties. Thus, it became a member of the UN and was recognized by other states. However, specifically in 1963 and later, the exclusion of the Turkish community from the state administration and the usurpation of its rights undermined the ground of consensus and triggered the events leading to the 1974 intervention.²⁶ Toluner underlines the necessity for third states not to infringe but to respect the status established by the Treaty of Guarantee.²⁷

24 McNair highlights that: ‘when it is remembered that international society has at present no legislature, the treaty is the only instrument available for doing many of the things which an individual State would do by means of its legislature; and the making of rules of law is not the only function of a legislature. It is therefore not surprising that from time to time groups of States should have assumed the responsibility of leadership and used the instrument of a treaty to make certain territorial or other arrangements required, or which they consider to be required, in the interest of this or that particular part of the World’. Lord McNair, *Law of Treaties* (Clarendon Press 1961), Oxford, 259.

25 Kudret Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal Bir İnceleme*, ATAUM Araştırma Dizisi, No.32 (Ankara Üniversitesi Basımevi 2009), 19-20.

26 Sevin Toluner, ‘Objektif Hukuki Durum Yaratan Andlaşmalar Kavramı Gerekli midir?’ (2005) 25(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 519, 569-570.

27 Sevin Toluner, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, (Fakülteler Matbaası 1977), İstanbul, 89.

According to Arsava, the right of the Republic of Cyprus to internal and external self-determination was restricted by not only the Constitution of 1960 but also the Treaties of Alliance and Guarantee with a view in protecting the rights of both communities and reconciling the interests of the guarantor states. The Republic of Cyprus acquired the opportunity for being founded under these conditions. Furthermore, the Treaties of Alliance and Guarantee are in compliance with the right to self-defence, enshrined in Article 51 of UN Charter as well as in Article 53, thereof which allows regional organisations.²⁸

In the case the second interpretation is taken into account, it can be asserted that Article 4 of the Treaty of Guarantee does not involve use of military power and that the above-mentioned intervention was against Article 2/4 of UN Charter. Similarly, the UN Security Council (UNSC), which convened an urgent meeting on July 20, 1974, that is, on the intervention day, seems to have adopted this second interpretation.²⁹ In Resolution 353, the UNSC, being '*equally concerned about the necessity to restore the constitutional structure of the Republic of Cyprus, established and guaranteed by international agreements,*' '*calls upon all States to respect the sovereignty, independence, and territorial integrity of Cyprus.*' To this end, the UNSC, called upon the relevant parties for an immediate ceasefire and demanded an immediate end to foreign military intervention. Notwithstanding, the UNSC did not designate the intervention of Turkey as an occupation in Resolution 353.³⁰ In fact, the Treaty of Guarantee does not determine or identify any authorised body which is vested with the power to resolve any disputes likely to arise out of the interpretation of the Treaty. Therefore, it remains unresolved whether the Treaty of Guarantee incorporates military measures or not. In this respect, upon receiving the consent of both parties, the UNSC could have requested an advisory opinion from the International Court of Justice.

Just after the intervention on the island, Turkey abided by the ceasefire as prescribed in Resolution 353 and attended the conference in Geneva to settle the disputes amicably and peacefully. In search for a settlement on the dispute over Cyprus, two separate rounds of interstate meetings were organised in Geneva between July 25-30³¹ and August 8-14, respectively. After the Geneva talks resulted in failure, Turkey launched a military landing on the island for the second time on August 14, 1974 and entered Famagusta on August 15, 1974.³² In fact, international reactions formerly seemed to be in favour of Turkey until the second landing operation, shifting opinions against Turkey. The states,

28 Ayşe Füsün Arsava, 'Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirmesi' (1996) 51(1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 43, 47.

29 Benjamin M. Meier, 'Reunification of Cyprus: The Possibility of Peace in the Wake of Past Failure' (2001) 34 Cornell International Law Journal 455, 465.

30 UNSC Res. 353, (20 July 1974), UN Doc S/RES/353, para.6 and 8.

31 Full text of the Geneva Declaration of 30 July, 1974 is available in Zaim M. Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, (2th edn Oxford University Press 1993) 412, 412-414.

32 Kudret Özersay, (n 25), 225.

the UNGA, and the UNSC, in particular, took a negative stance on the second landing by Turkey.³³ The international community indeed defended the view that Turkey's second intervention was a breach of the ceasefire decision of the UNSC.³⁴ The 4-year international legal sanction unilaterally imposed on Turkey by the USA in the wake of second intervention embodies the most distinctive example of this negative attitude.³⁵ Additionally, the proclamation of the Turkish Federated State of Cyprus on February 13, 1975 and the transfer of approximately forty thousand Turkish citizens to the island in an attempt to overcome economic challenges were deemed to be against international law by the international community.³⁶ What is more, the proclamation of the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) as an independent state on November 15, 1983 was rendered null and void pursuant to Resolution 541 of the UNSC on November 18, 1983. According to this Resolution, the declaration of independence contravened the Treaty of Guarantee and Treaty of Establishment of 1960.³⁷ This situation caused the favourable attitude in the wake of first intervention to turn into the negative attitude, which partly debilitated Turkey in diplomacy. In spite of the rights that Turkey acquired as a guarantor under the relevant Treaty, the Greek Cypriots used the UNSC Resolutions as the most critical diplomatic trump card in negotiations.³⁸

II. Varosha in UNSC Resolutions

Varosha actually signifies the surroundings. When Greek Cypriots began to move outside the castle in Famagusta, they called this area Varosha meaning 'surrounding.' On August 15, Turkish armed forces captured Varosha, which is part of Famagusta. Varosha was the most famous holiday resort of the East Mediterranean and used to generate almost half of the tourism revenue of Cyprus.

Varosha has always been a separate subject in negotiations between the two communities by virtue of its strategic and economic significance. The area where mostly Greek Cypriots used to live in Varosha was enclosed with fences by Turkish soldiers and has also been closed to entry-exit, apart from a few exceptions, since

33 UNGA Res. 3212, (1 November 1974), UN A/RES/3212 (XXIX), para.2. UNSC also endorsed UNGA resolution 3212. See: UNSC Res. 365, (13 December 1974), UN Doc S/RES/365, para.1.

34 UNSC Res. 360, (16 August 1974), UN Doc S/RES/360, para.1-2.

35 Mahmut Durmaz, *The U.S. Arms Embargo of 1975-1978 and its Effects on The Development of the Turkish Defense Industry*, (Master of Arts in Security Studies (Civil-Military Relations) from The Naval Postgraduate School) September 2014, 22. <<https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a619498.pdf>> accessed 22 March 2021.

36 Christopher M. Goebel, 'A Unified Concept of Population Transfer' (2020) 21 *Denver Journal of International Law & Policy* 34.

37 UNSC Res. 541, (18 November 1983), UN Doc S/RES/541, para.3-4.

38 *Because UNSC did not consider in its resolutions whether there is right to intervene or not under the Treaty of Guarantee. Rather, simply called for states not to recognize Turkey's actions. Therefore, UNSC resolutions, together with their binding character, were useful for Greek Cypriots.* For a detailed information on 'duty not to recognise', see: Stefan Talmon, 'The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?' Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin (ed.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens And Obligations Erga Omnes*, (Martinus Nijhoff Publishers 2006) 99.

1974.³⁹ The fenced area of Varosha, currently resembling a ghost city, which has retained a special place in the proposed solutions spearheaded by Secretaries General of the UN, has also been subjected to a separate evaluation in Resolutions of the UNSC

Resolutions of the UNSC mainly stipulate the hand-over of the fenced area of Varosha to the administration of the UN. In this respect, UNSC Resolution No. 550, passed on May 11, 1984, emphasizes the unacceptability and inadmissibility of the settlement of Varosha by people other than its inhabitants, as well as the necessity of the transfer of the Varosha area to UN Management.⁴⁰ Similarly, in its Resolution No. 789, dated November 25, 1992, the UNSC recalled and reiterated the former Resolution 550 and, furthermore, decided to expand the security zone controlled by UN Peacekeeping Force in Cyprus to the extent that it included Varosha.⁴¹ Finally, Resolution No. 2483, dated July 25, 2019, of the UNSC reminded the necessity of implementing and preserving the special status of Varosha as set out in former resolutions.⁴²

The Varosha area has continued to be one of the main hottest agenda items of the inter-community negotiations carried out from 1975 up until now, particularly under the leadership of secretaries general of the UN, and has been subject to a separate evaluation.⁴³ In this context, the first proposal, consisting of 12 articles, was presented in November 1978 to both parties by Kurt Waldheim, the then-current Secretary General of the UN. This proposal prescribed both the resettlement of Greek Cypriots into Varosha under UN observation and the acceptance of the expansion of the UN security zone to the extent that it included Varosha.⁴⁴ However, this proposal was declined on the grounds of being found insufficient by the Greek Cypriots in regard to three important subjects, that is, right to property, free movement, and the freedom of settlement.

Denktaş submitted a letter to the Secretary General during the UN General Assembly (UNGA) talks in 1978 to re-demonstrate the position and stance of the Turkish side. This letter, as a matter of good will, proposed reducing the number of Turkish soldiers (16000), making some geographic arrangements in order to resettle a considerable number of Greek Cypriots to the regions under the control of Turkish forces, and also returning 30,000-35,000 former inhabitants to Varosha without any need for an agreement. Later on, in accordance with the Ten-Point Agreement executed in May 19, 1979 between Denktaş, the Turkish Community Leader, and Kiprianu, the Greek Cypriot Community Leader, negotiations would be first opened on the resettlement of Varosha.⁴⁵

39 Any expression of 'Varosha' hereafter used in this text would refer to the Fenced Area of Varosha.

40 UNSC Res. 550, (11 May 1984), UN Doc S/RES/550, para.8/5.

41 UNSC Res. 789, (25 November 1992), UN Doc S/RES/789, para.3/8-c.

42 UNSC Res. 2483, (25 July 2019), UN Doc S/RES/2483, para.11/10.

43 Thomas M. Franck, 'The Secretary-General's Role in Conflict Resolution: Past, Present and Pure Conjecture' (1995) 6(3) *European Journal of International Law* 360, 371.

44 UN Secretariat, *Items in Cyprus, Chronological Files*, S-0903-0006-09-00001, 12.

45 UN Secretary-General, *Ten-Point Agreement of 19 May 1979*, S-0903-0006-09-00001, para.5.

UN Secretary General *Pérez de Cuéllar*, presented a plan titled ‘working points’ to the parties concerned during the negotiations between 1984-1986. As per this plan, Varosha was required to be ceded ‘temporarily’ to the administration of UN until the resolution of the Cyprus issue, and, in the meantime, the Turkish side was called to refrain from any attempts that might reinforce independence. In accordance with Resolution 550 of the UNSC, UN Secretary General Boutros Boutros-Ghali proposed ceding Varosha to the control of UN during the negotiations lasting between 1990 and 1992. Pursuant to Ghali’s Package of Confidence-Building Measures, Varosha would be controlled by UN, claims of Greek Cypriots would be resolved, Varosha would assume a special character in terms of enhancing communication and commerce between the two communities, and members of both communities would be able to freely enter and exit this area. Ghali planned a kind of international administration. Notwithstanding, Denktaş was in the opinion that the sanctions imposed on the Turkish side needed to be lifted in return for transferring a considerable part of Varosha to the administration of the UN as a special area, where inter-community communication and commerce would be enabled. The Varosha area was planned to be ceded to the Greek Cypriots in the Annan Plan, designed and proposed by UN Secretary General Kofi Annan during the negotiations continuing between 2002 and 2004. This plan was put to a referendum in both communities in 2004 but was rejected by the Greek Cypriot community.⁴⁶ Although controlled and restricted entrance and exit are currently allowed in the Varosha area, some parts of Varosha still remain closed under the control of Turkish soldiers.⁴⁷ Since it is considered that the Varosha region is required to be included within comprehensive solution plans on the Cyprus dispute, UN Resolutions and proposals of UN Secretary Generals have not been duly implemented. On the other hand, some statements made in 2019 and 2020 by the TRNC administration indicate that the Varosha area is planned to be opened to settlement.⁴⁸

No matter how hard UN Secretary General Guterres strove to bring the concerned parties together,⁴⁹ TRNC believed that reaching a comprehensive solution within a short period of time seemed improbable as shown by the latest negotiations conducted in Crans Montana in 2017. As a consequence of this conviction, the parties concerned refrained from negotiations for a long while following the Crans Montana talks. However, the leaders of the two communities have been recently gathered again by the

46 Tuğba Hascan, *Kıbrıs Sorununda Çözüm Önerileri: De Cuellar Planı (1984-1986), Ghali Fikirler Dizisi (1990-1992), Annan Planı (2002-2004)*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (2016), 68-120. <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tarama.jsp>> accessed 22 March 2021.

47 Aysu Arsoy & Hacer Başarır, ‘Post-War Re-Settlements in Varosha: Paradise to Ghetto’ (2019) 44(2) *Open House International* 52, 52.

48 President of the Security Council issued two statements regarding incompatibility of these actions with UNSC resolutions. See: Statement by the President of the Security Council, S/PRST/2020/9, 9 October 2020, para.2. Statement by the President of the Security Council, S/PRST/2021/13, 23 July 2021, para.2.

49 Vincent L. Morelli, ‘Cyprus: Reunification Proving Elusive’ (2019) Congressional Research Service, Report No. R41136, 25, <<https://fas.org/srg/crs/row/R41136.pdf>> accessed 22 March 2021.

UN Secretary-General to discuss new proposals in Geneva.⁵⁰ The TRNC thus believed that it was of no avail to postpone opening Varosha anymore. In this context, it would be requisite to analyse UNSC Resolutions in regard to resettlement of Varosha area and to resolve the issue of property accordingly. With a view toward gaining insight into this drawn-out issue of property, it would be essential to skim through the judgments rendered by the European Court of Human Rights (ECtHR) with regard to the issue of property in Cyprus.

III. Issue of Property and Charitable Foundations in Varosha

The issue of property actually arose after the creation of bizonality and homogeneous communities in Cyprus. On August 2, 1975, representatives of both communities entered into various rounds of talks under the auspices of the UN and reached an agreement on Population Exchange.⁵¹ As a result of the Population Exchange Agreement, implemented with the assistance of the UN Peacekeeping Force, approximately 120 thousand Greek Cypriots moved from north to south whereas almost 65 thousand of Turks (Turkish Cypriots) proceeded north from the southern part of the island. The buffer zone between the two sides is still under control of the UN Peacekeeping Force in Cyprus. The immovable properties left behind by members of both communities during the exchange of populations have resulted in the long-standing issue of property on the island. In this regard, the Varosha area confronts the similar property issues as seen in other regions. As is seen below, the ECtHR does not assess the Varosha area separately from other regions.

Another matter making the issue of property more complicated is the possessions of charitable foundations. According to the archival research by the Administration of Foundations in Cyprus (Evkaf), the whole Varosha area is designated as foundation land and its ownership belongs to the following 3 foundations: the Lala Mustafa Pasha Foundation, the Abdullah Pasha Foundation, and the Hacı Bilal Ağa Foundation.⁵² The Administration of Foundations asserts that the foundations were also been recognized in the Treaty of Lausanne.⁵³ Nevertheless, the status of Foundation Possessions was unlawfully changed, and these possessions were distributed to Greek Cypriots and Churches by the British administration.⁵⁴

50 This time TRNC advocates two-state solution but Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus (GCASC-also known as Republic of Cyprus)seems to refuse it. Therefore, it is likely that inter-communal talks fail again.

51 Text of the Press Communique On The Cyprus Talks Issued in Vienna On 2 August 1975, S/11789 (5 August 1975), 1.

52 Kıbrıs Vakıflarını Araştırma ve Değerlendirme Projesi, Sunum, 10. <<http://www.evkaf.org/site/dokuman/KIVABIS.pdf>> accessed 22 March 2021.

53 In terms of property rights, Lausanne recognised the then-current *status quo* and made an assessment on the situation taking into account either the results of the Balkan Wars or de facto situation observed in 1914.

54 Kapalı Maraş ve Vakıflar, Genel Bilgi Broşürü, 2. <<http://www.evkaf.org/site/dokuman/Kapalı%C4%B1MarasKonusu.pdf>> accessed 22 March 2021.

British domination over Cyprus was recognised in Lausanne, as in Sevres. However, as examined below, the provisions of Article 60 of Lausanne regarding the recognition of the property of foundations have been the subject of discussion. Indeed, Article 60/1-2 of the Treaty of Lausanne points out the recognition of foundation possessions as follows:

‘The states in favour of which territory was or is detached from the Ottoman Empire after the Balkan wars or by the present Treaty shall acquire, without payment, all the property and possessions of the Ottoman Empire situated therein. It is understood that the property and possessions of which the transfer from the Civil List to the State was laid down by the Irades of the 26th August, 1324 (8th September, 1908) and the 20th April, 1325 (2nd May, 1909), and also those which, on the 30th October, 1918, were administered by the Civil List for the benefit of a public service, are included among the property and possessions referred to in the preceding paragraph, the aforesaid States being subrogated to the Ottoman Empire in regard to the property and possessions in question. The Wakfs created on such property shall be maintained.’⁵⁵

Likewise, the 1960 Constitution of the Republic of Cyprus recognizes the foundations in Article 110/2 as follows:

‘The institution of Vakf and the Principles and Laws of, and relating to, Vakfs are recognised by this Constitution. All matters relating to or in any way affecting the institution or foundation of Vakf or the vakfs or any vakf properties, including properties belonging to Mosques and any other Moslem religious institution, shall be governed solely by and under the Laws and Principles of Vakfs (ahkamul evkaf) and the laws and regulations enacted or made by the Turkish Communal Chamber, and no legislative, executive or other act whatsoever shall contravene or override or interfere with such Laws or Principles of Vakfs and with such laws and regulations of the Turkish Communal Chamber.’⁵⁶

In fact, it was suggested that the 1878 treaty was terminated right after the Ottoman and the British Empires took part in the WWI and, as a consequence, that the island of Cyprus should be returned to the Ottoman Empire as of 1914 because the 1878 treaty is an alliance treaty and when the parties to the treaty wage war against each other, it should be accepted that the alliance is broken, thus terminating the treaty.⁵⁷ Nevertheless, under the Lausanne Treaty of 1923, sovereignty of the British Empire over the island of Cyprus was accepted by Turkey. However, it is worth noting that this acceptance is conditional because Article 60/1-2 of the Treaty of Lausanne regulates the protection of foundations established on certain lands. In this sense, as the British Empire is also a party to the Lausanne Treaty, the provisions of the Lausanne Treaty are also binding on the British Empire. The transfer of foundation properties by British Empire to Greek Cypriots in the period between 1923 and 1960 violated

55 Treaty of Lausanne, art 60/1-2.

56 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, 1960, m.110. TBMM Tutanakları 387, 152. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__d01/c034/mm__01034039ss0387.pdf> accessed 22 March 2021.

57 Bernhard Hofstötter, ‘Cyprus under British Rule: An International Law Analysis of Certain Land Surveys and Land Assignments Between 1878 and 1955’ (2008) 7 Chinese Journal of International Law 159, 185.

Article 60/1 of the Treaty of Lausanne. During the given period, Turkey could have asserted the Empire's responsibility for the violation of the Lausanne treaty, but no such responsibility was claimed because Turkey considered the Cyprus issue as an internal affair of the British Empire. Although the VCLT was not in force at the then-current time, the provisions of the VCLT reflect the customary rules of international law. In this respect, the conditions set in the Article 60 of the VCLT regarding breaches of treaties have been met. It is possible that the British Empire might be legally held responsible for the abovementioned period. On the other hand, as an important matter, the status of the foundations was incorporated into Article 110/2 of the Constitution of Cyprus. After the 1960s, foundation lands in Cyprus continued to be distributed to Greeks. Therefore, it is possible to talk about a constant infringement of the property rights of foundations. The Cyprus Administration was responsible for the period from 1960 to 1974. As a result of the task carried out by the TRNC, it seems possible to redefine the status of the foundation lands, which had been previously distributed to Greek Cypriots in the fenced area of Varosha, in order to end the continuing property infringement. Although the losses suffered by individuals arising as a result of the actions of states must be compensated, the continuing infringement of the property rights of the foundations must also be ended. As can be inferred from both the Lausanne Treaty and the Constitution of Cyprus, the inviolability of the properties belonging to the foundations has been accepted by the states.

The claim that the fenced area of Varosha belongs to foundations has also been cited in some Judgments of the ECtHR. In the event that the pending case of *K. V. Mediterranean Tours Limited v. Turkey*⁵⁸ currently heard by the ECtHR is concluded, the ECtHR can render a final judgment on property ownership of the foundations and the involvement, in the relevant cases, of the Administration of Foundations in Cyprus as the third person. In 2005, the Famagusta District Court rendered a decision recognising the Foundation properties in the fenced area of Varosha. In 2012, the Immovable Property Commission (IPC) accepted the intervention of the Administration of Foundations in Cyprus as a third party in the *K. V. Mediterranean Tours Limited v. Turkey* case. This case was later appealed to the high courts of the TRNC, which upheld that the Administration of Foundations in Cyprus could intervene in the given case as the third party. In this context, the *K. V. Mediterranean Tours* company presented this outcome to the ECtHR as a development to its disadvantage.⁵⁹ It is thus probable for the ECtHR to deal with the Foundation claims broadly in its prospective judgment. Under current circumstances, it would be primarily necessary to explain, within the specific scope of 5 separate Judgments, the approach of ECtHR to the issue of property including the fenced area of Varosha.

58 *K. V. Mediterranean Tours Limited v. Turkey*, App. No. 41120/17, (ECHR, lodged on 25.05.2017). Turkey has been notified of the case which still pending to be heard.

59 *K. V. Mediterranean Tours Limited v. Turkey*, Statement of Facts, Communicated on 19 March 2019.

In fact, the Republic of Cyprus, shortly after being founded, became a party to the European Convention on Human Rights on October 6, 1962. Despite that, the ECtHR holds Turkey accountable and directs enquiries to Turkey for human rights violations taking place in TRNC territory. While inter-communal negotiations were ongoing, the ECtHR became involved in a political issue which has not been settled yet. Türkmen and Öktem argue that all landmark ECtHR judgments on the Cyprus issue have included highly political considerations alongside with legal analysis and described this complexity as both the politicisation of the judiciary and the judicialisation of politics at the same time.⁶⁰ The most critical landmark Judgment of the ECtHR, upon which this case-law is predicated, is the 1996 Judgment on *Loizidou v. Turkey*. Loizidou lodged an application with the Court with the claim of the unlawful expropriation of real estate properties and demanded compensation in return. Turkey asserted as a response that this action was performed by the authorities of the TRNC under Article 159⁶¹ of the Constitution of the TRNC and what is more, that this action took place even before the date when Turkey accepted the jurisdiction of the Court and therefore, Turkey could not be held responsible. However, the Court found that TRNC could not be recognized as a state under the international law, that Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus (GCASC) was the sole legitimate representative of the island of Cyprus and therefore, that the claimed action of the TRNC could not be taken into account. Furthermore, according to the Court, the infringement of property rights still persisted. In this context, the Court recalled and made citations from Resolutions 541 and 550 of the UNSC.⁶²

According to the Court, international law principles with respect to state responsibility require the areas under effective control of a state to be subject to jurisdiction of that state. The Court was not interested in whether the intervention was against international law or not, and found it sufficient to only specify that Turkey had effective control in the given region and that the TRNC was not recognized by the international community. Therefore, the infringement of property rights could be attributed to Turkey.⁶³ The Court did not go into analyses of the Treaty of Establishment or the Treaty of Guarantee and expressed that it did not concern itself with the legitimacy of the intervention by Turkey in the island. However, as understood from the references made to the Resolutions of the UNSC, the Court shared similar views with the UNSC, specifically about recognition of the TRNC. As a consequence, through the Judgment on *Loizidou*, the ECtHR paved the way for Greek Cypriots to file applications against Turkey.⁶⁴

60 Füsün Türkmen & Emre Öktem, 'Major rulings of the European Court of Human Rights on Cyprus: the impact of politics' (2016) 22(2) Mediterranean Politics 278, 281.

61 Article 159 which formerly changed the status of the deserted properties within the borders of TRNC was amended in the ensuing years, thereby granting the opportunity to the claimants for compensation.

62 *Loizidou v. Turkey*, App. No. 15318/89, (ECHR 18.12.1996), [GC]-Judgment, para.19-20.

63 *Loizidou v. Turkey*, para.52-57.

64 Halil Rahman Başaran, 'The Cyprus Question, International Law and European Law: An Assessment' (2018) 28(1) Transnational Law & Contemporary Problems 1, 18-20.

The second important stage regarding the issue of property is the judgment on *Cyprus v. Turkey*, passed in 2001 upon the application of a state. The Republic of Cyprus lodged an application with the Court on the grounds that Turkey was responsible for various violations of human rights. The Court highlighted Turkey's response to a similar case before the European Commission of Human Rights. In this regard, Turkey, as the Court asserted, "*maintained before the Commission that the question of the Varosha district of Famagusta along with the issues of freedom of movement, freedom of settlement, and the right of property could only be resolved within the framework of the inter-communal talks and on the basis of the principles agreed on by both sides for the conduct of the talks. Until an overall solution to the Cyprus question, acceptable to both sides, was found, and having regard to security considerations, there could be no question of a right of the displaced persons to return. The respondent Government further submitted that the regulation of property abandoned by displaced persons, as with restrictions on cross-border movement, fell within the exclusive jurisdiction of the 'TRNC' authorities.*"⁶⁵ However, citing the Judgment on *Namibia*⁶⁶ by the International Court of Justice, the Court specified in its Judgment the necessity of creating domestic remedies to the benefit of individuals' rights, even in de facto governments. According to the Court, basic records like birth, death, title deeds, or marriage are actually kept and retained by the administration of the relevant regions. Although this does not mean the legitimisation of the TRNC, the Court finds that ignoring the decisions of the judicial bodies established in the TRNC would be to the disadvantage and detriment of individuals living in the regions concerned.⁶⁷ The Court thus pointed out the need of domestic remedies to be created by the TRNC.

As an endorsement of the Judgment on *Cyprus v. Turkey*, the issue of domestic remedies was similarly brought forward in the application of *Xenides-Arestis v. Turkey*. On June 30, 2003, the IPC was set up in the TRNC under the Law No. 49/2003, and the Court raised some enquiries to Turkey as to whether domestic remedies had been exhausted or not.⁶⁸ Nevertheless, in the Decision on Admissibility, given in 2005, the Court ruled that the Immovable Property Commission could not be regarded as an effective and sufficient domestic remedy. The Court predicated its decision on the grounds that, firstly, the relevant Law did not involve any regulations or arrangements pertaining to the applications to be made under Articles 8 and 14 of the Convention, secondly, that it was ambiguous whether the Law covered the disputes that had arisen before its effective date, and thirdly, that the members of the Commission set up under the Law resided in the real estate formerly abandoned by Greek Cypriots, resulting

65 *Cyprus v. Turkey*, App. No. 25781/94, (ECHR 10.05.2001), [GC]-Judgment, para.29.

66 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, 16.

67 *Cyprus v. Turkey*, para.90-98.

68 Özde Dereboylular & Perçem Arman, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrısla İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi' (2018) 136 TBB Dergisi 293, 313.

in a situation that would evoke doubts about the impartiality of the members. It was additionally found inadequate that the Commission could rule only for compensation and was not capable of ruling for restitution or compensation for non-pecuniary damages.⁶⁹

Conversely, since the immovable properties of Xenides-Arestis mentioned in the application were located in the fenced region of Varosha, Turkey claimed that these immovable properties were actually foundation lands and registered in the name of the Evkaf Administration and that, therefore, these immovable properties were unlawfully acquired. Despite that, the Court observed that the applicant submitted the relevant documents indicating his ownership, thereby proving that he was the owner of property, and on this account, the Court found the claim of Turkey as groundless.⁷⁰ This claim on foundation land was brought forward in different cases, too. For instance, in the case of *Kyriakou v. Turkey*, Turkey maintained that the Varosha area belonged to such foundations as the Abdullah Pasha Foundation or the Lala Mustafa Pasha Foundation and therefore, immovable properties could not be acquired by real persons.

The Court noted that such an objection fell within the scope of incompatibility *ratione materiae*, in substance, and should have been raised before the application was declared admissible or, at the latest, when the parties presented their observations on the merits. In this regard, the Court emphasized that Turkey did not raise its objection about the title of ownership of the other party within the prescribed period of time.⁷¹

Likewise, in the cases of *Zavou v. Turkey*⁷² and *Lordos v. Turkey*,⁷³ Turkey maintained that the Varosha area belonged to the foundations and could not be acquired by the real persons. Based on the same grounds expressed in the Judgment on *Kyriakou*, the Court stated that this claim was not put forward during the relevant stages and within the prescribed period of time. However, in the case of *Lordos v. Turkey*, the request of the Evkaf Administration for intervening in the case as the third party was refused on the grounds that it would be of no avail to the interests of the proper and duly administration of justice.⁷⁴ Turkish judge Işıl Karakaş, in the justification of her partly dissenting opinion, put an emphasis on the fact that the question of property belonging to the foundations constituted a difficult issue on account of its legal and factual aspects and for that reason, the third-party

69 *Myra Xenides-Arestis v. Turkey*, App. No. 46347/99, Decision on Admissibility, (ECtHR 14.03.2005), 45. Murat Metin Hakki, 'Property Wars in Cyprus: The Turkish Position according to International Law' (2010) 15(16) *The International Journal of Human Rights* 847, 849-850.

70 *Myra Xenides-Arestis v. Turkey*, 18-19.

71 *Kyriakou v. Turkey*, App. No. 18407/91, (ECHR 27.01.2009), Judgment (Just Satisfaction), para.56.

72 *Zavou ve Others v. Turkey*, App. No. 16654/90, (ECHR 22.09.2009), Judgment (Just Satisfaction), para.58.

73 *Lordos ve Others v. Turkey*, App. No. 15973/90, (ECHR 02.11.2010), Judgment (Merits) para.116.

74 *Lordos ve Others v. Turkey*, para.9.

intervention requested by the Evkaf Administration could have been granted for the purpose of clarifying the situation.⁷⁵

Following the delivery of Judgments on *Xenides-Arestis*, various amendments and arrangements were made in the legislation of the TRNC with a view toward enhancing the effectiveness and adequacy of the IPC, thereby eliminating the insufficient points identified by the ECtHR. As a matter of fact, in the Judgment on *Demopoulos v. Turkey*, the Court found and noted that the Immovable Property Commission became an effective domestic remedy, thereby being required to be initially exhausted, and, as a consequence, held that the application was inadmissible on the account that the applicant did not exhaust this domestic remedy.⁷⁶ After having examined thoroughly the structure and powers of the Immovable Property Commission, which were rearranged under the Law 67/2005 after 2006, the Court observed and determined that the deficiencies of the Commission had been eliminated and rectified.⁷⁷ Katselli Proukaki argues that the ECtHR was influenced by political realism and that the latter should not have accepted the IPC as an effective remedy because the IPC is a product of an illegal situation whose function is to legitimise the *status quo*.⁷⁸ However, the ECtHR, which is governed as per the principle subsidiarity,⁷⁹ asserted the importance of local remedies in previous cases on the Cyprus issue, such as *Cyprus v. Turkey*.

It should be noted that the Court has always regarded the Immovable Property Commission as a domestic remedy of Turkey even though it was set up in the TRNC. Notwithstanding, in the Judgment on *Joannou v. Turkey*, adopted in 2017, the applicant initiated a discussion with the allegation that the Immovable Property Commission became ineffective. In this context, the Court reiterated that the Immovable Property Commission was actually an effective domestic remedy but did not declare the application inadmissible since the Court observed that the Commission drew out the process too long and dragged on the proceedings in this particular case. The Court holds the view that effectiveness is ascertained from scratch for each and every concrete case. It would not be requisite to exhaust an ineffective domestic remedy.⁸⁰ It is perfectly possible that a remedy generally found to be effective might operate inappropriately in the circumstances of a particular

75 *Lordos ve Others v. Turkey*, Judge Işıl Karakaş, partly dissenting opinion, 34-35.

76 *Demopoulos ve Others v. Turkey*, App. No. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, (ECHR 01.03.2010), [GC]-Decision on Admissibility, para.103. Meliz Erdem & Steven Greer, Human Rights, 'The Cyprus Problem and The Immovable Property Commission' (2018) 67 International and Comparative Law Quarterly 721, 725.

77 *Demopoulos ve Others v. Turkey*, para.127.

78 Elena Katselli Proukaki, 'The Right of Displaced Persons to Property and to Return Home after Demopoulos' (2014) 14(4) Human Rights Law Review 701, 730.

79 Marisa Iglesias Vila, 'Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication Within a Cooperative Conception of Human Rights' (2017) 15(2) International Journal of Constitutional Law 393, 401.

80 *Joannou v. Turkey*, App. No. 53240/14, (ECHR 12.12.2017), Judgment, para.63-64.

case.⁸¹ Hadjigeorgiou argues that the ECtHR missed two opportunities in Joannou case. First, the Court could have provided greater guidance on the effectiveness of the IPC. Second, it could have raised the high standard of proof used by the IPC as a potential problem for applicants.⁸²

Conclusion

The Cyprus dispute, which has remained as one of the main agenda items of the foreign policy of Turkey over the last sixty years, has come to the forefront on the recent agenda because of the preparatory works conducted for the resettlement of the fenced area of Varosha. Although the founding treaties, including the Treaty of Guarantee, laid the basis for the intervention of Turkey from the perspective of international law, the events taking place, especially after the second military landing and the attitude adopted by the international community in response thereto, have caused obstacles to the resolution of the Cyprus dispute in many aspects. The biggest hurdles to the settlement of the Cyprus dispute through the means of international law stem from the approaches of the UNSC and the ECtHR to the position of Turkey on the island. Both international organs have preferred focusing on the *de facto* existence of Turkey on the island and rendering it illegitimate rather than examining and interpreting the founding treaties. Nevertheless, there is such an overlooked point that the UNSC, which is actually in charge of the maintenance of peace and security around the world, has ignored the fact that the long-protracted conflict between the communities on the island was halted after the intervention of Turkey and that both communities have been living in security for forty-five years. In the event that the UNSC fails to perform its duty, ways that would be resorted to in compliance with international law principles have been widely discussed. In this regard, Turkey implemented its intervention based on the founding treaties which have the character of *erga omnes*, rather than relying on political doctrines. Ongoing discussions particularly focus on such issues as whether the Treaty of Guarantee covers military intervention or not and whether Turkey has maintained an effective control on the island after the second intervention or not. The UNSC did not ask for any opinion from any judicial body on this matter while the ECtHR directly referred to the UNSC Resolutions without assessing the Treaties through means of interpretation. On the other hand, never-ending negotiations between the communities on the island have been perpetually conducted under the leadership of UN Secretaries General, thereby seeking a political solution to the *de facto* situation.

The fenced area of Varosha has always been regarded as a separate matter of disagreement. The international legal issues generally confronted in the resolution of

81 *Joannou v. Turkey*, para.86.

82 Nasia Hadjigeorgiou, 'Joannou v. Turkey: An Important Legal Development and a Missed Opportunity' (2018) 168(2) *European Human Rights Law Review* 168, 174.

the Cyprus dispute also remain valid for the fenced area of Varosha. Notwithstanding, the efforts put in to enable the resettlement of the fenced area of Varosha have brought about the primary issues of property when the Varosha dispute is concerned. The fact that the Varosha region used to be mostly inhabited by the Greek Cypriot Community has also been acknowledged by the leaders of the Turkish Community during various negotiations. In the case of property issues, applications to the above-cited IPC and then individual applications to the ECtHR are also valid means of remedies for the properties located in the Varosha region. The main argument for keeping separate the property issues in Varosha from those in many other regions arises out of the claim that the whole Varosha territory belongs to the Foundation. Similarly, the foundation lands have become among the items of agenda in many other regions, like Nicosia, too. The activities performed by the EVKAF with the intention of substantiating its claim that Varosha area belongs to three foundations will pave the way for the IPC to take into account the foundation properties while resolving property disputes. The ECtHR has not dealt with these foundation claims in a comprehensive manner yet. In this context, as long as the IPC takes decisions concerning the foundations and Turkey submits the relevant objections about foundations, with required documentation, to the Court within the prescribed periods of time, the ECtHR will have to carry out an examination on these foundations. In this respect, without detailed legal analyses based on documents, it would be difficult to envision a resolution of the property issue in Varosha. Therefore, the Judgments that are supposed to be rendered by the ECtHR in the near future would be of high significance. It is a requisite for the EVKAF, in particular, to be allowed to intervene as a party in the cases heard by the ECtHR. The ECtHR can provide a roadmap for resolution of the issue of the foundations as in the case of structure of the IPC, in which the Court formerly stimulated changes through the objections it raised. Both UNSC Resolutions about Varosha and the remarks uttered about the fenced area of Varosha during the negotiations between both communities would be at the very core of many debates. In this regard, it seems imperative for the government of the TRNC and Turkey to develop policies in advance for such miscellaneous probabilities. Re-opening the fenced area of Varosha to settlement would rekindle some international law debates as has been observed in the other regions of the island of Cyprus. The *Erga omnes* character of the Founding Treaties, which includes the Treaty of Establishment, Treaty of Alliance, and Treaty of Guarantee, the debates on the legitimacy of the intervention on the island and the conformity of this intervention with international law, the Resolutions of the UNSC, and the Judgments of the ECtHR on property rights of Greek Cypriots will pave the way for new discussions in future on the fenced area of Varosha.

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, 'The European Court of Human Rights and The Cyprus Problem' (2001) 50(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141-174.
- Arsava AF, 'Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirmesi' (1996) 51(1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 43-51.
- Arsoy A & Başarır H, 'Post-War Re-Settlements in Varosha: Paradise to Ghetto' (2019) 44(2) Open House International 52-61.
- Başaran HR, 'The Cyprus Question, International Law and European Law: An Assessment' (2018) 28(1) Transnational Law & Contemporary Problems 1-26.
- Barnes RA, 'Objective Regimes Revisited' (2004) 9 Asian Journal of International Law 97-145.
- Bora E, 'Cyprus in International Law' (2013) 6(1) Ankara Bar Review 27-58.
- Charter of the United Nations (adopted on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945) 1 UNTS 16.
- Constantinou CM, 'Revising the Treaty of Guarantee for a Cyprus Settlement' (2017) Analysis for EJIL Talk, 1. See: <<https://www.ejiltalk.org/revising-the-treaty-of-guarantee-for-a-cyprus-settlement/>> accessed 22 March 2021.
- Crawshaw N, 'Cyprus: Collapse of the Zurich Agreement' (1964) 20(8) The World Today 338-347.
- Cyprus v. Turkey*, App. No. 25781/94, (ECHR 10.05.2001) [GC]-Judgment.
- Demopoulos ve Others v. Turkey*, App. No. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, (ECHR 01.03.2010) [GC]-Decision on Admissibility.
- Dereboylular Ö & Arman P, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi' (2018) 136 TBB Dergisi 293-326.
- Durmaz M, *The U.S. Arms Embargo of 1975-1978 and its Effects on The Development of the Turkish Defense Industry*, (Master of Arts in Security Studies (Civil-Military Relations) from The Naval Postgraduate School) September 2014, 22. < <https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a619498.pdf>> accessed 22 March 2021.
- Erdem M & Greer S, 'Human Rights, The Cyprus Problem and The Immovable Property Commission' (2018) 67 International and Comparative Law Quarterly, 721-732.
- Fitzmaurice MA, 'Modifications to the Principles of Consent in Relation to Certain Treaty Obligations' (1997) 2 Austrian Review of International and European Law 275-317.
- Franck TM, 'The Secretary-General's Role in Conflict Resolution: Past, Present and Pure Conjecture' (1995) 6(3) European Journal of International Law 360-387.
- Goebel CM, 'A Unified Concept of Population Transfer' (2020) 21 Denver Journal of International Law & Policy 34.

- Hadjigeorgiou N, 'Joannou v. Turkey: An Important Legal Development and a Missed Opportunity' (2018) 168(2) European Human Rights Law Review 168-174.
- Hakkı MM, 'Property Wars in Cyprus: The Turkish Position according to International Law' (2010) 15(6) The International Journal of Human Rights 847-857.
- Hascan T, *Kıbrıs Sorununda Çözüm Önerileri: De Cuellar Planı (1984-1986), Ghali Fikirler Dizisi (1990-1992), Annan Planı (2002-2004)*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (2016). <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tarama.jsp>> accessed 22 March 2021.
- Hofstötter B, 'Cyprus under British Rule: An International Law Analysis of Certain Land Surveys and Land Assignments Between 1878 and 1955' (2008) 7 Chinese Journal of International Law 159-196.
- ILC, 'Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts', (12 December 2001) A/56/49(Vol. I)/Corr.4.
- Joannou v. Turkey*, App. No. 53240/14, (ECHR 12.12.2017) Judgment.
- K.V. Mediterranean Tours Limited v. Turkey*, App. No. 41120/17, (ECHR, lodged on 25.05.2017).
- Kapalı Maraş ve Vakıflar, Genel Bilgi Broşürü, 2. <<http://www.evka.gov.tr/site/dokuman/Kapal%C4%B1MarasKonusu.pdf>> accessed 22 March 2021.
- Katselli Proukaki E, 'The Right of Displaced Persons to Property and to Return Home after Demopoulos' (2014) 14(4) Human Rights Law Review 701-732.
- Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, 1960, m.110. TBMM Tutanakları 387. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c034/mm__01034039ss0387.pdf> accessed 22 March 2021.
- Kıbrıs Vakıflarını Araştırma ve Değerlendirme Projesi, Sunum, 10. <<http://www.evka.gov.tr/site/dokuman/KIVABIS.pdf>> accessed 22 March 2021.
- Kyriakou v. Turkey*, App. No. 18407/91, (ECHR 27.01.2009) Judgment (Just Satisfaction).
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, 16.
- Loizidou v. Turkey*, App. No. 15318/89, (ECHR 18.12.1996) [GC]-Judgment.
- Lordos ve Others v. Turkey*, App. No. 15973/90, (ECHR 02.11.2010) Judgment (Merits).
- McNair L, *Law of Treaties* (Clarendon Press 1961), 259.
- MacDonald R. ST. J., 'International Law and the Conflict in Cyprus' (1982) 19 The Canadian Yearbook of International Law 3-49.
- Meier BM, 'Reunification of Cyprus: The Possibility of Peace in the Wake of Past Failure' (2001) 34 Cornell International Law Journal 455-480.
- Morelli VL, 'Cyprus: Reunification Proving Elusive' (2019) Congressional Research Service, Report No. R41136, 1-41, <<https://fas.org/sgp/crs/row/R41136.pdf>> accessed 22 March 2021.
- Myra Xenides-Arestis v. Turkey*, App. No. 46347/99, (ECtHR 14.03.2005) Decision on Admissibility.
- Necatigil ZM, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, (2th edn, Oxford University Press 1993), 412-414.
- Özersay K, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal Bir İnceleme*, ATAUM Araştırma Dizisi, No.32 (Ankara Üniversitesi Basımevi 2009).
- Richter HA, 'The Grand Game and Britain's Acquisition of Cyprus' (2014) 12 Çanakkale Araştırmaları Türk Yılığ 85-96.

- Salerno F, 'Treaties Establishing Objective Regimes', in Enzo Cannizzaro, (eds), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, (Oxford University Press 2011).
- Sarıca M & Teziç E & Eskişurt Ö, *Kıbrıs Sorunu*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1975).
- Simma B, 'The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an Objective Regime' (1986) 19(2) *Cornell International Law Journal* 189-209.
- Statement by the President of the Security Council, S/PRST/2020/9, 9 October 2020.
- Statement by the President of the Security Council, S/PRST/2021/13, 23 July 2021.
- Şener B, 'Kıbrıs Barış Harekatı'nın Meşruiyeti ve Uluslararası Hukuk Açısından Bir Değerlendirmesi' in Duygu Türker Çelik (eds), *Uluslararası Boyutlarıyla Kıbrıs Meselesi ve Geleceği Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, (Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 2016).
- Talmon S, 'The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?' Christian Tomuschat & Jean-Marc Thouvenin (ed.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens And Obligations Erga Omnes*, (Martinus Nijhoff Publishers 2006), 99-126.
- Text of the Press Communique On The Cyprus Talks Issued in Vienna On 2 August 1975, S/11789 (5 August 1975).
- The SS Wimbledon Case, 1930 PCIJ Ser. A, No. 1.
- Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, A/CN.4/167 and Add.1-3, [1964] YILC, vol. II.
- Toluner S, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, (Fakülteler Matbaası 1977), İstanbul.
- Toluner S, 'Objektif Hukuki Durum Yaratan Andlaşmalar Kavramı Gerekli midir?' (2005) 25(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 519-580.
- Treaty of Alliance, (adopted and entered into force 16 August 1960) 397 UNTS 287.
- Treaty of Guarantee, (adopted and entered into force 16 August 1960) 382 UNTS 3.
- Treaty of Peace, Lausanne (adopted 24 July 1923, entered into force 6 August 1924) 28 LNTS 11.
- Turlington E, 'The Settlement of Lausanne' (1924) 18(4) *American Journal of International Law* 696-706.
- Türkmen F & Öktem E, 'Major rulings of the European Court of Human Rights on Cyprus: the impact of politics' (2016) 22(2) *Mediterranean Politics* 278-300.
- UN Secretariat, Items in Cyprus, Chronological Files, S-0903-0006-09-00001.
- UN Secretary-General, Ten-Point Agreement of 19 May 1979, S-0903-0006-09-00001.
- UNGA Res. 3212, (1 November 1974), UN A/RES/3212 (XXIX).
- UNSC Res. 186, (4 March 1964), UN Doc S/RES/186.
- UNSC Res. 2483, (25 July 2019), UN Doc S/RES/2483.
- UNSC Res. 353, (20 July 1974), UN Doc S/RES/353.
- UNSC Res. 360, (16 August 1974), UN Doc S/RES/360.
- UNSC Res. 365, (13 December 1974), UN Doc S/RES/365.
- UNSC Res. 541, (18 November 1983), UN Doc S/RES/541.
- UNSC Res. 550, (11 May 1984), UN Doc S/RES/550.

UNSC Res. 789, (25 November 1992), UN Doc S/RES/789.

Vatansever M, 'Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi' (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1487-1530.

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

Vila MI, 'Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication Within a Cooperative Conception of Human Rights' (2017) 15(2) International Journal of Constitutional Law 393-413.

Zavou ve Others v. Turkey, App. No. 16654/90, (ECHR 22.09.2009) Judgment (Just Satisfaction).

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Türk Hukukunda Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Lacking Reasons under Turkish Law

Hatice Selin Pürselim* , Can Yöney** 

Öz

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, Türk hukuku bakımından doğrudan Anayasa'da kendisine yer bulan ve vazgeçilmez görülen bir husustur. Ancak bazı hukuk sistemlerinde mevcut bulunan basit yargılama usulleri sonucunda esasa ilişkin kapsamlı bir inceleme yapılmadan ve dolayısıyla gerçek anlamda gerekçe içermeyen kararlar verilebilmektedir ve Türk mahkemelerinin bu kararların tanınması ve tenfizi talepleriyle karşılaşması da söz konusu olabilmektedir. Bu durumda Türk tenfiz hâkiminin yaklaşımının ne olacağı konusu doktrininde önemli bir süredir tartışmalara yol açmaktadır. Konuya ilişkin verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı bu tartışmaları sonlandıramamıştır. Biz de çalışmamızda gerekçenin Türk medeni usul hukukundaki rolü ile gereksiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfiziyle bağlantılı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Fransız ve İsviçre mahkemeleri ile Yargıtay tarafından verilen kararları ele alarak, gereksiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusuna ilişkin olarak kategorik bir yaklaşım izlenmemesi ve her somut olayın koşullarına göre ayrıca değerlendirme yapılması gerektiği yönündeki görüşümüzü ortaya koymaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası usul hukuku, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, gereksiz mahkeme kararı, kamu düzeni, esasa girme yasağı

Abstract

Under Turkish law, incorporation of reasoning in judgments is a matter directly stipulated in the Constitution and is deemed indispensable. However, the summary proceedings available in certain legal systems make it possible for courts to decide a case without conducting a complete examination of the dispute on its merits and without providing its underlying reasoning for its decision. Turkish courts may from time to time have to deal with requests for recognition or enforcement of judgments arising out of such proceedings. The approach the enforcing Turkish court should follow in such a case has constituted a serious issue for debate for a considerable period. The Court of Cassation Decision on the Unification of Judgments in 2012 also failed to resolve these discussions. In this study, we will first try to examine the importance reasoning has in Turkish civil law as well as the decisions of both the European Court of Human Rights and the Court of Cassation regarding the recognition and enforcement of foreign judgments lacking reasoning. Afterwards, we will explain our opinion on the matter, that it would be incorrect to follow a categorical approach; and rather that it would be more appropriate to examine the issue on a case-by-case basis.

Keywords

International civil procedure law, recognition and enforcement of foreign court judgments, judgments lacking reasons, public policy, prohibition of the *révision au fond*

* Sorumlu Yazar: Hatice Selin Pürselim (Doç. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: hselinpurselim@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-3067-4335

** Can Yöney (Arş. Gör.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: can.yoney@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0003-1158-8922

Atf: Pürselim HS, Yöney C, "Türk Hukukunda Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi" (2022) 42(1) PPIL 357. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.1060188>

Extended Summary

Under Turkish law, incorporation of the underlying reasoning in judgments is directly stipulated in the Constitution and is deemed indispensable. However, the summary proceedings available in certain legal systems make it possible for courts to decide a case without conducting a complete examination of the dispute on its merits, without providing for the court's reasoning. Turkish courts may from time to time have to deal with requests for recognition or enforcement of judgments arising out of such proceedings. In the Turkish Code on Private International Law, there is no clear provision regarding whether the foreign judgment should contain reasoning. The approach the Turkish enforcement court should follow in such a case has constituted a serious issue for debate for a considerable amount of time. The fact that decisions rendered by local courts and different chambers of the Court of Cassation contradict each other further exacerbates the topic. In order to unify court decisions and eliminate the contradictory case law, the Court of Cassation General Assembly on the Unification of Judgments gathered and rendered a Decision on the Unification of Judgments (DUJ) in 2012. In this DUJ, the Court of Cassation decided that the mere lack of reasoning in judgments would not amount to a violation of Turkish public policy and that thus the action for recognition or enforcement of foreign judgments lacking reasoning should not be rejected solely on this ground. However, the DUJ also failed to end the discussions on this issue. In this regard, it can be easily concluded that this topic still constitutes an active point of debate for Turkish private international law.

If scholarly views and court decisions addressing the DUJ are examined, the reader will notice that this debate essentially relates to creating a balance between two different and conflicting interests. In fact, the lack of reasoning in a foreign judgment, on one hand, does not comply with the right to a reasoned judgment. This right is explicitly mandated under the Constitution and is an important part of the right to defense. On the other hand, reasoning also falls within the scope of the law of civil procedure, as it is connected to the form of court decisions. In fact, decisions rendered in a given jurisdiction and their form are in principle subject to the civil procedure law of that jurisdiction.

In many legal systems, special types of proceedings have been created for the purpose of conducting civil proceedings in a manner that is faster and less costly. These types of proceedings allow the courts to render judgments without necessarily providing their reasoning. Considering this, we do not share the view that foreign judgments lacking reasoning always violate Turkish public policy and that thus, these judgments should never be recognized or enforced. In our opinion, it is indeed possible that a judgment not providing reasoning may have been rendered without any violation of the defendant's right to defense. In such instances, to categorically reject the enforcement or recognition of these decisions would not be a fair or equitable

result. The Court of Justice of the European Union's recent decision in *Trade Agency Ltd v Seramico Investments Ltd* also trends in this direction. We believe that there is no reason to reject the possibility of recognizing or enforcing these types of decisions if the claimant can demonstrate to the enforcement court the source of the dispute, that the lack of reasoning in the foreign judgment is a result of the provisions of the foreign civil procedure law and that the defendant's right of defense was not violated. This approach will also be consistent with the general practice in French and Swiss laws.

However, the decision reached in the DUJ should not be generalized. In other words, the decision should not be interpreted as making it possible to recognize or enforce all foreign judgments lacking reasoning. If the claimant fails to prove that, during the summary proceedings abroad, the defendant is given the opportunity to use his right to defense, particularly the notification of the statement of claim and being informed about the consequences of his default in the proceedings, or that the cause of action is not against the law or public morality; the application for recognition or enforcement should be rejected on the grounds of the violation of public policy. It should also be borne in mind that the European Court of Human Rights accepted in *Pellegrini v. Italy* that recognition or enforcement by a court of a foreign judgment where the foreign court violated human rights could itself constitute *per se* a violation of human rights.

In the DUJ, the reason why the foreign judgment in question lacked reasoning was not considered. Instead, only the possibility of conformity of such a judgment with the civil procedure law of the country in which it was rendered was evaluated. Yet, it is also possible that a judge may have arbitrarily rendered a judgment without reasoning; thus, the lack of reasoning might still be a violation of its civil procedure law. If the foreign court pursued summary proceedings and rendered a decision without reasoning, even though the relevant conditions were not met, this foreign judgment will both violate Turkish public policy and constitute a judgment rendered in the absence or default of the defendant within the meaning of Article 54/1(ç) of Turkish Code on Private International Law. This will also be true when the relevant civil procedure law does not even offer the judge any possibility to render a decision lacking reasoning. For both these reasons, the enforcement of the foreign judgment would have to be rejected.

I. Giriş

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, usul hukukunun en önemli ve temel unsurlarından bir tanesidir. Yargılama hukuku anlamında gerekçe “*yargıcın hükmünü dayandırdığı nedenler*”¹, “bir yargı kararının o karara nasıl ulaşıldığını gösteren unsur”² gibi şekillerde tanımlanmaktadır. Latince “*ratio decidendi*”³, eski hukuk terminolojimizde ise “*esbâb-ı mucibe*” şeklinde ifade edilen⁴ gerekçenin esasen Fransız İhtilali ile gelişen özgürlükçü birikimin bir ürünü olduğu, ancak tarihsel açıdan köklerinin çok daha eskilere dayandığı düşünülmektedir⁵. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, günümüzde pek çok hukuk sistemi gibi Türk hukukunda da üzerinde önemle durulan ve gerekli görülen bir konu olmuştur; öyle ki, Anayasamızda⁶ tüm mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği yönünde açık bir düzenleme yer almaktadır (m. 141/3).

Türk usul hukuku bakımından vazgeçilmez olan gerekçenin rolü yabancı hukuk sistemlerinde aynı değilse, bu durum nasıl bir sonuç doğuracaktır? Bir başka deyişle, yabancı bir ülke mahkemesince verilen gerekçesiz bir kararın Türk mahkemelerince tanınması veya tenfizinin talep edilmesi durumunda, Türk hâkimi ne şekilde hareket etmelidir? Bu konu, özellikle de bazı hukuk sistemlerinde karşımıza çıkan basit dava usulüyle verilmiş ilâmlar bakımından önem taşımaktadır. Almanya⁷, Avusturya, İngiltere ve İsviçre gibi bazı hukuk sistemlerinde yargılamayı basitleştirmek amacıyla bazı uyuşmazlık türleri hakkında basit dava usulleriyle ve gerekçesiz karar verilmesinin mümkün olması, bu usullere tâbi olarak verilen kararların tanınması veya tenfizi talep edildiğinde Türk mahkemelerinin bu konuya ilişkin bir değerlendirme yapması zorunluluğunu doğurmaktadır. Türk hâkimi bu durumda yabancı mahkemece verilen gerekçesiz kararı kamu düzenine aykırı görüp tanıma veya tenfiz talebini ret mi edecektir yoksa bu konuyu *lex fori*'nin hâkimiyetindeki usul hukukunun bir parçası görerek tanıma veya tenfiz talebini kabul mü edecektir? Çalışmamız temel olarak bu sorulara cevap aramaktadır.

Hukukumuzda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁸ m. 50 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. MÖHUK m. 50 hükmü, tenfizin ön koşullarını düzenlemekte; m. 54

1 Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (10th edn, Yetkin 2011) 469.

2 M. Nedim Bekri, ‘Gerekçeli Karar Hakkı’ (2014) 3 Ankara Barosu Dergisi 203, 208.

3 Necmeddin M. Berkin, ‘İngiltere’de Mahkeme Kararlarının Dayandığı Prensipler ve Hâkimin Hukuk Yaratma Gücü’ (1974) 40(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 331, 333.

4 Ali Türkmen, ‘Türk Yargı Kararlarında Gerekçe ve Önemi’ (2015) 13(154) Legal Hukuk Dergisi 39, 42.

5 Çetin Aşçıoğlu, ‘Yargıda Gerekçe Sorunu’ (2003) 48 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 109, 109.

6 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

7 Alman hukukunda yer alan ihtarlî basit dava usulü (*Mahnverfahren*) uyarınca verilen kararların tanınması ve tenfizi, Türk doktrininde de inceleme konusu yapılmış ve bazı Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Bu usul hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emre Esen, ‘Alman Hukukunda İhtarlî Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi’ (2007) 27(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Usul Hukuku Bülteni, 21-79.

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

hükmü ise esas koşullarına ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Bu iki hükümde de tanınması veya tenfizi istenilen kararın gerekçeli olması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin temel düzenleme olan MÖHUK'ta konuya ilişkin açık bir cevap yer almamaktadır.

Doktrinde konuya ilişkin olarak farklı görüşlerin savunulduğu görülmektedir. Bazı yazarlar konuyu gerekçenin varlığı ile şeklinin usul hukukuna ilişkin olması bağlamında ele almakta ve usul hukukuna *lex fori*'nin hâkim olması nedeniyle yabancı mahkeme kararlarının gereksiz olmasının tenfiz engeli yaratmayacağını savunmaktadırlar⁹. Bazı yazarların ise gerekçeli karar hakkının doğrudan adil yargılanma hakkıyla bağlantılı bir konu olmasından hareket ettikleri ve gerekçe içermeyen bir yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilmesi gerektiğini savundukları görülmektedir¹⁰. Bazı yazarlarsa gereksiz bir yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin halükârda kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinin söylenemeyeceğini, ancak her somut olayda adil yargılanma hakkı ihlâli bulunup bulunmadığının ayrıca incelenmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹¹.

Konuya ilişkin tartışmaları daha da ileri boyuta taşıyan gelişme ise Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak bir içtihadı birleştirme kararı (İBK) vermesi olmuştur¹². Yargıtay'ın hukuk dairelerinin çelişkili kararlar vermesi üzerine toplanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (Yargıtay İBBGK), tanınması veya tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararının gereksiz olmasının tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği ve tenfiz talebinin salt bu gerekçeyle reddedilmemesi gerektiği yönünde bir sonuca varmıştır. Bununla beraber, bu karar konuya ilişkin tartışmaları sonlandırmamış ve doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin şartlara ve tanıma-tenfiz hukukunun başlıca ilkelerinden olan esasa girme yasağına kısaca değinilerek, gerekçenin Türk medeni usul hukukundaki rolü ele alınacak, daha

9 Aysel Çelikel, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi' (1963) 29(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 863, 864; Aysel Çelikel ve Bahattin Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021) 775-776; Ergin Nomer, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde "Gerekçe"' (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 12; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2021) 285-286.

10 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 670-673, dn. 458; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 294-298, dn. 378; Esen (n 7) 71; Burak Huysal, 'Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk'a İlişkin Bazı Değerlendirmeler' in Ayfer Uyanık Çavuşoğlu ve Zeynep Derya Tarman (eds), *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (On İki Levha 2014) 76; Gizem Ersen Perçin, 'Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli' (2015) 1(1) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, 84; Mehmet Köle, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınma ve Tenfizinde Usul' (2016) 21(34) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 39, 45-46, dn. 21.

11 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 135; Pelin Güven, *Tanıma Tenfiz: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Yetkin 2013) 155; Işıl Özkan and Uğur Tüttüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (2nd edn, Adale 2020) 219-220; Berk Demirkol, 'Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi' (2017) 12(157-158) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63, 88. Bu durumun kural olarak kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini ama her somut olayda ayrıca değerlendirme yapmanın gerekli olduğu yönündeki benzer görüş için bkz. A. İpek Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri* (On İki Levha 2018) 525.

12 Yargıtay İBBGK, 1/1, 10.02.2012, RG 20.09.2012/24817.

sonra gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Fransız ve İsviçre mahkemeleri ile Yargıtay tarafından verilen kararlar incelenecektir. En son olarak ise gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu, MÖHUK'ta yer alan tanıma ve tenfiz şartları bağlamında incelenecek ve doktrindeki görüşlere yer verilecektir.

II. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Şartları ve Esasa Girme (*Révision au Fond*) Yasağı

Yargılama faaliyetinin devletlerin egemenlik yetkisiyle arasındaki yakın bağlantının bir sonucu olarak, mahkeme kararları yalnızca verildikleri ülkelerde bağlayıcı etki doğurur. Bir yabancı ülke mahkemesince verilen mahkeme kararının başka ülkelerin hukuk sistemlerinde de mahkeme kararı olarak etki doğurabilmesi için bu mahkeme kararının niteliklerine bağlı olarak tanınması veya tenfiz edilmesi gerekmektedir¹³.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, MÖHUK m. 50 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. MÖHUK m. 50 hükmü, tenfizin ön koşullarını düzenlemektedir. Buna göre, bir yabancı mahkeme kararının tanınabilmesi veya tenfiz edilebilmesi için (i) yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olması, (ii) hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş olması ve (iii) o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunması gerekmektedir.

MÖHUK m. 54 hükmü ise tanıma ve tenfizin esas koşullarına ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre, i) kararı veren ülke ile Türkiye arasında siyasi, kanuni veya fiili karşılıklılık bulunması, (ii) yabancı mahkemeye verilen kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmemesi ve kararı veren mahkemenin kullandığı yetkinin aşırı yetki niteliği taşınamaması, iii) kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı

13 Bu yönde bkz. Osman Fazıl Berki, *Devletler Hususi Hukuku* (4th edn, Güzel Sanatlar Matbaası 1961) 351-352; Tuğrul Arat, 'Yabancı İllamların Tanınması ve Tenfizi' (1964) 21(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421, 437; Erdoğan Göger, *Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)* (4th edn, Sevinç Matbaası 1977) 374-375; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23rd edn, Beta 2021) 507; Çelikel and Erdem (n 9) 711; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020) 427; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 293-294; Atâ Sakmar, *Yabancı İllamların Türkiye'deki Sonuçları* (Fakülteler Matbaası 1982) 149; Şanlı (n 10) 254-255; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 10) 620; Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 15; Doğan (n 11) 110-111; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat 2020) 185; Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 172; Güngör (n 9) 271-272; Rifat Erten, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?' (2005-2006) 25(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 195, 199; Esen (n 7) 46; Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001) 38; Hacı Can and Ekin Tuna, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Adalet 2019) 252-253; Faruk Kerem Giray, 'Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İllamın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemedен Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?' (2019) 39(2) Public and Private International Law Bulletin 609, 612; Zeynep Derya Tarman, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 798, 799; Hatice Selin Pürselim, 'Son Gelişmeler Işığında Makedonya Mahkemeleri Tarafından Verilen Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması', *III. International Conference Proceedings: The West of the East, The East Of The West (26-28 Haziran 2018)* <<http://dogubati.net/wp-content/uploads/2020/02/DBBDTAMmetin-ohrid.pdf>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2021, 229; Ersen Perçin (n 10) 63; Köle (n 10) 41-42.

bulunmaması ve iv) kendisine karşı tenfiz istenen kişinin kararın verildiği ülke kanunları uyarınca hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş olması gerekmektedir. Karşılıklılık yalnızca tenfiz davasında aranan esasa dair bir şarttır (MÖHUK m. 58). Ayrıca belirtmek gerekir ki kararı veren mahkemenin aşırı yetkili olması ve ç bendinde düzenlenen savunma hakkı ihlalleri ancak davalının itirazı üzerine dikkate alınabilir; tanıma ve tenfize dair diğer şartlar ise hâkim tarafından re'sen incelenir.

Türk milletlerarası usul hukukunun en temel özelliklerinden bir tanesi, yabancı mahkemece verilen kararın esastan incelemeye tâbi tutulduğu *révision* sistemi yerine, tanıma-tenfiz mahkemelerinin yalnızca kanunda sayılan koşulların varlığını denetlediği *exequatur* (veya kontrol) sisteminin tercih edilmiş olmasıdır¹⁴. Bir başka deyişle, hukukumuzda tanınması veya tenfizi istenilen kararlar yalnızca MÖHUK'ta belirtilen tenfiz koşulları ışığında bir değerlendirmeye tâbi tutulmakta ve esastan incelenememektedir. Esasa girme yasağı veya *révision au fond* yasağı olarak anılan bu kural uyarınca Türk mahkemesi, tanınması veya tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararını yalnızca MÖHUK'ta yer alan tanıma-tenfiz şartlarını ilişkin olarak bir incelemeye tâbi tutacak ve bu doğrultuda bir karar verecektir¹⁵.

Tanınması veya tenfizi talep edilen kararlar verilirken hangi hukukun uygulandığı, uygulanan hukukun doğru şekilde tatbik edilip edilmediği veya yargılamaya hâkim olan usul hukuku kurallarının tanıma veya tenfiz talep edilen ülke hukukundan daha farklı olması gibi hususların, MÖHUK m. 50 ile 54'teki sınırlı sayıdaki şartların ihlâli anlamına gelmedikleri ölçüde, tanıma veya tenfiz talebi üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, örneğin tanıma veya tenfiz talebiyle kendisine başvuru hâkimin esasa ilişkin olarak kararı veren merci kendisi olsaydı vereceği kararın farklı yönde olmasının tenfiz incelemesi bakımından kural olarak herhangi bir önemi yoktur, meğerki yabancı mahkemece varılan sonuç Türk kamu düzenine açıkça aykırı olsun.

Bununla bağlantılı olarak vurgulanması gereken bir nokta da milletlerarası usul hukukunda yargılama usulüne *lex fori*'nin uygulanmasıdır¹⁶. Davanın esasından farklı olarak, usul hukukuna ilişkin meseleler bakımından kanunlar ihtilafı metodolojisine

14 Sakmar (n 13) 61; Aybay and Dardağan (n 13) 294; Çelikel and Erdem (n 9) 723-724; Arat (n 13) 496; Tiryakioğlu (n 13) 18; Güven (n 11) 20; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 13) 42; Ersen Perçin (n 10) 71.

15 Bu doğrultuda bkz. Çelikel and Erdem (n 9) 724; Nomer, *DHH* (n 13) 520; Sakmar (n 13) 61; Şanlı (n 10) 269-270; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 10) 632; Aybay and Dardağan (n 13) 294; Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 176; Akıncı (n 13) 195-196; Doğan (n 11) 115; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 13) 75-76; Güven (n 11) 20; Erten (n 13) 201-202; Tarman (n 13) 800; Ersen Perçin (n 10) 71; Musa Aygül, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri" (2011) 31(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 83, 103.

16 Berki (n 13) 321; Göger (n 13) 372; Tekinalp (n 13) 404; Nomer, *DHH* (n 13) 396; Çelikel and Erdem (n 9) 503; Şanlı (n 10) 196; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 10) 408; Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 6; Tiryakioğlu (n 13) 82; Doğan (n 11) 25; Güngör (n 9) 219; Güven (n 11) 163; Ersen Perçin (n 10) 74-75; Köle (n 10) 72; Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha 2018) 181.

başvurulmayacak ve usule ilişkin meselelere uyumsuzlukla en yakın irtibatlı hukuk değil, doğrudan *lex fori* uygulanacaktır. Bir başka deyişle, esasa uygulanacak hukuk ister *lex fori* ister yabancı bir hukuk olsun, hâkimler yalnızca kendi hukuklarında geçerli olan usul kuralları ışığında karar vermektedirler. Hangi meselenin usul, hangi meselenin esasa ilişkin olduğu hususu bir vasıflandırma meselesi olup her somut olayda ayrıca ele alınmaktadır¹⁷. Görevli ve yetkili mahkemenin tespiti, dava şartları, yargılama dili, ispat vasıtaları, mahkeme kararlarının içermesi gereken hususlar, mahkeme kararlarına karşı başvuru yolları gibi yargılamanın ne şekilde yürütüleceğine ilişkin hususların usul hukukuna ilişkin meseleler olduğu ve bu nedenle de *lex fori*'ye tâbi oldukları söylenebilir¹⁸.

III. Gerekçenin Türk Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Türk mahkemelerince verilecek kararların gerekçeli olması, Türk medeni usul hukukunda önemle üzerinde durulan ve doğrudan anayasal düzeyde yer verilen bir meseledir. 1982 Anayasası, mahkemeler tarafından verilen kararların gerekçeli olması gerektiğine ilişkin olarak açık bir düzenleme içermektedir. Anayasa m. 141/3'e göre, "*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*". Görülebileceği üzere Anayasa'nın bahsi geçen hükmü, gerekçenin bütün mahkeme kararlarında yer alması gerektiğini düzenlemektedir.

Medeni usul hukukuna ilişkin temel düzenleme olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK)¹⁹ da kararların gerekçeli olması gerektiğine ilişkin açık düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, "*Hukuki Dinlenilme Hakkı*" başlıklı 27. madde, kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesinin hukuki dinlenilme hakkının bir parçası olduğunu hükme bağlamaktadır (HMK m. 27/2(c)). Aynı şekilde, HMK m. 297/1(c) de hukuk yargılamaları bakımından gerekçeden ne anlaşılması gerektiği somutlaştırarak, " *tarafların iddia ve savunmalarının özeti, anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususlar; çekişmeli vakıalar hakkında toplanan deliller; delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepler*"ın gerekçe olarak mahkeme kararında yer alması gerektiğini ortaya koymaktadır²⁰.

Anayasa ve HMK'da açık düzenlemelerin yanı sıra, Yargıtay kararlarında ve doktrinde de gerekçenin savunma hakkının ve bu bakımdan adil yargılanma

17 Şanlı (n 10) 198; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 10) 421; Çelikel and Erdem (n 9) 506; Nomer, *DHH* (n 13) 414-415; Doğan (n 11) 26; Güven (n 11) 163; Can and Tuna (n 13) 36; Yöney (n 16) 182.

18 Bu yönde bkz. Çelikel and Erdem (n 9) 508-537; Nomer, *DHH* (n 13) 402-413; Şanlı (n 10) 197-198; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 10) 422; Doğan (n 11) 26; Yöney (n 16) 182.

19 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

20 Nomer, 'Gerekçe' (n 9) 14-15; Mustafa Alp, 'Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe' in Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2001), 439; Murat Atalı, '16. Karar ve Hüküm' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usul – Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017) 1982.

hakkının bir parçası olduğu²¹ ve kamu düzenine ilişkin bir mesele olduğu²² ifade edilmektedir²³.

Doktrindeki görüşler ve yargı kararları incelendiğinde, gerekçenin birkaç önemli işlevi olduğu ifade edilmektedir. Bu işlevlerden ilki, hâkimlerin keyfi karar vermesinin engellenmesidir²⁴. Hangi vakıa ve delillerin ne şekilde yorumlandığının ve bunların varılan sonuç üzerindeki etkilerinin ne olduğunun ortaya konması zorunluluğu, hâkimler üzerinde bir sorumluluk ve kendilerini denetleme imkânı oluşturarak keyfi kararlar ortaya çıkmasına engel teşkil etmektedir. Gerekçenin diğer önemli işlevi ise tarafların iddia ve savunmalarının akıbeti ile mahkeme tarafından ne şekilde değerlendirildiğinin anlaşılmasının sağlanmasıdır²⁵. Bu bakımdan, tarafların hukuki dinlenilme haklarını kullanıp kullanmadıkları, ancak gerekçeye bakılarak anlaşılabilir²⁶. Başka bir önemli işlevi ise üst derece mahkemesinin alt derece mahkemesi tarafından verilen kararların hukuka uygunluk bakımından denetlemesine imkân vermesidir²⁷. İlk derece mahkemelerinin vardıkları sonuçtan taraflarca memnun kalınmaması ve karar aleyhine üst derece mahkemelerine başvuruda bulunulması durumunda, üst derece mahkemeleri aleyhine başvuruda bulunulan kararda nasıl bir değerlendirme yapıldığının ve hukuk kurallarının ne şekilde uygulandığının ancak gerekçenin varlığı sayesinde denetleyebilmektedir. Ayrıca, gerekçe içtihat yönüyle yargıyı zenginleştirme ve yargı kararlarında istikrarı sağlamaya da katkı sağlamaktadır²⁸. Son olarak ise gerekçenin kamuoyunda kararın tartışılabilmesine ve kabul görmesine imkân tanıma ve bu şekilde de yargıya güven duyulmasını sağlama gibi önemli bir işlevi bulunmaktadır²⁹.

21 Bekri (n 2) 207; Alp (n 20) 432; Türkmen (n 4) 54; Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 218; Aşçıoğlu (n 5) 110; Cemile Demir Gökyayla, 'Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (2013) 9(105-106) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 7, 21; Huysal (n 10) 73; Sarıöz Büyükalp (n 11) 520-521.

22 *Demir Gökyayla*, gerekçeli karar hakkının kamu düzeninden olmasının Anayasa m. 141'in bir sonucu olmadığını, tam tersine bu meselenin kamu düzeninin bir parçası, adil yargılanma hakkının teminatı olduğu için Anayasa'da bir hüküm ile düzenlendiğini savunmaktadır, bkz. *Demir Gökyayla*, 'Gerekçe' (n 21) 21.

23 *Demir Gökyayla*, 'Gerekçe' (n 21) 14; Ersen Perçin (n 10) 74; Yargıtay 15 HD, 829/1121, 08.03.2000; Yargıtay 11 HD, 11773/8659, 03.11.2016 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

24 Bekri (n 2) 208; Şanlı (n 10) 294-298, dn. 378; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 10) 670-673, dn. 458; *Demir Gökyayla*, 'Gerekçe' (n 21) 11; Türkmen (n 4) 54; Alp (n 20) 429; Tarman (n 13) 813; Ersen Perçin (n 10) 74; Güray Erdönmez, '8. Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usul – Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017) 881.

25 Atalı (n 20) 1985; Alp (n 20) 429; *Demir Gökyayla*, 'Gerekçe' (n 21) 11; Demirkol (n 11) 74; Yargıtay 23 HD, 8031/1682, 06.03.2014 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021.

26 Erdönmez (n 24) 881; Türkmen (n 4) 55; Alp (n 20) 428; Ersen Perçin (n 10) 74; Yargıtay 19 HD, 10286/14182, 19.09.2013; Yargıtay 23 HD, 725/677, 03.02.2014; Yargıtay 8 HD, 10047/14910, 09.09.2014 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

27 Erdönmez (n 24) 881; Türkmen (n 4) 55; Alp (n 20) 428; Ersen Perçin (n 10) 74; Yargıtay 19 HD, 10286/14182, 19.09.2013; Yargıtay 23 HD, 725/677, 03.02.2014; Yargıtay 8 HD, 10047/14910, 09.09.2014 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

28 Türkmen (n 4) 54; Alp (n 20) 428.

29 Alp (n 20) 429; Türkmen (n 4) 54-55; *Demir Gökyayla*, 'Gerekçe' (n 21) 11-12; Yargıtay 15 HD, 829/1121, 08.03.2000 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

Yukarıda kısaca değinildiği üzere Yargıtay İBBGK, İBK’da gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarıyla ilgili değerlendirmelerde bulunmuş ve bir neticeye varmıştır. Bu değerlendirmeler arasında gerekçenin medeni usul hukukumuzdaki önemine dair bazı tespitler de yer almaktadır. Mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının tarafların iddia ve savunmalarının dikkate alınmasının bir sonucu olduğu belirtilerek, gerekçeli karar hakkının savunma hakkıyla bağlantısına işaret edilen kararda, gerekçenin kamu düzeniyle bağlantısından da bahsedilmiştir. Ayrıca, kararda “*Demokratik hukuk devletlerinde gerekçe sadece bir hükmü temellendirmekle kalmaz, içeriğindeki gerçeklik ilgisi ile insan, toplum ve kamunun hükmün kişiliğinde, yargııcı ve onun etkinliğini denetleyerek alışkanlıklarını örseleyen bir rol üstlenir*” denilerek, gerekçenin keyfiyeti engelleme ve üst derece mahkemelerince denetime olanak sağlama rolüne de değinilmiştir. Değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, gerekçe medeni usul hukuku bakımından vazgeçilemez nitelikte olan ve doğrudan savunma hakkıyla bağlantısı bulunan bir husustur. Gerek doktrin gerekse de yargı kararları gerekçenin hukukumuzdaki önemi konusunda hemfikirdir.

Bu çerçevede, bir Türk mahkemesi tarafından gerekçesiz karar verilmesinin Türk hukukuna aykırılık teşkil edeceği açıktır. Peki kararı veren mahkeme bir Türk mahkemesi değil de yabancı bir ülke mahkemesiyse bu durumun Türk hâkiminin tanıma veya tenfiz talebi üzerinde ne şekilde bir etkisi olmalıdır? Çalışmamızın bundan sonraki kısmında bu soruya cevap aranacaktır.

IV. Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması veya Tenfizine İlişkin Yargı Kararları

A. AİHM İctihadı

Öncelikle belirtmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS)³⁰ kararların gerekçeli olması gerektiği yönünde bir hüküm yer almamaktadır. Fakat, AİHM tarafından verilen pek çok kararda, AİHS m. 6 hükmünün³¹ yalnızca hükümde

30 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Onay Kanunu Numarası: 6366, Kabul Tarihi: 10.03.1954, RG 19.03.1954/8662.

31 AİHS m. 6 hükmü şu şekildedir: “(1) Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. (2) Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır. (3) Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çekirtmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak”.

AİHS’in güncel Türkçe tercümesi için bkz. <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> Erişim Tarihi 14 Ağustos 2021.

sayılan hallerle sınırlı şekilde yorumlanmaması gerektiği ve hem ceza hem de hukuk yargılamaları bakımından mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının söz konusu hükümde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir parçası olduğu kabul edilmiştir³².

AİHM, gereksiz yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilip edilemeyeceğine ilişkin bugüne kadar herhangi bir karar vermemiştir. Konumuz açısından ışık tutulabilecek en önemli AİHM içtihadı, Mahkeme'nin 2001 yılında verdiği *Pellegrini v İtalya* kararıdır³³. Söz konusu karar, taraf devletlere yabancı mahkeme kararlarının tanınmaması veya tenfiz edilmemesi yönünde pozitif yükümlülükler yüklenebileceğinin kabul edildiğı ilk AİHM kararı olması itibariyle oldukça önemlidir³⁴. Kararda Vatikan mahkemesi tarafından kadının savunma hakkını etkin şekilde kullanmasına imkân tanınmadan verilen evliliğın feshi kararının İtalyan mahkemesi tarafından tanınması incelenmiştir. Kararda evliliğın feshi kararını veren Vatikan mahkemesinin AİHS m. 6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkına riayet edip etmediğinin tanıma davasının görüldüğü İtalyan mahkemesi tarafından denetlenmesi gerektiğı, bu denetimi yapmayan İtalyan mahkemesinin adil yargılama hakkını bizzat kendisinin ihlâl ettiğı sonucuna varılmıştır³⁵. Bu karar³⁶ ile AİHM, taraf devletlerin AİHS m. 6'ya kendi mahkemelerinde yürütölen yargılamalarda riayet etme yükümlölükleri ("doğrudan etki" veya "doğrudan koruma") bulunduğı gibi, yabancı ölkö mahkemelerince bu hüküm ihlâl edilerek verilen kararların tanınması veya tenfizi taleplerini reddetme yönünde de yükümlölükleri bulunduğuna ("dolaylı etki" veya "dolaylı koruma"³⁷)

32 Bu yönde bkz. Cuniberti (n 26) 27; Demir Gökyayla, 'Gereke' (n 21) 13; Aşçıoğlu (n 5) 110; Huysal (n 10) 74; Alp (n 20) 432; Türkmen (n 4) 44-45; Ersen Perçin (n 10) 82; Demirkol (n 11) 73; Bekri (n 2) 209. AİHM tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesine İlişkin Rehber" başlıklı içtihat rehberinde de yargı kararlarının gerekçeli olması gereğine açık bir şekilde yer verilmiştir, bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesine İlişkin Rehber: Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü)' (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, 31 Ağustos 2019) <https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021, 70-71. Bu yöndeki bazı AİHM kararları için bkz. *Taxquet v Belgium* App no 926/05 (ECtHR, 16 November 2010); *Jokela v Finland* App no 28856/95 (ECtHR, 21 May 2002); *Hirvisaari v Finland* App no 49684/99 (ECtHR, 27 September 2001); *Higgins and others v France* App no 20124/92 (ECtHR, 19 February 1998); *Ruiz Torija v Spain* App no 18390/91 (ECtHR, 09 December 1994); *Van de Hurk v the Netherlands* App no 16034/90 (ECtHR, 19 April 1994); *Hadjianastassiou v Greece* App no 12945/87 (ECtHR, 16 December 1992) <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021.

33 *Pellegrini v Italy* App no 30882/96 (ECtHR, 20 July 2001) <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021.

34 Sarıöz Büyökalp (n 11) 426.

35 *Pellegrini v Italy* (n 33) para 47-48.

36 AİHM'in tanıma ve tenfiz davaları bakımından dolaylı etkiye hükmettiğı ilk karar *Pellegrini v İtalya* kararı olmakla beraber, bu karardan önce de 1992 tarihli *Droz ve Janousek v Fransa ve İspanya* kararında Hâkim Matscher'in çoğunluk görüşünün gerekçesine katılmadığını belirttiğı karşı oy yazısında AİHS m. 6 hükmünün ihlâli teşkil eden bir yabancı mahkeme kararın tanınması veya tenfizinin de öye devletin sorumluluğunu doğurabileceğine değinilmiştir. Doğrudan tanıma veya tenfize ilişkin olmayan bu kararda, tanıma ve tenfiz kararı dolayısıyla devletlerin sorumluluğının doğması, AİHS m. 6 ihlâlinin açık bir ihlâl olması şartına bağlanmıştır. Söz konusu karar için bkz. *Droz and Janousek v France and Spain* App no 12747/87 (ECtHR, 26 June 1992) <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2021.

37 *Sarıöz Büyökalp*, tanıma ve tenfiz yargılamalarında taraf devletlerin yükümlölüğünün kendi yargı organlarının işlevine ilişkin olması karşısında, burada dolaylı değil doğrudan bir ihlâl bulunduğunu dile getirmektedir. Bu görüş için bkz. Sarıöz Büyökalp (n 11) 427-428.

hükmetmiş³⁸ olmaktadır³⁹. Karar, doğrudan gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin olmamakla beraber, tenfiz mahkemelerine her halükârda tanınması veya tenfizi talep edilen kararın AİHS ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlâl edip etmediğini denetleme yükümlülüğü getirmektedir ve bu yükümlülüğün kapsamına gerekçesiz kararlar da hiç şüphesiz dâhildir⁴⁰.

AİHM içtihatlarında mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının adil yargılanma hakkı kapsamında görüldüğü de göz önünde bulundurulursa, *Pellegrini v İtalya* kararı ışığında gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi açısından AİHM'in olumsuz bir yaklaşım izleyeceği düşünülebilir⁴¹. Bununla beraber, AİHM içtihatlarında gerekçeli karar hakkına yönelik yaklaşım, bu hakkın taraf devletler açısından bağımsız bir yükümlülük olmadığı ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁴². Bu nedenle, gerekçesiz verilen her kararın doğrudan adil yargılanma hakkının ihlâli teşkil edeceğinin söylenemeyeceği de savunulmuştur⁴³. Bu görüşteki bir yazar, ABAD'ın *Trade Agency Ltd v Seramico Investments Ltd*⁴⁴ kararından hareket etmektedir⁴⁵. Yazar, söz konusu kararda ABAD'ın bir üye devlet mahkemesince verilen gerekçesiz bir yabancı mahkeme kararının adil yargılanma hakkını ayrıca ihlâl etmediği müddetçe diğer üye devletlerde tenfiz edilebileceğine hükmedildiğine işaret etmekte ve üyelerinin tamamı AİHS'e taraf olan Avrupa Birliği'nin yargı makamınca verilen bu karar ile gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizinin tek başına adil yargılanma hakkına ve dolayısıyla kamu düzenine bir aykırılık teşkil etmediğinin kabul edildiğini belirtmektedir⁴⁶. Bu karara aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

B. ABAD İçtihadı

Gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizinin mümkün olup olmadığı meselesi, bugüne kadar hiçbir AİHM içtihadında ele alınmamış olmakla beraber, ABAD içtihatlarında kendisine yer bulmuş bir konudur. 2012 tarihinde verilen *Trade Agency Ltd v Seramico Investments Ltd* kararı, konuya dair Avrupa Birliği hukukunun yaklaşımını göstermesi açısından önem arz etmektedir.

38 Dolaylı korumanın ilk kez uygulandığı AİHM kararı *Soering v Birleşik Krallık* kararıdır. Kavramın sınır dışı edilmeme hakkı bağlamında uygulama alanı bulduğu bu karar için bkz. *Soering v the United Kingdom* App no 14038/88 (ECtHR, 7 July 1989) <<https://hudoc.echr.coe.int>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021.

39 Cuniberti (n 26) 29-30; Sariöz Büyükalp (n 11) 426; Ersen Perçin (n 10) 82; JJ Fawcett, 'The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law' (2007) 56(1) International and Comparative Law Quarterly 1, 4-5.

40 Demirkol (n 11) 80.

41 Bu yönde bkz. Cuniberti (n 26) 34; Ersen Perçin (n 10) 82.

42 Cuniberti (n 26) 28; Demirkol (n 11) 74.

43 Güven (n 11) 155; Demirkol (n 11) 76.

44 Case C-619/10 *Trade Agency Ltd v Seramico Investments Ltd* (ECJ, 06.09.2012) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0619>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

45 Demirkol (n 11) 76.

46 Demirkol (n 11) 76.

2012 tarihli bu karar, bir İngiliz mahkemesince gıyabi karar usulü izlenerek verilen bir kararın Letonya mahkemelerinde tenfizi talebini konu almaktadır. *Seramico Investments Ltd* tarafından *Trade Agency Ltd* aleyhine İngiliz mahkemelerinde açılan alacak davası, *Trade Agency Ltd*'nin davaya katılmaması üzerine davalının gıyabında bir karar verilmesi suretiyle sonuçlanmış ve davalının davacıya 293,582.98 pound ödemesine karar verilmiştir⁴⁷. Davacı *Seramico Investments Ltd*, bu kararın tenfizi için Letonya mahkemelerinde dava açmıştır⁴⁸. İlk derece mahkemesi tarafından tenfiz talebi kabul edilmiş, davalının istinaf talebi de reddedilmiştir⁴⁹. Davalı, İngiltere'de açılan dava hakkında kendisine bilgi verilmediği ve verilen kararın gereksiz olması nedeniyle, Letonya kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiğini ileri sürerek ilk derece mahkemesi kararı aleyhine temyiz başvurusunda bulunmuştur⁵⁰. Letonya Temyiz Mahkemesi (*Augstākās tiesas Senāts*) ise Letonya kamu düzeni ile AİHS m. 6 ve bunun Avrupa Birliği'ndeki karşılığı olan Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi⁵¹ m. 47⁵² arasında bir ilişki bulunduğunu ve AİHM'in AİHS m. 6'yı mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği şeklinde yorumladığını belirttikten sonra, davanın esasına girilmeden davalının gıyabında bir karar verilmesinin Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi m. 47'ye aykırı olup olmadığı ve o tarihte yürürlükte olan Brüksel I Tüzüğü⁵³ m. 34 anlamında kamu düzenine aykırılık dolayısıyla bir tenfiz engeli teşkil edip etmediği konusunda ABAD'a başvurmuştur⁵⁴. Konuya dair görüşüne başvurulmuş İngiltere Hükümeti, söz konusu yargılama prosedürü izlenerek bir karar verilebilmesi için öncelikle davacının talebini detaylı bir şekilde ortaya koyan bir dava dilekçesi ve delilleriyle dava açması, bu belgelerin davalıya tebliğ edilmesi, davalının ise kendisine karşı açılan bu davadan haberdar olmasına karşın davaya katılmaması veya kendisine belirtilen süre içerisinde davaya katılacağı konusunda mahkemeyi bilgilendirmemesi şartlarının sağlanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁵.

47 *Trade Agency Ltd v Seramico Investments Ltd* (n 44) para 16.

48 *ibid* para 17.

49 *ibid* para 18-19.

50 *ibid* para 20.

51 Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C326/02.

52 "Etkili Hukuki bir Yola Başvurma ve Adil Yargılama Hakkı" başlıklı hükmün Türkçe tercümesi şu şekildedir: "(1) *Birlik hukuku tarafından teminat altına alınmış olan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak bir mahkemede hukuki yola başvurma hakkına sahiptir.*

(2) *Herkes, daha önceden yasa ile tesis edilmiş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede makul bir süre içinde yapılacak adil ve kamuya açık bir duruşma yapılması hakkına sahiptir. Herkes, kendisine bilgi verilmesi, savunulması ve temsil edilmesi fırsatına sahip olmalıdır.*

(3) *Gerekli imkanlara sahip olmayan herkese, bu yardımın adalete etkin bir şekilde ulaşılmasının sağlanması için gerekli olması koşulu ile hukuki yardım sağlanacaktır.*" Bildirge'nin Türkçe tercümesi için bkz. <<https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2021.

53 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 L12.

54 *Trade Agency Ltd v Seramico Investments Ltd* (n 44) para 23-25.

55 *ibid* para 56.

ABAD, söz konusu gıyabi karar usulünün hızlı, etkin ve masrafsız bir şekilde itiraza uğramamış alacakların tahsili amacıyla ihdas edildiğini teyit etmiş ve bu amaca ulaşılabilmesi hedefinin kararların gerekçeli olması şartından ayrılmayı da haklı çıkarabileceğini ifade etmiştir⁵⁶. Mahkeme, bununla beraber, ulaşılmaya çalışılan bu amaç ile adil yargılanma hakkı kısıtlaması arasında bir orantısızlık bulunmaması gerektiğini ve tenfiz mahkemesinin de bunu kontrol etmesi gerektiğini dile getirmiştir⁵⁷. ABAD'a göre, kararların gerekçeli olması şartının kapsamı kararların niteliğine göre değişebilir ve tenfiz mahkemesinin her somut olayda davalının karara karşı etkin bir şekilde elverişli kanun yollarına başvuru imkânına sahip olup olmadığını ayrıca incelemesi gerekmektedir⁵⁸. Bu kapsamda ABAD'a göre Letonya mahkemesinin de *Trade Agency Ltd'nin Seramico Investments Ltd'nin* dava dilekçesinden ve verilen karara karşı başvurulabilecek kanun yollarından haberdar olup olmadığını ve haberdarsa bunun ne kapsamda olduğunu incelemesi gerekmektedir⁵⁹. Mahkeme, en son olarak ise esasa dair hiçbir inceleme içermeyen ve davalının gıyabında verilmiş bir yabancı mahkeme kararının ancak davalının Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi m. 47/2'de güvence altına alınan savunma hakkını açık ve orantısız bir şekilde kısıtladığı durumda, etkin bir şekilde elverişli kanun yollarına başvurma imkânını ortadan kaldırması nedeniyle tenfizinin reddedilebileceği sonucuna varmıştır⁶⁰.

Görülebileceği üzere, ABAD gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda kategorik bir yaklaşım izlememiş ve üye devlet mahkemesince verilen gerekçesiz bir yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddi için adil yargılanma hakkını ayrıca ihlâl etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu durumda, her somut olayda üye devlet mahkemeleri, davalının davadan ve dava dilekçesinden haberinin olup olmadığını ve savunma hakkını kullanmamasının davalının kendi tercihi olup olmadığını incelemelidir⁶¹. O halde, bir mahkeme kararın salt gerekçesiz olması, o kararın tenfizinin reddi için yeterli bir sebep değildir ve üye devlet mahkemeleri tarafından gerekçesiz olarak verilen mahkeme kararları davalının savunma hakkına riayet ettiği ölçüde diğer üye devletlerde tenfiz edilebilecektir⁶².

C. Fransız ve İsviçre Hukukları

Gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi, karşılaştırmalı hukukta da tartışılan bir konu olmuştur. Günümüzde Fransız hukukunda kabul gören anlayış, gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin belli şartlar

56 *ibid* para 57-58.

57 *ibid* para 59.

58 *ibid* para 60.

59 *ibid* para 61.

60 *ibid* para 62.

61 Geert van Calster, *European Private International Law* (2nd edn, Hart 2016) 196.

62 Aynı yönde bkz. Demirkol (n 11) 76.

dahilinde mümkün olduğu yönündedir⁶³. Çeşitli ülke mahkemeleri tarafından verilen gereksiz kararların tanınması veya tenfizi talepleriyle karşılaşan Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*), eksik olan gerekçenin yerini tutacak nitelikte muadil bir belgenin sunulması durumunda gereksiz mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği ve bu çerçevede de bunların tanınması ve tenfizinin mümkün olabileceği yönünde kararlar vermiştir⁶⁴. Hangi belgelerin gerekçenin yerini tutacağı konusunda mahkemece verilmiş net bir tanım bulunmamaktadır⁶⁵ ve tenfiz hâkimlerinin bu konuda geniş bir takdir yetkisi olduğu ifade edilmektedir⁶⁶. Ancak Yüksek Mahkeme içtihatları incelendiğinde başta dava dilekçesi olmak üzere esas yargılamada kararı veren mahkemeye sunulan belgeler⁶⁷ ile kararın verildiği mahkemece verilmiş ve konuyla bağlantılı olan gerekçeli kararların⁶⁸ gerekçenin yerini tutabilecek belgeler olarak değerlendirildiği görülmektedir.

İsviçre hukukundaki uygulama da bu doğrultudadır⁶⁹. Federal Mahkeme (*Bundesgericht/Tribunal fédéral*) pek çok kararında bir mahkeme kararının gereksiz olmasının tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini ve bu nedenle tenfiz talebinin reddedilemeyeceğini kabul etmiştir⁷⁰. Buna göre, dava usulüne dair yeterli düzeyde bilgilendirilen ve davaya iştirak etmemesi sonucunda davacının talebi doğrultusunda karar verileceği noktasında dikkati çekilen davalı hakkında verilen gereksiz kararlar, kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir⁷¹. Bununla beraber, kimi hallerde tanınması veya tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararından

63 Cuniberti (n 26) 39; Sarıöz Büyükalp (n 11) 517-518, dn. 597; Hélène Gaudemet-Tallon and Marie-Elodie Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)* (6th edn, LGDJ 2018) 616; Laurence Usunier, 'Refus d'un exequatur d'un jugement étranger non motivé' (2016) 1 *Revue critique de droit international privé* 189, 191; Pierre Chevalier, 'La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères: L'office du juge de l'exequatur, l'ordre public et le portulan' (2014) 1 *Revue critique de droit international privé* 1, 19.

64 Cass civ (1) 11 February 2015, 14-10.074; Cass civ (1) 22 October 2008, 06-15.577; Cass civ (1) 28 November 2006, 04-19.031; Cass civ (1) 20 September 2006, 04-11.635; Cass civ (1) 30 June 2004, 01-03.248 01-15.452; Cass civ (1) 17 January 2006, 03-14.483; Cass civ (1) 9 October 1991, 90-13.449; Cass civ (1) 17 May 1978, 76-14.843 <www.legifrance.gouv.fr> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021.

65 Cuniberti (n 26) 39.

66 Usunier (n 63) 192.

67 Fransız Yüksek Mahkemesi'nin tercihinin genelde bu belgeler olduğu yönünde bkz. Usunier (n 63) 192. Bu yöndeki kararlar için bkz. Cass civ (1) 11.02.2015, 14-10.074; Cass civ (1) 28.11.2006, 04-19.031; Cass civ (1) 17.01.2006, 03-14.483; Cass civ (1) 30.06.2004, 01-03.248 01-15.452; Cass civ (1) 09.10.1991, 90-13.449 <www.legifrance.gouv.fr> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021.

68 Bu yöndeki kararlar için bkz. Cass civ (1) 28.11.2006, 04-19.031; Cass civ (1) 17.01.2006, 03-14.483 <www.legifrance.gouv.fr> Erişim Tarihi 1 Eylül 2021.

69 Bu yönde bkz. Andreas Bucher, 'Art. 27 LDIP' in Andreas Bucher (ed), *Commentaire Romand : Loi sur le droit international privé* (Helbing Lichtenhahn 2011) 358-359; Markus Müller-Chen, 'Art. 27 IPRG' in Markus Müller-Chen and Corinne Widmer Lüchinger (eds), *Zürcher Kommentar zum IPRG - Band I - Art. 1-108 Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987* (3rd edn, Schulthess 2018) 613.

70 BGE 116 II 625; BGE 87 I 73; BGE 103 Ia 199; BGE 5A_840/2009, 30.04.2010 <www.bger.ch> Erişim Tarihi 14 Eylül 2021.

71 Federal Mahkeme'nin pek çok kararında ortak özellik olarak gıyapta verilen kararlar bakımından esas davanın davalısının davaya iştirak etmemesinin doğuracağı sonucu bilmesine karşın bilinçli olarak yargılamaya iştirak etmediği ve sonrasında da tenfiz yargılaması sırasında gerçekçe eksikliğini bir tenfiz engeli olarak ileri sürdüğü görülmektedir. Bu bakımdan, *Demir Gökyayla* da Federal Mahkeme'nin bu kararların bu yaklaşımı tasvip edilmemesi ve hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesinin bir sonucu olabileceğini haklı olarak dile getirmektedir, bkz. Demir Gökyayla, 'Gerekeç' (n 21) 24-25.

gereksiz olması nedeniyle tanıma-tenfiz şartlarının sağlanıp sağlanmadığının anlaşılamayabileceği, böyle durumlarda da tarafların sunacağı ek belgelerle bu incelemenin yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁷². Bu görüşe İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da iştirak edilmiş ve taraflardan konuya ilişkin hiçbir belge talep edilmeden tenfiz talebinin reddedilmesinin uygun olmayacağı belirtilmiştir⁷³. Gereksiz bir mahkeme kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi, ancak kararın aynı zamanda savunma hakkını ihlâl etmesi halinde söz konusu olacaktır⁷⁴. Nitekim İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) m. 29/1(c) hükmü de gıyapta alınan kararların tenfizinin belli şartlar altında mümkün olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde izlenilecek usulü düzenleyen İsviçre MÖHK m. 29'un bahsi geçen bendinde, gıyapta verilmiş bir kararın tenfizi talep edildiği hallerde tenfiz davasının davacısına tanınması veya tenfizi istenilen kararla birlikte davalıya yabancı ülkede yürütülen yargılama sırasında usulüne uygun şekilde tebligat yapıldığını ve kendisini savunma hakkı tanındığını gösteren bir resmî belge sunma zorunluluğu yüklenmektedir. Dolayısıyla, davacının bu yönde bir belge sunması halinde gereksiz kararların da aralarında bulunduğu davalının gıyabında verilmiş kararların tanınması veya tenfizi mümkün olmaktadır.

D. Konuya Dair Yargıtay Kararları

1. İçtihadı Birleştirme Kararı Öncesi Dönem

Çeşitli hukuk sistemlerinde basit dava usulleri izlenilerek esasa ilişkin bir inceleme yapılmaksızın kararlar verilmesine imkân tanınmasının doğal bir sonucu olarak, Türk mahkemeleri de çeşitli defalar gereksiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi yönünde taleplerle karşı karşıya kalmıştır. Özellikle de ülkemizden çeşitli sebeplerle ayrıлып başka ülkelere yerleşenlerin sıklıkla yaşadığı yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen kararlar bakımından bu yönde taleplerle karşılaşan mahkemelerimizin yaklaşımlarının aynı yönde olmadığı ve hatta Yargıtay'ın dairelerinin dahi konuyla ilgili birbiriyle çelişen kararları bulunduğu görülmekteydi. Yeknesaklık sağlamak ve mevcut çelişkileri sona erdirmek amacıyla Yargıtay İBBGK, 10.02.2012 tarihinde 2010/1 E. ve 2012/2 K. numaralı İBK'yı vermiştir. İBK'da da bu konuya vurgu yapılmış ve 2. HD'nin kararlarının hem kendi içerisinde hem de 13. HD'nin kararlarıyla çeliştiği ifade edilmiştir⁷⁵. Yargıtay'ı bu konuya ilişkin olarak bir

72 Bucher (n 69) 358-359.

73 Söz konusu kararlar için bkz. BGE 123 III 374; BGE 127 III 186 <www.bger.ch> Erişim Tarihi 17 Eylül 2021.

74 Müller-Chen (n 69) 613.

75 İçtihadı birleştirme başvurusunu yapan başvurucunun talebine konu kararlar arasında Yargıtay HGK'nın da iki kararı yer almaktadır. Ancak, İBK'da İBBGK tarafından da ifade edildiği üzere, söz konusu kararlar gereksiz yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin kararlar değildir, zira bu kararlarda gerekçe bulunmaktadır, ancak bu gerekçeler yetersiz veya eksiktir. Bu iki kavram her ne kadar birbirine benzese de, birbirinden farklı değerlendirilmesi gereken meselelerdir. Çalışmamız hiç gerekçe içermeyen yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin olduğundan, bu iki karara değinilmeyecektir. Söz konusu kararlar için bkz. Yargıtay HGK, 2-1051/1068, 21.06.2000; Yargıtay HGK, 19-102/208, 27.05.2009 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

ichtihadı birleştirme kararı vermeye yönlendiren süreci daha iyi anlayabilmek adına, aşağıda karar öncesinde verilen ve birbiriyle çelişen bu kararlara yer vereceğiz⁷⁶.

İBK’da değinilen ilk karar, 2. HD tarafından 1999 yılında verilmiştir⁷⁷. Sydney Aile Mahkemesi tarafından verilmiş bir boşanma kararının tanınması talebiyle başvuru yerel mahkeme; söz konusu kararın gerekçe içermemesi, dolayısıyla boşanma sonucunu doğuran maddi vakıa ve delillerin neler olduğunu ortaya koymaması ve ayrıca boşanma kararının geçici nitelikte olduğunu belirtmesi nedeniyle tanıma talebini kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddetmiştir. Yargıtay tarafından da söz konusu karar onanmıştır.

İBK’da bahsi geçen ve 2. HD tarafından verilen diğer karar ise aksi yöndedir⁷⁸. Köln Mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının tanınması talebini inceleyen ilk derece mahkemesi, boşanma kararının gerekçesiz olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varmış ve talebi reddetmiştir. Temyiz talebi üzerine uyuşmazlığı inceleyen Yargıtay 2. HD, yabancı mahkeme kararında gerekçe yer almamasını o ülke usul hukuku kurallarının bir sonucu olarak değerlendirmiş ve yabancı mahkeme kararının Türk usul hukukunun anladığı anlamda bir gerekçe içermemesinin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna vararak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

İBK’da değinilen üçüncü karar Alman hukuku uyarınca ihtarl basit dava usulüne göre verilmiş kararların tenfize ilişkindir⁷⁹. Gelnhausen Yerel Mahkemesi ile Hünfeld Yerel Mahkemesi tarafından verilen kararların Türkiye’de tenfizi talep edilmiştir. Türk mahkemesi, yabancı mahkeme kararlarının tenfize karar vermiştir. Yargıtay ise yabancı mahkeme kararlarına ilişkin tanıma veya tenfiz kararı verilebilmesi için öncelikle MÖHUK’ta yer alan tanıma ve tenfiz şartlarının sağlanıp sağlanmadığının incelenmesi gerektiği ve gerekçe içermeyen kararlar söz konusu olduğunda ise bu incelemenin yapılması mümkün olmadığından tenfiz talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini ifade ederek kararın bozulmasına hükmetmiştir.

İBK’da yer alan ve yine 13. HD tarafından verilen diğer kararda ise karar metninde tam olarak ifade edilmemiş olmakla beraber, yine Almanya’da ihtarl basit dava usulü izlenerek verilmiş bir kararın Türkiye’deki tenfiz talebi söz konusudur⁸⁰. Wedding Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından verilen kararın tenfiz talebi yerel mahkemeye kabul edilmiş; Yargıtay ise sunulan kararın asıl karar olup olmadığına anlamadığını ve karardan hükmün kamu düzenine aykırı bulunup bulunmadığı hususunun da denetlenemediğini belirterek, yerel mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir.

76 Çalışmamızda yalnızca İBK’da bahsi geçen kararlara değinmekle yetinilecektir. İBK’da yer almayan daha eski tarihli diğer Yargıtay kararları hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Demir Gökyayla, ‘Gerekçe’ (n 21) 14-18.

77 Yargıtay 2 HD, 5858/7609, 30.06.1999 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

78 Yargıtay 2 HD, 2612/9147, 08.06.2006 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

79 Yargıtay 13 HD, 9007/11406, 05.12.2001 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

80 Yargıtay 13 HD, 6226/11095, 02.10.2003 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

Görülebileceği üzere Yargıtay 2. ve 13. HD tarafından verilen bu dört kararda Dairelerce verilen kararlar ve bu kararların dayandırıldığı gerekçeler birbirinden oldukça farklıdır. Örneğin, Avustralya mahkemesince verilen boşanma kararının tanınmasına ilişkin olan ilk kararda Yargıtay 2. HD, gerekçenin mahkemenin kararda belirtilen sonuca ne şekilde ulaştığını gösteren bir araç olduğunu vurgulamış ve gerekçenin bulunmamasını kamu düzenine aykırılık sonucu doğuracak bir eksiklik olarak değerlendirmişken; yine bir boşanma kararının tanınmasına ilişkin olan ikinci kararda aynı Daire tam ters yönde bir yaklaşım izleyerek, konuyu usul hukukları arasındaki bir farklılık olarak değerlendirmiş ve kamu düzenine aykırılık iddiasını reddederek tanıma talebini kabul etmiştir. Yargıtay 13. HD tarafından verilen iki kararın ise Almanya’da ihtarlı basit dava usulü uyarınca verilen gerekçesiz kararların tenfizine ilişkin olduğu görülmektedir. Bu iki kararda da aynı doğrultuda karar verilmiş ve bu kararların, başta kamu düzenine aykırılık şartı olmak üzere, tenfiz şartlarını incelemeye olanak tanımayacak bir içeriğe sahip olmaları nedeniyle tenfiz talepleri reddedilmiştir.

2. 10.02.2012 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı

Yabancı mahkeme ilamının gerekçesiz olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği ve bu bağlamda gerekçeden yoksunluğun yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olup olmayacağı konusunda Yargıtay’ın farklı daireleri tarafından verilen kararlar arasında yaşanan bu çelişkiler üzerine, Av. Serpil Alatalı Bayburt’un 24.11.2009 tarihli başvurusuyla görüş aykırılığının içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi talep edilmiştir. Bu talep sonrası, Yargıtay İBBGK 10.02.2012 tarihinde gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği konusundaki görüş aykırılığının içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi amacıyla toplanmış ve bunun sonucu olarak 2010/1 E. ve 2012/1 K. numaralı İBK, 20.09.2012 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. İBK’da, tanınması veya tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olmasının tek başına Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna varılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bu kararda konu yalnızca kamu düzenine açıkça aykırılık (MÖHUK m. 54/1(c)) bağlamında ele alınmış ve başta MÖHUK m. 54/1(ç) hükmü olmak üzere diğer tanıma ve tenfiz şartları bağlamında bir inceleme yapılmamıştır.

Yargıtay, kararda ilk olarak esasa girme yasağına yer vermiş ve bu çerçevede tanıma ve tenfiz yargılamasında kamu düzeni incelemesinin yalnızca hüküm sonucuna bakılarak yapılacağını belirtmiştir. Yargıtay’ın bu husustaki görüşü şu şekildedir: *“Tenfiz hâkiminin yabancı mahkeme ilamının maddi hukuk bakımından doğruluğunu inceleme ve değerlendirme yetkisi yoktur. Bu yasağın çerçevesinde, tenfiz hakiminin ilamda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesi de söz konusu olamaz. (...) Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme ilamında Türk Usul Hukuku’nun anladığı*

anlamda bir gerekçenin bulunması ya da bulunmaması Türk Kamu düzeninin müdahalesi bakımından tenfiz için ne etkilidir ne de gereklidir. Aksinin kabulü, yeniden yargılama yapmak sonucunu doğuracağı gibi yabancı ilamı ittihaz eyleyen mahkemenin de denetim ve inceleme organı haline gelmek gibi istenilmeyen bir durum belirecektir”.

İBK’da daha sonra usule *lex fori*’nin hâkim olması ilkesine değinilmiş ve gereksiz karar verilmesine imkân tanıyan dava usullerinin tek başına Türk kamu düzeniyle çelişmediği ifade edilmiştir. Yargıtay’a göre; kural olarak, her mahkeme kendi usul hükümlerini uygular ve bu sebeple de yabancı mahkemenin uyguladığı usulün, Türk usul hukukundan farklı olması Türk kamu düzeninin müdahalesi için bir gerekçe değildir. Ancak eğer yabancı mahkeme ilamı Türk hukuk anlayışına göre bir hukuk devletinde olabilecek bir usul hukuku düzeninden ayrılarak ve özellikle de adil yargılama ilkelerini ihlâl edici nitelikteki bir usul izlenerek verilmişse, Türk kamu düzeninin müdahalesi gündeme gelebilir. Bu genel tespitlerin ardından Yargıtay, somut olayda yabancı mahkemenin davada izlediği yargılama usulünün de Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektiren bir usul olmadığı sonucuna varmıştır.

Kararda ayrıca, HMK’da düzenlendiği anlamda bir gerekçenin yabancı mahkeme kararında da bulunmasını beklemenin usule *lex fori*’nin hâkim olması ile bağdaşmayacağı, bu yönde bir beklentinin de milletlerarası usul hukukunun ve Türk tenfiz hukukunun kabul edemeyeceği bir anlayış olduğu dile getirilmiştir. Yargıtay’a göre, gerekçenin her ülke hukukunun bizzat kendisi tarafından belirlenen ve diğer ülke hukukları tarafından gerekçe olarak kabul edilmesi zorunlu ve gerekli bir kavramdır.

Nihayetinde Yargıtay, konuyu usul hukukuna ilişkin bir farklılık olarak değerlendirdiğini ve usul hukukuna da *lex fori*’nin uygulanacağını belirterek, yabancı mahkeme kararının gereksiz olmasının tek başına kamu düzenine aykırılık sonucu doğurmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay’a göre, her mahkeme kural olarak kendi usul kurallarını uygular; bu sebeple yabancı mahkemenin izlediği usulün Türk hukukundan farklı olması kamu düzeninin müdahalesi için yeterli bir neden değildir. Münhasıran hukuki dinlenilme hakkı verilmeden oluşturulan ve kesinleşen gereksiz bir yabancı mahkeme kararının, salt bu sebeple Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz talebinin reddi *lex fori* prensibine de aykırı düşecektir. Diğer bir deyişle, kendi usul hukuku hükümlerine uygun olarak verilen ve Türk usul hukuku anlamında gerekçesi bulunmayan yabancı mahkeme ilamlarının salt bu sebepten dolayı tenfizi engellenmemelidir.

Yargıtay 13. HD başkan ve üyelerinin İBK’na katılmayarak, karşı oy yazısı kaleme aldıklarını ayrıca ifade etmek gerekir. Karşı oy yazısında gerekçenin AİHS m. 6’da

düzenlenen adil yargılanma hakkının bir parçası olduğu⁸¹, tenfizi istenen yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırı olup olmadığı ancak gerekçeyle saptanabileceği, gerekçenin hükmün dayandığı hukuki esasları açıkladığı, tarafların haklı olup olmadıklarını gerekçe sayesinde anlayabildikleri ve hükmün üst derece mahkemelerince denetlenmesinin de gerekçe sayesinde mümkün hale geldiği belirtilmiştir.

V. Yabancı Mahkeme Kararının Gerekçesiz Olmasının Tenfiz Şartları Bakımından Değerlendirilmesi

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade etmiş olduğumuz üzere, tanıma ve tenfiz yargılamalarında esasa girme yasağı uygulanmakta ve yalnızca MÖHUK'ta belirtilen şartların sağlanıp sağlanmadığının denetlendiği bir inceleme yapılmaktadır. MÖHUK m. 50 hükmünde yer alan ön şartlar ve m. 54 hükmünde sayılan esas şartlar arasında tanınması veya tenfizi istenilen kararın gerekçeli olması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. O halde, gerekçesiz bir yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerince tenfiz edilip edilemeyeceği meselesinin MÖHUK'taki mevcut tenfiz şartları çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu kapsamda bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Kanımızca yabancı mahkeme kararlarının gerekçesiz olması, tanıma ve tenfiz şartlarından iki tanesiyle bağlantılıdır. Bunlar, tanıma ve tenfizin esas şartları arasında yer alan savunma hakkı ihlâli (MÖHUK m. 54/1(ç)) ve kamu düzenine açıkça aykırılıktır (MÖHUK m. 54/1(c)).

A. Savunma Hakkının İhlâli Bakımından (MÖHUK m. 54/1(ç))

Tanıma ve tenfizin esas koşullarını düzenleyen MÖHUK m. 54 hükmünde savunma hakkına ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmaktadır. MÖHUK m. 54/1(ç) uyarınca, tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararının verildiği yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş olması ve bu kişinin tenfiz istemine karşı itiraz etmiş olması, bir tenfiz engelidir. MÖHUK m. 54/1(ç)'nin kapsamının savunma hakkını kısıtlayan haller olduğu kabul edilmekte⁸² ve bu çerçevede, kendisine karşı

81 Karşı oy yazısında gerekçeli karar hakkının mevzuatımızdaki dayanaklarına değinilirken, AIHS m. 6 ile beraber m. 45 hükmüne de yer verilmiştir. Ancak "kararların gerekçesi" başlığını taşıyan AIHS m. 45 hükmü, genel olarak mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği yönünde bir düzenleme getirmemektedir; ilgili hüküm yalnızca AIHM tarafından verilecek "esasa ilişkin kararlar ile başvuruların kabul edilebilirliğine ya da kabul edilemezliğine ilişkin" kararların gerekçeli olması gerektiğini düzenlemektedir. Hükmün sadece AIHM kararlarını ilgilendirdiğine karşı oyu yazan hâkimler de değinmişlerdir. Bu açıdan, yabancı bir mahkeme tarafından verilen gerekçesiz bir kararın Türk mahkemelerince tanınmasının veya tenfizinin mümkün olup olmadığı tartışması bakımından AIHS m. 45'in doğrudan ilgili bir hüküm olduğunu söylemek pek de kolay görünmemektedir. Aynı eleştiri için bkz. Ersen Perçin (n 10) 80-81.

82 Bu doğrultuda bkz. Nomer, *DHH* (n 13) 539; Çelikel and Erdem (n 9) 777; Sakmar (n 13) 72-73; Tekinalp (n 13) 441; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 10) 689; Aybay and Dardağan (n 13) 307; Akıncı (n 13) 212; Doğan (n 11) 136; Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 216; Tiryakioğlu (n 13) 80; Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 13) 52; Güven (n 11) 161; Giray (n 13) 640; Esen (n 7) 72; Pürselim (n 13) 231; Can and Tuna (n 13) 287; Köle (n 10) 45.

tanıma veya tenfiz talep edilen kişinin itirazına bağlı olarak bu hallerden en az birinin varlığı kanun koyucu tarafından tanıma-tenfiz talebinin reddi için yeterli görülmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bahsi geçen işlemlerin hukuka aykırı olup olmadığı kararın verildiği ülke hukuku uyarınca tespit edilecektir. O halde, davalının mahkemeye usulüne uygun şekilde çağrılıp çağrılmadığı veya mahkemede temsil edilip edilmediğine tenfiz ülkesi hukukuna göre değil, kararın verildiği yabancı ülke hukukuna göre karar verilecektir.

MÖHUK m. 54/1(ç) hükmünün uyulması gereken standart olarak kararın verildiği ülke usul hukukunu belirlemiş olması, mahkeme kararlarının gerekçeli olması şartı bakımından da önem taşımaktadır. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, mahkemelerin gereksiz karar vermesi çoğu zaman basit dava usulüne göre yürütülen yargılamalar sonucunda söz konusu olmaktadır. Normal yargılama usulünden daha hızlı ve kolay bir şekilde kesin hüküm niteliği taşıyan kararlar verilmesini sağlayan basit dava usullerine başvurulması, çoğu zaman bazı şartların sağlanması koşuluyla bağlanmış⁸³. Bu durumda, basit dava usullerinin uygulanmasını mümkün kılan şartların sağlanıp sağlanmadığı, MÖHUK m. 54/1(ç) hükmü uyarınca önem kazanmaktadır; şayet bu şartlar sağlanmamışsa ve davalı bu gerekçeyle tenfiz talebine itiraz etmişse, MÖHUK m. 54/1(ç) hükmünün ihlâl edilmesi söz konusu olabilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki İBK’da kararın gereksiz olmasının kararın verildiği ülke hukukuna aykırı olması ihtimaline hiç değinilmemiş ve konu yalnızca kamu düzenine aykırılık şartı bakımından ele alınarak MÖHUK m. 54/1(ç) anlamında herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır⁸⁴. Bununla beraber, kararın verildiği ülke hukukuna aykırı olarak yabancı hâkimin gereksiz karar vermesi, MÖHUK m. 54/1(ç)’nin kapsamına girebilir ve kamu düzenine aykırılık tartışmasına gerek kalmaksızın bir tanıma ve tenfiz engeli ortaya çıkabilir.

Bu noktada, konunun daha iyi ortaya konabilmesi adına farklı hukuk sistemlerinde yer alan basit yargılama usullerine kısaca değinmekte fayda görüyoruz. İBK’da yer verilen gereksiz kararlardan iki tanesinin de dayandığı prosedür olan ve Alman usul hukukunda karşımıza çıkan ihtarlı basit dava usulü (*Mahnverfahren*), taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayacağı tahmin edilen belirli tip alacaklar için daha hızlı ve masrafsız şekilde kesin hüküm elde edebilme amacına hizmet eden bir dava usulüdür⁸⁵. Bu tür davalarda, alacaklının talebi üzerine mahkemece düzenlenen ihtar borçluya tebliğ edilmekte ve borçlu tarafından bu ihtar itiraz edilmemesi durumunda, mahkemece uyuşmazlığın esasına girilmeden kesin hüküm niteliği taşıyan, icra

83 Bu yönde bkz. Esen (n 7) 78; van Calster (n 61) 196.

84 Aynı tespit için bkz. Sartöz Büyükalp (n 11) 524, dn. 614.

85 Esen (n 7) 24; Nomer, ‘Gerekeç’ (n 9) 10; Şanlı (n 10) 294-298, dn. 378; Demir Gökyayla, ‘Gerekeç’ (n 21) 27.

kabiliyetini haiz bir karar verilmektedir⁸⁶. Şayet davalı kendisine tebliğ edilen ihtara itiraz ederse, bu durumda mahkeme tarafından normal dava usulü izlenecek, bir başka deyişle esasa girilecek şekilde bir yargılama yapılacaktır. Borçlunun ihtara itiraz etmediği durumda mahkemece esasa ilişkin bir yargılama yapılmadan alacaklının talebi üzerine bir icra kararı verilecektir; eğer bu icra kararına da borçlu tarafından itiraz edilmezse, kesin hüküm kuvvetini taşıyan ve icra edilebilir bir karar ortaya çıkacaktır⁸⁷. Bu kararın ortaya çıkışı sürecinde mahkemenin tarafların iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirmesi söz konusu olmamakta; bu nedenle de mahkemece verilen kararlarda Türk hukukunda öngörüldüğü anlamda herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır⁸⁸. Bu özellikleri incelendiğinde, bahsi geçen dava türünün Türk hukukundaki işleyiş açısından ilamsız icra takibine benzediği görülebilecektir⁸⁹.

Alman hukukunda ihtarlı basit dava usulüne ek olarak gerekçesiz karar verilmesine imkân tanıyan bir diğer usul ise gıyabi karar (*Versäumnisurteil*) prosedürüdür. Bu prosedüre Alman hukukunda sıklıkla başvurulmasına karşın, Türk hukukunda bu yöntem izlenerek verilen kararların tanınması ve tenfizi az incelenmiş bir konudur⁹⁰. Alman Medeni Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung*) §§330-347 arasında düzenlenen bu usul uyarınca, davalı tarafın yargılamaya katılmayı ihmal etmesi durumunda, davacının talebi üzerine hâkim davacının iddialarını doğru kabul etmekte⁹¹ ve bu doğrultuda bir karar vermektedir (§331). Davalının yargılamaya katılmayarak hareketsiz kalmasına davacının iddialarını kabul etme sonucu bağlanmakta ve bunun bir sonucu olarak da esasa ilişkin inceleme yalnızca davacının iddiaları üzerinden yürütülmektedir⁹². Yargıtay da çeşitli defalar bu usule göre verilen kararların tenfizi talepleriyle karşılaşmış ve bu kararlarında gıyabi karar usulüne göre verilen kararların davalının savunma hakkının ihlâlî anlamına gelmediğine yahut Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir⁹³.

86 Nomer, 'Gerekeç' (n 9) 10; Esen (n 7) 24; Şanlı (n 10) 294-298, dn. 378; Demir Gökyayla, 'Gerekeç' (n 21) 27; Demirkol (n 11) 71.

87 Nomer, 'Gerekeç' (n 9) 10; Şanlı (n 10) 294-298, dn. 378; Esen (n 7) 39, 45; Demir Gökyayla, 'Gerekeç' (n 21) 27

88 Şanlı (n 10) 294-298, dn. 378; Esen (n 7) 23-46; Nomer, 'Gerekeç' (n 9) 9-10; Demir Gökyayla, 'Gerekeç' (n 21) 27-28.

89 Esen (n 7) 23; Demir Gökyayla, 'Gerekeç' (n 21) 28; Demirkol (n 11) 71.

90 Bu yargılama usulü hakkında Türk doktrininde ayrıntılı bir inceleme için bkz. Acun Papakçı, 'Alman Mahkemelerince Verilen Gıyabi Kararların Yargılama ve Uluslararası Tebligat Kuralları Açısından Türk Hukukuna Uygunluğu' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 457-488.

91 Bununla beraber, dava dilekçesinde anlatılan olayların delilleriyle birlikte inandırıcı şekilde ortaya konması ve mahkemenin de olayların tutarlı olup olmadığını incelemesinin her halükârda gerektiği belirtilmektedir. Buradaki kriterin dilekçenin kendi içinde inandırıcılığı olduğu ve dava dilekçesinde anlatılan olayların başka bir araştırma veya açıklamaya ihtiyaç kalmaksızın gerçek olabileceğine mahkemenin inanması durumunda dilekçenin kendi içinde inandırıcı olduğu sonucuna varılacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Papakçı (n 90) 463, 465; Hanns Prütting, '§331' in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (6th edn, Verlag Beck 2020) Rn. 10; Astrid Stadler, '§331' in Hans-Joachim Musielak and Wolfgang Voit (eds), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (18th edn, Verlag Franz Vahlen 2021) Rn. 7.

92 Papakçı (n 90) 465; Prütting (n 91) Rn. 10; Stadler (n 91) Rn. 7.

93 Yargıtay 11 HD, 2822/9027, 28.05.2012; Yargıtay 11 HD, 14580/16701, 09.12.2011; Yargıtay 11 HD, 12797/7992, 06.07.2010 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 20 Aralık 2021.

Diğer bir örneğimiz İngiliz hukuk sisteminde yer almaktadır. İngiliz hukukundaki gıyabi karar (*default judgment*) usulü, benzer şekilde gereksiz karar verilmesine imkân tanıyan bir yargılama usulü olarak karşımıza çıkmaktadır. İngiliz Medeni Usul Kanunu'nun (*Civil Procedure Rules*) 12. bölümünde düzenlenen bu yargılama usulü, davalının kendisine açılan davada herhangi bir savunma yapmaması veya dava dilekçesini tebliğ aldığı mahkemeye bildirmemesi durumunda söz konusu olmaktadır (m. 12.1). Davalının bu hareketsizliği nedeniyle davacı, mahkemeden davalının gıyabında karar verilmesini talep ederse, mahkeme davacının lehine karar vermektedir⁹⁴. Mahkemeyi bu yönde hüküm vermeye yönlendiren husus davalının hareketsizliği olduğundan, bu yargılama usulünde de esasa ilişkin herhangi bir yargılama faaliyeti gerçekleşmemekte ve bu nedenle de kararlarda geleneksel anlamda bir gerekçe bulunmamaktadır⁹⁵.

Bazı hukuk sistemlerinde ise anlaşmalı boşanma söz konusu olduğunda eşler gerekçenin karara yazılmamasına karar verebilmektedirler⁹⁶. Örneğin, Alman Usul Kanunu §313a hükmü, taraflara bu yetkiyi tanımaktadır. Söz konusu hükme göre, tarafların mahkeme kararına karşı herhangi bir kanun yoluna başvurma imkânı olmadığında, kararın gereksiz olmasına dair anlaşmaları mümkündür. Bu usul, Yargıtay'ın 2007 yılında verdiği bir karara da konu olmuştur. Kreuzberg Aile Mahkemesi tarafından Alman Usul Kanunu §313a/2 uyarınca gereksiz olarak verilen boşanma kararının tanınmasına ilişkin olan bu kararda Yargıtay, gerekçenin *lex fori*'nin hâkimiyetinde bir mesele olmasından hareketle gerekçe eksikliğini kamu düzenine aykırı bulmamış ve tanıma talebini kabul etmiştir⁹⁷.

Yukarıda yer verilen yabancı usul hukuku kurumları MÖHUK m. 54/1(ç)'de düzenlenen tenfiz şartı kapsamında incelendiğinde, gereksiz karar verilmesine olanak tanıyan yargılama prosedürüne riayet edilmemesi durumunda tenfiz engeli teşkil edebilecek hallerin ortaya çıkabileceği görülmektedir. Gerçekten de Alman ve İngiliz hukukunda uygulanan bazı usuller davalının gıyabında karar verilmesine olanak tanımakta ve davalı, kendisi hakkında verilen karara karşı savunma hakkını kullanamamış olmaktadır. Fakat, değinmiş olduğumuz üzere m. 54/1(ç) hükmü yargılamanın davalının gıyabında veya yokluğunda yürütülmesinin ancak bu durumun kararın verildiği ülke hukukuna aykırı olması halinde bir tanıma veya tenfiz engeli teşkil edeceğini düzenlemektedir. O halde, davalının itiraz etmesi durumunda Türk tenfiz hâkiminin gereksiz karar vermeye imkân tanıyan basit dava usulünün ilgili ülke hukuku kurallarına uygun şekilde işletilip işletilmediğini incelemesi gerekecektir⁹⁸.

94 Gaudemet-Tallon and Ancel (n 63) 563; Cuniberti (n 26) 37; Adrian Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgments* (6th edn, Informa Law 2015) 636.

95 Cuniberti (n 26) 37; Briggs (n 94) 48.

96 Demir Gökyayla, 'Gerekçe' (n 21) 31-32.

97 Yargıtay 2 HD, 19972/15298, 08.11.2007 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 13 Eylül 2021.

98 Esen (n 7) 75.

Şayet usulüne uygun bir şekilde süreç işlemişse ve davalı, usulüne uygun şekilde yargılamadan haberdar olmasına karşın yargılamaya kendi isteğiyle iştirak etmeyerek savunma hakkını kullanmamayı tercih etmişse, MÖHUK m. 54/1(ç) hükmüne herhangi bir aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmalıdır⁹⁹.

Bahsi geçen tenfiz engelinin genel kapsamı hükümde belirtilen ihlallerle sınırlıdır, ancak bu haller dışında da savunma hakkını ihlâl eden başka durumlar söz konusu olabilir. Bu durum özellikle de tanınması veya tenfizi istenilen kararın, kararın verildiği ülke kanunlarına uygun şekilde verilmesine karşın; doğrudan o ülke kanunlarının Türk hukuku açısından savunma hakkını kısıtlayıcı düzenlemeler içermesi halinde gündeme gelecektir. MÖHUK m. 54/1(ç) bendinin kapsamına girmeyen bu örnekler bakımından kamu düzenine açıkça aykırılık hâli uygulama alanı bulacak ve tanıma veya tenfiz talebi MÖHUK m. 54/1(c) hükmünden hareketle engellenebilecektir¹⁰⁰. Dolayısıyla, gerekçesiz karar verilmesine olanak tanıyan basit yargılama usullerinin uygulanma şartları yürütüldüğü ülke hukuku uyarınca sağlansa dahi, bu usullerin Türk hukuku anlamında savunma hakkını ihlâl edip etmediği ve bu bakımdan bu usuller takip edilerek verilen kararların kamu düzenimize aykırılık teşkil edip etmediği sorunu ayrıca ele alınmalıdır.

B. Kamu Düzenine Açıkça Aykırılık Bakımından (MÖHUK m. 54/1(c))

Hukukumuzun pek çok alanında karşımıza çıkan bir kavram olan kamu düzeni, gerek maddi hukuk gerekse de milletlerarası özel hukuktaki anlamları bakımından tanımlanması zor bir kavramdır¹⁰¹. Bunun temel nedeni, kamu düzeninin konu, zaman ve mekâna göre değişiklik gösteren bir dinamik kavram olmasıdır¹⁰². Bununla beraber, İBK’da milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni ve kamu düzenine aykırılık kavramlarına ilişkin olarak önemli nitelendirmelere yer verilmiştir. Yargıtay, İBK’da kamu düzeni kavramını “ *tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar*” olarak tanımlamış; kamu düzenine aykırılığın çerçevesini ise “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli*

99 Aynı yönde bkz. Esen (n 7) 75.

100 Bu yönde bkz. Sakmar (n 13) 73; Nomer, *DHH* (n 13) 540; Nomer, ‘Gerekçe’ (n 9) 12; Çelikel and Erdem (n 9) 778; Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 217-218; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 10) 688; Aybay and Dardağan (n 13) 308; Doğan (n 11) 138; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 13) 54; Güngör (n 9) 286; Tiryakioğlu (n 13) 48-49; Güven (n 11) 161; Esen (n 7) 73; Ersen Perçin (n 10) 70-71; Demirkol (n 11) 72.

101 Nomer, *DHH* (n 13) 165; Çelikel and Erdem (n 9) 757; Sakmar (n 13) 77; Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 209; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 13) 23; Aybay and Dardağan (n 13) 304; Akıncı (n 13) 20; Doğan (n 11) 256; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008) 173; Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (On İki Levha 2020) 241.

102 Benzer yönde bkz. Göger (n 13) 98; Berki (n 13) 82; Çelikel and Erdem (n 9) 757; Sakmar (n 13) 77; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 13) 23; Özel (n 101) 173; Tekinalp (n 13) 433; Aybay and Dardağan (n 13) 125; Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 209; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 10) 676; Doğan (n 11) 135; Erkan (n 101) 241.

ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık” şeklinde çizmiştir. MÖHUK m. 5’te yabancı hukukun uygulanmasına engel teşkil eden bir mekanizma olarak düzenlenen kamu düzeni, MÖHUK m. 54/1(c) hükmünde bir tanıma-tenfiz engeli olarak yer almaktadır. MÖHUK m. 54/1(c)’ye göre, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir yabancı mahkeme kararı tanınmaz veya tenfiz edilemez.

Bu bakımdan, bir yabancı mahkeme kararının gereksiz olması ile tanımlanması zor ve değişken kamu düzeni kavramı arasında nasıl bir ilişki vardır? Yabancı mahkeme kararının gereksiz olmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği söylenebilecek midir?

Doktrinde bir görüş, yabancı mahkeme kararlarının gerekçeli olmamasının tek başına bir tenfiz engeli teşkil etmediği kanaatindedir¹⁰³. *Çelikel*, yargılama usulü ve ilâmın şeklinin *lex fori*’ye tâbi olduğunu, yargılamanın cereyan ettiği ülke kanunlarına uygun olarak verilen ve gerekçe içermeyen bir yabancı mahkeme kararının tenfizinin bu sebeple reddedilemeyeceği kanaatindedir¹⁰⁴. *Çelikel/Erdem İBK*’nin isabetli olduğunu belirtirken¹⁰⁵, *Güngör* de yabancı kararın gereksiz olmasının bir kamu düzeni sorunu olmadığını savunmaktadır¹⁰⁶. *Nomer*, usul hukukunun *lex fori*’nin hâkimiyetinde olmasından hareket etmekte ve maddi hukuk açısından yabancı mahkeme kararlarının doğruluğunu incelemenin esasa girme yasağıyla bağdaşmayacağını; bu nedenle de bir yabancı mahkeme kararının Türk usul hukukunun anladığı anlamda bir gerekçe taşımamasının tek başına Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirmediğini savunmaktadır¹⁰⁷. Yazar, basit dava usulü izlenerek verilen kararlar bakımından bir ayrıma gitmekte ve bu usul izlenerek verilen kararların esasen gereksiz olmadığını, bizzat borçlunun ihtara cevap vermemesine bağlanan hukuki sonucu tayin eden kanun hükümlerinin bu usul uyarınca verilen kararların gerekçesini oluşturduğunu savunmaktadır¹⁰⁸. Yazar ayrıca basit dava usulünde davalıya kendisini savunma hakkı tanınmasına karşın davalının bu hakkı kullanmaması sonucu giyapta karar verilmesinin de savunma hakkını kısıtlamadığını ve bu açıdan da Türk kamu düzenine aykırılığın söz konusu olmayacağını ifade etmektedir¹⁰⁹.

103 Çelikel (n 9) 864; Çelikel and Erdem (n 9) 775-776; Nomer, ‘Gerekçe’ (n 9) 12; Güngör (n 9) 285-286.

104 Çelikel (n 9) 864.

105 Çelikel and Erdem (n 9) 775-776.

106 Güngör (n 9) 285-286.

107 Nomer, ‘Gerekçe’ (n 9) 12.

108 Nomer, ‘Gerekçe’ (n 9) 13.

109 Nomer, ‘Gerekçe’ (n 9) 14.

Doktrindeki diğer görüş ise gerekçenin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi bakımından aranması gerektiği kanaatindedir¹¹⁰. Bu görüşteki yazarlardan *Şanlı ve Şanlı/ Esen/Ataman Figanmeşe*, gerekçenin keyfiliği önlediğini, demokratik hukuk devletinin bir gereği olduğunu ve bu nedenle mahkeme kararlarının gerekçeli olması yönündeki Anayasa m. 141/3 hükmünün Türkiye’de tanınması veya tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararları bakımından da aynen uygulanması gerektiğini savunmakta, gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizini mümkün görmemektedir¹¹¹. *Esen* de yabancı mahkeme kararlarının gerekçe içermemesinin anayasal nitelik taşıyan bir temel hukuk prensibine aykırı olduğu ve bu durumun da Türk kamu düzenine aykırı olduğu kanaatindedir¹¹². Yazar, bununla beraber, ihtarl basit dava usulüne göre verilmiş kararları bu kapsamda ele almamaktadır. Yazara göre, bu usul uyarınca verilen kararlarda gerekçe bulunmadığı düşüncesi doğru değildir ve ilgili usul hukuku düzenlemeleri bu kararların gerekçesini teşkil etmektedir, haliyle kararların tenfizi de kamu düzenine aykırılık engeline takılmayacaktır¹¹³. *Ersen Perçin*; gerekçenin AİHS m. 6’nın güvencesi altında bulunduğunu, savunma hakkının bir parçası olduğunu, hâkimin keyfi uygulamalardan kaçınmasının gerekçe sayesinde mümkün olabildiğini ve bu nedenle gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz edilmemesi gerektiğini savunmaktadır¹¹⁴. *Huysal*, gerekçeli karar hakkının adil yargılanma hakkının bir parçası olduğunu ve bu nedenle Anayasa m. 141/3’te yer alan tüm mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği yönündeki düzenlemenin tanınması veya tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararları bakımından da uygulanması gerektiği kanaatindedir¹¹⁵. Yazara göre, gerekçeli karar hakkının adil yargılanma hakkı ile olan bağlantısı nedeniyle yabancı mahkemelerce verilmiş gerekçesiz kararlara Türkiye’de etki tanınması insan haklarının ihlâli anlamına gelecektir ve bu nedenle de bu kararların Türk mahkemelerince tanınması veya tenfizi mümkün değildir¹¹⁶. *Köle* de Yargıtay İBK’nın yabancı mahkeme kararlarında gerekçe bulunmamasının kamu düzenine aykırı olmadığı ve bir tenfiz engeli teşkil etmeyeceği yönündeki tespitini eleştirilmesi gereken bir nokta olarak nitelemekte ve Anayasa m. 141 hükmünün sadece Türk mahkemelerinde yapılacak yargılamalarda değil, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi talepleri bakımından da dikkate alınması gereken bir temel yargılama ilkesi olduğunu ifade etmektedir¹¹⁷.

Bir diğer görüş ise bu konuda kesin bir sonuca varmanın mümkün olmadığını, gerekçesiz bir yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin her halükârda

110 Şanlı, *Esen and Ataman Figanmeşe* (n 10) 670-673, dn. 458; Şanlı (n 10) 294-298, dn. 378; Esen (n 7) 71; Huysal (n 10) 76; Ersen Perçin (n 10) 84; Köle (n 10) 45-46, dn. 21.

111 Şanlı (n 10) 294-298, dn. 378; Şanlı, *Esen and Ataman Figanmeşe* (n 10) 670-673, dn. 458.

112 Esen (n 7) 71.

113 Esen (n 7) 78.

114 Ersen Perçin (n 10) 84.

115 Huysal (n 10) 74.

116 Huysal (n 10) 76.

117 Köle (n 10) 45-46, dn. 21.

kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini, her somut olayda adil yargılanma hakkının ihlâl edilip edilmediğinin ayrıca incelenmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹⁸.

Kanımızca ilk iki görüşün de dayanakları oldukça güçlü temellere dayanmaktadır. İlk görüşün işaret ettiği üzere, usul hukukunun *lex fori*'nin hâkimiyetinde bir konu olması karşısında, Türk medeni usul hukuku bakımından vazgeçilmez bir rol oynayan ve varlığı doğrudan anayasal bir düzenlemeyle zorunlu kılınan gerekçenin Türk usul hukukunda anlaşılan şekliyle doğrudan yabancı mahkeme kararlarında da bulunmasını beklemek olanaklı değildir. Zira yargılama usulü ve mahkeme kararlarının şekli gibi konular, doğrudan kararın verildiği ülke usul hukuku kapsamında değerlendirilmesi gereken konulardandır. Bununla beraber, ikinci görüşçe de ifade edildiği üzere, gerekçenin tanıma ve tenfiz talepleri bakımından hiçbir etkisi olmayacağını söylemek de kanımızca mümkün değildir. Zira mahkeme kararında yer alan gerekçe sadece bir usulî gereklilik değil, tarafların hukuki dinlenme haklarını tam anlamıyla kullanıp kullanmadıklarını ortaya koyan ve bu bakımdan savunma hakkıyla doğrudan bağlantılı bir meseledir. Ayrıca, tenfiz hâkiminin borcun kaynağının ne olduğunu anlaması da çoğu zaman ancak gerekçe sayesinde mümkün olabilmektedir. Sadece davalının davacıya belli bir meblağ ödemesine hükmeden ve başka bir bilgi sunmayan yabancı mahkeme kararında borcun kaynağının ne olduğu, borç ilişkisinin hukuka ve ahlâka uygun olup olmadığı veya borcun daha önce ifa edilmiş olup olmadığı gibi hususların tenfiz hâkimince tespiti kolay olmayacaktır. Yabancı mahkeme kararında ileri sürülen alacağın temelini oluşturan borç ilişkisinin hukuka veya ahlâka aykırı olması¹¹⁹, kararın hileyle elde edilmesi¹²⁰, hâkimlerin tarafsız ve bağımsız olmaması¹²¹, boşanma davasında boşanmaya imkân tanıyan veya tanımayan sebebin Türk hukuk

118 Doğan (n 11) 135; Güven (n 11) 155; Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 219-220; Demirkol (n 11) 88. Bu durumun kural olarak kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini ama her somut olayda ayrıca değerlendirme yapmanın gerekli olduğu yönündeki benzer görüş için bkz. Sarıöz Büyükalp (n 11) 525.

119 Örneğin, tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararına konu borcun kumar borcu olduğu bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 126 III 534 <www.bger.ch> Erişim Tarihi 4 Ocak 2022. Söz konusu kararda Federal Mahkeme, borcu şans oyununun yetkili makamlardan gerekli izinleri alarak faaliyet gösteren bir kumarhanede doğması nedeniyle bu borcun ödenmesini konu alan İngiliz mahkemesi kararının tenfizinin İsviçre kamu düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir.

120 Davacının davalıyı davadan feragat edeceği yönünde yanıltarak davayı takip etmemesini sağladığı bir boşanma kararının tanınmasının New York mahkemesince reddedildiği bir karar için bkz. Tamimi v. Tamimi, 38 A.D.2d 197 (N.Y. App. Div. 1972). Karara konu olayda, davacı eş boşanma davası açtığı eski eşine kendisiyle İngiltere'ye dönmesi halinde davadan vazgeçeceğini bildirir ve bu beyana inanan davalı, davaya cevap vermeksizin İngiltere'ye döner. Davacı, bu gelişmeye rağmen boşanma davasına devam eder ve nihayetinde mahkemece boşanma kararı verilir. New York mahkemesi, kararın kocanın hileli davranışları sonucunda alındığını ve bundan dolayı New York'ta tanınmayacağına karar vermiştir.

121 Tenfizi talep edilen Rus mahkemesi kararına karşı davalı tarafça mahkemenin davacıdan rüşvet aldığı ve bu nedenle kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz talebinin reddi gerektiği yönünde itirazda bulunulan bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 141 III 210 <www.bger.ch> Erişim Tarihi 4 Ocak 2022. Kararda davalının bu iddialarını Rusya'da kanun yolları nezdinde ileri sürmüyor ilk kez İsviçre'de tenfiz talebi üzerine ileri sürmesi, çelişkili davranış yasasına aykırılık olarak değerlendirilmiş ve tenfiz talebinin kabulü gerektiğine hükmedilmiştir.

anlayışı bakımından kabul edilemez olması¹²² gibi örneklerde¹²³, bu hususların kararın içeriğinden anlaşılabilmesi, kamu düzenine aykırılık incelemesinin yapılmasını imkânsız hale getirecektir¹²⁴.

Kanımızca gerekçesiz bir kararın tanınması veya tenfizi talebiyle karşılaşılan hâkimlerin somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmaları en uygun çözüm teşkil edecektir¹²⁵. Konuya ilişkin olarak her somut olayda inceleme yapacak olan Türk hâkiminin elbette göz önünde bulundurması gereken belli noktalar bulunmaktadır.

Öncelikle, gerekçesiz karar verilmesine olanak tanıyan yolların başında gelen basit yargılama usullerinin davalılara, başta olağan yargılama usulünün uygulanmasını talep hakkı tanınması gibi savunma haklarını tam anlamıyla kullanabilmelerine imkân sağlayacak şekilde kurgulanmış olması durumunda, artık salt bir basit yargılama usulü izlenmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı ve bundan hareketle kamu düzeninin ihlâli kanımızca söz konusu olmayacaktır¹²⁶. Bir başka deyişle, davalının hakkını koruyacak şekilde tasarlanmış basit yargılama usulleri, tek başına bir savunma hakkı ihlâli yaratacak bir usul olarak görülmemelidir¹²⁷.

Bunun yanı sıra, gerekçesiz mahkeme kararlarının tanınması veya tenfiz edilebilmesi için söz konusu kararların, başta kamu düzeni denetimi olmak üzere, tanıma ve tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığının incelenmesine imkân verecek şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹²⁸. Karara konu uyuşmazlığın temelindeki ilişkinin, kararın hangi usul izlenilerek verildiğinin, gerekçenin hangi sebeple mevcut bulunmadığının ve gerekçesiz kararın verilmesinde davalıya savunma hakkını kullanma imkânı tanınıp tanınmadığının doğrudan kararın kendisinden ya da harici başka belgelerden

122 Örneğin, 2021 yılında verdiği bir kararında erkeğin tek taraflı iradesiyle boşanmaya imkân tanıyan Suudi mahkemesi kararının tanınması talebiyle karşılaşılan Yargıtay, kadının iradesine hiçbir etki tanınmayan kararın Türk kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiştir: “Tanınması istenen Suudi Arabistan Krallığı Cidde Aile Mahkemesi’nin 08/02/2016 tarih ve 3721711 Sayılı boşanma kararının çevirisinin incelenmesinde; davacı erkeğin tek taraflı beyanı (talak) ile tarafların boşandığı, kadının 3 aylık müddet içinde kocasının kendisine dönmediğini bildirmesi üzerine kadının boşanmış hükmünde olduğuna ilişkin tespit belgesi düzenlendiği ve boşanmanın bu şekilde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Bu durumda ortada yabancı mahkemeye verilmiş bir boşanma kararı bulunmamaktadır. Davacı erkeğin tek taraflı olarak “Sen boşsun” şeklindeki beyanı ile boşanmalarına, üç ay sonrasında kadının kocasının kendisine dönmediğini bildirmesi üzerine tarafların boşanmalarının kesinleşmesine ilişkin, kadının iradesinin yok sayılması niteliğindeki karar, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu itibarla yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar verilmesi olanağı bulunmamaktadır. O halde, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir”. Bkz. Yargıtay 2 HD, 6076/411, 20.01.2021 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 4 Ocak 2022.

123 Bu doğrultudaki farklı örnekler için bkz. Demir Gökyayla, ‘Gereğe’ (n 21) 20; Aygül (n 15) 102-103; Huysal (n 10) 77; Demirkol (n 11) 78.

124 Dava dosyasından hakkında karar verilen ihtilafın ne olduğunun anlaşılması kararların kamu düzenine açık aykırılık teşkil edebileceği yönünde bkz. Peter Gottwald, ‘§328’ in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (6th edn, Verlag Beck 2020) Rn. 125.

125 Aynı yönde bkz. Özkan ve Tütüncübaşı (n 11) 219-220; Doğan (n 11) 135; Güven (n 11) 155; Huysal (n 10) 78. Bu durumun kural olarak kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini ama her somut olayda ayrıca değerlendirme yapmanın gerekli olduğu yönündeki benzer görüş için bkz. Sarıöz Büyükalp (n 11) 525.

126 Bu doğrultuda bkz. Nomer, ‘Gereğe’ (n 9) 14, Esen (n 7) 75; Demirkol (n 11) 85, Demir Gökyayla, ‘Gereğe’ (n 21) 29.

127 Nitekim, İngiliz yurtdışı karar (*default judgment*) usulüne göre verilen kararların Fransız mahkemelerince kamu düzenine aykırı görülmediği ve tenfiz taleplerinin kabul edildiği belirtilmektedir, bkz. Cuniberti (n 26) 26.

128 Aynı yönde bkz. Sakmar (n 13) 78-79; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 13) 213; Demirkol (n 11) 86.

anlaşılabilirliği gerekmektedir¹²⁹. Bu bakımdan, bu şartların sağlanmadığı ve tarafların iddia ve savunmalarının hâkimce ne şekilde ele alındığını, tarafların sundukları delillerin dikkate alınıp alınmadığını ve hâkimce sonuca ne şekilde ulaşıldığını herhangi bir şekilde ortaya koyamayan bir kararın kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği söylenebilecektir¹³⁰.

Ayrıca, gereksiz yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığının tespiti için kararın kendisi dışında hârici belgelerden de yararlanılabileceği kanaatindeyiz. Yukarıda değinmiş olduğumuz üzere, Fransız ve İsviçre hukuklarında da bu uygulama kabul görmekte ve yabancı mahkeme kararında eksik olan gerekçenin yerini tutan belgelere tenfiz yargılamasında başvurulabilmektedir. Kanımızca bu çözümden Türk hukukunda da faydalanılabilir. Nitekim Türk milletlerarası usul hukukunda tanıma ve tenfiz yargılamalarında kararın kendisi dışındaki belgelere başvurulması önünde herhangi bir engel yer almadığı, tanıma ve tenfiz davalarında her türlü delilin ileri sürülebilmesinin mümkün olduğu¹³¹ ve bu durumun esasa girme yasağının ihlâli anlamına da gelmeyeceği kanaatindeyiz¹³². Bu bakımdan, MÖHUK'un “*Dilekçeye Eklenerek Belgeler*” başlıklı m. 53 hükmünün¹³³ sınırlayıcı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği ve hükümde sayılanlar dışında belgelerin de tanıma ve tenfiz davalarında sunulabileceği düşüncesindeyiz. Bu belgelerin elbette tanınması veya tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararı verildikten sonra ortaya çıkan ve uyumsuzluğun esasına ilişkin bir belge değil, karara esas alınan ve karardaki eksik gerekçenin yerini tutacak nitelikte bir belge olması gerekmektedir.

Ulaştığımız bu sonuç, tarafların kararda gerekçe olmaması konusunda vardıkları anlaşma ışığında gereksiz verilen mahkeme kararların tanınması ve tenfizi bakımından da geçerlidir. Bu kararlar bakımından da kararda gerekçenin neden bulunmadığını ortaya koyacak bir bilgi veya belgenin varlığı, kamu düzenine aykırılık denetiminin yapılabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu ispat faaliyeti yerine getirildiği müddetçe, bu tür kararlarda gerekçe bulunmaması tarafların kendi rızalarıyla aldıkları bir kararın sonucu olduğundan, bu kararların kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi kanımızca söz konusu olmayacaktır¹³⁴.

129 Demir Gökyayla, ‘Gerekçe’ (n 21) 39; Demirkol (n 11) 86.

130 Bu doğrultuda bkz. Sakmar (n 13) 78-79; Demirkol (n 11) 83. Konuyu MÖHUK m. 54/1(ç) bağlamında ele alıp bu açıdan bir tenfiz engeli olduğu sonucuna varan görüş için bkz. Özkan and Tütüncübaşı (n 11) 219-220.

131 Tiryakioğlu (n 13) 91; Şanlı (n 10) 270; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 10) 631; Aygül (n 15) 102; Demir Gökyayla, ‘Gerekçe’ (n 21) 37-38; Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni* (n 13) 53; Köle (n 10) 75.

132 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n 10) 631-632, dn. 385; Şanlı (n 10) 270, dn. 343; Aygül (n 15) 108; Köle (n 10) 75; Demir Gökyayla, ‘Gerekçe’ (n 21) 37-38; Erten (n 13) 202, dn. 32. Öte yandan, Yargıtay’ın bu görüşün aksi yönünde verdiği kararlar mevcuttur. Yargıtay bu kararlarda “*tenfiz mahkemesinin incelemeleri tenfizi istenilen karar üzerinden yapılmalıdır. Tenfizi istenen kararda yazılı hususlar dışında başka deliller değerlendirilmek suretiyle karar verilemez*” şeklinde görüş bildirerek, tenfiz yargılamalarında karar harici delillere başvurulabilmesini kabul etmemiştir. Bu yöndeki bazı kararlar için bkz. Yargıtay 11 HD, 12796/7975, 06.07.2010; Yargıtay 11 HD, 6098/10392, 12.10.2009; Yargıtay 11 HD, 9103/3837, 31.03.2009; Yargıtay 11 HD, 9117/3863, 31.03.2009; Yargıtay 11 HD, 12691/5976, 06.05.2008 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 4 Ocak 2022.

133 MÖHUK m. 53 hükmü şu şekildedir: “*Tenfiz dilekçesine aşağıdaki belgeler eklenir:*

a) *Yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilamı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi.*

b) *İlamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi.*”

134 Aynı yönde bkz. Demir Gökyayla, ‘Gerekçe’ (n 21) 39; Doğan (n 11) 135.

Sonuç

Çeşitli hukuk sistemlerinde gerekçesiz karar verilmesine imkân tanıyan yargılama usulleri bulunması ve Türk mahkemelerinin de bu usuller izlenerek verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi talepleriyle karşılaşabilmeleri, bir mahkeme kararının gerekçesiz olmasının tanıma ve tenfiz engeli teşkil edip etmediği tartışmasını doğurmuştur. Yerel mahkemelerin ve Yargıtay dairelerinin bu konuda verdiği kararların birbirleriyle çelişmesi, bu tartışmayı daha da alevlendirmiştir. Söz konusu çelişkiyi gidermek amacıyla Yargıtay İBBGK toplanmış ve konuya dair bir içtihadı birleştirme kararı ortaya çıkmıştır. İBK’da bir yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olmasının tek başına kararın Türk kamu düzenine aykırı sayılması sonucunu doğurmayacağı ve bu nedenle de salt bu gerekçeyle tanıma veya tenfiz talebinin reddedilmemesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir. Ancak söz konusu İBK da konuya dair tartışmaları sonlandırmak için yeterli olmamıştır. Bu açıdan, konunun Türk milletlerarası özel hukuk doktrini açısından halen oldukça güncel bir tartışma konusu teşkil ettiği söylenebilir.

Konuya dair doktrin görüşleri ve İBK’nın da aralarında bulunduğu yargı kararları incelendiğinde, konunun temelde iki ayrı menfaat arasında bir denge bulma çabasına dayandığı görülmektedir. Zira yabancı bir mahkeme kararında gerekçe bulunmaması bir yandan Türk hukukunda varlığı doğrudan anayasal bir düzenlemeyle zorunlu kılınan ve savunma hakkının önemli bir parçası olarak değerlendirilen gerekçeli karar hakkıyla bağdaşmamakta; diğer yandan ise gerekçe, mahkeme kararlarının şekline ilişkin bir mesele olarak usul hukukunun kapsamına girmekte ve bu nedenle de temelde kararın verildiği ülkenin usul hukukuna tâbi bir konu teşkil etmektedir.

Pek çok hukuk sisteminde yargılamanın daha masrafsız ve hızlı sonlanabilmesi adına basit yargılama usullerinin öngörülmesi ve bunların da gerekçesiz karar vermeye imkân tanıması karşısında, gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının her halükârda Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği ve bu nedenle hiçbir şekilde tanınması veya tenfizinin mümkün olmadığı yönündeki görüşe katılmamaktayız. Bu anlamda, bu tür kararların sadece gerekçesiz olmaları nedeniyle kamu düzenine aykırı olmayacakları yönündeki İBK’da ulaşılan temel tespite katılmaktayız. Nitekim gerekçesiz bir yabancı mahkeme kararının savunma hakkı ihlali teşkil etmeden verilmesi ihtimal dâhilindedir ve bu kararların tanınması veya tenfizini kategorik olarak engellemek kanımızca hakkaniyete uygun bir yaklaşım olmayacaktır. ABAD’ın yakın tarihte verdiği *Trade Agency Ltd v Seramico Investments Ltd* kararı da bu görüşü desteklemektedir. Bu çerçevede, tanıma veya tenfiz davası davacısının kararda gerekçe olmamasının uygulanan usul kurallarının bir sonucu olduğunu, borcun kaynağını ve davalının savunma hakkına riayet edildiğini ortaya koyması hâlinde, tanıma veya tenfiz talebinin kabulü önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu ispatın gerek kararın içeriğinde yer alan bilgilerden gerek hârici belgelerden hareketle yapılması da kanımızca

mümkündür. Hukukumuzda tanıma ve tenfiz yargılamalarında kararın kendisi dışındaki belgelere başvurulması önünde herhangi bir engel yer almadığından, MÖHUK'un "Dilekçeye Eklenenecek Belgeler" başlıklı 53. maddesinin dar yorumlanmaması ve maddede sayılanlar dışındaki belgelerin de tanıma ve tenfiz davalarında sunulabilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Fransız ve İsviçre hukuklarındaki uygulama da bu doğrultudadır.

Öte yandan, İBK'da ulaşılan sonucun her somut olayda genelleştirilmemesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, söz konusu karar gereksiz bir yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin her durumda mümkün olduğu şeklinde de yorumlanmamalıdır. Basit yargılama usulü izlenerek verilmiş bir kararda davalıya – başta dava dilekçesinin kendisine tebliğ edilmesi ve davaya katılmamasının doğuracağı sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi olmak üzere – savunma hakkını kullanma imkânı tanınıp tanınmadığını veya borcun kaynağının hukuka yahut ahlâka aykırı bir borç ilişkisine dayanmadığını ortaya koyamayan bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebi, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenebilmelidir. Nitekim doğrudan temel insan haklarını ihlâl eden yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin de insan hakkı ihlâli teşkil edebileceği AİHM içtihatlarında kabul görmektedir.

Ayrıca, yabancı mahkeme kararının gereksiz şekilde verilmesi kimi zaman verildiği ülke usul hukukuna aykırı da olabilir. Kararın verildiği ülke usul hukuku uyarınca gereksiz karar verme imkânı sunan basit yargılama usulünün işletilmesi ancak belirli şartlar altında mümkünse ve yabancı mahkeme bu şartlar oluşmamasına rağmen bu usulü izleyerek davalının savunma hakkını aktif şekilde kullanmadığı bir yargılama sonucunda gereksiz bir karar vermişse, söz konusu karar kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği gibi, MÖHUK m. 54/1(ç) anlamında davalının gıyabında veya yokluğunda verilmiş bir karar da teşkil edecektir ve bu durum da başlı başına bir tanıma-tenfiz engeli olacaktır. İBK'da konu yalnızca kamu düzenine açıkça aykırılık şartı bağlamında ele alınmış olsa da bu şartın da gereksiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine engel teşkil edebileceği unutulmamalıdır. Benzer şekilde, ilgili usul hukukunda gereksiz karar verilmesine imkân tanıyan bir yöntem mevcut değilse, bu durum da hem kamu düzenine aykırılık hem de çoğu halde MÖHUK m. 54/1(ç) anlamında savunma hakkı ihlâli teşkil edecektir ve bu tür kararların tanınması veya tenfizi mümkün olamayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: D.S.P., C.Y.; Veri Toplama: D.S.P., C.Y.; Veri Analizi /Yorumlama: D.S.P., C.Y.; Yazı Taslağı: D.S.P., C.Y.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: D.S.P., C.Y.; Son Onay ve Sorumluluk: D.S.P., C.Y.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of study: D.S.P., C.Y.; Data Acquisition: D.S.P., C.Y.; Data Analysis/Interpretation: D.S.P., C.Y.; Drafting Manuscript: D.S.P., C.Y.; Critical Revision of Manuscript: D.S.P., C.Y.; Final Approval and Accountability: D.S.P., C.Y.

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 Özel Hukuk* (Vedat 2020).
- Alp M, ‘Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekeç’ in *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2001), 425-441.
- Arat T, ‘Yabancı İllamların Tanınması ve Tenfizi’ (1964) 21(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 421-527.
- Aşçıoğlu Ç, ‘Yargıda Gerekeç Sorunu’ (2003) 48 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 109-116.
- Atalı M, ‘16. Karar ve Hüküm’ in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usul – Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017), 1965-2088.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesine İlişkin Rehber: Adil Yargılanma Hakkı (Medeni Hukuk Yönü)’ (*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, 31 Ağustos 2019) <https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2021.
- Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Aygül M, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri’ (2011) 31(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 83-121.
- Bekri MN, ‘Gerekeçli Karar Hakkı’ (2014) 3 Ankara Barosu Dergisi, 203-228.
- Berki OF, *Devletler Hususi Hukuku* (4th edn, Güzel Sanatlar Matbaası 1961).
- Berkin NM, ‘İngiltere’de Mahkeme Kararlarının Dayandığı Prensipler ve Hâkimin Hukuk Yaratma Gücü’ (1974) 40(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 331-361.
- Bucher A, ‘Art. 27 LDIP’ in Andreas Bucher (ed), *Commentaire Romand: Loi sur le droit international privé* (Helbing Lichtenhahn 2011), 345-362.
- Briggs A, *Civil Jurisdiction and Judgments* (6th edn, Informa Law 2015).
- Can H and Tuna E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Adalet 2019).
- Chevalier P, ‘La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l’exécution en France des décisions étrangères : L’office du juge de l’exequatur, l’ordre public et le portulan’ (2014) 1 Revue critique de droit international privé, 1-41.
- Cuniberti G, ‘The Recognition of Foreign Judgements Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance and Efficiency’ (2008) 57(1) International and Comparative Law Quarterly, 25-52.

- Çelikel A, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi’ (1963) 29(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 863-865.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021).
- Demir Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001).
- Demir Gökyayla C, ‘Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi’ (2013) 9(105-106) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 7-42.
- Demirkol B, ‘Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi’ (2017) 12(157-158) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63-91.
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020).
- Erdönmez G, ‘8. Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler’ in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usul – Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017), 775-922.
- Erkan M, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (On İki Levha 2020).
- Ersen Perçin G, ‘Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni Engeli’ (2015) 1(1) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61-86.
- Ertan R, ‘Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?’ (2005-2006) 25(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 195-212.
- Esen E, ‘Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi’ (2007) 27(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Usul Hukuku Bülteni, 21-79.
- Fawcett JJ, ‘The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law’ (2007) 56(1) International and Comparative Law Quarterly, 1-48.
- Gaudemet-Tallon H and Ancel ME, *Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)* (6th edn, LGDJ 2018).
- 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 Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?’ (2019) 39(2) Public and Private International Law Bulletin, 609-643.
- Gottwald P, ‘§328’ in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (6th edn, Verlag Beck 2020).
- Göğür E, *Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)* (4th edn, Sevinç Matbaası 1977).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2021).
- Güven P, *Tanımaya- Tenfiz: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Yetkin 2013).
- Huysal B, ‘Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk’a İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ in Ayfer Uyanık Çavuşoğlu ve Zeynep Derya Tarman (eds), *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (On İki Levha 2014), 63-80.
- Köle M, ‘Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanımaya ve Tenfizinde Usul’ (2016) 21(34) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39-98.

- Müller-Chen M, 'Art. 27 IPRG' in Markus Müller-Chen and Corinne Widmer Lüchinger (eds), *Zürcher Kommentar zum IPRG - Band I - Art. 1-108 Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987* (3rd edn, Schulthess 2018), 584-617.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (23rd edn, Beta 2021).
- Nomer E, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde 'Gerekeçe' (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9-16.
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008).
- Özkan I and Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usul Hukuku* (2nd edn, Adalet 2020).
- Papakçı A, 'Alman Mahkemelerince Verilen Gıyabi Kararların Yargılama ve Uluslararası Tebligat Kuralları Açısından Türk Hukukuna Uygunluğu' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 457-488.
- Prütting H, '§331' in Thomas Rauscher and Wolfgang Krüger (eds), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen* (6th edn, Verlag Beck 2020).
- Pürselim HS, 'Son Gelişmeler Işığında Makedonya Mahkemeleri Tarafından Verilen Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması', *III. International Conference Proceedings: The West of the East, The East Of The West (26-28 Haziran 2018)* <<http://dogubati.net/wp-content/uploads/2020/02/DBBDTAMmetin-ohrid.pdf>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2021, 228-239.
- Sakmar A, *Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları* (Fakülteler Matbaası 1982).
- Sarıöz Büyükalp Aİ, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri* (On İki Levha 2018).
- Stadler A, '§331' in Hans-Joachim Musielak and Wolfgang Voit (eds), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz* (18th edn, Verlag Franz Vahlen 2021).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021).
- Tarman ZD, 'Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 798-820.
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020).
- Tiryakioğlu B, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996).
- Türkmen A, 'Türk Yargı Kararlarında Gerekeçe ve Önemi' (2015) 13(154) Legal Hukuk Dergisi, 39-61.
- Usunier L, 'Refus d'un exequatur d'un jugement étranger non motivé' (2016) 1 *Revue critique de droit international privé*, 189-194.
- van Calster G, *European Private International Law* (2nd edn, Hart 2016).
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (10th edn, Yetkin 2011).
- Yöney C, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha 2018).

Application of The Burden and Standard of Proof in Corruption Allegations Under ICSID Arbitration

ICSID Tahkiminde İspat Yükü ve Sartlarının Yolsuzluk Suçlamaları Özelinde Uygulamaları

Metincan Kaban* 

Abstract

Corruption allegations are a frequently-encountered issue in international investment arbitration. These allegations are mainly used as a defense mechanism by states, aiming to dismiss investors' assertions in arbitral proceedings, because if corruption is upheld, the tribunal will be deprived of jurisdiction. Adjudicating corruption, on the other hand, is a very challenging task to accomplish for tribunals. This is mainly due to the lack of means and mechanisms to conduct serious investigations and fact finding in order to establish corruption. Because adjudicators cannot abstain from rendering a verdict even though they doubt facts or evidence, legal systems have adopted some tools to aid this process. The concepts of burden and standard of proof are two the main tools that have been used for this purpose. However, even though there are a few clauses regarding the standards of evidence in UNCITRAL Rules or IBA Rules, there is a lack of binding regulation of standards of evidence in international arbitration law. Also, there are no rules under the ICSID Convention regarding the allocation of burden and standards of proof. In this context, the analysis of the application and allocation of the burden and standard of proof in international investment law becomes an essential issue for resolving such disputes.

Keywords

International Investment Arbitration, ICSID, Burden of Proof, Standard of Proof, Corruption Allegation

Öz

Tarafların yolsuzluk suçlamaları uluslararası yatırım tahkiminde sıklıkla karşılaşılan bir meseledir. Bu suçlamalar tahkim sürecinde çoğunlukla devletler tarafından bir savunma olarak öne sürülmekte olup yatırımcıların taleplerinin reddini amaçlamaktadır. Çünkü eğer yolsuzluk hükmü sabit hale gelirse tahkim kursusunun yetkisi ortadan kalkar. Öte yandan yolsuzluk hususunda hükme varmak tahkim kürsüleri için hayli zorlu bir görev teşkil etmektedir. Bunun ana sebebi de tahkim kürsülerinin yerel mahkemelerin aksine yolsuzluk hükmü kurmak için ellerinde yeteri kadar tahkikat yapma gücü bulunmamasıdır. Modern hukukta yargıçlar uyumsuzluğa ilişkin esaslardan ya da kanıtlardan şüphe etseler dahi hüküm kurmaktan kaçınmazlar. Bu sebeple hukuk sistemleri hüküm kurma sürecinde yargıçlara yardımcı olması amacıyla belirli kurumları kullanılmaktadırlar. Bu kurumlardan ispat yükü ve ispat şartı bu amaçla kullanılan kurumların en temel olanlarındandır. Buna rağmen her ne kadar bu hususta UNCITRAL, IBA ve ICSID kuralları içerisinde birkaç hüküm bulunsada dahi uluslararası tahkim hukukunda ispat yükü ve şartına ilişkin bağlayıcı ve genel kabul görmüş kural eksikliği mevcuttur. Buna ek olarak, ICSID Konvansiyonunda da ispat yükü ve ispat şartlarının taraflar arasında nasıl tahsil edileceğine ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Bu bağlamda söz konusu ispat yükü ve ispat şartı kurumlarının uluslararası yatırım hukukunda nasıl uygulandığının incelenmesi yolsuzluk gibi ciddi tahkikat gerektiren hususlarda uyumsuzluk çözümü için önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Yatırım Tahkimi, ICSID, İspat Yükü, İspat Şartı, Yolsuzluk Suçlamaları

* **Correspondence to:** Metincan Kaban (LLM), Queen Mary University of London, Faculty of Law, London, UK. E-mail: mtnkbn@gmail.com
ORCID: 0000-0001-6617-1767

To cite this article: Kaban M, "Application of The Burden and Standard of Proof in Corruption Allegations Under ICSID Arbitration" (2022) 42(1) PPIL 391. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.889190>

Application of The Burden and Standard of Proof in Corruption Allegations Under ICSID Arbitration

I. Introduction

Corruption¹ is an unfortunate fact of our world,² and also a frequently-encountered issue in international arbitration.³ Allegations of corruption in international arbitration can be divided into allegations of corruption in commercial arbitration and in investment arbitration. In international investment arbitration, states generally allege that investors engage in corruption in the process of making the investment.⁴ These allegations are mainly used as a defense mechanism by states, aiming to disperse investors' assertions in arbitral proceedings,⁵ because if corruption is upheld, the tribunal will be deprived of jurisdiction.

Adjudicating corruption, on the other hand, is a very challenging task to accomplish for tribunals. This is because, firstly, assessing corruption requires a serious investigation of facts. Arbitral tribunals contrarily, do not have the same means and mechanisms as national courts to fact find and establish corruption.⁶ Secondly, this process requires an extensive assessment of facts to determine whether those facts can be accepted as evidence and to what extent they prove a corruption claim. Even though there are a few clauses regarding the standards of evidence in UNCITRAL Rules or IBA Rules, there is a lack of binding regulation of standards of evidence in international arbitration law.⁷ Also, there are no rules under the ICSID Convention regarding the allocation of burden and standards of proof.

Considering that, most of the time, the ICSID Rules are chosen by the parties to be applied to investor-state disputes, establishing corruption without following any generally applicable rules on assessment of evidence and allocations of the burden and standard of proof can create uncertainties for all parties involved in the arbitration process. Uncertainty on the matter of standard and burden of proof can generate significant risks for parties and create consequential problems for the whole arbitration process.⁸ In spite of this risk, Gary Born states that there is only "little authority on the allocation of burdens of proof in arbitral contexts."⁹

1 Corruption is defined in this essay as the fraudulent conduct of both public officials and private investors.

2 To see Transparency International's 2020 corruption perception index in more detail < <https://www.transparency.org/en/news/cpi-2020-global-highlights> > accessed on 13 February 2021

3 Moloo R, Lamm CB and Pham HT, 'Fraud and Corruption in International Arbitration' (TDM, 2018) < <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1952#> > accessed 31 December 2020.

4 Singarajah F, 'Corruption in International Arbitration' (ciarb, 8 November 2018) < <https://hardwicke.co.uk/corruption-in-international-arbitration> > accessed 30 December 2020

5 Alexandrov SA, 'Corruption in International Investment Arbitration.' (2015) 109(3) Am J Int'l L 702

6 *ibid.* 703

7 Brower CN, 'Evidence before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules.' (1994) 28(1) Int'l L 47

8 Andreas R, 'Burden and general standards of proof.' (1994) 10(3) Arb. Int'l 330.

9 Born G, 'International commercial arbitration.' (2014) Hague: Kluwer Law Int'l 2312 as cited in (Carreteiro M, 'Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Predictability.' (2016) Ano XIII Revista Brasileira de Arbitragem 49 83)

In order to analyze this risk, this paper will first try to look at what the concepts of burden and standard of proof are and the approaches from the Common law and Civil law jurisdictions. It will also consider the distinction in the application of those concepts under civil and criminal cases. Then, it will examine specific ICSID cases where tribunals applied the burden and standard of proof on corruption and fraud allegations. Finally, this paper will try to deduce if there is a need for generally applicable rules on the issue of standard and burden of proof for the resolution of corruption allegations under ICSID arbitration.

II. Application of Burden and Standards of Proof

Adjudicators in modern law conception cannot abstain from rendering a verdict even though they doubt the facts or the evidence in a dispute.¹⁰ Due to the fact that adjudicators have to decide one way or another, legal systems have adopted some legal tools to make this process easier and more straightforward. Standard and burden of proof are two of the tools that help this purpose. Research shows that applying standard and burden of proof to the case affects the conclusion of the arbitration most of the time.¹¹

Even though the concepts of burden of proof and standard of proof are sometimes used in the same context, they are different. The burden of proof basically addresses the party's obligation to prove a certain event or assertion, while the standard of proof indicates the expected level of persuasion of a proof. The tribunal of the ICSID case of *Rompetrol Group N.V. v. Romania* described these concepts. The tribunal stated that, "the burden of proof defines which party has to prove what, in order for its case to prevail; the standard of proof defines how much evidence is needed to establish either an individual issue or the party's case as a whole."¹²

That being said, it is also important to consider different approaches from civil law and common law systems on the matter. While the burden of proof is prevalent in both systems, the concept of standard of proof is mostly evolved in the common law.¹³ This does not mean that the standard of proof is not existent or not applied in civil law, just that it has different content.

On the matter of the burden of proof, common law jurisdictions generally follow the Latin maxim of *affirmant incumbit probatio* (the person who asserts bears the burden

10 Alfredo RM, 'Non Liqueat: From Modern Law to Roman Law.' (1974) 9 Isr. L. Rev. 63

11 Carreiro M, 'Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Predictability.' (2016) Ano XIII Revista Brasileira de Arbitragem 83

12 The Rompetrol Group N.V. v. Romania. ICSID Case no ARB/06/3, Award, 6 May 2013 ¶178

13 Macnair MRT, 'The Law of Proof in Early Modern Equity, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History.' (1999) Band 20, Duncker & Humblot, 322

of proof).¹⁴ While that is the rule, there are some exemptions in corruption cases. For instance, the Court of Appeal in *R v Webster* accepted that, in some cases, it is possible to reverse the legal burden of proof from the asserting party to the other.¹⁵

Civil law countries, on the other hand, codify their rules on the burden of proof most of the time.¹⁶ For example, Article 190(1) of the Turkish Code of Civil Procedure regulates the burden of proof as, “unless otherwise implied by the law, the party that favors the legal result of an asserted claim bears the burden of proof.”¹⁷ From this, we can understand that even though the methodology on the regulation of the burden of proof is different in civil-common law systems, it is easy to see that the basic logic behind it is very similar.

On the other hand, the concept of standard of proof is more confusing. This is mainly because, first, in the civil law system the context of the standard of proof is different than in the common law system. The second reason is that in the common law system there is a distinction between the applied standard of proof in civil and criminal litigations.

As an example of the application of the standard of proof in common law systems, the Supreme Court of the United States, in *Addington v. Texas*,¹⁸ explained that there are three different standards which apply to a case depending on the facts and evidence. From lowest standard to highest, the three standards are “balance of probabilities,” “clear and convincing,” and “beyond a reasonable doubt.”¹⁹ In the “balance of probabilities” standard, the expectation of evidence for an assertion to be proved is “more likely than not to be true.” Because of this, one can argue that the common law approach to the standard of proof is “statistical” or “quantitative.”²⁰

The “balance of probabilities” applies to most civil cases. In criminal litigation, where alleged wrongdoing is more serious, like corruption and fraud, the expected standard of proof is generally higher. The principle behind this is that, “if the seriousness of an allegation increases, the likelihood of that event diminishes.”²¹ As a result, the standard applied to the corruption allegations most of the time is “clear and convincing.”²²

14 Waincymer J, ‘Procedure and evidence in international arbitration.’ (2012) Hague: Kluwer L. Int’l 761

15 *R v Webster* [2010] EWCA Crim 2819, The Court of Appeal in its ruling accepted that in case of corruption the court can reverse the legal burden of proof to the not moving party, despite of the Human Rights Act 1998 3

16 Carreteiro M (n 11) 86

17 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836

18 *Addington v. Texas*, 441 U.S. (1979)

19 *Addington v. Texas*, 441 U.S. (1979) 418, 422–25

20 Taruffo M, ‘Rethinking the Standards of Proof.’ (2003) 51(3) Am J Comp L 659

21 Cooper J, ‘Burden and Standard of Proof’ (judiciary.uk, January 2016) < <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/cooper-burden-standard-of-proof-spring2008.pdf> > accessed on 6 January 2021

22 *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, 22 August 2017 ¶ 492

In civil law jurisdictions, contrarily, the approach to the standard of proof is more “logical.”²³ The level of the cogency of proof is evaluated by the “inner conviction” of an adjudicator.²⁴ The inner conviction standard can be described as “establishing sufficient probability to convince the adjudicator of a specific disputed fact.”²⁵ Despite that is the fact that some items which are regulated *in priori* as a proof by the law precludes the rule of free evaluation of proof. In these cases, adjudicators have no authority in assessing the proof.²⁶ For example, Article 198 of the Turkish Code of Civil Procedure enunciates the judge’s power to freely evaluate the proof but reserves the exemptions that are born from the law on the other hand.²⁷ Another point is that in most of the European civil law countries there is no difference in civil-criminal litigations in terms of standard of proof.²⁸ This means the aforementioned principles apply to both civil and criminal litigations.

Despite the above-mentioned differences in the standard and burden of proof between civil and common law jurisdictions, there are scarcely any distinctions regarding the practical results. This is mainly because the aim of balancing the right to a fair trial between parties and reaching just verdicts is the same even though the methods or applications are different.

III. ICSID Tribunal Approaches on the Issue

It is important to point out that, when dealing with corruption allegations, ICSID tribunals followed a similar path to the Common Law and Civil Law Courts with regards to the standard and burden of proof. As the “similar path,” in most of the cases, tribunals applied the principle of “the one who asserts has the burden of proving” on the burden of proof,²⁹ and “clear and convincing” standard as the standard of proof.³⁰

For instance, on the burden of proof, the tribunal in *Wena Hotels v Egypt*, explicitly affirmed that the party alleging corruption bears the burden of proof.³¹ In *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines [II]*, the tribunal stated that since the decision on the corruption allegation affects the investor’s ability to claim BIT protection, it must be proved by the standard of “clear and convincing.”³² In another case, the Tribunal of *EDF (Services) Limited v. Romania* also sought the

23 Taruffo M, (n 20) 659

24 Lew JDM, Mistelis LA and Kröll SM, ‘Comparative Commercial Arbitration’ (Kluwer Law International, 2003) 561

25 Carreiro M, (n 11) 89

26 Taruffo M, ‘Admission and presentation of evidence.’ (2004) BIICL 173

27 (n 17) art.198

28 Clermont KM and Sherwin E, ‘A Comparative View of Standards of Proof.’ (2002) 50(2) Am J Comp L 243

29 Foster CE, ‘Burden of Proof in International Courts and Tribunals.’ (2010) 29 Aust YBIL 27

30 Carreiro M, (n 11) 94

31 *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 ¶¶ 77,117

32 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines [II]*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, 10 December 2014 ¶ 479

standard of “clear and convincing.” But their reasoning was “the seriousness of the accusation towards the officials of the highest level in respondent’s government, requires clear and convincing evidence.”³³

In *Siag v. Arab Republic of Egypt*, the tribunal, while assessing the claimant’s submission of a heightened standard of proof regarding a fraud allegation by Egypt, accepted that in most legal systems a higher standard of proof is held for consequential allegations such as fraud. The higher standard was specified as “clear and convincing.”³⁴ Also, the tribunal noted a long-standing approach in international arbitration with regards to the burden of proof. It is that,

(a) “the Claimant bears the burden of proof with respect to the facts it alleges and the Respondent carries the burden of proof with respect to its defenses.”³⁵

In *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, the tribunal highlighted the gravity of corruption allegations in a judicial sense. Although the tribunal noted the fact that due to the clandestine nature of corruption in most cases it is very challenging to prove it with hard and valid evidence, it still agreed that the seriousness of such allegations outweighs that hardship and therefore decided to apply a higher standard of proof in the case.³⁶

In another significant case on the issue, *Lao Holdings N.V. v. Lao People’s Democratic Republic*, the tribunal stated that while it is not necessary that every piece of evidence is clear and convincing, still, the overall position must indicate a clear and convincing case on corruption allegation. Accordingly, the tribunal suggested that an evaluation must be made with regards to which aspects were proven by clear and convincing evidence and which aspects were left to just and sensible presumptions.³⁷ As can be seen from these examples, even though justifications differ, most of the time the applied standard and burden of proof are the same.

In some cases, though, tribunals interpreted the matter differently and this resulted in contrasting applications of the standard and burden of proof. For example, an interesting approach by a tribunal on the issues of evidential standard and burden of proof can be seen in the case of *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*. Firstly, the tribunal agreed that in case of an utmost hardship to directly prove a claim due to lack of available evidence a tribunal might be satisfied with less decisive

33 EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009 ¶221

34 Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009 ¶ 326

35 *ibid.*, ¶ 315 (citing Rosell and Prager, *Illicit Commission and Question of Proof*, 15 *Arbitration International* 329, 335 (1999); ICC Award 6653 (1993), reprinted in 1993 *JDI* 1053; and also, Article 24 UNCITRAL Arbitration Rules)

36 *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of the Award, 22 June 2010 ¶ 422-423

37 *Lao Holdings N.V. v. Lao People’s Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Award, 6 August 2019 ¶ 110

evidence, such as *prima facie* evidence.³⁸ Even though the tribunal was not referring specifically to a corruption allegation, in this case, it can still be argued that the abovementioned difficulty to prove corruption with direct evidence is highly likely to arise because of its secretive nature. Therefore, in such a situation, this is an indication that the evidential standard can be lowered. Although this does not necessarily prompt a lower standard of proof directly it still indirectly lowers the standard in terms of practice. Secondly, the tribunal, on the issue of burden of proof, emphasizes the rule of “free evaluation of evidence by international tribunals,” a commonly regarded rule in international arbitration, and notes that *prima facie* evidence is enough evidence to shift the burden of proving to the other party.³⁹

In *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, the tribunal decided to apply the standard of “balance of probabilities,” which is unusual for a corruption allegation. The reasoning of the tribunal followed a more practical approach. In the award, it was stated that because corruption is mostly proved with “circumstantial evidence” rather than “direct evidence,” these two have the same effect, and since this arbitration is not a “criminal proceeding” the “balance of probabilities” is the standard of proof.⁴⁰

Similarly, the tribunal in *Tokios Tokenes v. Ukraine*, after thoroughly analyzing different standards of proof, notes that for the corruption allegation issue at hand the set standard is not clear and convincing but the balance of probabilities. The tribunal’s justification is rather an interesting one, as it considers that the root of a higher standard is based on whether the alleged party is a “person or body of high authority.” According to this, the tribunal defends the idea that evidentiary standards cannot be raised just because of courtesy for the status of the alleged party.⁴¹

Another interesting interpretation, although in contrast with the interpretation in *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, is in *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*. In the case, the tribunal, when referring to a fraud allegation, accepted that it is a serious accusation but also noted that this “does not necessarily prompt a higher standard of proof, instead it only requires more convincing evidence.”⁴²

On the matter of burden of proof, the tribunal, in *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, departed from the generally applied principle of *affirmant incumbit probatio* and reversed the burden of proving to the claimant. The tribunal’s ground for the reversal was explained as “emerging of the facts in the case.” The tribunal also noted that there is no obligation to apply the principle to the burden of proof as much

38 *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, 550

39 *ibid.* 550

40 *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018 ¶ 7.52

41 *Tokios Tokenes v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 July 2007, ¶124

42 *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011 ¶125

as the duty to resolve the “present dispute.”⁴³ It is clear that while the application of standard and burden of proof to the corruption allegations is similar most of the time, different interpretations and applications also exist.

IV. Conclusion

Almost all of the international conventions, national laws, and rules on investment arbitration choose to be silent on the matter of the application of the standard of proof.⁴⁴ Allocation of the burden of proof, on the other hand, is a slightly more regulated subject. It is important to note that even though they are different notions, their application to a specific case is interconnected.

Therefore, when ICSID tribunals’ interpretations and applications of standard and burden of proof on cases are examined, it is hard to say that there is a need for generally applicable rules on the matter. This is mainly because instead of governing a subjective matter with general rules, giving adjudicators flexibility to apply the necessary standard and burden of proof is, in fact, a more practical and logical approach.

On this issue, the tribunal of *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”)*, in its decision on the corruption claim, stated that in complex situations of facts and allegations, what really matters is whether tribunals are persuaded of the alleged act or not.⁴⁵ In this sense, it can be argued that leaving more freedom to tribunals to apply a more reasonable standard depending on the facts of the case might help both ease the adjudicating process and solve the case at hand.

In our opinion, the problematic part is not the lack of governance on the matter but rather not regulating the consequences of the wrongful application of standard and burden of proof, because it is almost never possible to annul an arbitral award on the grounds of wrong application of the standard and burden of proof.⁴⁶

In conclusion, even though not regulating the application of burden and standard of proof is a more logical approach, it is important to govern the possibility of wrongful application and create a rule which will pave a way for an examination of the applied standard and burden of proof in the annulment process. Otherwise, this can cause serious consequences on the parties’ right to a fair trial.

43 *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013 ¶¶ 237-241

44 Pietrowski R, ‘Evidence in International Arbitration’ (2006) 22 *Arb. Int’l* 264

45 *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”)*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on the Corruption Claim, 25 February 2019 ¶¶ 804-806

46 Carreteiro M, (n11) 97

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

Statutes

English Arbitration Act 1996

IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration

ICSID Additional Facility Rules, 2006

UNCITRAL Arbitration Rules, 2010

UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

Turkish Code of Civil Procedure No.6100 2011

Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (“ICSID Convention”)

Cases

ENGLAND

R v Webster [2010] EWCA Crim 2819

U.S.

Addington v. Texas, 441 U.S. (1979)

ICSID

Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Award, 22 August 2017

The Rompetrol Group N.V. v. Romania. ICSID Case no ARB/06/3, Award, 6 May 2013

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4

Frabort AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines [II], ICSID Case No. ARB/11/12, Award, 10 December 2014

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009

Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 2 September 2011

Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 July 2007

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.

- ARB/05/15, Award, 1 June 2009
- Limn Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/07/14, Excerpts of the Award, 22 June 2010
- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990
- Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Award, 6 August 2019
- Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla"), ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on the Corruption Claim, 25 February 2019

Books

- Born G, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2014)
- Kaufmann-Kohler GA Rigozzi, *International Arbitration* (Oxford University Press 2015)
- Kazazi M, *Burden of Proof and Related Issues* (Kluwer Law International 1996)
- Lew J, L Mistelis, S Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003)
- Llamzon A, *Corruption in International Investment Arbitration* (Oxford University Press 2014)
- O'Malley N, *Rules of Evidence In International Arbitration* (Taylor and Francis 2013)
- Rubino-Sammartano M, *International Arbitration Law and Practice* (3rd edn, Juris Publishing 2014)
- Uluc I, *Corruption in International Arbitration* (Wildy, Simmonds & Hill Publishing 2018)

Journals

- Alexandrov SA, 'Corruption in International Investment Arbitration.' (2015) 109(3) *Am J Int'l L* 702
- Alfredo RM, 'Non Lique: From Modern Law to Roman Law.' (1974) 9 *Isr. L. Rev.* 63
- Andreas R, 'Burden and general standards of proof.' (1994) 10(3) *Arb. Int'l* 330.
- Blavi F and Vial G, 'The Burden of Proof in International Commercial Arbitration: Are We Allowed to Adjust the Scales.' (2016) 39(1) *Hastings Int'l & Comp L Rev* 41
- Brower CN, 'Evidence before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules.' (1994) 28(1) *Int'l L* 47
- Carreteiro M, 'Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Predictability.' (2016) *Ano XIII Revista Brasileira de Arbitragem* 83
- Clermont KM and Sherwin E, 'A Comparative View of Standards of Proof.' (2002) 50(2) *Am J Comp L* 243
- Foster CE, 'Burden of Proof in International Courts and Tribunals.' (2010) 29 *Aust YBIL* 27
- Fleming JJ, 'Burdens of Proof.' (1961) 47 *Va. L. Rev.* 51
- Gabriel P, 'Burden of Proof And Standard Of Proof In Civil Litigation' (2013) 25 *SAC LJ* 130
- Macnair MRT, 'The Law of Proof in Early Modern Equity, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History.' (1999) *Band 20, Duncker & Humblot*, 322
- Mann F. A, *State Contracts and International Arbitration* [1967] (*Brit. YB Int'l L Vol* 42) 1

Meshel T, 'The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration.' (2013) 30 J. Int. Arb. 3

Moloo R, Lamm CB and Pham HT, 'Fraud and Corruption in International Arbitration' (TDM, 2018)

Pietrowski R, 'Evidence in International Arbitration' (2006) 22 Arb. Int'l 264

Taruffo M, 'Rethinking the Standards of Proof.' (2003) 51(3) Am J Comp L 659

Taruffo M, 'Admission and presentation of evidence.' (2004) BIICL 173

Waincymer J, 'Procedure and evidence in international arbitration.' (2012) Hague: Kluwer L. Int'l 761.

William Fox, Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration, (2009) 27 J. Energy & Nat. Resources L. 487

Websites

Cooper J, (*Judiciary.uk*, 2019)

<<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/cooper-burden-standard-of-proof-spring2008.pdf>> accessed 12 January 2021

Moloo R, C LammH Pham, 'Fraud and Corruption In International Arbitration' (*Transnational Dispute Management (TDM)*, 2019)

<<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1952>> accessed 12 January 2021

Singarajah F, 'Corruption In International Arbitration | Hardwicke' (*Hardwicke*, 2019) <<https://hardwicke.co.uk/corruption-in-international-arbitration/>> accessed 12 January 2021

Uluslararası Hukuk Komisyonunun “Hukukun Genel İlkeleri” Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme

The Study of the International Law Commission on the “General Principles of Law” and an Evaluation of Current Developments

Mehmet Emin Büyük* 

Öz

Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2018 yılında uluslararası hukukun kaynaklarından biri olan “hukukun genel ilkeleri” üzerine çalışmaya başlamıştır. Şimdiye kadar bu kapsamda Özel Raportör Marcelo Vázquez-Bermúdez tarafından oldukça ayrıntılı iki farklı rapor yayınlanmış ve Komisyonunda bu raporlar üzerine görüşmeler yapılmıştır. Komisyon çalışmasında hukukun genel ilkeleri üzerine doktrinde var olan tartışmalar yerine, bu uluslararası hukuk kaynağına devlet ve uluslararası yargı uygulamalarında yer bulan yaklaşımlar esas alınmıştır; doktrin yardımcı kaynak olarak kullanılmıştır. Bu sebeple hukukun genel ilkeleri şeklinde üçüncü bir kaynağın varlığına dair tartışmalara ayrıca yer verilmemiştir. Öncelikle Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’ndeki düzenlemeden yola çıkılarak hukukun genel ilkelerinin niteliğine dair açıklamalar yapılmıştır. İlk raporda geniş bir kısım hukukun genel ilkelerinin kökenine dair incelemeye ayrılmış ve burada ilkelerin iki farklı kaynaktan gelebileceği tespitine yer verilmiştir. Buna göre hukukun genel ilkeleri iç hukuklardan türetilmiş olabileceği gibi, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan genel ilkeler de söz konusu olabilir. Özellikle bu ikinci grup ilkeler konusunda Komisyonunda ve Altıncı Komitede bu tür ilkelerin varlığını reddeden veya bunların Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38/1-c hükmünde öngörülen ilkeler kapsamında olmadığını belirten farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu husus özelinde bu çalışmada savunulan görüş, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkmış birtakım hukukun genel ilkelerinin de var olabileceği ve bunların da Statü hükmü kapsamında olduğu şeklindedir. İkinci raporda ise, bu farklı kökenlerden türetilen hukukun genel ilkelerinin belirlenmesinde esas alınacak yöntem ve kriterler tespit edilmiştir. Raporlarda hakkaniyet ve hukukun genel ilkelerinin arasındaki ilişkiye yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak sayılabilir. Ayrıca hukukun genel ilkeleri konusunda doktrinde var olan -ve anlaşmalar ve uluslararası teamüle göre çok daha yoğun olan- tartışmalı durumların genel anlamda çalışma dışı bırakılmasının, bu konunun Komisyon eliyle aydınlatılmasına kısmi bir engel taşıdığı ifade edilmelidir zira özellikle Divan tarafından bu üçüncü hukuk kaynağına ağırlıkla başvurmaktan sıklıkla kaçınılmasının arkasında doktrindeki bu kafa karışıklığının yatıyor olması muhtemeldir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk, Uluslararası Hukuk Komisyonu, Uluslararası Adalet Divanı, Hukukun Genel İlkeleri, Medeni Milletlerce Tanınmış, Divan Statüsü, Uluslararası Hukukun Kaynakları

Abstract

In 2018, the International Law Commission started its work on the “general principles of law,” one of the sources of international law. So far, two very detailed reports have been published by the Special Rapporteur Marcelo Vázquez-Bermúdez, and the Commission has held discussions on these reports. The Commission’s work has taken practices of states and international judicial bodies regarding this source of international law as its basis instead of existing discussions

* Sorumlu Yazar: Mehmet Emin Büyük (Arş. Gör.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: mbuyuk@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-7392-4488

Atf: Büyük ME, “Uluslararası Hukuk Komisyonunun “Hukukun Genel İlkeleri” Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme” (2022) 42(1) PPIL 403. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.1031111>

in the doctrine on the general principles of law; doctrine has instead been used as an auxiliary source. For this reason, discussions about the existence of a third source in the form of general principles of law have not been included. First of all, explanations were made based on the regulation in the Statute about the nature of the general principles of law. The first report devoted a large portion to examining the origin of the general principles of law, wherein the principles are stated to be able to be found in two different sources. Accordingly, the general principles of law may be derived from domestic laws, or general principles emerging in the field of international law may exist. Regarding this second group of principles in particular, different opinions emerged in the Commission and the Sixth Committee that reject the existence of such principles or state them to not fall within the scope of the principles stipulated in Article 38/1-c of the Statute of the International Court of Justice. In particular, this study defends the views that some general principles of law may exist that have emerged in the field of international law and that these also fall within the scope of the Statute. The second report explains the methods and criteria to be taken as a basis in determining the general principles of law derived from these different origins. The fact that these reports have not included the relationship between equity and the general principles of law can be considered a deficiency. In addition, the general exclusion of the controversial situations in the doctrine regarding the general principles of law –which are much more intense than the treaties and international custom– should be stated to pose a partial obstacle to the clarification of this issue by the Commission. Due in particular to how the Court frequently avoids resorting to this third source of law openly, the confusion in the doctrine may lie behind this avoidance.

Keywords

International law, International Law Commission, International Court of Justice, General principles of law, Recognized by civilized nations, Statute of the Court, Sources of international law

Extended Summary

The International Law Commission decided to study the general principles of law in 2018, with Marcelo Vázquez-Bermúdez being appointed Special Rapporteur. So far, Special Rapporteur Marcelo Vázquez-Bermúdez has published two very detailed reports, and discussions have been held at the Commission on these reports. The study evaluates within its scope the work done in the Commission on the basis of the two reports prepared by the Special Rapporteur.

The first report examined the legal nature of the general principles of law by dividing the statements in Article 38/1-c into elements such as “general principles of law,” “civilized nations,” and “recognized,” based on the Statute of the Court. The same report devoted a large portion to examining the origin of the general principles of law, wherein is stated that the principles can be found in two different sources. Accordingly, the general principles of law may be derived from domestic laws, or general principles may exist that have emerged in the field of international law. Regarding this second group of principles in particular, different opinions emerged in the Commission and the Sixth Committee rejecting the existence of such principles or stating these to not be within the scope of the principles stipulated in Article 38/1-c of the Statute of the International Court of Justice. Regarding this issue, the view the current study defends is that some general principles of law may exist that have emerged in the field of international law and that these are also within the scope of the Statute.

The second report submitted by the Special Rapporteur determined the methods and criteria to be taken as the basis in determining the general principles of law

derived from these different origins. In terms of the principles derived from domestic law, the report recommends a two-stage analysis, with the first stage determining the existence of principles common to the world’s major legal systems, and the second stage transposing these principles to the international legal system. As for the second group, the general principles of law that have emerged in the field of international law must first and foremost meet the requirement of recognition by the general international community.

The doctrinal discussions on the general principles of law have spread over different topics. International lawyers have put forward different views on different issues such as the existence, characteristics, autonomy, and scope of this source and the relationship it has to the other two sources of law. The regulation on the general principles of law in the Statute of the Court should be stated as being a very effective solution that brings together different legal views. Thanks to this arrangement, *non liquet* has been prevented and remaining within positivist borders has been ensured on the condition of being recognized by “civilized nations.” In addition, with the addition of *ex aequo et bono* to the Statute of the Court, the general principles of law are distinct from equity.

Aside from the debates regarding doctrine, the Statutes of the Courts have been accepted as a competent text by the international community, and the 38th Article of the Statutes has often been cited as a source in international law. Although open applications to the general principles of law in the practices of the World Court have been limited, the practices of both Courts, States, and other courts both before the Statute of the Permanent Court of International Justice and after the Statute have enabled an accumulation for this source of law. In the work of the Commission, the approaches found in the practices of States and international judicial bodies toward this source of international law were taken as basis instead of the discussions existing in the doctrine on the general principles of law; the doctrine was instead used as an auxiliary source. For this reason, although all the literature in this field seems to have been reviewed in the reports, discussions on the existence of a third source in the form of general principles of law were not included. The Commission is understood to want to base its work on the fundamental sources of international law and especially State practices. In my opinion, however, mentioning the doctrinal debates would be useful in terms of understanding the general principles of law, and the opinions of lawyers from the different schools in the Commission could have been enlightening.

The general principles of law are generally considered an auxiliary source as a precaution against *non liquet*. The report also mentioned this issue and argued that the concept of *non liquet* should therefore be included in the work of the Commission. I also agree with the Special Rapporteur’s view on this point because, as I mentioned

previously, the general principles of law were often considered as a measure against *non liquet* both in the Committee of Jurists where the Statute had been prepared as well as in the doctrine after the Statute. In this respect, including this legal institution in the study would be proper.

In my opinion, the absence of the relationship among equity, equitable principles, and general principles of law can be counted as a shortcoming in terms of the reports prepared so far. This issue was also voiced in the Commission negotiations. One can argue that equity may be considered a much broader subject of study. As is known in the case of the North Sea Continental Shelf, however, the Court presented the equitable principles of delimitation as a proposal to the parties in its decision, and this issue caused confusion in the doctrine in terms of its relationship to equity. Taking into account the distinctions made regarding equity as *infra legem*, *praeter legem*, and *contra legem* may clarify, at least on the basis of principles, which of these are general principles of law and which are equity-based methods of solution that are only to be applied with the authorization of the parties to the case. In particular, I think the problem will clearly arise on the issue of equity *praeter legem*, due to the possibility of interpreting one of the other two groups in terms of general principles of law and the other in terms of *ex aequo et bono*. Therefore, such a study will also give an idea about the *ex aequo et bono* solution method.

Uluslararası Hukuk Komisyonunun “Hukukun Genel İlkeleri” Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme

Giriş

Uluslararası Hukuk Komisyonunun uluslararası hukukun kaynakları üzerine çeşitli çalışmaları olmuştur. Şüphesiz bunlardan en önemlisi 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’ne ve andlaşmalar hukukuna dair diğer uluslararası belgelere ortam hazırlayan çalışmalarıdır. Yine andlaşmalara çekinceler ve silahlı çatışmaların andlaşmalara etkisi gibi daha yeni çalışmalar da bulunmaktadır. Benzer şekilde yakın dönemde uluslararası teamül hukuku ve *jus cogens* de Komisyonun çalışma programına dahil edilmiştir. Kaynaklar çalışmalarına son olarak Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38/1-c maddesinde yer alan hukukun genel ilkeleri eklenmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesindeki çalışma grubu, 2017 yılında “hukukun genel ilkeleri”ni uzun dönemli çalışma programına dahil etmeyi önermiş¹ ve Marcelo Vázquez-Bermúdez tarafından bu konuda bir ön çalışma hazırlanmıştır.² Komisyon 2018 yılında “hukukun genel ilkeleri” üzerine çalışma kararı almış ve Marcelo Vázquez-Bermúdez özel raportör olarak atanmıştır.³ Özel Raportör tarafından hazırlanan ilk rapor 5 Nisan 2019’da Komisyona sunulmuştur.⁴ Komisyon bünyesinde, 23-30 Temmuz 2019 tarihleri arasında ilgili rapor ve taslak önerileri görüşülmüş ve önerideki maddeler Taslak Komitesine sunulmuştur.⁵ Ayrıca Sekreteryadan devletlerarası tahkim mahkemeleri, uluslararası ceza mahkemeleri ve evrensel nitelikli mahkemelerin konuyla ilgili olabilecek içtihatlarına dair bir bilgi notu (memorandum) talep edilmiştir.⁶ Uluslararası Hukuk Komisyonunun 72. Oturumunda, Özel Raportör tarafından sunulan 20 Nisan 2020 tarihli ikinci rapor⁷ ve Sekreteryaya tarafından

- 1 UNGA, Report of the International Law Commission on the Work Sixty-ninth Session (1 May-2 June and 3 July-4 August 2017) UN Doc A/72/10, 263, para 267.
- 2 Ibid 224-241 (Annex A). (Buradan itibaren: Preliminary Report)
- 3 ILC, Seventieth session (second part), ‘Provisional summary record of the 3433rd meeting’ (19 July 2018) Un Doc A/CN.4/SR.3433 [3]; UNGA, ‘Report of the International Law Commission on the Seventieth Session’ (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018) UN Doc A/73/10 [299]. 2017 ve 2018’deki Altıncı Komitede yapılan toplantılarda devletlerin temsilcilerinin hukukun genel ilkelerinin çalışma programına dahil edilmesi konusunda olumlu yaklaşıtları Özel Raportör tarafından Komisyonda dile getirilmiştir. Yalnızca bir devletin, bu başlığın yararlı bir sonuca ulaşabilmesine imkân verecek yeterli devlet uygulaması bulunmadığı gerekçesiyle çalışmaya şüpheli yaklaştığı ifade edilmiştir. Bkz ILC, Seventy-first session (second part), ‘Provisional summary record of the 3488th meeting’ (23 July 2019) Un Doc A/CN.4/SR.3488 [16]-[17].
- 4 ILC, Seventy-first Session, ‘First Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur’ (5 April 2019) UN Doc A/CN.4/732.
- 5 Bkz ILC, ‘Seventy-first session (second part), Provisional summary records of the 3488th-3494th meetings’ (23 July 2019) Un Doc A/CN.4/SR.3488-3494.
- 6 ILC, Seventy-first session (second part), ‘Provisional summary record of the 3507th meeting’ (9 August 2019) UN Doc A/CN.4/SR.3507 [14].
- 7 ILC, Seventy-second session, ‘Second Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur’ (9 April 2020) UN Doc A/CN.4/741.

hazırlanan 12 Mayıs 2020 tarihli memorandum⁸ değerlendirilmiştir.⁹ Görüşmeler sonucunda ortaya çıkan taslak önerileri Taslak Komitesine sunulmuş ve Komite tarafından uzlaşılan maddelere dair bir rapor sunulmuştur.¹⁰

Bu makale kapsamında Komisyonda yapılan çalışmalar ve Özel Raportör tarafından hazırlanan iki rapor birlikte ele alınacaktır. Bu raporlar hukukun genel ilkelerine ilişkin her anlamda geniş bilgi ve değerlendirmeler içermektedir. Özel Raportör, çalışmanın konusunu “uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkeleri” olarak açıklamaktadır.¹¹ Bu çalışmayla Komisyonun, devletler, uluslararası mahkemeler ve uluslararası örgütler tarafından kullanıldığı şekliyle hukukun genel ilkelerinin niteliğini, kapsamını ve belirlenme yöntemini netleştirebilmesi öngörülmüştür.¹² Yine daha detaylı olarak hukukun genel ilkelerinin diğer iki asli kaynaktan -yani andlaşmalar ve teamül kurallarından- ayrı, özerk bir kaynak olarak varlığına ve bu diğer iki kaynakla ilişkisine dair çıkarımlar yapılabilecektir.¹³

Yapılan ön çalışmada, “hukukun genel ilkeleri” konusunun, Komisyon tarafından belirlenen yeni konuların seçimine dair gereklilikleri karşıladığı zira uluslararası hukukun tedrici gelişimi ve kodifikasyonu ile ilgili olarak uluslararası toplumun ihtiyaçlarını yansıtmakta olduğu ifade edilmiştir. Uluslararası hukukun bu kaynağı yüzyıldır kullanılmakta ve güvenilmektedir ancak buna rağmen hukukun genel ilkelerinin niteliği, kapsamı, kökenleri, kriterleri ve belirlenme yöntemleri belirsizliğini korumaktadır.¹⁴

Kısaca ifade edilecek olursa, Özel Raportör tarafından hazırlanan ilk raporda Divan Statüsü esas alınarak hukukun genel ilkelerinin niteliği belirlenmeye çalışılmış¹⁵ ve sonraki aşamada da bu hukuk kaynağının kökenine dair tespitlere yer verilmiştir. Özel Raportöre göre hukukun genel ilkeleri iç hukuklardan türetilen ilkeler olabileceği gibi, uluslararası hukuk sistemi içerisinde ortaya çıkan ilkeler de olabilir.¹⁶ Komisyona sunulan ikinci raporda ise, iç hukuklardan türetilen veya uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin belirlenmesine dair hususlar ele alınmıştır.¹⁷

8 ILC, Seventy-second session, ‘General principles of law, Memorandum by the Secretariat’ (12 May 2020) UN Doc A/CN.4/742.

9 ILC, Seventy-second session (second part), ‘Provisional summary records of the 3536th-3547th meetings’ UN Doc A/CN.4/SR.3536-3547.

10 ILC, Seventy-second session, ‘General principles of law, Provisionally adopted draft conclusions’ (28 July 2021) Un Doc A/CN.4/L.955; Addendum (29 July 2021) Un Doc A/CN.4/L.955/Add.1.

11 First Report (n 4) 5, para 10.

12 Preliminary Report (n 2) 231, para 19.

13 Ibid 232, para 20.

14 Ibid 234, para 33.

15 First Report (n 4) 5-6, para 14-20.

16 Ibid 6-7, para 21-23.

17 Second Report (n 7) 3, para 5-8.

Özel Raportör, hukukun genel ilkelerine atfedilen ikame kaynak niteliğini de değerlendirmeye değer bulmaktadır ve bu kaynağın eklenmesinde temel amaç olarak *non liquet* riskinin engellenmesini gören düşünceye dikkat çekmektedir. Bu bakımdan bir öneri olarak uluslararası hukuktaki potansiyel bir boşluk ihtimalinin değerlendirilmesi, varsa bu durumun tanımlanması, *non liquet*¹⁸ ile tam olarak neyin kastedildiği ve uluslararası hukukta *non liquet*in yasaklanması gibi bir durumun söz konusu olup olmadığı gibi hususların Komisyon tarafından aydınlatılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁹

Hukukun genel ilkeleri, diğer iki asli kaynağa -yani uluslararası andlaşma ve uluslararası teamül- kıyasla doktrinde daha yoğun teorik tartışmalara konu olmuştur. Doktrindeki bu farklı yaklaşımlarla, bu üçüncü kaynağın varlığına, niteliğine, fonksiyonuna, diğer iki kaynak ile arasındaki ilişkiye, yardımcı kaynaklarla ve *ex aequo et bono* ile arasındaki ilişkiye, hukukun genel ilkelerinin Statü dışında bağlayıcılığına dair farklı görüşler ortaya konulmuştur.

Giriş mahiyetinde ifade edilecek olursa şimdiye kadar hazırlanan iki raporda Özel Raportör’ün, yukarıda bahsi geçen teorik tartışmaları neredeyse bütünüyle geri planda bırakarak, hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun bir kaynağı olduğuna dair *a priori* bir kabul ile raporlarını sunduğu görülmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Özel Raportör, iddiasını ispatlamakla uğraşmaksızın, hemen başlangıçta çalışmanın konusunu “uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkeleri” olarak nitelendirmiştir.²⁰

Çalışma boyunca yapılacak değerlendirmelere kaynaklık etmek üzere, hukukun genel ilkelerine dair farklı yaklaşımlardan kısaca bahsedilmesi yerinde olacaktır.²¹ Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü’ne üçüncü bir kaynak olarak hukukun genel ilkelerinin eklenmesiyle birlikte doktrinde çeşitli görüş farklılıkları ortaya çıkmıştır. Birtakım pozitivist/düalist görüşteki yazarlar, bu üçüncü kaynağın uluslararası hukuk alanında var olamayacağını zira uluslararası hukukta hukuk yaratma yetkisinin sadece devletlere ait olduğunu ve bunun da andlaşma veya teamül yoluyla olabileceğini iddia etmişlerdir ve iç hukuklardan kıyas yoluyla yapılan kural aktarımına karşı çıkmışlardır. Yargıçlar ise sadece Statü hükmü kapsamında ve davaya özel olarak

18 Önündeki dava bakımından uygulanacak bir kuralın yokluğu nedeniyle mahkemenin dava hakkında karar vermekten kaçınması anlamında kullanılan Latince ifade. Bkz Aaron X. Fellmeth ve Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law* (Oxford 2009) 198.

19 First Report (n 4) 7, para 25. Vázquez-Bermúdez’in ilk raporu hakkında Komisyonla yapılan görüşmeler esnasında üyelerden birinin (Tladi – Güney Afrika) *non liquet*in anlamına veya uluslararası hukukta yasaklanmış olup olmadığına dair tartışma yerinin bu başlık olmadığı kanaatini ifade ettiği görülmektedir. Tladi’ye göre bu sorun mevcut projenin kapsamını aşmaktadır. Bkz A/CN.4/SR.3489 (n 5) 4.

20 Przemyslaw Saganek, ‘The Sources of General International Law in the Recent Works of the International Law Commission’ (2019) 39 Polish Yearbook of International Law 45-46.

21 Hukukun genel ilkelerine ilişkin doktrindeki yaklaşımlar çok daha geniş çalışmaların ürünüdür ve bu çalışmada tüm ayrıntılarına değinilmesi mümkün değildir. Bu hususta daha geniş incelemeler için bkz Robert Kolb, *La Bonne Foi en Droit International Public: Contribution à l’Étude des Principes Généraux de Droit* (Graduate Institute Publications 2000) 3-79; Fabian O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 36-72; Mehmet Emin Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (On İki Levha 2018) 31-160.

norm belirleyebilirler.²² 20. yüzyılın ilk yarısında ünlü hukukçular tarafından savunulan monist görüşteki bazı yazarlar bakımından ise hukukun genel ilkelerinin ile teamülün ortaya çıkışı arasında bir fark bulunmamaktadır zira hukuk sistemi bir bütündür. Dolayısıyla burada ayrı bir kaynaktan söz edilemez.²³ Birtakım yazarlar, farklı hukuk sistemleri arasında ortak ilkelerin bulunabileceği düşüncesini *a priori* reddederek bu hukuk kaynağının varlığına karşı çıkarlar.²⁴ Bazı yazarlar hukukun genel ilkelerini yardımcı kaynaklar arasına dahil etmiştir²⁵; bazıları ise *ex aequo et bono* uyumsuzluk çözümü ile ilişkilendirmiştir.²⁶ Doğal hukuka daha yakın olan yazarlar bakımından ise hukukun genel ilkeleri, geçmiş tecrübeler de göz önüne alındığında uluslararası hukukun ayrı bir kaynağıdır ve bu yazarlar Statü'de yer alan düzenlemeyi memnuniyetle karşılamışlardır.²⁷ Bu yazarlar arasında ise, bu ilkelerin kökeni üzerinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir grup yazar bunları münhasıran iç hukuklardan alınan ilkeler olarak kabul ederken²⁸, diğer bir grup yazar ise türetilen kaynaktan bağımsız olarak genel hukuk ilkelerinin var olabileceğini savunmaktadır.²⁹

Hukukun genel ilkelerinin incelenmesinde izlenebilecek çeşitli yöntemler vardır. Ancak genelleme yapılacak olursa, bu incelemelere kaynaklık edebilecek materyallerin üçlü bir ayrıma tabi tutulması mümkündür. Buna göre, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nün kabulü süreci, doktrindeki farklı yaklaşımlar ve Statü'nün kabulünün öncesinde ve sonrasındaki uygulamalar bu üçüncü kaynağı anlamak açısından ciddi bir birikim sunacaktır.

- 22 Bkz Dionisio Anzilotti, *Cours de Droit International (Premier Volume)*, (Traduction française d'après la 3e édition italienne par Gilbert Gidel), (Librairie du Recueil Sirey 1929) 116-118; Karl Strupp, 'Droit de la Paix' (1934) 47 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934) 334-337; Elfried Hârle, 'Les Principes Généraux de Droit et le Droit des Gens' (1935) 16(4) *Revue de Droit International et de Législation Comparée* 664-687; Géza Herczegh, 'The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations' (1964) 6 *Acta Juridica* 22-28.
- 23 Bkz Georges Scelle, 'Essai sur les Sources Formelles du Droit International' in *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Geny, Tome III - Les Sources des Diverses Branches du Droit* (Librairie du Recueil Sirey 1935) 424; Hans Kelsen, *Principles of International Law* (3rd Ed, Rinehart & Company Inc 1959) 393-394; Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public - Tome I* (Librairie de l'Université, Georg & Cie. 1953) 151; Benedetto Conforti, 'Cours Général de Droit International Public' (1988) 212 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1991) 77; Grigory I. Tunkin, 'International Law in the International System' (1975) 147 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1975 (Sijthoff&Noordhoff 1978) 102.
- 24 Bkz Lazare Kopelmanas, 'Quelques Réflexions au Sujet de l'Article 38(3) du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale' (1936) 43 *Revue Générale de Droit International Public* 294-295.
- 25 Bkz Julien Makowski, 'L'Organisation Actuelle de l'Arbitrage International' (1931) 36 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie Hachette 1931) 302; Ömer İlhan Akipek, *Devletler Hukuku - Birinci Kitap: Başlangıç* (2. Baskı, Başnur Matbaası 1965) 68-69.
- 26 Bkz Kopelmanas (n 24) 303-308.
- 27 Bkz Hersch Lauterpacht, 'Droit de la Paix' (1937) 62 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, (Librairie du Recueil Sirey 1938) 163; Alfred Verdross, 'Droit International de la Paix' (1929) 30 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie Hachette 1931) 302; Louis le Fur, 'La Théorie du Droit Naturel Depuis le XVIIe Siècle et la Doctrine Moderne' (1927) 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie Hachette 1928) 202-204.
- 28 Bkz Charles De Visscher, 'Contribution à l'étude des Sources du Droit International' (1933) 14 *Revue de Droit International et de Législation Comparée* 405-406; James Leslie Brierly, *The Law of Nations - An Introduction to the International Law of Peace* (5th Ed, Oxford University Press 1955) 63-64; Michel Virally, 'The Sources of International Law' in Max Sorensen (Ed.), *Manual of Public International Law* (Palgrave MacMillan 1968) 143-148.
- 29 Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge 2006) 390; Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public, Tome I: Introduction - Sources* (Éditions A. Pedone 1944) 901-924; Karl Zemanek, 'General Course on Public International Law' (1997) 266 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1998) 135-136; Separate Opinion of Judge Cañçado Trindade, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* (Judgment) [2010] ICJ Rep 143-145.

Uluslararası Hukuk Komisyonuna sunulan raporlarda, hem Statü'nün kabulü sürecinin hem de uygulamanın ciddi ve titiz bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Bunun yanında doktrinde önemli sayılan eserlerin neredeyse bütününe de çalışmada değinildiği görülmektedir. Ancak buradaki sorun, yukarıda da ifade edildiği üzere, hukukun genel ilkelerinin münhasır bir kaynak olarak niteliğine dair tartışmaların göz ardı edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Raporlarda göze çarpan bu çekingenliğin Komisyon görüşmelerinde de var olduğunu ayrıca ifade etmek gerekir. Komisyon üyelerinin de raporlara dair görüşlerini açıklarken bu doktrin tartışmalarına pek değinmeden açıklamalar yaptıkları, hatta doktrin tartışmalarına girmek istemediklerini özel olarak ifade ettikleri görülmektedir.

Bir hukuk sisteminin ve özellikle de kamu hukukunun teoriden ayrıştırılarak düşünülmesi mümkün değildir. Özelde hukukun genel ilkeleri konusu için de durum böyledir. Statü'nün kabulünden sonra, aradan geçen yüz yılda hukukun genel ilkeleri üzerindeki kafa karışıklığının bütünüyle ortadan kalktığını söylemek zordur. Daha yakın tarihli eserlerde bile hukukun genel ilkelerinin ayrı bir asli kaynak olarak niteliğine karşı çıkan veya diğer iki kaynak içerisinde yer veren görüşlere rastlamak mümkündür.³⁰ Dolayısıyla uluslararası hukukun kodifikasyonu görevini üstlenen ve farklı hukuk sistemlerinden gelen uluslararası hukukçulardan müteşekkil Uluslararası Hukuk Komisyonunun hazırlayacağı ilkeler çalışmasının, en azından var olan sorunların çoğunluğunu göz önünde bulundurması daha doğru olacaktır.

Özel Raportör tarafından hazırlanan ayrıntılı raporlarda izlenen yöntemin özellikle hukukun genel ilkelerinin münhasır kaynak olarak varlığını savunan yazarlar tarafından da kullanıldığını söylemek yanlış olmaz. Esasında hukukun genel ilkelerinin anlaşılması için, yukarıda da değinildiği üzere, kullanılması gereken kaynakların çoğunluğuna raporda yer verilmiştir. Ancak anlaşıldığı kadarıyla doktrin, Özel Raportör tarafından esas alınan temel kaynaklar arasında görülmemiş ve daha ziyade devlet uygulamaları ve içtihat göz önünde bulundurulmuştur.

Dolayısıyla bu çalışmada, raporlarda izlenen genel plan çerçevesinde Özel Raportör tarafından yapılan açıklamalara özet mahiyetinde değinilecek ve gerektiği yerlerde

30 Bkz Conforti (n 23) 77; Prosper Weil, 'Le Droit International En Quête de Son Identité, Cours Général de Droit International Public' (1992) 237 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1996) 148-151; Hanna Bokor-Szegö, 'General Principles of Law' in Mohammed Bedjaoui (ed), *International Law: Achievements and Prospects* (UNESCO 1991) 217. Bununla birlikte, 21. yüzyılda yazılan eserlerde bu türden teorik karşı duruşların terk edildiği; bunun yerine mevcut Statü düzenlemesi ışığında genel ilkelerin ne şekilde uygulandığı ve belirlenme yöntemlerinin anlaşılmasına çalışıldığı eserlerin ortaya konulduğuna dair kanaatimi ifade etmeliyim. Bu hususta örneğin bkz Raimondo (n 21); Beatrice I. Bonafé and Paolo Palchetti, 'Relying on General Principles in International Law' in Catherine Brölmann and Yannick Radi (eds) *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Edward Elgar 2016) 160-176. Jean d'Aspremont, 'What Was Not Meant to Be: General Principles of Law As a Source of International Law' in R. Pisillo Mazzeschi and P. De Sena (eds) *Global Justice, Human Rights, and the Modernization of International Law* (Brill 2018) 185-204; Marija Dordeska, 'General principles of law recognized by civilized nations: method, inductive-empirical analysis and (more) 'scientific' results' in Rossana Deplano (Ed) *Pluralising International Legal Scholarship* (Edward Elgar 2019) 18-44; Imogen Saunders, General Principles as a Source of International Law Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice (Hart 2021).

bunlarla ilgili olarak doktrinde ortaya çıkan tartışmalar değerlendirilecektir. Marcelo Vázquez-Bermúdez tarafından hazırlanan raporlar ciddi bir çalışmanın ürünüdür ve Türkçe uluslararası hukuk literatürüne, hukukun genel ilkelerine dair derli toplu bilgi kazandırılması için bunların geniş ele alınması elzem görülmüştür. Diğer yandan ilgili yerlerde raporda ayrıntısına yer verilmeyen konular metin dahilinde veya dipnotlarda açıklanacak veya eleştirilene yer verilecektir.

I. Hukukun Genel İlkelerinin Komisyonun Önceki Çalışmalarındaki Görünümleri

Vázquez-Bermúdez, hukukun genel ilkelerine ilişkin konuların incelenmesinden önce, Komisyonun eski çalışmalarında bu konunun incelenmesinde altyapı oluşturabilecek referansları raporuna taşımıştır. Özel Raportör'ün izlediği bu yöntemin yararlı olduğu kanaatindeyim zira hukukun genel ilkelerinin Komisyon çalışmalarını etkilediği çok sayıda alan bulunmaktadır. Bilindiği üzere, 19. yüzyılda teoriye hâkim olan pozitivist/düalist görüş, iç hukuklardan yapılan analogilere karşı çıkmaktaydı.³¹ 20. yüzyılın başlarından itibaren doğal hukuk görüşünün yeniden yükseldiği dönemde, özellikle de Lauterpacht tarafından yazılan *Private Law Analogies in International Law* başlıklı tez³², uluslararası hukukun kurucularından başlamak üzere iç hukuk analogilerine yer verdiği iddiasına dayanıyordu ve bu eser, uluslararası hukuk teorisini ciddi bir şekilde etkiledi. Hatta Lauterpacht, hukukun genel ilkelerinin Statü'ye eklenmesinin pozitivist teorinin yenilgisini tescillediğini düşünmekteydi.³³ Pozitivist/düalist görüşün karşısında yer alan bu modern doğal hukukçu anlayış, uluslararası hukukun geçmiş tecrübelerine bakılmak suretiyle mevcut hukuk kaynaklarının yorumlanmasını önermektedir.³⁴ Esasında hem bu başlık altında hem de raporların genelinde Özel Raportör'ün izlediği yöntem, bu görüşteki yazarların yöntemlerine yakınlaşmaktadır ancak bunlardan farklı olarak raporlarda teorik tartışmalara yer verilmemiştir.

Özel Raportör tarafından verilen örneklerden bahsedilecek olursa, örneğin “Nürnberg İlkeleri” çalışmasında Komisyon, ceza hukukuna ilişkin birtakım “uluslararası hukuk ilkeleri” belirlemiştir. Komisyonda sanığın meşru müdafaa hakkının hukuki niteliği üzerine yapılan tartışmalar esnasında, üyelerden biri (Scelle) meşru müdafaaanın hem Nürnberg Şartı'nda ve yargılamalarda tanınan uluslararası hukukun bir genel ilkesi olduğunu hem de Divan Statüsü'nün 38/1-c hükmünde işaret edilen medeni milletlerce tanınmış bir hukukun genel ilkesi olduğunu ifade etmiştir.³⁵ Diğer bir üye (Spiropoulos), Statü'de bahsedilen ilkelerin iç hukuk ilkeleri olduğunu öne sürmüştür.

31 Kolb (n 21) para 70-74.

32 LSE bünyesinde 1925 yılında sunulmuştur. Sonrasında yayımlandığı haliyle: Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)* (Longmans, Green and Co. Ltd. 1927).

33 Ibid 67-68.

34 Bkz Ibid 61-63; Alfred Verdross, ‘Les Principes Généraux du Droit Applicables aux Rapports Internationaux’ (1938) 45 *Revue Générale de Droit International Public* 44.

35 United Nations, Yearbook of International Law Commission (1949) ‘Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly’ UN Doc A/CN.4/SER.A/1949, 205, para 75.

ve bu sebepten üzerine konuşulan ilkenin uluslararası hukuktaki varlığına itiraz etmiştir.³⁶ Bu görüşe karşı (Scelle tarafından), Statü hükmünde ilkelerin münhasıran iç hukuklardan alınacak ilkeler olduğuna dair bir hüküm bulunmadığı ve burada hem uluslararası hukuk hem de iç hukuk ilkelerinin kastedildiği şeklinde itiraz edilmiştir.³⁷

Raporda, Scelle’in devamındaki uluslararası hukuk ilkelerinin teamül kaynaklı olduğuna dair üstteki görüşleriyle çelişebilecek ifadelerine dipnotta ayrıca yer vermiştir. Bu noktada, bir açıklama mahiyetinde Georges Scelle’in uluslararası hukuk ve iç hukuku monist bir sistem dahilinde kurguladığını hatırlatmak gerekir. Monist bir bakış açısından hukuk sistemi bir bütündür ve devletlerin iç hukuklardaki faaliyetleri de teamülün ve dolayısıyla uluslararası hukuk ilkelerinin kökenini oluşturur. Yazarın bakış açısından teamül ve genel hukuk ilkelerinin ortaya çıkışı arasında bir fark zaten bulunmamaktadır.³⁸ Fransız hukukçunun Komisyonadaki görüşlerini bu şekilde değerlendirmek anlaşılması bakımından isabetli olacaktır. Bu noktada da yine Giriş’te bahsedildiği üzere doktrin uyumsuzluklarına raporlarda değinilmediğine işaret etmek gerekir.

Raporda yer alan diğer bir önemli örnek, andlaşmalar hukukuna ilişkin çalışmalarda hukukun genel ilkelerine yapılan atıflardır. Raporda, ilgili çalışmada özel raportör olarak görev yapan Hersch Lauterpacht tarafından yapılan, “*Andlaşmaların geçerlilik koşulları*”³⁹, *bunların uygulanması, yorumlanması*⁴⁰ ve *sona ermesi*⁴¹, *uluslararası teamül kurallarına, ve uygun durumlarda, medeni milletler tarafından tanınan*

36 Yearbook of ILC 1949 (n 35) 206, para 80.

37 Ibid 206, para 81; First Report (n 4) 11-12, para 46-47.

38 Georges Scelle, ‘Droit de la Paix’ (1933) 46 *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934) 435-437.

39 Andlaşmalar hukukunda hukukun genel ilkelerinin en çok etkili olduğu alanların başında hata, hile gibi geçersizlik koşulları gelmektedir. Örneğin Tayland ve Kamboçya arasındaki 1961 tarihli Preah Vihear Davası’nda Tayland hem yargı yetkisine ilişkin ön itirazlarında hem de esasa ilişkin konularda hata savunmasına başvurduğu görülmektedir. Divanın bu davalardaki değerlendirmelerinin andlaşmalar hukukuna ilişkin Komisyon çalışmalarına da etkisi büyük olmuştur. Bkz *Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand)* (Preliminary Objections) [1961] 17-38; (Merits) [1962] ICJ Rep 6-38. Ayrıca bkz Büyük (n 21) 186-187.

40 Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Jaworzina Davası’nda *ejus est interpretare legem cujus condere* (kuralı ortaya koyan, onu yorumlamaya da yetkilidir) ilkesini, olay bakımından uygulanabilir bulunmamış olsa da, vurgulamıştır. Bkz *Question of Jaworzina (Polish-Czechoslovakian Frontier)* (Advisory Opinion) [1923] PCIJ Rep Series B No 8 [37]. Yine Daimi Divanın Türk-Yunan ahalinin mübadelesine ilişkin verdiği iki danışma görüşünde de önüne gelen andlaşma maddeleri ve ifadelerini yorumlarken lafzi yorum yanında, amaçsal yorum ilkesine de başvurmuştur. Bu bakımdan, örneğin mübadeleye ilişkin sözleşmenin 2. maddesini yorumladığı 1925 tarihli Danışma Görüşü’nde, hem “*établis*” kelimesinin Fransızca terminolojisine eğilmiş ve bu açıdan kelimeyi irdelemiş hem de tarafların Andlaşma’yı yapma amaçlarını da yorumunda göz önünde bulundurmıştır. Bkz *Exchange of Greek and Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Art. 2)* (Advisory Opinion) [1925] PCIJ Rep Series B No 10. Daha ayrıntılı bilgi için bkz Büyük (n 21) 181-185; ayrıca bkz Ümit Barış Bayındır, *Milletlerarası Andlaşmaların Evrimsel Yorumlanması* (On İki Levha 2021) 9-26.

41 Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Yukarı Savoy ve Gex Bölgesindeki Serbest Bölgeler Davası’nda, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin olayda uygulanabilirliğini değerlendirmiştir. Bkz *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Switzerland v France)* [1932] PCIJ Rep Series A/B No 46 [156]-[158]. Uluslararası Adalet Divanı ise, Gabcikovo-Nagyvaros Davası’nda şartlarda esaslı değişikliğin kriterlerini dava bakımından değerlendirmiştir. Yine aynı davada -ve Daimi Divan tarafından Chorow Fabrikası Davası’nda- andlaşmalar hukukunda kötü niyetin önüne geçilmesi ve haksızlık yapan devletin çıkar sağlamaması bağlamında *nullus commodum capere de sua iniuria propria* (kimse kendi haksızlığından fayda sağlayamaz) ilkesine değinilmiştir. Bkz *The Gabcikovo-Nagyvaros Case (Hungary v Slovakia)* (Judgment) [1997] ICJ Rep 65; 67. Aynı ilke dolaylı olarak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 61 ve 62. maddelerinde de yer almıştır. Bkz Selami Kuran, Derya Aydın Okur, Reşat Volkan Günel ve Meltem Sarıbeyoğlu, *Uluslararası Hukuk Temel Metinler* (3. Baskı, Beta 2014) 100-101. Daha ayrıntılı bilgi için bkz Büyük (n 21) 188-191.

hukukun genel ilkelerine tabidir.” şeklindeki madde önerisi hatırlatılmıştır.⁴² Aynı çalışma kapsamında, konusu hukuk dışı olan andlaşmaların geçersizliği, *fraus omnia corrumpit*⁴³, rızayı sakatlayan unsur olarak hata⁴⁴, ve *pacta tertiis*⁴⁵ kuralının istisnaları gibi konularla ilişkili olarak hukukun genel ilkelerine değinilmiştir.⁴⁶

Sorumluluk hukuku üzerine çalışmalarda hukukun genel ilkelerine çok sayıda referans verilmiştir.⁴⁷ Örneğin devletin haksız fiillerinden sorumluluğuna ilişkin hazırlanan taslak metnin 3. maddesiyle⁴⁸ bağlantılı olarak Komisyon bir devletin bir eyleminin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinin, aynı eylemin iç hukuk tarafından hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmediği “ilkelerini” belirlemiştir.⁴⁹ Benzer şekilde *force majeure* ile ilgili olarak Komisyon tarafından “*genel hukuk ilkesi olarak nitelendirilebileceği*” ifade edilmiştir.⁵⁰

Andlaşmalar hukuku ve sorumluluk hukuku üzerine Komisyon çalışmalarına mevcut raporlarda yapılan vurgunun önemini ayrıca vurgulamak gerekir. Bu iki alanda yapılan çalışmalarda *özel hukuk analogilerine* sıkça başvurulmuştur. Kaldı ki, aşağıda da yer verileceği üzere, her iki Divanın da Komisyon çalışmalarından önce -bu çalışmaları da etkileyecek biçimde- iç hukuk ilkelerini uluslararası hukuka aktardığı görülmektedir.

Hukukun genel ilkeleri ve *jus cogens* arasındaki ilişki, *jus cogens* üzerine yapılan Komisyon çalışmasında Özel Raportör tarafından gündeme getirilmiştir. Raportörün burada dikkat çektiği konu, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 53. maddesinde geçen “uluslararası genel hukuk”⁵¹ ifadesinin hukukun genel ilkelerini kapsayıp kapsamadığı ve yine hukukun genel ilkelerinin *jus cogens* normlara temel

42 United Nations, Yearbook of International Law Commission (1952) Vol II, ‘Documents of the fourth session including the report of the Commission to the General Assembly’ UN Doc A/CN.4/SER.A/1952/Add.I, 105-106.

43 “Hile her şeyi bozar.” olarak çevrilebilecek Latince deyim. Bkz Fellmeth/Horwitz (n 18) 113.

44 Bkz yukarı dipnot 39.

45 *Pacta tertiis (nec nocent nec prosunt)* olarak ifade edildiğinde “andlaşmalar üçüncü tarafa (ne zarar ne de yarar getirir)” olarak bilinen genel hukuk ilkesi. Bkz Fellmeth/Horwitz (n 18) 212.

46 First Report (n 4) 13, para 51.

47 First Report (n 4) 14-15, para 57-59.

48 “Devletin bir fiilinin, uluslararası nitelikte bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi, uluslararası hukuktan ileri gelir. Böyle bir nitelendirme, aynı fiilin iç hukukta, hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmez.” Bkz Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha 2010) 308.

49 United Nations, Yearbook of International Law Commission (2001) Vol II(2) ‘Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session’ UN Doc A/CN.4/SER.A/2001/Add.I (Part 2), 36. Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından bu ilkeye Wimbledon Davası’nda Almanya’nın tarafsızlığa ilişkin yaptığı iç hukuk düzenlemelerinin, uluslararası andlaşmalardan (olayda Versay Andlaşmasının 380. maddesi) doğan yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı bağlamında değinilmiştir. Bkz SS “Wimbledon” [1923] PCIJ Rep Series A No 1 [18]-[20]. Yine Danzig’deki Polonya Uyruklular Danışma Görüşü’nde de söz konusu ilke uygulama alanı bulmuştur. *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (Advisory Opinion) [1932] PCIJ Rep Series A/B No 44 [24]. Bkz Büyük (n 21) 206-208.

50 ILC Yearbook 2001 (n 40) 78.

51 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 53: “Bir antlaşma, yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışırsa batıldır. Bu sözleşme amaçları bakımından, milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.” Bkz Kuran ve diğerleri (n 41) 99.

teşkil edip edemeyeceği üzerinedir.⁵² Raportör, uluslararası teamül hukuku kuralları gibi hukukun genel ilkelerinin de genel olarak uygulanabilir kurallar olduğunu ancak bir genel hukuk ilkesinin bir *jus cogens* normuna temel teşkil edebileceği konusunda uygulamada ciddi bir birikimin olmadığını ifade etmiştir.⁵³ Konuya dair analizlerinin ardından Özel Raportör “uluslararası genel hukuk” ifadesinin hukukun genel ilkelerini de kapsadığı ve bunların bir *jus cogens* normuna kaynaklık edebileceği kanaatine varmış ve buna uygun olarak belirlediği geçici taslak madde, birtakım değişikliklerle, Taslak Komitesi tarafından kabul edilmiştir.⁵⁴ Buna göre, “*Antlaşma hükümleri ve hukukun genel ilkeleri de, genel uluslararası hukukun emredici hükümleri (jus cogens) için temel teşkil edebilir.*”⁵⁵

II. Hukukun Genel İlkelerinin Gelişimi

Özel Raportör tarafından Komisyona sunulan raporda, hukukun genel ilkelerinin niteliğinin belirlenmesine katkı sağlamaya yönelik olarak, hem Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü’nün yazılmasından önce ve hem de Statü’nün yazılması sırasında ve sonrasında bu üçüncü kaynağın uygulamadaki görünümüne dair bilgiler verilmiştir.

A. Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü Öncesi Hukukun Genel İlkeleri

Vázquez-Bermúdez, doktrinde de sıklıkla yapıldığı üzere Daimi Divan Statüsü öncesi tahkim uygulamalarına özel olarak yer vermiştir. Raporda da ifade edildiği üzere, birtakım yazarlar bu durumu, henüz o dönemde uluslararası hukukun yeterince gelişmemiş olmasına bağlamaktadırlar. Uluslararası hukuk yeterince gelişmemiştir ancak uyuşmazlıkların her durumda çözümlenmesi gerekmektedir. Andlaşma ve teamül kurallarının yetersiz kaldığı durumlarda yargı mercileri, kendilerine verilen yetkiler dahilinde hukukun genel ilkelerini uygulamak suretiyle önlerindeki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuşlardır.⁵⁶

Doktrin bakımından tahkim uygulamalarının dikkate alınması konusu değerlendirilecek olursa, örneğin Başkan Descamps tarafından Hukukçular Komitesinde de bu görüşün ifade edildiği görülmektedir. Ünlü hukukçuya göre, uluslararası mahkemelerin, teamül ve andlaşmada ilgili hüküm bulunmaması nedeniyle davayı sonuçsuz bırakmaması ve bunların dışında birtakım kuralları –genel hukuk ilkelerini- uygulamaları, devam edegelen bir uygulama teşkil eder.⁵⁷ Buradan hareketle

52 First Report (n 4) 19, para 73.

53 ILC, Sixty-ninth session, ‘Second report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur’ (16 March 2017) UN Doc A/CN.4/706, 24, para 48.

54 First Report (n 4) 20, para 74.

55 ILC, Sixty-ninth session, ‘Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*)’, Statement of the Chairman of the Drafting Committee’ (26 July 2017) 11.

56 Ibid 20, para 77.

57 League of Nations, Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee: June 16th-July 24th 1920 (Van Langenhuyzen 1920) 316.

özellikle doğal hukuka yakın Lauterpacht⁵⁸, Verdross⁵⁹, Le Fur⁶⁰ gibi yazarlara göre, Komitenin hukukun genel ilkelerini Statü'ye eklemesi, uygulamanın kodifiye edilmesinden başka bir şey değildir. Karşıt bir görüş olarak Strupp⁶¹ ve Kopelmanas⁶² gibi bazı pozitivist yazarların ise, uluslararası hukukun yaratılmasında tek yetkili sùjelerin devletler olması nedeniyle bu tahkim uygulamalarının emsal olmayacağını ifade ettikleri gör÷lmektedir. Bahsi geçen yazarlara göre, özetle, tahkimname ile açık bir yetkilendirme olmadığı durumlarda, hukukun genel ilkelerini uygulayan hakimler yetkilerini aştıkları gibi, bu tahkim uygulamaları sadece *inter partes* bir yargılama teşkil eder ve sadece tarafları bağlar; dolayısıyla da genel uluslararası hukuku yansıtan uygulamalar değildir.

Bilindiği üzere, modern tahkim tarihi 1794 Jay Andlaşması ve bu sözleşme kapsamında kurulan komisyonlara kadar götür÷lmektedir. Ancak ek bilgi olarak, bu dönemden önceki tahkim benzeri faaliyetlerde de uygulanacak hukuka esas olarak da Taube, o dönemin mevcut uluslararası hukuk sisteminin temeli olan, *jus gentium* ve bu anlamda o dönemin yapısı içinde düzenlenmiş olan uluslararası sözleşme ve teamül kurallarını, uyumsuzluk tarafı devletlerin kanun ve teamüllerini ve tüm medeni Avrupa'nın müşterek hukukunu saymaktadır. Yazar bunlara ek olarak, adalet ve hakkaniyet (*justitia; aequitas*)'i de ekler.⁶³ Alfred Verdross da, bir doğal hukukçu olarak, bu durumu, her dönem için var olan pozitif hukuk kuralları dışında birtakım objektif hukuk normlarına da ihtiyaç duyulduğu şeklinde yorumlamaktadır.⁶⁴

Özellikle on dokuzuncu yüzyıl tahkim sözleşmelerinde “devletler hukuku”, “uluslararası hukuk ilkeleri”, “adalet” ve “hakkaniyet” gibi kavramlara sıklıkla yer

58 Lauterpacht, bu önceki uygulamalara dikkat çekerek Statü'nün 38/3 hükmünün, tamamen deklaratif nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Ona göre devletler, modern tahkimin başlangıcından beri teamül ve andlaşmanın yetersizliğinin farkında olmuş ve farklı isimlerle de olsa bu iki normun dışında ek kaynakların kullanımı konusunda mahkemeler yetkilendirilmiştir. Lauterpacht, ‘Droit de la Paix’ (n 27) 163.

59 Verdross, dogmatik olarak nitelendirdiği pozitivist doktrinin karşısında realist bir metot olarak uluslararası hukuk pratiğine bakmayı önermektedir. Bu şekilde bakıldığında sadece iki kaynağın varlığını savunan pozitivist doktrinin aksine üçüncü bir grup hukuk kuralının uygulandığı çok sayıda örnek ortaya çıkmaktadır. Verdross'a göre mahkemeler hiçbir zaman pozitivist doktrini kabul etmemişlerdir. Verdross, ‘Droit International de la Paix’ (n 27) 301-302

60 Le Fur, madde 38/3 düzenlemesinin, daha önceki uygulamalar dikkate alındığında Divana yeni bir yetki vermediği kanısında olduğunu ifade etmiştir. Louis le Fur ‘Droit International de la Paix’ (1935) 54 Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (Librairie du Recueil Sirey 1936) 199-204.

61 Strupp, genel hukuk ilkelerinin müstakil bir hukuk kaynağı niteliğine kanıt olarak, tahkim mahkemelerinin kararlarının gösterilmesinin yeterli olmadığını düşünmektedir. Çünkü bu yargı organları, kararları verirken, çoğu zaman, uluslararası hukuku göz ardı etmişlerdir ve –üstelik de ciddi şekilde eleştirilebilecek bir şekilde- belli bir Devletin özel hukukuna veya –ne kadar önemli olursa olsun- Roma hukukuna referans vermişlerdir –ki bunlar uluslararası kamu hukukunu oluşturmazlar. Dahası, unutulmamalıdır ki, Divan Statüsü'nün de 38/4 hükmünde doğru bir şekilde anlaşıldığı gibi, bu tahkim kararları, somut bir davaya ilişkin yargılama bakımından, basit birer yansıma, birer ölçüden başkası olamazlar. Strupp (n 22) 335-336.

62 Kopelmanas'a göre, tahkim yargılamaları, uluslararası hukukta, yargıca, iç hukuklardan alınan genel ilkelere başvurma yetkisi veren bir kuralın varlığına kanıt olamazlar. Sadece, bazı davalarda, uyumsuzluk tarafı Devletlerin, tahkim mercine, tahkim sözleşmesi veya kararı kabul etmek suretiyle, iç hukuklarla analogi yapma izni vermiş olduğu anlaşılabilir. Bkz Kopelmanas (n 24) 290.

63 Le Baron Michel de Taube, ‘Les Origines de l'Arbitrage international: Antiquité et Moyen Age’ (1932) 42 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (Librairie du Recueil Sirey 1933) 91-92.

64 Verdross (n 34) 207.

verilmiştir.⁶⁵ Raporda, Lahey Barış Konferansları kapsamında, 1899 II Nolu Kara Savaşının Yasa ve Teamüllerine Dair Sözleşme’nin girişine eklenen Martens Kaydı’na⁶⁶ ve 1907 tarihli Uluslararası Ganaim Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Sözleşme’nin, mahkemenin uygulayacağı kuralları düzenleyen 7. maddesine⁶⁷ özel olarak vurgu yapılmıştır. Martens Kaydı’nda “*medenî milletler arasındaki muamelelerle, insancıl hukuk kurallarıyla ve kamu vicdanının gerekleriyle oluşmuş milletlerarası hukuk ilkelerinin korunması*” ifadeleri yer almaktadır.⁶⁸ Bahsi geçen ikinci sözleşme ise konu bakımından daha ilgi çekicidir zira burada uygulanacak kurallara ilişkin öngörülen düzenleme, neredeyse aynı şekilde Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü’nde yer alacaktır. Sözleşme’ye göre, Mahkeme, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, önce taraflar arasında geçerli bir andlaşma varsa, bu andlaşmanın maddelerini; andlaşmanın yokluğu halinde uluslararası hukuk kurallarını; eğer bu tür genel bilinen kurallar da yoksa, hakkaniyet ve hukukun genel ilkelerini uygulayacaktır.⁶⁹ Eklenecek olursa, Lapradelle tarafından hazırlanan Hukukçular Komitesinin hazırladığı nihai metne ilişkin raporda da, 35. maddeyle (sonraki 38. madde) ilgili açıklamalarda 1907 tarihli Sözleşmenin 7. maddesinin referans alındığı açık bir şekilde ifade edilmiştir.⁷⁰

Uyuşmazlıkların çözümüne dair uygulama bağlamında ise raporda bir dizi tahkim örneğine yer verilmiştir. Bunlar arasında Buenos Aires Limanının Kapatılması Davası’nda *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam* ilkesinin uygulanması⁷¹; Alabama Talepleri tahkiminde (1872) tahkim heyetinden *due diligence*, zararın tespiti ve faizlerin ödenmesiyle ilgili kural ve ilkelerin uygulanması istenmesi⁷²; Fabiani Davası’nda ihkak-ı haktan imtina (*déni de justice*) iddialarının incelenmesi ve “*devletler hukukunun genel*

65 First Report (n 4) 20-21, para 78. Örneğin 1794 tarihli Jay Andlaşması’nın 7. maddesinde, komisyon üyelerinin, uyuşmazlığı çözerken, farklı davalardaki kararlarla benzer bir şekilde, ama her zaman “*adalet, hakkaniyet ve Devletler hukuku’na göre çözmeleri*” hükmüne yer verilmiştir. Yine Amerika Birleşik Devletleri ile Meksika arasındaki Birleşik Devletler vatandaşlarının, Meksika hükümeti aleyhine tazminat taleplerine ilişkin düzenlenen tahkim andlaşmasında ise, uygulanacak hukuk olarak “*adalet ilkeleri, Devletler hukuku ve andlaşmanın maddeleri*” sayılmıştır. Henri La Fontaine, *Pasicrisie internationale: 1794-1900 Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux* (Stämpfli & Cie. 1902) 5, 22.

66 First Report (n 4) 21, para 80.

67 Ibid 21, para 78.

68 “*Daha eksiksiz savaş hukuku metni oluşturulana kadar, yüksek akit Taraflar, kendileri tarafından kabul edilen düzenleyici hükümlerde bulunmadığı hallerde, halkların ve savaşçıların, medenî milletler arasındaki muamelelerle, insancıl hukuk kurallarıyla ve kamu vicdanının gerekleriyle oluşmuş milletlerarası hukuk ilkelerinin korunması ve hükmü altında olduklarını beyan etmenin uygun olduğunu düşünmektedirler.*” Bkz James Brown Scott, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (3rd, Oxford University Press 1918) 100-101.

69 Ibid 190-191. Devletlerin o dönem böyle bir mahkemenin kurulmasına olumlu bakmadığını ve mahkemenin kuruluşunun gerçekleşmediğini ayrıca belirtmek gerekir.

70 Procès-Verbaux (n 57) 729-730.

71 First Report (n 4) 22, para 82. Bahsi geçen dava, Buenos Aires Limanına girmesi engellenen birtakım İngiliz gemilerinin zararlarına ilişkindir. Arjantin, Uruguay’a karşı, bir savaş eylemi olarak, düşman tarafın limanı olan Montevideo’yu bloke etmek amacıyla 1845 yılında aldığı bir kararla limanı kapatmıştır. 1 Ağustos 1870 tarihli kararında, tek hakem olarak, Şili Başkanı J.J. Perez, diğer argümanlarla birlikte, “*Hakkını kullananın kimsenin hakkına zarar vermeyeceği, bilinen evrensel bir hukuk ilkesidir.*” gerekçesiyle, Britanya’nın, gemilerin limana giremeyeşlerinden gördükleri zararları tazmin taleplerini reddetmiştir. Hakemin bahsettiği ilke Roma Hukuku kaynaklıdır ve *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam* özdeyişiyle ifade edilir. Yine aynı davada, hakemin öntündeki hukuki problemlerin biri, davayla ilgili bir andlaşmada geçen “ve diğer zararlar” ifadesinin yorumlanmasına ilişkindir. Hakem bu ifadeyi andlaşmanın hedef ve amacına uygun olarak yorumlamıştır. Daha sonra ise bu yorumunu davaya ilişkin başka bir andlaşmada geçen “ve diğer zararlar” ifadesinin lafzi yorumuyla teyit etmiştir. Dolayısıyla hakem öntündeki ifadeyi yorumlarken hem amaçsal hem de lafzi yorum ilkelerine başvurmuştur. La Fontaine (n 55) 61-67.

72 First Report (n 4) 22, para 83.

ilkeleri”ne referanslar verilmesi⁷³ ve Daimi Tahkim Mahkemesi bünyesinde görülen The Pious Fund tahkiminde *res judicata* ilkesinin uluslararası hukukta uygulanabilirliğinin tespit edilmesi⁷⁴ önemli örnekler olarak sayılabilir.

Bunların dışında, raporda da yer alan⁷⁵, yine Daimi Tahkim Mahkemesi bünyesindeki ve taraflarından birini Osmanlı Devleti’nin oluşturduğu Rus Tazminat Faizi Uyuşmazlığı⁷⁶ ise o dönem için doktrini daha fazla meşgul eden bir örnek olarak ortaya çıkmaktadır. Burada tahkim heyetinden moratoryum borçları ve temerrüt faizleri ile ilgili meselelerde karar vermesi istenmiş ve tahkim mercii de uluslararası hukuk kuralları yanında çeşitli devletlerin iç hukukları ve Roma Hukuku ilkelerini de uygulamıştır. Mahkeme tarafından, borcun geç ödenmesinden kaynaklanan tazminat yükümlülüğünün, Avrupa Uyumunu’nu oluşturan tüm Devletlerinin özel hukuk kurallarında ve yine Roma Hukukunda da yer tuttuğunu ifade edilmiştir. Bu şekilde, bu konuya ilişkin özel hukuklarda yer alan bir genel hukuk ilkesinin varlığı tespit edilmiş, uluslararası kamu hukuku alanına aktarılmış ve uygulanmıştır. Zira pozitif uluslararası hukuk bu konuda açıklık getirmemektedir. Uygulanan bu ilke sayesinde, andlaşma ve teamül hukukundan doğan boşluğun doldurulması temin edilmiştir. Burada verilen kararın Anzilotti ve Strupp gibi pozitivist/düalist yazarlar tarafından eleştirildiğini ifade etmek gerekir zira bu yazarlara göre andlaşma veya teamül ile açık bir yetkilendirme olmaksızın iç hukuk kurallarının analoji yoluyla uluslararası hukuk alanına aktarılmasının hukuki meşruiyeti yoktur. Lauterpacht ise mahkemenin yaptığı analoginin, hem eski tahkim uygulamaları ve Devletler tarafından da kabul edildiği hem de uluslararası ilişkilerin gereklilikleri ile önemli bir uyum taşıdığı düşüncesindedir. Yazara göre devletler, uyuşmazlıklarını tahkim organlarına götürdüklerinde, andlaşma ve teamülde bulunmazsa, özel hukuklarda aranacak hukuk kurallarının da süjesi olduklarını kabul etmek zorundadırlar zira özel hukuk da farklı koordine kurumlar arasındaki ilişkileri düzenleyen bir alandır.⁷⁷

73 Ibid 22, para 84. Karardaki şu kısımlar konu bakımından dikkat çekicidir: “*Bu protokole göre, İsviçreli hakem, ilk olarak, Venezuela Hükümetinin, Fabiani’ye yönelik herhangi bir zarar sorumluluğu bulunup bulunmadığını tespit edecektir. Bu sorumluluk, İsviçreli hakem için en yüksek hukuk olan protokoldeki sınırlamalara uygun bir şekilde tayin edilmelidir. Bu sınırlamalar, temel olarak, kararın, “Venezuela kanunlarına, devletlerin genel hukuk ilkelerine ve tarafların arasındaki sözleşmeye” uygun bir şekilde verilmesidir.*” Yine aynı şekilde, uyuşmazlığa bakan hakem, 30 Aralık 1896 yılında verdiği kararında, tahkim sözleşmesinde yer alan üç kaynaktaki ihkak-ı haktan imtina içerikleri arasında karşılaştırma yapmış ve aralarında temel nitelikte veya önem arz eden bir farklılık olmadığı kanaatine varmıştır. İlk olarak Venezuela Ceza Kanununun ilgili maddelerini ve taraflar arasındaki sözleşmeyi incelemiş ve şu şekilde devam etmiştir: “*İhkak-ı haktan imtina konusunda, doktrin tarafından ortaya konmuş veya devletlerin çoğunluğunun yasalarında ortak kurallar olan devletler hukukunun genel ilkeleri incelendiğinde; ihkak-ı haktan imtinanın, sadece bir yargı mercinin işlevlerini yerine getirmekten ve, bu olay özelinde, kendisine yönlendirilen iddialar konusunda karar vermekten kaçınması olmayıp, hükümlerini vermekte ısrarlı gecikmeler içinde olmasını da içerdiği sonucuna karar verilecektir.*” La Fontaine (n 5) 356.

74 First Report (n 4) 22-23, para 85. Bu davada, 1875 yılında çözüme kavuşturulan bir tazminat uyuşmazlığının faiz ödemelerine dair taraflar arasında çıkan sorunlar çözülmeye çalışılmıştır. Heyete, bu dava, daha önce verilen karar kapsamında *res judicata* ilkesinin uygulama sahası altında mıdır? ve değilse, iddia haklı mıdır? şeklinde iki hukuki sorun yöneltilmiştir. Mahkeme, adil ve hakça bulunduğu şekilde karar vermekle yetkilendirilmiştir. Tahkim heyeti, kısa kararda, öncelikle önlerindeki sorunun -taraflar arasındaki- uluslararası andlaşmalara ve uluslararası hukuk ilkelerine göre çözüleceğini ifade etmişlerdir. Heyet, *res judicata*ın sadece ulusal mahkemelere değil, tahkim mahkemelerine ve dolayısıyla uluslararası tahkimlere de uygulanması gerektiğini gördüğündedir. *The Pious Fund Case (USA v Mexico)* (1902) 9 RIAA 12-13.

75 First Report (n 4) 23-24, para 88.

76 *Affaire de l’Indemnité Russe (Russie, Turquie)* (1912) 11 RIAA 421-447. Açıklamalar için ayrıca Bkz Büyük (n 21) 84-86.

77 Lauterpacht, *Private Law Analogies* (n 32) 260-261.

Statü öncesi uygulamalara ilişkin olarak raporda yapılan çıkarımlar ise şu şekildedir: birincisi, anlaşmalarda ve teamül hukukunda bulunanlardan farklı olduğu, ancak bazen bunlarla ilişkili olduğu düşünülen kurallar veya ilkelere başvurulmuş ve bunlar uygulanmıştır; ikincisi, tahkim anlaşmalarında “adalet” ve “hakkaniyet” gibi geniş kavramlara atıfta bulunularak bu tür kuralların veya ilkelerin kullanılması yetkisi verilebilmiştir, ancak böyle bir yetkinin yokluğu bunların kullanılmasını engellemiştir; üçüncü olarak, bu kural veya ilkeleri uygularken, hakemler “*ex aequo et bono*”⁷⁸ karar vermemişlerdir; ve dördüncüsü, devletler ve hakemler, söz konusu kuralları veya ilkeleri belirlemek için genellikle ulusal hukuk sistemlerine ve Roma hukukuna başvurmuşlardır.⁷⁹

B. Divan Statülerinde “Medeni Milletlerce Tanınmış Hukukun Genel İlkeleri” Düzenlemesi

Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü’nü yazmakla görevli Hukukçular Komitesine toplantıların öncesinde, Milletler Cemiyeti Sekreterliği tarafından, Adalet Divanının kurulmasına ilişkin farklı Devletlerden yetkililer veya şahıslar tarafından hazırlanmış taslak madde çalışmalarını içeren bir memorandum gönderilmiştir. Bunlar arasında özellikle, 1919 yılında tarafsız 5 Devlet, İsveç, Norveç, Danimarka, Hollanda ve İsviçre’nin temsilcileri Lahey’de bir araya gelerek hazırladığı ve “Beş Güç Planı” ya da “Beş Tarafsız Güç Planı” denilen Daimi Adalet Divanı Statüsüne dair bir taslak maddeler projesine Komitenin çalışmaları esnasında sıkça atıf yapılmaktadır.⁸⁰ Özel Raportör de bu önerilere raporunda yer vermiştir. Örneğin, kurulacak Divanın kararlarını “uluslararası andlaşmalara, uluslararası teamül hukukuna ve hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete” göre vermesine dair Almanya tarafından yapılan önerinin yanında, Yine Danimarka, Norveç ve İsveç, uluslararası hukukun yerleşik kurallarının yokluğunda Divanın hukukun genel ilkelerini uygulamasını önermişlerdir. İsviçre ise, bir andlaşmanın veya devletler hukuku ilkesinin yokluğunda Divanın adalet ve hakkaniyete göre karar vermesini önermiştir.⁸¹

Daimi Divan Statüsünün hazırlanmasına ilişkin görüşmelere, hukukun genel ilkelerinin anlaşılmasına ilişkin çalışmalarda sıklıkla yer verilmektedir. Böyle bir yöntem, andlaşmalar hukukunda yorum kurallarına da uygunluk taşımaktadır. Özel Raportörün de görüşmeleri genişçe ele aldığı görülmektedir.

Kısaca özetlenecek olursa, Komite Başkanı olan Descamps tarafından yapılan ilk öneride, uluslararası andlaşmalar hukuku ve uluslararası teamül dışında, “*medeni*

78 Bu uygulamaların *ex aequo et bono* yargılamalar olmadığına dair değerlendirmeler için bkz Lauterpacht, *Private Law Analogies* (n 32) 63–67.

79 First Report (n 4) 24, para 89.

80 Bkz Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of Justice (League of Nations Publications 1920).

81 First Report (n 4) 25-26, para 91.

milletlerin hukuk bilincinde tanınmış uluslararası hukuk kuralları”na yer verilmiştir.⁸² Bu öneri Komite üyeleri arasında görüş farklılıklarına neden olmuştur. Root, üçüncü paragrafın yeterince açık olmadığı ve tehlikeli olabileceği gerekçesiyle itiraz etmiştir. Ona göre Komitenin andlaşmalarda ve pozitif uluslararası hukukta yer alan kurullarla kendini sınırlaması gerekir.⁸³ Phillimore da bu tasarının Mahkemeye yasama yetkisi vereceğine dair çekincesini ifade etmiştir.⁸⁴

De Lapradelle, “*Mahkeme, hukuk, adalet ve hakkaniyete göre karar verecektir.*” şeklinde kısa bir formülasyon önermiştir.⁸⁵ Hagerup ise *non liquet* riskine dikkat çekmiştir.⁸⁶ Yapılan iki oturumda konu üzerinde uzlaşma sağlanamayınca Root’tan kendi önerisini getirmesi istenmiş ve uygulanacak hukuk kurallarının görüşüldüğü üçüncü oturumda Root, yeni önerisini üyelere sunmuştur.⁸⁷ Yapılan önerinin üçüncü paragrafında “*medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkeleri*”ne yer verilmiştir.⁸⁸ Phillimore, üçüncü paragrafta işaret edilen genel ilkelerin tüm ulusların iç hukuklarında (*in foro domestico*) kabul görmüş usule ilişkin ilkeler, iyi niyet ilkesi veya kesin hüküm (*res judicata*) ilkesi gibi ilkeler olduğunu ve hukukun genel ilkeleri ifadesiyle, hukuk özdeyişlerini (*maxims of law*) kastetmeyi amaçladığını belirtmiştir.⁸⁹

Phillimore’un buradaki açıklamaları doktrinde hukukun genel ilkelerine dair yol gösterici olarak kabul edilmiştir. Ancak burada *in foro domestico* ilkelere referans verilmiş olsa da çalışmanın inceleme konusu olan Komisyona sunulan rapor da dahil olmak üzere doktrinde ağırlıklı hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun genel ilkelerini de kapsadığı düşünülmektedir.

82 Procès-Verbaux (n 57) 306.

83 Procès-Verbaux (n 57) 294. Elihu Root, ilk olarak, “3. fıkranın manasını tam olarak anlamadığını” ifade etmiştir. Komitede Fransızca bilmeyen tek üye olması nedeniyle itirazını bu şekilde dillendirmiş olması muhtemeldir. Ona göre devletlerin kurulacak mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul etmesi için yargı yetkisinin sınırlarının iyi çizilmesi gerekir. Devletler, sadece hukuku değil, aynı zamanda medeni insanların bilinçlerinde var olduğunu düşündüğü kuralları da uygulayacak bir Mahkemenin yetkisini kabul etmeyeceklerdir. Komitedeki görüşme kayıtlarından anlaşıldığı kadarıyla Root’un tüm oturumlar bakımından öncelikli kaygısı, ileri derecede tecrübeli ve bu tür örgüt faaliyetlerinde yer almış bir uluslararası hukukçu olarak, hazırlanacak metnin Devletler tarafından kabul edilebilir olması üzerinedir. Başarısız Uluslararası Ganimet Mahkemesi gibi örnekler bu tutuma ortam hazırlamıştır. Bu noktada, uygulanacak kaynaklara ilişkin maddenin görüşülmeye başlanmasıyla, Root, Başkan Descamps’ın hazırladığı taslağa ilişkin ilk yorumunu bu çerçevede yapmıştır. Bkz Büyük (n 21) 15-16, dipnot 16-18.

84 Amerikalı üye Root ve İngiliz üye Phillimore’un kaygıları aynı olmasa da, farklı yollardan aynı sonuca ulaşmışlardır. Phillimore’a göre, üçüncü ve dördüncü paragraflar Mahkemeye yasama yetkisi vermektedir ve böyle bir yetki verilmesi ancak evrensel bir uyuşma halinde mümkün olabilir. Uygulanacak kurullar, andlaşmalar hukuku ve yürürlükteki uluslararası hukuk olmalıdır. İlk iki fıkrayı bunu karşılamaktadır. Diğer iki hüküm ise ya teamüle dâhildir ya da buna ek olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu sınırın ötesine geçilmemesi gerekir. Bu durumda, uygulanacak hukuk olarak “andlaşmalar hukuku ve yürürlükteki uluslararası hukuk kuralları”, hazırlanacak Statü’de de esas alınmalıdır. Phillimore’a göre, yürürlükteki uluslararası hukuku bu şekilde üçlü bir ayrıma tabi tutmak hatadır. Procès-Verbaux (n 57) 295.

85 Ibid 295.

86 Ibid 295-296.

87 Doktrinde maddeye ilişkin önerinin son hali Root önerisi olarak bilinse de, görüşme kayıtlarından anlaşıldığı kadarıyla maddenin fikir babası özellikle İngiliz üye Phillimore olmalıdır zira maddenin yeni haline dair açıklamaları hep Phillimore yapmıştır ve Root bu oturumda sessiz kalmıştır. Bu hususta bkz Cheng (n 29) 15.

88 Procès-Verbaux (n 57) 331, 344.

89 Ibid 335-336.

Rapora katkı mahiyetinde ifade edilecek olursa, Komite üyeleri arasındaki uzlaşmama halinin pozitivist-doğal hukukçu karşıtlığına dayandığını düşünmenin hatalı olacağı kanaatindeyim. Başkan Descamps’ın doğal hukuka yakın görüşler ortaya koyduğu vakidir ancak Descamps da dahil olmak üzere tüm üyeler pozitif hukuk sınırları ve mahkemenin yetkileri konusunda dikkatlidir. Ancak Hagerup tarafından da dillendirildiği üzere, dar bir şekilde yetkilendirilmiş bir mahkemenin *non liquet* ilan etmesi riski bulunmaktadır ve andlaşma ve teamül dışında birtakım kuralların varlığını destekleyen tarafların açıklamaları, doğal hukukçu kaygılarla değil, bu riskin bertaraf edilmesine yöneliktir. Diğer yandan Root’un da bunun karşısında öneriye pozitivist bir tavırla karşı çıkmadığı görülmektedir. Root, realist ve aynı zamanda tecrübeye dayanan bir yaklaşımla devletlerin tarafı olmadığı bir mahkeme statüsü yazmak yerine, yetkisi devletler tarafından kabul görebilir bir mahkeme kurulması niyetindedir. Öte yandan Phillimore’un yaptığı itirazlar da pozitivist bir kaygı içermez ancak mahkemenin yasama yetkisi olması anlamına gelebilecek ifadelere de karşı çıkmaktadır. Farklı taraflarda duruyor olsalar da Descamps ve Phillimore’un görüşleri benzer noktalara çıkmaktadır. Hatta bir noktada, Başkan Descamps’ın, Phillimore’un görüşlerinin doğal hukuka yakınlaştığına dair tespitine Phillimore olumlu yanıt vermiştir.⁹⁰ Anglosakson hukuk sisteminden gelen bir hukukçu olarak Phillimore, ayrıntılı bir kurallar düzenlemesine karşı çıkmakta ve esasında hâkime geniş bir alan bırakılması düşüncesindedir. Dolayısıyla Descamps ve diğerleri ile Phillimore ve diğerleri arasındaki zıtlık Kıta Avrupası sistemlerinde sınırları ayrıntılı belirlenen bir yetkinin karşısında Anglosakson hukuk sistemlerinde hâkime verilen geniş hukuk muhakemesi yetkisi üzerine olmalıdır.

Komitede Root tarafından getirilen öneri kabul edilmiştir. Divan Statüsü’nün 38/3 (daha sonra 38/1-c) hükmü üzerinde ne Milletler Cemiyeti alt komisyonlarında ne de Birleşmiş Milletler döneminde kurulan Hukukçular Komitesinde ve 1945 San Francisco Konferansı’nda değişiklik yapılmamıştır. 38. maddede yapılan değişikliklere raporda özel olarak yer verilmiştir. Bunlardan hukukun genel ilkeleri üzerinde dolaylı etkisi olabilecek iki örnek üzerinde durulabilir: Bunlardan ilki madde metninin Komitede ilk kabul edilen halinde giriş metninde yazılı olan “sırasıyla” ifadesinin silinmesidir⁹¹ -ki bu şekilde kaynaklar arasında hiyerarşi olarak yorumlanabilecek bir ifadeye Statü’de yer verilmemiştir.⁹² İkincisi ise, maddenin sonuna, “*Bu hüküm,*

90 Procès-Verbaux (n 57) 318. Phillimore’un görüşlerini pozitivist kaygılarla ilişkilendiren yazarlar da bulunmaktadır ancak bu görüşe katılmadığımı ifade etmiyim. Karşılaştırmak için bkz Antonio Cassese, *International Law* (2nd Ed, Oxford University Press 2005) 191; Vladimir D Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff 1997) 48.

91 Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court (Geneva, 1921), Sub-Committee of the Third Committee, 7th meeting (1 December 1920) 145.

92 Statü’nün hazırlanması aşamasında İtalyan üye Ricci-Busatti tarafından “sırasıyla” ifadesine özellikle itiraz edilmiştir. Ona göre hâkimin, kaynakları birbirleriyle ilişkili biçimde, aynı anda düşünmesi gerekir. Bu itiraz, üyelerin bir kısmı tarafından yerinde bulunmuş (ör. Hagerup); bazı üyeler ise önemli bir ayrıntı olmadığına dair görüş belirtmişlerdir (Lord Phillimore, Altamira). Lord Phillimore’a göre bu sıralama zaten hukuk mantığının bir sonucudur. Başkan Descamps ise, ilk taslağın da müellifi olarak, bu ifadelerin kalması gerektiği düşüncesindedir. Bkz Procès-Verbaux (n 57) 333, 338.

tarafaların görüş birliğine varmaları halinde, Divanın hakça ve eşitçe (*ex aequo et bono*) karar verme yetkisine halel getirmez.” cümlesinin eklenmesidir.⁹³ Bu şekilde hukukun genel ilkeleri, *ex aequo et bono* çözüm yolundan açık bir şekilde ayrılmış ve hukukun genel ilkelerinin uygulanması için tarafların yetkilendirmesine ihtiyaç olmadığı dolaylı olarak vurgulanmıştır.

Vázquez-Bermúdez’in Statü’nün hazırlanmasına ilişkin süreçten yaptığı çıkarımlar şu şekildedir: İlk olarak, farklı yazarlar tarafından dillendirildiği üzere, Statü’nün hazırlayıcıları “medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkeleri”ni Statü metnine eklerken, yeni bir uluslararası hukuk kaynağı yarattıklarını düşünmemişlerdir. Bunun yerine, onlara göre yaptıkları şey, var olan bir uygulamanın kodifiye edilmesidir. İkincisi, bu üçüncü kaynağın eklenmesi kısmen kurulacak mahkemenin yargı yetkisini kullanmayı reddetmesi ve *non liquet* ilan etmesi endişesinden kaynaklanıyor görünmektedir ancak mahkemenin hukuk yaratma yetkisinin olmayacağı konusunda genel olarak fikir birliğine varılmıştır. Üçüncü olarak, Statü’nün hazırlanması süreci, hukukun genel ilkelerinin kökenleri konusunda bazı önemli çıkarımlara imkan sağlamaktadır. Bir yandan, Hukukçular Komitesi üyeleri arasında hukukun genel ilkeleri *in foro domestico* ilkeler olduğu konusunda genel bir uzlaşma bulunmaktadır. Diğer yandan, farklı kökenlerden gelen hukukun genel ilkeleri ihtimali de Komite tarafından dışlanmamıştır. Son olarak, hazırlık çalışmaları hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun bir parçasını oluşturduğunu, uluslararası hukukun farklı kaynakları arasında resmi bir hiyerarşi olmadığını ve de hukukun genel ilkelerinin *ex aequo et bono*dan açıkça ayırt edilebilir olduğunu göstermektedir.⁹⁴

Özel Raportör’ün, Komitedeki hukukçuların önceki uygulamaları kodifiye ettiklerine dair görüşünün doktrindeki arka planına dair açıklamalara daha önce değinilmişti.⁹⁵ Ancak yine doktrindeki farklı yaklaşımlar burada kendine yer bulmamıştır. Diğer yandan mahkemeye yasama yetkisi verilmesine bütün üyeler karşı çıktıkları gibi, hakkaniyet ve adalet gibi soyut kavramların da Statü’ye eklenmesi istenmemiştir.⁹⁶ Son olarak, rapora katkı bağlamında, *non liquet* riskine dair yapılan vurgunun yerinde olduğu ifade edilmelidir. Özellikle Root’un itirazlarına karşılık diğer üyelerin, andlaşma ve teamülün düzenlemediği durumlarda kurulacak Divanın karar vermekten kaçınmasının, mahkemenin prestijine zarar vereceği görüşünde oldukları görüşme kayıtlarından anlaşılmaktadır.⁹⁷ Sonuçta *non liquet* olmaması adına Root-Phillimore taslağında hâkime esneklik yaratabilecek önerilere yer verilmiştir. Burada yeniden ifade edilecek olursa, Statü’nün hazırlanmasında önemli bir etken teşkil eden *non liquet* konusuna Komisyon çalışmalarında ayrıca yer verilmesi, hukukun genel

93 Documents (n 91) 157.

94 First Report (n 4) 30, para 108-109.

95 Bkz yukarı s 11.

96 Procès-Verbaux (n 57) 333.

97 Ör bkz Ibid 296 (Hagerup); 312 (Loder); 313 (Lapradelle).

ilkelerinin anlaşılması açısından önem teşkil etmektedir. Mevcut iki raporda buna dair öneri yer almakta ise de, ayrıntılı çalışmaya yer verilmemiştir.

C. Divan Statülerinin Kabul Edilmesinin Ardından Hukukun Genel İlkeleri

Özel Raportör, bu aşamada hukukun genel ilkelerinin kullanımına dair kısa bir genel bakış sağlamak ve kullanılabilceği alanlara ilişkin bilgi vermek amacıyla Statü sonrası uygulamalara dair örnekler yer vermiştir.

1920 sonrası sonuçlandırılan uluslararası belgelerde, özellikle de mahkemelerin uygulayacağı kuralların veya esasa ilişkin birtakım hükümlerin kapsamının belirlenmesi amacıyla hukukun genel ilkelerine yapılan çeşitli atıflara rastlamak mümkündür. Raporda, devletlerin yaptıkları bazı andlaşmalara doğrudan Divan Statüsü'nün 38. maddesini aktardıklarına dair örnekler yer verilmiştir.⁹⁸ İlk Rapora ilişkin Komisyonada yapılan tartışmalarda Oral (Türkiye) tarafından Statü sonrası uygulamalar bakımından soft law belgelerinin ileri raporlarda incelenmesinin de konu açısından faydalı olacağı ifade edilmiştir. Oral'a göre soft law konusu her ne kadar geniş bir alanı kapsıyor olsa da, özellikle çevre hukuku başta olmak üzere hukukun genel ilkelerinin önemli bir kaynağını oluşturmaktadır.⁹⁹

Uluslararası yargılamalar bakımından ise, her iki Divanın 38. madde bağlamında hukukun genel ilkelerine başvurmak konusunda ihtiyatlı oldukları raporda ifade edilmiştir. Özel Raportör'e göre bu durum, devletlerin tavrıyla zıtlık içermektedir zira devletler tarafı oldukları davaların çeşitli aşamalarında hukukun genel ilkelerini kullanmışlardır ancak genellikle Divanın bu argümanları onaylamadığı veya göz ardı ettiği görülmektedir. Karşı veya ayrı görüşlerde ise sıklıkla hukukun genel ilkelerine referanslar yer bulmaktadır.¹⁰⁰

Raporda, Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve Uluslararası Daimi Adalet Divanının hukukun genel ilkelerine değindiği durumlara örnekler sayılmıştır. Bunlardan bazılarında Divan, belli bir genel hukuk ilkesinin varlığını reddetmeden

98 Özel Raportör tarafından verilen örnekler için bkz First Report (n 4) 31, para 112-125 ve özellikle dipnot 187-188. Raporda yer verilen üç önemli örnek: (1) Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Madde 15/2: “*Bu maddedeki hiçbir hüküm, işlendiği zaman milletler topluluğu tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden ötürü bir kimsenin yargılanıp cezalandırılmasına engel oluşturamaz.*” (Bkz Kuran ve diğerleri (n 41) 246), (2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 7/2 “*Bu madde, işlendiği zaman medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.*” (Bkz Kuran ve diğerleri (n 41) 204) ve (3) Roma Statüsü Madde 21/b: “*İkinci olarak, uygun olduğu durumlarda, uygulanabilir andlaşmalar ve silahlı çatışmalara ilişkin uluslararası hukukun yerleşik ilkeleri de dahil olmak üzere uluslararası hukukun ilke ve kuralları*”; Madde 21/c: “*Aksi takdirde, uygun olduğu şekilde, normal şartlarda suç üzerinde yargı yetkisini uygulayacak Devletlerin ulusal yasaları da dahil olmak üzere, bu ilkelerin bu Statü'yle ve uluslararası hukuk ve uluslararası tanınmış norm ve standartlarla tutarsız olmaması şartıyla, dünyanın ulusal hukuk sistemlerinden Mahkeme tarafından türetilen hukukun genel ilkeleri.*” (Bkz Rome Statute of the International Criminal Court (Published by the International Criminal Court 2011) 13.) (Alt çizgiler eklenmiştir.)

99 Bkz ILC's 3492nd meeting (n 5) 6. Bu hususta özel olarak bkz Meltem Sarıbeyoğlu Skalar *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma* (Beta 2015).

100 First Report (n 4) 36, para 127.

olay bakımından uygulamasını reddetmiştir.¹⁰¹ Bazılarında hukukun genel ilkeleri uygulamaya konu edilmiş,¹⁰² birtakım davalarda ise hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilebilecek kurallara dair, bunlardan doğrudan sonuçlar çıkarmadan, kısa referanslara yer verilmiştir.¹⁰³ Divan önüne gelen davada tarafların hukukun genel ilkelerine dair argümanlar ileri sürdüğü durumlarda ise, Divanın ya bunları reddettiği¹⁰⁴ ya da,

101 First Report (n 4) 36, para 128. Raporda bahsi geçen davalara ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Jaworzina sorunuyla ilişkin danışma görüşünde *ejus est interpretare legem cujus condere* ilkesini vurgulamış ancak olay bakımından uygulamasını reddetmiştir. *Question of Jaworzina* (n 40) 37. Fransa'da çıkarılan çeşitli Sırp tahvillerinin ödenmesine ilişkin davada da, Sırp Hükümeti tarafından öne sürülen *estoppel* ilkesinin davada uygulanması için yeterli bir temelin bulunmadığını ifade etmiştir. Aynı davada *force majeure* itirazı da reddedilmiştir. *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France* [1929] PCIJ Rep Series A No 19 [38]-[39]. Öte yandan Mavrommatis Kütüs İmtiyazları Davası'nda davada ileri sürülen "sözleşmelere ilişkin genel kabul görmüş ilkeler"i kabul etmiş ancak olayda uygulanabilir bulmamıştır. *The Mavrommatis Jerusalem Concessions* [1925] PCIJ Rep Series A No 5 [30]. First Report (n 4) 36, dipnot 208-210. Bahsi geçen kararların özetleri için bkz Mehmet Emin Büyük, *Uluslararası Daimi Adalet Divanı – Kararlar, Danışma Görüşleri ve Emirnameler (1922-1930)* (Beta 2020) 46-49; 71-74; 212-219.

102 First Report (n 4) 36, para 128-129. Raporda bahsi geçen davalara ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, Örneğin Chorzów Fabrikası Davasında Daimi Divan, "*Dahası, bir Tarafın, hukuka aykırı davranışlarla diğer Tarafın uyumsuzluk konusu yükümlülüğünü yerine getirmesini engellemişse veya mahkemeye rücu hakkına engel olmuşsa, bu Tarafın yükümlülüklerini yerine getirmedeği veya farklı onarım yollarını tüketmediği gerekçesiyle kendisine yarar sağlayamayacağı hem uluslararası tahkim hem de iç hukuk mahkemeleri içtihatlarında genel kabul görmüş bir ilkedir.*" değerlendirmesini yapmış ve *nullus commodum capere de sua iniuria propria* ilkesini olayda uygulamıştır. *Factory at Chorzów* (Jurisdiction) [1927] PCIJ Rep Series A No 9 [31]. Yine aynı davanın esas aşamasında, "...bir yükümlülüğün ihlalinin, onarım yükümlülüğünü beraberinde getirmesi bir uluslararası hukuk ilkesi, ve hatta bir genel hukuk konseptidir." değerlendirmesiyle sorumluluğa ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. *Factory at Chorzów* (Merits) [1928] PCIJ Rep Series A No 17 [29]. (Çeviriler için bkz Büyük (n 21) 218, 220.) Lozan Andlaşması'nın 3. maddesinin 2. paragrafının yorumlanmasına ilişkin 1925 tarihli danışma görüşünde Divan, "kimsenin kendi davasında hakim olamayacağı bilinen bir kuraldır" diyerek *nemo judex in causa sua* ilkesini uygulamıştır. *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne* (Advisory Opinion) [1925] PCIJ Rep Series B No 12 [32]. Buraya kadar olan kararların özetleri için bkz Büyük, *UDAD Kararları* (n 101) 90-99; 134-139; 195-204. Benzer şekilde Uluslararası Adalet Divanının ise Korfu Boğazı Davası'nda "*Bu dolaylı delil (müessesesi), tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir, ve kullanımı uluslararası kararlarda tanınmaktadır.*" ifadesiyle ikincil delilleri dava bakımından kabul edilebilir bulunduğu görülmektedir. *Korfu Channel (UK v Albania)* (Merits) [1949] ICJ Rep 18. (Çeviri için bkz Büyük (n 21) 244.) 1954 tarihli Birleşmiş Milletler İdari Mahkemesinin tazminat kararlarının etkisine ilişkin danışma görüşünde ise, "*İyice benimsenmiş ve genel kabul görmüş bir hukuk ilkesine göre, böyle bir yargı organı tarafından verilen kararlar res judicata'dır ve uyumsuzluğun tarafları bakımından bağlayıcıdır.*" şeklinde görüş bildirilmiştir. *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal* (Advisory Opinion) [1954] ICJ Rep 53. Divanın Korfu Boğazı Davasından başlayarak, Soykırım Sözleşmesine Çekinceler, Barcelona Traction Davası ve Nikaragua Davası gibi bir dizi davada da "temel insani mülhazalar" ile başlayan ve bununla ilişkili olarak değerlendirdiği ve "ahlaki ve insani ilkeler", "insan haklarına ilişkin temel ilkeler", "insancıl hukukun mutfağını oluşturan metinlerin ihtiva ettiği başlıca ilkeler" şeklinde çeşitlenen kavramlandırmalar ile andlaşma ve teamül dışında devletleri birtakım kurallarla -hukukun genel ilkeleri ile- yükümlü kabul ettiği görülmektedir. Bu husustaki geniş açıklamalar için bkz Büyük (n 21) 305-312.

103 First Report (n 4) 36, para 128. Raporda bahsi geçen danışma görüşüne ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, Türk-Yunan Nüfus Mübadelesi Andlaşmalarına dair yorum uyumsuzlukları hususunda 1928 tarihli danışma görüşünde Uluslararası Daimi Adalet Divanı, "(...) *açiktır ki - diğer şeylerin yanı sıra, genel bir kural olarak, yargı yetkisine sahip herhangi bir organın, yetkisinin sınırlarını belirleme konusunda da ilk olarak yetkili olması ilkesi de göz önünde bulundurulurak- Karma Komisyonun yargı yetkisinin sınırlarına ilişkin soruların, bu Komisyonun kendisi tarafından, herhangi başka bir merci önünde bir girişime ihtiyaç olmaksızın, çözülmesi gerekmektedir.*" ifadeleriyle *compétence de la compétence* ilkesini dolaylı olarak uygulamıştır. *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)* (Advisory Opinion) [1928] PCIJ Rep Series B No 16 [20]. (Çeviri için bkz Büyük, *UDAD Kararları* (n 101) 192.)

104 First Report (n 4) 36, para 130. Raporda bahsi geçen davalara ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, örneğin Uluslararası Adalet Divanı, Güney Batı Afrika Davası'nın ikinci aşamasında, başvuru devletlerin başvuru hakkının varlığına dair ileri sürdüğü *actio popularis* iddiasına ilişkin olarak, "(...) *bu iddia, Mahkemenin, bir çeşit "actio popularis" veya bir toplumun tüm üyelerine bir kamu yararının korunması amacıyla yargıya başvurma hakkını tanıması gerektiği gibi bir talep içerir. Ancak, her ne kadar bu tarz bir hak bazı iç hukuk sistemlerinde tanınmış olsa da, ne mevcut uluslararası hukuk sistemi tarafından tanınmaktadır ne de Statü'nün 38. maddesinin, 1 (c) paragrafında bahsedilen "hukukun genel ilkeleri"nin aktarılması olarak görülebilir.*" değerlendirmesinde bulunmuştur. *South West Africa (Second Phase)* (Judgment) [1966] ICJ Rep 47. Benzer şekilde Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası'nda Almanya'nın adil ve hakça paylaşım ilkesinin Statü'nün 38/1-c hükmü dahilinde tüm hukuk sistemlerinde tanınmış olan *justitia distributiva* (dağıtıcı adalet) kapsamında olduğu iddiasını Divan reddetmiştir. *North Sea Continental Shelf* (Judgment) [1969] ICJ Rep 22. Bkz Büyük (n 21) 168-169.

uyuşmazlığı çözen andlaşma veya teamül kurallarının varlığından ötürü, bunların varlığını belirleme ihtiyacı duymadığı¹⁰⁵ görülmektedir.

Raporda da ifade edildiği üzere, Divan uygulamalarının hukukun genel ilkelerine ilişkin bir çekingen pozisyon içerdiği görülmektedir. Bunun en önemli sebebi olarak, bu hukuk kaynağına yönelik doktrinde var olan kafa karışıklığını göstermek yanlış olmayacaktır. Divan kürsüsünde yer alan yargıçların uluslararası hukuk teorisine farklı yaklaşımları da bu sonuca ortam hazırlamış olmalıdır. Divanın, nadir şekilde olan genel hukuk ilkelerine başvurularında ise, “genel ve iyi bir şekilde kabul görmüş hukuk ilkeleri”, “iyi bir şekilde yerleşmiş ve genel olarak tanınmış hukuk ilkeleri”, “uluslararası mahkemelerde evrensel olarak kabul edilmiş ilke” gibi ifadeler kullandığı görülmektedir.¹⁰⁷ Statü’nün 38/1-c (veya 38/3) hükmüne doğrudan referanslardan kaçınılmıştır. Bunun yanında, karşılaştırmalı hukuk bakımından değerlendirilecek olursa, Gaja’ya göre, Divanın yargılamalarında özel olarak bazı ulusal hukukların kurallarına referans vermekten kaçınıyor oluşu, diğer bazı hukuk sistemlerini “daha az medeni” olarak görülme suretiyle gücendirmekten kaçınmak içindir.¹⁰⁸ Statü’de yer alan “medeni milletler” ifadesi de aynı şekilde nadiren başvurulan bir ifadedir.¹⁰⁹

Özel Raportöre göre, hukukun genel ilkelerinin rolü Uluslararası Adalet Divanının ötesine geçmektedir. Bu hususta, devletlerarası tahkimden, uluslararası ceza hukuku mahkemelerinden, yatırım tahkimlerinden, insan hakları hukuku üzerine yargılamalar yapan bölgesel mahkemelerden, Avrupa Birliği Adalet Divanı gibi bölgesel mahkemelerden ve uluslararası idari mahkemelerden örnekler rapora taşınmıştır.¹¹⁰ Vázquez-Bermúdez’e göre raporda yer verilen uygulamalar, 1920’de Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü’nün kabul edilmesinden bu yana devletlerin ve uluslararası mahkemelerin farklı durumlarda ve farklı bağlamlarda uluslararası hukukun bu kaynağına atıfta bulunduğunu göstermektedir ve bu durum, hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukuk düzeniyle ilgisi konusunda hiçbir şüpheye yer bırakmamaktadır.¹¹¹

105 First Report (n 4) 36, para 128. Raporda bahsi geçen davaya ilişkin kısa açıklamalar yapılacak olursa, örneğin Hindistan ve Portekiz arasındaki Geçiş Hakkı Davası’na ilişkin uyumsuzlukta, Portekiz tarafı geçiş hakkına ilişkin iddialarını hem ikili teamüllere hem genel teamüllere ve hem de genel hukuk ilkelerine dayandırmıştır. Buna yönelik olarak, geçiş hakkının açık bir şekilde tanıdığı 64 ülkenin karşılaştırmalı araştırmalarına dair bir uzman görüşünü, Divana sunmuştur. Bahse konu rapor Roma ve Germen medeni hukuk sistemlerinin, müşterek hukukun, Sosyalist halk cumhuriyetlerinin hukuklarının, İslam hukukunun, İskandinav ve Asya hukuk sistemlerinin konuya ilişkin düzenlemelerini içermektedir. Bkz Hermann Mosler ‘General Principles of Law’ in Rudolf Bernhardt (Ed), 7 *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland – Elsevier 1984) 99. Ancak Divan, dava bakımından uygulanacak yerel bir teamülün varlığını tespit ederek davayı bu teamüle dayanarak çözüme kavuşturmuştur. Şüphesiz Divanın bu uygulamasını da çok bilinen *lex specialis* ilkesinin uygulaması olarak kabul etmek mümkündür.

106 First Report (n 4) 36-37, para 128-130.

107 Taslim Olawale Elias, *New Horizons in International Law* (2nd Ed, Sijthoff&Noordhoff 1980) 118. Karşılaştırmak için bkz Dordeska (n 30) 18-44.

108 Giorgio Gaja, ‘General Principles of Law’, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7 (Oxford University Press 2008) para 2.

109 Elias (n 107) 118.

110 First Report (n 4) 38-41, para 132-138.

111 Ibid 42, para 139.

Özel Raportör'ün buradaki açıklamaları, Divan Statüsü'nün 38/1-c hükmünde yer alan hukukun genel ilkelerini, Statü'den bağımsız olarak bütün bir uluslararası hukukun kaynağı olarak gördüğü tespitine imkân sağlamaktadır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere Vázquez-Bermúdez, özel olarak kanıtlamaya ihtiyaç duymadan, sadece bu örnekler üzerinden bu çıkarıma ulaşmaktadır. Statü öncesi tahkim uygulamalarına ilişkin olarak klasik pozitivist görüş tarafından getirilen, bu uygulamaların *inter partes* yargılamalar olduğu, uluslararası hukukun geneli bakımından bir anlamı olmadığı, yetkilendirmedikleri halde hukukun genel ilkelerini uygulayan yargı organlarının ise yetkilerini aştığı gibi eleştirilere değinilmemiştir.

Ayrıca, yukarıda açıklamalara yer verilen hem Statü'nün hazırlanması süreci hem de sonraki uygulamalar bakımından raporlarda hakkaniyete yer verilmemiş olmasının ciddi bir eksiklik teşkil ettiği kanaatindeyim. Daha önce de ifade edildiği üzere, hakkaniyet ve adalet gibi soyut konseptlerin Statü metnine eklenmesine Komitede sıcak bakılmamış; Milletler Cemiyeti Konseyi bünyesinde ise *ex aequo et bono* hükmü Statü'ye eklenmiştir. Dolayısıyla burada hukukun genel ilkeleri ile *ex aequo et bono* çözüm yöntemi arasında bir farklılık öngörüldüğü açıktır. Ancak hakkaniyetin rolüne dair muğlaklık ortadan kalkmamıştır.¹¹²

Bilindiği üzere doktrinde hakkaniyete ilişkin Roma Hukuku kaynaklı olarak *aequitas infra legem*, *aequitas praeter legem* ve *aequitas contra legem* şeklinde üçlü bir ayrıma yer verilmektedir.¹¹³ Her ne kadar hâkimin hakkaniyete göre karar verme yetkisi bulunmasa da, pozitif hukukun hakkaniyetli sonuca götürmesi durumunda hâkimin *aequitas infra legem* olarak hakkaniyeti de dolaylı olarak uyguladığı açıktır. Böyle bir durumda yetkilendirmeye ihtiyaç bulunmaz. Diğer yandan *aequitas contra legem* ise sadece yetkilendirme durumunda uygulanabilir. Doktrinde ve uygulamada sorunlara yol açan durumun ise *aequitas praeter legem* uygulamaya ihtiyaç duyulan haller olduğu düşüncesindeyim. Bu durumun en çarpıcı örneği ise, Divanın Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası'nda verdiği hakça ilkeler kararı olarak karşımıza çıkar.¹¹⁴ Divanın burada önerdiği hakça ilkelerin, Divanın bunlara somutlaştırma adına yaptığı önerilere rağmen, bir hakkaniyet uygulaması olarak *infra legem* mi yoksa *praeter legem* mi olduğu konusu şüphelidir. Sonuç olarak, hukukun genel ilkeleri üzerine Komisyon tarafından yapılan böyle bir çalışmada, hakkaniyet genel başlığı altında, hakkaniyet, hakkaniyetin türleri, hakça ilkeler ve *ex aequo et bono* çözüm yoluna dair açıklamalar yapılması ve hatta bunların *non liquet* ile birlikte değerlendirilmesi¹¹⁵ elzemdir.

112 Karşılaştırmak için bkz Ceren Zeynep Pirim, 'Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Normatif Niteliği' (2016) 7(26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 169-201.

113 Fellmeth-Horwitz (n 18) 23-24. Ayrıca bkz Ibid 177-182. Mark Weston Janis, 'Equity in International Law', in Rudolf Bernhardt (Ed), 7 *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland – Elsevier 1984) 74-78; Louis B. Sohn, 'Equity in International Law' (1988) 82 *American Society of International Law Proceedings* 277-291; Prosper Weil, 'L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice' in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996) 130.

114 *North Sea Continental Shelf* (n 104) 53.

115 Statü hazırlayıcılarının üçüncü hukuk kaynağı olarak hukukun genel ilkelerini, *non liquet* riskine karşı bir taviz olarak Statü'ye ekledikleri akıld tutulmalıdır.

III. “Medeni Milletlerce Tanınmış Hukukun Genel İlkeleri”nin Unsurları

Özel Raportör, Komisyonun çalışması için başlangıç noktasını Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38/1-c maddesi olarak belirlemiştir. Buna yönelik olarak çalışmada, Statü’de geçen ifadeler “hukukun genel ilkeleri (*general principles of law*)”, “tanınmış (*recognized*)” olma şartı ve “medeni milletler (*civilized nations*)” şeklinde unsurlarına ayrılarak incelenmiştir.

İlk olarak “hukukun genel ilkeleri” ifadesinin, bu hukuk kaynağının niteliğine, kökenine veya işlevine dair bir şey söyleyip söylemediği ele alınmıştır. Vázquez-Bermúdez, bu ifadenin uluslararası hukuka has bir kavram olmadığını özellikle belirtmiştir. Neredeyse bütün iç hukuk sistemlerinde, aynı terminolojiyle olmasa da, yer almaktadır.¹¹⁶ Raporun görüşüldüğü toplantıda Komisyon üyelerinden biri Özel Raportör’ün bu tespitine kaynak olarak saydığı örnekleri içeren paragrafa ilişkin kaygılarını ifade etmiştir. Bilindiği üzere, hukukun genel ilkelerine pozitivist yaklaşım ve doğal hukukçu yaklaşım arasında fark bulunmaktadır. Ancak Statü düzenlemesi, Komisyon üyesinin de ifade ettiği üzere pozitif hukuk olarak anlaşılmalı ve doğal hukukla karıştırılmamalıdır. Komisyon üyesine göre, bu paragrafta iç hukuklarda doğal hukuka referans verilen örneklerle yer verilmiş olmasından dolayı hukukun genel ilkelerinin doğal hukuk normları olduğu şeklinde yanlış anlaşılabilir bir durum ortaya çıkmış ancak bir açıklama yapılmamıştır.¹¹⁷

“İlke (*principle*)” ve “kural (*rule*)” terimlerinin açıklamalarına dair çeşitli görüşlere raporda özel olarak yer verilmiştir.¹¹⁸ Doktrindeki farklı görüşlere rağmen, raporda da işaret edildiği üzere, özellikle Divan yargılamaları bakımından bu iki kavramın sıklıkla birbiri yerine kullanıldığı ve aralarında ciddi bir ayrıma yer verilmediği görülmektedir.¹¹⁹ Statü’nün hazırlanması sürecinde de, Statü’de de¹²⁰ bu konuda bir ayrıma rastlamak

116 Raporda, Avusturya, İtalya, Meksika, İspanya, Mısır medeni kanunlarından ilgili kısımlar örnek olarak sayılmıştır. First Report (n 4) 42-43, para 143..

117 Park – Güney Kore, ILC’s 3489th meeting (n 5) 18.

118 First Report (n 4) 44-45, para 146-148.

119 Raporda yer verilen bir örnek olarak bu hususta bkz Maurice Mendelson, ‘The International Court of Justice and the sources of international law’ in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996) 80. Uluslararası Adalet Divanı Basit Yargılama Dairesi kendisinden meseleye uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerinin belirlenmesinin istendiği Maine Körfezi Deniz Alanlarının Belirlenmesi Davası’nda, şu değerlendirmede bulunmuştur: “Dairenin düşüncesine göre, kurallar ve ilkeler terimlerinin çağrışımları konusunda, bunlar, tek ve aynı düşünceye dair bir ikili ifade kullanımından başka bir şey değildir zira bu bağlamda, “ilkeler” açıkça hukuk ilkeleri anlamına gelmektedir ve dolayısıyla da uluslararası hukuk kurallarını içermektedir –ki bunlara “ilkeler” denmesi de, daha genel ve daha temel karakterlerinden ötürü kabul edilebilir.” *Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v United States of America)* (Judgment) [1984] ICJ Rep 288-290. Bkz First Report (n 4) 46, para 150. Çeviri için bkz Büyük (n 21) 162. Bu noktada ilke ve kural ayrımına dair Gentini Davası’nda, Hakem Ralston’ın, doktrinde de sıklıkla yer verilen, değerlendirmeleri hatırlatılabilir: Hakem’e göre, “Bir kural (règle) (...) temelde pratik (uygulamaya yönelik) tir ve, bunun ötesinde, bağlayıcıdır. ...; hükümet (yönetim) kuralları olduğu gibi, sanat kuralları da vardır, (...) öte yandan ilke (principe) (...) buna göre davranışların düzenlendiği, yaşamdaki farklı fiillerin düşünsel temelini oluşturan ve gerçeğe uygulanması bu veya şu sonucu doğuran genel bir gerçekliği ifade eder.” Bkz *Gentini Case (of a general nature)* (1903) 10 RIAA 556.

120 Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38/1-d hükmü, “hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak” kullanılacak kaynakları sayarken, “hukuk kuralları” ifadesi ile “genel hukuk ilkeleri” ne de referans vermektedir. First Report (n 4) 46, para 150.

mümkün değildir. Özel Raportör'e göre, 38/1-c hükmünde işaret edilen hukukun genel ilkelerinde, "genel ve temel" nitelikli normlara gönderme yapılmaktadır. Bu normlar belli bir derecede soyutluk içermelerinden ötürü geneldirler ve belli kuralların altında yer almaları ve önemli değerleri içermeleri bakımından temeldirler. Ancak bu iki niteliğe sahip olmayan genel hukuk ilkelerinin var olmadığı sonucuna ulaşmamak gerekir.¹²¹

Raporda yer alan, Statü metninde geçen "genel" ifadesini, hukukun genel ilkelerinin tüm devletlere uygulanması şeklinde yorumlamanın mümkün olmasına karşılık, bu konuda yerel çerçevede uygulamaya konu edilebilir ilkeleri bu genel kuralın istisnası olarak düşünmek gerektiği tespiti dikkat çekicidir.¹²² Komisyon görüşmelerinde, yerel (bölgesel) hukukun genel ilkeleri konseptine karşı çıkıldığı görülmektedir¹²³ zira Komisyon üyesine göre Divanın da Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davası'nda ifade ettiği genel uluslararası hukukun "*uluslararası toplumun tüm üyeleri üzerinde eşit güce sahip olması*" tespiti, bizzatıhi hukukun genel ilkeleri ifadesinin kendisi ile çelişmektedir. Bu itiraz değerlendirilecek olursa, öncelikle Statü'nün yazılması esnasında hukukun genel ilkeleri ifadesiyle özellikle iç hukuklarda düzenlenen hukukun birtakım evrensel ilke ve esaslarına işaret edildiği (Phillimore tarafından iyi niyet ve *res judicata* örneklerinin verilmesi gibi¹²⁴) açıktır. Ancak bununla birlikte belli bir davanın tarafı olan devletlerde ortak bir şekilde tanınan iç hukuk ilkelerinin o davaya özel olarak uygulanması konusunda Statü'de ve Statü öncesi ve sonrası uygulamalarda bir engel görünmemektedir. Hukuk sistemlerinin bölgeden bölgeye değiştiği düşünüldüğünde bu farklı sistemlerin kendi aralarında diğerlerinden farklı hukuk ilkeleri geliştirmeleri mümkündür. Her ne kadar Komisyon çalışması Statü'deki düzenlemeyi esas alıyor olsa da, özellikle Daimi Divan Statüsü'nün yazılmasından önceki uygulamaların bölgesel sayılabilecek (Roma Hukuku ve common law) ilkeleri esas aldığını söylemek mümkündür. Burada bir diğer sorun ise, Divanın önüne gelecek, taraflar arasındaki birtakım ortak ilkeleri evrensel veya genel olmadıkları gerekçesiyle uygulamaması gibi bir durumun ortaya çıkmasıdır -ki böyle bir olasılık kabul görmeyecektir. Özellikle yargı usulüne ilişkin ilkelerin bölgesel olması olasıdır ve devletlerarasında kurulan geçici tahkim mekanizmalarının bu tür bölgesel ilkelere başvurması söz konusu olabilir. Son olarak, ilkelere başvuruda genellik şartı aranmanın, bu hukuk kaynağını doğal hukuk kuralları olarak değerlendirme riski taşıması ifade edilebilir. Dolayısıyla kanaatimce Özel Raportör'ün yerel (bölgesel) hukukun genel ilkeleri olabileceğine dair tespiti yerindedir.

Özel Raportör'e göre, Statü'deki "tanınmış" olma şartı, hukukun genel ilkelerinin belirlenmesiyle yakından ilgilidir. Teamül kurallarından farklı olarak, hukuk olarak

121 First Report (n 4) 46-47, para 153-154.

122 Ibid 47, para 155.

123 Oral (Türkiye), ILC's 3492nd meeting (n 5) 8.

124 Procès-Verbaux (n 57) 335.

kabul edilmiş bir genel uygulama yerine, hukuk genel ilkelerinde bir tanınma şartı söz konusudur. Dolayısıyla bir genel hukuk ilkesini belirlemek için tanınmaya ilişkin yeterli şekilde bir inceleme ortaya konulmalıdır. Statü’yü hazırlayan Hukukçular Komitesinin medeni milletlerce tanınma şartını eklemelerindeki arka plan, hukukun belirlenmesi sürecinde hâkime çok geniş bir takdir yetkisi verilmesinin önüne geçilmesi düşüncesidir. Dolayısıyla bir genel hukuk ilkesinin ortaya çıkışı nesnel kriterler üzerinden değerlendirilmelidir.¹²⁵

Rapordaki genel kanaatin, Statü’deki “medeni milletler” ifadesinin dönemin siyasete ve hukuka bakışını yansıtan bir söylem olduğu ve doktrindeki genel kabule uygun olarak bu ifadeye herhangi bir özel anlam atfedilmemesi şeklinde olduğu görülmektedir.¹²⁶ Uygulamada da medeni ve medeni olmayan ayrımına dayanan bir ayrımın yapılmadığı ifade edilmiştir.¹²⁷

Raporda hukukun genel ilkelerinin genel olarak tanınması şartı ile Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 9. maddesi ile bağlantı kuran yazarlara da yer verilmiştir.¹²⁸ Bilindiği üzere bu maddede, Divan yargıçlarının seçiminde “*belli başlı medeniyet biçimlerini ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerini*” temsil etmelerinin göz önünde bulundurulacağı ifade edilmiştir.¹²⁹ Bu görüşe göre, iki madde birlikte yorumlandığında, Divan kürsüsünde yer alan yargıçların üzerinde ittifak edecekleri bir genel hukuk ilkesinin “medeni milletlerce kabul edilmiş” bir ilke olacağı öne sürülmüştür.¹³⁰ Michel Virally’ye referansla öne sürülen bu görüşe katıldığımı ifade etmeliyim. Yine Virally’nin de ifade ettiği üzere, tüm hukuk sistemlerinde ortak ilkelerin araştırılmasına dayanan bir karşılaştırmalı hukuk çalışması yerine böyle bir yöntem daha pragmatiktir.

125 First Report (n 4) 49, para 163-166.

126 First Report (n 4) 52-53, para 176-177.

127 First Report (n 4) 53, para 177. Bu konuda Divan uygulamalarına dair Raporda verilen örneklerden ikisi şu şekildedir: İlk olarak, 1949 tarihli Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazminine İlişkin Danışma Görüşü yargıçlarından Sergei B. Krylov’un Karşı Görüşü’nde, Divanın baş vuracağı hukuk kaynaklarını sayarken, “medeni” (civilized) ifadesini çıkartmış olması sayılabilir. Diğer örnek ise Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası’nda Yargıç Ammoun’un Ayrı Görüşü’ndeki ifadeleridir. Ammoun’a göre, “medeni milletler” ifadesi, ilgili Birleşmiş Milletler Şartı hükümleriyle uyumlu bir ifade değildir. Ona göre, medeni ve medenileşmemiş milletler ayrımı, uluslararası hukukun kurucu babaları tarafından bilinmeyen, sonradan ortaya çıkmış –ve söz konusu yargılama tarihi itibarıyla de geride kalmış- kolonyal ve sınırlı sayıda Devlet tarafından oluşturulan anlaşma ve teamül kurallarının, bütün bir milletler topluluğuna uygulandığı bir sürecin mirasıdır. Bu durum, o süreçte -kendisinin de örnek olarak sıraladığı- birtakım konferanslarda ve bazı düşünürler tarafından da teyit edilmiş ve hatta desteklenmiştir. Ancak bu durum, uluslararası hukukun hem Avrupalı hem de Avrupa dışından hukukçularının düşünceleriyle değişime uğramıştır. Yargıç Ammoun, söz konusu ifadenin, Birleşmiş Milletler Şartı’nda yer alan, devletlerin “egemen eşitliği” hükmüne de aykırılık taşınması ve özellikle de, hem uluslararası hukukun hazırlanışında yer tutan Uluslararası Hukuk Komisyonunda tüm Devletlerin bulunması ve yine, aşağıda ayrıca bahsedilecek olan, uluslararası hukukun uygulayıcısı olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 9. Maddesinde yer alan, Divanda belli başlı uygarlık biçimlerinin ve başlıca hukuk sistemlerinin temsil edilmesi hükmüyle de çelişmesi bakımından yazarlar tarafından eleştirildiğini ifade etmiştir. Ona göre, Statü’nün 38/1-c hükmüne referans verilirken “medeni” ifadesinin atılması ve “milletler tarafından tanınmış hukukun genel ilkeleri” şeklinde kullanılması veya “ulusal hukuk sistemlerinde tanınmış hukukun genel ilkeleri” şeklinde bir kullanım daha doğru olacaktır. Bkz Dissenting Opinion of Judge Krylov, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (Advisory Opinion) [1949] ICJ Rep 219; Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, *North Sea Continental Shelf* (Judgment) [1969] ICJ Rep 133-135; Büyük (n 21) 146-147.

128 First Report (n 4) 53-54, para 179-181.

129 Kuran ve diğerleri (n 41) 31.

130 Michel Virally, ‘The Sources of International Law’ in Max Sørensen (ed), *Manual of Public International Law* (Palgrave McMillan 1968) 146.

Bunun yanında Statü maddelerini birlikte yorumlamak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan genel yorum kuralına uygun olduğu gibi, Statü'deki "medeni milletler" ifadesini kullanışlı bir şekilde yorumlamak, yine andlaşmalar hukuku bakımından "etki doğurma ilkesi"ne uygun olacaktır.

Özel Raportör'e göre, uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkelerinin devletlerin egemen eşitliği temel ilkesi bağlamında düşünülmesi; bu sebeple Statü metninde geçen "medeni milletler" ifadesinin göz ardı edilmesi ve her halükârda genel olarak devletleri işaret eder şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamda tercih edilmesi gereken formülasyon "devletler tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri" şeklinde olmalıdır.¹³¹

IV. Hukukun Genel İlkelerinin Kökeni

Doktrinde uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkelerinin kökenine dair tartışmalar olmakla birlikte, Özel Raportör, hukukun genel ilkelerine dair uygulamada ve uluslararası hukukçular arasında geniş bir şekilde kabul edilen iki grubun varlığını çalışmasına taşımaktadır: ulusal hukuk sistemlerinden türetilen hukukun genel ilkeleri ve uluslararası hukuk sistemi içinde oluşan hukukun genel ilkeleri.¹³² Vázquez-Bermúdez ilk raporunda sadece bu iki kategorinin varlığına dair tespitlere yer vermiş; bu iki kaynaktan doğabilecek hukukun genel ilkelerinin belirlenmesine ilişkin kriterlerin belirlenmesini ise bir sonraki raporunda geniş bir şekilde ele almıştır.¹³³

Dolayısıyla Özel Raportör'ün, kanaatimce, başlangıçta da dolaylı olarak ifade ettiği üzere raporunda asli kaynak olarak değerlendirmemiş olmasından ötürü, diğer konularda olduğu gibi burada da doktrindeki farklı görüşlere dair açıklamalara yer vermediği görülmektedir. Burada kısaca yer verilecek olursa, uluslararası hukukçuların bir kısmının bu kaynağı hem iç hukuklardan türetilen hem de uluslararası hukuk kaynağı olarak anladıkları görülürken¹³⁴, bazılarının ise hukukun

131 First Report (n 4) 55, para 186.

132 First Report (n 4) 56, para 188.

133 Bkz Second Report (n 7) 3-56, para 5-181.

134 Bu ilkelerin her iki hukuk sisteminden doğabileceğine dair görüşün daha yaygın ve güncel olarak savunulduğunu ifade etmek mümkündür. Statü metninde hukukun genel ilkelerinin kökenine dair Statü'de bir epitete yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu kaynağa birtakım uluslararası hukuk ilkelerinin de dahil edilmesinde bir sakınca bulunmaz. Örneğin Cheng'e göre, "Bu ilkelerin iç hukukların mı, yoksa uluslararası hukukun mu genel ilkeleri olduğunu sorgulamak boşunadır zira bu ilkeler, bizzat doğası gereği, herhangi bir hukuk sistemine münhasır değildir; aksine tümünde ortaklardır. Dünya Mahkemesinin 38/1-c maddesinde öngörülen hukukun genel ilkeleri, bütün hukuk sistemlerinin temel ilkeleridir." Cheng (n 29) 390. Yargıç Tanaka ise, tartışmayı bir adım daha öteye taşıyarak, "genel hukuk ilkeleri"ne dair bir nitelendirme olmadığına göre, buradaki hukuk ifadesinin, iç hukuk, kamu hukuku, anayasa ve idare hukuku, özel hukuk, ticaret hukuku, esasa ve usule ilişkin hukuk vs. gibi hukukun tüm branşlarını karşılar şekilde anlaşılması gerektiğini öne sürmektedir; bu ilkelerin, ulusal hukukların belli kurumlarına ve kanun hükümlerine indirgenmesi doğru olmaz. Bilakis, her hukuk dalının temel kavramlarına, "medeni milletlerce tanınmış" olma şartını karşıladığı sürece, genişletilmelidir. Dissenting Opinion of Judge Tanaka, *South West Africa, Second Phase*, Judgment (ICJ Reports 1966) 295. Benzer görüşte olan yazarlara örnek olarak, Karl Wolff, Jules Basdevant, Charles Rousseau, Herman Mosler, Michael Akehurst, Oscar Schachter, Karl Zemanek, Cañado Trindade ve Türk doktrininden İlhan Lütem, Seha L. Meray ve Hüseyin Pazarıcı isimleri sayılabilir. Büyük (n 21) 120-124.

genel ilkelerini münhasıran iç hukuklardan türetilen ilkeler olarak kabul ettikleri¹³⁵ görülmektedir.

İlk raporun tartışıldığı Komisyon görüşmelerinde, Özel Raportör’ün belirlediği sınıflandırmaya ek olarak üyelerden biri tarafından sınıflandırmaya ilişkin en önemli ayırım olarak usule ilişkin ilkeler ve esasa ilişkin ilkeler ayırımına yer verilmediğine dair eleştiri gelmiştir. Komisyon üyesi, Divan yargıçlarından Trindade’nin Uruguay Kağıt Hamuru Fabrikası Davası’ndaki usule ilişkin ilkelerin genellikle iç hukuk kaynaklı ve uluslararası hukuk ilkelerinin ise esasa ilişkin olduğu görüşünü¹³⁶ örnek olarak dile getirmiş ancak buradaki görüşe de tam olarak katılmadığını ifade etmiştir. Esasa ilişkin iç hukuk ilkeleri türetilebileceği gibi, usule ilişkin uluslararası hukuk sisteminde ilkeler ortaya çıkabilir. Her durumda bu iki kategori de Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesi bağlamında hukukun genel ilkeleri olabilir ve buna dair ayırım Komisyon tarafından değerlendirilmeli ve taslak maddelere eklenmelidir.¹³⁷ Komisyon üyesinin yaptığı ayırım yerindedir. Andlaşma ve teamül hukuku kurallarının henüz düzenlemediği usule ilişkin kurallar konusunda modern uluslararası tahkimin başlangıcından itibaren yargı mercileri ve sonrasında da Uluslararası Daimi Adalet Divanı hukukun genel ilkelerinden sıklıkla yararlanmışlardır. Ancak burada ifade edilen sınıflandırmanın Özel Raportör tarafından yapılan ayırımı dışlamadığı kanaatimi belirtmeliyim. Hukukun genel ilkelerinin farklı nitelikleri göz önünde bulundurularak

135 Örneğin Max Habicht, “Lafzi bir yorum, bu hükmün hem uluslararası hukukun ilkelerine hem de iç hukuk ilkelerine uygulanacağını kabul etmelidir. Pratikte, bizi sadece ikinci grup ilgilendirmektedir zira bize göre, uluslararası hukukun genel ilkeleri, madde 38’in 1 ve 2. fıkralarıyla uygulanabilirler ve eğer 3. fıkra da bunları karşılıyorsa, bu durum sadece bir tekrar olur. Madde 38/3’ün, Divanı, medeni milletlerin iç hukuklarında kabul ettikleri ilkeleri uygulamak konusunda yetkili kıldığını altını çizmek istiyoruz.” değerlendirmesini yapmaktadır. Max Habicht, “Le Pouvoir du Juge International de Statuer « ex aequo et bono »” (1934) 49 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1935) 286-287. Yine Humphrey Waldock’a göre, “(...) anlıyoruz ki, metin, şimdiki haline, “hukukun genel ilkeleri” ile, özel olarak ulusal hukuk sistemlerinde –Lord Phillimore’un açıkladığı gibi in foro domestico- kabul edilmiş ve uygulanmış ilkeleri ifade ettiğini net olarak göstermek için iyileştirilmiştir. Diğer bir deyişle, Madde 38 ile uygulanması konusunda yetki verilen ilkeler, sadece pozitif iç hukuk genel ilkeleridir.” Humphrey Waldock, ‘General Course on Public International Law’ (1962) 106 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (Kluwer Law International 1993) 57. Burada referans verilen yazarlar dışında bu görüşte olan, Alfred Verdross, Hersch Lauterpacht, Ch. De Visscher, James L. Brierly, Louis le Fur, Michel Virally, Max Sørensen, Pierre Marie Dupuy, Antonio Cassese ve Türk doktrininden Cemil Bilsel ve Hamza Eroğlu gibi birçok isim sayılabilir. Büyük (n 21) 116-120.

136 Sep Op of Judge Trindade, *Pulp Mills* (n 29) 146.

137 Valencia-Ospina – Kolombiya, ILC’s 3489th meeting (n 5) 9-11.

farklı sınıflandırmaların yapılması mümkündür.¹³⁸

Statü’de işaret edilen hukukun genel ilkelerinin türetileceği kaynaklardan birinin ulusal hukuk sistemleri olduğu konusunda geniş bir ittifak bulunmaktadır.¹³⁹ Daha önce de ifade edildiği üzere, Statü’nün hazırlanmasıyla görevli Hukukçular Komitesi’nde Phillimore, tasarının gerekçesini açıklarken *in foro domestico* kabul görmüş ilkeler olduğunu ifade etmiştir. Aynı şekilde hem Statü öncesi uygulamada¹⁴⁰ hem de Statü’nün hazırlanması sonrasında devletlerin uygulamalarında hukukun genel ilkelerinin iç hukuklardan türetilcek ilkeler olduğuna dair bir kanaatten bahsedilmesi mümkündür.¹⁴¹

Uluslararası yargı organlarının da iç hukuklardan türetilen hukukun genel ilkelerine dayandıkları görülmektedir. Örneğin, Korfu Boğazı Davası’nda Divan tarafından, “Böyle bir devlete karşı olguların çıkarımlarına ve ikinci derece kanıtlara dair daha liberal bir yaklaşım izlenmelidir. Bu dolaylı delil (müessesesi), tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir, ve kullanımı uluslararası kararlarda tanınmaktadır. Birbirine bağlı bir dizi olguya dayanıyorsa ve mantıklı tek bir sonuca yönlendiriyorsa, bunlara, belli bir ağırlık tanınmalıdır.” denilmektedir.¹⁴² Özel Raportör’e göre buradaki “tüm hukuk sistemleri” ifadesi ulusal hukuk sistemlerini de kapsar şekilde düşünülebilir.¹⁴³ Yine Uluslararası Adalet Divanı, Güney Batı Afrika Davası’nın ikinci aşamasında,

138 Bu konuda doktrine başvurulacak olursa, örneğin Lauterpacht üçlü bir ayırım ve bunlar altında farklı kategorilere yer vermektedir: 1) andlaşmaların dışında özel hukuk analogileri, 2) andlaşmaların uygulanmasında özel hukuk analogileri ve 3) kanıt ve usule ilişkin özel hukuk kuralları. Bkz Lauterpacht, *Private Law Analogies* (n 32) 89-211. Georges Ripert, temelde dörtlü bir ayırım belirlemiştir: 1) sözleşme, 2) medeni hukuk sorumluluğu, 3) hakların yürütülmesi, 4) ispat ve yorum. Yazar her bir başlığı geniş bir şekilde alt başlıklar ve bunlara alt başlıklar halinde incelemektedir. Bkz Georges Ripert, ‘Les Règles du Droit Civil Applicables aux Rapports Internationaux (Contribution à l’Etude des Principes Généraux du Droit Visés au Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale)’ (1933) 44 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934) 569-664. Charles Rousseau, temelde ikili bir ayırma yer vermektedir. Bunlardan ilki, iç hukuk düzenleri ve uluslararası hukuk düzeninde ortak ilkeler; diğeri, münhasıran uluslararası hukuk düzenine ait ilkeler, diğere adıyla, uluslararası hukuk ilkeleri. Bkz Charles Rousseau, *Principes Généraux du Droit International Public, Tome I: Introduction - Sources* (Éditions A. Pedone 1944) 918-924. Bin Cheng hukukun genel ilkelerini 1) kendini koruma (*self-preservation*) ilkesi, 2) iyi niyet ilkesi, 3) sorumluluk konseptine ilişkin hukukun genel ilkeleri, 4) yargılama usulünde hukukun genel ilkeleri şeklinde dört temel başlık ve bunlara alt başlıklar altında sınıflandırmaktadır. Cheng (n 29) 27-394. Friedmann ise, şu şekilde üçlü bir sınıflandırma öngörmektedir: 1) yorumlamaya ilişkin genel ilkeler, 2) adaletle ilişkin usul ölçütleri, 3) esasa ilişkin genel ilkeler. Bkz Wolfgang Friedmann, ‘The Uses of ‘General Principles’ in the Development of International Law’ (1963) 57(2) *The American Journal of International Law* 286-290. Hermann Mosler 1) genel tanınmış ulusal hukuklardan alınan ilkeler, 2) Uluslararası ilişkilerden kaynaklanan genel ilkeler ve 3) her türlü hukuki ilişkiye uygulanabilecek genel ilkeler başlıkları altında alt başlıklara yer vermektedir. Bkz Mosler (n 105) 89-105. Son olarak Schachter ise, beş ayrı başlık altında genel ilkeleri sınıflandırmaktadır ancak yazar, herhangi bir ilkenin, aynı anda birden fazla başlık altında yer alabileceğini eklemeyi ihmal etmez. Buna göre, 1) “medeni milletlerce tanınmış” iç hukuk ilkeleri, 2) “uluslararası toplumun kendine has karakterinden türeyen” hukukun genel ilkeleri, 3) “hukuk düzeninin özünde ve bütün hukuk sistemlerinin temelinde yer alan” ilkeler, 4) “her türlü toplumda, hiyerarşi ve iş birliği ilişkilerinde geçerli” ilkeler, 5) “bizatihi makul ve sosyal bir varlık olarak insan doğasında yer etmiş” adalet ilkeleri. Oscar Schachter, ‘International Law in Theory and Practice, General Course in Public International Law’ (1982) 178 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (Kluwer Academic Publisher Group 1983) 75. Ayrıntılı bilgi için bkz Büyük (n 21) 170-174.

139 First Report (n 4) 56, para 190.

140 Örnek olarak Bkz Fabiani Case, La Fontaine (n 73) 356; The Pious Fund Case (n 74) 5, 12-13; Affaire de l’Indemnité Russe (n 76) 421-447.

141 Örnek olarak Bkz *Right of Passage Case*, Mosler (n 105) 99.

142 *Corfu Channel* (n 102) 18.

143 First Report (n 4) 59-60, para 204.

başvurucu devletlerin başvuru hakkının varlığına dair ileri sürdüğü *actio popularis* iddiasına ilişkin olarak, “(...) *bu iddia, Mahkemenin, bir çeşit “actio popularis” veya bir toplumun tüm üyelerine bir kamu yararının korunması amacıyla yargıya başvurma hakkını tanıması gerektiği gibi bir talep içerir. Ancak, her ne kadar bu tarz bir hak bazı iç hukuk sistemlerinde tanınmış olsa da, ne mevcut uluslararası hukuk sistemi tarafından tanınmaktadır ne de Statü’nün 38. maddesinin, 1 (c) paragrafında bahsedilen “hukukun genel ilkeleri”nin aktarılması olarak görülebilir.*” değerlendirmesinde bulunmuştur.¹⁴⁴ Dolayısıyla belki de *actio popularis* yeterli sayıda iç hukuk sistemi tarafından tanınıyor olsa idi, Divan bu ilkeyi, uygulanabilir bir hukukun genel ilkesi olarak görebilirdi.¹⁴⁵

Raporda devletlerarası tahkim ve uluslararası ceza mahkemelerinden de çeşitli örnekler yer verilmiştir.¹⁴⁶ Tüm örneklerde ortak ilkenin belirlendiği ulusal hukuk sistemlerine dair tam bir sayı verilmemiş olsa da “ulusal hukuk sistemlerinin çoğunluğunda”, “dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde” gibi ifadeler kullanılmıştır.¹⁴⁷ Bir ilkenin çoğu ulusal hukuk sisteminde tanınıyor olması, Statü’nün 38/1-c hükmü bağlamında bir hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Ek olarak bu tür bir ilkenin uluslararası hukuk sistemine uygun bir şekilde “aktarılması” ve dolayısıyla aktarılabilir olması gereklidir.¹⁴⁸

Hukukun genel ilkelerinin ikinci kategorisi, kökenleri ulusal hukuk sistemlerinde var olmayan, bunun yerine doğrudan uluslararası hukuk sisteminde ortaya çıkan ilkelerdir. Özel Raportör’e göre iç hukuklardan türetilen ilkelerde olduğu gibi, bu türden ilkelerin varlığı da uygulamada ve doktrinde kabul görmüştür. Statü metninde

144 *South West Africa, Second Phase*, Judgment (ICJ Reports 1966) 47, para 88.

145 *Ibid* 60, para 207.

146 First Report (n 4) 60-64, para 208-222.

147 *Ibid* 64-65, para 223.

148 First Report (n 4) 65, para 225. Özel Raportör bu noktada Yargıç McNair’in Güney Batı Afrika’nın Uluslararası Statüsü’ne dair danışma görüşündeki çok bilinen ifadelerini çalışmasına taşımıştır: “*Uluslararası hukuk, özel hukuk sistemlerinin birçok kural ve kurumunu almıştır ve almaya devam etmektedir. Divan Statüsünün 38/1-c maddesi, bu işlemin halen aktif olduğunun kanıtıdır ve bu maddenin, Divanı, “medenî milletlerce tanınmış genel ilkeleri uygulama” konusunda yetkili kaldığı ifade edilmektedir. Uluslararası hukuk bu kaynağa başvuracağı zaman, bu, özel hukukun kurumlarının bütünüyle (“lock, stock and barrel”) hazır bir halde ve birtakım kurullarla donanmış halde aktarılması anlamına gelmez. Böyle bir işlemi, “hukukun genel ilkeleri”nin uygulanmasıyla bağdaştırmak güç olacaktır. Kanımca, bu konuda, uluslararası mahkemelerin görevine ilişkin doğru görüş, özel hukukun kural ve kurumlarını hatırlatan herhangi bir özellik ve terime, bu kurulları ve kurulları doğrudan aktarmak yerine, takip edilecek metoda ilişkin bir ima ve ilkeler olarak bakmaktır.*” Yargıcın bu ifadeleri, hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukuk sistemine ne şekilde aktarılacağına dair doktrinde yol gösterici olarak görülmüştür. McNair, manda sisteminin tahlilini yaparken, özel hukuk terminolojisini ve kurullarını hatırlatan yeni bir yasal kurumla karşılaştığında uluslararası hukukun ne yapacağı sorusunu sormuştur. Ona göre, özel hukukun birçok kural ve kurumu, uluslararası hukuk tarafından toplanmaktadır ve toplanacaktır. Divanın Statüsü’nün 38/1-c hükmü, Divanı bu noktada yetkili kılmaktadır. Yukarıdaki ifadelerinden sonra Yargıç, temelini bu şekilde kurduğu düşüncelerden yola çıkarak, Milletler Cemiyeti dönemindeki Manda Sistemi’ni, iç hukuklardaki velayet veya vesayet sistemleriyle olan benzerlikleri üzerinden değerlendirmiş; bu kurumlardaki ortak ilkeleri ortaya dökmüş ve bunlardan yola çıkarak Manda Sistemi’ne ilişkin ilkeleri aydınlatmaya çalışmıştır. Separate Opinion By McNair, *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion (ICJ Reports 1950) 148. Çeviri için bkz Büyük (n 21) 164. Yargıç Simma tarafından ifade edilen benzer bir görüş için bkz Separate Opinion of Judge Simma, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v Greece)* (Judgment) [2011] ICJ Rep 60, para 13.

uluslararası hukuk ilkelerini dışlayan bir ifade bulunmamaktadır. Eğer bu üçüncü kaynağa diğer ikisinin düzenlemediği alanlardan doğan boşlukları doldurması için yer verilmişse, bunun sadece iç hukuk ilkeleriyle olması gerektiğini düşünmeleri pek olası değildir.¹⁴⁹

Doktrinde bu kategorideki genel ilkeler ile uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişki tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre uluslararası hukukun genel ilkeleri başlangıçtan itibaren bu ilkelerin açık bir şekilde ifade edilmesi suretiyle oluşmuş veya devletlerin bütünü tarafından *ab initio* veya tedrici olarak kabul edilmiş ve tanınmışlardır. Bu görüşe göre, buradaki süreç bir uluslararası teamül hukuku normunun oluşumu değil, 38/1-c bağlamında bir genel hukuk ilkesinin varlığını ortaya koymaktadır. Diğer bir görüş ise uluslararası hukuk sisteminde ortaya çıkan bu hukuk ilkelerinin, andlaşma veya teamül kurallarından ayırt edilemeyeceği şeklindedir.¹⁵⁰

Uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkeleri de, diğer grup için olduğu gibi, tanınma şartına tabiidir. Böyle bir tanınmanın var olan andlaşma ve teamül hukuku kurallarından çıkarım veya soyutlama yoluyla olabileceği veya Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararları gibi uluslararası örgütlerin özel meselelerdeki kararlarından çıkarılabileceği ifade edilmiştir.¹⁵¹

Özel Raportör, uygulamada bu grup hukukun genel ilkelerine yapılan başvurularda birtakım ortak özellikler tespit etmiştir: İlk olarak, andlaşmalar hukuku veya uluslararası teamül hukuku kuralları kapsamında yer almayan ve uluslararası hukukun bir parçası olan “ilkeler”e referanslar verilmektedir. İkincisi, bu tür ilkeleri belirlemek adına ulusal hukuk sistemlerinde ortak olan ilkelere işaret edilmemektedir. Üçüncüsü, bu tür ilkelerin varlığına uluslararası belgelere başvurulmak suretiyle veya uluslararası hukukun diğer kurallarının temelinde yatan ilkelerin belirlenmesiyle ulaşılmaktadır.¹⁵²

Rapora göre örneğin Korfu Boğazı Davası’nda Divan, “(...) *savaş zamanından daha fazla barış zamanlarında daha kesin olan temel insani mülahazalar (...) gibi birtakım genel ve iyi bilinen ilkeler*”e işaret etmiştir.¹⁵³ Yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından Divandan istenen Soykırım Sözleşmesine Çekinceler Danışma Görüşü’nde ise, “(...) *Sözleşme’nin temelini oluşturan medeni milletlerce tanınmış ilkeler; Devletler bakımından, bir andlaşma yükümlülüğü olmasa dahi, bağlayıcıdır.*” değerlendirmesiyle sözleşmelerde yer almasa bile var olan bir yükümlülüğe işaret ederek ve iç hukuklarda

149 First Report (n 4) 67, para 231-232. Bu hususta doktrindeki farklı görüşler için bkz yukarı, dipnot 134-135. Komisyonca dile getirilen itirazlara ise aşağıda yer verildi. Ayrıca bkz aşağı, dipnot 155.

150 First Report (n 4) 67-68, para 233.

151 First Report (n 4) 68, para 234.

152 Ibid 68, para 235.

153 *Corfu Channel* (n 102) 22.

böyle bir ortak ilkenin varlığına dair bir referans vermeden uluslararası hukukta ortaya çıkan bir genel hukuk ilkesini uygulamıştır.¹⁵⁴

Sonuç olarak, Özel Raportör’e göre Statü’de işaret edilen hukukun genel ilkeleri sadece iç hukuklardan türetilen genel ilkeleri değil, aynı zamanda uluslararası hukuk sistemi içerisinde ortaya çıkan hukukun genel ilkelerini de kapsamaktadır. Ancak Özel Raportör’ün yaptığı ayrımı yönelik hem Komisyon görüşmelerinde hem de Altıncı Komitede çeşitli itirazlar ortaya çıkmıştır. Komisyon üyelerinin geneli bu ayrımı desteklemektedir. Diğer üyeler ise, her ne kadar böyle bir kategorinin varlığını doğrudan reddetmeseler de çeşitli endişelerini dile getirmişlerdir. Bunlar genellikle uygulamada yetersizlik, teamül hukuku kurallarından ayırmanın zorluğu ve bu kategoride yer alan ilkelerin belirlenmesine ilişkin kriterlerin yeterince katı olmaması nedeniyle bu şekilde uluslararası hukuk kurallarının kolaylıkla ileri sürülebilme riski gibi başlıklar altında sayılabilir.¹⁵⁵

Vázquez-Bermúdez, bu eleştirilere karşılık, konuya ilişkin uygulamanın belirlenmesinde birtakım sorunlara işaret etmiştir. Öncelikle Divanın, 38/1-c hükmüne referans verdiği durumlar nadirdir. Ancak bu durum bir engel oluşturmamalıdır zira hem Statü’nün yazılması süreci hem de aşağıda da yer verilecek olan uygulamalar bu ikinci kategoriyi desteklemektedir. Öte yandan var olan uygulamadaki terminoloji de belirsizdir. Dolayısıyla bir davada uygulanan bir kuralın bir genel hukuk ilkesi mi yoksa bir andlaşma veya teamül kuralı mı olduğu çoğunlukla yoruma açıktır. Bunun aşılması için de, özellikle “uluslararası hukukun genel ilkeleri” veya “uluslararası hukuk ilkeleri” ifadeleri geçen uygulamaların titizlikle incelenmesi gereklidir.

154 *Reservations to the Convention on Genocide (Advisory Opinion)* [1951] ICJ Rep 23. Divanın Korfu Boğazı Davası ve Soykırım Sözleşmesi’ne Çekinceler Danışma Görüşü’nde belirlediği -ancak net bir şekilde kaynağını belirtmediği- “temel insani mülahazalar” ve devamındaki sözleşme dışı bağlayıcı kaynağa dair içtihadını sonraki bazı davalarda da uyguladığı görülmektedir. Örneğin Barcelona Traction Davası’nda “(...) bir Devletin, uluslararası toplumun bütününe karşı ve diplomatik koruma alanında diğer bir Devlete karşı ortaya çıkan yükümlülükleri arasında temel bir ayırımı yapılması gerekir. Bizatihi doğaları gereği, ilk grup, bütün Devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların önemi doğrultusunda, bütün Devletler haklarını koruması hususunda hukuki bir menfaat sahibi olarak düşünülebilirler; bahsi geçen bu yükümlülükler, erga omnes yükümlülüklerdir. Bu tür yükümlülükler, örneğin, yürürlükteki uluslararası hukuka, saldırı ve soykırımın yasaklanmasından, kölelikten ve ırk ayrımcılığından korunmayı da içerir, insanların temel haklarına ilişkin ilkeler ve kurallardan kaynaklanmaktadır. Bu türde korunan bazı haklar, genel uluslararası hukukun bir parçasıdır (Divan burada yukarıda sözü edilen Soykırım Sözleşmesi’ne Çekinceler Davası’ndaki “Sözleşme’nin temelini oluşturan medeni milletlerce tanınmış ilkeler, Devletler bakımından, bir andlaşma yükümlülüğü olmasa dahi, bağlayıcıdır.” tespiti referans vermektedir.); diğerleri ise, evrensel veya yarı-evrensel nitelikteki uluslararası metinlerle tanınmışlardır.” tespitiyle genel uluslararası hukukun bir parçası olarak sözleşme dışında olsa dahi korunan birtakım haklara referans verilmiştir. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase)* (Judgment) [1970] ICJ Rep 32. Benzer şekilde Nikaragua Davası’nda da, “12 Ağustos 1949 tarihli dördüncü Cenevre Sözleşmesinin hepsinin ortak 3. maddesi, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak birtakım kuralları tanımlamaktadır. Uluslararası silahlı çatışma ihtimalinde, bu kuralların, uluslararası çatışmalarda uygulanacak daha ayrıntılı kurallara ek olarak, minimum bir ölçü oluşturduğu konusunda şüphe yoktur; ve bu kurallar, Divana göre, Divanın 1949 yılındaki ifadesiyle “temel insani mülahazalar”ı yansıtır. Dolayısıyla, Divan, bunları, somut uyuşmazlıkta uygulanabilir bulmaktadır (...)” denilerek Korfu Boğazı Davası’ndaki “temel insani mülahazalar” içtihadını bu davaya taşımıştır. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep 114. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun isteğiyle Divanın, nükleer silahların kullanımının veya kullanılması tehdidinin hukuka uygunluğu hususunda, 1996 yılında verdiği Danışma Görüşü’nde ise, insancıl hukukun temelini oluşturan metinlerde yer alan başlıca ilkeleri saydıktan sonra şu değerlendirmede bulunmuştur: “Silahlı çatışmalarda uygulanacak çok sayıda insancıl hukuk kuralları, insana saygı ve Divanın 9 Nisan 1949 tarihli Korfu Kanalı Davası kararında ifade ettiği “temel insani mülahazalar” konularında öylesine temel kurallardır ki, Lahey ve Cenevre Sözleşmeleri, Devletlerin büyük katılımına mazhar olmuşlardır. Bunun ötesinde, bu temel kurallar, bunları içeren sözleşmeleri onaylamış olsun veya olmasınlar tüm Devletler tarafından dikkate alınmak zorundadırlar zira (bu kurallar) uluslararası teamül hukukunun vazgeçilemez ilkelerini oluştururlar.” *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 257. Daha geniş değerlendirme ve çeviriler için bkz Büyük (n 21) 305-312. (Alt çizgiler eklenmiştir.)

155 Örnek olarak Bkz Hmoud ve Park, ILC’s 3489th meeting (n 5) 14-15 ve 16-17; Rajput ve Wood, ILC’s 3490th meeting (n 5) 4, 9, 19; Argüello Gómez ILC’s 3492nd meeting (n 5) 4; Şturma ILC’s 3493rd meeting (n 5) 16.

Üçüncüsü de bazı davalarda hukukun genel ilkelerinin birinci ve ikinci kategorileri çakışmaktadır zira ikinci kategori altında değerlendirilebilecek bir ilkenin ulusal hukuk sistemlerinde de yer bulması mümkündür. Ancak bu çakışmanın da göz ardı edilmesi gerekir zira her iki kategorinin belirlenmesine ilişkin metotlar birbirinden farklıdır.¹⁵⁶

Komisyon üyelerinden gelen itirazlara karşılık Özel Raportör'ün savunduğu görüşün, yani uluslararası hukuk alanında ortaya çıkabilecek birtakım ilkelerin de var olabileceği görüşünün yerinde olduğu kanaatindeyim. Statü'nün ne lafzında ne de hazırlık çalışmalarında bu çıkarıma engel bir durum görünmemektedir. Her ne kadar, Hukukçular Komitesindeki görüşmeler esnasında Lord Phillimore, genel hukuk ilkelerinden “bütün milletlerce *in foro domestico*” kabul edilmiş ilkeleri anladığını ifade etmiş olması, bu ilkelerin sadece iç hukuklardan türetilebileceği şeklinde yorumlanmakta ise de, bu görüş yetersiz kalmaktadır. Uluslararası hukukun ortaya çıktığı dönemlerde iç hukuklardan sıkça analogi yapıldığı vakidir. Ancak, her hukuk sistemi gibi uluslararası hukukun da kendi hukuk ilkelerine, çerçeve kurallara ihtiyacı bulunmaktadır ve bunlar zaman içinde yerleşmiştir. Ülkesel yetki, deniz hukukunda yer alan açık denizlerin serbestliği ilkesi, eşit uzaklık ilkesi, denizlerde iletişim serbestliği ilkesi, Korfu Boğazı Davasında geçen insanlığın temel gereklilikleri gibi ilkeler, teamül kurallarına doğrudan dayanmadan, iç hukuklardan analogi yapılarak aktarılmadan, doğrudan uluslararası hukuk alanında ortaya çıkmışlardır.¹⁵⁷

V. Hukukun Genel İlkelerinin Belirlenmesi

A. Ulusal Hukuklardan Türetilen Hukukun Genel İlkelerinin Belirlenmesi

Özel Raportör, ulusal hukuk sistemlerinden türetilen hukukun genel ilkelerinin belirlenmesinde iki aşamalı inceleme önermektedir: ilk aşamada, dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde¹⁵⁸ ortak olarak yer alan bir ilkenin varlığının belirlenmesi; ve ikinci aşamada bu ilkenin uluslararası hukuk sistemine aktarılmasının değerlendirilmesi gerekecektir. Bu test sonucunda Divan Statüsü'nde yer alan tanınma şartı karşılanmış olacaktır. Vázquez-Bermúdez, buradaki incelemenin sıkı bir şekilde yapılması gerektiğini düşünmektedir zira bir genel hukuk ilkesinin varlığı kolay bir şekilde varsayılmaz ve varsayılmamalıdır.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Özel Raportör bu konuda *pacta sunt servanda* ilkesini örnek olarak saymıştır. Second Report (n 7) 37, para 116.

¹⁵⁷ Büyük (n 21) 137.

¹⁵⁸ Bu ifadede Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 9. maddesinde ve Uluslararası Hukuk Komisyonu Statüsü'nün 8. maddesinde yer verilen formülasyonun esas alınmış olduğu görülmektedir. Hatırlatılacak olursa Divan Statüsü'nün 9. maddesine göre, “Her seçimde seçmenler Divana seçilecek kişilerin yalnızca istenen koşulları benliklerinde toplamış olmalarını değil, aynı zamanda kurul olarak belli başlı uygarlık biçimlerini ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerini temsil etmelerini de göz önünde bulunduracaklardır.” Bkz Kuran ve diğerleri (n 41) 31. (Alt çizgi eklenmiştir.) Komisyon Statüsü'nün 8. Maddesi ise, “Seçimde, seçmenler, Komisyona seçilecek kişilerin bireysel olarak gerekli niteliklere sahip olması gerektiğini ve Komisyonda bir bütün olarak belli başlı uygarlık biçimlerini ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerini temsil etmelerini de göz önünde bulunduracaklardır.” Bkz Statute of International Law Commission, 1947 (United Nations 2005) 3. (Alt çizgiler eklenmiştir.) Bkz Second Report (n 7) 16-17, para 54.

¹⁵⁹ Second Report (n 7) 6, para 17-20.

Rapora göre ortaya çıkan ilk sorun, bu grupta yer alan bir genel hukuk ilkesinin belirlenmesi için hangi ulusal hukuk sistemlerine başvurulması gerektiğidir. Tanınma şartının sağlanması için belirleyici kriter, yapılacak karşılaştırmalı hukuk incelemesinin “dünyanın başlıca hukuk sistemleri” olarak adlandırmaya uygun bir şekilde geniş ve yeterli temsili sağlıyor olmasıdır.¹⁶⁰ Diğer yandan, bir ilkenin belirlenmesi için dünyadaki her bir ulusal hukuk sistemine ayrı ayrı bakılması da gerekli olmamalıdır. Böyle bir yöntem, hukukun genel ilkelerinin belirlenmesini imkânsız değilse bile oldukça külfetli hale getirecektir.¹⁶¹

Yeniden hatırlanacak olursa, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü’nün yazılması esnasında Hukukçular Komitesinde yeni eklenen hukuk kaynağına dair açıklamaları arasında Lord Phillimore, genel hukuk ilkelerinden “bütün milletlerce *in foro domestico*” kabul edilmiş ilkeleri anladığını ifade etmiştir.¹⁶² Ünlü hukukçunun bu düşüncesi, tayin edilecek bir genel hukuk ilkesinin belirlenmesi için bütün milletlerin ulusal hukuklarına bakılması şeklinde yorumlanabilir ise de, Özel Raportör’ün raporunda da belirttiği üzere, böyle bir yöntem, devletlerin de sayısının o döneme göre oldukça fazlaşmış olması göz önüne alındığında, gerçekten de imkânsız görünmektedir. Van Hoof, Lord Phillimore’un bu ifadesini, o zaman itibariyle Devletlerin sayısının bugüne kıyasla küçük olması ve homojen bir görünüm arz etmesine bağlamaktadır. Yazar buradan hareketle bu benzer düşüncedeki Devletlerin kendilerini “medeni”, sistemin dışına ittikleri diğer Devletleri de “medeni olmayan” olarak kabul ettiklerini ifade eder. Bugün itibariyle, Devletlerin hem sayıları artmış; hem de heterojen bir yapı ortaya çıkmıştır. Lord Phillimore’un ifade ettiği “tüm milletlerce” kabul edilme şartını yerine getirmek ve ortak ilkeleri bulmak katı bir yorum olacaktır ve oldukça zorlaşmıştır.¹⁶³

Rapora göre, uygulamada daha pragmatik bir yöntem olarak, devletler ve uluslararası mahkemeler tarafından farklı hukuk sistemlerini ve dünyanın farklı bölgelerini içeren karşılaştırmalı hukuk analizleri yapıldığı görülmektedir.¹⁶⁴ Raporda yer verilen örneklerden bazıları şu şekildedir: Alabama Talepleri tahkiminde Washington Andlaşması’nda yer alan *due diligence* teriminin anlamının belirlenmesi için tahkim heyeti Roma Hukuku’na, İngiltere, Amerika ve Kıta Avrupası hukuklarına başvurmuştur. Daimi Tahkim Mahkemesi bünyesinde görülen Pious Fund tahkiminde de *res judicata* ilkesinin içeriğinin belirlenmesi adına taraf devletler Roma Hukuku’ndan ve çeşitli Avrupa ve Amerika devletleri hukuklarından faydalanmışlardır. Geçiş Hakkı Davası’nda Portekiz, bu hakkın iç hukuklardaki varlığını teyit etmek adına 64 ulusal hukuk sisteminden (Roma ve Germen medeni hukuk sistemleri, common

160 Second Report (n 7) 7, para 25.

161 Ibid 9, para 28.

162 Procès-Verbaux (n 57) 335.

163 G. J. H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Academic Publishers 1983) 141

164 Second Report (n 7) 9-10, para 28.

law, İslam hukuku, İskandinav hukuku, Sosyalist halk cumhuriyetlerinin hukukları ve Asya hukuku düzenlemelerinin bütün hukuk sistemlerini temsil ettiği iddiasıyla karşılaştırmalı hukuk çalışmasına yer vermiştir.¹⁶⁵

Divan uygulamaları dışında, devletlerarası tahkim, yatırım tahkimleri ve uluslararası ceza hukuku yargılamalarında var olan benzer birçok örnekten bahsedilebilir.¹⁶⁶ Sonuç olarak, Özel Raportör'e göre, bir genel hukuk ilkesinin varlığının teyit edilebilmesi adına yapılan karşılaştırmalı hukuk incelemesi dünyanın farklı bölgelerini ve farklı hukuk sistemlerini kapsar şekilde geniş ve temsili olmalıdır.¹⁶⁷ Bunun ötesinde, yeterli coğrafi temsil yoksa, başlıca hukuk sistemleri arasında genel bir ilkeyi belirlemek de yeterli olmayacaktır. Örneğin Avrupadaki Roma Hukuku kaynaklı hukuk sistemleri tarafından paylaşılan genel bir ilkenin, farklı coğrafi bölgelerde bulunan ve farklı medeniyetlere ait olan diğer Roma Hukuku ülkelerinde de belirlenmesi gerekir.¹⁶⁸

Başlıca hukuk sistemlerinde var olan bir ilkenin belirlenmesi adına bu ulusal hukuk sistemlerinde var olan kurallar karşılaştırılmalı ve bunlarda ortak olan ilke çıkarılmalıdır ya da bu kuralların altında yatan ilke tespit edilmelidir.¹⁶⁹ Yine buradan hareketle, eğer farklı hukuk sistemlerinde var olan kurallar temelden birbirinden farklıysa, bunlar arasında var olan bir ortak genel hukuk ilkesinden bahsedilmesi söz konusu olmayacaktır.¹⁷⁰

Özel Raportör tarafından önerilen hukukun genel ilkelerinin belirlenmesinde iki aşamalı incelemenin ikinci adımı, bir genel hukuk ilkesinin uluslararası hukuk sistemine aktarılabilirliğinin değerlendirilmesi üzerinedir. Ulusal hukuk ve uluslararası hukukun kendilerine has özelliklerinin olması ve birçok yönden farklılaşması böyle bir testi gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla iç hukuklarda var olan ilkelerin her zaman

165 Second Report (n 7) 10, para 29-30.

166 Raporda yer verilen örnekler için bkz Second Report (n 7) 10-14, para 30-44. Yargıçların ayrı görüşlerinde aynı yöntemi benimsediği örnekler bulunmaktadır. Yargıç Ammoun'un Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası'nda Statü'nün 9. maddesi ile hakkaniyet ilkesini ilişkilendirerek yaptığı karşılaştırmalı analiz bunlardan biridir. Yargıç'a göre, "Divan Statüsü'nün 9. maddesinde işaret edilen modern dünyanın büyük hukuk sistemlerinde mündemik olan hakkaniyet ilkesi, kendisine, Batı Avrupa ve Latin Amerika hukukunda; Romano-Mediterranean (Roma-Akdeniz) jus gentium'unun doğrudan varislerinde; yardımcı olarak nitelenen hakkaniyetle güçlendirmiş ve desteklenmiş common law'da; kaynakları arasında hakça yargılama yetkisi veren 'istihsan'ı içeren, Kur'an ve İslamın dört büyük hukukçusunun Şeriat adı altında somutlaşan, hakkaniyet (ve bilhassa bunun eşdeğeri olan eşitlik) üzerinde temellenmiş İslam hukukunda; Marxist-Leninist felsefe ile harmoni içinde, ahlak hukuku ve hakkaniyet duygusuna önceliğiyle Çin hukukunda; hakkaniyet düşüncesine açık bir şekilde yer veren Sovyet hukukunda; "başka bir bağlayıcı kuralın bulunmaması halinde, bireylerin davranışlarında, hâkimlerin yargılamalarında hakkaniyete, adalete ve vicdana göre davranmaları" nı salık veren Hint hukukunda ve son olarak, teamülleri hâkime hakkaniyetten ayrılmamayı öğütleyen, Avrupalılar tarafından uzlaştırıcı rolü ve hakkaniyetli doğasına sıklıkla olduğundan az değer verilen, eski İngiliz sömürgesinde, boşlukların "adalet, hakkaniyet ve iyi niyete göre" doldurulduğu common law kuralları ve eski Fransız sömürgesinde Batı Avrupa hukuku ve Roma hukuk kuralları ile ortak bir şekilde oluşturulmuş olan diğer Asya ülkelerinin ve Afrika ülkelerinin hukuklarında yer bulur." Sep Op of Ammoun (n 128) 140-141. Çeviri için bkz Büyük (n 21) 158-159. (Alt çizgiyle eklenmiştir.)

167 Second Report (n 7) 15, para 50.

168 International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law, Report of the Seventy-Eighth Conference, Sydney (2018) 1170-1242, para 214'ten aktaran: Ibid 15, para 51.

169 Ibid 17, para 56.

170 Ibid 21, para 69.

uluslararası hukukta işleyebilir olduğu varsayılmaz. Bu nedenle, aktarım otomatik olarak gerçekleşmez.¹⁷¹

Buna göre, dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde ortak bir şekilde yer alan bir ilkenin, madde 38/1-c bağlamında bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilebilmesi için öncelikle bu ilkenin uluslararası hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olması gerekir.¹⁷² Örneğin Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası’nda Almanya’nın öne sürdüğü “*adil ve hakça paylaşım ilkesi*” iddiasına¹⁷³ karşılık Danimarka ve Hollanda, diğerleriyle birlikte, Statü’de tanımlanan hukukun genel ilkelerinin “*aynı şekilde devletler arasındaki ilişkilere de uygulanabilir*” olmaları gerektiği üzerinden itiraz etmişlerdir.¹⁷⁴ Burada Özel Raportör önemli bir tespite yer vermektedir: İç hukuklardan türetilen ilkelerin uluslararası hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olması gerekir. Öte yandan, Divan Statüsü’nün 38. maddesinde sayılan kaynaklar arasında bir hiyerarşi var olmadığından, belirlenecek genel hukuk ilkesinin burada yer alan diğer iki kaynağa da aynı şekilde uyumlu olması gerekliliği bulunmamaktadır. Bu üç kaynak arasındaki olası bir çatışma hali, *lex specialis* gibi kuralların uygulanmasıyla çözümlenecektir.¹⁷⁵

İkinci şart ise tespit edilen bir ilkenin uluslararası hukuk sisteminde uygun bir şekilde uygulanmasına imkan verecek koşulların mevcut olmasıdır. Bu kriter, ilkenin uluslararası hukuktaki amacına uygun şekilde hizmet etmesini, çarpıtma veya olası suistimallerden kaçınılmasını sağlamaya hizmet eder. Uygulamada, metodolojinin bu kısmı genellikle ulusal hukuk sistemlerinin yapısına, özellikle de kuralların veya ilkelerin uygulandığı usul çerçevelerine bakma ve uluslararası düzeyde var olan yapının ilkenin uygun bir şekilde uygulanmasına izin vermediğini belirleme ihtiyacı olarak değerlendirilmiştir.¹⁷⁶

171 Second Report (n 7) 22, para 73.

172 Ibid 23, para 75.

173 Memorial of Germany of 21 August 1967, *North Sea Continental Shelf* (n 104) 30, para 30.

174 Common Rejoinder of Denmark and the Netherlands of 30 August 1968, *North Sea Continental Shelf* (n 104) 524 para 117.

175 Second Report (n 7) 26, para 84.

176 Second Report (n 7) 26, para 85. Bu bağlamda raporda yer verilen bir örnek, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi’nin, uluslararası insan hakları sözleşmelerine göre, bir suç isnadının “kanunla kurulmuş” bir mahkeme tarafından belirlenmesi gerektiği argümanını ele aldığı Tadić davasıdır. Temyiz Dairesi, bir mahkemenin kanunla kurulması gerektiği ilkesinin “*yalnızca iç hukuk düzeninde ceza hukukunun yürütülmesinde uygulanan uluslararası yükümlülük yükleyen bir genel hukuk ilkesi*” olduğunu belirtmiştir. Daire devamında “kanunla kurulmuş” ifadesinin olası yorumlarını incelemeye devam etmiştir. İlk olası yorum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “kanunla kurulmuş” ifadesinin bir yasama organı eliyle kurulmuş olma anlamına geldiği şeklindedir. Temyiz Dairesi’nin göre iç hukuklarda var olan yasama, yürütme ve yargı erkleri ayrımı, uluslararası hukuk düzeninde ve özel olarak Birleşmiş Milletler düzeninde yer almaz. Birleşmiş Milletlerin başlıca yargı organı Uluslararası Adalet Divanı olsa da diğer iki erkin karşılığı net değildir. Sonuç olarak, bir mahkemenin “kanunla kurulması” şartının kuvvetler ayrılığı unsuru, uluslararası hukuk ortamında uygulanmamaktadır. Yukarıda bahsi geçen ilke, Devletlere yalnızca kendi ulusal sistemlerinin işleyişine ilişkin bir yükümlülük getirebilir. Dolayısıyla bu argüman reddedilmelidir. Devamında Daire, “kanunla kurulmuş” ifadesinin “hukukun üstünlüğüne uygun olarak” anlamına geldiğine dair bir yorumu değerlendirmiştir. Temyiz Dairesine göre bu ifadenin uluslararası hukuk bağlamındaki en olası ve anlamlı yorumu bu olmalıdır. Böyle bir mahkemenin hukukun üstünlüğüne göre kurulabilmesi için, uygun uluslararası standartlara göre kurulması gerekir; uluslararası kabul görmüş insan hakları belgeleriyle tam bir uyum içinde, hakkaniyet, adalet ve tarafsızlığın tüm garantilerini sağlamalıdır. Bir mahkemenin “kanunla kurulmuş” olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınması gereken önemli husus, önceden kurulmuş veya belirli bir amaç veya durum için kurulmuş olup olmadığı değildir; önemli olan yetkili bir organ tarafından ilgili yasal prosedürlere uygun olarak kurulması ve usuli adaletin gereklerine uymasındır. Bkz *Prosecutor v Duško Tadić* (Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction) IT-94-I [1995] ICTY para 41-45.

Bir ilkenin uluslararası hukuk alanına aktarıma elverişli olduğuna dair uluslararası belgeler ve özellikle andlaşmalar gibi uluslararası hukuk alanından birtakım delillerin kanıt olarak ileri sürülmesi mümkündür¹⁷⁷ zira böyle bir durumda, devletler bir ilkenin uluslararası alanda uygulanabilirliğini açık olarak tanımışlardır. Bu da bahsi geçen ilkenin uluslararası hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olduğunu ve ilkenin uluslararası hukuk sisteminde uygun bir şekilde uygulanabilir olma şartlarını taşıdığını ima etmektedir.¹⁷⁸ Bir örnek verilecek olursa, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargılama Dairesi, Tadić kararında, birçok devletin iç hukuk düzenlemelerinin bir parçası olarak görünen *non bis in idem* ilkesine Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14/7 maddesinde yer verilmesinin sonucu olarak, bu ilkenin bir uluslararası statü kazandığını ifade etmiştir.¹⁷⁹

B. Uluslararası Hukuk Sistemi İçerisinde Ortaya Çıkan Hukukun Genel İlkelerinin Belirlenmesi

Özel Raportör'e göre iç hukuklardan türetilen ilkelere olduğu gibi, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin de öncelikle ve temelde uluslararası toplumun geneli tarafından tanınma şartını sağlıyor olmaları gerekir. Bu bağlamda üç farklı tanınma biçiminden bahsetmek mümkündür: Birincisi, bir ilke andlaşmalarda veya diğer uluslararası belgelerde geniş bir biçimde tanınıyor olabilir. İkincisi, bir ilkenin andlaşmalar hukuku veya uluslararası teamül hukukunun temeline yatıyor olması mümkündür. Son olarak da, bir ilke uluslararası hukuk sisteminin temel özelliklerine ve gerekliliklerine içkin bir ilke olabilir. Bu üç tanınma şartının birbirini dışlamadığına dikkat edilmelidir. Birlikte var olmaları mümkündür.¹⁸⁰

Raporda, andlaşmalarda veya diğer uluslararası belgelerde tanınması yoluyla uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerine dair birtakım örnekler yer verilmiştir. Nürnberg Mahkemesi Şartı ve Nürnberg Yargılamalarında Tanınmış Uluslararası Hukuk İlkeleri bunlardan biri olarak sayılabilir.¹⁸¹ Benzer şekilde Soykırımın Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne konulabilecek çekinceleri değerlendirirken Divan, ulusal hukuklardan türetilmemiş olan birtakım ilkelerin varlığını incelemiştir. Divana göre bu sözleşmenin temelinde yatan ilkeler, sözleşmesel bir yükümlülük olmasa bile devletler bakımından bağlayıcı olan medeni milletlerce tanınmış ilkelere dir.¹⁸² İlk olarak 1899 II Nolu Kara Savaşının Yasa ve

¹⁷⁷ Second Report (n 7) 32, para 97.

¹⁷⁸ Ibid 34, para 106.

¹⁷⁹ Ibid 33, para 103.

¹⁸⁰ Second Report (n 7) 38, para 121.

¹⁸¹ Ibid 39-40, para 123-125.

¹⁸² Reservations to the Convention on Genocide (n 154) 15.

Teamüllerine Dair Sözleşme'nin girişine eklenen Martens Kaydı da bu hususta bir diğer örnek olarak verilebilir.¹⁸³

Rapora göre andlaşmalar hukukuna ve uluslararası teamül hukukuna ilişkin genel kuralların temelinde yatan ilkelerin tanınması, bizatihi bu kurallara dair genel tanınma durumundan çıkarılabilir.¹⁸⁴ Örneğin, Korfu Boğazı Davası'nda, Arnavutluk'un karasularında yer alan mayınlardan dolayı diğer devletleri uyarma yükümlülüğünü temellendirirken Divan, savaş zamanlarında geçerli olan Lahey Sözleşmeleri'ni uygulamamış -ki Arnavutluk zaten sözleşmenin tarafı da değildi; bunun yerine genel ve iyi bir şekilde kabul görmüş, temel insani mülhazalar başlığı altında, var olan andlaşmalar hukuk ve uluslararası teamül hukuku kurallarından süzüldüğü düşünülebilecek birtakım yükümlülükler işaret etmiştir.¹⁸⁵ Özel Raportör'e göre, bu grupta yer alan ilkelerin tespiti çıkarım yoluyla olacaktır. Uluslararası hukukun birtakım spesifik kurallarına bakılacak ve bunların altında yer alan ilkeler ortaya çıkarılacaktır. Böylece ortaya çıkarılan bir ilke, ilgili andlaşma veya teamül hukuku kurallarından bağımsız olarak ve hatta bunların yokluğunda uygulanabilecektir. Diğer bir deyişle, bahsi geçen ilke, kendisinden çıkarım yapılan uluslararası hukuk kuralının bir parçasını oluşturmaz.¹⁸⁶

Yukarıda ifade edildiği üzere, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin belirlenebileceği üçüncü bir yol, bunların uluslararası toplumun bir eseri olan uluslararası hukuk sisteminin temel özelliklerine ve temel gereksinimlerine içkin ilkeler olarak tespit edilmeleridir. Bu bağlamda önemli bir örnek, uluslararası hukuk sisteminin yapısından dolayı bu sistemin özünde yer aldığı düşünülebilecek olan yargı yetkisinin rızaya dayanmasına ilişkin ilkedir. Uluslararası hukuk sistemi egemen devletlerin eşitliğine dayanır ve bunun bir sonucu olarak, ulusal hukuk sistemlerinde olanın aksine, uyuşmazlıkların zorunlu olarak havale edildiği bir yargı sistemi mevcut değildir.¹⁸⁷ Örneğin Monetary Gold Davası'nda Divan “Arnavutluk'un uluslararası sorumluluğu hakkında onun rızası olmadan karar vermek, Divanın Statüsünde yer alan yerleşik bir uluslararası hukuk ilkesine, yani Divanın bir devlet üzerinde yargı yetkisini ancak kendi rızasıyla kullanabileceğine dair ilkeye aykırı olacaktır.”¹⁸⁸ değerlendirmesinde bulunmuştur. Divanın bu değerlendirmesinin doktrinde Monetary Gold ilkesi olarak bilindiğini eklemek gerekir.

183 “Daha eksiksiz savaş hukuku metni oluşturulana kadar, yüksek akit Taraflar, kendileri tarafından kabul edilen düzenleyici hükümlerde bulunmadığı hallerde, halkların ve savaşçıların, medeni milletler arasındaki muameleler, insancıl hukuk kurallarıyla ve kamu vicdanının gerekleriyle oluşmuş milletlerarası hukuk ilkelerinin koruması ve hükmü altında olduklarını beyan etmenin uygun olduğunu düşünmektedirler.” Scott (n 68) 100-101.

184 Second Report (n 7) 45, para 138.

185 Corfu Channel (n 142) 22.

186 Second Report (n 7) 46, para 145.

187 Ibid 47, para 146-147.

188 Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question) [1954] ICJ Rep 19.

Uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin belirlenmesine dair Özel Raportör tarafından sayılan farklı durumlardan özellikle son ikisinin, doktrindeki hukukun genel ilkeleri tartışmaları ile de ilgili olduğu kanaatindeyim. Bilindiği üzere, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nün yazıldığı dönemde özellikle klasik anlamda pozitivist ve düalist olan Anzilotti¹⁸⁹, Strupp¹⁹⁰ gibi yazarlar hukukun genel ilkeleri şeklinde yeni bir hukuk kaynağının varlığına doğrudan karşı çıkmışlar ve hukukun genel ilkelerini, teamül ve andlaşmaların içine yerleştirerek, bunların bir parçası olarak kabul etmişlerdir. Bu durumda, bu genel ilkeler, ancak uluslararası hukukun iki klasik kaynağı dâhilinde somutlaşır ve gerçekte bunların birer parçasıdır. Yeniden ifade edilecek olursa bu görüşteki yazarlar düalist yaklaşım temelinde uluslararası hukuk ve iç hukuklar arasında katı bir ayırım öngörmektedir. Klasik pozitivist düşünce açısından uluslararası hukukta hukuk yaratma yetkisi sadece devlete aittir ve bu durumda yazılı olarak veya uygulamalarla somutlaşan iki hukuk kaynağı -andlaşma ve teamül- dışında başka bir hukuk kaynağından bahsedilemez.

Öte yandan, bu pozitivist yazarlar da, bir hukuk sisteminin yürütülmesi için gerekli birtakım kuralların varlığının farkındadırlar. Zira sadece andlaşmalar ve uygulamalarla şekillenen teamül kuralları üzerinden belli bir tertip ve düzene sahip bir hukuk sisteminin yürütülmesi mümkün olmayacaktır. Bazı uluslararası hukuk kuralları, bizi devlet uygulamalarını sınırlayıcı nitelik arz ederler. Yine bazı kurallar da, Devletlerin uygulamalarına veya yaptıkları andlaşmalara ilişkin olmayıp, uluslararası yargı organlarının işleyişlerinin yürütülmesine ilişkin olabilir. Örneğin Anzilotti, andlaşmaların sadece yazılı hükümlerden oluşmadığına; bununla birlikte, bu yazılı hükümlerin mantıksal yönlendirmelerinin ve gerekli mantıksal çıkarımlarının da andlaşmaların bir parçası olduğuna işaret eder. Tarafların, andlaşmada yer alan normlara yönelik rızası, yokluklarında andlaşmanın anlamsız hale geleceği bu gizli normlara da rızaları anlamına gelir. Anzilotti, kendisine göre her hukuk sistemi için gerekli olan bu gizli normlara “yapısal kurallar” (*règles constructives*) adını vermektedir. Yazar, örneğin andlaşmaların bağlayıcılığı hususunda *pacta sunt servanda* kuralına/ilkesine referans verir ve bu kuralın yokluğunda, uluslararası hukuk sisteminin bir hipotez, bir kanıtlanamayan önerme haline geleceğini ifade eder. Benzer şekilde, teamülün bağlayıcılığının temelinde de bu kuralı yerleştirmektedir.¹⁹¹ Benzer bir yaklaşım Henkin tarafından da “temel yasa” (*basic law*) başlığında dillendirilmektedir.¹⁹²

Farklı bir örnek olarak da, yeni kurulmuş Devletlerin, uluslararası hukuk sistemine girerken, var olan bütün kurallara –ve özellikle teamül kurallarına- uymalarının beklenmesi verilebilir. Lauterpacht, pozitivist olan Oppenheim üzerinden bu örneği

189 Anzilotti (n 22) 116-118.

190 Strupp (n 22) 334-337

191 Anzilotti (n 22) 68-69, 74.

192 Louis Henkin, ‘International Law: Politics, Values and Functions’ (1989) 216 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (Kluwer Academic Publishers 1990) 52-53.

verdikten sonra, pozitivistlerin bu durumu, halihazırdaki kuralları kabul etmenin uluslararası hukuk ailesinin bir parçası olmanın şartı olduğu şeklinde açıkladıklarını; ancak bu açıklamanın da, uluslararası hukuk sisteminin objektivist yönünü gizlemek amaçlı bir kurgudan başkası olmadığını ifade etmektedir.¹⁹³

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Başkanı olan Antonio Cassese ise, uluslararası hukuk ilkelerinin varlığını kabul ederken, bunları ayrı bir kategori altında sıralamaktadır. Hatta bu ilkelerden bazılarını “kurucu ilkeler” (*constitutional principles*) olarak addeder. Ünlü hukukçu, 38/1-c maddesini yorumlarken, “*Bu ilkelerin, birtakım en önemli ortak noktalarının genelleştirilmesi ve çıkarılması yoluyla andlaşma ve teamül kurallarından süzülen değişken ve daha geniş davranış standartları olan uluslararası hukukun genel ilkeleri ile karıştırılmaması gerekir. Bunlar (uluslararası hukukun genel ilkeleri), kendi başlarına bir kaynak niteliği taşımazlar.*” değerlendirmesini yapmaktadır.¹⁹⁴

Görüleceği üzere, klasik pozitivist yazarlar da dahil olmak üzere uluslararası hukukun işlerliği adına birtakım ilkelerin varlığı zımni bir kabul görmektedir. Raporunda sayılan uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin belirlenmesine dair son iki kategorinin bu durumu doğru bir şekilde yansıttığı kanaatindeyim. Ayrıca bu değerlendirmeler ışığında, hukukun genel ilkelerinin varlığının bir zorunluluk teşkil ettiği konusunda Lauterpacht’a katıldığımı ifade etmeliyim. Anzilotti’nin yapısal kurallar açıklaması da bu tespiti desteklemektedir. Bu ilkelerin varlığını dolaylı kabul etmek ile üçüncü bir hukuk kaynağını tespit ederek bunun sınırlarını çizmek arasında bir fark bulunmamaktadır.

Değerlendirme ve Sonuç

“Medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkeleri” şeklinde bir üçüncü hukuk kaynağına Divanın önüne gelecek uyuşmazlıklarda uygulayacağı hukuk kuralları arasında yer verilmesi, her hukuk görüşü bakımından aynı şekilde kabul görmemiştir. Genel bir ayırım yapmak gerekirse, özellikle doğal hukuka yakın yazarlar bu eklemeyi memnuniyetle karşılarken, pozitivist/düalist görüşteki yazarlar açısından bu durum birtakım sorunları beraberinde getirmiştir. Bazı katı monist yaklaşıma sahip yazarların da hukukun genel ilkelerine şüpheyle yaklaştığı söylenebilir.

Hukukun genel ilkelerine ilişkin doktrin tartışmaları farklı başlıklara yayılmıştır. Uluslararası hukukçular, bu kaynağın varlığı, niteliği, özerkliği, kapsamı ve diğer iki hukuk kaynağı ile arasındaki ilişki gibi farklı konularda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Aradan geçen yüz yıllık süreçte bu teorik tartışmaların sona ermediği ancak özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde geri planda kaldığı ifade edilmelidir.

193 Lauterpacht, *Private Law Analogies* (n 32) 53.

194 Cassese (n 90) 188.

Divan Statüsü'nde hukukun genel ilkelerine ilişkin yer verilen düzenlemenin farklı hukuk görüşlerini bir araya getiren oldukça etkin bir çözüm olduğunu ifade etmek gerekir. Bu düzenleme sayesinde hem *non liquet* önüne geçilmiş hem de “medeni milletlerce” tanınma şartıyla birlikte pozitivist sınırlar içerisinde kalınması temin edilmiştir. Bunun yanında, Divan Statüsü'ne *ex aequo et bono* çözüm yolunun eklenmesiyle de hukukun genel ilkeleri hakkaniyetten ayrılmıştır. Doktrindeki tartışmalar bir yana, Divan Statüleri uluslararası toplum nezdinde yetkin bir metin olarak kabul görmüş ve sıklıkla uluslararası hukuk kaynakları sayılırken Divan Statülerinin 38. maddelerine işaret edilmiştir. Divan uygulamalarında hukukun genel ilkelerine yapılan açıktan başvurular sınırlı olmuş ise de, hem Daimi Divan Statüsü öncesi hem de Statü sonrası her iki Divanın, devletlerin ve diğer mahkemelerin uygulamaları bu hukuk kaynağına dair bir birikim oluşmasına imkan sağlamıştır.

Komisyon tarafından gündeme alınan hukukun genel ilkeleri çalışmasının bu birikimi esas aldığı görülmektedir. Özel Raportör tarafından hazırlanan ön çalışma ve iki raporun oldukça ayrıntılı hazırlandığı ifade edilmelidir. Bu çalışmalarda hem bütün bir literatürün gözden geçirildiği hem de sadece genel uluslararası hukuk değil, uluslararası ceza hukuku, uluslararası yatırım hukuku, insan hakları hukuku ve bölgesel uygulamaların ele alındığı görülmektedir. Raporda doktrine atıflar sıkça yapılmakla birlikte, hukukun genel ilkelerine ilişkin doktrin tartışmalarına yer verilmediği ve aynı şekilde Komisyon üyelerinin de doktrin tartışmalarına girmekten genellikle kaçındıkları görülmektedir. Bu noktada Komisyonun yapacağı çalışmada uluslararası hukukun asli kaynaklarını ve özellikle de devlet uygulamalarını esas almak istediği çıkarımı yapılabilir. Özel Raportör de, yönetime dair açıklamasında buna işaret etmiştir. Ancak yine de hukukun genel ilkelerinin diğerlerinden ayrı bir hukuk kaynağı olarak varlığına dair tartışmalara ve bunlara dair açıklamalara yer verilmesi faydalı olacağı gibi, buna yönelik olarak Komisyondaki farklı ekollerden hukukçuların görüşleri de aydınlatıcı olabilirdi.

Raporlarda, çalışmanın kapsamının “uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkeleri” olduğu ifade edilmiş ve metin olarak da Divan Statüsü'nün 38/1-c hükmü esas alınmıştır. Burada doktrinde yapılan farklı bir tartışma gündeme gelebilir. Hukukun genel ilkeleri, sadece Divan Statüsü'ne taraf olan devletler bakımından bağlayıcı olan bir sözleşmesel hüküm mü teşkil eder, yoksa genel uluslararası hukukun, Divan Statüsü'ne taraf olsun veya olmasın, tüm devletler bakımından bağlayıcı bir kaynağını mı oluşturmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, doktrinde yapılan tartışmalardan biri ve belki de en önemlisi bu husustur. Örneğin, bir pozitivist ve düalist olan Anzilotti'ye göre bu madde kapsamında hâkime sadece belli bir dava için iç hukuklardan bir ilke aktarma yetkisi verilmiştir ve hâkim sadece o dava için bu kuralı uygular. Ancak, Lauterpacht ve Verdross gibi doğal hukuka daha yakın yazarlar için hukukun genel ilkeleri sadece Statü'nün tarafları açısından değil,

bütün bir uluslararası toplum açısından bağlayıcı uluslararası hukuk normlarıdır. Bu tartışmalı hususlar raporlarda yeterince aydınlatılmamıştır.

Raporda *non liquet* de Komisyon tarafından ayrıca incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu konuda Komisyon farklı görüşler ifade edilmiş olsa da, bu konuda Özel Raportör’ün önerisinin yerinde olduğu kanaatindeyim. Zira hem Statü’nün hazırlandığı Hukukçular Komitesinde hem de Statü sonrasında doktrinde hukukun genel ilkeleri sıklıkla *non liquete* bir önlem olarak düşünülmüştür. Bu bakımdan bu hukuk müessesesinin de çalışmada yer alması doğru olacaktır.

Şimdiye kadar hazırlanan raporlar bakımından bir eksiklik olarak, hakkaniyet, hakça ilkeler ve hukukun genel ilkeleri arasındaki ilişkiye yer verilmemiş olması sayılabilir. Bu konu Komisyon görüşmelerinde de dillendirilmiştir. Hakkaniyetin çok daha geniş bir çalışma konusu olduğu düşünülebilir. Ancak bilindiği üzere Kuzey Denizi Kıta Sahaneli Davası’nda Divan, kararında, sınırlandırma konusunda hakça ilkeleri taraflara öneri olarak sunmuş ve doktrinde bu konu hakkaniyet ile ilişkisi bakımından kafa karışıklığına sebep olmuştur. Hakkaniyete dair yapılan *infra legem*, *praeter legem* ve *contra legem* ayrımları da dikkate alınarak bunların hangilerinin hukukun genel ilkeleri, hangilerinin ise ancak davanın taraflarının yetkilendirmesiyle uygulanacak olan hakkaniyete göre çözüm yöntemi olduğu, en azından ilkeler bazında netleştirilebilir. Özel olarak sorunun hakkaniyet *praeter legem* konusunda ortaya çıkacağı açıktır zira diğer iki gruptan birini hukukun genel ilkeleri, diğerini ise *ex aequo et bono* çözüm dahilinde yorumlamak mümkündür. Dolayısıyla böyle bir çalışma, *ex aequo et bono* çözüm yöntemine dair de bir fikir verebilecektir.

Statü’de kaynaklar arasında hiyerarşi biçiminde anlaşılacak bir ifadeye yer verilmemiştir. Hukukçular Komitesinde yer verilen “sırasıyla” ifadesi de Milletler Cemiyeti alt komisyonlarında metinden çıkarılmıştır. Dolayısıyla kaynakların ele alınmasına dair bir sıralama da öngörülmemiştir. Bu noktada genel kanaat *lex specialis* ilkesi uyarınca kaynaklar arasında bir sıralama yapılması şeklindedir -ki bu hususta bir tartışmaya girilmesine lüzum bulunmamaktadır. Ancak raporda hukukun genel ilkelerinin işlevine de ayrıntılı yer verilmemiştir. Genel olarak bu kaynağa ikame bir kaynak niteliği atfedildiği ve diğer iki kaynağın yokluğunda hukukun genel ilkelerine başvurulmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak bu husus da doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimce bizatihi *lex specialis* bir genel hukuk ilkesidir ve esasında her durumda bir mahkeme ilk olarak bu şekilde hukukun genel ilkelerini uygulamak suretiyle yargılamaya başlamaktadır. Ancak bu kuralı uluslararası hukukun yapısal kuralları arasında sayabilecek görüşlerin de var olduğu ifade edilmelidir. Sonraki raporlarda hukukun genel ilkelerinin işlevinin ve kapsamının belirlenmesinin bu hukuk kaynağı üzerindeki kafa karışıklığını gidermek konusunda ciddi faydalarının olacağı açıktır.

Son olarak, hem raporlardan hem de Komisyon tartışmalarından anlaşıldığı kadarıyla ortaya çıkan en önemli uyuşmazlık konusu, iç hukuklardan türetilen hukukun genel ilkelerinin yanında, uluslararası hukuk alanında ortaya çıkan hukukun genel ilkelerinin varlığı meselesidir. Yine uygulamadan yola çıkılacak olursa, Divanın ve diğer yargı organlarının, andlaşma veya teamül hukuku kuralı olmayan ve aynı zamanda iç hukuklardan da türetilmemiş olan birtakım ilkeleri uyguladığı görülmektedir. Bu tür bir kategorinin kabul edilmesine ne Statü’de ne de Statü’nün hazırlanması sürecinde ve uygulamada bir engel olmadığı konusunda Özel Raportör’e katıldığımı belirtmeliyim. Bu bakımdan bu ikinci kategorinin de -sonraki rapor ve görüşmelerde uygulamanın titizlikle analiz edilmesi kaydıyla- kabul edilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Aksine, Uluslararası Hukuk Komisyonunun bu çalışması sayesinde başvuruların çerçevesi netleştirilebilecektir.

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

Kitaplar ve Makaleler (Alfabetik)

- Akipek Öİ, *Devletler Hukuku - Birinci Kitap: Başlangıç* (2. Baskı, Başnur Matbaası 1965).
- Anzilotti D, *Cours de Droit International (Premier Volume)*, (Traduction française d’après la 3e édition italienne par Gilbert Gidel), (Librairie du Recueil Sirey 1929).
- D’Aspremont J, ‘What Was Not Meant to Be: General Principles of Law As a Source of International Law’ in R. Pisillo Mazzeschi and P. De Sena (eds) *Global Justice, Human Rights, and the Modernization of International Law* (Brill 2018) 185-204.
- Bayındır ÜB, *Milletlerarası Andlaşmaların Evrimsel Yorumlanması* (On İki Levha 2021)
- Bokor-Szegö H, ‘General Principles of Law’ in Mohammed Bedjaoui (ed), *International Law: Achievements and Prospects* (UNESCO 1991).
- Brierly JL, *The Law of Nations - An Introduction to the International Law of Peace* (5th Ed, Oxford University Press 1955).
- Büyük ME, *Uluslararası Daimi Adalet Divanı – Kararlar, Danışma Görüşleri ve Emirnameler (1922-1930)* (Beta 2020).
- Büyük ME, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (On İki Levha 2018).
- Cassese A, *International Law* (2nd Ed, Oxford University Press 2005).
- Cheng B, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge 2006).
- Conforti B, ‘Cours Général de Droit International Public’ (1988) 212 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1991).

- Degan VD, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff 1997).
- Dordeska M, 'General principles of law recognized by civilized nations: method, inductive-empirical analysis and (more) 'scientific' results' in Rossana Deplano (Ed) *Pluralising International Legal Scholarship* (Edward Elgar 2019) 18-44.
- Elias TO, *New Horizons in International Law* (2nd Ed, Sijthoff&Noordhoff 1980).
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha 2010).
- Fellmeth AX and Horwitz M, *Guide to Latin in International Law* (Oxford 2009).
- Friedmann W, 'The Uses of 'General Principles' in the Development of International Law' (1963) 57(2) *The American Journal of International Law*.
- Fur L le, 'Droit International de la Paix' (1935) 54 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1936).
- Fur L le, 'La Théorie du Droit Naturel Depuis le XVIIe Siècle et la Doctrine Moderne' (1927) 18 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie Hachette 1928).
- Gaja G, 'General Principles of Law', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7 (Oxford University Press 2008).
- Guggenheim P, *Traité de Droit International Public - Tome I* (Librairie de l'Université, Georg & Cie. 1953).
- Habicht M, 'Le Pouvoir du Juge International de Statuer « ex aequo et bono »' (1934) 49 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1935).
- Härle E, 'Les Principes Généraux de Droit et le Droit des Gens' (1935) 16(4) *Revue de Droit International et de Législation Comparée* 664-687.
- Henkin L, 'International Law: Politics, Values and Functions' (1989) 216 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Kluwer Academic Publishers 1990).
- Herczegh G, 'The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations' (1964) 6 *Acta Juridica* 1-35.
- Janis MW, 'Equity in International Law', in Rudolf Bernhardt (Ed), *7 Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland – Elsevier 1984).
- Kelsen H, *Principles of International Law* (Rinehart & Company Inc. 1959).
- Kolb R, *La Bonne Foi en Droit International Public: Contribution à l'Étude des Principes Généraux de Droit* (Graduate Institute Publications 2000).
- Kopelmanas L, 'Quelques Réflexions au Sujet de l'Article 38(3) du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale' (1936) 43 *Revue Générale de Droit International Public* 285-308.
- Kuran S, Aydın-Okur D, Günel RV ve Sarıbeyoğlu M, *Uluslararası Hukuk Temel Metinler* (3. Baskı, Beta 2014).
- Kwicięń R, 'The Gentle Guardians of Systemic Integration of International Law' (2017) 37 *Polish Yearbook of International Law* 235-242.
- La Fontaine H, *Pasicrisie internationale: 1794-1900 Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux* (Stämpfli & Cie. 1902).
- Lauterpacht H, 'Droit de la Paix' (1937) 62 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1938).
- Lauterpacht H, *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)* (Longmans, Green and Co. Ltd. 1927).

- Makowski J, 'L'Organisation Actuelle de l'Arbitrage International' (1931) 36 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1932).
- Mendelson M, 'The International Court of Justice and the sources of international law' in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996).
- Mosler H, 'General Principles of Law' in Rudolf Bernhardt (Ed), 7 *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland – Elsevier 1984).
- Pirim CZ, 'Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Normatif Niteliği' (2016) 7(26) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 169-201.
- Raimondo FO, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Martinus Nijhoff Publishers 2008).
- Ripert G, 'Les Règles du Droit Civil Applicables aux Rapports Internationaux (Contribution à l'Etude des Principes Généraux du Droit Visés au Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale)' (1933) 44 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey, 1934).
- Rousseau C, *Principes Généraux du Droit International Public, Tome I: Introduction - Sources* (Éditions A. Pedone 1944).
- Saganek P, 'The Sources of General International Law in the Recent Works of the International Law Commission' (2019) 39 *Polish Yearbook of International Law* 37-60.
- Sarıbeyoğlu-Skalar M, *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma* (Beta 2015).
- Scelle G, 'Essai sur les Sources Formelles du Droit International' in *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Geny, Tome III - Les Sources des Diverses Branches du Droit* (Librairie du Recueil Sirey 1935).
- Scelle G, 'Droit de la Paix' (1933) 46 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934).
- Saunders I, *General Principles as a Source of International Law Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice* (Hart 2021).
- Schachter O, 'International Law in Theory and Practice, General Course in Public International Law' (1982) 178 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Kluwer Academic Publisher Group 1983).
- Scott JB, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (3rd, Oxford University Press 1918).
- Sohn LB, 'Equity in International Law' (1988) 82 *American Society of International Law Proceedings* 277-291.
- Strupp K, 'Droit de la Paix' (1934) 47 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1934).
- Taube M de, 'Les Origines de l'Arbitrage international: Antiquité et Moyen Age' (1932) 42 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1933).
- Tunkin GI, 'International Law in the International System' (1975) 147 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 1975 (Sijthoff&Noordhoff 1978).
- Van Hoof GJH, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Academic Publishers 1983).
- Verdross A, 'Droit International de la Paix' (1929) 30 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie Hachette 1931).

- Verdross A, 'Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Internationale' (1935) 52 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Librairie du Recueil Sirey 1936).
- Verdross A, 'Les Principes Généraux du Droit Applicables aux Rapports Internationaux' (1938) 45 *Revue Générale de Droit International Public* 44-52.
- Virally M, 'The Sources of International Law' in Max Sørensen (Ed), *Manual of Public International Law* (Palgrave McMillan 1968).
- Visscher C de, 'Contribution à l'étude des Sources du Droit International' (1933) 14 *Revue de Droit International et de Législation Comparée* 395-420.
- Waldock H, 'General Course on Public International Law' (1962) 106 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Kluwer Law International 1993).
- Weil P, 'Le Droit International En Quête de Son Identité, Cours Général de Droit International Public' (1992) 237 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1996).
- Weil P, 'L'équité dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice' in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds) *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996).
- Zemanek K, 'General Course on Public International Law' (1997) 266 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (Martinus Nijhoff Publishers 1998).

Belgeler ve Kararlar (Kronolojik)

- League of Nations, Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee: June 16th-July 24th 1920 (Van Langenhuisen 1920).
- Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of Justice (League of Nations Publications 1920).
- Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court (Geneva 1921), Sub-Committee of the Third Committee, 7th meeting (1 December 1920).
- United Nations, Yearbook of International Law Commission (1949) 'Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly' UN Doc, A/CN.4/SER.A/1949.
- United Nations, Yearbook of International Law Commission (1952) Vol II, 'Documents of the fourth session including the report of the Commission to the General Assembly' UN Doc A/CN.4/SER.A/1952/Add.I.
- ILC, 'Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure Adopted by the International Law Commission at its Fifth Session' (April 1955) UN Doc A/CN.4/92.
- ILC, 'Model Rules on Arbitral Procedure with a general commentary' United Nations, Yearbook of International Law Commission (1958) Vol II, 'Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly' UN Doc A/CN.4/SER.A/1958/Add.I.
- United Nations, Yearbook of International Law Commission (2001) Vol II(2) 'Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session' UN Doc A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).

- ILC, Sixty-ninth session, 'Second report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur' (16 March 2017) UN Doc A/CN.4/706.
- ILC, Sixty-ninth session, 'Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*), Statement of the Chairman of the Drafting Committee' (26 July 2017).
- UNGA, 'Report of the International Law Commission on the Work Sixty-ninth Session' (1 May-2 June and 3 July-4 August 2017) UN Doc A/72/10.
- ILC, Seventieth session (second part), 'Provisional summary record of the 3433rd meeting' (19 July 2018) Un Doc A/CN.4/SR.3433.
- UNGA, 'Report of the International Law Commission on the Seventieth Session' (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018) UN Doc A/73/10.
- ILC, Seventy-first session (second part), 'Provisional summary record of the 3488th meeting' (23 July 2019) Un Doc A/CN.4/SR.3488.
- ILC, Seventy-first Session 'First Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (5 April 2019) UN Doc A/CN.4/732.
- ILC, Seventy-first session (second part), 'Provisional summary records of the 3488th-3494th meetings' (23 July 2019) Un Doc A/CN.4/SR.3488-3494.
- ILC, Seventy-first session (second part), 'Provisional summary record of the 3507th meeting' (9 August 2019) UN Doc A/CN.4/SR.3507.
- ILC, Seventy-second session, 'Second Report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur' (9 April 2020) UN Doc A/CN.4/741.
- ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Memorandum by the Secretariat' (12 May 2020) UN Doc A/CN.4/742.
- ILC, Seventy-second session (second part), 'Provisional summary records of the 3536th-3547th meetings' UN Doc A/CN.4/SR.3536-3547.
- ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Provisionally adopted draft conclusions' (28 July 2021) UN Doc A/CN.4/L.955.
- ILC, Seventy-second session, 'General principles of law, Provisionally adopted draft conclusions, Addendum' (29 July 2021) UN Doc A/CN.4/L.955/Add.1.

- The Pious Fund Case (USA v Mexico)* (1902) 9 RIAA 1-14.
- Gentini Case (of a general nature)* (1903) 10 RIAA 551-561.
- Affaire de l'Indemnité Russe (Russie, Turquie)* (1912) 11 RIAA 421-447.
- SS "Wimbledon" [1923] PCIJ Rep Series A No 1.*
- Question of Jaworzina (Polish-Czechoslovakian Frontier) (Advisory Opinion) [1923] PCIJ Rep Series B No 8.*
- The Mavrommatis Jerusalem Concessions [1925] PCIJ Rep Series A No 5.*
- Exchange of Greek and Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Art. 2) (Advisory Opinion) [1925] PCIJ Rep Series B No 10.*
- Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Advisory Opinion) [1925] PCIJ Rep Series B No 12.*
- Factory at Chorzów (Jurisdiction) [1927] PCIJ Rep Series A No 9.*

- Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV) (Advisory Opinion) [1928] PCIJ Rep Series B No 16.*
- Factory at Chorzów (Merits) [1928] PCIJ Rep Series A No 17.*
- Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France [1929] PCIJ Rep Series A No 19.*
- Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory (Advisory Opinion) [1932] PCIJ Rep Series A/B No 44.*
- Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion) [1949] ICJ Rep.*
- Corfu Channel (UK v Albania) (Merits) [1949] ICJ Rep.*
- Reservations to the Convention on Genocide (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep.*
- Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal (Advisory Opinion) [1954] ICJ Rep.*
- Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question) [1954] ICJ Rep.*
- Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) (Preliminary Objections) [1961] ICJ Rep 17-38.*
- Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) (Merits) [1962] ICJ Rep 6-38.*
- South West Africa (Second Phase) (Judgment) [1966] ICJ Rep.*
- North Sea Continental Shelf (Judgment) [1969] ICJ Rep.*
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase) (Judgment) [1970] ICJ Rep.*
- Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v United States of America) (Judgment) [1984] ICJ Rep.*
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep.*
- Prosecutor v Duško Tadić (Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction) IT-94-1 [1995] ICTY.*
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep.*
- Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgment) [2010] ICJ Rep.*
- Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v Greece) (Judgment) [2011] ICJ Rep.*

EK: Özel Raportör'ün Taslak Maddeler Önerisi¹⁹⁵

1- Kapsam:

İşbu taslak sonuçlar, uluslararası hukukun bir kaynağı olarak hukukun genel ilkeleriyle ilgilidir.

2- Tanıma gerekliliği:

Bir genel hukuk ilkesinin var olması için, uluslararası toplum tarafından genel olarak tanınmış olması gerekir.

3- Hukukun genel ilkelerinin kategorileri:

Hukukun genel ilkeleri şunları içerir:

(a) ulusal hukuk sistemlerinden türetilen;

(b) uluslararası hukuk sistemi içinde oluşmuş.

4- Ulusal hukuk sistemlerinden türetilen hukukun genel ilkelerinin belirlenmesi

Ulusal hukuk sistemlerinden türetilen bir genel hukuk ilkesinin varlığını ve içeriğini belirlemek için aşağıdakileri tespit etmek gerekir:

(a) dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde ortak bir ilkenin varlığı; ve

(b) uluslararası hukuk sistemine aktarılması.

5- Dünyanın belli başlı hukuk sistemlerinde ortak bir ilkenin varlığının tespiti

1. Dünyanın belli başlı hukuk sistemlerinde ortak bir ilkenin varlığını belirlemek için ulusal hukuk sistemlerinin karşılaştırmalı bir analizi gereklidir.

2. Karşılaştırmalı analiz, dünyanın farklı hukuk sistemleri ve bölgeleri dahil olmak üzere geniş ve temsili olmalıdır.

3. Karşılaştırmalı analiz, ulusal mevzuatların ve ulusal mahkemelerin kararlarının bir değerlendirmesini içerir.

6- Uluslararası hukuk sistemine aktarımın tespiti

Dünyanın başlıca hukuk sistemlerinde ortak olan bir ilke, aşağıdaki durumlarda uluslararası hukuk sistemine aktarılır:

(a) uluslararası hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olması; ve

(b) uluslararası hukuk sisteminde uygun bir şekilde uygulanması için koşulların mevcut olması.

7- Uluslararası hukuk sistemi içinde oluşan genel hukuk ilkelerinin belirlenmesi

Uluslararası hukuk sistemi içinde oluşan genel bir hukuk ilkesinin varlığını ve içeriğini belirlemek için aşağıdakileri tespit etmek gerekir:

(a) bir ilkenin anlaşmalarda ve diğer uluslararası belgelerde yaygın olarak tanındığını;

195 Second Report (n 7) 58-59.

(b) bir ilkenin andlaşma veya uluslararası teamül hukuku genel kurallarının temelini oluşturduğunu; veya

(c) bir ilkenin uluslararası hukuk sisteminin temel özelliklerine ve temel gereksinimlerine içkin olduğunu.

8- Mahkeme kararları

1. Hukukun genel ilkelerinin varlığına ve içeriğine ilişkin başta Uluslararası Adalet Divanı olmak üzere uluslararası mahkemelerin kararları, bu tür ilkelerin belirlenmesinde yardımcı araçlardır.

2. Hukukun genel ilkelerinin mevcudiyeti ve içeriğine ilişkin ulusal mahkemelerin kararlarına, bu tür ilkelerin belirlenmesine yardımcı bir araç olarak, uygun olduğu şekilde bakılabilir.

9- Öğreti

Çeşitli milletlerin en yüksek nitelikli yazarlarının öğretileri, hukukun genel ilkelerinin belirlenmesi için yardımcı bir araç olarak hizmet edebilir.



Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 29.09.2021
Revision Requested: 09.10.2021
Last Revision Received: 04.05.2022
Accepted: 17.05.2022
Published Online: 24.06.2022

The Extraterritorial Application of Human Rights Treaties in the Context of Environmental Transboundary Harm

Sınırşan Çevre Zararı Kapsamında İnsan Hakları Andlaşmalarının Ülke Dışında Uygulanması

Kazım Berkay Arslan*

Abstract

This article treats the issue of jurisdiction under human rights treaties in cases of environmental transboundary harm. It aims to cover the definitions of the environment and transboundary harm as well as the relevant rules under international environmental law applicable to environmental transboundary harm. Thereafter, it analyses the territorial scope of human rights treaties and focuses on the establishment of a jurisdictional link in cases of environmental transboundary damages. It suggests that the classical approach, which is focused on effective control over an area or persons, is not apt in this context. Rather, this article proposes the use of other approaches to jurisdiction, such as the functional approach adopted by the Inter-American Court of Human Rights which is based on an effective control over the activities causing environmental harm and consequent human rights violations. It further argues that the general rule under customary international law which prohibits States from engaging in acts causing transboundary harm could also be applied as a special feature in the context of international human rights law. Finally, this article concludes by pointing out some current challenges that need to be clarified with respect to the obligations of States arising from human rights breaches caused by environmental transboundary damages.

Keywords

Human rights, environmental transboundary harm, jurisdiction, extraterritorial application, IACTHR Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (OC-23/17)

Öz

Bu makale sınırşan çevre zararı hallerinde insan hakları andlaşmaları bakımından yetki konusunu ele almaktadır. Makalede çevre ve sınırşan zarar terimlerinin tanımları ile uluslararası çevre hukukunun sınırşan çevre zararına uygulanabilir olan ilgili hükümlerine yer verilmesi hedeflenmektedir. Ayrıca, insan hakları andlaşmalarının ülkesel kapsamı incelenmekte ve sınırşan çevre zararı hallerinde yetkinin tesis edilmesi konusuna odaklanılmaktadır. Bölge veya kişi üzerinde etkin kontrol kurulmasına odaklanmış olan klasik yaklaşımın bu bağlamda uygun olmadığı ileri sürülmektedir. Bunun yerine, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından benimsenen ve çevre zararına yol açan etkinlikler ile bu sebeple ortaya çıkan insan hakları ihlalleri üzerinde etkin kontrole dayanan fonksiyonel yaklaşım gibi farklı yetki yaklaşımlarının kullanılması tavsiye edilmektedir. Buna ek olarak, uluslararası teamül hukukundaki devletlerin sınırşan zarar meydana getiren hareketlerden kaçınmasına ilişkin genel kuralın uluslararası insan hukuku kapsamında bir özel durum olarak uygulanmasının mümkün olduğu iddia edilmektedir. Son olarak, makalede devletlerin sınırşan çevre zararlarından kaynaklanan insan hakları ihlallerinden doğan yükümlülüklerine ilişkin olarak açıklığa kavuşturulması gereken bazı güncel sorunlara değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İnsan hakları, sınırşan çevre zararı, yetki, ülke dışında uygulama, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi Çevre ve İnsan Hakları Danışma Görüşü (OC-23/17)

* Correspondence to: Kazım Berkay Arslan (Lawyer), Kabine Law Office, Istanbul, Türkiye. E-mail: kazimberkayarslan@gmail.com
ORCID: 0000-0003-0375-0029

To cite this article: Arslan KB, "The Extraterritorial Application of Human Rights Treaties in the Context of Environmental Transboundary Harm" (2022) 42(1) PPIL 455. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.1.1002432>



The Extraterritorial Application of Human Rights Treaties in the Context of Environmental Transboundary Harm

I. Introduction

Environmental protection requires international cooperation, as the environment does not have borders like States do. The Stockholm Declaration of 1972¹ and the Rio Declaration of 1992² contributed significantly to this area but many issues remain to be solved.

The developments in the area of international environmental law have coincided with the evolution of human rights law. Indeed, beginning with the Stockholm Declaration of 1972, there has been an interdependence between the environment and human rights.³ This nexus between the protection of the environment and human rights has also been acknowledged by the International Court of Justice (ICJ) in its 1997 *Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia)* decision, where it stated that “*the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn*”.⁴

Traditionally, legal scholars tend to establish a link between human rights and the environment in the context of the right to a healthy environment.⁵ Although this is a topic which is worth exploring, it should not be overlooked that the issues relating to the environment may have broader implications for the protection of human rights. In this context, it is particularly interesting to examine where international law currently stands when it comes to the human rights breaches resulting from environmental transboundary harms⁶ – the so-called “*human rights approach to extraterritorial environmental protection*”.⁷ The extraterritorial application of human rights treaties in cases of environmental transboundary harm presents numerous challenges in this regard.

This article will first analyse **(II)** the concept of environmental transboundary harm under international environmental law and determine the obligations of States in this

1 ‘Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment’ (Stockholm, 16 June 1972) UN Doc A/CONF 48/14/Rev.1.

2 ‘Rio Declaration on Environment and Development’ (13 June 1992) UN Doc. A/CONF.151/26. Rev.1.

3 United Nations High Commissioner for Human Rights, ‘Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights (Geneva 22 October 2008)’ (15 January 2009) UN Doc A/HRC/10/61 18.

4 Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia) (Judgment) [1997] ICJ Rep 7, para 53.

5 See for example, J H Knox and R Pajan, *The Human Rights to a Healthy Environment* (2nd edn, Cambridge University Press 2018).

6 Richard Bilder, ‘The Role of Unilateral State Action in Preventing International Environmental Injury’ (1981) 14 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 51, 59.

7 Jorge E. Viñuales, ‘A Human Rights Approach to Extraterritorial Environmental Protection? An Assessment’ in Nehal Bhuta (ed) *The Frontiers of Human Rights* (OUP 2016) 178-179; See also Alan Boyle and Michael Anderson (eds), *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (OUP 1996).

regard. Secondly, it will look into **(III)** the territorial scope of human rights obligations. Finally, it will treat **(IV)** the issue of jurisdiction for human rights violations arising from an environmental transboundary harm, before exploring **(V)** other related human rights issues.

II. Environmental Transboundary Harm

In order to understand the term “environmental transboundary harm”, it is necessary to **(A)** define the term *environment* and to **(B)** determine the scope of *transboundary harm*. With this understanding it is possible to **(C)** examine the rules of international environmental law relating to environmental transboundary harm.

A. Defining the “Environment”

There is no single definition of the environment under international law. However, it is possible to refer to dictionaries and international conventions to define it.⁸ Dictionaries tend to define the environment as “*the objects or the region surrounding anything*”⁹ or “*the air, water, and land in or on which people, animals, and plants live*”.¹⁰ The first approach is very broad and includes almost anything within the limit of the environment, whereas the second approach tries to limit it with the concept of nature.

International conventions prefer to define the environment as “*human health and safety, flora, fauna, soil, air, water, climate, landscape, and historical monuments or other physical structures or the interaction among these factors*”.¹¹ In particular, the Lugano Convention states that the environment includes “*natural resources both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors; property which forms part of the cultural heritage; and the characteristic aspects of the landscape*”.¹² This approach does not limit the scope of the environment to nature, as it includes some other structures. Hence, it stands between the two approaches of the dictionary definitions. Accordingly, it is possible to generally define the environment “*as including air, water, land, flora and fauna, natural ecosystems and sites, human health and safety, and climate*”.¹³

8 Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America) (Judgment) [2004] ICJ Rep 12, para 84.

9 Compact Oxford English Dictionary (2nd edn, 1991) 523.

10 Cambridge Online Dictionary <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/environment>> accessed 7 August 2021.

11 Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (adopted 25 February 1991, entered into force 10 September 1997) 1989 UNTS 309 (Espoo Convention) art 1(vii); Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (adopted 21 May 1997, entered into force 17 August 2014) (1997) 36 ILM 700, art 1(2).

12 Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment (adopted 21 June 1993) ETS No. 50 (Lugano Convention) art 2(10).

13 Iron Rhine Arbitration (Belgium v Netherlands) (2005) PCA Case no 2003-02, para 58. This article also adopts this definition.

B. Transboundary Harm

Damage or harm¹⁴ is considered transboundary when the acts originating from the territory of one State have effects on the territory of another State.¹⁵ The examples include long-range air pollution, pollution of watercourses, endangering migratory species or any damage to a shared resource.

The concept of transboundary harm has its legal roots in the *Trail Smelter* case between the United States of America and Canada. The case concerned air pollution problems in Washington, USA, which were allegedly caused by chemicals produced by a smelter located at Trail, Canada. The Tribunal concluded that the transboundary air pollution in question violated international law and laid down the main principle that transboundary harm was illegal under international law.¹⁶

Regarding the notion of “harm”, the so-called *no-harm rule* or *prevention rule* – as explained by the ICJ in its *Corfu Channel (UK v. Albania)* case – dictates that “every State [has] the obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States”.¹⁷ However, international law has evolved to not consider every transboundary harm as unlawful.¹⁸ Indeed, the ICJ accepted in its 2010 *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)* decision that only transboundary harms, which rise to a level of being “significant” are considered as being against the international legal order.¹⁹ Hence, transboundary harm violates international law only if it can be classified as significant,²⁰ which may be considered a high threshold.

The question of determining which harms qualify as being significant is a delicate one. The ICJ dealt with this issue in its 2010 *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)* and 2015 *San Juan River (Costa Rica v. Nicaragua)* decisions, however, it did not present any substantive criteria in order to determine the damage as significant. Instead, it pursued a case-by-case analysis. Nevertheless, the court’s judgments shed some light on this issue. Although the ICJ did not make a profound analysis in *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, it stated that “significant damage to the other party [...] may result from impairment of navigation, the régime of the river or the quality of its waters” and thus examined the contamination level of the River Uruguay.²¹

14 These two terms are used interchangeably for the purposes of this article.

15 Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law* (1st edn, Cambridge University Press 2003) 1.

16 *Trail Smelter (USA v Canada)* (1938) 3 R.I.A.A. 1905 1933, 1965.

17 *Corfu Channel Case (UK v Albania)* (Merits) [1949] ICJ Rep 4, 22.

18 ILC, ‘Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with commentaries’ (10 August 2001) UN Doc A/56/10 149.

19 *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* (Judgment) [2010] ICJ Rep 14, para 101.

20 P Sands and J Peel, *Principles of International Environmental Law* (4th edn, Cambridge University Press 2018) 743-744.

21 *Pulp Mills* (n 19) paras 103, 229-259.

In *San Juan River (Costa Rica v. Nicaragua)*, the ICJ asserted that States can conduct preliminary assessments to ascertain whether an activity carries a risk of significant transboundary harm.²² It noted that alternatively “*the nature and magnitude of the project and the context in which it was to be carried out*” should be taken into account for the determination of a risk of significant transboundary harm.²³ The latter conclusion of the Court seems to be more abstract and applicable for each transboundary harm. Accordingly, in order to evaluate whether a transboundary harm is significant or not and the legality of the activity in question under international environmental law, one should look at the context as well as the characteristics of the activity which causes the harm.

C. Obligations under International Environmental Law regarding Transboundary Harm

The obligations of States under international environmental law are often divided into two categories: procedural obligations and substantive obligations.²⁴ Procedural obligations relate to the obligations of States to comply with certain procedures before carrying out an activity which has a risk of causing significant transboundary harm. Substantive obligations, on the other hand, concern the obligations of States deriving from international conventions or customary international law, which aim the physical protection of the environment.

The procedural obligations concerning transboundary harm under international environmental law are the obligation to carry out an *ex ante* environmental impact assessment,²⁵ the obligation to notify²⁶ and to consult and negotiate in good faith²⁷ with the potentially affected States or populations. These obligations arise in the existence of a risk of significant transboundary harm.²⁸ The ICJ has affirmed the customary nature of these procedural obligations.²⁹

22 Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (*Costa Rica v. Nicaragua*) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (*Nicaragua v. Costa Rica*) (Judgment) [2015] ICJ Rep 665, para 154.

23 *ibid* para 155.

24 *Pulp Mills* (n 19) para 78.

25 *ibid* para 204; *Gabčíkovo-Nagymaros* (n 4) para 140; *The MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)* (Provisional Measures, Order of 3 December 2001) ITLOS Reports 2001, para 100; *Advisory Opinion on the Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area* (Advisory Opinion of 1 February 2011) ITLOS Reports 2011, para 145; *San Juan River* (n 22) para 104; *South China Sea Arbitration (Philippines v. China)* (2016) PCA Case no 2013-19, para 988; *The Environment and Human Rights*, *Advisory Opinion OC-23/17*, *Inter-American Court of Human Rights Series A No 23* (15 November 2017), para 162.

26 *Corfu Channel* (n 17) 22; *Pulp Mills* (n 19) para 115; *San Juan River* (n 22) para 104; *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights* (n 25) para 189.

27 *Lac Lanoux Arbitration (France v. Spain)* (1957) 24 ILR 101, para 1; *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands; Federal Republic of Germany/Denmark)* (Judgment) [1969] ICJ Rep 3, para 85; *Nuclear Tests Case (Australia v. France)* (Judgment) [1974] ICJ Rep 253, para 46; *Gabčíkovo-Nagymaros* (n 4) para 112; *Pulp Mills* (n 19) para 144; *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights* (n 25) para 205.

28 *San Juan River* (n 22) para 104.

29 *ibid*. It is also important to note that the ICJ considered satisfaction as the appropriate form of reparation for a breach of a procedural obligation. See *Pulp Mills* (n 19) paras 269, 275.

Substantive obligations under international environmental law are numerous, however there are certain obligations which are of special interest in the context of transboundary harm. For instance, the Convention on Biological Diversity³⁰ includes rules for the protection of the environment as a whole, the Convention on Migratory Species³¹ concerns the protection of international wildlife, the Ramsar Convention³² aims at the protection of international wetlands, the UN Convention on Law of the Sea³³ has provisions for the protection of international waters and the Basel Convention³⁴ governs the transboundary movement of hazardous waste. Under customary international law, the obligation not to cause significant transboundary harm under the principle of prevention (no-harm rule),³⁵ the precautionary principle³⁶, and the principle of inter-generational equity³⁷ may also play a role in the context of environmental transboundary harm.

III. Territorial Scope of Human Rights Obligations

It is possible that various human rights violations may occur as a result of environmental transboundary damages. It is generally accepted that States are only responsible for human rights violations they conduct on their own territories.³⁸ This may be problematic in case of transboundary harm; however, there could be some exceptions to that general rule.³⁹ For that reason, it is appropriate to highlight **(A)** the territorial scope of human rights violations in general, before turning to **(B)** the extraterritorial application of human rights treaties.

C. Human Rights Obligations in General

Human rights treaties tend to limit their application by referring to the territory or jurisdiction of a State. The International Covenant on Civil and Political Rights

30 Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79.

31 Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (adopted 23 June 1979, entered into force 1 November 1983) 1651 UNTS 333.

32 Convention on Wetlands of International Importance Especially as Waterfowl Habitat (adopted 2 February 1971, entered into force 21 December 1975) 996 UNTS 245.

33 United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 December 1994) 1833 UNTS 3.

34 Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (adopted 22 March 1989, entered into force 5 May 1992) 1673 UNTS 57.

35 Rio Declaration (n 2) Principle 2; Trail Smelter (n 15) 1965; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226, para 29; Pulp Mills (n 19) para 101; San Juan River (n 22) para 108.

36 Rio Declaration (n 2) Principle 15; Southern Bluefin Tuna (New Zealand v Japan, Australia v Japan) (Provisional Measures, Order of 27 August 1999) ITLOS Reports 1999, para 80; Seabed Advisory Opinion (n 23) para 131.

37 Rio Declaration (n 2) Principle 3; UNGA Res 35/8 (1980) UN Doc A/RES/35/8; Supreme Court of the Philippines, Juan Antonio Oposa and others v Fulgencio S. Factoran, Jr, and others, Decision of 30 July 1993, para 22; Nuclear Weapons Advisory Opinion (n 35) para 36; Gabčíkovo-Nagymaros (n 4) para 140; Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua, Inter-American Court of Human Rights Series C No 79 (31 August 2001) para 149.

38 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) [2004] ICJ Rep 136, para 109.

39 Marko Milanovic, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties (1st edn, Oxford Monographs in International Law 2011) 23.

announces in Article 2(1) that a State must respect and protect the rights of individuals “*within its territory and subject to its jurisdiction*”.⁴⁰ Under Article 1 of the European Convention on Human Rights, States are obliged to secure the rights and freedoms of “*everyone within their jurisdiction*”.⁴¹ Similarly, the American Convention on Human Rights states in Article 1(1) that States are under an obligation to respect the rights of “*all persons subject to their jurisdiction*”.⁴²

In contrast, certain treaties such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,⁴³ the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women⁴⁴, and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities⁴⁵ do not contain a clause regarding the scope of its application.⁴⁶ Hence, a distinction can be made between the treaties that contain a dedicated provision on territorial application/jurisdiction and the treaties with no provisions on territorial application/jurisdiction.

The term “jurisdiction” is key for determining the scope of human rights treaties. The International Court of Justice,⁴⁷ the European Court of Human Rights,⁴⁸ the Inter-American Court of Human Rights,⁴⁹ the African Commission on Humans and Peoples’ Rights⁵⁰ and the United Nations Human Rights Committee⁵¹ accept that jurisdiction refers primarily to the responsibility of States for the human rights breaches conducted *within their national borders*, with some exceptions that are to be interpreted restrictively.

40 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171, art 2(1).

41 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) 213 UNTS 221, art 1.

42 American Convention on Human Rights “Pact of San José, Costa Rica” (adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978) 1144 UNTS 123, art. 1(1).

43 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3.

44 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (adopted 18 December 1979, entered into force 3 September 1981) 1249 UNTS 13.

45 Convention on the Rights of Persons with Disabilities (adopted 13 December 2006, entered into force 3 May 2008) 2515 UNTS 3.

46 Milanovic (n 39) 17.

47 Wall Advisory Opinion (n 38) para 109; Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda) (Judgment) [2005] ICJ Rep 168, para 216.

48 Loizidou v Turkey (Preliminary Objections) App no 15318/89 (ECtHR, 23 March 1995) para 62; Banković and others v Belgium and others App no 52207/99 (ECHR, 12 December 2001) para 59; Ilaşcu and others v Moldova and Russia App no 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004) para 312; Al-Skeini and others v UK App no 55721/07 (ECHR, 7 July 2011) para 131; Catan and others v Moldova and Russia App nos 43370/04, 8252/05 and 18454/06 (ECtHR, 19 October 2012) para 104.

49 Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-American Court of Human Rights Series A No 21, para 61; Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (n 25) para 73.

50 Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v Djibouti Comm no 383/10 (African Commission on Human and Peoples’ Rights, 14 October 2014) para 134.

51 Lilian Celiberti de Casariego v Uruguay Comm no 56/1979 (Human Rights Committee, 29 July 1981) para 10.3; Sergio Euben Lopez Burgos v Uruguay Comm no R.12/52 (Human Rights Committee, 29 July 1981) para 12.1.

Accordingly, in general, human rights treaties apply territorially.⁵² It does not matter whether a treaty contains a provision on territorial application/jurisdiction or not.⁵³

D. Extraterritorial Application of Human Rights Treaties

Although human rights treaties apply primarily territorially, in certain cases it is possible for human rights treaties to apply extraterritorially.⁵⁴ In this regard, it is necessary for a State to exercise jurisdiction outside of its territory.⁵⁵

Jurisdiction in this sense refers to the relationship between an individual and a State and acts as a threshold criterion.⁵⁶ As such, it concerns whether a State can be held responsible for violations of an individual's human rights.⁵⁷ In this sense, it revolves around the question of whether there has been human rights obligation in a given case rather than whether it has been breached.

According to the *classical approach*, international courts and human rights bodies seek that States either exercise control over an area or over persons outside of their territory in order to apply human rights treaties in an extraterritorial context.⁵⁸ The legality of this control is irrelevant for the extraterritorial application of human rights treaties.⁵⁹ The examples in this regard include military occupations or interventions,⁶⁰ military facilities outside the territory of a State⁶¹ or the exercise of physical power or control over a person abroad.⁶²

52 Michał Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (1st edn, Intersentia 2009) 360.

53 Wall Advisory Opinion (n 38) para 112; Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, 'Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories' (2004) 37 *Israel Law Review* 17, 60.

54 It should be noted that extraterritorial application of human rights treaties does not fall within the scope of article 29 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides that treaties apply on the entire territory of States parties. This provision should not be interpreted in a way to suggest that human rights treaties should be applied strictly on a territorial basis. This is because it tries to deal with the problems of application of international treaties with regard to federal States and States having overseas territories. The commentary of the text also supports this view. As such, article 29 of the Vienna Convention on the Law of Treaties does not prevent extraterritorial application of human rights treaties. See Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331, art 29.

55 Wall Advisory Opinion (n 38) para 109.

56 Lea Raible, *Human Rights Unbound* (1st edn, OUP 2020) 77, 100.

57 Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (2nd edn, OUP 2015) 22.

58 Loizidou (n 48) para 62; Banković (n 48) para 70; Ilaşcu (n 48) para 312; Al-Skeini (n 48) para 138; Catan (n 48) para 106; Hassan v UK App no 29750/09 (ECHR, 16 September 2014) para 75; Jaloud v the Netherlands App no 47708/08 (ECtHR, 20 November 2014) paras 133, 138; Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (n 23) para 79. Besson argues that jurisdiction means de facto legal and political authority. Although this understanding is slightly different from the classical approach, this article will treat it under this heading due to clarity and its consequences being same for the examination made under this article. See Samantha Besson, 'The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to' (2012) 25(4) *Leiden Journal of International Law* 857, 884.

59 Loizidou (n 48) para 62; Al-Skeini (n 48) para 138; Catan (n 48) para 106.

60 See for example, Loizidou (n 48); Cyprus v Turkey App no 25781/94 (ECtHR, 10 May 2001); Ilaşcu (n 48); Manitaras and Others v Turkey App no 54591/00 (ECtHR, 3 June 2008); Catan (n 48); Pisari v Republic of Moldova and Russia App no 42139/12 (ECtHR, 21 April 2015).

61 See for example, Djamel Ameziane v USA Report no 17/12 (IACHR, 20 March 2012).

62 See for example, Armando Alejandro Jr et al v Cuba Report no 86/99 (IACHR 29 September 1999); Öcalan v Turkey App no 46221/99 (ECtHR, 12 May 2005); Al-Saadoon and Mufdhi v UK App no 61498/08 (ECtHR, 2 March 2010); Al-Skeini (n 48).

The nature of the control that is to be exercised by States in order to establish jurisdiction is debated. Although it has been argued that the test of “overall control” is appropriate in the context of extraterritorial application of human rights treaties,⁶³ the case law seems to support the necessity of the existence of an “effective control” in order to hold a State responsible for human rights breaches that it conducts outside of its own territory.⁶⁴ Thus, the general rule for the extraterritorial application of human rights treaties requires the existence of effective control either over an area or over persons outside of a State’s territory.⁶⁵

In response to this classical and rather conservative approach, Marko Milanovic suggests that a distinction should be made between the negative and positive obligations of States under human rights law.⁶⁶ He states that since negative obligations require States to refrain from infringing the rights of individuals, there is not a direct link between the control exercised by a State and the violation of human rights in question.⁶⁷ Therefore, he argues that the violations of negative obligations should be subject to an unlimited territorial scope.⁶⁸ On the other hand, positive obligations demand States take action to ensure the protection of the rights of individuals. Hence, they necessitate “*a far greater degree of control*”.⁶⁹ For this reason, it is reasonable to analyse whether a State exercises effective control over an area or persons in order to hold it responsible for extraterritorial human rights violations arising from positive obligations.⁷⁰

The Human Rights Committee (HRC) takes the view that “*it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory*”.⁷¹ This view, also referred to as the *functional approach*, focuses on a State’s power or ability to affect the enjoyment of rights, rather than its control over territory or persons.⁷² In its General Comment No. 31, the HRC refers to power by stating that “*a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party*”⁷³

63 United Nations Human Rights Committee, ‘Concluding Observations on the Fourth Report of the United States of America’ (23 April 2014) UN Doc CCPR/C/USA/CO/4 para 22.

64 Wall Advisory Opinion (n 38) para 112; Armed Activities (n 47) para 216; Ilaşcu (n 48) para 312.

65 James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9th edn, OUP 2019) 626.

66 Milanovic (n 39) 209.

67 *ibid* 210.

68 *ibid* 215.

69 *ibid* 210.

70 *ibid* 216.

71 See for example, Lopez Burgos (n 51) para 12.3.

72 Yuval Shany, ‘Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law’ (2013) 7 *Law & Ethics of Human Rights* 47, 64-67.

73 United Nations Human Rights Committee, ‘General Comment No. 31: The Nature of the General Obligation Imposed on States Parties to the Covenant’ (29 March 2009) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 para 10.

and in its General Comment No. 36, it puts the emphasis on enjoyment of rights as it notes that “*a State party has an obligation to respect and to ensure the rights of [...] all persons subject to its jurisdiction, that is, all persons over whose enjoyment of the right to life it exercises power or effective control.*”⁷⁴ The African Commission on Human and Peoples’ Rights also refers to the functional approach in its General Comment No. 3 with a reference to power and enjoyment of rights: “*The nature of these obligations depends for instance on the extent that the State has jurisdiction or otherwise exercises effective authority, power, or control over either the perpetrator or the victim (or the victim’s rights), [...] or whether the State engages in conduct which could reasonably be foreseen to result in an unlawful deprivation of life.*”⁷⁵

This functional approach to extraterritorial jurisdiction was applied in *A.S. and others v. Malta*⁷⁶ and *A.S. and others v. Italy*⁷⁷ cases, where the HRC found that migrants in the Mediterranean Sea were within the jurisdiction of Malta and Italy, based on the “*direct and reasonably foreseeable causal relationship*” between the conduct of these States and the concerned individuals.⁷⁸ In a similar vein, the Committee on the Rights of the Child also applied the functional test in *L.H. v. France*⁷⁹ to find that children with French nationality in Syrian camps controlled by Kurdish forces fell within the jurisdiction of France, as it “*has the capability and the power to protect the rights of the children in question by taking action to repatriate them or provide other consular responses*”.⁸⁰

The European Court of Human Rights (ECtHR) tends to adopt the classical approach seeking effective control over territory or persons in order to establish extraterritorial jurisdiction of a State party. This is prominent in two recent judgments of the court, namely *Ukraine v. Russia* and *Georgia v. Russia (II)*.⁸¹ However, in a few cases the ECtHR seems sympathetic to the application of a functional approach. Take for example *Pad v. Turkey*, where the court found that the victims in Iran killed by gunfire from the Turkish territory were within the jurisdiction of Turkey, although it did not exercise

74 United Nations Human Rights Committee, ‘General Comment 36: Article 6 right to life’ (30 October 2018) UN Doc CCPR/C/GC/36 para 63.

75 African Commission on Human and Peoples’ Rights, ‘General Comment No. 3: The Right to Life (Article 4)’ (12 December 2015) para 14.

76 *A.S. and others v Malta* Comm no 3043/2017 (Human Rights Committee, 13 March 2020) para 6.7.

77 *A.S. and others v Italy* Comm no 3042/2017 (Human Rights Committee, 4 November 2020) para 7.8.

78 See for a critique of these decisions Marko Milanovic, ‘Drowning Migrants, the Human Rights Committee, and Extraterritorial Human Rights Obligations’ (EJIL:Talk!, 16 March 2021) <<https://www.ejiltalk.org/drowning-migrants-the-human-rights-committee-and-extraterritorial-human-rights-obligations/>> accessed on 7 August 2021.

79 *L.H. and others v France* Comm nos 79/2019 and 109/2019 (CRC, 30 September 2020) para 9.7.

80 See for a critique on the Committee’s reliance on nationality Marko Milanovic, ‘Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights’ (EJIL:Talk!, 10 November 2010) <<https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>> accessed on 7 August 2021.

81 *Ukraine v Russia (Re Crimea)* App nos 20958/14 and 38334/18 (ECtHR, 16 December 2020) para 303; *Georgia v Russia (II)* (Merits) App no 38263/08 (ECtHR, 21 January 2021) para 81.

any control over that area or the victims themselves.⁸² In addition – and perhaps more importantly – the ECtHR leaves an open door when applying the classical approach by referring to “special features,” which may establish extraterritorial jurisdiction. For instance, the court cited the start of an investigation in *Güzelyurtlu v. Turkey*⁸³ and the duty to investigate under the procedural limb of the right to life in *Hanan v. Germany*⁸⁴ as special features, which would establish extraterritorial jurisdiction.

The Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) adopts a functional approach based on the concepts of power and enjoyment of rights. In its *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights*, the court concluded that the mere existence of a causal link between the acts and the alleged violations of human rights is sufficient to establish the jurisdiction of a State.⁸⁵ This decision will be explained more in detail in the following section, as it illustrates the interplay between human rights and environmental transboundary harm.

IV. Jurisdiction in Cases of Environmental Transboundary Harm

An environmental harm originating from the territory of a State may have multiple effects on the territory of another State and infringe the rights of individuals present on the territory of the latter State. This is because there is a close relationship between the protection of the environment and human rights.⁸⁶ For instance, environmental harms may affect the right to life,⁸⁷ the right to health,⁸⁸ the right to food,⁸⁹ the right to water,⁹⁰ the right to a healthy environment,⁹¹ the right to property,⁹² the right to humane treatment,⁹³ the right to private life⁹⁴ and the right to information.⁹⁵ The protection of these rights is equally important in a transboundary context.⁹⁶

82 Pad and others v Turkey App no 60167/00 (ECtHR, 28 June 2007) paras 52-55. For an example, which does not involve an element of proximity, see Carter v Russia App no 20914/07 (ECtHR, 21 September 2021) para 130.

83 Güzelyurtlu v Turkey App no 36925/07 (ECtHR, 29 January 2019) para 194.

84 Hanan v Germany App no 4871/16 (ECtHR, 16 February 2021) para 143.

85 Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (n 25) para 101.

86 OHCHR Climate Change (n 3) 18. For a discussion on why environmental law does not apply as *lex specialis* see, Viñuales (n 7) 190.

87 See for example, Öneriyıldız v Turkey App no 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004).

88 See for example, United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘General Comment No. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health’ (11 August 2000) E/C.12/2000/4 para 11.

89 See for example, United Nations Human Rights Council, ‘Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Jean Ziegler’ (10 January 2008) UN Doc A/HRC/7/5 paras 21-23.

90 See for example, Dzemyuk v Ukraine App no 42488/02 (ECtHR, 4 September 2014).

91 See for example, Yakyé Axa Indigenous Community v Paraguay, Inter-American Court of Human Rights Series C No 125 (17 June 2005).

92 See for example, Awas Tingni (n 37).

93 See for example, Moiwana Community v Suriname, Inter-American Court of Human Rights Series C No 124 (15 June 2005).

94 See for example, López Ostra v Spain App no 16798/90 (ECtHR, 9 December 1994).

95 See for example, Taşkın and others v Turkey App no 46117/99 (ECtHR, 10 November 2004).

96 Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (n 25) para 104.

A particular connection exists between the positive obligations of States under international human rights law and the precautionary principle under international environmental law. According to the precautionary principle, States are not allowed to rely on scientific uncertainties in order to refrain from adopting appropriate measures to ensure the protection of the environment.⁹⁷ This principle can be considered a customary rule of international law.⁹⁸ When applied in the context of human rights violations arising from environmental transboundary damages, it could constitute a basis for States to comply with their duties to respect, protect and fulfil.⁹⁹

As explained above, human rights treaties apply to States beyond their national territories only with the establishment of a jurisdictional link.¹⁰⁰ The question of jurisdiction in this context is closely related to the enjoyment of the human rights of individuals and environmental damage.¹⁰¹

In almost all previous cases concerning extraterritorial application of human rights obligations, all elements of a violation take place outside the concerned State's territory, such as in cases of military occupation. This means that the perpetrator(s) and the victim(s) and/or the conduct and the breach were all outside the territory of the concerned State.

However, when acts originating from one State and causing damage on the territory of another State violate the rights of individuals in the territory of the latter State, some elements (perpetrators and conduct) are situated within the concerned State's territory, whereas other elements (victims and breach) have an extraterritorial dimension. For instance, imagine a scenario whereby State A fails to prevent dangerous substances from mixing into a river, which continues to flow into State B. The contaminated water harms a habitat, including animals and plants, which are the main source of living and economy of a community living around that river. The destruction of this habitat would force the community to migrate and affect many aspects of their lives, which may result in numerous violations of human rights. Accordingly, this contamination caused by State A's failure – which is an environmental transboundary harm – may deprive a community in State B of their rights. Would the fact that the failure to prevent contamination occurred in State A, whereas the human rights breaches arising thereof took place in State B – instead of all of them occurring in State A or State B – have any effects on the analysis of jurisdiction?¹⁰²

97 Rio Declaration (n 2) Principle 15.

98 Tuna (n 36) para 80. It is disputed whether the precautionary principle can be classified as a customary rule of international law. For a criticism of the precautionary principle see Cass R. Sunstein, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle* (1st edn, Cambridge University Press 2005).

99 OHCHR Climate Change (n 3) 91.

100 Olivier De Schutter, *International Human Rights Law* (1st edn, Cambridge University Press 2010) 124.

101 Viñuales (n 7) 186-187.

102 Viñuales (n 7) 192.

Although there have been several instances where international courts and tribunals had to deal with the issue of extraterritorial application of human rights obligations, the case law with respect to the extraterritorial application of human rights treaties in the context of environmental transboundary harm remains limited.¹⁰³ Thus, the general practice of international fora should be examined in order to provide an answer to this question.

D. The Classical Approach

The ICJ has only had the opportunity to decide on two cases concerning extraterritorial application of human rights obligations, which were in the context of a foreign military occupation. In both cases, it relied on the exercise of an effective control over occupied territories in order to establish a jurisdictional link.¹⁰⁴ Accordingly, the ICJ seems to be in favour of the classical approach explained above.

The ICJ almost had the occasion to pronounce itself on State responsibility for human rights violations arising from environmental transboundary harms in *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*. The underlying facts concerned Colombia's aerial herbicide spraying programme on coca leaf plantations near its border with Ecuador within the framework of its fight against illicit drugs and the effects that these herbicides had on the environment and people in Ecuador. In that case, Ecuador argued *inter alia* that Colombia's spraying programme near its border to Ecuador was resulting in serious damages both to the environment and to the human rights of Ecuadorians living along the border, such as the right to life and the right to health.¹⁰⁵ Colombia disagreed with Ecuador and maintained that Ecuador's human rights-related arguments relied on a cause and effect notion of jurisdiction which was not accepted under international law. Ultimately, the ICJ did not have a chance to decide on the issue of extraterritorial application of human rights obligations as Colombia agreed to cease its spraying programme and the case was discontinued with the agreement of both parties.¹⁰⁶

The case-law of the ECtHR could be a guide for determining the territorial scope of human rights obligations in cases of environmental transboundary harm, although the court itself has never decided on a case concerning the protection of human rights in an

103 The ECtHR clarified that the legality of the act which contributes to the establishment of a jurisdictional link is irrelevant. It ruled in numerous cases that regardless of the legal nature of a military occupation, a jurisdictional link may be established based on that occupation. Accordingly, whether an environmental transboundary harm violates international environmental law – i.e., whether it is significant or not – a State may still be liable for human rights violations arising therefrom. See also, Nehal Bhuta, 'The Frontiers of Extraterritoriality – Human Rights Law as Global Law' in Nehal Bhuta (ed) *The Frontiers of Human Rights* (OUP 2016) 18.

104 Wall Advisory Opinion (n 38) 112; Armed Activities (n 47) para 220.

105 Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v Colombia) (Discontinued) Memorial of Ecuador para 9.42.

106 Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v Colombia) Order of 13 September 2013.

environmental context.¹⁰⁷ The ECtHR opened the gates for the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights with its *Loizidou v. Turkey* decision, where it stated that “*the responsibility of Contracting Parties can be involved because of acts of their authorities, whether performed within or outside national boundaries, which produce effects outside their own territory*”.¹⁰⁸ Then, the court took a turn in *Banković v. Belgium and others* and ruled for the absence of jurisdiction when there is an airstrike by denying a “cause-and-effect” notion of jurisdiction.¹⁰⁹ After this turn, the ECtHR started to lower the required level of control in order to establish a jurisdictional link within the meaning of Article 1(1) of the European Convention on Human Rights.¹¹⁰ It nevertheless stuck to the classical approach, eased with a few other concepts.¹¹¹

As explained above, the classical approach requires States to exercise effective control over territory or persons in order to establish extraterritorial jurisdiction. In cases of environmental transboundary harm, the State from which the acts originate neither controls a portion of the territory of the other State, nor does it exercise any control over the persons of which the rights have been infringed.¹¹² Accordingly, when applied in the context of an environmental transboundary harm, the classical approach dictates that the human rights victims of an environmental transboundary harm in other States would not fall within the jurisdiction of the State where the environmental harm originates from.

E. Effective Control Over What?

Is the classical approach fit for human rights violations arising from environmental transboundary harm? Should a State be responsible for human rights violations within its own territory but not for the human rights violations in other countries which result from the same environmental harm originating from its own territory and having a transboundary character? These questions may be linked to one of the downsides of the classical approach, namely, that it only focuses on a single element of a human rights violation which is either the breach (effective control over territory) or the victim (effective control over persons).

The three elements of a human rights violation may be formulated as (i) perpetrator, (ii) victim and (iii) victim’s right¹¹³ or as (i) conduct, (ii) breach and (iii) causal

¹⁰⁷ Council of Europe, Manual on Human Rights and the Environment (2012) 114.

¹⁰⁸ *Loizidou* (n 48) para 62.

¹⁰⁹ *Banković* (n 48) paras 75, 82.

¹¹⁰ See for example, *Al-Skeini* (n 48) or *Jaloud* (n 58).

¹¹¹ Maarten den Heijer and Rick Lawson, ‘Extraterritorial Human Rights and the Concept of Jurisdiction’ in Malcolm Langford, Wouter Vandenhoele, Martin Scheinin and Willem van Genugten (eds), *Global Justice, State Duties* (Cambridge University Press 2012) 177. See, *Georgia v Russia (II)* (n 81).

¹¹² Fons Coomans, ‘The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights’ (2011) 11 HRL 1, 5.

¹¹³ ACHPR General Comment No. 3 (n 75) para 14.

link,¹¹⁴ depending on one's perspective. Regardless of this difference, the concepts they relate to are very similar: (i) someone makes (or fails to make) something, (ii) which causes harm to another person and (iii) there is a nexus between these two. For the establishment of extraterritorial jurisdiction, the classical approach tends to focus on control over the area where the breach occurs or over the victims – i.e., the second element.¹¹⁵ This understanding rarely causes any problems, because in traditional cases of extraterritoriality such as military occupations, all elements are within a single State – albeit another State than the State against which human rights violations are claimed. However, in the context of human rights violations arising from environmental transboundary harm, the elements are in two different States: the perpetrator and conduct in one State and the victim and breach in another.¹¹⁶ Putting the focus solely on the outcome provides little assistance in this scenario.¹¹⁷

It may be argued that effective control over any one of these elements would suffice to establish jurisdiction in cases of environmental transboundary harm. This conclusion would indeed be in line with the view expressed by the African Commission in its General Comment No. 3 where it referred to “*effective authority, power, or control over either the perpetrator or the victim (or the victim's rights)*”.¹¹⁸

As already explained, the classical approach is based on the second set of elements (victim or breach), whereas the functional approach refers to the third set of elements (victim's rights and causal link). As for the first set of elements (perpetrator and conduct), there is no strict “approach”, but there have been some cases which seem to focus on them. In *Saldaño v. Argentina*, the Inter-American Commission on Human Rights noted that “*a state party to the American Convention may be responsible under certain circumstances for the acts and omissions of its agents which produce effects [...] outside that state's own territory.*”¹¹⁹ By the same token, the ECtHR held in *Ilaşcu v. Moldova and Russia* that “*the acts of Contracting States performed outside their territory or which produce effects there may amount to exercise by them of their jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention.*”¹²⁰ However, when faced with a similar situation, the ECtHR ruled that it could not establish a jurisdictional link for the alleged human rights violations of Moroccan individuals residing in Morocco due to a cartoon published in Denmark.¹²¹

114 Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (n 25) para 101.

115 Al-Skeini (n 48) para 138; Viñuales (n 7) 197.

116 Note that the third element (victim's right or causal link) are legal concepts which do not take place in neither State. It is perhaps therefore logical to put it in the centre of the functional approach.

117 Raible (n 56) 84-85.

118 African Commission on Human and Peoples' Rights General Comment No. 3 (n 75) para 14 (emphasis added).

119 Victor Saldaño v Argentina Report no 38/99 (IACCommHR, 11 March 1999) para 17 (emphasis added).

120 Ilaşcu (n 48) para 314 (emphasis added).

121 Ben El Mahi and others v Denmark App no 853/06 (ECtHR, 11 December 2006), 8. For a criticism of this decision see Karen da Costa, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties* (1st edn, Martinus Nijhoff Publishers 2013) 185-187.

Although the classical approach leaves little room for establishing jurisdiction in cases of environmental transboundary harm, the approaches focused on other elements may be used to establish a jurisdictional link.

F. Non-extraterritorial Environmental Transboundary Harm

It has been argued that human rights violations arising from environmental transboundary harm should not be considered as extraterritorial at all, since the acts take place in the State of origin.¹²² This view, however, seems to be difficult to support considering the wording of human rights treaties with respect to territory and jurisdiction.¹²³

Human rights treaties do not refer to acts within a State's territory or under its jurisdiction; they rather focus on individuals within a State's territory or subject to its jurisdiction.¹²⁴ The victims of an environmental transboundary harm are located outside the territory of the State where the harm originates from by definition. As such, it would be unlikely to conclude that environmental transboundary harms do not give rise to extraterritorial human rights issues.

G. The Functional Approach

The functional approach puts the concepts of power and enjoyment of rights at the heart of the extraterritorial jurisdiction analysis. The only judicial decision of international fora regarding the question of how to establish jurisdiction for human rights treaties in the context of environmental transboundary harm, the *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights* of the IACtHR, also adopts this approach.

On 14 March 2016, Colombia requested the court to issue an advisory opinion *inter alia* on the interpretation of the term jurisdiction in cases of environmental transboundary harm.¹²⁵ In its advisory opinion of 15 November 2017, the IACtHR concluded that “*when transboundary damage occurs that effects treaty-based rights, it is understood that the persons whose rights have been violated are under the jurisdiction of the State of origin if there is a causal link between the action that occurred within its territory and the negative impact on the human rights of persons outside its territory.*” It further explained that jurisdiction is based on the effective

122 Dominic McGoldrick, ‘Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights’ in Fons Coomans and Menno T. Kamminga (eds), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Intersentia 2004) 52. See also Ralph Wilde, ‘The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights’ in Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds), *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge 2016) 643.

123 John Knox, ‘Diagonal Environmental Rights’ in Mark Gibney and Sigrun Skogly (eds), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* (University of Pennsylvania Press 2010) 88.

124 See for example, ICCPR (no 40) art 2(1).

125 *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights* (n 25) paras 1-3.

control exercised on the action causing environmental harm and consequent human rights violations.¹²⁶

For the purposes of establishing jurisdiction, the IACtHR first refers to the existence of a causal link, and then confirms this understanding based on the concept of control over activities causing the transboundary harm. In the court's analysis, it seems like the line starts to disappear between jurisdiction for the purposes of extraterritorial human rights obligations and the causal link required under the law of State responsibility.¹²⁷ However, jurisdiction is different from causality.¹²⁸ Accordingly, the test developed by the IACtHR is best understood as follows: jurisdiction exists in cases of environmental transboundary harm if the State of origin has control over acts causing the environmental harm and consequent alleged human rights violations – i.e. it has the power to prevent these from happening. This, in turn, would ultimately depend on the facts of a concrete case, but also on the State where the environmental harm occurs. This is because that State also has human rights obligations and the interplay between the two States may play a role for the determination of a jurisdictional link.¹²⁹

This concept of jurisdiction introduced by the IACtHR is also susceptible to be used in future cases involving environmental transboundary damages. This approach would also be suitable with the general understanding of the protection of human rights,¹³⁰ because if a State exercises control over an activity causing environmental harm to another State, it would only be reasonable to conclude that the State of origin should also be responsible for the consequent human rights violations.¹³¹

H. Special Features

As explained above, the ECtHR refers to special features in order to support the classical approach of extraterritorial jurisdiction that it adopts. The court abstains from defining the term special features *in abstracto* but refers to it as case-specific facts which may contribute to the establishment of a jurisdictional link in cases involving extraterritoriality. For instance, the ECtHR found jurisdiction of Turkey in *Güzelyurtlu v. Turkey*, even though Turkey did not exercise any form of control. It indicated that the fact that Turkish authorities initiated an investigation for a death occurring outside of its jurisdiction was sufficient as a special feature to establish a jurisdictional link.¹³²

126 *ibid* paras 101, 104(h).

127 Sigrun Skogly, 'Causality and Extraterritorial Human Rights Obligations' in Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin and Willem van Genugten (eds), *Global Justice, State Duties* (Cambridge University Press 2012) 257.

128 *Viñuales* (n 7) 195.

129 *Viñuales* (n 7) 197-198.

130 Alan Boyle, 'Human Rights and the Environment: Where Next?' (2012) 23 *EJIL* 613, 640.

131 Knox (n 123) 88.

132 *Güzelyurtlu* (n 83) para 188.

Can there be any special features which may establish extraterritorial jurisdiction in cases of environmental transboundary harm? The IACtHR responded in part negatively to this question in its *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights* – although it did not adopt the special features terminology of the ECtHR. The court stated that special regimes of environmental protection would not establish extraterritorial jurisdiction by themselves.¹³³ It further noted that the fact that individuals are within a specific environmental protectional area would not suffice to create a jurisdictional link.¹³⁴ Instead, “[a] determination must be made, based on the factual and legal circumstances of each specific case.”¹³⁵

Although the IACtHR excluded special environmental regimes to be used as special features, the general rule under customary international law requiring States to refrain from acts originating from their territories which cause damage to the territories of other States (no-harm rule) may nevertheless be used in the context of the protection of human rights from environmental transboundary damages.¹³⁶ Although the no-harm rule¹³⁷ applies in principle in an interstate context, there is not any limitation on the application of this principle in the context of the protection of human rights.¹³⁸ Thus, international courts and tribunals may also refer to this principle as a special feature justifying extraterritorial jurisdiction.

In addition, there may be other possible special features that would establish extraterritorial jurisdiction in cases of environmental transboundary harm, as hinted in the case law of the ECtHR. The court found in *Hanan v. Germany* that as a special feature, the obligation to investigate under the procedural limb of the right to life is sufficient to establish Germany’s jurisdiction for an airstrike in Afghanistan.¹³⁹ When applied in the context of international environmental law, this would mean that procedural obligations such as the obligation to carry out an environmental impact assessment in the presence of a risk of significant transboundary harm could serve as a special feature to establish jurisdiction.

133 *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights* (n 25) para 92.

134 *ibid* para 93. This approach is in contradiction with the findings of the Human Rights Committee in *A.S. and others v. Malta* (n 76) where it heavily relied on the fact that the migrants were within Malta’s search and rescue area to hold that they were within Malta’s jurisdiction.

135 *ibid*.

136 *De Schutter* (n 100) 165.

137 As explained above, under international environmental law, a transboundary harm is illegal if it is considered significant. However, it is not relevant for the protection of human rights, whether the original act causing transboundary harm is against international law or not. Hence, even an environmental transboundary harm which is not significant can result in human rights violations in a foreign State and engage the responsibility of the State of origin, if it infringes the human rights of individuals.

138 *De Schutter* (n 100) 165.

139 *Hanan* (n 84) para 143. Note that the court also relied on the fact that Afghanistan was prevented from starting an investigation to establish jurisdiction, however it is unlikely that the court’s finding would change in the absence of this fact.

V. Current Challenges

Human rights violations caused by environmental transboundary damages might have broader implications, which are not limited by the question of establishing extraterritorial jurisdiction. There remain several issues to be solved which may concern the interplay between human rights and environmental transboundary harm. Some of these issues include (A) the effects of climate change and (B) State responsibility for private actors.

A. Climate Change

It is now accepted that climate change affects the enjoyment of human rights.¹⁴⁰ Climate change can be defined as a change in the composition of the global atmosphere caused by human activities and observable over a certain time period.¹⁴¹ In general terms, climate change also qualifies as environmental transboundary harm, since an act, such as increasing CO₂ emission levels – other than contributing to climate change – causes damages to the environment of other States. The difference here is that the damage is caused by and occurs in multiple States. For that reason, it is argued that States should be responsible for human rights violation caused by climate change,¹⁴² even if the effects are produced outside their territories.¹⁴³

The question that arises in this context is to determine which States should be held responsible and here, international law needs to evolve in order to find an answer to human rights concerns with respect to climate change.¹⁴⁴ The jurisdictional concerns with respect to human rights breaches caused by environmental transboundary harms may also play an important role in this respect.¹⁴⁵

A major development in this area has occurred under the auspices of the United Nations Child Rights Committee (CRC). In 2019, 16 children from 12 countries filed a complaint before the CRC against Argentina, Brazil, France, Germany and Turkey arguing that these five States failed to take necessary actions to prevent climate change, which in turn violated the complainants' rights to life, rights to health and rights to culture. Accordingly, the complaint concerned extraterritorial application of the Convention on the Rights of the Child in the context of climate change.

140 OHCHR Climate Change (n 3) 70.

141 United Nations Framework Convention on Climate Change (adopted 9 May 1992, entered into force 21 March 1994) 1771 UNTS 107 (UNFCCC) art 1(2).

142 Human Rights Committee General Comment No. 36 (n 74) paras 62-63; Human Rights Committee, 'Concluding observations on the initial report of Cabo Verde' (7 November 2019) UN Doc CCPR/C/CPV/CO/1/Add.1 paras 17-18.

143 Christopher Campbell-Durufflé and Sumudu Anopama Atapattu, 'The Inter-American Court's Environment and Human Rights Advisory Opinion: Implications for International Climate Law' (2018) 8(3-4) *Climate Law* 321, 336.

144 Boyle (n 130) 640-641.

145 See Sara Seck, 'Climate Justice and the ETOS' in Mark Gibney, Gamze Erdem Türkelli, Markus Krajewski and Wouter Vandenhoe (eds), *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations* (Routledge 2021).

Interestingly, the CRC noted that the case-law of the HRC and ECtHR “*was developed and applied to factual situations that are very different to the facts and circumstance of this case. The authors’ communication raises novel jurisdictional issues of transboundary harm related to climate change.*”¹⁴⁶ It found that the criteria established by the IACtHR in its *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights* would be appropriate in the context of extraterritorial human rights obligations arising from climate change.¹⁴⁷ The CRC interpreted these criteria to conclude that a victim falls within the jurisdiction of a State if that State exercises effective control over the emissions contributing to climate change, and if there is a causal link between the alleged harm and the concerned State’s actions.¹⁴⁸ It further explained that, for a state, there is effective control if it was foreseeable that the alleged harms would occur due to its actions.¹⁴⁹

Applying these criteria to the concrete case, the CRC considered that the five concerned States had effective control over the sources of emissions and that there was a causal link between the failure to prevent these emissions and alleged human rights breaches.¹⁵⁰ After finding that the complainants were within the jurisdiction of the concerned states, the CRC rejected the complaints due to the non-exhaustion of local remedies.

Although the CRC did not evaluate whether climate change violates human rights, it accepted as a principle that states would have extraterritorial human rights obligations due to climate change. In particular, the CRC noted that although climate change was a global issue, States carry individual responsibility for their own actions.¹⁵¹ This is an important step in examining what human rights obligations states have in the context of climate change. Nevertheless, the criteria put forward by the CRC need to be explored in future cases.

146 Chiara Sacchi and others v Argentina Comm no 104/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.4; Chiara Sacchi and others v Brazil Comm no 105/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.4; Chiara Sacchi and others v France Comm no 106/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.4; Chiara Sacchi and others v Germany Comm no 107/2019 (CRC, 22 September 2021) para 9.4; Chiara Sacchi and others v Turkey Comm no 108/2019 (CRC, 22 September 2021) para 9.4.

147 Chiara Sacchi and others v Argentina Comm no 104/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.7; Chiara Sacchi and others v Brazil Comm no 105/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.7; Chiara Sacchi and others v France Comm no 106/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.7; Chiara Sacchi and others v Germany Comm no 107/2019 (CRC, 22 September 2021) para 9.7; Chiara Sacchi and others v Turkey Comm no 108/2019 (CRC, 22 September 2021) para 9.7.

148 *ibid.*

149 *ibid.*

150 Chiara Sacchi and others v Argentina Comm no 104/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.12; Chiara Sacchi and others v Brazil Comm no 105/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.12; Chiara Sacchi and others v France Comm no 106/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.12; Chiara Sacchi and others v Germany Comm no 107/2019 (CRC, 22 September 2021) para 9.12; Chiara Sacchi and others v Turkey Comm no 108/2019 (CRC, 22 September 2021) para 9.12.

151 Chiara Sacchi and others v Argentina Comm no 104/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.8; Chiara Sacchi and others v Brazil Comm no 105/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.8; Chiara Sacchi and others v France Comm no 106/2019 (CRC, 22 September 2021) para 10.8; Chiara Sacchi and others v Germany Comm no 107/2019 (CRC, 22 September 2021) para 9.8; Chiara Sacchi and others v Turkey Comm no 108/2019 (CRC, 22 September 2021) para 9.8.

B. State Responsibility and Private Actors

States remain the principal subjects of international law, but non-State actors also play an important role in the international plane. One could even argue that the importance of non-State actors is far greater than the importance of States in relation to environmental transboundary harm. Indeed, some research shows that 90 companies alone could be held responsible for 63% of the total emission of CO₂ and methane, which contribute to climate change.¹⁵² Against this background however, the responsibility of States under international law for human rights violations arising from environmental transboundary harms caused by private actors continues to be an unexplored area.

Under international law, States are generally responsible for the actions of private entities if they exercise governmental authority,¹⁵³ they are controlled or directed by a State,¹⁵⁴ or their conducts are acknowledged by a State as its own.¹⁵⁵ This responsibility is broader in the field of human rights law, as States are obliged to protect the rights of individuals from inference by third parties.¹⁵⁶

The positive human rights obligations of States include obligations relating to the protection of individuals from environmental harm,¹⁵⁷ and in particular from transboundary damages.¹⁵⁸ Indeed, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights recognised the importance of States to adopt measures for ensuring the conduct of environmental impact assessment by private parties in order to prevent further human rights violations that may arise.¹⁵⁹ In the same vein, the HRC held in *Yassin v. Canada* that “*there are situations where a State party has an obligation to ensure that rights under the Covenant are not impaired by extraterritorial activities conducted by enterprises under its jurisdiction*”.¹⁶⁰

152 Richard Heede, ‘Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010’ (2014) 122(1-2) *Climatic Change* 229, 229.

153 ILC, ‘Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts’ (28 January 2002) UN Doc A/RES/56/83, art 5.

154 *ibid* art 8.

155 *ibid* art 11.

156 United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, ‘Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework’ (21 March 2011) UN Doc HR/PUB/11/04 Principle 1 and 2; *Länsmann et al v Finland* Comm no 511/1992 (Human Rights Committee, 8 November 1994) para 9.8; *Länsmann (Jouni) et al v Finland* Comm no 1023/2001 (Human Rights Committee, 17 March 2005) para 10.7; Human Rights Committee General Comment No. 36 (n 74) para 63.

157 *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v Nigeria* Comm no 155/96 (ACHPR, 27 May 2002) para 57; *Hatton and others v UK* App no 36022/97 (ECtHR, 8 July 2003) para 98; *López Ostra* (n 94) para 51.

158 Peter Nowel, ‘Climate change, human rights and corporate accountability’ in Stephen Humphreys (ed.), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge University Press 2010) 136.

159 United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, ‘General Comment No. 24: State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities’ (10 August 2017) UN Doc E/C.12/GC/24 para 50.

160 *Yassin and others v Canada* Comm no 2285/2013 (Human Rights Committee, 26 July 2017) para 6.5.

Following this logic, one could easily conclude that States have an obligation to prevent non-State actors from causing human rights violations in other countries through environmental transboundary harm.¹⁶¹ A three-step analysis is to be applied in this scenario. First, whether the concerned individuals fall within the jurisdiction of the relevant State should be determined. Second, whether the rights of these individuals were infringed due to the environmental transboundary harm caused by the non-State actor in question should be examined. Finally, whether the State failed to take reasonable and appropriate measures to prevent the violations should be established.¹⁶²

Concerning the first step with respect to jurisdiction, as explained above, pursuant to the functional approach, individuals are considered to be within the jurisdiction of a State based on the concepts of power and enjoyment of rights. In other words, whether a State was in a position to prevent the alleged human rights violation from occurring is examined. Two points are worth mentioning when this examination is carried out in the context of environmental transboundary harms caused by non-State actors.

First, the standard formulation of the jurisdictional test presupposes that it is the State itself that infringes the substantive human rights of the concerned individuals. This is evident from the fact that human rights tribunals and bodies examine whether the *State* was in a position to prevent the events causing the human rights violations from happening in order to determine whether the individuals fell within its jurisdiction.¹⁶³ In contrast, positive obligations including those arising from environmental transboundary harm do not concern violations of substantive human rights by States. They rather focus on whether a State adopts the necessary measures to prevent substantive human rights violations.¹⁶⁴ From a factual perspective, this implies the presence of a third person that is the perpetrator of human rights. Evidently, this non-State actor acts as a bridge for the purposes of establishing jurisdiction in that it is through its control over this person that a State would be in a position to grant individuals the enjoyment of their human rights.

Second, and in line with this line of thought, it becomes obvious that there is a resemblance between the first and third steps mentioned above. Namely, the test for establishing jurisdiction is very similar to the examination of whether a State failed to adopt reasonable measures to prevent the violation. This is because the presence of a jurisdictional link is also dependent on a State's ability to affect the enjoyment of an individual's human rights. However, there is a difference between these two tests. Whereas jurisdiction is established if a State exercises control over activities causing

161 Newel (no 158) 136.

162 De Schutter (n 100) 414.

163 See for example, Loizidou (n 48) para 62; Banković (n 48) para 70; Ilaşcu (n 48) para 312; Al-Skeini (n 48) para 138; Catan (n 48) para 106.

164 De Schutter (n 100) 414.

environmental transboundary harm, positive human rights obligations depend on the reasonable measures that a State can take.

In any event, it is clear that States have a duty to not to allow non-State actors to engage in activities which would cause environmental transboundary damage and infringe the human rights of persons abroad. Nevertheless, State practice remains limited in terms of measures adopted by States for this purpose. By the same token, victims of such activities also often choose to litigate these disputes before civil or criminal courts rather than human rights bodies. However, the human rights implications of environmental transboundary harms caused by non-State actors remains another possibility for victims to seek reparations.

VI. Conclusion

Several procedural and substantive obligations have emerged in the field of international environmental law with the aim of providing better protection of the environment. These obligations also apply in the context of environmental transboundary harms. Another implication of environmental transboundary harms is to be seen in the field of international human rights law. An environmental transboundary harm can result in the infringement of human rights of individuals such as the right to life or the right to property. For this reason, it is important to establish the territorial scope of human rights treaties.

Although human rights treaties are applied essentially territorially, international courts and tribunals recognise some cases where States are found responsible for human rights breaches that are conducted outside their national borders. The establishment of a jurisdictional link is necessary in this regard. International courts and human rights bodies adopt different approaches to examine whether a State exercises jurisdiction outside its national borders.

When an environmental transboundary harm occurs, it is very unlikely that the State of origin exercises any control over the area where the damage has occurred or over the persons which suffer from that harm. Thus, the jurisdiction under the classical approach would not exist in the case of an environmental transboundary damage. Accordingly, the restricted view focused on certain elements of a human rights violation is insufficient. A broader analysis is required for cases involving environmental transboundary damages.

Other approaches such as the functional approach are also apt in this regard. In fact, the Inter-American Court of Human Rights suggests that States should be responsible for human rights violations caused by environmental transboundary damages when they exercise an effective control over the activities causing the environmental harm

and the consequent human rights violations. Alternatively, using the no-harm rule as a special feature can also be appropriate to establish jurisdiction.

Moreover, the responsibility of States for human rights violations caused by environmental transboundary damages presents some new challenges in international law. First, it is hard to establish the responsibility of States when it comes to climate change. Second, there are some areas to explore for the responsibility of States for private actors' conduct causing environmental transboundary damage and human rights violations.

In any event, the *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights* highlights some of the problems that might arise in the context of human rights and environmental transboundary harm. This remains an area that needs to be explored more in detail and it is now for future case law to build on this decision.

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

Articles and Books

- Ben-Naftali O and Shany Y, 'Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories' (2004) 37 *Israel Law Review* 17-118.
- Besson S, 'The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to' (2012) 25(4) *Leiden Journal of International Law* 857-884.
- Bhuta N, 'The Frontiers of Extraterritoriality – Human Rights Law as Global Law' in Nehal Bhuta (ed) *The Frontiers of Human Rights* (OUP 2016).
- Bilder R, 'The Role of Unilateral State Action in Preventing International Environmental Injury', (1981) 14 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 51-95.
- Boyle A and Anderson M (eds), *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (1st edn, OUP 1996).
- Boyle A, 'Human Rights and the Environment: Where Next?' (2012) 23 *EJIL* 613-642.
- Campbell-Durufflé C and Atapattu S, 'The Inter-American Court's Environment and Human Rights Advisory Opinion: Implications for International Climate Law' (2018) 8(3-4) *Climate Law* 321-337.
- Compact Oxford English Dictionary* (2nd edn, 1991).
- Coomans F, 'The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights' (2011) 11 *HRL* 1-35.

- Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment* (2012).
- Crawford J, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th edn, OUP 2019).
- Da Costa K, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties* (1st edn, Martinus Nijhoff Publishers 2013).
- De Schutter O, *International Human Rights Law* (1st edn, Cambridge University Press 2010) .
- Den Heijer M and Lawson R, 'Extraterritorial Human Rights and the Concept of Jurisdiction' in Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin and Willem van Genugten (eds), *Global Justice, State Duties* (Cambridge University Press 2012).
- Gondek M, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (1st edn, Intersentia 2009).
- Hanqin X, *Transboundary Damage in International Law* (1st edn, Cambridge University Press 2003).
- Heede R, 'Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010' (2014) 122(1-2) *Climatic Change* 229.
- Knox J and Pajan R, *The Human Rights to a Healthy Environment* (2nd edn, Cambridge University Press 2018).
- Knox J, 'Diagonal Environmental Rights' in Mark Gibney and Sigrun Skogly (eds), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* (University of Pennsylvania Press 2010).
- McGoldrick D, 'Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights' in Fons Coomans and Menno T. Kamminga (eds), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*" (Intersentia 2004).
- Milanovic M, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (1st edn, Oxford Monographs in International Law 2011).
- Newel P, 'Climate change, human rights and corporate accountability' in Stephen Humphreys (ed.), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge University Press 2010).
- Raible L, *Human Rights Unbound* (1st edn, OUP 2020).
- Ryngaert C, *Jurisdiction in International Law* (2nd edn, OUP 2015).
- Sands P and Peel J, *Principles of International Environmental Law* (4th edn, Cambridge University Press 2018).
- Seck S, 'Climate Justice and the ETOs' in Mark Gibney, Gamze Erdem Türkelli, Markus Krajewski and Wouter Vandenhoe (eds), *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations* (Routledge 2021).
- Shany Y, 'Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law' (2013) 7 *Law & Ethics of Human Rights* 47-71.
- Skogly S, 'Causality and Extraterritorial Human Rights Obligations' in Malcolm Langford, Wouter Vandenhoe, Martin Scheinin and Willem van Genugten (eds), *Global Justice, State Duties* (Cambridge University Press 2012).
- Sunstein, C, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle* (1st edn, Cambridge University Press 2005).
- Viñuales J, 'A Human Rights Approach to Extraterritorial Environmental Protection? An Assessment' in Nehal Bhuta (ed) *The Frontiers of Human Rights* (OUP 2016).
- Wilde R, 'The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights' in Scott Sheeran and Sir Nigel Rodley (eds), *Routledge Handbook of International Human Rights Law* (Routledge 2016).

Conventions

- American Convention on Human Rights “Pact of San José, Costa Rica” (adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978) 1144 UNTS 123.
- Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (adopted 22 March 1989, entered into force 5 May 1992) 1673 UNTS 57.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) 213 UNTS 221.
- Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entered into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79.
- Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment (adopted 21 June 1993) ETS No. 50.
- Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (adopted 25 February 1991, entered into force 10 September 1997) 1989 UNTS 309.
- Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (adopted 23 June 1979, entered into force 1 November 1983) 1651 UNTS 333.
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (adopted 18 December 1979, entered into force 3 September 1981) 1249 UNTS 13.
- Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (adopted 21 May 1997, entered into force 17 August 2014) (1997) 36 ILM 700.
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities (adopted 13 December 2006, entered into force 3 May 2008) 2515 UNTS 3.
- Convention on Wetlands of International Importance Especially as Waterfowl Habitat (adopted 2 February 1971, entered into force 21 December 1975) 996 UNTS 245.
- International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3.
- United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 December 1994) 1833 UNTS 3.
- United Nations Framework Convention on Climate Change (adopted 9 May 1992, entered into force 21 March 1994) 1771 UNTS 107.
- Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

Decisions and Judgments

- A.S. and others v Italy* Comm no 3042/2017 (Human Rights Committee, 4 November 2020).
- A.S. and others v Malta* Comm no 3043/2017 (Human Rights Committee, 13 March 2020).
- Advisory Opinion on the Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area* (Advisory Opinion of 1 February 2011) ITLOS Reports 2011.
- Al-Saadoon and Mufdhi v UK* App no 61498/08 (ECtHR, 2 March 2010).
- Al-Skeini and others v UK* App no 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011).

- Armando Alejandro Jr et al v Cuba* Report no 86/99 (IACHR 29 September 1999).
- Banković and others v Belgium and others* App no 52207/99 (ECtHR, 12 December 2001).
- Ben El Mahi and others v Denmark* App no 853/06 (ECtHR, 11 December 2006).
- Carter v Russia* App no 20914/07 (ECHR, 21 September 2021).
- Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v Colombia)* (Discontinued) Memorial of Ecuador.
- Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v Colombia)* Order of 13 September 2013.
- Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)* (Judgment) [2005] ICJ Rep 168.
- Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Judgment) [2004] ICJ Rep 12.
- Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* (Judgment) [2010] ICJ Rep 14.
- Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)* (Judgment) [1997] ICJ Rep 7.
- Catan and others v Moldova and Russia* App nos 43370/04, 8252/05 and 18454/06 (ECtHR, 19 October 2012).
- Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica)* (Judgment) [2015] ICJ Rep 665.
- Chiara Sacchi and others v Argentina* Comm no 104/2019 (CRC, 22 September 2021).
- Chiara Sacchi and others v Brazil* Comm no 105/2019 (CRC, 22 September 2021).
- Chiara Sacchi and others v France* Comm no 106/2019 (CRC, 22 September 2021).
- Chiara Sacchi and others v Germany* Comm no 107/2019 (CRC, 22 September 2021).
- Chiara Sacchi and others v Turkey* Comm no 108/2019 (CRC, 22 September 2021).
- Corfu Channel Case (UK v Albania)* (Merits) [1949] ICJ Rep 4.
- Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (ECtHR, 10 May 2001).
- Djamel Ameziane v USA* Report no 17/12 (IACHR, 20 March 2012).
- Dzemyuk v Ukraine* App no 42488/02 (ECtHR, 4 September 2014).
- Georgia v Russia (II) (Merits)* App no 38263/08 (ECtHR, 21 January 2021).
- Güzelyurtlu v Turkey* App no 36925/07 (ECtHR, 29 January 2019).
- Hanan v Germany* App no 4871/16 (ECtHR, 16 February 2021).
- Hassan v UK* App no 29750/09 (ECtHR, 16 September 2014).
- Hatton and others v UK* App no 36022/97 (ECtHR, 8 July 2003).
- Ilaşcu and others v Moldova and Russia* App no 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004).
- Iron Rhine Arbitration (Belgium v Netherlands)* (2005) PCA Case no 2003-02.
- Jaloud v the Netherlands* App no 47708/08 (ECtHR, 20 November 2014).
- L.H. and others v France* Comm nos 79/2019 and 109/2019 (CRC, 30 September 2020).
- Lac Lanoux Arbitration (France v Spain)* (1957) 24 ILR 101.
- Lämsmann (Jouni) et al v Finland* Comm no 1023/2001 (Human Rights Committee, 17 March 2005).

- Lämsmann et al v Finland* Comm no 511/1992 (Human Rights Committee, 8 November 1994).
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004] ICJ Rep 136.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226.
- Lilian Celiberti de Casariego v Uruguay* Comm no 56/1979 (Human Rights Committee, 29 July 1981).
- Loizidou v Turkey (Preliminary Objections)* App no 15318/89 (ECtHR, 23 March 1995).
- López Ostra v Spain* App no 16798/90 (ECtHR, 9 December 1994).
- Manitaras and Others v Turkey* App no 54591/00 (ECtHR, 3 June 2008).
- Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua*, Inter-American Court of Human Rights Series C No 79 (31 August 2001).
- Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v Djibouti* Comm no 383/10 (ACHPR, 14 October 2014).
- Moiwana Community v Suriname*, Inter-American Court of Human Rights Series C No 124 (15 June 2005).
- North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands; Federal Republic of Germany/Denmark)* (Judgment) [1969] ICJ Rep 3.
- Nuclear Tests Case (Australia v France)* (Judgment) [1974] ICJ Rep 253.
- Öcalan v Turkey* App no 46221/99 (ECtHR, 12 May 2005).
- Öneryıldız v Turkey* App no 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004).
- Pad and others v Turkey* App no 60167/00 (ECtHR, 28 June 2007).
- Pisari v Republic of Moldova and Russia* App no 42139/12 (ECtHR, 21 April 2015).
- Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*, Advisory Opinion OC-21/14, Inter-American Court of Human Rights Series A No 21.
- Sergio Euben Lopez Burgos v Uruguay* Comm no R.12/52 (Human Rights Committee, 29 July 1981).
- South China Sea Arbitration (Philippines v China)* (2016) PCA Case no 2013-19.
- Southern Bluefin Tuna (New Zealand v Japan, Australia v Japan)* (Provisional Measures, Order of 27 August 1999) ITLOS Reports 1999.
- Supreme Court of the Philippines, *Juan Antonio Oposa and others v Fulgencio S. Factoran, Jr, and others*, Decision of 30 July 1993.
- Taşkın and others v Turkey* App no 46117/99 (ECtHR, 10 November 2004).
- The Environment and Human Rights*, Advisory Opinion OC-23/17, Inter-American Court of Human Rights Series A No 23 (15 November 2017).
- The MOX Plant (Ireland v United Kingdom)* (Provisional Measures, Order of 3 December 2001) ITLOS Reports 2001.
- The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v Nigeria* Comm no 155/96 (ACHPR, 27 May 2002).
- Trail Smelter (USA v Canada)* (1938) 3 R.I.A.A. 1905.
- Ukraine v Russia (Re Crimea)* App nos 20958/14 and 38334/18 (ECtHR, 16 December 2020).
- Victor Saldaño v Argentina* Report no 38/99 (IACCommHR, 11 March 1999).
- Yakye Axa Indigenous Community v Paraguay*, Inter-American Court of Human Rights Series C No 125 (17 June 2005).
- Yassin and others v Canada* Comm no 2285/2013 (Human Rights Committee, 26 July 2017).

United Nations Documents

Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm, 16 June 1972) UN Doc A/CONF 48/14/Rev.1.

ILC, 'Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts' (28 January 2002) UN Doc A/RES/56/83.

ILC, 'Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with commentaries' (10 August 2001) UN Doc A/56/10.

Rio Declaration on Environment and Development (13 June 1992) UN Doc. A/CONF.151/26. Rev.1. UNGA Res 35/8 (1980) UN Doc A/RES/35/8.

United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment No. 14 The Right to the Highest Attainable Standard of Health' (11 August 2000) UN Doc E/C.12/2000/4.

United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment No. 24: State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities' (10 August 2017) UN Doc E/C.12/GC/24.

United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework' (21 March 2011) UN Doc HR/PUB/11/04.

United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights (Geneva 22 October 2008)' (15 January 2009) UN Doc A/HRC/10/61.

United Nations Human Rights Committee, 'Concluding Observations on the Fourth Report of the United States of America' (23 April 2014) UN Doc CCPR/C/USA/CO/4.

United Nations Human Rights Committee, 'Concluding observations on the initial report of Cabo Verde' (7 November 2019) UN Doc CCPR/C/CPV/CO/1/Add.1.

United Nations Human Rights Committee, 'General Comment 36: Article 6 right to life' (30 October 2018) UN Doc CCPR/C/GC/36.

United Nations Human Rights Committee, 'General Comment No. 31: The Nature of the General Obligation Imposed on States Parties to the Covenant' (29 March 2009) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

United Nations Human Rights Council, 'Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment' (24 January 2018) UN Doc A/HRC/37/59.

United Nations Human Rights Council, 'Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Jean Ziegler' (10 January 2008) UN Doc A/HRC/7/5.

Miscellaneous

African Commission on Human and Peoples' Rights, 'General Comment No. 3: The Right to Life (Article 4)' (12 December 2015).

Cambridge Online Dictionary <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/environment>> accessed 7 August 2021.

Milanovic M, 'Drowning Migrants, the Human Rights Committee, and Extraterritorial Human Rights Obligations' (*EJIL:Talk!*, 16 March 2021) <<https://www.ejiltalk.org/drowning-migrants-the-human-rights-committee-and-extraterritorial-human-rights-obligations/>> accessed on 7 August 2021.

Milanovic M, 'Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights' (*EJIL:Talk!*, 10 November 2010) <<https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>> accessed on 7 August 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. 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.
3. 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.
4. 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.
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. 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.
7. 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).
8. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu yazar/yazarlarına aittir.
9. Yayın kurulu ve hakem raporları doğrultusunda yazarlardan, metin üzerinde bazı düzeltmeler yapmaları istenebilir.
10. Yayınlanmasına karar verilen çalışmaların, yazar/yazarlarının her birine dergi gönderilir.
11. 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-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 322.

7. Editörlü Kitaplar

Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), *Kitap Adı* (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ⁹Rumeysa Partalçı, 'Türkiye'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Koyduğu Çekincelerin İncelenmesi' in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 5.

8. Makaleler

Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ¹¹Sevin Toluner, 'Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 857, 860.

¹⁴Ayşe Nur Tütüncü, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113, 116.

9. Elektronik Kaynaklar

Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt(Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ¹⁷Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > Erişim Tarihi 27 July 2010.

10. Web Siteleri ve Bloglar

Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (*Web Sitesinin Adı*, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ²¹Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> Erişim Tarihi 19 November 2009

11. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde aşağıdaki örneklerde görüldüğü şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek ⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

...

²⁶Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

²⁷ibid 114-115.

12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek ²⁸Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

³¹Erdem, 'Cinsiyet Farkı' (n 9) 297.

13. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf

a) Türk mahkeme kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek Ankara 3 Sulh Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 1 İdare Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BAM, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BİM, 4558/3543, 11.03.2017.

Danıştay 10 D, 2247/5111, 25.11.2011.

Yargıtay 2 HD, 4558/3543, 11.03.2017.

Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015.

b) Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ilâ 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, ABAD kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek *Omojudi v UK* (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998-VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

14. Kaynakça

Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilmelidir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilmelidir:

Örnek Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th, Beta 2017) 165.

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019).

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Beta 2018).

Tütüncü AN, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113-123.

Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
 - ✓ Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
 - ✓ İstatistik kontrolünün yapıldığı (araştırma makaleleri için)
 - ✓ İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı
 - ✓ Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
 - ✓ Kaynakların OSCOLA 4'e göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış ve telifte bağlı materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Kapak sayfası
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
 - ✓ Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
 - ✓ Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Özetler: 200-250 kelime Türkçe ve 200-250 kelime İngilizce
 - ✓ Anahtar Kelimeler: 3-5 adet Türkçe ve 3-5 adet İngilizce
 - ✓ Makale Türkçe ise, 800-1000 kelime İngilizce genişletilmiş özet (Extended Abstract)
 - ✓ Finansal destek (varsa belirtiniz)
 - ✓ Çıkar çatışması (varsa belirtiniz)
 - ✓ Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - ✓ Kaynaklar
 - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

AIM AND SCOPE

Public and Private International Law Bulletin (PPIL), which is regularly being published by Istanbul University Faculty of Law Research Center of International Law and International Relations since 1981, is an international academic journal. Articles submitted to Public and Private International Law (PPIL) are subject to a double-blind peer-review evaluation system. Public and Private International Law (PPIL) is published twice a year, in June and December. The academic papers requested to be published in Public and Private International Law (PPIL) have to be submitted by the latest April 30th for June issue and October 31st for December issue.

Disciplinary and interdisciplinary academic papers focused on the diverse faces of public and private international law in connection with the basis of justice are being published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL). Therefore, while following public and private international law and international relations issues and publishing related academic papers this journal aims to help academicians studying or making researches in the same field.

Besides academic articles on public international law and private international law, book reviews regarding the same subjects and evaluations of related court decisions are published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL).

Mainly preferred topics of (a) public international law and (b) private international law in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL) are listed below.

(a) Public International Law

1. International Law (in general, i.e., History, Philosophy, Theory, Sources, Subjects of International Law; The Relations of International and National laws)
2. International Law Personality, Recognition of States and Governments
3. Territorial Sovereignty and State Jurisdiction
4. International Transactions: Unilateral Acts and The Law of Treaties
5. International Peace and Security Law and Use of Force
6. International Human Rights Law
7. International Environmental Law
8. International Humanitarian Law (Armed Conflicts Law)
9. International Organizations Law
10. International Law of the Sea
11. International Economic Law
12. State Responsibility
13. International Criminal Law
14. International Refugees Law
15. Peaceful Settlement of International Disputes (Diplomatic and Judicial Means)
16. International Air and Space law
17. Transboundary Waters and Aquifer (groundwaters) Law

(b) Private International Law:

1. General Principles of Private International Law
2. International Procedure Law
3. Conflict of Laws Rules
4. International Investment Law
5. Law on Aliens (i.e., Social Rights, Property Rights, Right to Education)
6. Citizenship Law
7. International Jurisdiction
8. Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements and Foreign Arbitration Awards
9. International Family and Child Law
10. International Contracts Law
11. Alternative Dispute Resolutions
12. International Commercial Arbitration
13. Migration Law

Intersecting topics of these two areas such as immigration and refugee law, investment law are also being subject to interdisciplinary legal reviews.

EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

Publication Policy

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

General Principles

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor hands over the papers matching the formal rules to at least two national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the authors in accordance with the referees' claims. Changing the name of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors. Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

Copyright Notice

Authors publishing with 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.

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).

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:
Sorumlu Yazar:

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 Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atf-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
	/...../.....

