

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume 42 • Sayı/Number 2

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume: 42 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 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: 2 • Aralık/December 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

Doç. Dr. Ayşe Yasemin AYDOĞMUŞ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - yasemin.aydogmus@istanbul.edu.tr
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Elif ULUSU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - eulusu@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 - stewart@law.georgetown.edu
Asst. Prof. Dr. Dulce Margarida de Jesus LOPES, University of Coimbra, Coimbra, Portugal - dulce.rdgr@gmail.com

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme An Analysis of the Attribution of Acts of Private Persons to the State in the European Court of Human Rights 485 Miray Azaklı Köse	485
Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi Legal Assessment of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation Regarding Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law 529 Mustafa Okan Yağcı	529
Sınır Dışı Kararlarının Yargısal Denetiminde İspat Sorunları Issues of Proof in Judicial Review of Expulsion Decisions 561 Melikşah Yasin	561
Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının İş Dünyası ve İnsan Hakları Perspektifinden Önemi ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Bu Bağlamda İncelenmesi The Importance of National Human Rights Institutions from the Perspective of Business and Human Rights and the Examination of Human Rights and Equality Institution of Turkey in this Context 579 Betül Karagedik	579
Türk-Amerikan Yargı Kararları Işığında Yabancıların Sınır Dışı Edilmesinde Dış Politika Sebebi Foreign Policy as a Basis for Deportation in Light of Turkish and American Court Decisions 619 Erman Eroğlu	619
Güncel Tartışmalar Ekseninde Tahkimde Tanık Delilinin Güvenilirliği Credibility of Fact Witnesses in Arbitration in Light of Current Debates 643 Abdullah Harun Korkmaz	643
Milletlerarası Tahkimde "Doğal Yetki" Kavramı The Concept of Inherent Power in International Arbitration 675 Ahmet Dülger, Emre Esen	675
Uluslararası Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanı Third-Party Funding in International Investment Arbitration 713 Adnan Tarık Doğan	713
Pandemics That Generate a New Grotian Moment in International Law Uluslararası Hukukta Pandemilerce Oluşturulan Yeni Grotian Moment 757 Sezai Çağlayan	757
Procedural Aspects of the European Court of Human Right's Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Geri Göndermeye İlişkin Davalarda Sözleşme'nin 3. Maddesi Kapsamındaki Değerlendirmesinin Usuli Boyutu 777 Saadet Yüksel	777
Küresel Mülteci Mutabakatı Türkiye'deki Suriyeliler için Kalıcı Çözümler Sunabilir mi? Can the Global Compact on Refugees Provide Durable Solutions for Syrians in Turkey? 791 Esra Yılmaz Eren	791
International Jurisdiction at the Place of Performance of a Contract in Civil (EU) Law: A Jurisdiction Rule Stuck Between the Common Law Perspective and Conflict of Laws Terminology Kıta Avrupası (AB) Hukukunda Sözleşmenin İfa Yeri Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi: Common Law Bakış Açısı ile Kanunlar İhtilafı Terminolojisi Arasında Sıkışmış Bir Yetki Kuralı 845 Banu Şit Köşgeroğlu	845
Türkiye'de Düzensiz Göçmen Olarak Bulunan Afganların Hukuki Statülerine İlişkin Değerlendirmeler Assessments Regarding the Legal Status of Afghans Who are Irregular Migrants in Turkey 873 Sema Çörtoğlu Koca	873
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü The Punitive Aspect of Administrative Detention Measure in Terms of Right to Liberty and Security in Light of the European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court Jurisprudences 913 Merve İspirli Armağan	913

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme

An Analysis of the Attribution of Acts of Private Persons to the State in the European Court of Human Rights

Miray Azaklı Köse* 

Öz

Bu çalışmada uluslararası hukukta devletin sorumluluğunun temel koşullarından biri olan atfedilmeye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı incelenmiştir. Çalışma bu bakımdan atfedilme konusu özelinde uluslararası sorumluluk hukuku ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkiye odaklanmıştır. Bu nedenle öncelikle uluslararası hukukta atfedilmenin ne anlama geldiği açıklanmış, daha sonra AİHM içtihadı incelenerek uluslararası hukuk ile karşılaştırmalı bir analiz yapılmıştır. AİHM'nin atfedilme konusundaki içtihadı pozitif yükümlülük doktrini ve özellikle devlet şirketlerinin eylemleri bakımından hükümet kuruluşu kavramının yorumlanması şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Vardığımız sonuca göre, AİHM atfedilme konusunda *lex specialis* benimsemiş değildir ve kararları büyük ölçüde genel uluslararası hukuk ile uyumludur. Çalışmada bunun gerekçelerine ve AİHM uygulamasının genel uluslararası hukukta hangi kurallara karşılık geldiğine ayrıntılı biçimde yer verilmiştir. Bununla birlikte AİHM atfedilme ifadesini genellikle kullanmamakta ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesi bağlamında hükümet dışı kuruluş kavramından hareketle, hangi birimlerin devlet organı sayılacağını belirlemektedir. Bu nedenle AİHS'ye özgü bir kavram olan hükümet dışı kuruluş kavramı, AİHM'nin kendi özel yorumunu yapmasına imkân tanımakta ve bazı kararlarda hukuka aykırı olduğu öne sürülen eylem yerine genel bir biçimde özel kişinin kendisine odaklanılmasına yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Atfedilme, Devletin sorumluluğu, Pozitif yükümlülük, Yatay etki, Devlet şirketleri, Kamu iktisadi teşebbüsleri

Abstract

This study examines approach of the European Court of Human Rights' approach to the issue of attribution, one of the main conditions for establishing state responsibility under international law. The study focuses on the relationship between the law of international responsibility and the law of human rights within the context of attribution. Therefore, the paper explains the pri-mary meaning of attribution under international law and, following a detailed analysis of the Court's case law, provides a comparative analysis with international law. The Court's jurisprudence on attribution is divided into two parts: the doctrine of positive obligations and the inter-pretation of the concept of governmental organization, especially in terms of the conduct of state companies. The results indicate that the Court has not adopted *lex specialis* on attribution, and its judgments largely conform to general international law. The paper outlines in detail the rea-sons for this conclusion and the Court's application corresponding to certain rules under inter-national law. On the other hand, the Court has refrained from using the term "attribution." In-stead, the Court has been determining which entities would be regarded as state organs in light of the term "non-governmental organization," as defined in Article 34 of the Convention. There-fore, the Court's discomfort with the meaning of "non-governmental organization,"

* **Sorumlu Yazar:** Miray Azaklı Köse (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: miray.kose@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-9723-8618

Atf: Azaklı Köse M, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme" (2022) 42(2) PPIL 485. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.908607>

which per-tains to the Convention, has caused the Court to adopt its own interpretation of the term and, in some judgments, to focus on the private entity itself rather than the act claimed to be unlawful.

Keywords

The European Court of Human Rights, Attribution, State responsibility, Positive obligation, Horizontal effect, State corporations, State-owned entities

Extended Summary

Under international law, imposing international responsibility on a state based on acts of private persons requires the use of the process of attribution. In other words, to hold a state accountable for an act of a private person that act must in some manner be attributable to the state. The jurisprudence of the European Court of Human Rights shows that the issue of attribution is divided into two parts: the doctrine of positive obligations and the evaluation of the status of private companies under the concept of governmental organization. The former essentially refers to the extension of obligations of the states deriving from the European Convention on Human Rights, while the latter refers to the attribution of acts of private persons to the state.

In a wide range of cases, the Court has chosen to apply the doctrine of positive obligations, rather than attributing the act to the respondent state in order to hold a given state responsible for the act. However, some writers argue that the positive obligations doctrine is an acceptable method of attributing an act committed by a private person or entity to the state. On the contrary, from a general international law perspective, the law does not equate the attribution of acts of private persons with a state action. Since under such circumstances, an omission of a positive obligation (e.g., the obligation to protect) by a state organ has taken place, the unlawful conduct of a private person cannot be attributed to the state theoretically according to international law. Moreover, since the determination of the content of the international obligation is left to the primary rules (see ARSIWA art. 33); ARSIWA (secondary rules) simply does not deal with the question. Accordingly, violation of the positive obligations is nothing more than unlawful conduct by a state organ. In other words, the positive obligations doctrine does comply with the general rules on attribution. (ARSIWA Art. 4)

Especially when it comes to state companies, state responsibility for the acts of that company are based on the understanding of the concept of “governmental organization,” which itself is a term that appears in Article 34 of the Convention. Although the Court implies that the concept of governmental organization is not a mirror image of what makes an entity a state organ, it expressly states that it will apply the criteria regarding the former, *mutatis mutandis*, to the latter. Hence, attribution of the acts of private entities to the state will be evaluated in light of the Court’s jurisprudence regarding what establishes a private entity as a governmental organization. Some judgments of the Court demonstrate that the Court has focused on the structure and functions of

the entity in general while determining whether it should be deemed a state organ. On the other hand, a well-settled and codified customary rule of general international law (e.g., found in ARSIWA art. 5 and 8) stipulates that when determining whether a private entity is to be regarded as a state organ, the focus must be on the act claimed to be unlawful.

Furthermore, this general evaluation perspective carries the risk of giving rise to the adoption and the “objective responsibility of the state doctrine,” which is clearly contrary to the customary rule of international law that requires efficient control of the state over the act in question for purposes of attribution.

However, the majority of the Court’s case-law demonstrates that the analysis of attribution conforms to efficient control rule. In *Liseyitseva v Russia*, the Court held that, in assessing whether a company enjoyed sufficient operational and institutional independence from the State, the Court had taken into account a wide range of factors, none of which would be determinative on its own. The Court summarized the criteria used in the case law for this purpose as follows:

- a) whether the rights conferred on the company are those rights which are normally reserved for public authorities and whether the legal entity exercises a public function or private function;
- b) the extent of State ownership, supervision, and control of the company;
- c) the role played by the State with respect to the procedure of insolvency of the company;
- d) and whether the State could be assumed to have accepted responsibility for the debts of the company fully or in part.

In this study, we argue that these criteria, despite the Court’s use of its own terminology, reflect and conform to the general rules of attribution. But as mentioned above, in order for this to happen, these criteria must be applied in a manner that places the unlawful act in the center.

Finally, the paper argues that neither the Convention nor the Court stipulates any rule on attribution nor adopts *lex specialis* on the same subject. Accordingly, secondary rules of international responsibility of states must be put in place. Although ARSIWA is not a binding text in the same way as an international agreement, the customary rules codified in it have to be applied when there is no *lex specialis*. Thus, despite its deficiencies, ARSIWA still functions as the glue that holds the sub-systems or self-contained regimes of international law together against the phenomenon of fragmentation.

I. Genel Olarak Sorumluluk Hukuku-İnsan Hakları Hukuku İlişkisi ve Atfedilmeye İlişkin Kurallar

Uluslararası hukukun parçalanması olgusu, esasen uluslararası hukuk içerisinde kendine özgü sorumluluk rejimlerinin doğmasını ifade etmektedir.¹ Parçalanma ile kastedilen genel uluslararası hukuk dışında, *lex specialis* kurallar kabul edilerek birbirinden farklı, özel, mikro rejimlerin oluşturulması ve böylelikle uluslararası hukukun parçalara bölünmesidir. Uluslararası hukukun parçalanması uzun zamandır gözlemlenen bir fenomen olup, devletlerarası ilişkilerde hiyerarşik bir düzen ve bütünsel uyumun ya hiç olmadığı ya da çok az olduğu bir biçimde gerçekleşen normatif ve kurumsal gelişmeyi ifade etmektedir.² Fenomenin önemli bir örneği insan hakları hukukudur.³ Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı ile geliştirilen insan hakları hukuku uygulaması, bu niteliktedir.

Uluslararası hukukun parçalanması ve normlar ya da kurumlar arasındaki koordinasyona ilişkin sorunlar bir gerçekliktir ve bu durum uluslararası hukukun fonksiyonel, bölgesel ve usûli açılardan merkezietten uzak ve çeşitlilik içeren yapısından kaynaklanmaktadır.⁴ Uluslararası hukukun parçalanmasına yol açan başlıca nedenler olarak küreselleşme olgusu, uluslararası alanda tek bir merkezi kanun koyucunun olmaması, zaman içerisinde yeni kuralların ortaya çıkması ve bunların önceki kurallar ile çatışması, uluslararası hukuk kurallarının oluşturulması sürecine katılan aktörlerin fazlalığı ve merkezi bir yargı organının yokluğu gösterilmektedir.⁵

- 1 Bilindiği üzere uluslararası hukuk merkezi bir yasa koyucuya sahip olmayıp, örf ve âdet hukukunun yanı sıra uluslararası anlaşmalar yoluyla gelişmektedir. Dolayısıyla akdedilen çok sayıda anlaşma nedeniyle farklı hukuk kurallarının oluşması ve bazıları arasında çatışma olması kaçınılmazdır ve parçalanma olgusu uluslararası hukukun erken dönemlerinden beri mevcuttur. *Jus cogens*'in üstünlüğü haricinde uluslararası hukukun kaynakları arasında normlar hiyerarşisinden söz edilmediğinden, aynı konuda farklı hükümler getiren anlaşmalar arasındaki çatışma, ilgili anlaşmalarda çatışma konusu özel olarak düzenlenmediği takdirde 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin çatışmaya ilişkin hükümleri uyarınca ya da örf ve âdet hukuku uyarınca çözümlenmektedir. Çatışma bir anlaşma hükmü ile bir örf ve âdet hukuku kuralı arasında meydana geldiğinde ise, özel hükmün genel hükmü ilga etmesini ifade eden *lex specialis derogat legi generali* prensibi uyarınca çözümlenecektir. Uluslararası hukukun parçalanması olgusu Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun gündemine de gelmiş ve bu konuyu incelemekle görevlendirilen özel çalışma grubu tarafından bir rapor hazırlanmıştır. Raporda parçalanma olgusunun bir vakia olarak mevcut olduğu ve son dönemlerde hız kazandığı kabul edilmekle birlikte, çatışma halinde uluslararası hukukun normların çatışmasına ilişkin geleneksel çözümlerinin günümüzde de geçerli olacağı vurgulanmıştır. Bkz *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi. UN Doc A/CN.4/L.682, para 7, para 18, para 20. Bundan sonra 'Fragmentation Report' olarak anılacaktır.
- 2 Margaret A Young, 'Fragmentation, Regime Interaction and Sovereignty' in Christine Chinkin and Freya Baetens (edn) *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (Cambridge University Press 2015) 71, 71.
- 3 Fragmentation Report (n 1) para 129. Parçalanma farklı düzeylerde gerçekleştirilebilir. Örneğin bir anlaşma ile genel uluslararası hukukun bir ya da birkaç kuralından farklı bir düzenleme getirilebileceği gibi, insan hakları hukuku ya da uluslararası yatırım hukuku uygulamasında olduğu gibi yalnızca sınırlı durumlarda genel uluslararası hukuk normlarına başvuru özel sorumluluk rejimleri de oluşturulabilir. *Lex specialis*'in bu güçlü biçimi, doktrinde bağımsız rejim (*self-contained regime*) olarak adlandırılmıştır. bkz. Bruno Simma and Dirk Pulkowski, 'Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law' (2006) 17(3) *European Journal of International Law* 483, 490.
- 4 Joost Pauwelyn, 'Fragmentation of International Law' in Rüdiger Wolfrum (edn), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2006) para 41 <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- 5 Dorota Marianna Banaszewska, 'Lex Specialis' in Rüdiger Wolfrum (edn), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2015) para 22 <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e2171?prd=MPIL>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021, Talat Kaya, 'Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu?' (2012) 61(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 149, 154-156.

Koskenniemi uluslararası hukukun parçalanmasının belirsizlik ve tutarsızlığa yol açacağı yönünde ve postmodernizmin sonucu olarak gördüğü endişelerin uluslararası hukukçular tarafından dile getirildiğini vurgulamaktadır.⁶ Hukuk alanındaki bölünmüşlük ve çeşitlilik nedeniyle, örneğin iklim değişikliği veya insan hakları gibi küresel düzeydeki sorunlar yalnızca tek bir rejimi ilgilendirmemekte ve bu durum söz konusu rejimler arasındaki ilişkiyi anlama ve uyumlaştırma ihtiyacını doğurmaktadır.⁷ Ancak genel uluslararası hukuk ile özel rejimler⁸ arasındaki ilişki açısından hiçbir özel rejimin genel uluslararası hukuktan tamamen izole edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmelidir.⁹ Çünkü genel uluslararası hukuk kuralları özel rejim ile oluşturulan kuralların yorumlanmasında, kurallarda boşluk bulunması hâlinde ve özel rejimin ortadan kalkması hâlinde her zaman uygulama alanı bulacaktır.¹⁰ Yapılması gereken, özel rejimlere ve çözümlere duyulan ihtiyaç ile belirli ölçüde güvenlik ve tutarlılık sağlayacak bir genel uluslararası hukuk çerçevesinin korunması arasında denge sağlamaktır.¹¹

Ancak uluslararası hukukçuların geleneksel olarak insan haklarını “uygulama” bağlamında tartıştığı, devletin sorumluluğu ile insan haklarını bağdaştırmaya çalışmadıkları öne sürülmüştür.¹² Böylelikle devletin sorumluluğuna ilişkin prensipler insan hakları hukukçuları bakımından *terra incognita* olarak kalmıştır.¹³ Hatta iki alan arasındaki ilişki o kadar az gündeme gelmiştir ki, 1998 tarihli bir toplantıda genel uluslararası hukukçuların iki alan arasında nasıl bir bağlantı olduğundan emin olmadığı, insan hakları hukukçularının ise sorumluluk hukukuna ilişkin kuralların varlığının dahi farkında olmadığı ifade edilmiştir.¹⁴

6 Martti Koskenniemi and Päivi Leino, ‘Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties’ (2002) 15(3) *Leiden Journal of International Law* 553, 553.

7 Genel olarak bkz Margaret A. Young (edn) *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation* (Cambridge University Press, 2012).

8 Uluslararası hukukun parçalanması fenomeni bağlamında kullanılan ve ilgili rejimin genel uluslararası hukuktan izolasyonuna atıf yapan “bağımsız rejim” (bkz yukarıda dipnot 3) kavramının ne tanımı ne de varlığı konusunda genel bir görüş birliği bulunduğundan (Banaszewska (n 5) para 21), yanıltıcı olabilecek “bağımsız rejim” kavramı yerine “özel rejim” ifadesinin tercih edilmesinin daha yerinde olduğu ifade edilmektedir. Fragmentation Report, (n 1) para 152 (5). Bu nedenle çalışmamızda özel rejim ifadesi tercih edilmiştir. Uluslararası insan hakları hukuku, ticaret hukuku, mülteci hukuku, çevre hukuku, deniz hukuku, yatırım hukuku (Fragmentation Report (n 1) para 8, para 129) gibi özelleşmiş alanlar dışında kalan, sistemin tamamını kapsayan ve çatısını oluşturan uluslararası hukuku (*public international law*) ifade etmek üzere ise “genel uluslararası hukuk” terimi kullanılmıştır.

9 Bruno Simma and Dirk Pulkowski, ‘Leges-Speciales and Self-Contained Regimes’ in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (eds), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 139, 143; Banaszewska (n 5) para 22. Bu konuda öne sürülen en önemli argümanlardan biri, söz konusu rejimlerin uluslararası anlaşmalar ile meydana getirildiği, uluslararası anlaşmaların ise genel uluslararası hukuka tabi olduğudur. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Miray Azaklı Köse, *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi 2021) 31-39.

10 Kaya (n 5) 162.

11 Pauwelyn (n 4) para 42.

12 Theodor Meron, ‘State Responsibility for Violations of Human Rights’ (1989) 83 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 372, 372.

13 İbid.

14 Stephanie Farrior and Brice Clagett, ‘State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors’ (1998) 92 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 299, 299-300.

Uluslararası sorumluluk hukuku büyük ölçüde örf ve âdet hukukuna dayanmaktadır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) devletin sorumluluğuna ilişkin kuralların tespiti ve kodlaştırılması amacıyla 1955 yılında konuyu gündemine almış; nihai metin ise beş farklı raportörün başkanlığında ve ancak 46 yıl sonra tamamlanabilmiştir.¹⁵ Böylece “*Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler*” (UHK Maddeleri)¹⁶ oluşturulmuştur. UHK Maddeleri, devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminden sorumluluğuna düzenleyen ve şekli anlamda bağlayıcı olmayan bir metindir. Biçimsel olarak bir andlaşma metnine benzer şekilde kaleme alınmıştır; ancak bir andlaşmaya dönüşmemiş olup Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 12 Aralık 2001 tarihinde hükümetlerin dikkatine sunulmak üzere kabul edilmiştir.¹⁷ Bugün için UHK Maddeleri, devletin sorumluluğu hukukunun modern çerçevesini oluşturmaktadır.¹⁸

Uluslararası hukukta bulunan sorumluluk kurumu iç hukuklar çerçevesinde oluşturulmuş sorumluluk düşüncesinden farklı, kendine has bir niteliğe sahiptir.¹⁹ Bu nedenle uluslararası hukuktaki sorumluluk kavramı her ne kadar Anglo-Sakson hukuk sistemi dâhil olmak üzere Batılı iç hukuk sistemlerinden etkilenmiş ise de, hem uygulama hem de sistematik ve tarihsel gelişim açısından uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilmelidir.²⁰

Devletin uluslararası sorumluluğu konusu 1950’lerde UHK tarafından ilk kez ele alınmaya başlandığında sorumluluk, devletin yabancı kişilere ve mallarına karşı hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğu olarak düşünülmekteydi.²¹ İkinci Dünya Savaşı sonrası dönem devletin sorumluluğu gibi bir konunun kodlaştırılması veya geliştirilmesi için elverişli bir zaman olmadığından UHK’nin konuya ilişkin 1956-61 yılları arasındaki çalışmaları pek ümit verici değildir.²² Ancak Roberto Ago’nun 1963 yılında özel raportör olarak görevlendirilmesi ile birlikte, sorumluluğun yabancılara

15 Ceren Zeynep Pirim, ‘Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme’ (2012) 32(2) Public and Private International Law Bulletin 147, 150-151.

16 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021. Türkçe çevirisi için bkz İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (Seçkin 2020) 396-419. Çalışma boyunca UHK Maddeleri’nden yapılan Türkçe alıntılarda büyük ölçüde bu metinden yararlanılmıştır.

17 Pirim (n 15) 151-152.

18 James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013) 45. Devletin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğu konusu, Türkçe literatürde UHK Maddeleri esas alınarak ve bütüncül bir biçimde ele alınmıştır. Bkz. Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2016), Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, (Onikilevha Yayıncılık 2010).

19 Uzun (n 18) 22.

20 Ibid 23.

21 Robert Rosenstock, ‘The ILC and State Responsibility’ (2002) 96(4) American Journal of International Law 792, 792; James Crawford, ‘Revising the Draft Articles on State Responsibility’ (1999) 10(2) European Journal of International Law 435, 436; Daniel Bodansky and John R. Crook, ‘Introduction and Overview’ (2002) 96(4) American Journal of International Law 773, 776; Alain Pellet, ‘The ILC Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 75, 75-76. Genel olarak bkz. Richard B. Lillich, ‘The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens’ (1979) 73 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 244.

22 Rosenstock (n 21) 792, Crawford, ‘Revising the Draft Articles’ (n 21) 436.

karşı devletin sorumluluğu düşüncesinden ibaret sayılması yönündeki yaklaşım terk edilmiştir. Ago, sorumluluğu uluslararası hukukun tamamını kapsayacak şekilde genişletmiş ve yabancılara karşı muamele ile sınırlı bir tasavvur olmaktan çıkarmıştır.²³

UHK Maddeleri'nin başlangıcında sorumluluk hukukunun temel esaslarına ve sorumluluğun koşullarına ilişkin genel prensiplere yer verilmiştir:

“Madde 1

Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu

Bir devletin her uluslararası hukuka aykırı eylemi, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur.

Madde 2

Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Bir Eyleminin Unsurları

Şu hallerde devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi söz konusudur: Eğer icra veya ihmalden oluşan tasarruf,

a) Uluslararası hukuk uyarınca devlete atfedilebiliyorsa; ve

b) Devletin uluslararası bir yükümlüğünün ihlalini oluşturuyorsa.”

Madde 1, uluslararası hukuka aykırı *her* eylemden söz ederek, devletin uluslararası sorumluluğuna yol açan eylemlerin belirli bir konu ya da kaynak ile sınırlandırılmadığını ortaya koymaktadır. İhlâl edilen yükümlülük bir andlaşmadan veya örf ve âdet hukukundan kaynaklanabilir.²⁴ Madde 2 ise uluslararası hukuka aykırı eylemin, diğer bir ifadeyle devletin uluslararası sorumluluğunun unsurlarını tespit etmektedir. Burada da yine sorumluluğun temel koşullarından biri olarak belirli türde bir yükümlülüğün değil, devletin herhangi bir uluslararası yükümlülüğünden söz edilmektedir. Şu hâlde, insancıl hukuk, uluslararası yatırım hukuku veya mülteci hukuku gibi kaynaklardan doğan yükümlülükler bakımından olduğu gibi, devletin insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlali de devletin uluslararası sorumluluğu kapsamındadır.²⁵ Öyleyse, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

23 Christian J. Tams, ‘Law-making in complex processes: The World Court and the modern law of State responsibility’ in Christine Chinkin and Freya Baetens (edn) *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (Cambridge University Press 2015) 287, 292; Rosenstock (n 21) 792, Bodansky and Crook (n 21) 777 vd; Crawford, ‘General Part’ (n 18) 36.

24 Farrior and Clagett (n 14) 301.

25 Devletin sorumluluğunun uluslararası hukukta farklı alanları bağlamında incelenmesine ilişkin Türkçe bazı çalışmalar için bkz Ali Kerem Kayhan, *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu*, (Onikilevha Yayıncılık 2017); Umur Kedikli, *Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu* (Nobel Yayıncılık 2013) Sorumluluğun devletlerin halefiyeti bağlamında incelendiği bir diğer Türkçe çalışma için bkz. Ceren Zeynep Pirim, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti*, (Turhan Kitabevi 2016).

(AİHS)²⁶, protokolleri veya örf ve âdet hukukundan kaynaklanan insan haklarının korunmasına dair bir yükümlülüğün ihlali UHK Maddeleri'nin uygulanmasını mümkün kılmaktadır. İnsan hakları ile sorumluluk hukuku arasında bir ilişki kurulabilmesini ve atfedilmeye ilişkin kuralların insan hakları bağlamında tartışılmasını sağlayan da UHK Maddeleri'nin uygulanması bakımından kabul edilen bu kapsayıcı yaklaşımdır.²⁷

Sorumluluk hukuku-insan hakları hukuku ilişkisi bakımından önem arz eden bir diğer husus sorumluluk hukukuna ilişkin kuralların ikincil kurallar olarak tasarlanmasıdır. Buna göre tarafların maddi hak ve yükümlülükler öngördüğü uluslararası andlaşmalar ile maddi yükümlülükler içeren örf ve âdet hukuku kuralları ve genel hukuk prensipleri birincil kuralları oluşturmaktadır.²⁸ Diğer bir ifadeyle, uluslararası yükümlülüğün içeriğinin belirlenmesi meselesi tamamen UHK Maddeleri kapsamı dışında bırakılmıştır.²⁹ Bu nedenle UHK Maddeleri, UHK tarafından ikincil normlar olarak nitelendirilmiştir.³⁰ Bu da yukarıda belirttiğimiz üzere UHK Maddeleri'nin uluslararası hukukun tüm alt dalları bakımından sorumluluğun ortaya çıkışı ve sonuçları meselelerine uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Açıkçası, UHK Maddeleri'nin ortaya çıkabilmesi de bu teorik yaklaşım sayesinde mümkün olmuştur. Uluslararası yükümlülüklerin içeriğini tüm devletler bakımından belirleyen bir metnin kaleme alınmasındaki güçlükler, daha açıkça söylemek gerekirse devletlerin böyle bir metni kabul etmeye pek de istekli olmaması ve pek çok konu bakımından itirazlar öne sürmesi karşısında, birincil-ikincil kurallar ayrımı tek çözüm olmuştur.³¹ Söz konusu yaklaşımı savunan ve UHK tarafından kabul edilmesini sağlayan, UHK özel raportörü Roberto Ago'dur³² ve bu nedenle bu çok önemli gelişmeden literatürde *Ago devrimi* olarak söz edilmiştir.³³

UHK Maddeleri örf ve âdet hukukuna dayanması nedeniyle yargı organları ve hakem mahkemeleri tarafından yaygın şekilde uygulanmaktadır.³⁴ Bu durum, özellikle

26 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR).

27 UHK şerhine göre UHK Maddeleri "yükümlülüğün bir ya da daha çok devlete; bir bireye ya da gruba, yahut bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olup olmadığına bakılmaksızın devletlerin uluslararası yükümlülükleri alanının bütününe uygulanır." Bkz Draft Articles with Commentaries (n 16) General Commentary, para 5.

28 Azaklı Köse (n 9) 34.

29 Eric David, 'Primary and Secondary Rules' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 27, 27-28.

30 Draft Articles with Commentaries (n 16) General Commentary, para 1.

31 Pellet (n 21) 76.

32 Anastasios Gourgourinis, 'General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System' (2011) 22(4) *European Journal of International Law* 993, 1017-1018, David (n 29) 28; Draft Articles with Commentaries (n 16) General Commentary, para 2.

33 Pellet (n 21) 76-78.

34 Tams (n 23) 289. UHK Maddeleri'nin AİHM dahil olmak üzere uluslararası yargı ve hakem mahkemelerince uygulanmasına ilişkin örnekler için bkz Impact of the ILC Articles on State Responsibility (British Institute of International and Comparative Law 2007) <https://www.biiicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021. Ayrıca bkz *United Nations Legislative Series Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (United Nations 2012) <<https://legal.un.org/legislativeseries/pdfs/volumes/book25.pdf>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

UHK Maddeleri'nin eylemin devlete atfedilmesine ilişkin kuralları bakımından daha da belirgindir. Atfedilmeye ilişkin kurallar uluslararası hukukun tedrici gelişiminden ziyade, genel itibariyle örf ve âdet hukukuna dayanmaktadır.³⁵

Uluslararası hukukun belirli alanlarında, örneğin uluslararası çevre hukukunda genel sorumluluk hukuku kurallarının etkisi fazla belirgin değildir.³⁶ Ancak günümüzde insan hakları hukuku, sorumluluk hukuku kurallarının etkilemediği, bu kuralların uygulanmadığı ya da nadiren uygulandığı alanlardan biri değildir. Aksine hem AİHM ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi gibi yargısal organların içtihadı, hem de diğer insan hakları organlarının uygulamaları söz konusu kurallara sıklıkla atıf yapıldığını ve iki alan arasında etkileşim olduğunu göstermektedir.³⁷ Bunlar arasında ise özellikle atfedilmeye ilişkin kurallar sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır.³⁸

Bir görüşe göre, UHK Maddeleri'nde yer alan devletin sorumluluğuna ilişkin genel prensipler insan hakları alanındaki tedrici gelişim tarafından şekillendirilmiştir.³⁹ Bu görüşe göre insan hakları özellikle pozitif yükümlülük doktrini, atfedilme ve onarım biçimleri olmak üzere üç temel konuda genel sorumluluk hukuku kurallarını etkilemiştir.⁴⁰ UHK uluslararası sorumluluğa dair çalışmalarında, insan hakları hukukunun özelliklerini de göz önünde bulundurmuş ve iki disiplin arasında bir uyum sağlama çabasında olmuştur.⁴¹ UHK'nin maddeler hakkındaki şerhinde de, insan hakları hukukunun gereklerine vurgu yapıldığı gözlenmektedir.⁴² Diğer yandan özellikle atfedilme konusunda insan haklarının genel sorumluluk hukuku üzerinde etkisinin son derece sınırlı olduğunu belirten görüşler de öne sürülmüştür.⁴³

AİHM'in sorumluluk hukukuna yaklaşımının, söz konusu kuralların insan hakları alanına aktarılmasından ibaret olmadığı, ancak bu durumun genel uluslararası hukukun dışlanması anlamına da gelmediği, aksine söz konusu kuralların insan hakları alanının ihtiyaçları doğrultusunda uyarlanıp özelleştirildiği ve böylelikle genel kuralların sözleşme sistemine uyumlu biçimde uygulanmasının mümkün kılındığı

35 Bodansky and Crook (n 21) 783.

36 Katja Kreutz, *State Responsibility in the International Legal Order: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2020) 18.

37 İbid 17; Meron (n 12) 372.

38 Kreutz (n 36) 17-18.

39 Scott Sheeran, 'The relationship of international human rights law and general international law: hermeneutic constraint, or pushing the boundaries?' in Scott Sheeran and Nigel Rodley (edn) *Routledge Handbook of Human Rights Law* (Routledge 2013) 79, 97.

40 İbid 98.

41 Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet Yayınevi 2013) 156 vd. Bu bağlamda "uluslararası sorumluluğun insancılılaşması"ndan söz edilmektedir. Bkz Akkutay (n 41) 153.

42 İbid.

43 Robert McCorquodale, 'Impact on State Responsibility' in Menno T. Kamminga and Martin Scheinin (edn)

The Impact of Human Rights Law on General International Law (Oxford University Press 2009) 235, 245.

değerlendirilmiştir.⁴⁴ Bu yaklaşımın ayrıca genel sorumluluk hukukunun AİHM içtihadı vasıtasıyla geliştirilmesine fayda sağladığı, bu nedenle AİHM’in söz konusu kurallara doğrudan, açık şekilde atıf yaparak kararlarını gerekçelendirmesi konusunda daha cesaretli olması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁵

Özel sorumluluk rejimleri uluslararası andlaşmalar vasıtası ile ortaya çıksa da, bilindiği üzere AİHS ve protokollerinde yer alan hükümler esas anlamını AİHM’nin dinamik yoruma dayanan içtihadı uyarınca kazanmıştır. AİHS hükümlerinde bilinçli bir tercihle sözleşme kavramlarının tanımlanmasından kaçınılmış; böylelikle AİHM’e geniş bir manevra kabiliyeti kazandırılarak AİHS’nin zamanla gelişen ihtiyaçlara cevap verebilmesi imkânı tanınmıştır. Bu sayede AİHS yaşayan bir metin olarak varlığını sürdürmektedir. AİHS’nin günün koşulları ışığında yorumlanmasını ifade eden gelişmeci ya da dinamik yorum, AİHM’nin geliştirdiği ve AİHS’e özgü yorum yöntemlerinden biridir.⁴⁶ Dinamik ve gelişmeci yorum öncelikle AİHS’nin konu ve amacına dayanır.⁴⁷ AİHM, AİHS’ten, özellikle de başlangıç bölümünden, amaçsal yorum yapılması gerektiğini, hatta AİHS’in geliştirilmesi konusunda yetkilendirildiği sonucunu çıkarmaktadır.⁴⁸

AİHS’te düzenlenmemiş bazı konuların AİHM tarafından yorumlanmasına yaptığımız bu vurgu ile; bir yargı organı marifetiyle *lex specialis*, daha da geniş şekilde ifade edersek, özel bir sorumluluk rejimi oluşturulduğuna dikkat çekmeye çalışmaktayız. UHK Maddeleri’nin bir diğer özelliği, birincil kurallar karşısındaki ikincilliğinin yanı sıra *lex specialis* karşısında da “ikincil” olarak tasarlanmış olmasıdır. Yani konuya ilişkin bir özel düzenleme karşısında, kendisinin uygulanmayacağını daha en baştan düzenlemektedir.⁴⁹

Bu çalışmanın konusunu oluşturan hukuka aykırı eylemin devlete bağlanması (atfedilme) konusu da AİHS’te özel olarak düzenlenmiş değildir.⁵⁰ Eğer bir konu *lex specialis* ile düzenlenmemişse, genel kurallara yani *lex generalis*’e başvurulması

44 Matthieu Loup, ‘The Content of State Responsibility under the European Convention on Human Rights - Some Reflections on the Court’s Approach to General International Law on State Responsibility’ in Samantha Besson and Matthieu Loup (edn) *International Responsibility: Essays in Law, History and Philosophy* (Schulthess Verlag 2017) 139, 158. Söz konusu çalışma genel sorumluluk hukukundaki onarım biçimleri ile AİHM uygulaması arasındaki ilişkiyi incelemektedir.

45 İbid.

46 Yüksel Metin, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler’ (2010) 7(27) *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 111, 118.

47 İbid 119.

48 İbid.

49 Söz konusu prensip UHK Maddeleri’nde şu şekilde ifade edilmiştir:

UHK Maddeleri 55:

“Lex Specialis

Bu maddeler, uluslararası hukuka aykırı eylemin varlığı için aranan koşulların veya bir devletin uluslararası sorumluluğunun içeriği ve uygulanmasının uluslararası hukukun özel kuralları tarafından düzenlenmesi halinde ve düzenlendiği ölçüde uygulanmaz.”

50 Marko Milanovic, ‘Special Rules of Attribution of Conduct in International Law’ (2020) 96 *International Law Studies* 295, 343.

beklenir.⁵¹ Ancak AİHM yorum ve içtihat yoluyla genel uluslararası hukuk düzenlemelerinden ayrılan ve *lex specialis* özelliği gösteren kurallar oluşturmuş olabilir. Atfedilmeye ilişkin *lex specialis* kabul edilmesi de mümkündür. Ancak UHK Maddeleri’nde öngörülen atfedilmeye ilişkin kuralların, örf ve âdet hukukuna ve sözleşmeye dayanan insan hakları hukuku dâhil olmak üzere uluslararası hukukun tüm alanlarında uygulanması amaçlanmıştır.⁵² Bu nedenle *lex specialis*’in yokluğunda uluslararası hukukun tüm alanlarında atfedilmeye ilişkin genel kuralların uygulanması gerekir. Dolayısıyla örf ve âdet hukukuna aykırı bir yaklaşım benimsenebilmesi için AİHM bunu bir biçimde gerekçelendirmek zorundadır. Burada andlaşmalar hukuku uyarınca AİHS’in yorumlanmasının da sınırları olduğu ve *lex generalis*’ten sapma için açık bir norm gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu çalışmanın cevaplamayı amaçladığı sorulardan bir tanesi de bu konuya ilişkindir: AİHM devletin uluslararası sorumluluğunun ortaya çıkmasının koşullarından biri olan atfedilme konusunda, genel uluslararası hukuktan ayrılan özel birtakım kurallar geliştirmiş midir? Bu soru ile aynı zamanda, AİHM içtihadının genel uluslararası hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını da sormuş olmaktadır.

Aslında en baştan başlanarak, AİHM içtihadında fazla karşılaşılmayan ve alana yabancı sayılabilecek “atfedilme” kavramının AİHS çerçevesindeki sorumluluğun bir unsuru olup olmadığını tespit etmek gerekir. Acaba AİHM atfedilme kavramını kullanmadan, farklı ifadelerle ya da zımni olarak bu mantıksal işlemi uygulamakta mıdır? Bazı yazarlarca pozitif yükümlülükler doktrini atfedilmenin bir alternatifi gibi yorumlanmış olsa da, AİHM içtihadı dikkatle incelendiğinde meselenin daha karmaşık olduğu görülmektedir.

Özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi meselesinin AİHM tarafından nasıl değerlendirildiğini incelemek için ikili bir ayırım yapılması gerekir.⁵³ Bu ayırma göre, birinci grupta özel kişilerin kamusal bir faaliyet yürüttüğü ve devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandığı gerekçesiyle meydana gelen hukuka aykırılıktan sorumlu tutulduğu hâller yer almaktadır. AİHM’e göre bu grupta yer alan davalar en azından resmi olarak “kamu otoritesi” sayılamayacak bir organın eylemleri nedeniyle

51 Uluslararası hukuk kuralları, bir anlamda uluslararası kamu düzenine aykırı normların kabul edilmesini yasaklayan *jus cogens* haricinde, tamamlayıcı ve ikincil niteliktedir. Dolayısıyla taraflar herhangi bir konuda serbestçe anlaşma akdederek bir konuyu genel uluslararası hukukta öngörülenden farklı bir biçimde düzenleyebilirler. Bu gibi özel bir düzenlemenin yokluğunda uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları ya da hukukun genel ilkelerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

52 Meron (n 12) 376.

53 AİHM içtihadında atfedilmeye ilişkin kurallar, AİHS’in 1. maddesi çerçevesinde davalı devletin ülke dışı yetkisinin değerlendirilmesi bağlamında da uygulanmıştır. Literatürde de atfedilmeye ilişkin kurallar ile insan hakları ilişkisi ağırlıklı olarak ülke dışı yetkinin söz konusu olduğu davalar bakımından incelenmiştir. Bu nedenle üçüncü bir kategoriden daha söz edilmesi mümkündür. Ancak bu davalarda teorik açıdan iki ayrı konu olan özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi ile ülke dışı yetki konuları iç içe geçmiş hâldedir. Bu nedenle kuralların bu bağlamda uygulanması atfedilmenin dışında farklı bir meseleyi içermektedir ve söz konusu ilişki ayrı bir çalışma kapsamında ele alınmıştır: Miray Azaklı Köse, ‘Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki’ (2021) 41(1) Public and Private International Law Bulletin 261.

ratione personae bakımından devletin sorumluluğuna ilişkindir.⁵⁴ Bu grupta yer alan davalarda gerçek anlamda bir özel kişinin eyleminin devlete atfedilmesi meselesi yoktur. Çünkü devlet, özel kişinin hukuka aykırı eyleminden dolayı değil, bizzat kendi organ veya görevlilerinin önleme veya cezalandırma biçimindeki bir pozitif yükümlülüğünün ihlalden sorumlu tutulmaktadır. Uluslararası hukuka aykırı eylem, hukuki bir yükümlülüğe aykırı olan icrai veya ihmali nitelikte bir davranışı içerebilir.⁵⁵ Diğer bir ifadeyle yükümlülük, kaçınma veya harekete geçme görevi yükleyebilir; hukuk düzeninde hem pozitif hem de negatif yükümlülükler söz konusudur.⁵⁶ Dolayısıyla atfedilme işlemi devlet organlarının eylemleri temelinde gerçekleşmektedir.

İkinci grup davalar ise AİHM'nin bir şirket ya da başka bir özel kişinin eylemlerinden devletin sorumluluğunu, AİHS'nin 34. maddesi bağlamında davacının hükümet kuruluşu olup olmadığına ilişkin kriterleri uygulayarak belirlediği davalardır. Bu grupta yer alan davalar özellikle devlet şirketlerinin eylemlerinden sorumluluğa ilişkin olmakla birlikte, yalnızca bunlarla sınırlı değildir. Aşağıda “Devlet Şirketleri ve Diğer Özel Kişi veya Birimlerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi” başlığı altında bu davalar incelenecektir.

İnsan hakları hukukunun atfedilme konusuna yaklaşımı, bazı özellikler arz etmektedir. İnsan hakları hukukunda devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinden söz edilir. Konu aşağıda detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte, pozitif yükümlülükler bir boyutuyla devletin özel kişilerin hukuka aykırı eylemlerini önleme, bunlara karşı tedbir alma ya da ihlali ve sorumlularını soruşturma ve cezalandırma gibi yükümlülüklerini içerir. Burada tedbir alma, önleme ya da soruşturma yükümlülüğü karşısında devletin “pasif kalma” (ihmal) şeklinde bir hukuka aykırı davranışı söz konusudur. Yani sorumluluğu doğuran eylem, özel kişilerin gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylem değil; devletin harekete geçmesi gerekirken geçmemesi biçimindeki kendi organ veya görevlilerinin davranışdır. Genel uluslararası hukukta yapılan özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi işleminde ise devletin önleme yükümlülüğüne aykırı eylemi de sorumluluk doğurabilir ise de, esasen özel kişinin gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylem, özel kişi o olayda bizzat devletin bir uzantısı gibi hareket ettiğinden devletin eylemi olarak kabul edilmektedir. Burada devletin sorumluluğunu doğuran, yukarıdaki örnekte olduğu gibi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeme biçimindeki pasif davranışı değil; özel kişinin icrai nitelikteki eyleminin devletin o eylem üzerinde sahip olduğu kontrol nedeniyle devlete bağlanabilmesidir. Yani özel kişi üzerinde devletin sahip olduğu kontrolün derecesi, o eylemi bizzat devletin eylemi kılabilir.

54 *Kotov v Russia*, App No 54522/00 (ECtHR, 3 April 2012) para. 92; *Liseyeva and Maslov v Russia* App No 39483/05 ve 40527/10 (ECtHR, 9 October 2014) para 184.

55 Robert Kolb, *The International Law of State Responsibility: An Introduction* (Edward Elgar Publishing 2017) 38.

56 *Ibid.*

Esasen genel uluslararası hukukta bizzat devlete yüklenmiş bir yükümlülük olan “koruma yükümlülüğü” ile özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi hukuk tekniği açısından ayrı konulardır. AİHM’nin yaklaşımı bir yana bırakılacak olursa, genel uluslararası hukukun devletin sorumluluğunu doğuran bir hukuka aykırı eylemi tespiti, a) eylemin uluslararası hukuka göre devlete atfedilmesi ile b) eylemin devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespiti biçiminde iki adımdan oluşmaktadır. İnsan hakları hukukunda ise, büyük ölçüde bu alanda meydana gelen ihlallerin doğasından kaynaklanan sebeplerle, özel kişilerin hukuka aykırı eylemleri karşısında devletin “önleme ve koruma yükümlülüğü” ön plana çıkarılmıştır.

Örneğin yine uluslararası hukukun parçalanması fenomeni kapsamında bağımsız (*self-contained*)⁵⁷ hukuk rejimi olmaya aday görülen ve insan hakları hukukuna benzer biçimde bireylerin doğrudan devleti dava edebildiği uluslararası yatırım tahkimi alanında genel uluslararası hukukun söz konusu metodolojik ayırımına sadık kalınmıştır. Yatırım tahkimi kapsamında görülen uyuşmazlıklarda, UHK Maddeleri’nin atfedilmeye ilişkin temel hükümleri olarak görülen 4., 5. ve 8. maddeleri kapsamında bir eylemin devlete atfedilip atfedilemeyeceği incelenmektedir. Ancak burada yatırım tahkiminin, merkezi bir mahkemeden ya da temyiz incelemesinden yoksun mekanizmalara dayandığını vurgulamak gerekir. Yani, uluslararası yatırım hukuku kendisine özgü ve genel uluslararası hukuk rejiminden ayrılan tutarlı bir yaklaşım benimseyebilecek bir kurumsal yapıya sahip değildir. Dolayısıyla konu eğer devletler arasındaki bir uluslararası anlaşma ya da uyuşmazlığın tarafları arasındaki bir sözleşme ile düzenlenmemiş ise (çoğunlukla yatırım anlaşmalarında karşılaşılan durum budur), yatırım hakem heyetinin yapabileceği tek şey, genel uluslararası hukuka başvurmak, yani uluslararası hukukun atfedilmeye ilişkin kurallarını uygulamak olacaktır.

Devletin fiziki bir varlığı bulunmadığından, devlet ancak kendisi adına hareket eden kişiler vasıtasıyla eylemlerini gerçekleştirebilir.⁵⁸ Bu nedenle atfedilme devlet adına hareket eden bireylerin icra veya ihmal biçimindeki eylemlerinin hukuki olarak devletin eylemi kabul edilmesini sağlayan hukuksal bir işlemdir. Böylelikle artık o eylem söz konusu bireye ait değil, yalnızca ve münhasıran devlete ait bir eylem olarak kabul edilecektir.⁵⁹ Özetle, atfedilme temelde devletin kendi organ ve görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle devlete sorumluluk yüklenmesi ve devletin herhangi bir sorumluluk taşımayacağı özel nitelikli hukuka aykırı eylemlerin belirlenmesi amacıyla hizmet etmektedir.⁶⁰

57 Bkz yukarıda dipnot 3 ve dipnot 8.

58 Rüdiger Wolfrum, ‘State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance’ in Maurizio Ragazzi (edn) *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 423, 424.

59 Kolb (n 55) 70.

60 Gordon A Christenson, ‘The Doctrine of Attribution in State Responsibility’ in Richard Lillich (edn) *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (University Press of Virginia 1983) 321, 321.

Genel bir bakışla atfedilmeye ilişkin kurallar şu şekilde özetlenebilir: (i) Devletin *de jure* organ ve görevlilerinin eylemlerinin atfedilmesi - bu noktada ilgili devletin bu organların oluşturulmasını veya görevlilerin seçilmesini sağlayan iç hukukuna bakılmaktadır. (UHK Maddeleri 4-7), (ii) Devletin *de facto* organlarının veya görevlilerinin eylemlerinin atfedilmesi - devletin organik hukuki yapısından bağımsız olarak devlet fonksiyonlarının etkin icrasına bakılmaktadır (UHK Maddeleri 8-9), (iii) Özel kurallar uyarınca eylemlerin atfedilmesi - örneğin ayaklanma durumu, bazı davranışların sonradan devlet tarafından benimsenmesi veya diğer özel durumlar (UHK Maddeleri 10-11)⁶¹. Söz konusu kurallardan ise özellikle üçü uluslararası yargı ve hakem mahkemeleri tarafından yaygın uygulama alanı bulmaktadır ve atfedilmeye ilişkin çekirdek hükümler olarak nitelendirilmektedir⁶²:

Bunlardan ilki, sorumluluğu öne sürülen devletin iç hukuku uyarınca devlet organı statüsü tanınmış kişi veya birimlerin (*de jure* organ) her türlü eyleminin devlete atfedilebileceğini düzenlemektedir:

“**Madde 4**

Devlet Organlarının Tasarrufu

1. *Herhangi bir devlet organının tasarrufu, organın yasama, yürütme, yargı ya da başka bir fonksiyonu yerine getirip getirmediğine, organın devlet organizasyonu içerisindeki pozisyonuna ve merkezi hükümetin bir organı mı yoksa devletin yerel idaresinin bir organı mı sayıldığına bakılmaksızın uluslararası hukuka göre o devletin eylemi kabul edilecektir.*

2. *Organ, devletin iç hukuku uyarınca bu statüye sahip olan her kişi veya birimi içermektedir.”*

Devletin tüm organları bir uluslararası hukuka aykırı eylem gerçekleştirebilir ve bu kuralın bir istisnası bulunmamaktadır. Devlet, egemenliği gereği kendisini organize etmek ve kendi organlarını belirlemek konusunda özgürdür.⁶³ 4. madde bu temel prensibi ortaya koymaktadır. Devletin kendi organlarının eylemlerinin atfedilmesinde uluslararası hukukun rolü oldukça sınırlıdır; esas belirleyici olan ilgili devletin iç hukukudur.⁶⁴ Çünkü devlet kendi organlarının hangileri olduğunu iç hukuku uyarınca kendisi belirlemektedir.

61 Kolb (n 55) 73.

62 James Crawford, ‘Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility’ (2010) 25(1) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 127, 133.

63 Djamchid Momtaz, ‘State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 237, 239.

64 Luigi Condorelli and Claus Kress, ‘The Rules of Attribution: General Considerations’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 221, 229.

İkinci temel düzenleme, UHK Maddeleri 5. hükmü olup devletin iç hukuku uyarınca *de jure* organ sayılmayan ancak normal koşullarda devlete ait olan bazı kamu gücü unsurlarını kullanan kişi ve birimlerin tasarrufunun belirli koşullar altında devlete atfedilebilmesini düzenlemektedir.⁶⁵ 4. maddeye benzer şekilde 5. madde uyarınca kamu gücü kullanma yetkisi ile donatılmış kişi veya birimlerin eylemlerinin atfedilmesinde de iç hukuk belirleyicidir.⁶⁶ Ancak burada ilgili organa iç hukukta devlet organı statüsü tanınıp tanınmadığı değil; kamu gücü kullanma yetkisi tanınıp tanınmadığı araştırılmaktadır:

“Madde 5

Kamu Gücü Unsurlarını Kullanan Kişi ve Birimlerin Tasarrufu

Madde 4 uyarınca devlet organı sayılmayan ancak ilgili devletin iç hukuku uyarınca kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş ve somut olayda bu nitelikte hareket eden kişi veya birimlerin tasarrufları devletin eylemi olarak kabul edilir.”

Devletin çeşitli düzeylerde dâhil olduğu şirketlerin ve yine farklı düzeylerde bağımsızlığa sahip düzenleyici kuruluşların varlığı, klasik kamu hukuku-özel hukuk ayırımını belirsiz hâle getirmiş ve bu durum devletin sorumluluğunun belirlenebilmesi amacıyla söz konusu birimlerin faaliyetlerinin detaylı bir biçimde incelenmesini gerekli kılmıştır.⁶⁷ 5. madde geleneksel olarak devlet tarafından görülen, iktisadi ya da sosyal nitelikli bazı kamusal faaliyetlerin devletler tarafından özel kişilere gördürülmeye başlanması karşısında oluşan sorumluluk boşluğunu doldurmaktadır.

Bu sayede UHK Maddeleri'nin sağladığı önemli bir imkân, yapısı, karar alma mekanizması ya da amaçları gibi unsurlar bakımından kamusal kuruluş özellikleri göstermeyen, ancak kısmi de olsa kamu gücü kullanan özel şirketlerin faaliyetlerinin de devletin eylemi sayılabilmesidir. Bazı kamusal yetkileri elinde bulundurmaya devam eden özelleştirilmiş devlet şirketleri ya da özel şirketlerden kısmi de olsa kamu gücü kullanma yetkisi bulunanlar bu çerçevede düşünülmelidir. Ancak burada devletin sorumluluğunun doğabilmesi için hukuka aykırı eylemin kamusal nitelikli olması gerekir.

Örneğin seyahat acentelerinin pasaport kontrolü ya da vize verilmesi gibi kamusal yetkilerin kullanılmasını içeren eylemlerinin devlete atfedilmesi mümkün iken, kamusal yetkilerin kullanılmasını içermeyen bilet satışı veya otel rezervasyonu gibi

65 5. madde hükmünün örf ve âdet hukukunu yansıtmayı yansıtmadığı Soykırım Sözleşmesi davasında Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı tarafından yanıtı bırakılmıştır. Bkz Alexander Kees 'Responsibility of States for Private Actors' in Rüdiger Wolfrum (edn) Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford Public International Law 2011) para 11 <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1092?prd=MPIL>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43, para 414.

66 Condorelli and Kress (n 64) 229.

67 James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edn, Oxford University Press 2012) 544.

eylemlerinin söz konusu kural bağlamında devlete bağlanabilmesi söz konusu değildir.⁶⁸ Benzer bir biçimde devlete ait bazı yetkileri kullanan özel güvenlik şirketlerinin (örneğin ceza infaz kurumlarında kamu gücü sayılan bazı yetkiler kullanan özel şirketlerin) eylemleri de devletin sorumluluğunu doğurabilir.

Uluslararası hukukta devlet, kural olarak özel kişilerin eylemlerinden sorumlu değildir.⁶⁹ UHK Maddeleri’nde atfedilmeye ilişkin üçüncü temel düzenleme ise, bunun temel istisnalarından biri olan, özel kişilerin devletin talimat, yönlendirme ve kontrolü altında gerçekleştirdikleri eylemlerinin devlete atfedilebilmesine ilişkin kuraldır:

“**Madde 8**

Devlet Tarafından Yönlendirilen veya Kontrol Edilen Tasarruf

Bir kişi veya kişi grubunun tasarrufu, eğer bunlar tasarrufta bulunurken aslında bir devletin talimatı veya yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket ediyorsa uluslararası hukuka göre o devletin eylemi olarak kabul edilir.”

Uluslararası hukukta devleti belirlemek devlet dışı aktörleri belirlemekten daha kolaydır; çünkü devlet dışı aktörler ile çeşitli biçim ve durumlarda karşılaşılmaktadır: Örneğin bireyler, gerçek veya özel hukuk kişileri, gruplar, dernekler, ağlar, yapılar, şirketler veya isyancılar olarak karşımıza çıkabilirler.⁷⁰ Uluslararası hukukta bu aktörlerin statüsü sistem içinde hangi ölçüde yer aldıkları ve yerine getirdikleri faaliyetlere göre değişebilmektedir.⁷¹ Eğer bu aktörler devletin *de facto* organı haline gelmişlerse, artık devletin eyleminden söz edilebilecektir.⁷² *De facto* organ kavramı, ilgili devletin iç hukuku uyarınca devlet organı sayılmayan ancak uluslararası hukuka göre devlet organı olarak nitelendirilen kişi veya birimleri kapsamaktadır.⁷³ Kavram sıklıkla 8. maddenin kapsadığı durumlar ile ilişkili olarak kullanılmaktadır.⁷⁴

8. madde hükmü iki farklı senaryoyu düzenlemektedir: Birincisi, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren özel kişilerin devletin talimatı altında hareket etmesi durumu iken, ikincisi devlet ile özel kişiler arasındaki ilişkinin daha mesafeli olduğu bir durumdur.⁷⁵

68 Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (Seçkin 2020) 412.

69 Farrior and Clagett (n 14) 301.

70 Emmanuel Roucouas, ‘Non-State Actors: Areas of International Responsibility in Need of Further Exploration’ in Maurizio Ragazzi (edn) *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 391, 403.

71 Ibid.

72 De facto organ kavramı üzerine bir inceleme için bkz Bleda R. Kurtarıcan, ‘Uluslararası Sorumluluk Hukuku Kapsamında Devletin de Facto Organı Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme’ (2016) 11(143-144) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57.

73 Paolo Palchetti, ‘De Facto Organs of a State’ in Rüdiger Wolfrum (edn) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2017) para 2 <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

74 Ibid para 7.

75 Wolfrum (n 58) 427.

İlk hâlde talimat altında hareket eden özel kişiler talimatı veren devlet organının uzayan bir kolu görünümündeyken, ikinci hâlde devletin yönlendirme veya kontrolü altında hareket eden kişilerin eylemleri bakımından atfedilme süreci daha karmaşıktır.⁷⁶ Genellikle kabul edilen, eylemin ancak devletin somut (spesifik) operasyon ve eylem üzerinde yönlendirme ve kontrolü var ise devlete atfedilebileceğidir.⁷⁷ Bu yönlendirme ve kontrolün hangi ölçüde olması gerektiği meselesi Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı tarafından Nikaragua davasında⁷⁸ incelenmiştir.⁷⁹

AİHM içtihadı atfedilmeye ilişkin özellikle iki kuralın, UHK Maddeleri 5. ve 8. hükümlerinin, özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesinde en fazla ilişkili kurallar olduğunu göstermektedir.⁸⁰ Bu çalışmanın izleyen bölümlerinde söz konusu kuralların AİHM içtihadındaki iz düşümleri aranacak ve AİHM'in diğer yargı organları ve hakem mahkemelerine benzer şekilde söz konusu kurallar ile kendisini bağlı görüp görmediği sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır.

II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi

A. İnsan Hakları Hukukunda Devletin Pozitif Yükümlülükleri Doktrini

Her ne kadar uluslararası insan hakları hukuku sorumlu olarak yalnızca devleti esas almakta ve devlet dışı aktörler konusunda sessiz kalmakta ise de⁸¹, gerçekte insan hakları ihlallerinin büyük bir çoğunluğu devletin kontrolü altında bulunmayan devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilmektedir.⁸² Uluslararası hukukun diğer alanlarının, örneğin insancıl hukukun, devlet dışı aktörler tarafından ihlali mümkün iken, bu kişi veya birimler insan hakları hukuku bakımından sorumlu tutulamamaktadır.⁸³

Diğer yandan insan hakları hukuku kuralları, devlet-birey ilişkileri yanında bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde de geçerli olan ve uyulması zorunlu bulunan kurallardır.⁸⁴ Haksız kamulaştırma, göz altında işkence ve kötü muamele, haksız yakalama, haksız tutuklama gibi sadece devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilebilecek ihlaller bir yana bırakılırsa, pozitif hukukta yer alan temel haklar, devletler yanında bireylerce de ihlal edilebilen haklardır.⁸⁵

76 İbid 427-428.

77 İbid 428.

78 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14.

79 İbid para 115-116.

80 Pavel Šturma, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' 4 <<https://rm.coe.int/the-issues-of-state-responsibility-before-the-ecthr/1680a05736>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

81 Robert McCorquodale, 'Overlegalizing Silences: Human Rights and Nonstate Actors', (2002) 96 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 384, 384.

82 İbid 385.

83 İbid.

84 Reyhan Sunay, 'İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu' (2015) 23(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, 11.

85 İbid 23.

Atfedilmeye ilişkin kuralların fazlasıyla geleneksel olduğu ve özel ve kamusal alanların iç içe geçmesi olgusuna cevap veremediği yönündeki eleştiriler karşısında, 1945 sonrasında uluslararası insan hakları hukukunun gelişmesi ile birlikte atfedilmeye ilişkin kuralların yeterli olduğunun kanıtlandığı öne sürülmüş ve bunun sebebi olarak hem atfedilmeye ilişkin kuralların esnekliği hem de devletin ihlalden kaçınmanın yanı sıra hakkın korunması yükümlülüğü ile sorumlu tutulması gösterilmiştir.⁸⁶ Buna göre eğer uluslararası hukuk özel sektörün problemlerine cevap vermiyorsa, çözüm ekonomik, sosyal ve kültürel haklar gibi konularda birincil kuralların geliştirilmesinde veya mevcut yükümlülüklerde neyin eksik olduğunun araştırılmasında aranmalıdır.⁸⁷

AİHM daha ziyade ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunması başlıca amacını taşıyan belgelerin denetim organları tarafından tercih edilen yükümlülüklerin üçlü tasnifi yerine, medeni ve siyasi haklar ile ilgili olan daha basit ikili bir yaklaşımı seçmiştir: negatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler ayrımı.⁸⁸ Üçlü tasnif, devletin organları ve görevlileri eliyle hakka hukuka aykırı bir müdahalede bulunmama yükümlülüğü, devletin üçüncü kişilerin hakka müdahalesini önleme ve cezalandırma yükümlülüğü ve devletin hakkın gerektiği gibi kullanılabilmesi için pozitif tedbirler alması yükümlülüğüne karşılık gelmektedir.⁸⁹

Devlet, yani devlet görevlileri ve kamu kurumları tarafından kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale “dikey etki” olarak da adlandırılmakta olup, kişiler veya çeşitli gruplar arasındaki özel ilişkilerden kaynaklanan hak ihlalleri ise temel hakların “yatay etkisi” kavramı ile açıklanmaktadır.⁹⁰ Bu süreçte gerçekleşen ihlaller de “yatay ihlaller” olarak anılmaktadır.⁹¹ Devletin yatay hak ihlallerinin önlenmesi konusunda da bazı sorumlulukları vardır.

Günümüzde AİHS’in standart koyan hükümleri biri negatif, diğeri pozitif olmak üzere ikili bir boyuta sahiptirler ve bu anlamda hâkimin yarattığı bir yapı söz konusudur.⁹² AİHM konuya ilişkin kararlarında pozitif yükümlülük kavramını tanımlamamaktadır ancak kavramın ne anlama geldiği içtihadattan anlaşılabilir. ⁹³ Buna göre, pozitif yükümlülükler ulusal makamların bir hakkı korumak için ihtiyaç duyulan tedbirleri almasını gerekli kılar⁹⁴ ya da başka bir ifadeyle ulusal makamların makul tedbirler

86 Crawford, ‘Revising the Draft Articles’ (n 21) 439.

87 İbid 440.

88 Jean-François ve Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 7* (1. Baskı, Avrupa Konseyi 2008) 5.

89 İbid 4-5.

90 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (8. Baskı, Seçkin 2019) 55-56; François ve Kombe (n 88) 14.

91 Sunay (n 84) 11-12.

92 François ve Kombe (n 88) 6.

93 İbid 7; Metin (n 46) 129.

94 *Hokkanen v Finland* App No 19823/92 (ECtHR, 24 August 1994)

olarak bireyin haklarını korumasını gerektirir.⁹⁵ Buna ihlali gerçekleştiren kişilere yaptırım öngörülmesi ve uygulanması da dâhildir.⁹⁶ Bu bağlamda devlet failleri bulmak, kovuşturma yapmak, yargılamak ve gereken cezaları vermek zorundadır ve bütün bu işlemleri makul bir zamanda ve etkin bir şekilde yerine getirmelidir.⁹⁷

AİHM pozitif yükümlülük doktrinini AİHS'in ve protokollerin standart koyan maddeleri ile AİHS'in 1. maddesinin birlikte değerlendirilmesine dayandırmaktadır.⁹⁸ Kısacası pozitif yükümlülükler devletin yargı yetkisindeki herkese AİHS'de yer alan hakları sağlama yükümlülüğünden türetilmiştir. Yani devletin insan haklarını koruma görevinden doğmaktadır.⁹⁹

Negatif ve pozitif yükümlülükler ayırımına dayanan ve AİHM tarafından benimsenen ikili tasnif, üçlü tasnifle benzerlikler taşımakla beraber zamanla geliştirilmiş bir yaklaşımdır. Buna göre, devletin bizzat kendisinin hakka hukuka aykırı müdahalede bulunmama yükümlülüğü, AİHS'te kaleme alınmış hakların özünde zaten bulunmaktadır. Diğer yandan devletin pozitif bir edimini gerektiren pozitif yükümlülüklerin birçoğunun ortaya çıkması için söz konusu yükümlülüklerin AİHM tarafından vazedilmesi gerekmiştir. 1968 tarihli *Belçika Dil Hakları* davasında verilen karar¹⁰⁰ ile başlayan bu süreç, AİHM'in sürekli olarak pozitif yükümlülükler kategorisini yeni unsurlar ekleyerek genişletmesi ile devam etmiştir.¹⁰¹ Diğer bir ifadeyle pozitif yükümlülükler kategorisi AİHM'in yaratımıdır.¹⁰²

Burada pozitif yükümlülük doktrini her ne kadar AİHS'te yer alan yükümlülüklerin genişletilmesi sonucunu doğuruyor ve bireyler arasında meydana gelen ihlaller nedeniyle devletin sorumlu olmasına yol açıyor ise de, aslında devlet doğrudan bireyin eyleminden sorumlu tutulmamaktadır. Çünkü devlet hukuken veya maddî olarak bireylerin haklarının ihlal edilmesini önleyemediği ya da faillerin cezalandırılmasını sağlayamadığı için sorumlu tutulmaktadır.¹⁰³ Aşağıda ilk olarak bu durum incelenecektir.

95 *Lopez-Ostra v Spain* App No 16798/90, (ECtHR, 9 December 1994)

96 *François ve Kombe* (n 88) 7.

97 Mehmet Akif Poroy 'Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük' (2006) 80(3) İstanbul Barosu Dergisi, 1005, 1008; Sunay (n 34) 27.

98 Örneğin, *VgT Verein Gegen Tierfabriken v Switzerland* App No 24699/94 (ECtHR, 28 June 2001); *Broniowski v Poland* App No 31443/96 (ECtHR, 22 June 2004); Sunay (n 84) 29; Metin (n 46) 116.

99 Sunay (n 84) 27.

100 Case "Relating to Certain Aspects of the Laws On the Use of Languages in Education in Belgium" v Belgium (Merits) App No 1474/62 (ECtHR, 23 July 1968)

101 *François ve Kombe* (n 88) 5-6.

102 Söz konusu süreç aşağıda "B. Pozitif Yükümlülükler Doktrini Çerçevesinde Eylemin Devlete Atfedilmesi" başlığı altında ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir.

103 *Ibid* 15.

B. Pozitif Yükümlülükler Doktrini Çerçevesinde Eylemin Devlete Atfedilmesi (Birinci Grup Davalar)

İnsan hakları bağlamında sıklıkla söz konusu olan devletin kendi eylemleri ile bir hakkı ihlal etmesinden ziyade, devlet dışı aktörlerin gerçekleştirdiği ihlallere karşı hakkın korunmasını sağlamada başarısız olmasıdır. Ancak bu gibi durumlara karşı çözüm sunma noktasında devletin sorumluluğu hukuku uzun süre gelişmemiştir.¹⁰⁴ Bu nedenle insan hakları kural yapıcılar ve insan hakları hukuku içtihadı bu durumu değiştirmek üzere “özen gösterme yükümlülüğü” (*due diligence*) ya da pozitif yükümlülük doktrinine başvurmuşlardır.¹⁰⁵

Sorumluluğun doğması bakımından en çok başvurulan standart, gereken özeni gösterme standardıdır ve her ne kadar kavramın tanımı üzerinde bir görüş birliği olmasa da, gereken özeni gösterme önleme, soruşturma, cezalandırma ve tazmin etmeyi içerecek şekilde devletin tüm aygıtlarını harekete geçirme yükümlülüğünü içermektedir.¹⁰⁶

Bilhassa özelleştirme nedeniyle belirli kamusal görevlerin özel kişiler tarafından görülmesinin söz konusu olduğu davalarda, UHK Maddeleri 5. ve 8. hükümlerinde aranan koşullar genellikle karşılanamamaktadır.¹⁰⁷ Burada atfedilme, devlet ile özel kişiler arasında talimat verme veya kontrol kullanmaya dayanan bir ilişkiden kaynaklanmamakta, insan hakları korumasının kapsamında kaldığı sürece, devredilen devlet fonksiyonunun özel doğası belirleyici olmaktadır.¹⁰⁸

Bir özel öğretim kurumunun söz konusu olduğu *Costello-Roberts v the United Kingdom* kararında, AİHM tarafından devletin yükümlülüğünü özel kuruluş veya kişilere devrederek kendisini sorumluluktan kurtaramayacağına vurgu yapılmış¹⁰⁹; devlet okulları ve özel okullar arasında bir ayırım yapılmaksızın ülkede bulunan tüm okullar bakımından eğitim hakkının korunması bağlamında bedensel disiplin cezasından Birleşik Krallık’ın sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir.¹¹⁰ Ancak değerlendirme neticesinde Birleşik Krallık’ın gerçekleştirdiği bir ihlal bulunmadığına hükmedilmiştir.¹¹¹ *Costello-Roberts v the United Kingdom* davasında AİHM’in özel okul öğretmenlerinin eylemlerinin devlete atfedilmesi ile ilişkili olarak atfedilmeye dair zorlu meselelerle ilk kez karşı karşıya kalmış olması muhtemeldir.¹¹² Çünkü AİHM

104 Susan Marks and Fiorentina Azizi, ‘Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: International Mechanisms’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 725, 729.

105 Ibid 729-730.

106 Farrior and Clagett (n 14) 532.

107 Kees (n 65) para 22.

108 Ibid.

109 *Costello-Roberts v the United Kingdom*, App No 13134/87 (ECtHR, 25 March 1993) para 27.

110 Ibid para 27-28.

111 Ibid para 36; para 40.

112 Şturma (n 80) 4.

devletin sorumluluğunu atfedilmeye ilişkin kurallara dayandırmamış, bunun yerine devletin eğitim alanındaki pozitif yükümlülüklerini gerekçe göstermiştir.¹¹³ Diğer bir ifadeyle AİHM'in değerlendirmesi meselenin öğretmenlerin eylemlerinin devlete atfedilmesi biçiminde değil, devletin pozitif yükümlülükleri temelinde ele alındığına göstermektedir.

Benzer bir biçimde *Storck v Germany* davasında da, AİHM devletin kamusal alandaki yükümlülüklerini özel kişilere devrederek sorumluluktan kurtulamayacağını¹¹⁴ ifade ettikten sonra, kişilerin rızaları hilafına tutulduğu özel psikiyatri klinikleri üzerinde devletin gözetim ve denetim yetkisi bulunduğu ve somut olayda devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiğine hükmetmiştir.¹¹⁵ Bu davada pozitif yükümlülük yerine UHK Maddeleri 5. hükmü uygulanmış olsa idi dahi, AİHM'in söz konusu gerekçesinin eylemin devlete atfedilmesi bakımından da yeterli olacağı ifade edilmektedir.¹¹⁶

O'Keeffe v Ireland davasında AİHM bir öğrencinin ilköğretim okulunda uğradığı cinsel istismar karşısında devletin koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğinden bahisle İrlanda'yı sorumlu tutmuştur. İrlanda kötü muamelenin tespiti ve raporlanması konusundaki mekanizmanın etkisiz olduğu gerekçesiyle sorumlu tutulmuş ve AİHS'nin 3. maddesi çerçevesinde kötü muameleye karşı tedbir alma şeklindeki pozitif yükümlülüğün İrlanda tarafından ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹¹⁷ AİHM, *Costello-Roberts v the United Kingdom* davasına atıfta bulunarak devletin eğitim hizmetini özel kişilere devrederek koruma yükümlülüğünden kurtulamayacağını belirtmiştir.¹¹⁸ Yani *Costello-Roberts v the United Kingdom* davasına benzer biçimde atfedilmeye ilişkin kurallara değinilmemiştir.¹¹⁹

Bazı durumlarda ise eylem devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilmiş ise de, bu kanıtlanamamaktadır. Örneğin *Tepe v Turkey* davasında, başvuru oğlunun devlet görevlileri tarafından kaçırıldığı ve öldürüldüğünü öne sürmüştür.¹²⁰ Bu davada delil yetersizliği sebebiyle öldürme eyleminin doğrudan devlete atfedilmesi mümkün değilken¹²¹, Türkiye'nin yeterli soruşturma yapma ve etkili başvuru hakkı sağlama gibi usûli yükümlülüklerini ihlal ettiğinden bahisle sorumlu tutulması mümkün olmuştur.¹²²

113 İbid.

114 *Storck v Germany*, App No 61603/00 (ECtHR, 16 June 2005), para 103.

115 İbid para 103-108.

116 James Crawford and Amelia Keene, 'The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights' in Anne van Aaken and Iulia Motoc (edn) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press, 2018) 178, 182.

117 *O'Keeffe v Ireland* App No 35810/09 (ECtHR, 28 January 2014) para 162-169.

118 İbid para 150.

119 Şturma (n 80) 5.

120 *Tepe v Turkey* App No 27244/95 (ECtHR, 9 May 2003) para 3.

121 İbid para 163, para 196.

122 İbid para 182, para 197-198. Aynı yönde bkz Malcolm Evans, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' in Malgosia Fitzmaurice and Dan Sarooshi (edn) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing, 2004) 139, 158.

AİHM'in bu yaklaşımı devletin düzenleme ve denetleme biçimindeki yükümlülükleri çerçevesinde iş gücü piyasası, hukuk sektörü, özel psikiyatrik tedavi merkezleri gibi pek çok alan bakımından geçerlidir.¹²³ Devlet eğitim hizmetinin sağlanması ya da psikiyatri hastalarının tutulmasını da içeren sağlık hizmetlerinin görülmesini özel kişilere devredebilir; ancak AİHM'e göre bunlar devletin nihai olarak sorumlusu olacağı kamusal fonksiyonlardır.¹²⁴

AİHM'in pozitif yükümlülükler doktrini çerçevesinde verdiği bu kararlarda devletin sorumlu tutulması özel kişilerin kamusal faaliyet görmesinden ziyade, devletin koruma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla AİHM'in söz konusu kararları UHK Maddeleri 5. hükmünün bir uygulaması niteliğinde olmadığı gibi; bu hükümden söz edilmemekte ve hükmün unsurlarının somut olayda bulunup bulunmadığı da tartışılmamaktadır.

AİHM, *Kotov v Russia* davasında ise pozitif yükümlülükler doktrini ile UHK Maddeleri 5. hükmü arasında bir ayırım yapmıştır. Dava konusu uyuşmazlık, özel bir bankada birikim hesabı bulunan başvuruçunun bankanın iflası ve tasfiyesi sırasında ilk ödeme yapılacak ayrıcalıklı alacaklılar kategorisinde bulunmasına rağmen, alacağının tamamının ödenmemesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Bankanın alacaklılar kurulu bu birinci sınıf alacaklı kategorisi içinde engelli, savaş gazisi ve ihtiyaç sahibi kişilerin olduğu özel bir kategori oluşturmuştur. Mahkeme kararı ile atanan tasfiye görevlisi de banka varlıklarından bu kişilere tam ödeme yapmış; başvuruçusu ise birinci sınıf alacaklı kategorisinde bulunmasına rağmen alacağının % 1'inden daha azını elde edebilmiştir.¹²⁵

Başvuruçusu tasfiye görevlisinin eylemlerinden devletin sorumluluğunu öne sürmüştür. AİHM konuyu iki ayrı açıdan ele alarak "tasfiye görevlisinin hukuki statüsü" başlığı altında özel kişinin eyleminden devletin sorumlu tutulup tutulamayacağını, "tasfiye prosedürü bağlamında devletin pozitif yükümlüklerinin doğası ve genişliği" başlığı altında ise devletin sorumluluğunu pozitif yükümlülükler bağlamında incelemiştir.¹²⁶

Kararın konumuz bakımından önemi, AİHM'in doğrudan pozitif yükümlülükler doktrinine yönelmek yerine, özel kişinin eyleminin devlete atfedilmesini ayrıca ele almış olmasından kaynaklanmaktadır. Bazı yazarların görüşüne göre, *Kotov v Russia* davasında AİHM kendi içtihadı ile UHK Maddeleri'ni bağdaştırma yönünde bir girişimde bulunmuştur.¹²⁷

123 İş gücü piyasasının düzenlenmesine ilişkin olarak ayrıca bkz *Evaldsson and Others v Sweden*, App no 75252/01, (ECtHR, 13 February 2007), para 63; baro birliklerine ilişkin olarak *Buzescu v Romania*, App No 61302/00 (ECtHR, 24 May 2005) para 78 ve Polonya-Almanya Uzlaştırma Kuruluşu'nun statüsünün tartışıldığı *Woś v Poland*, App No 22860/02, (ECtHR, 8 June 2006) para 71-74.

124 Crawford ve Keene (n 116) 182.

125 *Kotov v Russia* (n 54) para 17.

126 *Ibid* para 91 vd; para 108 vd.

127 Crawford and Keene (n 116) 182.

AİHM'e göre devlet özel şirketlerin borçlarından, şirket yöneticilerinin veya tasfiye görevlilerinin hatalarından doğrudan sorumlu tutulamaz.¹²⁸ Ancak devlet 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca kişilerin haklarını arayabileceği ve kararın icra edilebileceği asgari bir hukuki çerçeveyi sağlamak zorundadır.¹²⁹ Bu nedenle AİHM Rusya'nın somut olayda yeterli hukuk yollarını sağlayıp sağlamadığını incelemiş ve pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından bir ihlal bulunmadığı sonucuna varmıştır.¹³⁰ Özel kişinin eyleminin devlete atfedilmesi bakımından yapılan incelemede ise tasfiye görevlisinin devletin doğrudan sorumluluğuna yol açacak bir devlet ajanı olarak hareket etmediğine karar verilmiştir.¹³¹ Kararın atfedilmeye ilişkin bu kısma bir sonraki bölümde ayrıca yer verilecektir.

AİHM içtihadı somut olayda devletin talimat veya kontrolü altında hareket eden özel kişilerin eylemlerinin devletin eylemi sayılmasını öngören UHK Maddeleri 8. hükmü ile nadiren bağlantılıdır.¹³² Bunun gerekçesi olarak söz konusu hükümde kodlaştırılmış olan etkin kontrol testinin, insan hakları uygulamasında yarattığı güçlükler ve güvenlik ve sınır kontrolü gibi geleneksel olarak devletin kamusal faaliyetleri olarak kabul edilen faaliyetlerin özel kişilere devredilmesi gösterilmektedir. Örneğin *Boon*, 8. madde çerçevesindeki kontrol testinin geleneksel olarak devletle ilişkili görülen faaliyetler üzerinde devlet kontrolünün reddi anlamına geldiğini¹³³, bu durumun da bir sorumluluk boşluğu (*accountability gap*) yarattığını belirtmiştir.¹³⁴ Ancak UHK Maddeleri 5. hükmü tam olarak bu boşluğu doldurmak ve bazı kamusal faaliyetlerin giderek artan biçimde özel kişilere devredilmesi karşısında devletin sorumluluktan kaçınmasını önlemek amacıyla kodlaştırılmıştır. UHK, bu hususu madde yorumunda açıkça belirtmektedir.¹³⁵ Devletin özel kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulmasının tek yolu 8. madde olmadığı gibi; atfedilmeye ilişkin söz konusu kurallar birbirini tamamlayacak biçimde kaleme alınmıştır.

AİHM tarafından pozitif yükümlülük doktrininin geliştirilmesinin, AİHS'e taraf devletlere genel uluslararası hukukta öngörülenden daha fazla sorumluluk yüklenmesi sonucunu doğurduğu ifade edilmektedir.¹³⁶ Devletin pozitif bir yükümlülüğü söz konusu olduğunda sorumluluğu genişlemektedir. Böyle bir yükümlülüğün yokluğu halinde ise, Uluslararası Adalet Divanı tarafından ortaya konan daha sınırlı yaklaşım uygulanmaktadır.¹³⁷

128 *Kotov v Russia* (n 54) para 116.

129 *Ibid* para. 117.

130 *Ibid* para 117-133.

131 *Ibid* para 107.

132 Rosana Garciandia, 'State responsibility and positive obligations in the European Court of Human Rights: The contribution of the ICJ in advancing towards more judicial integration' (2020) 33(1) *Leiden Journal of International Law*, 177, 180.

133 Kristen E Boon, 'Are control tests fit for the future? The slippage problem in attribution doctrines', (2014) 15(2) *Melbourne Journal of International Law* 1, 3.

134 *Ibid*.

135 Draft Articles with Commentaries (n 16) Commentary to Art 5, para 1-2.

136 Jonathan I Charney, 'State Responsibility' (1998) 271 *Recueil des cours* 237, 264.

137 *Ibid* 244.

Evans'a göre pozitif yükümlülük doktrini uygulaması nedeniyle, atfedilme bakımından AİHM, UHK Maddeleri'ne aykırı bir yaklaşım benimsemiştir.¹³⁸ Böylece AİHM devletin sorumluluğu düşüncesini AİHS bağlamında devleti sorumlu tuttuğu durumları genişletmek için kullanmaktadır.¹³⁹

C. Devlet Şirketleri ve Diğer Özel Kişi veya Birimlerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi (İkinci Grup Davalar)

Piyasa ekonomisinde faaliyet gösteren ve kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş yapıların yaygınlaşması ve çeşitlenmesi, atfedilme bakımından uygulanacak kriterin belirlenmesini oldukça güç hale getirmektedir.¹⁴⁰ Bu yapılar oldukça çeşitli alanlarda faaliyet gösterdikleri gibi, bu yapıları düzenleyen hukuk rejimleri de birbirinden farklıdır.¹⁴¹

AİHM'in bir şirket ya da başka bir özel kişinin eylemlerinden devletin sorumluluğunu ele aldığı ikinci grup davalarda, AİHS'in 34. maddesi bağlamında davacının hükümet kuruluşu (*governmental organization*) sayılıp sayılmayacağı yani *locus standi* değerlendirilmektedir.¹⁴² Belirtmek gerekir ki burada eylemin devlete atfedilmesi değil, AİHM tarafından hükümet kuruluşu kavramının yorumlanması söz konusudur. Çünkü atfetme, "hukuka aykırı" somut bir fiilin devlete isnat edilerek devletin sorumlu kılınması işlemidir. Dolayısıyla "atfetme" yalnızca sorumluluk bağlamında gerçekleşir. Devletin hangi unsurlardan oluştuğu ise atfedilmenin konusu değildir.

Ancak bu ikinci grup davaların konumuz bakımından önemi, uluslararası hukukta "state-owned entities" veya "parastatal entities" olarak adlandırılan devlet şirketlerinin "kamu otoritesi" sayılıp sayılmayacağının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü AİHM hükümet kuruluşu kavramının belirlenmesinde uyguladığı kriterleri, *mutatis mutandis*, devlet şirketlerinin kamu otoritesi sayılıp sayılmayacağı meselesine uygulamaktadır. AİHM'e göre "kamu otoritesi" ile "hükümet kuruluşu" kavramları birbirinden farklı olmasına rağmen, bu kavramların yorumlanmasında AİHM tarafından benzer bir yaklaşım benimsenmiştir.¹⁴³

Yukarıda incelediğimiz atfedilmeye ilişkin kuralların da ortaya koyduğu üzere, uluslararası hukuk uyarınca da devlet şirketlerinin eylemlerinin devlete atfedilmesi, eğer devlet bu şirketi kontrol ediyor veya şirket kamu gücü fonksiyonlarını kullanıyorsa

138 *Evans* (n 122) 157 vd.

139 *Ibid* 158, 160.

140 *Momtaz* (n 63) 244.

141 *Ibid*.

142 *Kotov v Russia* (n 54) para 93.

143 *Ibid* para 95; *Liseytseva v Russia* (n 54) para 186.

mümkündür.¹⁴⁴ Bir görüşe göre bu durum, yani atfedilmeye ilişkin kurallar uyarınca devletin sorumlu tutulabilmesi uluslararası hukuka göre devlet şirketlerini, uluslararası insan hakları hukukunda ticari şirketler arasında doğrudan sorumluluğa sahip olan tek birim haline getirmektedir.¹⁴⁵

Radio France and Others v France davasında bir radyo şirketinin, AİHS'nin 34. maddesi bağlamında “hükümet dışı kuruluş” olup olmadığını belirlerken AİHM şu tespitite bulunmuştur:

“Hükümet kuruluşu kategorisi kamu gücünün kullanılmasına katılan veya hükümet kontrolünde kamusal hizmet veren hukuki varlıkları içermektedir. Ülkesel yönetim dışında herhangi bir hukuk kişisinin bu kategoriye girip girmediğini belirlemek için, onun hukuki statüsü, ve uygun olduğu hallerde bu statünün ona verdiği haklar, yerine getirdiği faaliyetlerin doğası ve bu faaliyetlerin hangi bağlamda yerine getirildiği ve siyasi otoriteden bağımsızlığının derecesi dikkate alınmalıdır.”¹⁴⁶

Bu bağlamda AİHM *Radio France*'ın kamu hizmeti niteliğinde görevlerle görevlendirilmekle ve finansman bakımından kayda değer ölçüde devlete bağımlı olmakla birlikte, kendisine editöryel bağımsızlık ve kurumsal otonomi sağlayan bir yasal çerçeve çizildiğini belirlemiştir. Bu nedenle *Radio France*'ın AİHS'nin 34. maddesi anlamında hükümet dışı kuruluş olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁷ AİHM yine bir şirketin hükümet kuruluşu sayılıp sayılmayacağını incelediği başka bir davada, şirketin bütünüyle İran devletine ait olmasına ve yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun devlet tarafından atanmasına rağmen, hukuken ve finansal olarak devletten bağımsız olması ve ticari bir işletme olarak yönetilmesi nedeniyle hükümet dışı kuruluş olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁸

Yukarıda örnek verdiğimiz davalar, AİHS'nin 34. maddesi bağlamında *locus standi*'ye ilişkin olduğundan, hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi ile ilgili değildir. Bu bakımdan AİHM'in atfedilmeye ilişkin genel kurallardan ayrılan ve hukuka aykırı olduğu öne sürülen “eylem”, yani somut eylem ile devlet arasındaki ilişkiye odaklanan bir yaklaşım yerine ilgili birimin “genel” durumunu inceleyen bir yaklaşımı benimsemiş olmasında bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Çünkü burada sözleşmesel bir kavram olan hükümet kuruluşunun ne anlama geldiği değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere bu davalarda hükümet kuruluşu kavramı belirlenirken kullanılan kriterler AİHM tarafından, *mutatis mutandis*, özel kişilerin

144 Judith Schönsteiner, ‘Attribution of State Responsibility for Actions or Omissions of State-Owned Enterprises in Human Rights Matters’ (2019) 40(4) University of Pennsylvania Journal of International Law 895, 900.

145 İbid 900-901. Yazara göre ayrıca devlet şirketlerinin insan hakları ihlallerinin doğrudan devlete atfedilip edilemeyeceği veya hangi ölçüde atfedilebileceği tartışılmakla birlikte, uluslararası hukuk literatüründe görüş birliğine varılmış bir konu değildir. Bkz İbid 906.

146 *Radio France and Others v France* App No 53984/00 (ECtHR, 23 September 2003) (extracts) para 26.

147 İbid.

148 *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Turkey* App No. 40998/98 (ECtHR, 13 December 2007) para 79.

eylemlerinden devletin sorumlu tutulması bağlamında da uygulandığından, bu “genel”e odaklanan yaklaşım, hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi meselesine de teşmil edilmiş olmaktadır.

Örneğin *Mykhaylenky and Others v Ukraine* davasında AİHM önündeki mesele Ukrayna iç hukukuna göre ayrı hukuk kişiliğine sahip bir devlet şirketinin borçlarından devletin sorumlu olup olmadığı ve şirket aleyhine verilen mahkeme kararları uyarınca başvuru yapılmaması gereken ödemenin yapılamamasından devletin sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. AİHM kararında, *Radio France and Others v France* davasında geliştirilen prensipleri uygulamıştır. Bu prensipler ışığında, söz konusu şirketin devleti sorumluluktan kurtaracak **yeterli kurumsal ve operasyonel bağımsızlığa** sahip olduğunun ortaya konmadığını belirtmiştir.¹⁴⁹ Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu şirket nükleer bir kazanın yaşandığı ve bu nedenle faaliyetlerin sıkı devlet kontrolü altında olduğu Çernobil sahasında inşaat faaliyeti göstermektedir. Ukrayna iç hukukunda şirketlerin statüsü ve kimin mülkiyetinde olduğundan bağımsız olarak, Çernobil felaketinin etkilerinin ortadan kaldırılması çalışmalarında yer alan tüm şirketlerin planlama, fiziksel ve teknik bakım ve çalışanların maaşlarını Ukrayna Bakanlar Kabinesi'nin belirleyeceği düzenlenmiştir.¹⁵⁰ Yine Ukrayna şirketler kanununda yer alan bir düzenlemeye göre kamu şirketleri borçlarından kendi fon ve mal varlıkları ile sorumlu tutulmakla birlikte, bu fon ve malların yetersiz kalması halinde şirket sahibi şirketin borçlarından sorumlu tutulacaktır.¹⁵¹ Ayrıca şirketin Acil Durum Bakanlığı'nın ödeme yapmaması sebebiyle, bu yönde mahkeme kararları da bulunmasına rağmen çalışanların maaşlarını ödeyemediği belirtilmektedir.¹⁵² AİHM'e göre devletin şirkete olan borçlarını kısmen ya da tamamen ödemiş olması onun bu borçlardan sorumlu olduğuna işaret etmektedir. Devletin şirket üzerindeki kontrolü başvuru sahiplerinin maaşları dâhil olmak üzere şirketin çalışma koşullarının belirlenmesine kadar uzanmaktadır ve şirketin yönetimi belirli bir tarihten itibaren Enerji Bakanlığı'na devredilmiştir.¹⁵³

Parçalanmanın yarattığı sorunlardan biri genel uluslararası hukukun farklı şekillerde yorumlanmasıdır.¹⁵⁴ Ulusal hukuk sistemlerinde, genel olarak hukuk kuralları arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmakta ve normların çatışmasına ilişkin kesin kurallar bulunmaktadır. Uluslararası hukuk ise devletlerin egemen eşitliği prensibine dayandığından hiyerarşik değil yatay bir yapıya sahiptir.¹⁵⁵ Farklı uluslararası mahkemelerin içtihatları, bir yanda tam bağımlılığı veya en azından devletin özel

149 *Mykhaylenky and Others v Ukraine* App No 35091/02 (ECtHR, 30 November 2004) para 44.

150 *Ibid* para 28.

151 *Ibid* para 27.

152 *Ibid* para 17-18.

153 *Ibid* para 45.

154 Pauwelyn (n 4) para 20.

155 Banaszewska (n 5) para 1.

kişi veya kişiler üzerinde etkin kontrolünü arayan katı bir *de facto* organ anlayışının savunucularının, diğer yanda ise daha esnek ve genel kontrole dayanan bir *de facto* organ anlayışını destekleyenlerin bulunduğunu göstermektedir.¹⁵⁶

Bu durumun temsil edici bir örneği olarak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Tadic* davasındaki¹⁵⁷ içtihadında Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nikaragua* davasındaki içtihadından farklı olarak etkin kontrol yerine genel kontrol testini kabul etmesi¹⁵⁸ gösterilmektedir.¹⁵⁹ AİHM uygulamasında ise somut eylem üzerinde katı bir biçimde etkin kontrolün aranmadığı, ancak eylemi gerçekleştiren kişi veya birimlerin devlet yapısına sıkı bağlarla bağlı olması nedeniyle o devletin organlarına eşit kabul edildiği durumlar söz konusu olmaktadır.¹⁶⁰ Ancak bu davalarda AİHS'in 1. maddesi temelinde yetki ile atfedilme iç içe geçmiş olduğundan, yetkiye mi yoksa sorumluluğa ilişkin bir test mi uygulandığı açık değildir.¹⁶¹

Yukarıda özetlediğimiz, *Mykhaylenky and Others v Ukraine* davasına konu olayda ise, her ne kadar AİHM tarafından böyle bir terminoloji kullanılmasa da uluslararası hukukun öngördüğü eylem üzerinde etkin kontrol eşğine ulaşıldığı açıktır. Bu bakımdan söz konusu eylemin devlete atfedilmesi noktasında UHK Maddeleri 8. hükmü ile uyumlu bir karar verilmiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken, olayın kendine özgü bazı özellikler gösterdiği. Yaşanan Çernobil felaketi nedeniyle söz konusu sahadaki faaliyetler çevresel kaygılar ve kamu sağlığı nedeniyle sıkı devlet kontrolü altına alınmış ve Ukrayna iç hukukunda bu yönde hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu nedenle AİHM'nin özel kişilerinin eylemlerinin devlete atfedilmesinde benimsediği genel değerlendirme yaklaşımı olayın özellikleri nedeniyle bu dava bakımından uluslararası genel hukuk ile uyumsuz bir netice elde edilmesine yol açmamıştır. Monopollerin durumunda olduğu gibi devlet şirketinin faaliyet gösterdiği iktisadi alan devlet tarafından ne kadar sıkı düzenlenmişse, o faaliyetin devlete atfedilmesi olasılığı o denli fazladır.¹⁶²

Diğer yandan *R. Kacapor and Others v Serbia* davasında¹⁶³ AİHM şikâyet konusu eylemler üzerinde devletin sahip olduğu kontrolden ziyade, şirketin hangi ölçüde devlet kontrolünde olduğunun belirlenmesine odaklanmıştır. Şikâyet konusu olayda

156 Olivier De Frouville, 'Private Individuals' in James Crawford, Allain Pellet and Simon Olleson (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 257, 267.

157 *Prosecutor v Tadic* (Judgment), ICTY-94-1-A (15 July 1999) <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

158 *Ibid* para 162.

159 Pauwelyn (n 4) para 21; Koskenniemi (n 6) 555.

160 Palchetti (n 73) para 10. Davalar için örneğin bkz *Loizidou v Turkey* App No 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996); *Catan and Others v Moldova and Russia* App No.s 43370/04, 8252/05, 18454/06 (ECtHR, 19 October 2012); *Chiragov and others v Armenia* App No 13216/05 (ECtHR, 16 June 2015).

161 Palchetti (n 73) para 10.

162 Schönsteiner (n 144) 921.

163 *R. Kacapor and Others v Serbia* App No 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 and 3046/06 (ECtHR, 15 January 2008)

başvurucuların iş ilişkisinden kaynaklanan hakları ve bu konuda başvurucular lehine verilmiş ulusal mahkeme kararlarının icra edilmemesi söz konusudur. Borçlu şirketin sermayesinin çoğunun sosyal mülkiyete tâbi olması ve bir devlet organı olan Özelleştirme Ajansı'nın ön onayı olmaksızın sermaye, yeniden örgütlenme, yapılanma ve yatırım, varlıkların kısmi olarak satışı, kiralanması ve ipotek edilmesi, tahsil edilmemiş alacakların tahsili, olağan işletme faaliyetlerinin ötesinde borç ve garanti alınması ve verilmesi konularında kendi kendine karar alamaması¹⁶⁴ şirketin Özelleştirme Ajansı aracılığıyla devlet tarafından kontrol edildiği biçiminde değerlendirilmiştir.¹⁶⁵ Bu nedenle devlet karşısında yeterli kurumsal ve operasyonel bağımsızlığa sahip olmadığına karar verilmiştir.¹⁶⁶ Karardan, şirketin sosyal sermayeli bir holdingin mülkiyetinde olması ve Özelleştirme Ajansı'nın yakın kontrolü altında olması biçimindeki iki gerekçeye dayanarak özel şirketin eyleminden devletin sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. AİHM atfedilme meselesini kişi bakımından yetki çerçevesinde ele almıştır. Ancak somut olarak başvurucuların haklarının ödenmemesi ve mahkeme kararının yerine getirilmemesi kararlarının verilmesinde devletin ya da Özelleştirme Ajansı'nın şirket üzerinde hangi ölçüde kontrol sahibi olduğu; talimat verme ya da yönlendirme biçiminde bir müdahalesinin söz konusu olup olmadığı araştırılmamıştır. Bu gibi kararların Özelleştirme Ajansı'nın ön onayını gerektiren işlemlerden olup olmadığı konusunda bir belirleme yapılmamıştır.

Burada kritik husus, devletin eylem üzerindeki kontrolünden ziyade şirketin genel yapısı üzerinde bir değerlendirme yapılmış olmasıdır. AİHM, UHK Maddeleri 5. hükmü yaklaşımını tercih etmiş olsa idi; şikayet konusu edilen şirketin başvuruculara maaş ödememesi biçimindeki eylemine odaklanacak ve bu eylemin kamusal mı yoksa ticari bir faaliyet mi olduğunu ve devletin şirketi bazı kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirip yetkilendirmediğini araştıracaktı. Çünkü 5. madde çerçevesinde yapılacak değerlendirmede devletin anaparanın ne kadarına sahip olduğu ya da faaliyetler üzerinde hangi ölçüde kontrol kullandığı atfedilme bakımından önemli olmakla birlikte, tek başına belirleyici değildir.¹⁶⁷ Bu noktada belirleyici olan, normalde devlet organlarına ait olan fonksiyonu kullanma yetkisinin devlet tarafından bu yapıya tanınması olacaktır.

Bir şirketin çalışanlarına maaş ödemesi, ticari bir işletmenin ticari faaliyeti sayıldığı takdirde eylem 5. madde çerçevesinde devlete atfedilemeyecekti. Diğer yandan, UHK Maddeleri 8. hükmünün uygulanması halinde ise yine maaş ödememe eylemi üzerinde devletin etkin kontrolü aranacağından şirketin bu kararı üzerinde devlet organlarının hangi ölçüde etkili olduğunun, talimat verilip verilmediğinin araştırılması gerekecekti.

¹⁶⁴ Ibid para 75.

¹⁶⁵ Ibid para 97.

¹⁶⁶ Ibid para 98.

¹⁶⁷ Momtaz (n 63) 244-245.

Benzer bir uyuşmazlığın dava konusu olduğu *Khachatryan v Armenia* kararında ise eylem üzerindeki devlet kontrolü daha belirgindir. Başvurucuların çalıştıkları devlet şirketine karşı iş ilişkisinden doğan haklarını öne sürerek açtıkları davalarda ulusal mahkemelerin verdiği kararların uygulanmamasından devlet sorumlu tutulmuştur. Her ne kadar şirket hukuk ve kuruluş kanunu uyarınca devlet karşısında belirli bir ölçüde hukuki ve ekonomik bağımsızlığa sahip olsa da, şirketin mal varlığının bir kısmı hükümet kararıyla idareye devredilmiş, yine başka bir hükümet kararı uyarınca şirketin mal varlığının önemli bir kısmının satışına izin verilmiş ve elde edilen gelir ile şirketin devlet bütçesine olan borçlarının ödenmesi kararlaştırılmıştır.¹⁶⁸

Liseytsava v Russia kararında AİHM, bir şirketin eyleminden devletin hangi koşullarda sorumlu tutulabileceğine ilişkin içtihadını önceden görmüş olduğu pek çok davaya atıfta bulunarak detaylı biçimde incelemiştir. Kararda yukarıda ifade ettiğimiz “yeterli kurumsal ve operasyonel bağımsızlık”ın hangi kriterler çerçevesinde belirlendiğini şu şekilde özetlemiştir:

“Mahkeme bir şirketin devletten operasyonel ve kurumsal olarak yeterince bağımsız olup olmadığını değerlendirirken, **pek çok değişik faktörü dikkate almaktadır ve hiçbir tek başına belirleyici değildir.** Bir devletin söz konusu borçlardan sorumlu olup olmadığına ilişkin anahtar kriterler şu şekildedir: şirketin hukuki statüsü (kamu hukuku veya özel hukuk altında), faaliyetinin doğası (kamusal fonksiyon mu yoksa sıradan ticari faaliyet mi olduğu), operasyonun bağlamı (monopol mü veya sıkı şekilde düzenleme altına alınan bir iş mi), kurumsal bağımsızlığı (devletin şirkete ne ölçüde sahip olduğu) ve operasyonel bağımsızlığı (devletin denetim ve kontrolünün ölçüsü)”.¹⁶⁹

Şirketin iç hukuktaki statüsü de devletin sorumluluğunu tespitinde belirleyici değildir.¹⁷⁰

Gerçekten de AİHM içtihadı, özellikle devlet şirketi ya da kamu iktisadi teşebbüsü olarak adlandırılan ve devlet ile pek çok bakımdan yakın ilişkisi bulunan şirketlerin devlet organı olup olmadığının incelenmesinde benzeri her olaya uygulanan *numerus clausus* bir kriterler bütünü olmadığını göstermektedir. Ancak yine de hükümet kuruluşu ve kamu kuruluşu kavramları arasında kurulan özdeşlikten hareketle, AİHM’in ilgili şirketin statüsünün belirlenmesinde, şirketi bir bütün olarak ve genel bir biçimde inceleme yaklaşımını tutarlı biçimde benimsediği söylenebilir. Ayrıca AİHM içtihadı detaylı bir biçimde incelendiğinde bu sınırlı sayıda olmayan kriterlerin genel itibarıyla UHK Maddeleri’ne aykırı olmayacak biçimde uygulandığı görülmektedir.

168 *Khachatryan v Armenia* App No 31761/04 (ECtHR, 1 December 2009) para 51.

169 *Liseytsava v Russia* (n 54) para 187. (*Ališić and Others v Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App No 60642/08 (ECtHR 16 July 2014) para 114’ e atf yapılmıştır.)

170 Örneğin bkz *Mykhaylenky and Others v Ukraine* (n 149) para 45; *Lisyanskiy v Ukraine*, App No 17899/02 (ECtHR, 4 April 2006) para 19; *Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v Moldova*, App No 39745/02 (ECtHR, 3 April 2007) para 18-19; *Grigoryev and Kakaurava v Russia*, App No 13820/04 (ECtHR, 12 April 2007) para 35; *R. Kačapor and Others v Serbia* (n 163) para 98.

Aslında şirketin eyleminden devletin sorumluluğu tespit edilirken pek çok değişik faktörün dikkate alınması ve hiçbirinin tek başına belirleyici olmaması biçimindeki yaklaşım atfedilmeye ilişkin genel kurallar ile uyumlu değildir. UHK Maddeleri, birbirini tamamlayacak ve tutarlı bir bütün oluşturacak biçimde tasarlanmıştır. Bu bakımdan söz konusu kurallar uyarınca örneğin, devletin şirket üzerindeki denetim ve kontrolünün ölçüsü ile şirket faaliyetinin doğası kriterleri üst üste konarak veya birlikte ele alınarak toptan bir sonuca varılamaz. Her bir kriterin ilgili madde uyarınca uygulanan teste tâbi kılınması gerekir. Bu bakımdan devletin şirket (ve özellikle şikâyet konusu eylem) üzerindeki denetim ve kontrolünün ölçüsü ağırlıklı olarak UHK Maddeleri 8. hükmünü ilgilendirecekken; bu hüküm devletin ticari veya kamusal her türlü faaliyetinden sorumluluğunu öngördüğünden yapılacak değerlendirmede şirket faaliyetinin doğası belirleyici olmayacaktır. Ancak doğru bir sonuca varılabilmesi için AİHM tarafından uygulanan kriterlerin tek tek incelenmesi gerekir.

Liseytseva v Russia kararında özetlenen ve farklı davalarda AİHM tarafından dikkate alınan kriterler dört ana başlık altında toplanabilir:

1- Şirkete tanınan hakların normalde yalnızca kamu otoritelerine tanınan haklar olup olmadığı ve şirket faaliyetinin doğası (Şirketin kamusal bir faaliyet mi yürüttüğü yoksa tipik bir işletme mi olduğu)¹⁷¹:

AİHM devlet denetiminde belirli kamusal görevler yerine getiren veya madencilik, enerji veya ulaştırma gibi devletin yürüttüğü faaliyetleri yerine getiren şirketlerin hükümet kuruluşu olduğuna karar vermiştir. Örneğin *Mykhalenky and Others v Ukraine* davasında AİHM şirketin devlet tarafından katı biçimde düzenlenen nükleer enerji alanında ve zorunlu olarak boşaltılan ve devletin sıkı kontrolü altında olan Çernobil sahasında faaliyet gösterdiğini tespit etmiştir.¹⁷²

2- Devlet mülkiyeti ve devletin denetim ve kontrolünün derecesi¹⁷³:

AİHM bir kısım davada şirket paylarının çoğunluğu ya da tamamının devlete ait olup olmadığını ve böylelikle şirketlerin devlete tamamen bağımlı, devlet kontrolü veya yönetimi altında olup olmadığını incelemiştir.¹⁷⁴ UHK'nin 8. maddeye ilişkin yorumu, şirketin devlet mülkiyetinde olmasının veya şirketin devlet tarafından kurulmasının otomatikman devletin sorumluluğuna yol açmayacağını açıkça ortaya koymuştur.¹⁷⁵ Bu bağlamda tek kriter devletin şirket üzerinde sahip olduğu kontrolün derecesidir.¹⁷⁶

171 *Liseytseva v Russia* (n 54) para 189.

172 *Mykhalenky and Others v Ukraine* (n 149) para 45.

173 *Liseytseva v Russia* (n 54) para 190.

174 Örneğin bkz *Regent Company v Ukraine*, App No 773/03 (ECtHR, 3 April 2008) para 7; *R. Kačapor and Others v Serbia* (n 163) para 97.

175 Schönsteiner (n 144) 907.

176 *Ibid.*

Örneğin *Kotov v Russia* davasında Büyük Daire, tasfiye görevlilerinin söz konusu tarihte önemli ölçüde operasyonel ve kurumsal bağımsızlığa sahip olduğunu, devlet makamlarının talimat verme yetkisine sahip olmadığını, dolayısıyla tasfiye sürecine doğrudan müdahale etmiş olamayacağını belirlemiştir.¹⁷⁷ Burada AİHM'in doğrudan tasfiye sürecine ve tasfiye süreci üzerinde devlet kontrolüne, devlet yetkililerinin bu süreçte "talimat" verme yetkisinin olup olmadığına odaklanmış olması önemlidir. AİHM'e göre:

*"Devletin tasfiye prosedüründeki rolü yalnızca alacaklılar kurulunun ve tasfiye görevlisinin görev ve yetkilerini tanımlayarak ve kurallara uyulup uyulmadığını gözlemleyerek yasal çerçevenin oluşturulmasından ibarettir. Buna göre tasfiye görevlisi devlet görevlisi olarak hareket etmemiştir."*¹⁷⁸

Aşağıda AİHM'nin bu sonuca varırken dikkate aldığı hususlar kısaca ele alınacaktır:

a) *Tasfiye görevlisinin atanma usulü*: Söz konusu dönemde Rusya'daki uygulamaya göre tasfiye görevlisi bankanın alacaklılar kurulu tarafından işe alınan ve kendi nam ve hesabına çalışan özel bir kişidir. Tasfiye görevlisinin atanmasının bir yargıç tarafından onaylanması yalnızca önerilen kişinin gereken kriterleri karşıladığının doğrulanması ve basitçe alacaklılar kurulunun kararının geçerli kılınması işlevini görmektedir.¹⁷⁹

b) *Denetim ve mesuliyet*: Büyük Daire'ye göre her ne kadar Daire vermiş olduğu kararda tasfiye görevlisinin eylemlerinin hukukiliğine ilişkin ulusal mahkemelerin kontrolünü vurgulamış ise de, bu kontrol oldukça sınırlıdır ve etkileri geriye dönüktür. Mahkemeler iflas eden şirketin idaresi konusunda tasfiye görevlisine talimat verme yetkisine sahip değildir; yalnızca görevlinin eylemlerinin maddi ve usûli iflas hukukuna (ulusal hukuk) uygunluğunu denetlemektedir.¹⁸⁰ Mesuliyet bakımından ise, tasfiye görevlisi herhangi bir düzenleyici organa karşı sorumlu olmayıp, yalnızca şirketin alacaklılar kuruluna ve alacaklı bireylere karşı sorumludur. Tasfiye görevlisi ile alacaklılar arasındaki ilişki ise özel hukuka tâbi kılınmıştır.¹⁸¹

c) *Amaçlar*: Tasfiye görevlisi tarafların yarışan menfaatlerinin dengelenmesi gibi bir amacı yerine getirmekle yükümlü olmayıp, müşterilerinin ve dolayısıyla nihai olarak kendi çıkarına hizmet eden herhangi bir özel iş adamı gibi hareket etmektedir.¹⁸²

d) *Yetkiler*: Tasfiye görevlisine herhangi bir kamu gücü kullanma yetkisi tanınmamıştır ve sahip olduğu yetkiler oldukça sınırlıdır. Yalnızca şirketin mal varlığını idare etme yetkisi bulunmaktadır ve üçüncü kişilere karşı zorlayıcı ya da düzenleyici bir yetkiye sahip değildir.¹⁸³

¹⁷⁷ *Kotov v Russia* (n 54) para 107.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid* para 100-101.

¹⁸⁰ *Ibid* para 102.

¹⁸¹ *Ibid* para 103.

¹⁸² *Ibid* para 104.

¹⁸³ *Ibid* para 105.

e) *Fonksiyonlar*: Tasfiye görevlisinin fonksiyonu, kamu otoritesine sahip olduğu açık olan bir icra görevlisinin fonksiyonuna benzer olmakla birlikte, önemli farklılıklar arz etmektedir: İlk olarak icra görevlileri mahkeme kararlarını icra ederken, tasfiye görevlisi mahkeme kararı ile icra edilebilir hale gelmemiş pek çok farklı türde alacak iddiası ile meşgul olmaktadır. İkincisi ve daha önemlisi, icra görevlileri devlet tarafından atanmakla, ödeme yapılmakla ve denetlenmekle beraber zorlayıcı yetkiler ile donatılmışken, tasfiye görevlisi böyle değildir.¹⁸⁴ Bu nedenle davalı devlet, iflas prosedürünün yürütülmesinde şirketin idaresini alacaklılara ve atadıkları tasfiye görevlisine bırakmış iken, icra sürecinde kendi görevlileri aracılığıyla hareket etmeyi tercih etmiş ve böylelikle eylemlerinden doğrudan sorumlu olduğunu kabul etmiştir.¹⁸⁵

Kotov v Russia kararında yer verilen bu detaylı analiz, görüldüğü üzere hem tasfiye görevlisinin **kamusal bir faaliyet yürütüp yürütmediği** hem de atanma usulü, denetim ve mesuliyet başlıkları altında **devlet kontrolü altında olup olmadığı** sorununa odaklanmıştır. Burada genel bir kontrolün yanı sıra, somut olarak şikayet konusu eylemler üzerinde devletin etkin kontrolünün arandığı anlaşılmaktadır.

Liseytsseva v Russia kararında özetlenen diğer kriterler ile devam edilecek olursa:

3- Şirketin karşı karşıya kaldığı tasfiye sürecinde devletin oynadığı rol¹⁸⁶: Örneğin şirketin tasfiyesi kararının bir devlet makamı tarafından alınıp alınmadığı ya da tasfiye halinde şirketin mallarına ne yapılacağı kararını bir devlet makamının alıp almadığı. Esasen burada cevaplanmaya çalışılan soru, şirket varlıklarının kontrolünün devlette olup olmadığıdır.

4- AİHM bazı davalarda ise, devletin kısmen veya tamamen **şirket borçlarından sorumlu olduğunu kabul etmiş sayılıp sayılmayacağını** dikkate almıştır.¹⁸⁷

AİHM'in yukarıda özetlenen yaklaşımı incelendiğinde, birinci kriter bakımından, yani özel kişinin kamusal bir faaliyet yürütüp yürütmediğinin incelendiği davalarda içtihadın genel itibarıyla UHK Maddeleri 5. hükmü ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Ancak örneğin *Novoseletskiy v Ukraine* davasında devlete ait olduğu belirtilen bir yükseköğrenim enstitüsüne ulusal hukuk uyarınca kamusal görevler devredilmiş olması (devlete ait bir kısım konut stoğunun idaresi ve dağıtılması) ve bu görevlerin yürütülmesinin devlet denetimine tâbi kılınmasından dolayı "hükümet kuruluşu" vasfı tanınmıştır.¹⁸⁸ Aslında bu davada zaman bakımından yetkisizlik sebebiyle devletin negatif yükümlülüklerini ihlali değil; pozitif yükümlülüklerini ihlali araştırılmaktadır.¹⁸⁹

184 İbid para 106.

185 İbid.

186 *Liseytsseva v Russia* (n 54) para 191.

187 İbid para 192.

188 *Novoseletskiy v Ukraine* App No 47148/99 (ECtHR, 27 February 2005) (extracts) para 82.

189 İbid para 72.

Devlete ait bir kömür madeni şirketinin eylemlerinin şikayet konusu olduğu *Romashov v Ukraine* davasında ise şirketin borçlarından devletin sorumlu tutulmasının koşulları tartışma konusu dahi olmamış; somut olayda devletin şirket üzerinde sahip olduğu kontrolün düzeyi araştırılmaksızın şirketin eylemlerinden devlet doğrudan sorumlu tutulmuştur: AİHM'e göre söz konusu maden bir devlet girişimidir ve *devlet finansal ve idari olarak kendi kontrolü altında bulunan hukuki varlıkların borçlarından sorumludur*.¹⁹⁰

Burada daha önce değindiğimiz *Mykhaylenky and Others v Ukraine* davasına da bir parantez açmak gerekir. Bu davada UHK Maddeleri 5. hükmüne ait bir unsur olan kamusal faaliyet unsuru ile devletin eylem üzerindeki kontrolüne ilişkin 8. hükmün unsuru bir arada değerlendirilmiş gibi görünmektedir. Aslında burada şirketin yürüttüğü kamusal faaliyetten bağımsız olarak, etkin kontrol derecesine ulaşan devlet müdahalesi tek başına sorumluluğun kurulması için yeterlidir. Belirtildiği üzere, 8. hüküm çerçevesinde sorumluluk kurulabilmesi için faaliyetin ticari ya da kamusal nitelikte olması önem arz etmemektedir. Bu bakımdan şirketin yürütmüş olduğu faaliyetin kamusal nitelikte olup olmadığı belirleyici değildir. Ancak eğer sorumluluk şirketin kamusal bir faaliyet yerine getirmesi üzerinden kurulacak ise, bu takdirde de maaşların ödenmemesinin şirketin kamusal faaliyeti kapsamında kabul edilip edilmeyeceğinin tespiti gerekir.

Söz konusu davalarda AİHM, önündeki meseleyi şirketin borçlarından devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı olarak nitelendirmiştir. Kanımızca burada UHK Maddeleri'ne uygun bir yaklaşım şu şekilde olmalıdır: Öncelikle borcun kaynağına bakılması gerekir. Borç şirketin olağan işletme faaliyeti kapsamındaki bir eyleminden doğmakta ise (eylem üzerinde devletin etkin kontrolü tespit edilmedikçe) devletin sorumluluğu doğmamalıdır. Borcun kaynağı kamusal bir faaliyetin yerine getirilmesi çerçevesindeki şirket faaliyeti ise, bu takdirde UHK Maddeleri 5. hükmü uyarınca devletin sorumluluğunun kurulması genel uluslararası hukuka uygundur.

Devlet mülkiyeti ve devletin denetim ve kontrolünün derecesine ilişkin yukarıdaki ikinci kriter bakımından ise AİHM uygulaması genel uluslararası hukuk ile kısmen uyumludur. Burada AİHM'in bazı davalardaki yaklaşımı uluslararası hukuktaki "genel kontrol" yaklaşımını andırmaktadır. AİHM, kararlarında somut faaliyetten ziyade devletin şirket üzerinde veya şirketin varlıkları üzerinde sahip olduğu genel kontrolü dikkate almaktadır. Bu, bilinçli bir tercih olabilir. Zira Uluslararası Adalet Divanı'nın ve UHK Maddeleri'nin benimsemiş olduğu etkin kontrol kriteri bu koşulun gerçekleşmesi bakımından oldukça yüksek bir eşiğin aşılmasını öngörmektedir: Eylemin devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolünün sonucu olması. Bu kuralın uygulanması, daha ziyade silahlı grupların eylemlerinden devletin sorumluluğu çerçevesinde gündeme

190 *Romashov v Ukraine* App No 67534/01 (ECtHR, 27 July 2004) para 41.

geldiğinden devlet ile gevşek bir bağ sakıncalı görülmüştür. Çünkü bu takdirde devletin sorumluluğunun aşırı genişlemesi ve silahlı grupların kontrol dışı eylemlerinden de devletin sorumlu tutulması tehlikesi mevcuttur.

Üçüncü kriter, yani şirketin karşı karşıya kaldığı tasfiye sürecinde devletin oynadığı rol ise, UHK Maddeleri'nin 5. ve 8. hükümlerinden bağımsız bir kriter değildir. Bu davalardaki örüntüde yine devletin tasfiye sürecindeki kontrolü neticesinde borç ödenemediğinden, devletin talimat, kontrol veya yönlendirmesi altında bir eylem söz konusudur. Yalnızca bu, pek çok davada tasfiye sürecinde devlet müdahalesi biçiminde gerçekleşmiş olduğundan, uygulama bakımından bir örüntü oluşmuştur ve bu örüntü 8. hükmün bir görünüm biçiminden ibarettir.

Dördüncü kriter, yani devletin şirket borçlarından kısmen veya tamamen kendini sorumlu kabul etmesi ise çok açık bir genel prensip olan ve UHK Maddeleri 11. hükmünde kodlaştırılan devletin kendi eylemi olarak kabul ettiği davranışlarından sorumlu tutulması prensibine dayanmaktadır.¹⁹¹ Bu bakımdan genel uluslararası hukuk ile uyumludur.

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadına İlişkin Genel Değerlendirme

AİHM genellikle devletin sorumluluğunu değerlendirirken UHK'nin ya da Uluslararası Adalet Divanı'nın dilini kullanmamakta; “eylemin devlete atfedilmesi” biçiminde bir işlem den söz etmemekte ve bu işlemi zımni olarak ya *ratione personae* bakımından yaptığı yetki incelemesinde ya da uyumsuzluğun esasını incelerken “devletin sorumluluğu” başlığı altında ele almaktadır.

AİHM *Liseytsava v Russia* kararında her ne kadar olayın özelliklerine göre değişen farklı kriterlerin uygulanmasından söz etmiş ise de, AİHM kararları detaylı bir biçimde incelendiğinde söz konusu kriterlerin UHK Maddeleri'nin 5, 8 ve 11. hükümleri ile genel itibariyle (kısmi olarak) uyumlu olduğu görülmektedir. “Genel itibariyle” dememizin sebebi, AİHM'in görmüş olduğu bazı davalarda somut eyleme ilişkin devletin rolü üzerinde durmak yerine, bir şirketin devlet mülkiyetinde olup olmadığı ya da devletin iç hukuk ya da uygulama uyarınca şirket üzerinde genel kontrole sahip olup olmadığını araştırmasıdır. Bu konuda hem kodlaştırılmış örf ve âdet hukuku hem de içtihat “şirket üzerinde genel kontrol”ün değil; şikayet konusu “eylem üzerinde etkin kontrol”ün aranması gerektiğini göstermektedir.

Diğer yandan insan haklarının korunmasına ilişkin bazı kaygılardan söz edilerek “etkin kontrol”ün aşılması zor, yüksek eşliğinin bazı sakıncalar doğuracağı savı en

191 UHK Maddeleri 11. maddesi

“Devlet Tarafından Kendisinin Olarak Onaylanan ve Kabul Edilen Tasarruf

Önceki maddelere göre devlete atfedilemeyen tasarruf, eğer devlet söz konusu tasarrufu kendisinin olarak onaylamış ve kabul etmişse ve devletin onayladığı ve kabul ettiği ölçüde, uluslararası hukuka göre o devletin eylemi kabul edilir.”

azından devlet şirketlerinin eylemleri bakımından yerinde değildir. Bir kere AİHM geliştirdiği pozitif yükümlülükler doktrini ile devletin sorumluluk alanını epey genişletmiştir. “Etkin kontrol” kriteri nedeniyle eylem ile devlet arasında bir bağ kurulamasa bile, hakkın özünde bulunan “önleme yükümlülüğü” devletin bu gibi durumlardaki sorumluluğu bakımından önemli bir işlev üstlenmiştir.

Devletler giderek artan bir biçimde ticari faaliyetlere katılmakta ve devlet şirketleri bazı hallerde kamusal faaliyetler yerine getirmekle yetkilendirilmiş ise de, ayrıca ticari menfaatleri uyarınca ticari faaliyetler de yürütmektedir. Bu gibi durumlarda “şirket üzerinde genel kontrol” kriterinin uygulanması, devletin sorumluluğunun genel uluslararası hukuka aykırı bir biçimde aşırı genişletilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle yatırım tahkimi uygulamasında da giderek yerleştiği üzere “şirket” üzerinde değil; “eylem” üzerinde kontrole odaklanılmalıdır.

AİHM’nin genel uluslararası sorumluluk terminolojisini kullanmaktan kaçındığından söz etmiştik. Kanaatimizce AİHM’nin genel uluslararası hukuktan farklı kurallar benimsemiş olduğuna ilişkin yargının önemli bir sebebi budur. Bu noktada kararlarda hükümet-dışı kuruluş, hükümet kuruluşu, kamu otoritesi gibi kavramlar bakımından hem teorik hem de terminolojik bir karmaşa bulunmaktadır.

Çünkü AİHM, AİHS’nin 34. maddesinde yer alan hükümet-dışı kuruluş kavramını, *mutatis mutandis*, devlet şirketlerinin kamu otoritesi sayılıp sayılmayacağı meselesine uygulamaktadır. Burada sözleşmesel bir kavram olan hükümet-dışı kuruluş (ya da hükümet kuruluşu kavramı) devletin sorumluluğu meselesine aktarılmaktadır. Karmaşa bu nedenle oluşmuştur.

Belirtelim ki atfedilmeye ilişkin kurallar hangi birimlerin devlet sayılacağını belirleme iddiasında değildir; aksine bu çerçevede uygulanmaması gereğinden söz edilmektedir. Hatta öyle ki, hukuka aykırı eylemden devletin sorumluluğuna ilişkin atfedilme kurallarıyla, diğer uluslararası hukuk konularındaki eylemin devlete bağlanmasına ilişkin kurallar farklılık arz edebilir.¹⁹² Bu bakımdan teorik olarak AİHS’nin 34. maddesi bağlamında *locus standi* açısından hükümet-dışı kuruluş olmakla, *ratione personae* bakımından devlet organı olmak ya da eylemin devlete atfedilmesi bağlamında devletin organı kabul edilmek farklı şeylerdir.

AİHM, AİHS’nin 34. maddesi bağlamında hükümet-dışı kuruluş kavramını yorumlarken ilgili birimin genel durumunu değerlendirmekte ve yapısına odaklanmaktadır; atfedilme bağlamında ise eyleme odaklanılacaktır. Dolayısıyla bu bakımdan hükümet kuruluşu kavramından esinle atfedilme işleminin gerçekleştirilmesi yerinde değildir.

192 Ufuk Dal, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019) 15.

AİHM'nin genel atfedilme kurallarından ayrıldığı temel nokta, pozitif yükümlülük doktrini çerçevesinde özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi konusundadır. Genel uluslararası hukuk bakımından özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi bakımından iki anahtar prensip vardır: Birincisi, kamu gücü kullanan özel kişi veya birimlerin eylemlerinin devlete atfedilmesi, ikincisi ise devletin talimat, kontrol ve yönlendirmesi altında hareket eden kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesi (*de facto* organlar). Yani genel uluslararası hukuka göre devletin bir özel kişinin eyleminden sorumlu tutulabilmesi için ya bizzat devletin o kişiyi kamu gücü kullanmakla yetkilendirmiş olması ya da devletin o kişi üzerinde adeta kendi organı sayılacak düzeyde bir kontrol kullanması gerekmektedir.

Atfedilmenin bu biçimiyle insan hakları hukukuna aktarılması halinde, örneğin bir özel kişinin gerçekleştirdiği öldürme olayında devlet bu kişiyi kamu gücü ile donatmadığından ve hatta çoğu bireyler arası ilişkide devletin öldürme eylemi üzerinde kontrol sahibi olması bir yana durumdan haberdar dahi olmadığından, negatif yükümlülükler ile sınırlı bir inceleme devletin sorumsuzluğu sonucunu doğuracaktır. AİHM'in devletlerin insan hakları sorumluluğunu pozitif yükümlülükler doktrini ile genişletmesinin temel sebeplerini burada aramak gerekir.

Diğer yandan sorumluluk hukukunun (spesifik olarak atfedilmeye ilişkin kuralların) özel kişilerin, özellikle şirketlerin insan hakları hukukuna uygun davranması bakımından önemli bir araç sunduğu ancak yeterince kullanılmadığı bazı yazarlarca belirtilmiştir.¹⁹³ AİHM bu kurallara başvurmak istediği takdirde önünde bir engel bulunmamaktadır. Çünkü konu AİHS'te özel olarak düzenlenmemiştir. *Milanovic* de, AİHM içtihadından kaynaklanan bir *lex specialis* bulunup bulunmadığını incelemiş ve AİHM'e özgü bazı eğilimler tespit etmiş ise de, bu uygulamaların *lex specialis* oluşturduğunun tam olarak söylenemeyeceği sonucuna varmıştır.¹⁹⁴

III. Örnek: Uluslararası Yatırım Tahkimi Deneyimi

Uluslararası yatırım hukuku ve insan hakları hukuku birbiriyle sınırlı bir ilişki içinde görülen, bu nedenle fazlaca yan yana gelmeyen iki ayrı uluslararası hukuk dalıdır. Bilindiği üzere ilkinde özel kişilerin devlete karşı ekonomik karakterli menfaatlerini öne sürmesi söz konusu iken; diğerinde özel kişi ve grupların insan hakları ön plandadır. Ancak hem AİHS temelinde insan hakları hukuku uygulaması hem de uluslararası yatırım tahkimi devletin klasik uluslararası sorumluluğunun örnekleridir ve devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlalden sorumluluğuna ilişkindir. Bu bakımdan her ne kadar devletin yükümlülüklerinin doğası ve pek çok açıdan önemli farklılıklar taşısalar da konumuz eylemin devlete atfedilmesi olduğundan; bu iki alanda uygulamada belirli

¹⁹³ Danwood Mzikenge Chirwa, 'The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights' (2004) 5(1) Melbourne Journal of International Law, 1.

¹⁹⁴ Milanovic 'Special Rules of Attribution' (n 50) 363.

ölçüde tutarlılık beklentisi yersiz değildir. Yatırım hukuku, insan hakları hukuku gibi genel uluslararası hukuktan bazı yönleriyle ayrılan sistemlerde uluslararası sorumluluk hukukunda geçerli olan atfedilme kurallarının farklı olabileceğine dair görüşler ileri sürülmüş ise de, genel bir değerlendirme yapıldığında temel kural ve sistemin geçerli olduğu görülecektir.¹⁹⁵

Konu özellikle mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin iddialar ve devlet şirketlerinin eylemlerinden devletin sorumluluğuna geldiğinde yatırım tahkimi ile insan hakları arasında bir kıyas yapmak doğru sonuçlara varılmasına yardımcı olabilir.

Belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi noktasında yatırım tahkimi uygulaması zaman içinde dönüşüm geçirerek genel uluslararası hukuk ile daha uyumlu hale gelmiştir. Bu konuda UHK Maddeleri'nin öngördüğü uygulama biçimine aykırı bazı kararlara rastlanmaktadır. Örneğin *Maffezini v Kingdom of Spain* davasında özel kişinin eyleminden devletin sorumluluğu yapısal-görevsel test kombinasyonu olarak özetlenebilecek bir değerlendirme ışığında incelenmiştir.¹⁹⁶ Yapısal test çerçevesinde: (şikayet konusu eylemlerden bağımsız olarak) (1) şirketin kurulmasında devletin rolü ve (2) şirket sermayesine devletin sahip olup olmadığı (3) şirketin amaçları gibi unsurlar dikkate alınmıştır.¹⁹⁷ Görevsel test çerçevesinde ise şikayet konusu eylemlerin kamusal faaliyet çerçevesinde olup olmadığı incelenmiştir. Görüldüğü üzere bu kararda UHK Maddeleri 5 ve 8'e ait olabilecek ayrı unsurlar bir arada değerlendirilerek bir sonuca varılmıştır.

Ancak belirtelim ki, hakem heyetinin yetki-atfedilme karmaşasına karşı önündeki meselede yanıtlanması gereken iki soru olduğunu tespit ederek bu soruları şu şekilde formüle etmiş olması son derece önemlidir: (1) *ICSID ve hakem heyetinin yetkisinin belirlenmesi açısından ilgili şirketin bir devlet kuruluşu olup olmadığı*, (2) *Davacı tarafından şikayet edilen eylem ve ihmallerin devlete atfedilip atfedilemeyeceği*. Birinci sorunun yetki safhasında yanıtlanmasına karar verilirken, ikinci sorunun ancak uyuşmazlığın esasının incelenmesini sırasında yanıtlanabileceği belirtilmiştir.¹⁹⁸

Bu ayırım çerçevesinde yetkiye ilişkin kararda uyuşmazlık konusu eylemler tek tek incelenmemiş; şirketin **genel olarak** görevleri incelenerek bir kanaate varılmıştır. Esasa ilişkin kararda ise şikayet konusu eylemlerin tek tek incelenerek bunların kamusal nitelikte olup olmadığına karar verildiği görülmektedir.¹⁹⁹ Hakem heyetinin bu yaklaşımı, bu çalışma boyunca savunduğumuz hukuka aykırı eylemin devlete

195 Dal (n 192) 15.

196 Azaklı Köse (n 9) 120.

197 *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, para 83-89; *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, para 48-83. (Italaw, 2000) <<https://www.italaw.com/cases/641>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

198 *Maffezini v Kingdom of Spain* (n 197) para 75.

199 Azaklı Köse (n 9) 123.

atfedilmesinde **genel değerlendirme** kriterinin uygulanmaması gerektiği, bunun ancak yetki bakımından mümkün olabileceği tezinin uygulamadaki bir örneğidir.

Jan de Nul v Egypt ve *EDF v Romania* davalarında ise hem UHK Maddeleri’nde benimsenen md. 4, 5 ve 8 ayırımına bağlı kalınmış; hem de 5. madde ve 8. madde uygulaması bakımından “somut eylem”de kamu gücü yetkisi kullanılıp kullanılmadığı veya “eylem üzerinde” devletin kontrol sahibi olup olmadığı araştırılmıştır. *Jan de Nul v Egypt* davasında Suez Kanal Otoritesi’ne Mısır iç hukuku uyarınca bazı kamusal yetkiler tanınmış olmasına rağmen, şikayet konusu eylemler bakımından kamu otoritesinin ayrıcalıklarının kullanılmadığına karar verilmiştir.²⁰⁰ 8. madde uygulaması bakımından ise Suez Kanal Otoritesi’nin eylemlerini Mısır’ın talimatları uyarınca hareket edip etmediği incelenmiş ve Mısır’ın Suez Kanal Otoritesi’ne şikayet konusu olan eylem ve ihmaller bakımından herhangi bir talimat verdiğine ilişkin kanıt bulunamamıştır.²⁰¹

EDF v Romania davasında şirketin paylarının çoğunluğunun devlete ait olması, hatta şirket yönetiminde etkili olması devletin eylem üzerinde otomatik olarak kontrol sahibi olması olarak değerlendirilmemiştir: 5. maddeye ilişkin incelemede, hukuken bağımsız olan bir birimin eyleminin devlete atfedilebilmesi için, spesifik kamu gücü unsurlarının kullanılması konusunda yetkilendirilmiş olma aranmıştır.²⁰² 8. maddeye göre atfedilme için ise devletin şirketteki pay sahipliğini veya kontrol gücünü “**özel bir sonuca ulaşmak üzere**” kullanması gerektiği belirtilmiştir.²⁰³ Deliller değerlendirildiğinde devlet şirketlerinin Romanya Ulaştırma Bakanlığı vasıtasıyla devletten birçok talimat aldığı ve yönlendirildiği tespit edilmiştir. Ayrıca “özel bir sonuca ulaşma” unsurunun da bulunduğu; somut olayda hedeflenen sonucun davacı ile olan akdi ilişkileri sonlandırmak olduğu belirlenmiştir.²⁰⁴

IV. Sonuç

AİHM genel uluslararası hukukun atfedilmeye ilişkin kurallarını tamamen reddeden ve bunun yerine *lex specialis* benimsemiş bir tavır içinde değildir. Bu nedenle uluslararası hukukun parçalanmasına ilişkin tartışmalar bakımından UHK’nin bu konudaki yorumuna uygun olarak bağımsız bir rejim değil, uluslararası hukukun genel prensipleri uyarınca işleyen bir alt uluslararası hukuk dalı olma özelliğini muhafaza etmektedir.

200 *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, para 170. (Italaw, 2008) <https://www.italaw.com/cases/587> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

201 *Ibid* para 173.

202 *EDF (Services) Limited v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para 193 (Italaw, 2009) <https://www.italaw.com/cases/375> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

203 *Ibid* para 200.

204 *Ibid* para 201.

AİHM uygulamasında eylemin devlete atfedilmesi bakımından pozitif yükümlülükler doktrini ve “hükümet kuruluşu” olup olmama biçiminde ikili bir ayırmadan söz ediliyor olsa da; teorik bakımdan pozitif yükümlülükler AİHS’de bulunan ve ihlal edildiği öne sürülen maddi kuralın genişletilmesinden ibarettir. Bu bakımdan burada da devletin *de jure* organlarının sorumluluğu araştırıldığından, zımni olarak atfedilme işlemi gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla pozitif yükümlülükler doktrini, atfedilme işleminin bir istisnası değildir.

Çalışmada ikinci grup davalar olarak incelediğimiz davalarda ise AİHM, AİHS’nin 34. maddesinde yer alan hükümet-dışı kuruluş kavramını, *mutatis mutandis*, devlet şirketlerinin kamu otoritesi sayılıp sayılmayacağı meselesine uygulamaktadır. Bu davalarda AİHM tarafından dikkate alınan kriterler incelendiğinde - AİHM’nin hukuka aykırı olduğu öne sürülen eylem yerine şirket üzerinde devletin kontrolüne odaklanan yaklaşımı bir yana bırakılırsa - genel itibarıyla UHK Maddeleri’nin atfedilmeye ilişkin kuralları ile uyumlu oldukları görülmektedir. Ancak burada AİHM’nin UHK Maddeleri’nin terminolojisini kullanmaktan kaçınması ve AİHS’ye ait bir kavram olan hükümet-dışı kuruluş kavramını *mutatis mutandis*, sorumluluk bağlamında kullanması söz konusu olduğundan, uygulamanın genel sorumluluk hukuku ile ilişkisi kapalıdır ve bu çalışmada yapmaya gayret ettiğimiz üzere ancak içtihadın detaylı biçimde incelenmesi ile ortaya çıkarılabilmektedir.

Son olarak, bağlayıcılığı tartışmalı olsa da UHK Maddeleri (devletin hukuka aykırı eylemlerinden doğan) uluslararası sorumluluğunu düzenleme iddiasında olan bir metindir. Yani eğer konu özel olarak düzenlenmemişse, başvurulacak kurallar şeklen UHK Maddeleri olmak zorunda değilse de, bu maddelerin kendisinden ilham aldığı örf ve âdet hukuku kurallarıdır. Bu bakımdan göz ardı edilmeleri mümkün değildir. Tüm bu nedenlerle genel sorumluluk hukuku kuralları uluslararası hukukun alt dalları bakımından etkisini korumakta ve tüm eksikleri ve eleştirilebilecek taraflarına rağmen uluslararası hukukun parçalanması karşısında tüm alt dalların dahil olduğu sistemi, bir arada tutan bir yapıstırıcı görevi görmektedir.

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

- Acer Y ve Kaya İ, *Uluslararası Hukuk* (Seçkin 2020)
- Akkutay Aİ, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi* (Adalet Yayınevi 2013)
- Ališić and Others v Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia*, App No 60642/08 (ECtHR 16 July 2014)
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43.
- Azaklı Köse M, *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu* (Adalet 2021)
- Azaklı Köse M, 'Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki' (2021) 41(1) Public and Private International Law Bulletin 261.
- Banaszewska DM, 'Lex Specialis' in Rüdiger Wolfrum (edn), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2015) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e2171?prd=MPIL>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Bodansky D and Crook JR, 'Introduction and Overview' (2002) 96(4) *American Journal of International Law* 773.
- Boon KE, 'Are control tests fit for the future? The slippage problem in attribution doctrines', (2014) 15(2) *Melbourne Journal of International Law* 1-48.
- Broniowski v Poland* App No 31443/96 (ECtHR, 22 June 2004)
- Buzescu v Romania*, App No 61302/00 (ECtHR, 24 May 2005)
- Case "Relating to Certain Aspects of the Laws On the Use of Languages in Education in Belgium" v Belgium* (Merits) App No 1474/62 (ECtHR, 23 July 1968)
- Charney JI, 'State Responsibility' (1998) 271 *Recueil des cours* 237.
- Chirwa DM, 'The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights' (2004) 5(1) *Melbourne Journal of International Law*, 1-36.
- Christenson GA, 'The Doctrine of Attribution in State Responsibility' in Richard Lillich (edn) *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (University Press of Virginia 1983) 321.
- Condorelli L and Kress C, 'The Rules of Attribution: General Considerations' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 221.
- Cooperativa Agricola Slobozia-Hanesei v Moldova*, App No 39745/02 (ECtHR, 3 April 2007)
- Costello-Roberts v the United Kingdom*, App No 13134/87 (ECtHR, 25 March 1993)
- Crawford J, 'Revising the Draft Articles on State Responsibility' (1999) 10(2) *European Journal of International Law* 435.
- Crawford J, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edn, Oxford University Press 2012)
- Crawford J, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013)
- Crawford J ve Keene A, 'The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights' in Anne van Aaken and Iulia Motoc (edn) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press, 2018) 178.

- Dal U, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019)
- David E, 'Primary and Secondary Rules' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 27.
- Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- EDF (Services) Limited v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009 (Italaw, 2009) <https://www.italaw.com/cases/375> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000 (Italaw, 2000) <<https://www.italaw.com/cases/641>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000 (Italaw, 2000) <<https://www.italaw.com/cases/641>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, (Onikilevha Yayıncılık 2010)
- Evaldsson and Others v Sweden*, App No 75252/01 (ECtHR, 13 February 2007)
- Evans M, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' in Malgosia Fitzmaurice and Dan Sarooshi (edn) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing, 2004) 139.
- Farrior S and Clagett B, 'State Responsibility for Human Rights Abuses by Non-State Actors' (1998) 92 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 299.
- Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi. UN Doc A/CN.4/L.682
- François J ve Kombe A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 7* (1. Baskı, Avrupa Konseyi 2008)
- Frouville OD, 'Private Individuals' in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 257.
- Garcandia R, 'State responsibility and positive obligations in the European Court of Human Rights: The contribution of the ICJ in advancing towards more judicial integration' (2020) 33(1) Leiden Journal of International Law, 177.
- Gourgourinis A, 'General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System' (2011) 22(4) European Journal of International Law 993.
- Grigoryev and Kakaurova v Russia*, App No 13820/04 (EctHR, 12 April 2007)
- Hokkanen v Finland* App No 19823/92 (ECtHR, 24 August 1994)
- Impact of the ILC Articles on State Responsibility (British Institute of International and Comparative Law 2007) <https://www.biiicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Turkey* App No. 40998/98 (EctHR, 13 December 2007)
- Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008 (Italaw, 2008) <https://www.italaw.com/cases/587> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.

- Kaya İ, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (Seçkin 2020)
- Kaya T, 'Uluslararası Hukuk Bölünüyor mu?' (2012) 61(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149.
- Kayhan AK, *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu*, (Onikilevha Yayıncılık 2017)
- Kedikli U, *Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu* (Nobel Yayıncılık 2013)
- Kees A, 'Responsibility of States for Private Actors' in Rüdiger Wolfrum (edn) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2011) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1092?prd=MPIL>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Khachtryan v Armenia* App No 31761/04 (ECtHR, 1 December 2009)
- Kolb R, *The International Law of State Responsibility: An Introduction* (Edward Elgar Publishing 2017)
- Koskenniemi M and Leino P, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15(3) *Leiden Journal of International Law* 553.
- Kotov v Russia* App No 54522/00 (ECtHR, 3 April 2012)
- Kreutz K, *State Responsibility in the International Legal Order: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2020)
- Kurtdarcan BR, 'Uluslararası Sorumluluk Hukuku Kapsamında Devletin de Facto Organı Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme' (2016) 11(143-144) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57.
- Lillich RB, 'The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens' (1979) 73 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 244.
- Liseyitseva and Maslov v Russia* App No 39483/05 ve 40527/10 (ECtHR, 9 October 2014)
- Lisyanskiy v Ukraine*, App No 17899/02 (ECtHR, 4 April 2006)
- Lopez-Ostra v Spain* App No 16798/90, (ECtHR, 9 December 1994)
- Loup M, 'The Content of State Responsibility under the European Convention on Human Rights - Some Reflections on the Court's Approach to General International Law on State Responsibility' in Samantha Besson and Matthieu Loup (edn) *International Responsibility: Essays in Law, History and Philosophy* (Schulthess Verlag 2017) 139.
- Marks S and Azizi F, 'Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: International Mechanisms' in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 725.
- McCorquodale R, 'Overlegalizing Silences: Human Rights and Nonstate Actors', (2002) 96 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 384.
- McCorquodale R, 'Impact on State Responsibility' in Menno T. Kamminga and Martin Scheinin (edn) *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (Oxford University Press 2009) 235.
- Meron T, 'State Responsibility for Violations of Human Rights' (1989) 83 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 372.
- Metin Y, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler' (2010) 7(27) *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 111.
- Milanovic M, 'Special Rules of Attribution of Conduct in International Law' (2020) 96 *International Law Studies* 295.

- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14.
- Momtaz D, ‘State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 237.
- Mykhaylenky and Others v Ukraine* App No 35091/02 (ECtHR, 30 November 2004)
- Novoseletskiy v Ukraine* App No 47148/99 (ECtHR, 27 February 2005) (extracts)
- O’Keefe v Ireland* App No 35810/09 (ECtHR, 28 January 2014)
- Palchetti P, ‘De Facto Organs of a State’ in Rüdiger Wolfrum (edn) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2017) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Pauwelyn J, ‘Fragmentation of International Law’ in Rüdiger Wolfrum (edn), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2006) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Pellet A, ‘The ILC Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 75.
- Pirim CZ, ‘Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme’ (2012) 32(2) *Public and Private International Law Bulletin* 147.
- Pirim CZ, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti*, (Turhan Kitabevi 2016)
- Poroy MA ‘Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük’ (2006) 80(3) *İstanbul Barosu Dergisi*, 1005.
- Prosecutor v Tadic (Judgment), ICTY-94-1-A (15 July 1999) <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Radio France and Others v France* App No 53984/00 (ECtHR, 23 September 2003) (extracts)
- Regent Company v Ukraine* App No 773/03 (ECtHR, 3 April 2008)
- R. Kacapor and Others v Serbia* App No 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 and 3046/06 (ECtHR, 15 January 2008)
- Romashov v Ukraine* App No 67534/01 (ECtHR, 27 July 2004)
- Rosenstock R, ‘The ILC and State Responsibility’ (2002) 96(4) *American Journal of International Law* 792.
- Roucounas E, ‘Non-State Actors: Areas of International Responsibility in Need of Further Exploration’ in Maurizio Ragazzi (edn) *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 391.
- Schönsteiner J, ‘Attribution of State Responsibility for Actions or Omissions of State-Owned Enterprises in Human Rights Matters’ (2019) 40(4) *University of Pennsylvania Journal of International Law* 895.
- Sheeran S, ‘The relationship of international human rights law and general international law: hermeneutic constraint, or pushing the boundaries?’ in Scott Sheeran and Nigel Rodley (edn) *Routledge Handbook of Human Rights Law* (Routledge 2013) 79
- Simma B ve Pulkowski D, ‘Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law’ (2006) 17(3) *European Journal of International Law* 483.

- Simma B ve Pulkowski D, 'Leges-Speciales and Self-Contained Regimes' in James Crawford, Allain Pellet and Simon Olleson (eds), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 139.
- Storck v Germany*, App No 61603/00 (ECtHR, 16 June 2005)
- Sunay R, 'İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu' (2015) 23(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9.
- Šturma P, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' <<https://rm.coe.int/the-issues-of-state-responsibility-before-the-ecthr/1680a05736>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Tams CJ, 'Law-making in complex processes: The World Court and the modern law of State responsibility' in Christine Chinkin and Freya Baetens (edn) *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (Cambridge University Press 2015) 287.
- Tepe v Turkey* App No 27244/95 (ECtHR, 9 May 2003)
- Tezcan D, Erdem MR, Sancakdar O ve Önok RM, *İnsan Hakları El Kitabı* (8. Baskı, Seçkin 2019)
- United Nations Legislative Series Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (United Nations 2012) <<https://legal.un.org/legislativeseries/pdfs/volumes/book25.pdf>> Erişim Tarihi 25 Haziran 2021.
- Uzun E, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2016)
- VgT Verein Gegen Tierfabriken v Switzerland* App No 24699/94 (ECtHR, 28 June 2001)
- Wolfrum R, 'State Responsibility for Private Actors: An Old Problem of Renewed Relevance' in Maurizio Ragazzi (edn) *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 423.
- Woś v Poland*, App No 22860/02, (ECtHR, 8 June 2006)
- Young MA (edn) *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation* (Cambridge University Press, 2012).
- Young MA, 'Fragmentation, Regime Interaction and Sovereignty' in Christine Chinkin and Freya Baetens (edn) *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (Cambridge University Press 2015) 71.



Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*

Legal Assessment of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation Regarding Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law

Mustafa Okan Yağcı**

Öz

Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu ("Konvansiyon") 07.08.2019 tarihinde Singapur'da imzaya açılmıştır. 25.02.2021 tarih ve 7282 sayılı Kanunla Türkiye'nin de ilk imzalayan ülkeler arasında bulunduğu Konvansiyon'un onaylanması uygun bulunmuş; 21.04.2021 tarih ve 3866 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile de onaylanmasına karar verilmiştir.

Türk mevzuatının bir parçası haline gelecek olan/gelen Konvansiyon, iç hukuk bakımından cevaplanması gereken çeşitli soruları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada Konvansiyon, Türk Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku açısından bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu kapsamda, ilk olarak, (1) Konvansiyon'da yer alan düzenlemeler ((a) Konvansiyon'un uygulama alanı, (b) sulh anlaşmalarını yerine getirme yükümlülüğü ve hukuki yollara başvuru ile (c) hukuki yollara başvurunun reddi sebepleri) hakkında bilgi verilecek; ardından, (2) Türk hukukuna göre yürütülen arbuluculuk faaliyetleri neticesinde düzenlenen sulh anlaşmalarının Konvansiyon'un uygulama alanına girip girmediği ve (3) Konvansiyon'a taraf bir devlette yürütülen arbuluculuk faaliyetleri sonunda düzenlenen sulh anlaşmalarının Türk Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku bağlamında nasıl değerlendirilmesi gerektiği ((a) sulh anlaşmasının hukuki niteliği ve sonuçları, (b) arbuluculuğa elverişlilik ve (c) dava şartı olarak etkisi) meseleleri tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu, Arbuluculuk, Sulh Anlaşması, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıklar

Abstract

The signing ceremony of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation was held in Singapore on 07 August 2019. As per the Law No. 7282 regarding the Approval of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation dated 25 February 2021, the Turkish Parliament deemed approval of the Convention suitable, and Presidential Decree No. 3866 dated 21 April 2021 approved the Convention.

The Singapore Convention on Mediation, which [would] become part of Turkish legislation carries some questions in terms of domestic law. This study will assess the Convention in light of Turkish Civil Procedure and Enforcement-

* Bu çalışma, 10.02.2022 tarihinde Uluslararası Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukundaki Güncel Gelişmeler Sempozyumu'nda sunulan tebliğin genişletilmiş ve makale formunda yeniden düzenlenmiş halidir.

** **Sorumlu Yazar:** Mustafa Okan Yağcı (Dr. Öğr. Üyesi), Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: moyagci@pirireis.edu.tr ORCID: 0000-0001-5859-3775

Atf: Yağcı MO, "Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" (2022) 42(2) PPIL 529. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1080842>



Bankruptcy Law. In this context, the study will first provide (1) some information with respect to regulations in the Convention such as (a) the scope of the Convention's application, (b) the enforcement of and reliance on settlement agreements, and (c) grounds for refusing to grant relief, and then discusses the issues of (2) whether or not the Convention applies to settlement agreements resulting from mediation conducted according to Turkish law and (3) how settlement agreements resulting from mediation conducted in a foreign contracting state should be evaluated under Turkish Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law regarding (a) the legal nature of settlement agreements and their consequences, (b) the ability to be subject to mediation, and (c) the effect of settlement agreements as a cause of action.

Keywords

United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, mediation, settlement agreement, alternative dispute resolution, international commercial disputes

Extended Summary

The signing ceremony of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, also known as the Singapore Convention on Mediation or herein as the Convention, was held in Singapore on 07 August 2019. As of 05 February 2022, the Convention has been signed by 55 countries, including Turkey as one of the first signatory countries. As per Law No. 7282 dated 25 February 2021 (OJ 03.11.2021/31420) regarding the Approval of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, the Turkish Parliament deemed approval of the Convention suitable, and Presidential Decree No. 3866 dated 21 April 2021 (OJ 04.22.2021/31462) approved the Convention. According to the information on the official website of the Singapore Convention on Mediation, Turkey ratified the Convention on 11 October 2021 and will have been entered into force on 11 April 2022 (see also Presidential Decree No. 5235 dated 24 February 2022 [OJ, 02.25.2022/31761]).

In a nutshell, the Singapore Convention on Mediation applies to an agreement resulting from mediation and concluded in writing by parties to resolve a commercial dispute which, at the time of its conclusion, is international (Convention Art. 1/1). Settlement agreements relating to consumer, family, inheritance or employment law; settlement agreements that have been approved by a court or concluded in the course of proceedings before a court and that are enforceable as a judgment in the state of that court; or settlement agreements that have been recorded and are enforceable as an arbitral award are excluded from the scope of Convention's application (Convention Art. 1/2-3).

The Singapore Convention on Mediation aims to effectively enforce settlement agreements resulting from mediation that has been conducted for an international commercial dispute in contracting states. Thus, this Convention can be stated as having a complementary nature to the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

Meanwhile, the Singapore Convention on Mediation, which [would] become a part of Turkish legislation, carries some questions in terms of domestic law. This study aims to assess the Convention in light of the Turkish Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law.

In this context, the study will first provide (1) some information with respect to regulations in the Convention such as (a) the scope of the Convention's application, (b) the enforcement of and reliance on settlement agreements, and (c) grounds for refusing to grant relief, and then discusses the issues of (2) whether or not the Convention applies to settlement agreements resulting from mediation conducted according to Turkish law and (3) how settlement agreements resulting from mediation conducted in a foreign contracting state should be evaluated under Turkish Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law regarding (a) the legal nature of settlement agreements and their consequences, (b) the ability to be subject to mediation, and (c) the effect of settlement agreements as a cause of action.

As a result of the study, the following outcomes have been reached:

(i) The following statement exists on the Convention's official website: "The execution in Turkey of a settlement agreement reached as a result of a mediation that is not made within the scope of the provisions of the Mediation Law may be subject to the provisions of the Singapore Convention." As a matter of fact, even if settlement agreements resulting from a mediation procedure conducted according to Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes are subject to the issuance of a commentary regarding its enforceability or have the nature of being enforced *like* court judgments, this circumstance does not cause these agreements to fall outside the scope of the Singapore Convention on Mediation's application. Therefore, in accordance with the Turkish legal policy aimed at the common and effective application of mediation, necessary actions should be taken to correct this misunderstanding.

(ii) As per the consideration that the Singapore Convention on Mediation shall have entered into force for Turkey as of 11 April 2022, making the necessary legal regulations will be useful regarding how the enforcement procedures should be for settlement agreements that are included within the scope of the Convention and which competent authority will be responsible for this matter.

(iii) When considering the qualification of a settlement agreement that has been included within the scope of the Convention, the settlement agreement must be defined as an out-of-court settlement agreement subject to the ordinary written form of agreement under Turkish law; thus, no specific legal consequences exist worth stating, at least not in terms of current regulations regarding Turkish civil procedure and enforcement-bankruptcy law under the principle of *lex fori*.

(iv) If a settlement agreement that is included within the scope of the Convention resolves a dispute regarding the rights *in rem* with regard to immovable property or contains a provision regarding this matter, the competent authority must refuse to grant relief on the ground that granting relief is contrary to Turkish public policy (Convention Art. 5/2/a); and not on the

ground that the subject matter of the dispute is incapable of settlement by mediation under Turkish law (Convention Art. 5/2/b).

(v) If a settlement agreement resulting from mediation that is conducted in a foreign contracting state contains a provision stating the particular disputes that are not able to be settled by the parties, this circumstance shall not fulfill the procedural requirement in Turkish law regarding compulsory application to the mediation procedure (Turkish Commercial Code Art. 5/A).

Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

I. Giriş

Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu ("Konvansiyon": *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*) 20.12.2018 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda oy birliği ile kabul edilmiştir¹, ². Alınan Genel Kurul kararında, Konvansiyon'un 07.08.2019 tarihinde Singapur'da imzaya açılmasına izin verilmiş ve Konvansiyon'un "Arabuluculuk Hakkında Singapur Konvansiyonu" olarak anılması önerilmiştir (20.12.2018 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı, sayfa 2).

Konvansiyon, ilk imza gününde, dünyanın en büyük ekonomisine sahip olan Amerika Birleşik Devletleri ve Asya'daki en büyük ekonomilerin dörtte üçünü temsil eden Çin, Hindistan ve Güney Kore dahil olmak üzere 46 ülke tarafından imzalanmıştır³.

Konvansiyon m. 14/1'e göre, Konvansiyon üçüncü onay, kabul, tasdik veya katılım belgesinin tevdi edilmesinden altı ay sonra yürürlüğe girmektedir. Bu kapsamda Konvansiyon, Singapur ve Fiji'den sonra Katar'ın da depozit belgelerini tevdi etmesinin ardından 12.09.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyon m. 14/2'de ise, 12.09.2020 tarihinden sonra bir devletin Konvansiyonu onaylaması, kabulü, tasdiki veya katılımı durumunda, Konvansiyon'un bu devlet bakımından depozit belgelerinin tevdi edildiği tarihten 6 ay sonra yürürlüğe gireceği öngörülmüştür.

05.02.2022 tarihi itibarıyla Konvansiyon 55 ülke tarafından imza edilmiştir. Türkiye de -ilk imzacı devletlerden biri olarak- Konvansiyon'u 07.08.2019 tarihinde imzalamıştır. 25.02.2021 tarih ve 7282 sayılı Kanunla⁴ Konvansiyon'un onaylanması uygun bulunmuş; 21.04.2021 tarih ve 3866 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı⁵ ile de onayına karar verilmiştir. Konvansiyon'un resmi internet sitesinde yer alan bilgiye

1 Konvansiyon'un oluşum tarihçesi için bkz. Mustafa Alper Ener, 'Singapur Konvansiyonu: Arabuluculuk Anlaşmalarının New York Konvansiyonu' (2019) 23 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227, 230 vd.; Ergun Özsunay, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumlu Bakımından Bir Değerlendirme' (2019) 93 (3) İstanbul Barosu Dergisi 31, 31 vd.

2 United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018, Seventy-third session, Agenda item 80, A/RES/73/198 < undocs.org/A/RES/73/198 > Erişim Tarihi 05.02.2022.

3 Bkz. < singaporeconvention.org/convention/about > Erişim Tarihi 05.02.2022.

4 Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 7282, Kabul Tarihi: 25.02.2021, RG 11.03.2021/31420.

5 Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nun Onaylanması Hakkında Karar, Karar Numarası: 3866, Karar Tarihi: 21.04.2021, RG 22.04.2021/31462.

göre, Türkiye'nin yürürlük/depozit belgeleri tevdi tarihi 11.10.2021 olup, Türkiye bakımından Konvansiyon 11.04.2022 tarihinde yürürlük kazanacaktır⁶.

Konvansiyon'un bugün itibariyle geldiği aşamaya bakıldığında, depozit belgelerini sunan ve Konvansiyon'un uygulama bulacağı ülkelerin listesi şimdilik şu şekildedir: Singapur, Fiji, Katar, Suudi Arabistan, Belarus, Ekvador, Honduras, Türkiye ve Gürcistan⁷.

Bu çalışmada Konvansiyon Türk medeni usul ve icra-iflas hukuku açısından bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu kapsamda, ilk olarak, Konvansiyon'da yer alan düzenlemeler hakkında özet bilgi verilecek; ardından, Türk hukukuna göre yürütülen arabuluculuk faaliyetleri neticesinde düzenlenen sulh anlaşmalarının Konvansiyon'un uygulama alanına girip girmediği ve Konvansiyon'a taraf bir devlette yürütülen arabuluculuk faaliyetleri sonunda düzenlenen sulh anlaşmalarının Türk medeni usul ve icra-iflas hukuku bağlamında nasıl değerlendirilmesi gerektiği meseleleri tartışılacaktır.

II. Genel Olarak Konvansiyon

A. Konvansiyon'un Uygulama Alanı

Konvansiyon m. 1 uyarınca, bir sulh anlaşmasının Konvansiyon'un uygulama alanı içerisinde sayılabilmesi için dört unsurun bir arada bulunması gerekir.

Bunlardan birincisi, mevcut uyuşmazlığın, ticari bir uyuşmazlık olmasıdır. Konvansiyon'da hangi tür uyuşmazlıkların, ticari uyuşmazlık olarak kabul edileceği belirtilmemektedir. İlmî içtihatlarda ise, Çalışma Grubu'nun ilk zamanlardan beri Konvansiyon'un ticari uyuşmazlıklarla sınırlandırılması konusunda mutabakat içinde olduğu, asıl sorunun bu kavramın nasıl tanımlanacağı⁸ noktasında toplandığı, bu çerçevede -1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde olduğu gibi- bir tanım yapılmadığı, fakat kavramın da geniş yorumlanmasının uygun olacağı⁹, bu sebeple en azından inşaat ve doğal kaynakların

6 Bkz. < singaporeconvention.org/jurisdictions > Erişim Tarihi 26.04.2022. Ayrıca bkz. Türkiye Cumhuriyeti Adına 7 Ağustos 2019 Tarihinde Singapur'da İmzalanan "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu" nun Yürürlük Tarihinin 11 Nisan 2022 Olarak Tespit Edilmesi Hakkında Karar, Karar Sayısı: 5235, Karar Tarihi: 24.02.2022, RG 25.02.2022/31761.

7 ibid.

8 Mesela, 2002 tarihli Milletlerarası Ticari Uzlaştırıcılık Hakkında UNCITRAL Model Kanunu'nu tadil eden 2018 tarihli Milletlerarası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu'nun 1 numaralı dipnotunda "ticari" terimi şu şekilde tarif edilmiştir: "*Ticari*" terimi, akdi olsun veya olmasın, ticari niteliğe sahip tüm ilişkilerden doğan konuları kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Ticari niteliğe sahip ilişkiler sınırlı olmamak kaydıyla şu işlemleri içerir: mal veya hizmetlerin tedariki veya değişimi için yapılan her türlü ticaret işlemi; dağıtım anlaşması; ticari temsil veya acente; faktöring; leasing; inşaat işleri; danışmanlık; mühendislik; lisanslama; yatırım; finans; bankacılık; sigorta; doğal kaynakların çıkarılması sözleşmesi veya imtiyazlar; ortak girişim ve sanayi veya ticari işbirliğinin diğer türleri; ve hava, deniz, demiryolu veya karayolunda mal veya yolcu taşınması."

9 Yun Zhao, 'The Singapore Mediation Convention: A Version of the New York Convention for Mediation?' (2021) 17 (3) Journal of Private International Law 538, 543 < tandfonline.com > Erişim Tarihi 27.01.2022.

çıkartılması gibi bazı devlet - yatırımcı uyuşmazlıklarının da¹⁰ terimin kapsamına dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹.

İkinci olarak, ticari uyuşmazlık arabuluculuk neticesinde çözüme kavuşmalıdır/bu konuda yazılı bir sulh anlaşması yapılmalıdır. Konvansiyon m. 2/3'te arabuluculuk kavramı “*kullanılan ibarelere veya yürütülen usule bakılmaksızın, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı, uyuşmazlığın taraflarına bir çözüm dayatma yetkisine sahip olmayan üçüncü kişi veya kişilerin (“arabulucu”nun) yardımıyla dostane bir çözüme kavuşturmaya çalıştıkları bir usul*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüleceği üzere Konvansiyon'da geniş bir tanıma yer verilerek, farklı hukuk sistemlerinde çeşitli şekillerde nitelendirilebilecek kavramlardan bağımsız olarak, sürecin bağlayıcı karar verme yetkisi bulunmayan üçüncü bir kişi tarafından yönetilmesi esas alınmış ve bunun arabuluculuk kavramı ile ifade edilmesi tercih edilmiştir¹².

Üçüncü olarak, sulh anlaşması yapıldığı sırada uyuşmazlık milletlerarası nitelik taşımaktadır, ki burada yer alan milletlerarası terimi yabancılık unsurunu içermektedir¹³. 2002 tarihli Milletlerarası Ticari Uzlaştırıcılık Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (“2002 tarihli Model Kanun”) m. 1/4 ve bu Kanunu tadil eden 2018 tarihli Milletlerarası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (“2018 tarihli Model Kanun”) m. 3/2'ye dayanan ve kriter olarak coğrafi konumu esas alan^{14, 15} Konvansiyon düzenlemesine göre bu niteliğin sağlanabilmesi için sulh anlaşmasının en az iki tarafının iş yerlerinin farklı devletlerde olması veya sulh anlaşmasının taraflarının işyerlerinin bulunduğu devletin sulh anlaşmasından doğan borcun esaslı bir kısmının ifa edileceği devletten veya sulh anlaşmasının konusunun en sıkı ilişkili olduğu devletten farklı olması gerekmektedir (Konvansiyon m. 1/1/a ve b). İlaveten bu hükmün amacı bakımından belirtmek gerekir ki, taraflardan birinin birden fazla iş yeri olması halinde sulh anlaşmasının yapıldığı sırada taraflarca bilinen veya öngörülen haller dikkate alınarak sulh anlaşmasıyla çözümlenen uyuşmazlıkla en sıkı ilişkiye sahip olan iş yeri dikkate alınacaktır (Konvansiyon m. 2/1/a; karş. 2002 tarihli Model Kanun m. 1/5/a ve 2018 tarihli Model Kanun m. 3/3/a). Bunun yanında, taraflardan biri herhangi bir iş yerine sahip değilse ilgili tarafın mutad meskeni iş yeri olarak kabul

10 Eunice Chua, ‘Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path Towards Convergence’ (2019) 15 (1) Asian International Arbitration Journal 1, 6 < papers.ssrn.com > Erişim Tarihi 27.01.2022.

11 Timothy Schnabel, ‘The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements’ (2019) 19 (1) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1, 22-23 < papers.ssrn.com > Erişim Tarihi 27.01.2022; Sibel Özel, ‘Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu’ (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı 1190, 1197.

12 Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (On İki Levha 2020) 103.

13 Özel (n 11) 1196.

14 Erkan (n 12) 94.

15 “*Bu nedenle, sulh anlaşmasının taraflarının vatandaşlıklarının veya vatansızlıklarının herhangi bir önemi yoktur.*” Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021) 856.

edilecektir (Konvansiyon m. 2/1/b; karş. 2002 tarihli Model Kanun m. 1/5/b ve 2018 tarihli Model Kanun m. 3/3/b).

Nihayet, dördüncü olarak, sulh anlaşması Konvansiyon'un açıkça kapsam dışında tuttuğu konulara ilişkin olmamalıdır. Konvansiyon m. 1/2 konu bakımından hangi uyuşmazlıkların kapsam dışında olduğunu düzenlenmektedir¹⁶. Bu hükme göre, taraflardan birinin (tüketici olarak) şahsı veya ailesi veya evi için yaptığı işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için yapılan sulh anlaşmaları ile aile, miras ve iş hukukuna ilişkin olan sulh anlaşmalarına Konvansiyon uygulanmayacaktır. İlmi içtihatlarda bu konuların Konvansiyon'un kapsamı dışında tutulma sebebinin, belirtilen istisnaların ulusal hukuklarda yer alan kamu düzenine ilişkin olan veya müdahaleci normlarla çatışacağı düşüncesi olduğu ifade edilmektedir^{17, 18}.

Diğer taraftan, Konvansiyon m. 1/3'e göre mahkemece tasdik edilen veya mahkeme yargılaması sırasında yapılan ve mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak yerine getirilen sulh anlaşmaları; hakem kararı olarak kaydedilen ve yerine getirilen sulh anlaşmaları Konvansiyon'un uygulama alanı dışındadır. İlmi içtihatlarda bu düzenlemenin esas sebebinin mahkeme/hakem kararı haline gelmiş bir sulh anlaşmasının artık tanıma/tenfiz hükümlerine göre hukuki sonuç doğuracak olması gösterilmektedir¹⁹. İlaveten, Konvansiyon'un amacının milletlerarası ticari arabuluculuk yoluyla neticelenen sulh anlaşmalarının icrası ve bunlara kesin delil etkisi sağlamak olduğu dikkate alındığında, Konvansiyon'un bu tamamlayıcı niteliğinin belirtilen sebep ile bağdaştığı da ifade edilmektedir²⁰. Burada özetlenen görüşlere genel olarak katılmakla beraber, Türk mahkemeleri tarafından icra edilebilirlik şerhi verilen/ ilam niteliğinde belge sayılan sulh anlaşmalarının hukuki durumunun Konvansiyon kapsamında ayrıca tartışılması gerektiği fikrindeyim. Bu konu aşağıda [bkz. (III)(A)] ayrıntılı olarak ele anılacaktır.

B. Sulh Anlaşmalarını Yerine Getirme Yükümlülüğü ve Hukuki Yollara Başvuru

Konvansiyon'a taraf devletler, kendi usul kuralları ve Konvansiyon'da yer alan şartlarla sulh anlaşmasını yerine getirirler (Konvansiyon m. 3/1). Başka bir ifade ile, Konvansiyon'da sulh anlaşmalarının yerine getirilmesi usulü ilgili taraf devletin kendi kurallarına, yani *lex fori*'ye tabi kılınmıştır.

16 Erkan (n 12) 121-122.

17 Nuray Ekşi, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu)' (2020) 9 (1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 27, 66; Edna Sussman, 'The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements' (2018) (3) ICC Dispute Resolution Bulletin 42, 50 < sussmanadr.com > Erişim Tarihi 27.01.2022.

18 Bu hükmün kaleme alınmasında Çalışma Grubu tarafından gözetilen hususlar ve tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan (n 12) 122 vd.

19 Özel (n 11) 1198.

20 Erkan (n 12) 131; Çelikel and Erdem (n 15) 858.

Belirtelim ki, Konvansiyon kapsamındaki sulh anlaşmalarının konusu belirli bir miktar para alacağıнын ödenmesi olabileceği gibi para alacağı dışında kalan başka konular da olabilir. Her ne kadar Konvansiyon'un hazırlık çalışmaları sırasında sulh anlaşmalarının konusunun sadece para alacakları ile sınırlandırılması teklif edilmiş ise de bu kabul görmemiştir²¹.

Bu bağlamda sulh anlaşmalarını “yerine getirme” yükümlülüğünün -kanaatimce halihazırda mevzuatta kullanılan teknik anlamlarından bağımsız ve kendine özgü bir biçimde- tenfiz yanında tanımayı da içerdiğini ifade etmek gerekir²². Mesela, Konvansiyon'da “tanıma” kavramına yer verilmemekte ancak Konvansiyon m. 3/2'de tanımanın içeriğine sonuç bağlanmaktadır²³: “*Sulh anlaşmasıyla halihazırda çözülmüş olan bir hususta bir tarafın iddiası üzerine uyuşmazlık ortaya çıkarsa, Konvansiyon'a taraf olan bir devlet, söz konusu hususun zaten çözümlenmiş olduğunu kendi usul kuralları ve Konvansiyon'da yer alan şartlara uygun olarak ispatlaması için diğer tarafın, sulh anlaşmasını dayanak göstermesine izin verir.*”

Ayrıca, Konvansiyon'da teknik anlamı ile tenfiz kavramı da tercih edilmemiştir. Taraf devlet bakımından “yerine getirme/talebin kabulü” (*to enforce/to grant relief*); sulh anlaşmasının ilgili tarafı bakımından ise “talep/hukuki yola başvuru” (*relief; relief is sought*) şeklindeki ifadeler Konvansiyon metninde yer almaktadır^{24, 25}. Bu durumun sebebinin Konvansiyon görüşmelerine katılan Avrupa Birliği [ve üye ülke] temsilcilerinin, sulh anlaşmasının tanınması veya tenfizi halinde bunun kesin hüküm etkisine sahip olmayacağı, böyle bir olanağın sadece mahkeme kararları açısından geçerli olduğu şeklindeki karşıt görüşleri olduğu belirtilmektedir²⁶. Gerçekten de çeşitli Çalışma Grubu toplantılarında Avrupa Birliği ve/veya üye ülke temsilcilerinin bu hususu dile getirdikleri görülmektedir²⁷. Mesela, (2) No.lu Çalışma Grubu'nun (Tahkim ve Uzlaştırma) 08.09.2015 tarihli toplantısında (63. oturum) İsveç temsilcisi sulh anlaşmalarının sadece bir sözleşme olduğunu ve bunların teknik manada tanıma/tenfize elverişli olmadığını vurgulamıştır²⁸. Bir başka örnek olarak, (2) No.lu Çalışma

21 Ekşi (n 17) 60.

22 Özel (n 11) 1199.

23 Eunice Chua, 'The Singapore Convention on Mediation - A Brighter Future for Asian Dispute Resolution' (2019) (1) Asian Journal of International Law 1, 4 < papers.ssrn.com > Erişim Tarihi 27.01.2022; Shou Yu Chong and Felix Steffek, 'Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention - Private International Law Issues in Perspective' (2019) (31) Singapore Academy of Law Journal, Special Issue 448, 465-466 < ink.library.smu.edu.sg > Erişim Tarihi 27.01.2022.

24 Bu tespit Konvansiyon'un orijinal İngilizce metni ile Resmi Gazete'de yayımlanan resmi Türkçe metnin karşılaştırılması ile yapılmıştır.

25 Her ne kadar ilk imzaya açıldığı tarihte Konvansiyon'a yoğun bir ilgi gösterilmiş olsa da aradan geçen üç yıl içinde Konvansiyon'a ilişkin depozit belgelerinin sadece 9 ülke tarafından sunulmuş olması söz konusu belirsizliğin bir sonucu mudur sorusunu da akla getirmektedir.

26 Ekşi (n 17) 70-71.

27 Bu konuda başka Çalışma Grubu tartışma örnekleri ve değerlendirmeler için bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5th edn, Yetkin 2022) 902 vd.

28 Bkz. United Nations Commission on International Trade Law, Audio Recordings, 63rd session, Working Group II (Arbitration and Conciliation) 08 September 2015, Vienna, 09:30:00-12:30:00 < uncitral.un.org/en/audio > Erişim Tarihi 23.04.2022. Avrupa Birliği temsilcisinin konuşma başlangıç saati: 10:38:12.

Grubu'nun (Tahkim ve Uzlaştırma) 02.04.2016 tarihli toplantısında (64. oturum) Avrupa Birliği temsilcisi, daha önceki toplantılarda da belirttikleri üzere metinde yer alan tanıma ibaresine karşı olduklarını, bu hususun mahkeme veya hakem kararları bakımından bir anlam taşıdığını ve sulh anlaşmalarının kesin hükmün olumsuz etkisini haiz olmayacağını ifade etmiştir²⁹. Yabancı bir mahkeme kararı, tanıma/tenfiz şartlarını taşıdığı için mahkeme tarafından tespit edilmesi ve bu kararın kesinleşmesi kaydıyla, kesin hüküm etkisine sahip olur (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³⁰ ("MÖHUK") m. 58/1, 59). Bu durumda aynı uyumsuzluk artık tekrar yargılamaya konu edilemez (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³¹ ("HMK") m. 114/1/i, 303/1). Aralarındaki uyumsuzluğun devlet mahkemesi tarafından çözümlenerek hükmü bağlanmasından sarfınazar etmiş ve bu konuda hakem heyetine başvurmak konusunda anlaşmış taraflar hakkında verilen yabancı hakem kararları hakkında da benzer bir tespit yapılması mümkündür³². Bu açıklamaya göre, bağlayıcı karar verme yetkisini haiz üçüncü kişilerin katıldığı uyumsuzluk çözüm yöntemleri için öngörülen tanıma/tenfiz müessesesinin taşıdığı teknik anlam karşısında³³, kanaatimce, özünde iletişim teknikleri kullanarak taraflar arasında uyumsuzluk çözümü için efektif bir müzakere ortamı sağlayan/bunu yönlendiren³⁴ ve fakat herhangi bir bağlayıcı karar alma yetkisi bulunmayan arabulucunun katıldığı ve neticesinde taraflar arasında alelade bir sözleşmenin akdedilmesiyle sonuçlanan prosedürün tabi olacağı rejimin farklı bir terim ile nitelendirilmesi isabetli olmuştur. İlâveten, Konvansiyon'da bu konuda yapılan tercihin, kesin hükmün olumsuz etkisinin müşterek hukuk (*common law*) sistemine kıyasla daha sert uygulandığı³⁵ Roma-Cermen hukuk sistemi dikkate alınarak yapılmış olmasının da bu sisteme dahil ülkelerin Konvansiyon'a katılımını arttıracığı ve Konvansiyon'un yaygınlaşmasına hizmet edeceği kanısındayım.

Konvansiyon kapsamındaki bir sulh anlaşmasının yerine getirilmesi amacıyla taraf devlet nezdinde hukuki yollara başvurulduğunda bazı şekli şartların tamam olması gerekir³⁶.

Bunlardan birincisi, arabuluculuk sonunda yapılan sulh anlaşmasının yazılı/içeriğinin kayıt altına alınmış şekilde yapılmasıdır (Konvansiyon m. 1/1). Yazılı

29 Bkz. United Nations Commission on International Trade Law, Audio Recordings, 64th session, Working Group II (Arbitration and Conciliation) 04 February 2016, New York, 10:00:00-13:00:00 < uncitral.un.org/en/audio > Erişim Tarihi 23.04.2022. Avrupa Birliği temsilcisinin konuşma başlangıç saati: 12:33:51.

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

31 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

32 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019) 683, 707.

33 Yabancılık unsuru taşıyan arabuluculuk anlaşma belgelerinin tenfiz edilemeyeceği hakkındaki Yargıtay kararları için bkz. Özbeke (n 27) 868-869'daki kararlar: Yargıtay 11 HD, 13151/2168, 29.02.2016; Yargıtay 11 HD, 3853/982, 11.02.2019.

34 Seda Özümmeç, *Arbuluculuk Modelleri* (On İki Levha 2021) 291.

35 Işıl Özkan and Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku* (Adalet 2017) 28 vd.; Ali Cem Budak, 'Res Judicata in Civil Proceedings in Common Law and Civilian Systems with Special Reference to Turkish and English Law' (1992) 11 (3) Civil Justice Quarterly 261, 261 vd.

36 Özel (n 11) 1199-1200.

olma unsuru Konvansiyon m. 2/2'de şöyle tarif edilmiştir: “*Sulh anlaşması, içeriğinin herhangi bir şekilde kayda alınması halinde yazılı olarak yapılmış sayılır. Elektronik ortamda yapılan sulh anlaşmasının yazılı olması şartı, içeriğindeki bilginin sonraki başvurular için kullanılacak şekilde erişilebilir olması halinde yerine getirilmiş sayılır.*” Bu düzenleme şekline göre sulh anlaşmasının elektronik posta teatisi biçimde yapılmasının mümkün olduğunu ifade etmek gerekir³⁷. Bu durumun da bir sonucu olmak üzere arabuluculuk belgesinin tek bir dokümanda düzenlenme zorunluluğu bulunmamaktadır³⁸.

İkinci şart, sulh anlaşmasının taraflarca imzalanmış olmasıdır (Konvansiyon m. 4/1/a). Söz konusu düzenlemenin amacı yerine getirme kararı verecek ilgili ülkenin yetkili makamına sulh anlaşmasının içeriğini ve taraflarının kimliğini tespit etmek imkanı sağlamaktır³⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ilmi içtihatlarda haklı olarak sadece tarafların temsilcilerinin imzalarının bulunması da yeterli olarak görülmektedir⁴⁰. Nihayet, Konvansiyon'un, m. 4/2'deki koşulların sağlanması kaydıyla, elektronik iletişim açısından imza şartının sağlanmasına cevaz verdiği de ifade edilmelidir.

Üçüncü şart ise, sulh anlaşmasının arabuluculuk neticesinde yapıldığının ispat edilmesi gerekir. Konvansiyon m. 4/1/b'de bu hususu ispata yönelik deliller örnek kabilinden sayılmıştır. Bu hükme göre sulh anlaşması üzerindeki arabulucunun imzası; arabuluculuğun yapıldığına ilişkin arabulucu tarafından imzalanan belge; arabuluculuğun bünyesinde yapıldığı kurum tarafından düzenlenen belge veya bu belirtilenlerin yokluğu halinde, yetkili makamca kabul edilebilir herhangi bir delil sulh anlaşmasının arabuluculuk neticesinde yapıldığına ilişkin ispat vasıtası olarak kullanılabilir⁴¹.

Bu arada belirtmek gerekir ki, Konvansiyon'da sulh anlaşmalarının yerine getirilmesi usulünün nasıl olacağı ve bu konuda yetkili makamın kim olacağı konusu taraf devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Başka bir ifadeyle, Konvansiyon m. 3/1, taraf devletlerin Konvansiyon kapsamındaki sulh anlaşmalarını kendi usul kuralları ve Konvansiyon'da yer alan şartlar uyarınca yerine getireceklerini hükme bağlayarak yerine getirme prosedürünün belirlenmesini milli hukuklara havale etmiştir. MÖHUK m. 1/2'nin milletlerarası sözleşme hükümlerini saklı tutması sebebiyle Konvansiyon'un yürürlüğü için bir kanun değişikliği yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak, bu Konvansiyon'un somut olaylarda efektif bir biçimde uygulanabilmesi için -Konvansiyon'un Türkiye bakımından 11.04.2022 tarihinde yürürlük kazanacağı da dikkate alındığında- prosedüre ilişkin düzenlemelerin bir an

37 Özel (n 11) 1199; Erkan (n 12) 152.

38 Arabuluculuk belgesinin tek bir dokümanda düzenlenip düzenlenmemesi gerektiği yönünde Çalışma Grubu toplantılarında yapılan tartışmalar için bkz. Erkan (n 12) 153 vd.; Özbek (n 27) 886-887.

39 Özbek (n 27) 889.

40 Özel (n 11) 1200; Schnabel (n 11) 29.

41 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek (n 27) 890 vd.

önce yapılmasında büyük fayda olduğu değerlendirilmektedir. Bu bağlamda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁴² (“HUAK”) m. 18/2’de halihazırda öngörülmüş olan icra edilebilirlik şerhi prosedürünün bir benzerinin HUAK veya MÖHUK’a ilave edilmesi ve ardından yerine getirme usulünün 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun⁴³ (“İİK”) ilamların icrası hakkındaki hükümlerine göre (İİK m. 24 vd.) yürütülmesi düşünülebilir⁴⁴.

C. Hukuki Yollara Başvurunun Reddi Sebepleri

Sulh anlaşmasının yerine getirilmesi için hukuki yollara başvurusu halinde, taraf devlet yetkili makamı, aleyhine başvuru alan tarafın istemi ve Konvansiyon m. 5/1’de sayılı durumlardan birini ispatlaması kaydıyla yapılan başvuruyu reddedebilir. İspata konu hususlar Konvansiyon’da şu şekilde sayılmıştır⁴⁵: (a) sulh anlaşmasının taraflarından birinin ehliysiz olması; (b) dayanılan sulh anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı hukuka veya taraflarca tabi kılınan bir hukuk yoksa 4. madde uyarınca talebin yapıldığı yetkili makamın ait olduğu devletin hukukuna göre sulh anlaşmasının geçersiz ve hükümsüz olması veya işlerlik kazanmamış olması veya ifa edilebilir olmaması; hükümlerine göre bağlayıcı veya nihai olmaması veya sonradan tadil edilmesi; (c) sulh anlaşmasına konu borcun ifa edilmiş olması veya açık veya anlaşılabilir olmaması; (d) talebin kabul edilmesinin sulh anlaşmasının hükümlerine aykırı olması; (e) arabulucuya veya arabuluculuğa uygulanabilir standartların arabulucu tarafından ciddi şekilde ihlal edilmesi ve bu ihlal olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşmasını yapmayacak olması veya (f) arabulucunun tarafsızlığına veya bağımsızlığına ilişkin haklı şüphe uyandıracak durumları arabulucunun, taraflara ifşa etmemesi ve bu ifşayı yapmamasının taraf üzerinde önemli veya haksız bir etki oluşturması öyle ki, bu kusur olmasaydı söz konusu tarafın sulh anlaşmasını yapmayacak olması.

42 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331.

43 İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.

44 İlmi içtihatlarda -Konvansiyon kapsamından bağımsız olmak üzere- HUAK m. 1/2’de yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da kanun kapsamında sayılmasına rağmen yabancı arabuluculuk kararlarının ne şekilde icra edilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, bu bağlamda iki görüşün ileri sürülebileceği, birinci ihtimalde ilam niteliğini haiz yabancı sulh anlaşmasının adı sulh sözleşmesi olarak düşünülebileceği ve bu haliyle icra edilebileceği; ikinci ihtimalde ise bu anlaşmaların ilam niteliği ön plana çıkarılarak tanıma/tenfiz ileri sürülebileceği, bu konuda HUAK içinde tanıma/tenfize özel olarak yer verilip MÖHUK kurallarına atıf yapılabileceği veyahut arabuluculuk kararlarının tanıma/tenfizi ile ilgili MÖHUK’a ekleme yapılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Hatice Selin Pürselim, “Yabancılik İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler” (2014) 20 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3, 4, 16 < openaccess.marmara.edu.tr > Erişim Tarihi 23.04.2022. Kanaatimce bu görüş iki açıdan değerlendirilmelidir. İlk olarak, eğer yabancılik unsuru içeren bir sulh anlaşması, yargılama hukuku ilke ve güvencelerine uygun bir prosedür neticesinde ortaya çıkmış ve “mahkeme hükmü/kararı” olarak nitelendirilebilecek bir nitelik taşıyorsa, yani gerçek anlamıyla bir ilamsa, bu ilam herhangi bir mevzuat düzenlemesine ihtiyaç olmaksızın MÖHUK’ta yer alan tanıma/tenfiz hükümlerinin tatbik edilmesi suretiyle yerine getirilebilir. Eğer “mahkeme hükmü/kararı”, yani gerçek anlamıyla bir ilam değilse, bu durumda adı bir sulh sözleşmesi olarak değerlendirilmesi ve buna göre icra edilmesi görüşü daha isabetli olacaktır. İkinci olarak ise, Konvansiyon kapsamındaki bir sulh anlaşmasının niteliği itibarıyla “yerine getirilmesine ilişkin hüküm ve koşulları milletlerarası sözleşmeyle düzenlenmiş” alelade bir sözleşme olması sebebiyle, Konvansiyon uyarınca taraf devletlerin inisiyatifine bırakılmış yerine getirme prosedürünün düzenlemeye muhtaç olduğu aşıkardır.

45 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özel (n 11) 1200 vd.; Ekşi (n 17) 75 vd.; Erkan (n 12) 181 vd.; Özbek (n 27) 906 vd.

Öte yandan, hukuki yola başvurunun yapıldığı taraf devlet yetkili makamı da talebin, başvuru devletinin kamu düzenine aykırı olduğunu veya uyuşmazlık konusunun başvuru devletinin hukukuna göre arabuluculuk yoluyla çözümüne elverişli olmadığını tespit ederse yapılan başvuruyu reddedebilir (Konvansiyon m. 5/2).

D. Konvansiyon Uygulamasına İlişkin Özet Tablo

Konvansiyon Kapsamına Giren Sulh Anlaşmaları	Taraf Devlet Nezdinde Hukuki Yollara Başvurabilmek için Gerekli Şekli Şartlar	Hukuki Yollara Başvurunun Reddi Sebepleri
<p>1. Ticari bir uyuşmazlığın bulunması.</p> <p>2. Uyuşmazlığın arabuluculuk neticesinde sulh anlaşmasına bağlanması.</p> <p>3. Sulh anlaşmasının yapıldığı sırada uyuşmazlığın milletlerarası nitelik taşıması.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sulh anlaşmasının en az iki tarafının iş yerlerinin farklı devletlerde olması. - Sulh anlaşmasının taraflarının iş yerlerinin bulunduğu devletin sulh anlaşmasından doğan borcun esaslı bir kısmının ifa edileceği devletten veya sulh anlaşmasının konusunun en sıkı ilişkili olduğu devletten farklı olması. <p>4. Sulh anlaşmasının Konvansiyon'un açıkça kapsam dışında tuttuğu konulara/hususlara ilişkin olmaması.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sulh anlaşmasının konusunun tüketici işlemi olmaması. - Sulh anlaşması aile, miras ve iş hukukuna ilişkin olmaması. - Sulh anlaşması, mahkeme tarafından tasdik edilen veya mahkeme yargılaması sırasında yapılan ve mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak yerine getirilen bir sulh anlaşması olmaması. - Sulh anlaşması, hakem kararı olarak kaydedilen ve yerine getirilen bir sulh anlaşması olmaması. 	<p>1. Sulh anlaşmasının yazılı/içeriğinin kayıt altına alınmış olması.</p> <p>2. Sulh anlaşmasının taraflarca imza edilmesi.</p> <p>3. Sulh anlaşmasının arabuluculuk neticesinde yapıldığının ispat edilmesi.</p>	<p>A. Aleyhine başvuru yapılan tarafın istemi üzerine ve aşağıdaki hususlardan birinin ispatlanması kaydıyla:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ehliyetsizlik, 2. Sulh anlaşmasının hükümsüz/işlerlik kazanmamış/ifa edilemez olması, 3. Sulh anlaşmasının bağlayıcı veya nihai olmaması, 4. Dayanılan sulh anlaşmasının sonradan tadil edilmiş olması, 5. Sulh anlaşmasına konu borcun ifa edilmiş olması, 6. Sulh anlaşmasına konu borcun açık veya anlaşılabilir olmaması, 7. Talebin kabul edilmesinin sulh anlaşmasının hükümlerine aykırı olması, 8. Arabulucu standartlarının ciddi şekilde ihlali, 9. Arabuluculuğun tarafsızlık ve bağımsızlığının ihlali. <p>B. Taraf devlet yetkili makamının re'sen tespiti:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Kamu düzenine aykırılık, 2. Uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmaması.

III. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bakımından Tespit ve Değerlendirmeler

A. Türk Hukukuna Göre Yürütülen Arabuluculuk Faaliyetleri Neticesinde Düzenlenen Sulh Anlaşmalarının Konvansiyon'un Uygulama Alanına Girip Girmedığı

Yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında (aile içi şiddet iddiası içerenler hariç olmak üzere) arabuluculuk prosedürü HUAK'a göre yürütülür (HUAK m. 1/2). Konvansiyon'da yer alan arabuluculuk tanımında (Konvansiyon m. 2/3) "yürütülen usulün" bir kriter olarak gözetilmeyeceği açıkça belirtildiğinden, HUAK'ta öngörülen usul neticesinde yapılan bir sulh anlaşmasının, diğer şartları karşılama halinde, Konvansiyon'un uygulama alanı içinde sayılacağından şüphe duyulmamalıdır.

HUAK m. 18/1'de arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşması halinde bir anlaşma belgesinin düzenlenebileceği ve bunun taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacağı hükme bağlanmıştır. Taraflar bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin mahkemeden şerh verilmesini talep edebilirler. İcra edilebilirlik şerhi taşıyan bu anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/2). Bunun yanında, anlaşma belgesi taraflar ve arabulucunun yanında avukatlar tarafından da imzalanır ise, anlaşma belgesi bu durumda icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/4).

İlmi içtihatlarda yer alan bir görüşte, HUAK m. 18/2 ve 4 uyarınca yapılan sulh anlaşmalarının, mahkeme ilamı niteliğinde belge sayılacakları için, Konvansiyon'un kapsamı dışında kalacağı, HUAK m. 18/2 uyarınca sulh anlaşması için icra edilebilirlik şerhi alınmaması halinde ise söz konusu sulh anlaşmasının yapıldığı anda milletlerarası nitelik taşıması ve ticari uyuşmazlıklara ilişkin olması kaydıyla Konvansiyon'un uygulama alanı içine gireceği ifade edilmiştir⁴⁶. Bu görüş başka yazarlar tarafından da savunulmaktadır⁴⁷.

Arap diline ait ve sözlük anlamı "bildirme, anlatma" olan⁴⁸ "ilam" kelimesi, bir hukuk terimi olarak sözlüklerde şöyle tanımlanmaktadır:

"([İstilahta] hakim huzurunda cereyan eden muhakemeyi, yani tarafların iddia ve cevaplarıyla dermeyan ettikleri delilleri ve esbabı mucibesıyla hükmü muhtevi olan varakaya denir. Buna ilam denilmesi icra makamlarına hitaben yazılması itibarıyledir.⁴⁹"

"(...) kadı'nın herhangi bir sorun hakkında yaptığı soruşturmanın kendi imzası altında ilgili yere bildirilmesi veya sorulan soruya cevap vermesi.⁵⁰"

46 Ekşi (n 17) 68.

47 Bkz. Erkan (n 12) 139; Özel (n 11) 1198-1199; Özbek (n 27) 899.

48 Şükrü Akalın [ve başk.], *Türkçe Sözlük* (11th edn, Türk Dil Kurumu 2011) 1171.

49 *Türk Hukuk Lügatı* (4th edn, Başbakanlık Basımevi 1998) 158; Mustafa Nihat Özön, *Osmanlıca Türkçe Sözlük* (8th edn, İnkilap Kitabevi 1997) 370.

50 Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (9th edn, Yetkin 2005) 541.

HMK m. 301/2 de ilamı, yukarıdaki tanımlar ile uyumlu olarak, taraflardan her birine verilen hüküm nüshası olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Söz konusu bu belge, İİK'nın ilamların icrası hakkındaki hükümlerine göre (İİK m. 24 vd.) cebri icraya konu edilir⁵².

Bunun yanında İİK m. 38'de (ve İİK'nın diğer ilgili hükümleri ile diğer özel kanunlarda yer alan) bazı belgelerin “ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi” olduğu belirtilmektedir. Her ne kadar madde başlığında “ilam mahiyetini haiz belgeler” ifadesi yer alsada bu belgelerin, özünde, ilamlar ile tek ortak noktası cebri icra hukuku bakımından aynı prosedüre tabi tutulmalarıdır⁵³. Başka bir ifade ile kanun koyucunun “ilam mahiyetini haiz belgeler” şeklindeki nitelendirmesi bu belgeleri ilam yapmadığı gibi hukuki nitelik ve işlev bakımından da ilam ile denk tutulmalarına imkan sağlamaz⁵⁴. Mesela, ilamların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi mümkün iken söz konusu diğer belgelerin böyle bir etkisi bulunmamaktadır⁵⁵, hatta bu belgelere yönelik menfi tespit davası açmak dahi mümkündür⁵⁶; ilama dayanan bir alacak için ihtiyati haciz talep edildiğinde teminat gösterilmesi zorunlu değil iken (İİK m. 259/2), söz konusu diğer belgeler bakımından teminat gösterilmesine gerek olup olmadığını mahkeme takdir eder (İİK m. 259/3).

Başka bir anlatımla, “ilam” lafzı kanunlarda bazen geniş manada kullanılarak mahkeme hükmünü belirtmek üzere (mesela, HMK m. 85/1/ç) kullanılır. Teknik anlamıyla “hüküm” ise bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hukuki uyuşmazlıkların, yargılama hukuku usul, ilke ve güvenceleri çerçevesinde ve soyut hukuk kurallarının uygulanması suretiyle kesin bir biçimde çözüme kavuşturulması faaliyeti sonucunda verilen esasa ilişkin nihai kararı ifade eder⁵⁷. Bu açıklama uyarınca, çekişmesiz bir yargı işi neticesinde HUAK m. 18/2'ye göre arabuluculuk belgesine mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alındığı durumda, bu belgenin ne ilam/mahkeme hükmü olduğu ne niteliği kuvvetlenmek suretiyle ilam/mahkeme hükmü vasfı kazandı

51 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 392'de aynı içeriği haizdir: “*Karar tahrir ve imza olunduktan sonra suretleri bir hafta içinde başkatiip tarafından iki taraftan her birine makbuz mukabilinde verilir ve bir nüshası da dosyasında hıfz olunur. Suretler asılları gibi imza olunmakla beraber bunlara mahkemenin mühürü vazedilmek lazımdır. İki taraftan her birine verilen suretler ilamdır.*”

52 İlama dayalı bir alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağı hakkındaki içtihadı birleştirme kararı için bkz. Yargıtay İBHGK, 2/3, 26.05.2017 (RG 21.7.2017/30130).

53 Süha Tanrıver, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Yetkin 1996) 83: “*İlamların yanı sıra, ilam niteliğinde belgelerin de ilamlı icra takibine konu kılınması, bu takip türünün uygulama alanını genişlemesine ve onun etkin bir işlerliğe sahip olmasına neden olmuştur. (...) Kanun koyucu, ilam niteliğinde belgeleri sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı rejime tabi tutmuştur. Nitekim, hükümet gerekçesinde de, bu duruma açıkça işaret edilmiştir. Bu hal ise, ilamlarla, ilam niteliğinde belgelerin hukuki nitelik ve gördükleri işlev açısından birbirinden farklı olduklarını açıkça ortaya koyar.*”

54 Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Kanunu'nun Değişen Maddeler Şerhi* (Fakülteler Matbaası 1966) 27: “*Maddenin metninde yazılı vesikalar icra bakımından ilam mahiyetindedir; fakat kaziyi muhkeme hakikat sayılarak yeni bir kararlar değiştirilemeyeceği bakımından bu mahiyette değildir.*”

55 Tanrıver (n 53) 83.

56 Erhan Fırat, *Özel Kanunlarda Düzenlenen İlâm Niteliğinde Belgeler* (Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2015) 29 < tez.yok.gov.tr > Erişim Tarihi 27.01.2022.

57 Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt 1* (4th edn, Yetkin 2021) 73-74, 1118-1119.

ne de ilam/mahkeme hükmü ile denk hale geldiği söylenebilir⁵⁸. Bu sebeple, HUAK m. 18/2’de yer alan “Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.” cümlesindeki “ilam” ibaresi bütün yönleriyle bir mahkeme hükmü şeklinde düşünülmemelidir. Kanaatimce, söz konusu cümlenin -belirtilen ibare dikkate alınarak- “Bu şerhi içeren anlaşma, İİK m. 24 vd.’nda yer alan ilamların icrası hükümlerine göre cebri icraya konu edilir.” biçiminde anlaşılması uygun olacaktır. İlâveten, bu tarz bir yaklaşımın hukuki müesseselerin mahiyetleri ile de uyumlu olduğu düşüncesindeyim. Mesela, İİK m. 38’de “para borcu ikrarını havi re’sen tanzim edilen noter senetleri” de ilam niteliğinde belgeler içerisinde sayılmasına rağmen bu belgenin Konvansiyon’da yer alan ifade ile “mahkeme kararı olarak yerine getirilen” bir belge olarak değerlendirilemeyeceği açıktır.

Netice olarak, HUAK kapsamında yapılan bir sulh anlaşmasının gerek icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra (HUAK m. 18/2) gerekse doğrudan kanun hükmü gereği (HUAK m. 18/4) ilam niteliğinde belge olarak nitelendirilmesinin, bu belgeyi, Konvansiyon’un uygulama alanından çıkarmadığı görüşümdedir. Çünkü, Konvansiyon m. 1/3/a’ya göre bir sulh anlaşmasının Konvansiyon’un kapsamı dışında sayılabilmesi için (i) mahkeme tarafından tasdik edilmesi veya mahkeme yargılaması sırasında yapılması “ve” (ii) mahkemenin bulunduğu devlette mahkeme kararı olarak yerine getirilmesi şeklindeki iki şartı birlikte taşıması gerekmektedir. İzah edildiği üzere, HUAK m. 18/2 gereği icra edilebilirlik şerhi taşıyan sulh anlaşmaları bir mahkeme kararı olarak yerine getirilmemekte, sadece mahkeme kararlarının icrasına ilişkin prosedüre tabi tutulmaktadır. Bu hukuki duruma göre Konvansiyon m. 1/3/a’da yer alan şartlardan ikincisinin sağlandığından bahsedilemez. HUAK m. 18/4 bağlamında ise her iki şartın da mevcut olmadığından bahsetmek gerekir. Nihayetinde HUAK uyarınca yapılan bir sulh anlaşması, Konvansiyon’daki diğer şartları sağlıyorsa, Türkiye’de ilamlı icra hükümlerine göre yerine getirilebilmeli ve aynı zamanda Konvansiyon’a taraf diğer devletlerde de bu anlaşmanın yerine getirilmesine yönelik hukuki yollara başvurulması mümkün olmalıdır (Konvansiyon m. 3/1).

Belirtelim ki Konvansiyon’a ilişkin resmi internet sitesinde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (Arabuluculuk Kanunu) hükümlerine göre yürütülen bir arabuluculuk neticesinde yapılan sulh anlaşması Arabuluculuk Kanunu madde 18’e göre bir hüküm belgesidir [ilam niteliğinde belgedir⁵⁹] ve dolayısıyla

58 Aynı yönde tespitler için bkz. Faruk Kerem Giray, ‘Tenfiz İlişkin Üç Soru: Tenfiz Konu Yabancı İlamın 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, 631-632 < dergipark.org.tr > Erişim Tarihi 23.04.2022; Faruk Kerem Giray, ‘Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulamasında Karşılaşılabilecek Sorunlar’, in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu (eds), *Türkiye’de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Bir Hale Gelir?* (Seçkin 2015) 117, 121.

59 Çeviri notu: Orijinal metinde “hüküm belgesi” olarak tercüme edilebilecek “*judgment document*” ifadesi kullanılmaktadır. HUAK m. 18/2 uyarınca bu ifadenin “ilam niteliğinde belgedir” şeklinde anlaşılması gerekir. Hatta, “ilamların icrası prosedürüne konu edilebilecek bir belgedir” biçiminde anlaşılması daha da doğru olacaktır.

Türkiye’de icra edilebilir. Taraflar anlaşmayı icra mahkemesine [sulh mahkemesine⁶⁰] sunabilir ve icra edilmesine ilişkin bir serh verilmesini talep edebilir.

Arabuluculuk Kanunu hükümleri kapsamında yapılmayan bir arabuluculuk neticesinde Türkiye’de akdedilen bir sulh anlaşması Konvansiyon hükümlerine tabi olabilir.^{61”}

Bir hukuk politikası olarak arabuluculuğun yaygınlaştırılması amacıyla (ülke içinde ve dışında) halihazırda gösterilen yoğun çabalar dikkate alındığında, Konvansiyon’un resmi internet sitesinde yer alan bilgi başta olmak üzere bu yanlış anlaşılmanın giderilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Öte yandan, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu⁶² (“AvK”) m. 35/A’da avukatlara dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilli ile birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilme yetkisi verilmiştir. Bu hüküm uyarınca yapılacak toplantıda uzlaşma sağlanır, bu konuda kanuni şartları haiz bir tutanak düzenlenir ve bu tutanak avukatlar ile müvekkiller tarafından birlikte imzalanırsa, kanun koyucu bu tutanağın da ilam niteliğinde/ilamların icrasına ilişkin hükümler uyarınca icraya konulabilecek bir belge olduğunu kabul etmiştir.

Bilindiği üzere, avukat ile müvekkil arasındaki hukuki ilişkinin kaynağını, temelinde vekalet ilişkisi bulunan, avukatlık sözleşmesi (AvK m. 163) oluşturmaktadır⁶³. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”)⁶⁴ ve AvK’da, avukatlık sözleşmesinde yer almasa bile, sözleşmenin tarafları için öngörülmuş bir takım hak, borç ve ödevler bulunmaktadır. Açıklanan konu özelinde ise avukatın müvekkiline karşı özen, sadakat ve talimatlara uyma ödevi olduğuna dikkat çekilmelidir. Daha açık bir ifadeyle avukat üstlendiği işi müvekkilinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle yürütmek (TBK m. 506, AvK m. 34), müvekkilinin menfaati ile çatışan davranışlardan kaçınmak (AvK m. 38/1/b) ve müvekkilin açık talimatlarına uymak (TBK m. 505) ödevi altındadır⁶⁵. Bu hukuki duruma göre, AvK m. 35/A kapsamında yürütülen uzlaştırma

60 Çeviri notu: Orijinal metinde “icra mahkemesi” olarak tercüme edilebilecek “enforcement court” ifadesi kullanılmaktadır. HUAK m. 18/2 uyarınca bu ifadenin “sulh mahkemesi [veya davanın görüldüğü mahkeme]” şeklinde anlaşılması gerekir.

61 Orijinal metin şu şekildedir: “The settlement agreement reached as a result of a mediation carried out in accordance with the provisions of the Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325 (the Mediation Law) is a judgment document according to Article 18 of the Mediation Law and can be executed in Turkey accordingly. Parties may submit the agreement to an enforcement court, and may demand for the issuance of a commentary regarding its enforceability. / The execution in Turkey of a settlement agreement reached as a result of a mediation that is not made within the scope of the provisions of the Mediation Law may be subject to the provisions of the Singapore Convention.” Bkz. < singaporeconvention.org/jurisdictions/turkey > Erişim Tarihi 05.02.2021.

62 Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.03.1969, RG 07.04.1969/13168.

63 Eylem Apaydın, ‘Avukatlık Sözleşmesi’ in Ali Cem Budak (ed.), *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 91, 91-92.

64 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

65 Varol Karaaslan, ‘Avukatın Ödevleri’ in Ali Cem Budak (ed.), *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 31, 64 vd.

sürecinde⁶⁶ tarafları temsil eden ve müvekkillerine karşı kanuni ödevleri bulunan avukatların⁶⁷ söz konusu prosedür bakımından üçüncü bir kişi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. İlaveten, AvK m. 35/A ile öngörülen uzlaştırma prosedürünün, avukatların belirli bir zaman dilimine kadar zemin hazırlayabilecekleri mahkeme dışı sulh anlaşmasına cebri icra hukuku açısından sonuç bağlayan bir usul olarak anlaşılması⁶⁸, başka bir ifade ile bir arabuluculuk faaliyeti olarak değerlendirilmemesi gerekir. Bu neticede AvK m. 35/A uyarınca yürütülen uzlaştırma prosedürünün, diğer şartlar sağlansa dahi, “arabuluculuk neticesinde sulh anlaşması yapılması” kriterini (Konvansiyon m. 1/1) sağlamaması sebebiyle Konvansiyon kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyim⁶⁹.

Ayrıca belirtelim ki, ilmi içtihatlarda Konvansiyon kapsamında arabulucunun, arabuluculuk sürecini baştan sona yürütmesinin zorunlu olmadığı ve sürecin bir kısmını yürütmesinin dahi yeterli olduğu ifade edilmektedir⁷⁰. Üçüncü kişi arabulucunun katılımı olmadan doğrudan doğruya taraflar ve avukatları tarafından yürütülen AvK m. 35/A prosedüründe, ilk davet bir taraf avukatından geliyor olsa da, kısa süreliğine dahi bir arabuluculuk faaliyeti yapıldığı sonucuna ulaşılamayacağı kanısındayım. Kaldı ki, yine ilmi içtihatlarda AvK m. 35/A uyarınca yürütülen prosedürün nitelik itibarıyla “müzakere” ile örtüştüğü ve bu çerçevede tarafların bazen avukatlarıyla birlikte bazen de üçüncü bir kişi dahi eşlik etmeden ve avukatları olmaksızın bir araya gelerek görüşmeleri tamamladıkları/sonlandırdıkları da açıkça dile getirilmektedir^{71, 72}.

Konvansiyon hükümlerinin tatbiki için tarafların arabulucuya ne şekilde başvurduklarının bir önemi bulunmamaktadır. Yani, dava şartı olarak arabulucuya başvurulmasının zorunlu olduğu durumlar da (HUAK m. 18/A) Konvansiyon kapsamında değerlendirilebilir. Ancak ifade etmek gerekir ki, Konvansiyon m. 1/2 tüketici işlemleri ve iş hukukuna ilişkin sulh anlaşmalarını uygulama alanı dışında

66 Konvansiyon'da arabuluculuk kavramı uzlaştırmayı da kapsayacak biçimde bir şemsiye kavram olarak kullanılmaktadır. Bkz. Ekşi (n 17) 60-61; Schnabel (n 11) 15; Piotr Wojtowicz and Franco Gevaerd, 'A New Global ADR Star is Born: The Singapore Convention on Mediation' (2019) 37 (9) Alternatives 141, 142 < onlinelibrary.wiley.com > Erişim Tarihi 26.01.2022.

67 AvK m. 35/A uyarınca yürütülen prosedüründe avukatın rolü konusunda bkz. M. Serhat Sarısozen, *Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma* (Yetkin 2011) 133 vd.

68 Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, 'Avukatın Hak ve Yetkileri' in Ali Cem Budak (ed.), *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 49 vd.

69 AvK m. 35/A uyarınca düzenlenen sulh anlaşmasının ilam niteliğinde belge olması sebebiyle Konvansiyon kapsamında sayılmayacağı yönündeki görüş için bkz. Ekşi (n 17) 68-69.

70 Ekşi (n 17) 61; Schnabel (n 11) 17; Ersin Erdoğan, 'Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi' in *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Sempozyumu Ankara - 6-7 Aralık 2018* 189, 192.

71 Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018) 61. Ayrıca bkz. Özbek (n 27) 1252.

72 Aksi yönde görüş için bkz. Seda Özmumcu, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha 2013) 266. Yazar, AvK m. 35/A ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği (RG 19.06.2002/24790) m. 16/2 hükmünün birlikte yorumlanması neticesinde burada yerine getirilen faaliyetin uzlaşma kurumundan daha da ileri geçen bir arabuluculuk faaliyeti şeklinde ortaya çıktığını ifade etmektedir. Yukarıda yer verilen açıklamalar uyarınca bu görüşe katılmıyorum.

tmaktadır. Bu durumda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁷³ (“TKHK”) m. 73/A ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu⁷⁴ (“İş MahK”) m. 3 kapsamındaki arabuluculuk faaliyeti Konvansiyon uygulamasına dahil değildir. Ancak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁷⁵ (“TTK”) m. 5/A çerçevesinde konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bakımından arabuluculuk neticesinde yapılan sulh anlaşmaları, şartları sağlıyor ise, Konvansiyon’un uygulama alanı içinde sayılacaktır⁷⁶.

Son olarak, HMK m. 313 vd.’nda düzenlenen mahkeme içi sulhlerin de değerlendirilmesi gerekir. [Mahkeme içi] sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. (HMK m. 313/1). Böyle bir sözleşme yapıldığı zaman dava sona erer. Bu durumda mahkeme, taraflar sulh sözleşmesine göre karar verilmesini isterse “sulh sözleşmesine göre”; sulh sözleşmesine göre karar verilmesini istemezlerse “karar verilmesine yer olmadığına” karar verir (HMK m. 315/1). Ancak her iki durumda da sulh sözleşmesinin varlığı kesin hüküm *gibi* sonuç doğurur (HMK m. 315/1)⁷⁷. Burada tarafların talebi üzerine mahkemenin sulhe göre karar verdiği halde sulh anlaşması bir ilama bağlanacak; böyle bir talebin bulunmadığı durumda ise ortada bir mahkeme kararı olmayacak ancak yapılan sulh anlaşması İİK m. 38 gereği ilamların icrası hükümlerine göre cebri icraya konu edilebilecektir. Kanaatimce, ilk ihtimalde, sulh anlaşması mahkeme sırasında yapılan ve mahkeme kararı olarak yerine getirilen bir anlaşma olduğu için Konvansiyon’un uygulama alanı dışında kalmaktadır (Konvansiyon m. 1/3/a). Fakat, ikinci ihtimalde, ortada esasa ilişkin bir mahkeme kararı olmadığı da gözetildiğinde, ilamların icrası hükümlerine konu edilebilen bir sulh anlaşmasının -diğer Konvansiyon şartlarını sağlamak kaydıyla- Konvansiyon’un uygulama alanı dışında kaldığını söylemek mümkün değildir⁷⁸.

B. Konvansiyon’a Taraf Bir Devlette Yürütülen Arabuluculuk Faaliyetleri Sonunda Düzenlenen Sulh Anlaşmalarının Değerlendirilmesi

1. Sulh Anlaşmasının Hukuki Niteliği ve Sonuçları

Konvansiyon’da sulh anlaşmalarının hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Konvansiyon hükümleri bir bütün olarak dikkate alındığında sulh anlaşmasının yazılı/kayıt altına alınmış (Konvansiyon m. 1/1, 2/2), taraflarca imzalanmış (Konvansiyon m. 4/1/a) ve arabulucunun da imzasını içerebilen

73 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

74 İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG 25.10.2017/30221.

75 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

76 Aynı yönde tespit için bkz. Ekşi (n 17) 61 vd.

77 Sulhün kesin hüküm etkisi konusundaki tartışmalar için bkz. Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (5th edn, Filiz Kitabevi 2021) 348-349.

78 Karş. Ekşi (n 17) 69.

(Konvansiyon m. 4/1/b/i) bir metin olduğu anlaşılmaktadır. Düzenlenmesinde herhangi bir resmi makamın yer almadığı ve taraflardan sadır böyle bir belgenin, alelade/adi yazılı bir sözleşme vasfı taşıdığı ve Türk hukukunda bu sözleşmenin “mahkeme dışı sulh sözleşmesi”⁷⁹ olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmelidir.

Sulh anlaşmasının kurulması, geçerliliği ve sonuçlarına ilişkin konular Konvansiyon ve kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde ele alınabilir. Ancak, Konvansiyon kapsamındaki bir sulh anlaşmasının Türk medeni usul⁸⁰ ve icra-iflas hukukunda⁸¹ ortaya çıkardığı sonuçlar *lex fori*'ye tabidir. Bu halde ise özellik arz eden bir durum göze çarpmamaktadır. Şöyle ki, Konvansiyon kapsamındaki bir sulh anlaşması medeni usul ve icra-iflas hukuku bakımından adi yazılı bir sözleşme olarak dikkate alınacağı için, kural olarak, bilinen sonuçlar ortaya çıkacaktır. Örneğin, Konvansiyon kapsamındaki bir sulh anlaşması, yargılamada taraflardan biri aleyhine delil olarak ileri sürülebilir (HMK m. 199 vd.) veya itiraza konu olmuş bir ilamsız takipte imzanın ikrar edilmesi kaydıyla itirazın kesin olarak kaldırılmasını sağlayabilir (İİK m. 68/1) veya belgeler zincirinin bir parçasını oluşturabilir veya iflas masasına alacak kaydında delil olarak gösterilebilir (İİK m. 219/2/2).

Diğer taraftan, Konvansiyon kapsamındaki bir sulh anlaşmasının, taraflar arasında çözüme kavuşan bir uyuşmazlığın tekrar uyuşmazlık konusu yapılmasını engelleyecek bir etkisi bulunmamaktadır⁸². Şöyle ki, Konvansiyon m. 6'da sulh anlaşmasının yerine getirilmesi için taraflardan biri hukuki yollara başvurduğu sırada, diğer tarafın, sulh anlaşmasına konu uyuşmazlık hakkında yapılan başvuruyu etkileyecek paralel bir başvuruda bulunması halinde, yerine getirme talebini inceleyen makamın, uygun görürse, bu konuda karar vermeyi erteleyebileceği ve talep üzerine taraflardan birinin uygun bir teminat göstermesini de isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Ek olarak, Konvansiyon m. 3/2'de sulh anlaşmasıyla halihazırda çözülmüş bir meselede bir tarafın iddiası üzerine tekrar uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, diğer tarafın söz konusu meselenin zaten çözümlenmiş olduğunu -Konvansiyon'a taraf devletin usul kuralları ve Konvansiyon'da yer alan şartlara uygun olarak- ispatlaması için sulh anlaşmasını dayanak göstermesine izin verileceği belirtilmektedir. Bu iki hükmün birlikte yorumlanmasından,

79 Mahkeme dışı sulh anlaşması konusunda bkz. Agah Kürşat Karauz, *Sulh Sözleşmesi* (Adalet 2014) 20 vd.; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1972) 1-2; Abdurrahim Karşı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5th edn, Filiz 2020) 381 vd.; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz and Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (7th edn, Yetkin 2021) 604.

80 Milletlerarası usul hukukunda, usule uygulanacak kuralların *lex fori*'ye tabi olacağı ve bu konudaki gerekçeler için bkz. Günseli Öztekin, 'İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler' (2011) 9 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 37, 38; Nuray Ekşi, *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi* (2nd edn, Beta 2004) 51 vd.; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Seçkin 2010) 52; Budak and Karaaslan (n 77) 1; Ergin Nomer and Cemal Şanlı, *Devletler Hususi Hukuku* (18th edn, Beta 2010) 372; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23rd edn, Beta 2021) 186.

81 Türkiye'de yürütülen cebri icra işlemlerine Türk usul ve cebri icra hukuku kurallarının uygulanacağı konusunda bkz. Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku I* (On İki Levha 2017) 502.

82 Sulh anlaşması taraflarının daha sonra neden yapılan anlaşmaya uymaktan vazgeçebilecekleri konusunda bkz. Muhammed Salem Abou El Faraq, 'The Enforcement of Settlement Agreements Resulting From Mediation - Qatari Perspective' (2017) 19 Asian Business Lawyer 49, 53 < heinonline.org, Erişim Tarihi 06.02.2022 >; Özel (n 11) 1192, dipnot 7.

(i) Bir uyuşmazlık sulh anlaşması ile çözüme bağlansa dahi “aynı uyuşmazlık⁸³” hakkında mahkeme, hakem heyeti veya yetkili bir makam nezdinde bir başvuru yapılmasının mümkün olduğu/Konvansiyon’un bu konuda bir yasaklama getirmeyeceği,

(ii) Böyle bir başvuru yapıldığı takdirde sulh anlaşmasının yerine getirilmesi için başvuru makamının bu uyuşmazlık çözümlene kadar karar vermeyi erteleyebileceği/karar vermek zorunda olmadığı ve hatta taraflardan birinin teminat göstermesini isteyebileceği,

(iii) Konvansiyon’daki şartları taşıyan bir sulh anlaşmasının ilgili taraf devletin usul kuralları da dikkate alınarak “sulh anlaşması ile uyuşmazlığın çözümlendiği” hususunda bir ispat vasıtası olarak kabul edileceği

anlaşılmaktadır. Gerek Konvansiyon’un ortaya koyduğu sistem gerekse Konvansiyon’a tabi sulh anlaşmalarının, [bir mahkeme kararı niteliğinde olmamaları sebebiyle] teknik anlamda tanımaya dahi konu olmayacağı dikkate alındığında, deyim yerindeyse, kesin hükmün olumsuz (dava şartı) etkisini *andıran* bir etkiye sahip olmadığı görülecektir. Ancak, Konvansiyon m. 3/2 incelendiğinde, akdedilen sulh anlaşmasının, yine deyim yerindeyse, kesin hükmün olumlu (kesin delil) etkisini *andıran* bir etkiye sahip olduğu kanaatimce söylenebilir. Bu durumda, Konvansiyon’daki şartları sağlayan ve ilgili taraftan sadır olduğu anlaşılan (HMK m. 205) bir sulh anlaşması mahkeme tarafından bir vakıa olarak dikkate alınmalıdır⁸⁴.

2. Arabuluculuğa Elverişlilik

Konvansiyon m. 5/2/b’ye göre, sulh anlaşmasının yerine getirilmesi için başvuruda bulunulan taraf devletin yetkili makamı, sulh anlaşması ile çözümlenmiş uyuşmazlığın konusu kendi hukukuna göre arabuluculuğa elverişli değilse sunulan talebi reddedebilir.

Konvansiyon’da aile, miras, iş ve tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar açıkça uygulama alanı dışında bırakılmıştır (Konvansiyon m. 1/2/a). Bunun yanında, Konvansiyon’un asıl konusunu teşkil eden ticari uyuşmazlıklar bakımından Konvansiyon’da arabuluculuğa elverişlilik hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda konusu para alacağı olsun veya olmasın bütün ticari uyuşmazlıklar kural olarak Konvansiyon’un uygulama alanı içinde değerlendirilebilir⁸⁵. Fakat bu alanda yapılan bir sulh anlaşmasının taraf bir devlette yerine getirilebilmesi için uyuşmazlık konusunun o ülke hukuku uyarınca arabuluculuğa elverişli olması gerekir (Konvansiyon m. 5/2/b). Bu sebeple Türk hukukunda hangi ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk ile çözümlenebileceğinin de ele alınması gerekir.

83 Kanaatimce yapılan başvurunun sulh anlaşmasına bağlanan uyuşmazlığın esası ile ilgili olması gerekir. Tarafların ehliyeti, sulh anlaşmasının geçerliliği, borcun halihazırda ifa edilmiş olduğu gibi iddialar sulh anlaşmasının yerine getirilmesi talebini inceleyen yetkili makam nezdinde ileri sürülmelidir (bkz. Konvansiyon m. 5). Bu hususların başka bir makam önünde ileri sürüldüğü hallerde yerine getirmeyi inceleyen makam, karar vermeyi ertelemeksizin, ileri sürülen iddiayı değerlendirip bir neticeye varabilir (bkz. Konvansiyon m. 6).

84 Budak and Karaaslan (n 68) 50.

85 Ekşi (n 17) 60; Özsunay (n 1) 34.

HUAK m. 1/2’de, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden⁸⁶ doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli kabul edilmiştir⁸⁷. Bu düzenlemenin, sulhe ilişkin HMK m. 313/2 hükmü ile paralel olduğunu söylenebilir. Zira HUAK m. 1’in gerekçesinde “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani ‘sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları’ bağlamında uygulanma alanı bulacaktır*” ifadelerine yer verilerek bu husus teyit edilmektedir.

HUAK m. 1/2’de yer alan “üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek iş veya işlemler” lafzını “iki tarafın iradesine tabi olan iş veya işlemler⁸⁸” veya “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri haklarla ilgili iş veya işlemler/uyuşmazlıklar⁸⁹” şeklinde anlamak mümkündür. Bu kapsamda genellikle dava açmak veya çekişmesiz yargı yoluna başvurmak yoluyla kullanılan ve kullanıldığında ortaya çıkardığı sonuçlar kamu düzeni veya üçüncü kişi hukuki menfaatlerini yakından ilgilendiren iflas, konkordato mühleti, anonim şirket genel kurul kararının iptali, şirketin feshi gibi ticari uyuşmazlıklara konu olabilecek yenilik doğuran haklar arabuluculuğa elverişli değildir⁹⁰. Bunun yanında fikri hakların varlığı veya yokluğu ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁹¹ uyarınca rekabet ihlalinin tespiti konularının da arabuluculuğa elverişli olmadığı belirtilmektedir⁹².

Diğer taraftan, taşınmaz aynıyla ilgili uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadığı konusu ise ayrıca değerlendirilmeye muhtaçtır. İlmi içtihatlarda bu konu incelenirken, başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkime elverişlilik de dikkate alınarak bir sonuca varılmaya çalışıldığı görülmektedir⁹³.

Tahkime elverişlilik konusundaki mevzuat incelendiğinde, HMK m. 408 ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁹⁴ (“MTK”) m. 1/4 hükümleri ile taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olarak kabul edildiği görülmektedir⁹⁵.

86 Özbek, kanun metninde yer alan “iş veya işlemler” ibaresinin “işlem veya ilişkiler” şeklinde olması gerektiğini, 5235 sayılı Kanun’da “iş” kelimesinin çekişmesiz yargı işlerini belirtmek üzere kullanıldığını ve bu tür işler bakımından arabuluculuğa gidilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Cilt 2* (4th edn, Yetkin 2016) 1185-1186; Özbek (n 27) 1500-1501.

87 Anayasa Mahkemesi, 94/89, 10.7.2013 (RG 25.1.2014/28893): “*Madde metninde yer verilmesi de kamu düzenine ilişkin konuların, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri alan kapsamında kaldığı hususunda herhangi bir şüphe yoktur*”.

88 Muhammet Özkes, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları’ in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Medeni Usul Hukuku, Cilt 3* (15th edn, On İki Levha 2017) 2801, 2829.

89 Budak and Karaaslan (n 77) 347.

90 ibid 501; Abdullah Berat Memiş, *Ticari Uyuşmazlıklar Arabuluculuk Usulü* (Seçkin 2019) 61.

91 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4054, Kabul Tarihi: 07.12.1994, RG 13.12.1994/22140.

92 Özel (n 11) 1205.

93 Bkz. dipnot 100 civarındaki açıklamalar.

94 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453.

95 Tahkime elverişlilik konusunda bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim* (Beta 2013) 73 vd.; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (On İki Levha 2017) 218 vd.; Hüseyin Afişin İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (Adalet 2016) 221 vd.

Kanunlarda yer alan bu düzenlemelerin temelini ise -her ne kadar ilmi içtihatlarda hakim görüş aksi yönde olsa da⁹⁶- 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu⁹⁷ (“HUMK”) döneminde verilen Yargıtay içtihatları olduğu anlaşılmaktadır⁹⁸. Bu kararlarda, genel olarak ve özetle, taşınmaz mülkiyetinin ancak sahibinin rızası [tarafların tapu memuru huzurundaki takrirleri] veya mahkeme ilamı ile tapuda intikal edebileceği, bu konuya ilişkin [Medeni Kanun, Tapu Kanunu gibi] kanun hükümlerinin kamu düzenine ilişkin olduğu ve taşınmaz aynına yönelik yapılan tahkim anlaşmalarının geçersiz olacağı vurgulanmaktadır⁹⁹.

İlmi içtihatlarda arabuluculuğa elverişlilik konusundaki görüşler gözetildiğinde, tahkime ilişkin bahsi geçen düzenlemeler ve bunun temelinde var olan kazai içtihatların dikkate alınmaması gerektiği ve taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu görüşünün hakim olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki, Özbek, arabuluculuğa başvurulabilecek uyuşmazlıklar belirlenirken tahkimle aynı yönde yorum yapılmaması gerektiğini, arabuluculuğun tahkimden çok farklı bir alternatif çözüm yolu olduğu ve dava yolunu kapatmadığını ve bu sebeple arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar belirlenirken daha geniş bir yorum yapılabileceğini ifade ederek; taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulabilmekle beraber anlaşma belgesine uyulmadığı takdirde bu belgeye istinaden ilamlı icra prosedürünün işletilemeyeceğini ifade etmektedir¹⁰⁰. Dür, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlık konuları tespit edilmeye çalışılırken genelde tahkime elverişlilik ölçütünden faydalandığını, bunun sebebinin hem kanuni düzenleme bakımından aralarında ortak ölçüt bulunması hem de tahkime ilişkin olarak konunun ilmi ve kazai içtihatlarda ele alınması olduğunu, ancak arabuluculuğun niteliğinin tahkimden farklı ve kapsamının tahkime göre daha geniş olduğunu, bu anlayışla geniş bir yoruma ihtiyaç duyulduğunu ve 2016 yılına kadar yapılan uygulama değerlendirildiğinde kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık, taşınmaz devri, tapu iptal ve tescil, taşınmaz taksimi gibi konular da dahil olmak üzere bu yönde bir bakış açısının geliştiğini belirtmektedir¹⁰¹. Taşpolat Tuğsavul, ilmi içtihatlardaki baskın görüşün taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıkların, sulh yolu ile çözümlenebilmesi sebebiyle,

96 İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6th edn, Sulhi Garan Matbaası 1975) 787; İlhan E. Postacıoğlu and Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (Vedat 2015) 1033; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 6* (6th edn, Demir Demir 2001) 5947; Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (Fakülteler Matbaası 1973) 84; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt 1-2* (7th edn, Yazarın Kendi Yayını 2000) 943, dipnot 62; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Elverişlilik* (Vedat 2010) 213.

97 (Mülga) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 1086, Kabul Tarihi: 18.06.1927, RG 02.07.1927/622.

98 Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 4* (4th edn, Yetkin 2021) 5405; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2nd edn, Yetkin 2014) 1186-1188.

99 Bkz. Yargıtay 15 HD, 2680/4137, 18.06.2007; Yargıtay 14 HD, 6387/6813, 07.10.2003; Yargıtay 15 HD, 4321/4067, 23.09.2002; Yargıtay 15 HD, 3919/1044, 18.03.1986 < lexpera >, Erişim Tarihi 01.02.2022; Yargıtay 15 HD, 4036/5480, 13.12.1990; Yargıtay 15 HD, 5046/6251, 08.11.1995; Yargıtay 15 HD, 1726/4358, 19.12.1985; Yargıtay 13 HD, 7803/4297, 26.05.1976 (Erol Ertekin and İzzet Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması* (Yetkin 1997) 80-82).

100 Özbek (n 86) 1186-1187; Özbek (n 27) 1501-1502.

101 Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (Adalet 2017) 290-292.

tahkime konu edilmelerinin mümkün görüldüğünü, dolayısıyla bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa da elverişli kabul edilebileceğini söylemektedir¹⁰². Nihayet, Budak, Büyükay, Koçyiğit/Bulur ve Erdoğan/Cömert'in de taşınmaz aynıyla ilgili uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğunu dile getirdikleri ifade edilmelidir¹⁰³.

Taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu görüşüne iştirak etmekteyim. Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın yine tarafların iradesine tabi bir işlem veya prosedür neticesinde sona erdirilmesine imkan sağlayan ve yukarıda zikredilen HMK m. 313/2, HUAK m. 1/2, HMK m. 408 ve MTK m. 1/4 hükümlerinin ortak noktası, bu uyuşmazlıkların konusunu “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemler” olarak belirlemesidir. Bunun yanında tahkime ilişkin HMK m. 408 ve MTK m. 1/4 hükümleri kadastro uyuşmazlıkları gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hallerin yanında taşınmaz devri veya taşınmaz taksimi gibi üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek uyuşmazlıkları, ezcümle taşınmazın aynıyla ilgili bütün uyuşmazlıkları bilinçli olarak tahkimin uygulama alanı dışında bırakmaktadır. Kanaatimce, arabuluculuğa elverişlilik konusu değerlendirilirken bu konudaki açık kanun hükmünü, başka bir söyleyişle tahkime ilişkin düzenlemelerin aksine taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıkları açıkça kapsam dışında bırakmayan HUAK m. 1/2’yi dikkate almak yeterli olmalıdır. Söz konusu hüküm halihazırda “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri” taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıklar dahil diğer bütün uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişsiz olarak kabul etmekte ve uygulama kapsamını belirlemektedir. Bunun dışında birbirlerinden tamamen farklı iki müesseseyi ve bunlara ilişkin kanun hükümlerini karşılaştırmak suretiyle, arabuluculuğa elverişliliğin kapsamının daraltılması sonucunu doğuracak bir yaklaşımın isabetli olmayacağı fikrindeyim.

Bu neticeye göre taşınmaz aynıyla ilgili bir uyuşmazlığın sulh anlaşması ile çözümlenmesi veya bir sulh sözleşmesinin taşınmaz aynı ile ilişkili bir düzenleme içermesi halinde, bu konuda yapılan yerine getirme talebinin uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmaması sebebiyle (Konvansiyon m. 5/2/b) reddedilmemesi gerektiği kanısındayım.

Diğer taraftan, Türk hukukunda taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde kural olarak resmi şekil uygulanır¹⁰⁴. Tapuda resmi şekilde yapılması gereken sözleşmelerin bir sulh sözleşmesine konu olması halinde bu sözleşmenin yerine getirme prosedürüne konu edilmesi mümkün değildir. Böyle bir başvurunun olması halinde, aleyhine

102 Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012) 118.

103 Budak and Karaaslan (n 77) 501; Ferhat Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018) 200; İlker Koçyiğit and Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019) 75 < adb.adalet.gov.tr > Erişim Tarihi 05.02.2022; Ersin Erdoğan and Büşra Cömert, ‘Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler’ (2018) 13 (138) Terazi Hukuk Dergisi 27, 38.

104 Mesela bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG 08.12.2001/24607) 706/1, 780/2, 795/2, 856/3; 2644 sayılı Tapu Kanunu (RG 29.12.1934/2892) m. 26; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG 04.02.2011/27836) m. 237/1-2, 288/2.

başvuru yapılan taraf, Konvansiyon m. 5/1/b/i uyarınca (sulh sözleşmesinin geçersiz ve hükümsüz olması) başvurunun reddini talep edebileceği gibi yetkili makam böyle bir başvuru olmasa dahi -söz konusu düzenlemelerin tarafları düşünmeye sevk etmek, onları acele davranışlarda bulunmaktan korumak, tapu işlemlerinde güvenilirlik, açıklık ve belirlilik sağlamak amacını barındırması sebebiyle¹⁰⁵- yapılan başvuruyu kamu düzeni sebebiyle reddedebilir (Konvansiyon m. 5/2/a).

İlaveten, sulh sözleşmesi taşınmaz satım vaadi veya alım-geri alım hakkı¹⁰⁶ gibi noterde yapılabilecek işlemleri içeriyorsa, bu tür sözleşmelerin icrası/yenilik doğuran hakkın kullanılması için mahkemeye başvurulması gerektiğinden, kanaatimce bu sözleşmenin de yetkili makam tarafından doğrudan yerine getirilmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak, Türk hukukunda yabancı bir makamın veya memurun kendi hukukuna göre senetlere resmiyet vermesi, senetlerin resmi senet sayılması için yeterli görülmektedir¹⁰⁷. Bu durumda yapılan sulh sözleşmesinin ilgili ülkedeki ilgili makam veya memur vasıtasıyla resmiyet kazanması ve HMK m. 224 uyarınca onay şerhi¹⁰⁸ taşıması halinde akdedilen sözleşme yerine getirilmesi için mahkemeye ibraz edilebilir.

3. Dava Şartı Bakımından Değerlendirme

TTK m. 5/A/1'de, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki ticari davalarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması özel bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu konuda arabuluculuk prosedürünün nasıl yürütüleceği HUAK m. 18/A'da hükme bağlanmıştır. Dava yoluna başvurmak isteyen taraf arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır (HUAK m. 18/A/2)¹⁰⁹.

Konvansiyon'un ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk faaliyetlerinin artması ve yaygınlaşmasına hizmet edeceği şüphesizdir. Bu sonuç ise, yabancı bir devlette yürütülen arabuluculuk faaliyetleri neticesinde kaleme alınan sulh anlaşmalarında anlaşmaya varılamayan konuların ayrıca tutanağa bağlanması veya anlaşılabilen konuların anlaşma metni içerisinde yer alması halinde, bu durumun arabuluculuğa

105 Ahmet Kılıçoğlu, 'Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötiye Kullanılması' (1981) 38 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209, 210.

106 Taşınmaz alım ve geri alım sözleşmelerini düzenlemek konusunda hangi makamın yetkili olduğuna ilişkin tartışmalar ve uygulamada noterde yapılan sözleşmelerin kabul gördüğü hakkında bkz. Pınar Güzel, 'Taşınmaz Üzerinde Geri Alım Hakkı' (2020) 11 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 242, 247.

107 Nomer and Şanlı (n 80) 210.

108 Onay şerhi ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından verilebileceği gibi Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi (RG 16.9.1984/18517) uyarınca bir *apostille* şerhi şeklinde de olabilir. Bunun yanında Türkiye'nin yapmış olduğu iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmaları ile bu zorunluluk kaldırmış olabilir. Bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, (n 32) 483 vd.

109 Dava şartı/zorunlu arabuluculuk müessesesi ve karşılaştırmalı hukuk açısından incelemesi için bkz. Seda Özümücü, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış' (2016) 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 807, 807 vd. < dergipark.org.tr > Erişim Tarihi 24.04.2022.

başvurma dava şartını gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir.

İlmi içtihatlarda yer alan bir görüşte TTK m. 5/A hükmünün lafzının sadece arabuluculuğa başvurulmuş olmasını dava şartı olarak düzenlediği, tarafların mutlaka Türkiye’de arabuluculuğa başvurmasına gerektiğine dair bir ibarenin olmadığı, bu sebeple tarafların yabancı bir ülkede arabuluculuğa başvurmasının mümkün olduğu, bu ihtimalde dava şartının yerine getirildiğinin kabulünün gerektiği, tarafların tekrar Türkiye’de arabuluculuğa başvurmaya zorlanması halinde ise bunun hak arama hürriyetine engel teşkil edeceği ifade edilmektedir¹¹⁰. Bir başka yazar ise -mealen-yabancı ülkede arabuluculuğa başvuru bakımından bir yasaklamanın bulunmadığını belirterek, kanun koyucunun son dönemde yabancı ülkelere alınan bazı kararlara iç hukuktaki sonuçları bakımından daha ılımlı yaklaşıma başladığı tespitinde bulunmaktadır¹¹¹.

Yukarıda yer verilen görüşlere olması gereken hukuk bakımından katılmaktayım. Fakat, HUAK m. 18/A ve m. 18/A/20’nin atfı ile kanunun diğer ilgili hükümlerinin (ve hatta Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’nin¹¹²) ayrıntılı düzenlemeleri dikkate alındığında konuya olumlu yaklaşmak mümkün görünmemektedir¹¹³. Öncelikle, HUAK m. 1/2’de yabancılık unsuru taşıyan ve taşımayan uyuşmazlıklar arasında bir ayırım yapılmadığı için TTK m. 5/A koşulunu sağlayarak Türk mahkemeleri nezdinde bir dava açılabilmesi için kanunun öngördüğü prosedüre uygun bir arabuluculuk faaliyeti yapılması gerektiği kanısındayım. Bu bağlamda dava şartının sağlanabilmesi için; süreci yürütecek arabulucunun Adalet Bakanlığı’na düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bir gerçek kişi olması (HUAK m. 2/1/a), bu kişinin temel ilke ve standartları Arabuluculuk Kurulu tarafından tespit edilmiş bir eğitimi tamamlamış ve Adalet Bakanlığı tarafından yapılan yazılı sınavda başarılı olması (HUAK m. 20/2/e) ve tüm arabuluculuk sürecinin kanunda yer alan diğer ilke, usul ve esaslar uyarınca yürütülmüş olması gerekir¹¹⁴.

Milletlerarası usul hukuku, bir devletin kendi milli hukuku içerisinde, kendi mahkemelerinin usul hukukuna ilişkin düzenlemelerini yapar ve medeni usul hukukunun bir parçasıdır¹¹⁵. Usul hukuku ve dolayısıyla yargılama faaliyetinin bir

110 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 560-561.

111 Selin Pürselim Arming, ‘Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Yabancılık Unsuru İçeren Uyuşmazlıklara Etkisi’ in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk* (Seçkin 2019) 79, 85. (Verilen örnekte Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 27/A’ya işaret edilerek kanun koyucunun belirli nitelikler taşıması halinde yabancı ülkeden alınan idari makam kararları dahil boşanma kararlarının tanınmasına gerek olmadığını belirtmektedir.)

112 RG 02.06.2018/30439.

113 Ticari davalarda dava şartı olarak arabuluculuğun değerlendirilmesi ile bu konudaki düzenlemeye hak arama hürriyeti ve usul ekonomisi yönünden getirilen eleştiriler için bkz. Ali Cem Budak, ‘Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’ (2019) 15 (42) Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 25, 25 vd.

114 Sibel Özel, ‘Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdenmesi’ (2020) 40 (2) Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan 867, 890-891.

115 Nomer and Şanlı (n 80) 358-359.

parçası olması sebebiyle de kamu hukuku sahasına dahil sayılır ve usule uygulanacak hukuk kendisine başvurulmuş mahkemenin hukuku, yani *lex fori*'ye göre tayin olunur¹¹⁶. Şu halde TTK m. 5/A/1 uyarınca öngörülen bir dava şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin de *lex fori*'ye göre tespit edileceği açıktır.

Diğer taraftan kazai içtihatlarda dava şartlarının, davanın esası hakkında yargılamanın devam edebilmesi için gerekli olan şartları ifade ettiği ve kamu düzeni ile ilgili olduğu sıklıkla vurgulanmaktadır¹¹⁷. Arabuluculuğa başvuru dava şartının ne şekilde yerine getirileceği, yani mahkemenin o davanın esasına girebilmesi için kamu düzeninden sayılan koşulun nasıl sağlanacağına HUAK ile özel olarak düzenlemeye tabi tutulduğu dikkate alındığında yabancı bir ülkede yapılan arabuluculuk faaliyetinin TTK m. 5/A anlamında dava şartını sağlamayacağı görüşündeyim. Ancak, olması gereken hukuk bakımından, yabancı anlaşma belgelerinin arabuluculuk dava şartını sağlamasına imkan verecek bir düzenleme yapılmasının da hak arama hürriyetine katkı sağlayacağı tekraren ifade edilmelidir.

IV. Sonuç

Yapılan çalışma neticesinde varılan aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

(i) Konvansiyon'a ilişkin resmi internet sitesinde "*Arabuluculuk Kanunu hükümleri kapsamında yapılmayan bir arabuluculuk neticesinde Türkiye'de akdedilen bir sulh anlaşması Konvansiyon hükümlerine tabi olabilir.*" şeklinde bir açıklama bulunmaktadır. Halbuki, HUAK uyarınca yürütülen arabuluculuk faaliyeti sonunda kaleme alınan sulh anlaşmalarının icra edilebilirlik şerhine konu olmaları veya ilam mahiyetini haiz belge olarak nitelendirilmeleri, bunların Konvansiyon'un uygulama alanı dışında olması sonucunu doğurmaz. Arabuluculuğun yaygın hale gelmesi ve efektif bir kullanıma sahip olmasını hedef tutan hukuk politikaları dikkate alınarak bu konudaki yanlış izlenimin ortadan kaldırılması için gerekli aksiyonların alınması gerekmektedir.

(ii) MÖHUK m. 1/2'nin milletlerarası sözleşme hükümlerini saklı tutması sebebiyle Konvansiyon'un yürürlük kazanması konusunda kanun değişikliği yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak, Konvansiyon m. 3/1, taraf devletlerin Konvansiyon kapsamındaki sulh anlaşmalarını kendi usul kuralları ve Konvansiyon'da yer alan şartlar uyarınca yerine getireceklerini hükmü bağlayarak yerine getirme prosedürünün belirlenmesini milli hukuklara havale etmiştir. Bu durumda Konvansiyon'un somut olaylar bakımından uygulanabilmesi için gerekli yan düzenlemelerin, mesela yerine getirme usulünün nasıl olacağı ve bu konuda yetkili makamın kim olacağı gibi, yapılmasında fayda olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda HUAK m. 18/2'de halihazırda öngörülmüş olan icra edilebilirlik şerhi prosedürünün bir benzerinin HUAK veya MÖHUK'a ilave edilmesi ve ardından yerine getirme usulünün İİK'nın ilamların icrası hakkındaki hükümlerine göre (İİK m. 24 vd.) yürütülmesi düşünülebilir.

116 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 32) 344.

117 Mesela bkz. Yargıtay HGK, 2695/587, 15.09.2020; Yargıtay HGK, 1824/1030, 13.03.2015; Yargıtay 10 HD, 4959/14101, 11.11.2021; Yargıtay 14 HD, 3296/1190, 23.02.2021; Yargıtay 22 HD, 6052/17053, 24.09.2019 < lexpera > Erişim Tarihi 24.04.2022.

(iii) Konvansiyon kapsamındaki sulh anlaşmalarının özellikleri dikkate alındığında, bu anlaşmalar Türk hukuku uyarınca adi yazılı şekle tabi mahkeme dışı sulh anlaşması olarak nitelendirilmelidir; ilaveten bu anlaşmalar, *lex fori* ilkesi uyarınca medeni usul ve icra-iflas hukukunda özellik arz eden bir sonuç doğurmamaktadır.

(iv) Konvansiyon kapsamındaki bir sulh anlaşmasının taşınmaz aynına ilişkin bir uyuşmazlığı çözümlenmesi veya bu konuda bir düzenleme içermesi halinde bu konuda yapılan yerine getirme talebinin yetkili makam tarafından uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmaması gerekçesiyle (Konvansiyon m. 5/2/b) değil kural olarak kamu düzenine aykırılık sebebiyle (Konvansiyon m. 5/2/a) reddi gerekir.

(v) Usule *lex fori*'nin uygulanması, Türk hukukunda arabuluculuk faaliyetinin kanunla düzenlenmiş bir prosedüre tabi tutulması ve dava şartlarının kazai içtihatlarda kamu düzeninden sayılması sebebiyle yabancı bir devlette yürütülen arabuluculuk faaliyeti neticesinde düzenlenen sulh anlaşmalarının, anlaşmama tutanağı olarak değerlendirilebilecek hususlar/ekler içermesi halinde, en azından yürürlükteki hukuk bakımından, dava şartı olarak arabuluculuk koşulunun sağlandığını söylemek mümkün değildir. Olması gereken hukuk bakımından, yabancı anlaşmama belgelerinin arabuluculuk dava şartını sağlamasına imkan verecek bir düzenleme yapılmasının ise hak arama hürriyetine katkı sağlayacağı fikrindeyim.

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

----- *Türk Hukuk Lûgati* (4th edn, Başbakanlık Basımevi 1998).

Abou El Faraq M S, 'The Enforcement of Settlement Agreements Resulting From Mediation - Qatari Perspective' (2017) 19 *Asian Business Lawyer* 49 < heinonline.org, Erişim Tarihi 06.02.2022 >.

Akalın Ş [ve başk.], *Türkçe Sözlük* (11th edn, Türk Dil Kurumu 2011).

Alangoya Y, *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (Fakülteler Matbaası 1973).

Apaydın E, 'Avukatlık Sözleşmesi' in Ali Cem Budak (ed.), *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 91.

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S and Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (7th edn, Yetkin 2021).

Atamer K, *Deniz Ticareti Hukuku I* (On İki Levha 2017).

Aydemir F, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (On İki Levha 2017).

Azaklı Arslan B, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018).

Belgesay M R, *İcra ve İflas Kanunu'nun Değişen Maddeler Şerhi* (Fakülteler Matbaası 1966).

Budak A C (ed.), *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021).

Budak A C, 'Res Judicata in Civil Proceedings in Common Law and Civilian Systems with Special Reference to Turkish and English Law' (1992) 11 (3) *Civil Justice Quarterly* 261.

- Budak A C, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk' (2019) 15 (42) Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 25.
- Budak A C and Karaaslan V, 'Avukatın Hak ve Yetkileri' in Ali Cem Budak (ed.), *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 31.
- Budak A C and Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (5th edn, Filiz Kitabevi 2021).
- Büyükkay F, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018).
- Chong S Y and Steffek F, 'Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention - Private International Law Issues in Perspective' (2019) (31) Singapore Academy of Law Journal, Special Issue 448 < ink.library.smu.edu.sg > Erişim Tarihi 27.01.2022.
- Chua E, 'Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path Towards Convergence' (2019) 15 (1) Asian International Arbitration Journal 1 < papers.ssrn.com > Erişim Tarihi 27.01.2022.
- Chua E, 'The Singapore Convention on Mediation - A Brighter Future for Asian Dispute Resolution' (2019) (1) Asian Journal of International Law 1 < papers.ssrn.com > Erişim Tarihi 27.01.2022.
- Çelikel A and Erdem B B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Seçkin 2010).
- Dür O, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri* (Adalet 2017).
- Ekşi N, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Singapur Konvansiyonu)' (2020) 9 (1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 27.
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (Beta 2013).
- Ekşi N, *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi* (2nd edn, Beta 2004).
- Ener M A, 'Singapur Konvansiyonu: Arabuluculuk Anlaşmalarının New York Konvansiyonu' (2019) 23 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227.
- Erkan M, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi* (On İki Levha 2020).
- Erdoğan E and Cömert B, 'Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler' (2018) 13 (138) Terazi Hukuk Dergisi 27.
- Erdoğan E, 'Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi' in *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Sempozyumu Ankara - 6-7 Aralık 2018* 189.
- Ertekin E and Karataş İ, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizî Tanınması* (Yetkin 1997).
- Fırat E, *Özel Kanunlarda Düzenlenen İlâm Niteliğinde Belgeler* (Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2015) < tez.yok.gov.tr > Erişim Tarihi 27.01.2022.
- Giray F K, '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 < dergipark.org.tr > Erişim Tarihi 23.04.2022.

- Giray F K, 'Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulamasında Karşılaşılabilecek Sorunlar', in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu (eds), *Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Bir Hale Gelir?* (Seçkin 2015) 117.
- Güzel P, 'Taşınmaz Üzerinde Geri Alım Hakkı' (2020) 11 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 242.
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010).
- İlhan H A, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (Adalet 2016).
- Karaaslan V, 'Avukatın Ödevleri' in Ali Cem Budak (ed.), *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 61.
- Karauz A K, *Sulh Sözleşmesi* (Adalet 2014).
- Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5th edn, Filiz 2020).
- Kılıçoğlu A, 'Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması' (1981) 38 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209.
- Koçyiğit İ and Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019) < adb.adalet.gov.tr > Erişim Tarihi 05.02.2022.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 6* (6th edn, Demir Demir 2001).
- Memiş A B, *Ticari Uyuşmazlıklar Arabuluculuk Usulü* (Seçkin 2019).
- Nomer E and Şanlı C, *Devletler Hususi Hukuku* (18th edn, Beta 2010).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (23rd edn, Beta 2021).
- Önen E, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1972).
- Özbek M S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Cilt 2* (4th edn, Yetkin 2016).
- Özbek M S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5th edn, Yetkin 2022).
- Özcan M N, *Osmanlıca Türkçe Sözlük* (8th edn, İnkilap Kitabevi 1997).
- Özekes M, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları' in Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Medeni Usul Hukuku, Cilt 3* (15th edn, On İki Levha 2017) 2801.
- Özel S, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı 1190.
- Özel S, 'Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi' (2020) 40 (2) Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan 867.
- Özkan I and Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usul Hukuku* (Adalet 2017).
- Özsumcu S, *Arabuluculuk Modelleri* (On İki Levha 2021).
- Özsumcu S, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış' (2016) 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 807 <dergipark.org.tr > Erişim Tarihi 24.04.2022.
- Özsumcu S, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha 2013).
- Özön M N, *Osmanlıca Türkçe Sözlük* (8th edn, İnkilap Kitabevi 1997).

- Özsunay E, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme' (2019) 93 (3) İstanbul Barosu Dergisi 31.
- Öztekin G, 'İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler' (2011) 9 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 37.
- Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M and Taş Korkmaz H (eds), *Medeni Usul Hukuku, Cilt 3* (15th edn, On İki Levha 2017).
- Pürselim H S, 'Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler' (2014) 20 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 3 < openaccess.marmara.edu.tr > Erişim Tarihi 23.04.2022.
- Pürselim Arning S, 'Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Yabancılık Unsuru İçeren Uyuşmazlıklara Etkisi' in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk* (Seçkin 2019) 79.
- Postacıoğlu İ E and Altay S, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (Vedat 2015).
- Postacıoğlu İ E, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6th edn, Sulhi Garan Matbaası 1975).
- Sarısözen M S, *Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma* (Yetkin 2011).
- Schnabel T, 'The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements' (2019) 19 (1) Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1 < papers.ssrn.com > Erişim Tarihi 27.01.2022.
- Sussman E, 'The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements' (2018) (3) ICC Dispute Resolution Bulletin 42 < sussmanadr.com > Erişim Tarihi 27.01.2022.
- Süral Efeçinar C and Yardım M E (eds), *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk* (Seçkin 2019).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Tanrıver S, *İslamî İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Yetkin 1996).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt 1* (4th edn, Yetkin 2021).
- Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012).
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2nd edn, Yetkin 2014).
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt 1-2* (7th edn, Yazarın Kendi Yayını 2000).
- Wojtowicz P and Gevaerd F, 'A New Global ADR Star is Born: The Singapore Convention on Mediation' (2019) 37 (9) Alternatives 141 < onlinelibrary.wiley.com > Erişim Tarihi 26.01.2022.
- Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 4* (4th edn, Yetkin 2021).
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (9th edn, Yetkin 2005).
- Zhao Y, 'The Singapore Mediation Convention: A Version of the New York Convention for Mediation?' (2021) 17 (3) Journal of Private International Law 538 < tandfonline.com > Erişim Tarihi 27.01.2022.

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Sınır Dışı Kararlarının Yargısal Denetiminde İspat Sorunları

Issues of Proof in Judicial Review of Expulsion Decisions

Melikşah Yasin* 

Öz

Yasadışı göç problemi, ülkemizde en yoğun tartışılan hukuki meselelerden biri haline gelmiştir. Bu meselenin sonuçlarından biri, yasadışı şekilde ülkeye giriş yapanların “sınır dışı” edilmesidir. Şüphesiz ki, “sınır dışı kararı” sadece yasadışı şekilde ülkeye giriş yapanlar bakımından değil, hukuka uygun olarak ülkeye giriş yapanlar bakımından da söz konusu olabilmektedir. Bir tarafı insan hakları diğer tarafı ise kamu düzeni gibi ihmal ve göz ardı edilmesi mümkün olmayan iki hukuki temele dayanan yasadışı göç olgusuyla, bu iki temel de muhafaza ederek mücadeleyi mümkün kılacak bir yaklaşım, bunlardan birini üstün tutmak şeklindeki bir tercihten çok daha adil olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Bu çalışmada ilk olarak sınır dışı kararlarının niteliği idare hukuku bakımından değerlendirilecektir. Bu kapsamda sınır dışı kararlarının tedbir mi yaptırım mı olduğu sorusuna cevap verilecek ve geçmişte yapılan hükümet tasarrufu değerlendirmesinin günümüzde reddedildiği ifade edilecektir. İkinci olarak sınır dışı kararlarının yargısal denetimindeki en önemli ispat zorlukları olan; ilgililere isnat edilen fiilleri ispat edecek delilleri elde etme güçlüğü ve karara dayanak alınan bilgilerin delil niteliği ve ispat gücü idari mahkemelerin ve Anayasa Mahkemesinin kararları uyarınca değerlendirilecektir.

Daha sonra, sınır dışı kararlarının denetiminde önemli bir delil niteliği taşıyan ceza soruşturma ve kovuşturmalarının idari davalardaki etkisi incelenecektir. Son olarak ise sınır dışı kararlarının yargısal denetiminde uygulanabilecek ispat standartları değerlendirilerek kanaatimizce mahkemelerce uygulanması gereken ispat standardı belirtilecektir.

Anahtar Kelimeler

İdari Yargılama Hukuku, İspat Standardı, Sınır Dışı Kararları, Makul Şüphe Standardı, Makul Şüphenin Ötesinde Standardı

Abstract

The problem of illegal immigration has become one of the most intensely debated legal issues in Turkey. One of the consequences of this issue involves the expulsion of those who've entered the country illegally. Undoubtedly, expulsion decisions may be an issue not only for those who've enter the country illegally, but also for those who've entered the country legally. The phenomenon of illegal migration has two legal bases: human rights on one side and public order on the other, which cannot be neglected or ignored. An approach to dealing with this phenomenon that preserves both bases would undoubtedly be much fairer than a preference for one over the other. Secondly, the most important difficulties of proof in the judicial review of expulsion decisions, namely the difficulty of obtaining evidence to prove the acts alleged against the persons concerned and the evidentiary quality and strength of proof of the information on which the decision is based, will be evaluated in accordance with the decisions of administrative courts and the Constitutional Court. This study will first evaluate the nature of expulsion decisions in terms of administrative law. In this context, the study will answer the question of whether expulsion decisions are administrative measures or administrative sanctions. It will then indicate how the previous assumption of expulsion decisions being governmental acts is now rejected. Next, the study will analyze administrative proceedings with regard to the impact of the criminal investigations and prosecutions

* **Sorumlu Yazar:** Melikşah Yasin (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: melikshah.yasin@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-6887-5434

Atf: Yasin M, “Sınır Dışı Kararlarının Yargısal Denetiminde İspat Sorunları” (2022) 42(2) PPIL 561.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1161112>

that constitute important evidence in the review of expulsion decisions. Lastly, the study will evaluate the standards of proof that may be applied in the judicial review of expulsion decisions and will state the standard of proof that this study believes courts should apply.

Keywords

Administrative Justice Law, Standard of Proof, Expulsion Decisions, Reasonable Doubt, Beyond Reasonable Doubt

Extended Summary

The phenomenon of illegal immigration has been intensively encountered and discussed in Turkey in recent years, and one of its legal consequences involves the expulsion of those who've illegally entered the country. Expulsion decisions can undoubtedly be awarded not only for those who've entered the country illegally but also for those who've entered the country in accordance with the law. In administrative decisions regarding the expulsion of foreigners who've entered the country unlawfully or who've entered the country lawfully but whose expulsion is deemed appropriate for different legal reasons, multiple legal principles may sometimes come into conflict with one another, or different legal interests may conflict, such as protecting fundamental rights and protecting public order. The administration's preference in this conflict or confrontation may occur as the deciding factor in which decision to make, but this may not always lead to fair and equitable results. If the use of preference or preponderance in favor of one legal interest or legal principle would result in unacceptable or intolerable consequences for the other, then methods and approaches that would cause less harm to the neglected one should be used instead of choosing just one option. The social, political, and economic aspects of expulsion decisions should also be stated to not suppress the legality of their assessment in a judicial review.

The phenomenon of illegal migration has two legal bases: human rights on one side and public order on the other, neither of which can be neglected or ignored. An approach to dealing with this phenomenon that preserves both bases would undoubtedly be much fairer than a preference for one over the other.

This study will first evaluate the nature of expulsion decisions in terms of administrative law. This assessment will answer the question of whether expulsion decisions are administrative measures or administrative sanctions. The study will then indicate how the previous assumption that expulsion decisions are governmental acts has now been rejected. Secondly, the study will examine the evidentiary nature of confidential information and documents as well as intelligence documents. In this context, Article 20 from the Procedures of Administrative Justice Act will be examined. This section will present the administrative courts' interpretations regarding Article 20 and subsequently compare the rights-based perspective of the Constitutional Court with that of the administrative courts.

Thirdly, the study will analyze the impact criminal investigations and prosecutions, which constitute important evidence in the review of expulsion orders, have on administrative proceedings. This is because the administrative courts that review expulsion decisions take into account whether any ongoing criminal investigation or prosecution is found for the person against whom a decision has been issued. Furthermore, three questions are answered under this section: Does the fact that a criminal investigation has been initiated against a person on its own sufficient for an expulsion decision, is the initiation of a criminal case sufficient or does it require a conviction, and do all convictions require expulsion? This study concludes that a distinction should be made in terms of the degree of the offense committed, even if a conviction has been obtained against the person for whom an expulsion decision has been issued.

Fourthly, the study will assess the standard of proof courts apply in the judicial review of expulsion decisions. The concept of standard of proof refers to the minimum level of proof that a court must meet before reaching a conclusion in a particular case. In administrative procedural law, different standards of proof can be said to be applied for different types of disputes. Beyond a reasonable doubt as a strong standard of proof should be noted to be sought especially for administrative sanctions. The Constitutional Court has recognized in its decisions that, as a rule, different standards of proof may be required for different disputes, and applying different standards of proof in disputes involving different legal disciplines such as criminal law, tax law, compensation law, and administrative law may be possible. An expulsion decision against a foreigner does not require as high a standard of proof as in criminal law. When evaluating the characteristics of the case and the evidence, reasonable suspicion may be considered sufficient for expulsion decisions. Although the standard of proof of beyond a reasonable doubt, which is the standard of proof in criminal law, is required for administrative sanctions, a lower standard of proof should be considered sufficient in expulsion decisions by considering the threat it poses to national security and public order.

However, adopting a lower standard of proof does not mean that these decisions will be unjustified. Nor does a lower standard of proof imply a trial without evidence. The reasonable standard of doubt this study proposes means that the information available for judicial review of a decision should lead to the strong opinion that an expulsion decision should be made. In other words, it requires the presence of evidence of sufficient quality to form such a judgment.

Sınır Dışı Kararlarının Yargısal Denetiminde İspat Sorunları

Giriş

Türkiye’de son yıllarda yoğun olarak karşılaşılan ve tartışılan yasadışı göç olgusunun hukuki sonuçlarından biri de yasadışı şekilde ülkeye giriş yapanların “sınır dışı” edilmesidir¹. Şüphesiz ki, “*yabancıların bu konudaki istençlerine bakılmaksızın ülke dışına çıkarılması*”² olarak tanımlanan “sınır dışı kararı” sadece yasadışı şekilde ülkeye giriş yapanlar bakımından değil, hukuka uygun olarak ülkeye giriş yapanlar bakımından da söz konusu olabilmektedir. İdarenin; hukuka aykırı şekilde ülkeye giriş yapan veya hukuka uygun şekilde ülkeye girmekle beraber farklı hukuki gerekçelerle sınır dışı edilmesi uygun görülen yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin kararlarında; zaman zaman birden çok hukuk ilkesi karşı karşıya gelebilmekte veya temel hakların korunması ile kamu düzeninin korunması gibi farklı hukuki menfaatler çatışabilmektedir. Bu çatışma veya karşı karşıya kalma durumunda, idarenin tercihi, bunlardan birini üstün tutarak karar verme şeklinde tezahür etmekle birlikte, bu tutum her zaman adil ve hakkaniyetli sonuçlara yol açmayabilir. Tercih veya üstünlük hangi “hukuki menfaat” veya “hukuk ilkesi” lehine kullanılırsa diğeri bakımından kabul edilemez veya tahammül edilemez sonuçlar ortaya çıkacak ise bu durumda, seçeneklerden birini tercih etmekten çok, ihmal edilenin daha az zarar vereceği yöntemlere ve yaklaşımlara ihtiyaç bulunmaktadır. “Sosyal, siyasi ve ekonomik yönlerinin” de bulunduğu kabul edilen³ sınır dışı işlemlerinin, bu özelliğinin, işlemlerin yargısal denetiminde hukukiliğini baskılamaması gerektiği de ifade edilmelidir.

Bir tarafı insan hakları⁴ diğer tarafı ise kamu düzeni⁵ gibi ihmali ve göz ardı edilmesi mümkün olmayan iki hukuki temele dayanan yasadışı göç olgusuyla, bu iki temeli de

- 1 DURAN; yasal olmayan yollarla yurda giriş yapanların geri çevrilmesinin bir kimseyi sınır dışı etmek olmadığını, kabul etmektedir. Ancak bugün yasal düzenleme (6458 Sayılı Kanun madde 54) ve genel kabulün yasadışı yollarla ülkeye girenlerin yurt dışına çıkarılmasını da sınır dışı kararına konu olduğu yönündedir. Lütfi Duran, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi’ (1980) 2(1) İnsan Hakları Yıllığı 3-33.
- 2 Rona Aybay, ‘Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme’ (2003) 2(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141, 142.
- 3 Esat Caner Yılmazoğlu, ‘Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi’ (2015) (5) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 905, 912.
- 4 Konun insan hakları boyutuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Nuray Ekşi, ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu’ (2009) 29(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 119-140; Ergin Ergül, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi Açısından Yabancıların Sınırdışı Edilmesi’ (2015) (138) Danıştay Dergisi 9 vd; K. Sedat Sirmen, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar’ (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi 29 vd; Makbule Koçak, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi’ (2011) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi); Ceren Kaya, ‘Anayasa Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Mülteci ve Sığınmacıların Sınırdışı Edilmesi’, (2021) 6(1) Middle East Journal Of Refugee Studies 39, 39-45.

Bu çalışmada kullanılan yargı kararlarının teminindeki desteği için Arş. Gör Rıdvan AKIN’a teşekkür ederim. Sınır dışı kararlarına ilişkin yargısal denetim tek dereceli olup, ilk derece mahkemesi kararları da yayınlanmadığından, bu çalışmada, konuya ilişkin yargısal bakış ancak ulaşılabilen kararlar ölçüsünde yapılabilmektedir.

- 5 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 54.maddesinde; “sınır dışı etme kararı alınacaklar” belirlenmiştir. Söz konusu Maddenin (d) bendinde “kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı” kavramları birlikte kullanılmış olmakla birlikte, idare hukuku terminolojisi bakımından; “genel güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik” zaten; kamu düzeni kavramının unsurlarını oluşturduğundan ayrıca belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Ayrıca, aynı maddede ifade edilen, “geçimini meşru olmayan yollardan sağlamak” gibi davranışlar da ayrıca kamu düzenine aykırı davranışlardır. Bu nedenle bu metinde “kamu düzeni” kavramı bunları da kapsayacak şekilde idare hukukundaki anlamında kullanılmıştır.

muhafaza ederek mücadeleyi mümkün kılacak bir yaklaşımın, bunlardan birini üstün tutmak şeklindeki bir tercihten çok daha adil olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Bu çalışmada; sınır dışı kararlarının iptali istemiyle açılan davalarda karşılaşılan ispat sorunları, bu yaklaşım çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1. SINIR DIŞI KARARININ NİTELİĞİ

Sınır dışı etme kavramı; en kısa tanımıyla, bir devletin, ülkesinde bulunan bir yabancıyı kendi hukukuna ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine uygun şekilde ülke dışına çıkarmaya ilişkin hukuki tasarrufu olarak tanımlanabilir.⁶ Sınır dışı kararlarının “*milletlerarası örf ve adet hukukunda ülkeye giriş, oturma ve çıkış konularında devletlerin münhasır yetkili oldukları ve yetkinin devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenliğinin doğal bir sonucu olduğu*” kabul edilmekte, uluslararası ve ulusal insan hakları çalışmalarında devletlerin bu münhasır yetkisini sınırlandırmaya yönelik çaba sarf edildiği ifade edilmektedir⁷. Ayrıca, sınır dışı kararlarının; yabancıların “geri çevrilmesi”, “suçluların iadesi” gibi kavramlardan farkına da dikkat çekilmektedir⁸.

Bir yabancıнын; sınır dışı edilmesine ilişkin karar, öncelikle bir idari işlemdir ve diğer idari işlemler gibi, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından hukuka uygun şekilde alınması gerektiği açıktır. Ayrıca bu idari işlem; idarenin kolluk faaliyeti kapsamında tesis ettiği bir idari yaptırım⁹ olarak nitelendirilebileceği kuşkusuz olmakla birlikte, kimi zaman bu kararın bir idari tedbir mahiyetinde olduğu da göz arzi edilemez. Zira; yasadışı şekilde sınır ihlalinde bulunarak ülkeye giriş yapanların sınır dışı edilmesi kararlarının “idari yaptırım” niteliği ağır basmakta iken, ülkeye yasal yollarla girmiş olsalar dahi, kamu düzeni bakımından ülkede bulunmasında sakınca bulunanların *-henüz kamu düzeninin bozucu bir davranışları olmasa da-* sınır dışı edilmesi bir idari tedbirdir. Bu nitelermeye önem atfetmemizın sebebi; her iki karar bakımından uygulanacak ispat standardının farklı olması gerektiğine ilişkin kanaatimizdir. Zira idari yaptırımlar bakımından daha yüksek bir ispat standardı aranırken, idari tedbirler bakımından aynı ölçüde bir ispat standardına gerek bulunmamaktadır.

Sınırı dışı kararlarının “hükümet tasarrufu” olduğuna¹⁰ ilişkin tartışmaların ise günümüz Anayasa ve İdare Hukuku düzenleme ve ilkeleri bakımından bir geçerliliğinin bulunmadığını ifade etmek gerekir¹¹.

6 Doktrindeki farklı tanımlar için bkz Nedime Tuğçe Yiğit, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmeleri’, (2018) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 8.

7 Haluk Kabaalioğlu ve Nuray Ekşi, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi’ (2004) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 503, 503.

8 Duran (n 1) 4.

9 Duran (n 1) 15, Kabaalioğlu ve Ekşi (n 7) 503.

10 Hatta sınır dışı kararlarının hükümet tasarruflarının yegane örneği olduğu da ileri sürülmüştür. İsmet Giritli, *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1958) 117.

11 Bu konuda bkz Duran (n 1) 17 ff.

2. İSPAT ZORLUKLARI: Gizli Bilgi ve Belgeler ile İstihbari Bilgilerin Delil Niteliği

Sınır dışı kararlarının yargısal denetimindeki en önemli ispat zorluğu; ilgililere isnat edilen fiilleri ispat edecek delilleri elde etme güçlüğü, karara dayanak olarak alınan bilgilerin delil niteliği ve ispat gücüdür.

Bir yabancı; kamu düzeni bakımından tehdit oluşturduğuna ilişkin somut bilgi veya belge bulunması durumunda elbette ki bu deliller yargı makamları tarafından değerlendirilerek kararın hukuka uygunluğu denetlenecektir. 6458 Sayılı Kanun'un 54. maddesinde ifade edilen "sınır dışı gerekçelerinin" bir kısmının ispatı nispeten kolaydır. Örneğin; giriş yasağı olduğu halde ülkeye giriş yapanların bu davranışları, idarenin kayıtlarından kolayca tespit edilebilir. Benzer şekilde, Türkiye'de suç örgütü kuran veya mensubu olan, çeşitli suçlara karıştığı tespit edilen yabancılar hakkında verilen mahkûmiyet kararları veya toplumda infial oluşturan bazı hukuka aykırı davranışları tespit edilen yabancıların, kamu düzenini bozduklarına ilişkin "somut deliller" olduğu söylenebilecektir.

Ancak, özellikle terör örgütü üyeliği, irtibatı, iltisakı veya benzer yasadışı faaliyetler gibi sadece kendilerine özgü usullerle yürütülen istihbarat faaliyetleri ile tespit edilebilen fiillere ilişkin olarak kişiler hakkında verilen sınır dışı kararlarında, sadece bu istihbari veya gizli nitelikli bilgi ve belgelerin yeterli delil olup olmayacağı meselesi üzerinde durmak gerekir.

Gizli bilgi ve belgelerin delil niteliğine ilişkin olarak öncelikle İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 20/3.maddeyi hatırlamak gerekir. Söz konusu hükme göre;

"(Ancak) istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez."

Bu hüküm ile gizlilik niteliği olan bilgi ve belgelerin zaten mahkemelere gönderilmemesine imkân sağlanmıştır. Bu madde kapsamı dışında; kimi zaman "gizlilik kaydı" olan bilgi ve belgeler de mahkemeye sunulmaktadır. Bu bilgi ve belgelerdeki gizlilik kaydına rağmen mahkemeye sunulmaları nedeniyle maddede belirtilen muafiyetten yararlanamazlar. Mahkeme tarafından bu bilgi ve belgelere göre karar verilecek ise adil yargılanma hakkı bir gereği olarak silahların eşitliğini sağlayabilmek bakımından bunların taraflara tebliğ edilmesi gerekir¹².

12 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve yargı kararları konusunda bkz Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015), 24-32.

İstihbari bilgiler¹³ ise, nitelikleri gereği “gizli olan” kimi zaman subjektif değerlendirmelerin de karışabildiği kendine özgü yöntemlerle¹⁴ elde edilen bilgilerdir.

Bu bilgilerin tek başına bir hukuki olgunun ispatı bakımından yeterli sayılmaları çok ciddi sakıncalar doğurabilir. Ancak; terör bağlantıları gibi bazı fiillerin istihbari bilgiler haricinde tespiti de çoğu zaman son derece güçtür. Elbette ki, bu istihbari bilgiler elde edildikten sonra yasal usullerle bu bilgilerin teyidini sağlayacak somut delillerin elde edilmesi de mümkün olabilir. Buna karşılık bazen bu durum uzun bir süreç ve hukuki prosedür gerektirdiğinden, bu süreci beklemek, kamu düzeni bakımından tehdit olgusunu gerçekleştirmesine yol açabilir.

Yargı kararlarına bakıldığında ise, istihbari bilgilerin yargılama usulündeki delil niteliği bakımından ilginç yaklaşımların olduğunu söyleyebiliriz;

Sadece istihbari bilgilerin yeterli delil olarak kabul görmediği¹⁵,

İstihbari bilgilerin delil olarak kabul edildiği¹⁶,

- 13 İstihbari bilgilerin delil niteliği; ceza hukukunun da tartışılmaktadır. İstihbari bilgilerin delil niteliğine ilişkin olarak; konu hakkındaki yasal düzenlemelerden de hareketle; “MIT’in raporları yargılama delil olarak kullanılamaz. 2937 sayılı Kanunun 4. ve 6. maddeleri ile ek 1. maddesine baktığımızda, casusluk suçları ve Devlet sırlarına karşı suçlarla ilgili olanlarda MIT’in hazırladığı istihbarat raporları kullanılabilir, ancak bunların içeriklerinin de somut delillerle desteklenmesi lazım, yani sadece duyumlara dayalı veya saha araştırmalarından hazırlanan raporlar iz veya emare olabilirler, fakat bu raporların casusluk suçları ile Devlet sırlarına karşı işlenen suçlarda somut delillerle desteklenmesi şarttır. Bunun dışında: Milli istihbarat Teşkilatı ancak bir meseleyi araştırırken önüne çıkan veya tesadüf ettiği delili ilgili kurumlara, bu kapsamda kolluk kuvveti ile paylaşabilir, ancak MIT’in delil toplama yetkisi yoktur. MIT’in, polis ve jandarmanın telefon dinlemelerinden veya izlemelerden elde ettiklerinin de delil değeri yoktur ve bu veriler delil olarak kullanılamaz. MIT bakımından bunun istisnası casusluk suçları ile Devlet sırlarına karşı suçlar olup, bu husus 2937 sayılı Kanunun ek 1. maddesinde yer almaktadır. MIT’in işi adli kolluk vazifesi görmek ve delil toplamak değildir, sadece bir olayda karşılaştığı delil varsa bunu ilgili yerlerle paylaşabilir ve bunlar, maddi hakikate ulaşılmasına katkı sağlamları kaydıyla delil olarak kullanılabilir. Bunun dışında MIT sadece istihbarat toplar, idari veya adli kolluk vazifesi ise bulunmamaktadır.” Değerlendirmesi yapılmıştır. Ersan Şen, ‘İstihbarat Raporlarının Delil Değeri’ <<https://www.hukukihaber.net/istihbarat-raporlarının-delil-değeri-makale,7196.html>> Erişim tarihi 01 Ağustos 2022. Bu konuda ayrıca bkz Çetin Arslan, ‘İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı (2011) 3(22) 10-14.

- 14 Bu yöntemler konusunda açıklamalar için bkz Ozan Kavırcı ve Mehmet Demirbaş, ‘İstihbarat Faaliyetlerinin Devlet Güvenliği Açısından İncelenmesi’ (2020) 2(1) Anadolu Strateji Dergisi 49, 52.

- 15 Rusya Federasyonu vatanında olan davacı yasal olarak 23.12.2013 tarihinde Türkiye’ye giriş yapmış, sonrasında istihbarat birimlerinden elde edilen bilgiler uyarınca davacı hakkında 27.02.2014 tarihinde Türkiye’ye giriş yasağı kararı alınmıştır. Bu yasağın kaldırılması talebiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine açılan davada;

“Uyuşmazlıkta; davacı hakkında yurda giriş yasağı kararı alınmasına dayanak olarak gösterilen Emniyet Genel Müdürlüğünün 28.1.2014 tarih ve 42224 sayılı yazısı incelendiğinde, söz konusu yazı ekinde uluslararası terörist faaliyetlerinin tespit ve deşifresi amacıyla sürdürülen çalışmalar kapsamında ülkemiz çatışma bölgelerine geçişlerde güzergah olarak kullanan yabancı uyruklu şahısların listesine yer verildiği, söz konusu listede davacının isminin de yer aldığı görülmekle birlikte; davacıya isnat edilen eyleme yönelik olarak somut herhangi bir bilgi ve belgenin dosyaya sunulmadığı, yine davacı hakkında kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı olduğu hususuna ilişkin olarak da herhangi bir bilgi ve belge olmadığı, davacıya yönelik ceza soruşturması veya kovuşturması olduğuna ilişkin de dava dosyası içerisinde herhangi bir bilgi veya belgenin yer almadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; davacının yurda girişinin yasaklanması yolunda tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uyumluluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Danıştay 10 D, 3770/2312, 17.5.2021.

- 16 “Somut olayda; davacı hakkında tesis edilen G-87 tahdit koduna ilişkin işlemin Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı’nın 09.07.2019 tarih ve 0701018 sayılı yazısına istinaden tesis edildiği, davalı idare tarafından Mahkememize sunulan savunma içeriğinde, söz konusu yazı ile davacının çatışma bölgeleriyle bağlantılı faaliyet gösterdiğine ilişkin bilgi intikal ettiğinin belirtildiği, tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak terörist faaliyetlere iştiraklerin önlenmesi, çatışma bölgelerine seyahatlerin engellenmesi ve ülke güvenliğinin korunması bağlamında, davacı hakkında devlet güvenlik birimlerinin raporları dikkate alınmak suretiyle hükümlanlık yetkisi dahilinde tesis olduğuna ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Davanın Ç-114 tahdit kodunun iptaline yönelik kısmi yöntünden; Olayda, davacı hakkında Kıbrıkkale Cumhuriyet Başsavcılığı’nca 2019/6558 soruşturma numarası ile DAES silahlı terör örgütüne üye olma suçundan soruşturma başlatıldığı, bu sebeple 08.07.2019 tarihinden itibaren 1 yıl süreyle Ç-114 (hakkında adli işlem yapılan yabancı) tahdit kodu veri girişi yapıldığı, sürenin bitimi nedeniyle bahsi geçen tahdit kodunun pasif duruma düştüğü, davacı hakkında adli soruşturma başlatılması sebebiyle söz konusu tahdit kodunun tesis edildiği görülmekle, Ç-114 tahdit kodu konulmasına ilişkin işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Ankara 1 İdare Mahkemesi, 1188/183, 28/01/2022.

İstihbari bilgilerin olmamasının davacı lehine değerlendirildiği¹⁷,

İstihbari bilgilerin aksi yönündeki delillerden, daha doğrusu olgulardan hareketle, ilgiliye isnat edilen “kamu düzenini tehdit” iddiasının kabul görmediği,¹⁸

Kararlar olduğu gibi, mahkemenin ilgili idareden davacı hakkında istihbarat bilgisi olup olmadığını sorduğu karar örneği de bulunmaktadır¹⁹.

Daha da ilginç; idarenin mahkemeye gönderdiği istihbarat bilgisinin adli ve idari işleme dayanak oluşturmayacağına ilişkin yazısı nedeniyle bu bilginin delil olarak

17 “Olayda; davacı hakkında süregelen bir “G-87” genel güvenlik tahdit kodunun (giriş,yasağının) bulunmadığı, ayrıca davacının sabıkasının, gbt kaydının, faili meçhul olay yeri parmak izi APFİS kaydının da bulunmadığı, olay günü yapılan aramada adreste ve üzerinde suç unsuruna rastlanılmadığı, bulunan 44.000,00 Doların ise bir suçla ilgili olduğu yönünde herhangi bir tespit bulunmadığı, davacının uzun süredir Türkiye’de ikamet ettiği, ailesinin büyük bir bölümünün Türkiye’de yaşadığı, eşi ve çocuklarının geçerli ikamet izni bulunduğu, eşi ve 4 çocuğu ile birlikte ikamet ettiği, çocuklarının devlet okullarında okuduğu, davacı hakkında verilen 10.07.2014 tarihli sınır dışı kararının İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 2014/2144 E. 2014/2544 K. sayılı kararıyla iptal edildiği, davacının Türkiye’de bulunduğu süre zarfında kamu güvenliği açısından tehdit oluşturabilecek bir davranışının olmadığı ve buna ilişkin bir fiilinin de gösterilemediği, hakkında başkaca yürütülen herhangi bir adli soruşturmada bulunmadığı, **arama kararına dayanak olan bir istihbaratın bulunmadığı**, davacının terör örgütü ile bağlantılı olabileceğine ilişkin bilgi ve delilin sunulmadığının görüldüğü, davacının kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğuna yönelik yapılan değerlendirmelerde bu yöndeki eyleminin sabit olmadığı anlaşıldığından, davacının 6458 sayılı kanununun 54/1-d bendi uyarınca sınır dışı edilmesine ilişkin dava konusu işlemden hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 2299/300, 31.1.2020.

18 “Uyuşmazlık konusu olayda; davacı hakkında her ne kadar G-87 (Genel güvenlik) kodlu tahdit kaydı bulunsa da, G-87 kodlu tahdit kaydının içeriğinin ve dayanıklarının araştırılmasına yönelik Mahkememizce yapılan ara kararlarımıza verilen cevaplardan, söz konusu tahdit kayıtlarının konulmasına neden olan istihbarat kaynağının Özbekistan güvenlik makamları olduğu ve buradan intikal eden istihbari veriler çerçevesince tahdit kayıtlarının konulduğunun anlaşıldığı, G-87 kodlu tahdit kaydının M-26 kodlu Özbekistan makamları tarafından işlenen İnterpol arama kaydına dayandığı, bu “M” kodunun “Mavi bülten” araması olduğu ve İnterpol-Europol Dairesi tarafından sadece yer ve kimlik tespiti amacıyla konulduğu, yakalamaya, giriş-çıkışı engellemeye veya seyahat hürriyetinden yoksun bırakmaya yönelik konulmuş bir kod olmadığı, bununla birlikte; M-26 ve G-87 kodlu tahdit kayıtları ile tedbir amaçlı konulan Ç-114 kodlu tahdit kaydı haricinde davacının kamu güvenliği ve kamu düzeni açısından tehdit oluşturduğu veya terör örgütleriyle irtibatlı olduğu yönünde herhangi bir somut bilgi veya belgenin bulunmadığı gibi bu hususta davacıya somut bir fiil de isnat edilmediği, hakkında herhangi bir soruşturmanın veya arama kararının bulunmadığı, adli sicil kaydının temiz olduğu, 2011 yılında Türkiye’ye geldiği ve bu tarihten itibaren eşi ve sekiz çocuğuyla birlikte insani ikamet izni ve kısa dönem ikamet izni alarak Türkiye’de yaşadığı, gerekli tüm yasal prosüderleri yerine getirdiği, burada bulunduğu süre boyunca kamu düzeni ve güvenliği açısından tehdit oluşturabileceğini gösterir bir eyleminin veya davranışının tespit edilemediği, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; davacının kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu yönündeki değerlendirmelerin somut olarak ortaya konulmadığını anlaşıldığı, öte yandan; davacının, ülkesinde dini ve siyasi nedenlerle özellikle Müslümanlara karşı baskı politikası uygulandığı, arkadaşlarının dini inançları nedeniyle tutuklandığı, kendisinin de işkence ve kötü muameleyle maruz kalma tehlikesinin olduğu yönündeki “geri gönderilemezlik” iddiaları karşısında, 6458 sayılı Kanun’un 55. maddesi uyarınca davacının sınır dışı edilemeyecek yabancılar kapsamına girip girmediği araştırılmaksızın ve davacı hakkında nesnel ve özne olarak menşe ülke değerlendirmesi yapılmaksızın eksik araştırma sonucu hakkında sınır dışı kararı verildiği de dikkate alındığında; davacının 6458 sayılı Kanun’un 54/1-(d) maddesi uyarınca sınır dışı edilmesine ilişkin dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 662/1777, 25.10.2018.

19 “Uyuşmazlıkta; Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığının 03.23.2020 tarih ve 865973 sayılı yazısına istinaden Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne davacı hakkında G-87 (genel Güvenlik) tahdit kodu konulduğu anlaşıldığından, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığından ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğünden 26.11.2020 tarih ve 0846633 sayılı yazının bir örneği ile birlikte davacıya ilişkin istihbari bilgilerin bir örneğinin gönderilmesinin istenildiği, buna karşın gerek istihbari gerek somut herhangi bir bilgi ve belge gönderilmediği gibi davalı idarece de davacının kamu düzeni veya kamu güvenliği bakımından bir tehdit oluşturduğuna dair herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığı görülmektedir.

Bu durumda; davacının kamu düzeni veya kamu güvenliği tehdit ettiğine dair herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığı anlaşıldığından, sınır dışı edilmesi yolunda tesis edilen işlemden hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.” Antalya 1 İdare Mahkemesi, 773/101, 27.01.2022.

değerlendirilmediği mahkeme kararı da vardır²⁰.

Bu karar örnekleri; istihbari bilgilerin delil niteliği konusunda yeknesak bir idari yargı pratiği olmadığını da göstermektedir²¹.

İstihbari bilgilerin bu davalar bakımından değerlendirilmesinde şu hususların dikkate alınması gerektiği kanaatindeyim:

- Kural olarak, istihbari bilgilerin hem niteliği hem de elde ediliş yöntemleri nedeniyle, bir hukuki işlem ve mahkeme kararı bakımından kesin delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak, başka bir yöntemle delillendirilmesi mümkün olmayan, bilhassa terör faaliyetleri gibi bazı durumlarda; istihbari bilgilerin göz ardı edilmesi kamu güvenliği bakımından son derece önemli sakıncalara yol açabilir.
- Ancak, bu istihbari bilgilerin, muhtemel sakıncalarını bir ölçüde de olsa giderebilmek bakımından; söz konusu bilgi ve belgelere dayalı isnatlara ilişkin ilgilinin savunması mutlaka alınmalı, aksi yönde delilleri varsa sunmasına imkân tanınmalıdır. Zira kimi zaman basit bir isim benzerliği dahi hukuka aykırı kararlara neden olabilmektedir²².
- Diğer yandan, istihbari bilgilerin kaynağı, niteliği, ikna düzeyi gibi hususlara ilişkin yargı mercilerince değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin; kendi ülkesinden muhalif olması nedeniyle çıkmış bir yabancı hakkında kendi ülkesinin istihbarat birimlerinin raporlarına şüpheyle yaklaşılmalıdır. Aynı şekilde, istihbarat raporlarında bilgilerin mahiyeti, bu bilgiler kapsamında yapılan değerlendirmelerin objektifliği, bilgilerin yeterliliği gibi hususlar da mahkemelerde değerlendirilmelidir. Diğer bir ifade ile istihbari bilginin muhtevası konusunda bir değerlendirme yapılmaması; çok ciddi hak ihlallerine yol açabilir. Bir örnekle izah etmek gerekir ise; ilgilinin internet kayıtları, telefon haberleşme verileri gibi somut bilgilere dayalı olarak düzenlenen istihbarat raporları ile sadece kimliği dahi belirsiz kişilerden sözlü olarak toplanan bilgilere istinaden düzenlenen istihbarat raporlarının ispat gücünün aynı olmadığı açıktır. Günümüzde istihbarat birimlerinin sahip olduğu teknik olanaklar da gözetildiğinde, ilgililer bakımından tafisi mümkün olmayan zararlara yol açma ihtimali bulunan bu tür bilgi ve belgelerin yeterli bir içerikle düzenlenmesinin gerekliliği/zorunluğunu ifade etmek gerekir.

20 “Uyuşmazlıkta; Mahkememizce alınan ara karar ile ilgili idarelerden, davacı hakkında konulan tahdit kodlarının konulma sebepleri sorularak buna ilişkin bilgi ve belge örneklerinin dava dosyasına sunulmasının istenilmesine karar verilmiş olup, ara karara İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğüne verilen cevapta davacı hakkında konulan G-87 koduna dayanak bilgilerin **istihbari mahiyette olduğu, hukuki delil niteliği taşımadığı, haricen delillendirilmedikçe yapılacak olan adli ve idari işlemlerde gerekçe teşkil edemeyeceğinin ifade edildiği görülmüştür**. Bu durumda; davacının 6458 sayılı Yabancıların ve Uluslararası Koruma Kanununun 54maddesinin 1. Fıkrasının (d) bendinde yer alan “kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığını tehdit ettiği sonucuna varılmasına neden olan gerekçenin hakkında tahdit kodlarından kaynaklandığı, **söz konusu kodların da istihbari bir bilgi olduğu ve İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğüne anılan istihbari bilginin yalnız başına adli ve idari işlemlere gerekçe teşkil edemeyeceğinin ifade edildiği, bununla beraber davalı idarenin yargılamam aşamasında davacının kamu güvenliğini ya da kamu sağlığını tehdit ettiğine ilişkin somut ve kabul edilebilir bilgi ve belgeyi dava dosyasına ibraz etmediği görülmekle**, Anayasa ve diğer kanunlarda da yer alan masumiyet karinesi gereğince, kamu güvenliği ve düzeni açısından tehdit oluşturduğu hususu sabit olmadığı anlaşılan davacının 6458 sayılı Kanununun 54/1-d maddesi uyarınca sınır dışı edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Bursa İdare Mahkemesi, 363/1011, 03.11.2021.

21 Sınır dışı kararlarında bir yeknesaklığın bulunmamasının gerekçelerinden biri de; bu kararlara ilişkin idari yargı denetiminin 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 53/3.hükmüne göre tek dereceli olması, istinaf ve temyiz kanun yollarına tabi olmamasıdır. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler ve bu kararların istinaf incelemesine tabi olduğuna ilişkin görüş için bkz Cemil Güner, ‘Sınır Dışı Etme Kararı İle İlgili İdare Mahkemeleri Kararlarının Kesinliği’ (2017) 75(1) İÜHFİM 85-114.

22 “55. Terör örgütleri ile başarılı şekilde mücadele edilmesi için gerekli en önemli unsurlardan birisinin istihbarat çalışmaları olduğu bilinen bir gerçektir. Buna karşın anılan tespit, istihbari bilgilerin her koşulda mutlak doğru olarak kabul edilmesini ve bu bilgileri somutlaştırma yönünde bir işlem yapılmamasını gerektirmez.” Anayasa Mahkemesi, Nesrin Köksal Başvurusu, 2018/26241, 23.02.2022.

Sonuç olarak; yargı mercilerinin, başka bir delille ispatı güç olan olgulara dayalı sınır dışı kararlarında, istihbarat raporlarını yok saymak yerine, bunların muhteva ve yeterlilik bakımından değerlendirmek suretiyle ispat gücü olanları, ilgilinin varsa aksi yöndeki savunma ve delillerini de sunmasına izin vermek suretiyle, delil olarak değerlendirebileceği kanaatindeyim.

Anayasa Mahkemesinin; konuya ilişkin bir bireysel başvuru kararına²³ bakıldığında; istihbarat bilgilerinin değerlendirilemeyeceği yönünde bir yaklaşımı benimsemediği gibi bazı istihbarat bilgilerinin mahkemeye dahi paylaşılamayacağı yönünde bir kanaat ortaya koyduğu görülmektedir. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme;

“56. Millî güvenliğin korunması için yürütülen istihbarat faaliyetlerinde elde edilen bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunmasının önemi tartışmasıdır. Bu nedenle bir yabancıyla özelliikle terörist faaliyetlerle ilgili olarak ve millî güvenliğin korunması amacıyla sınır dışı edilmesinde veya ülkeye girişinin yasaklanmasında kamu makamlarından kişiyle ilgili ceza yargılaması yürütülmesi veya mahkûmiyet kararı bulunması yahut elde edilen gizli nitelikte tüm bilgi ve belgeleri yargı mercilerine sunmaları gibi yüksek bir ispat standardı yükümlülüğü beklenemez. Ancak kamu makamlarının soyut şekilde kişinin millî güvenlik bakımından tehlike oluşturduğunu ileri sürmeleri de yeterli değildir. Kamu makamlarının mutlaka somut olayın koşulları içinde kişinin millî güvenliği tehlikeye atacak nitelikteki faaliyetlerde bulunduğuuna dair yeterli ve ciddi bilgileri yargı mercilerine sunması gerekir (A.G., § 53).”

Değerlendirmesinde bulunmuştur. Ancak; mahkemeye sunulması zorunluluğu olmayan bu bilgi ve belgeler dışında bir delil bulunmaması durumunda, hangi “yeterli ve ciddi bilgilerin” mahkemeye sunulacağını sorusu cevapsız kalmaktadır. Dolayısıyla; bu yaklaşımın İYUK’un 20. maddesine aykırı olduğu, diğer bir ifade ile mahkemeye sunulmayan bilgi ve belgelere göre karar verilmesinin mümkün olmadığını tekrar hatırlatmak gerekir. Diğer yandan; sınır dışı veya benzer devletin hükümlerlik yetkileri kapsamında olduğu ifade edilen millî güvenlikle doğrudan ilgili idari işlemlerin tesisinde dikkate alınan istihbari bilgilerin, en azından yargısal denetimi yapacak mahkemeye sunulması gerekir. Elbette ki bunun için yasal bir düzenleme ihtiyacı bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi aynı kararının devamında ise isabetli olarak; “Ayrıca derece mahkemelerince bu yönden yapılan denetimin de sırf şekli bir inceleme olması durumunda anayasal hak ve özgürlüklerin fiilen somut ve etkili biçimde korunduğundan söz etmek mümkün olmayacaktır. Yargı makamlarının temel hak ve özgürlüklerin keyfiliğe karşı gerçekten ve etkili şekilde korunmasını sağlama görevleri gereği kamu makamlarınca müdahale ile ilgili olarak ileri sürülen sebepleri inceleyerek konuyla ilgili beyanların neden kabul edildiği veya reddedildiğine dair gerekçelerini kararlarında göstermeleri zorunludur (A.G., § 54).” demek suretiyle, sadece bilgi ve belgelerin varlığının tespiti ile yetinmenin mümkün olmadığı ve içerik bakımından da bir denetimin gerekliliği/zorunluluğunu ifade etmiştir.

23 Anayasa Mahkemesi, A.A.A. Başvurusu, 2018/36516, 15.3.2022.

3. CEZA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMALARININ İDARİ İŞLEM BAKIMINDAN DELİL NİTELİĞİ

Sınır dışı kararları kimi zaman ilgililer tarafından işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle başlatılan ceza soruşturması/kovuşturmasına dayanarak da verilebilmektedir.

Bu hususa ilişkin olarak;

- İlgili hakkında bir ceza soruşturması başlatılmış olması tek başında sınır dışı kararı bakımından yeterli midir?
- Ceza davası açılmış olması yeterli midir yoksa mahkûmiyet kararı mı gerekir?
- Her mahkûmiyet kararı sınır dışı edilmeyi gerektirir mi?

sorularının cevaplandırılması gerekmektedir.

Bir hukuka aykırı fiil, hem ceza hukuku hem de idare hukuku alanına girebilir. Suç niteliğindeki eylemlerin aynı zamanda disiplin suçu teşkil etmesi örneğinde olduğu gibi ilgili hakkında ceza hukuku ve idari süreçlerin aynı anda işletilmesi mümkün olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle suç niteliğindeki eylem, idari yaptırımlara da konu olabilir. Bu durumda; ceza yargılamasındaki kararların, idari yaptırımlar bakımından etkisi, daha doğru bir ifadeyle delil niteliği, açıklanmalıdır.

Kural olarak; ceza yargılamasına ilişkin süreç ile idari yaptırım süreci birbirinden bağımsız olmakla beraber; ceza yargılamasında verilen kararların idari yaptırımlar bakımından da etkileri olabilir²⁴.

Sınır dışı kararları özelinde; ilgili hakkında ceza soruşturması/kovuşturması başlatılmasının tek başına, karar bakımından bir haklı neden olup olmayacağı, diğer bir ifade ile işlemin sebep unsuru bakımından yeterli olup olmayacağı sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Soruyu; “bir yabancı hakkında ceza soruşturması/kovuşturması başlatılmış olması; tek başına kamu düzeni ve güvenliği bakımından ülkede bulunması bakımından bir tehdit oluşturduğuna delil teşkil eder mi?” şeklinde de sormak mümkündür.

Öncelikle; sınır dışı kararının temelinde bulunan maddi olgunun gerçekleşmediği, suçun unsurlarının oluşmadığı veya suçun o kişi tarafından işlenmediği yönünde ceza mahkemesince verilen bir beraat kararının, sınır dışı kararı bakımından da etkili olacağı söylenebilir. Ancak, delil yetersizliği gibi ceza yargılamasında uygulanan ispat standardının sağlanamaması veya şüpheden sanık yararlanır gibi ceza hukuku ilkeleri nedeniyle beraat kararı verilmesi durumunda ise, bu kararın idari yargı mercii bakımından bağlayıcı olmayacağı söylenebilir²⁵. Danıştay’ın sınır dışı işlemlerine ilişkin çok eski kararları da bu yönde olup, Yüksek Mahkeme; ceza mahkemelerince verilen beraat kararları ile kendi bağlı saymamıştır²⁶.

24 Ceza davalarında verilen kararların idari işlemler bakımından etkisi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz Yasin (n 11) 160 ff.

25 Nitekim Danıştay’ın disiplin cezalarına ilişkin verdiği kararlarında bu yaklaşımı kabul ettiği görülmektedir. Bkz Yasin (n 11) 161.

26 Söz konusu kararlar ve eleştirisi için bkz Duran (n 1) 20 ff.

Eğer ilgili hakkında verilen sınır dışı kararının tek dayanağı açılan ceza soruşturması/kovuşturması ise; ilgili hakkında başka bir delil yoksa, bu durumda; sadece soruşturma açılmasını yeterli kabul etmek haksız sonuçlara yol açabilir. Zira soruşturma neticesinde henüz eylemin suç teşkil edip etmediğine ilişkin yetkili makamların bir “kanaati” dahi oluşmamıştır. Bu nedenle; soruşturma neticesinde iddianame hazırlanarak mahkemeye sunulması ve iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi ile, en azından bir yargı makamının isnat edilen fiilin suç teşkil ettiğine dair ciddi şüphesinin ve bu şüpheyi destekleyen yeterli delilin bulunduğunu gösterir. Kovuşturma neticesinde verilen karardan bağımsız şekilde, bu aşamaya geçilmiş olması, ilgili hakkında sınır dışı tedbiri uygulanması için yeterli delil kabul edilebilir. Ancak sadece soruşturma başlatılmasını yeterli kabul etmek, kimi zaman bir sınır dışı kararına dayanak oluşturmak için düzmece soruşturmalar açılmasına dahi neden olabilir. Şüphesiz ki; hakkında ceza davası açılan yabancının sınır dışı edilmesi yerine ceza hukuku tedbirleri uygulanmak suretiyle kamu düzenine yönelik tehditlerin bertaraf edilmesi de mümkün olabilir.

Yargı pratiğine bakıldığında; ilgililer hakkında açılan ceza soruşturmalarının mahkemelerce dikkate alındığı görülmektedir.

Mahkemeler; haklarında sınır dışı kararı verilen kişilere yönelik ceza soruşturması veya kovuşturması olup olmadığını araştırmakta ve bulunması halinde bunu delil olarak değerlendirmektedir²⁷.

Bir başka kararda; ilgilinin ceza davasında “suçu işlediğinin sabit olmaması nedeniyle” beraat etmiş olması²⁸ dikkate alınmış, ancak sınır dışı kararının “6458

27 “Uyuşmazlıkta; davacı hakkında yurda girişi yasağı kararı alınmasına dayanak olarak gösterilen Emniyet Genel Müdürlüğünün 28.1.2014 tarih ve 42224 sayılı yazısı incelendiğinde, söz konusu yazı ekinde uluslararası terörist faaliyetlerinin tespit ve deşifresi amacıyla sürdürülen çalışmalar kapsamında ülkemiz çatışma bölgelerine geçişlerde güzergah olarak kullanan yabancı uyruklu şahısların listesine yer verildiği, söz konusu listede davacının de yer aldığı görülmekle birlikte; davacıya isnat edilen eyleme yönelik olarak somut herhangi bir bilgi ve belgenin dosyaya sunulmadığı, yine davacı hakkında kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı olduğu hususuna ilişkin olarak da herhangi bir bilgi ve belge olmadığı, **davacıya yönelik ceza soruşturması veya kovuşturması olduğuna ilişkin de dava dosyası içerisinde herhangi bir bilgi veya belgenin yer almadığı hususları** birlikte değerlendirildiğinde; davacının yurda girişinin yasaklanması yolunda tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Danıştay 10 D, 3770/2312, 17.5.2021.

28 “Uyuşmazlıkta; davacı hakkında silahlı terör örgütü (İŞİD/DEAŞ) içinde bizzat faaliyet yürüttüğü ve örgüt mensuplarına yardım ve yataklık yapabileceği iddiası ile hakkında Terör Örgütü Üyesi Olmak suçundan dolayı yürütülen **ceza yargılaması neticesinde suçu işlediği sabit olmadığından Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 27.12.2016 tarihli ve E:2016/193, K:2016/237 sayılı kararı ile beraatine karar verildiği**, kararın 26.01.2017 tarihinde kesinleştiği, yargılamanın devam ettiği esnada tahliyesine karar verilen davacının kamu düzenini ya da güvenliğini tehlikeye sokacağı hususunda emarenin bulunması sebebiyle hakkında sınır dışı edilmesi yolunda dava konusu işlemin tesis edildiği, ancak yukarıda metnine yer verilen mevzuat hükümleri gereği davalı idarece, geri gönderilmesi halinde ülkesinde kötü muameleye uğrayacağını iddia eden davacının 6458 sayılı Kanunun 55. maddesi uyarınca sınır dışı edilemeyecek yabancılar kapsamında olup olmadığı hususunda araştırılması ve davacı hakkında menşei ülke değerlendirmesinin yapılması gerektiği halde dava konusu sınır dışı işlemin tesis edilirken davacının sınır dışı edilemeyecek yabancılar kapsamında olup olmadığı veya güvenli üçüncü bir ülkeye gönderilip gönderilmeyeceği hususunda davalı idarece herhangi bir değerlendirme yapılmadığı gibi sınır dışı etme kararında da davacının sınır dışı edileceği ülkenin (menşei ülke, transit gidebileceği ülke ve üçüncü bir ülke) de belirtilmediği yine, Mahkememizce bu yolda yapılan 04.09.2020 tarihli ara karara cevaben de “ davacının 3. güvenli ülkeye çıkışı yapabileceğini bilmesi gerektiği, onun durumunda olan kişilerin Sudan’a gittiği” belirtilerek davacının bu yoldaki iddiası ile ilgili tatmin edici bir değerlendirme yapılmadığı, davacının geri gönderilmesi halinde sınır dışı edileceği ülkede kötü muameleye maruz kalma riskinin idarece araştırıldığına dair herhangi bir belgenin de dosyaya sunulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; dava konusu sınır dışı işleminin tesisi aşamasında davalı idarece 6458 sayılı Kanunun 4. ve 55. maddesi kapsamında araştırma ve değerlendirme yapılmadan ve davacının (menşei ülke, transit gidebileceği ülke ve üçüncü bir ülke) hangi ülkeye sınır dışı edileceği belirlenmeden tesis edilen sınır dışı işleminde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.” Antalya 1 İdare Mahkemesi, 623/776, 08.10.2020.

sayılı Kanunun 4. ve 55. maddesi kapsamında araştırma ve değerlendirme yapılmadan ve davacının (menşei ülke, transit gidebileceği ülke ve üçüncü bir ülke) hangi ülkeye sınır dışı edileceği belirlenmeden” alındığı gerekçesiyle işlem iptal edilmiştir. Bu kararda ilginç şekilde ceza davasında verilen beraat kararına atıf bulunmasına rağmen, sınır dışı kararının hukuka aykırılığı bu gerekçeye değil, sınır dışı edileceği ülkenin belirlenmemiş olmasına dayandırılmıştır.

Bir başka davada; 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna muhalefet ettiği gerekçesiyle ceza davası açılmış olsa bile davanın halen derdest olduğu ve “*Öte yandan, yargılama sonucuna göre davacı hakkında bir ceza verilmesi durumunda davalı idarece yeniden işlem tesis edilebileceği açıktır*” gerekçesiyle sınır dışı kararı hukuka aykırı bulunmuştur²⁹.

Bu karar; ilgiliye isnat edilen suçun niteliğinin de mahkeme tarafından dikkate alındığı şeklinde bir kanaate neden olmaktadır. Gerçekten de her suç isnadının sınır dışı kararı verilmesi için yeterli olup olmayacağı da ayrıca tartışılması gereken bir sorudur. Her suçun az veya çok “kamu düzeni ve güvenliğini bozduğu” gerçeği dikkate alındığında böyle bir tartışmanın anlamının olmadığı ileri sürülebilir. Ancak, terör örgütü üyeliği, gasp, tecavüz gibi ağır suçlar ile daha basit nitelikli suçlar bakımından bir ayırım yapmaksızın sınır dışı kararı verilmesi de adil olmayabilir. Örneğin ülkemizde sıkça karşılaşılan bir taksiciyle ücret konusunda anlaşmazlıktan veya bir restoranda fatura konusunda yaşanan tartışmadan dolayı yapılan şikâyet üzerine ceza davası açılması nedeniyle sınır dışı kararı verilmesinin ağır ve ölçüsüz bir yaptırım olacağı kanaatindeyim. Bu nedenle; suçun niteliği, işlenme biçimi ve kamu düzeni üzerindeki etkisi gibi hususların da göz önünde bulundurulması gerektiği söylenebilir.

4. SINIR DIŞI KARARLARININ YARGISAL DENETİMİNDE İSPAT STANDARDI

İspat standardı kavramı, bir mahkemenin belirli bir davada bir kanaate ulaşmadan önce karşılamak zorunda olduğu asgari ispat düzeyini, ifade etmekte ve “(B)ir idari otorite yahut mahkeme nezdinde belirli bir vakta ya da iddianın gerçekleştiğinin ispatı için aşılması zorunlu olan niteliksel ve niceliksel ispat eşiği³⁰” olarak tarif edilmektedir. İdari yargı uygulamasında, farklı nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından farklı ispat

29 “Uyuşmazlıkta, Ukrayna vatandaşı olan davacının 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna muhalefet ettiği gerekçesiyle alınan ifadesinde arkadaşları I.K. ‘dan turnaklarını yaptırarak istediğini söylediğini arkadaşının da onu başka bir arkadaşlarının olduğu yere götürdüğünü, Türkiye’de çalışmadığını, beyan ettiği, UYAP Bilişim sisteminde yapılan incelemede, sınır dışı kararına gerekçe teşkil eden eylem nedeniyle 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun’a muhalefet suçundan İstanbul 51.Asliye Ceza Mahkemesinin E:2021/211 sayılı dosyasında kamu davası açıldığı, yargılamanın halen derdest olduğunun anlaşıldığı, davacının estetik faaliyetlerini gerçekleştirdiğine ilişkin somut tespit bulunmadığı, kamu düzeni ve güvenliğini tehdit oluşturduğu sabit olmayan davacının 6458 sayılı Kanunun 54/1-d bendi gereği sınır dışı edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Öte yandan, yargılama sonucuna göre davacı hakkında bir ceza verilmesi durumunda davalı idarece yeniden işlem tesis edilebileceği açıktır.” İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 1224/554.

30 Burcu Can, *Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı* (Rekabet Kurumu 2012) 6.

standartlarının uygulandığı söylenebilir. Özellikle idari yaptırımlar bakımından güçlü bir ispat standardı olan “makul şüphenin ötesinde” ispat standardının arandığını ifade etmek gerekir³¹.

AYM bireysel başvuru kararlarında da, kural olarak farklı uyumsuzluklar bakımından farklı ispat standardının aranabileceğini; ceza hukuku, vergi hukuku, tazminat hukuku, idare hukuku gibi farklı hukuk disiplinlerini ilgilendiren uyumsuzluklarda farklı ispat standardı uygulanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. Özellikle aynı fiile ilişkin ceza davaları ile disiplin cezalarına ilişkin idari davalarda; farklı ispat standardı uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmektedir³².

Ancak bu kapsamda yapılan değerlendirmelerde delil yetersizliğine dayalı olsa bile kişi hakkında verilen beraat kararına aykırı olarak kişinin suçsuz olmadığı yönünde değerlendirmelerden kaçınılması gerekir. Aksi bir tutum masumiyet karinesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle; ceza davalarına oranla, daha düşük bir ispat standardı gerektiren idari uyumsuzluklar bakımından, idari yargı mercilerince verilen kararlarda kişinin suçluluğunu ima eden ya da kabul eden bir yargıya, kişinin suçlu olduğuna dair bir ima ya da inanca yer verilmemelidir³³.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir yabancı hakkında verilecek olan sınır dışı kararında; ceza hukukundaki kadar yüksek bir ispat standardına gerek bulunmamaktadır. Somut olayın özellikleri ve deliller değerlendirildiğinde “makul şüphe” sınır dışı kararları bakımından yeterli kabul edilebilir. Her ne kadar; idari yaptırımlar bakımından ceza hukuku ispat standardı olan “makul şüphenin ötesinde” ispat standardı aranmakta ise de, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından oluşturduğu tehdit dikkate alınarak, sınır dışı kararlarında daha düşük bir ispat standardı yeterli kabul edilmelidir. Zira

31 İspat standardı kavramı, gerekliliği, işlevi ve İdari Yargı mercilerinin uyguladığı ispat standartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Yasin (n 11) 181-205.

32 “Bu noktada belirtilmelidir ki hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiil nedeniyle başkasına verilmiş olan zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü ifade eden hukuki sorumluluk; ceza hukuku alanında suç diye adlandırılan, insan davranışına göre daha geniş bir hukuka aykırı davranış grubunu kapsamaktadır. Bir eylemin suç teşkil edebilmesi için ilgili kanunda açıkça tanımlanması gerekirken haksız fiil için böyle bir sınırlamaya yer verilmemektedir. Ayrıca ceza hukuku alanında taksire dayalı sorumluluğun istisnai nitelik taşımasına rağmen başkalarına kasten veya taksirle verilen zararın hukuki sorumluluk kapsamında giderim imkânının daha fazla olduğu, ceza hukuku alanında objektif sorumluluğa yer verilmezken hukuki sorumluluk alanında objektif sorumluluk esasının da etkin şekilde uygulandığı ve hukuki sorumluluk alanında aynı maddi vakıtlar çerçevesinde daha düşük bir ispat standardı kullanılarak kişisel sorumluluğun söz konusu olabildiği anlaşılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, İşıl Yaykır Başvurusu, 2013/2284, 15.4.2014, § 44. Anayasa Mahkemesi, Peter Wirth Başvurusu, 2015/3379, 14.11.2018. Anayasa Mahkemesi, M. Başvurusu, 2014/9157, 8.2.2018.

“Ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile vergi hukukunun farklı kural ve ilkelere tabi disiplinler olduğu açıktır. Ceza yargılamasında mevcut ispat koşullarının, kanıt araçlarının, maddi gerçeğe ulaşma yönündeki amaca dair irdelemenin vergi yargısı alanında da geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Somut olayda idari yargı merci, idarenin vergi incelemesi sonucunda edindiği belgeler uyarınca ithal edilen ürün bedelinin eksik bildirildiğinin anlaşıldığını, başvuruconun da bunun aksini kanıtlayan belge sunmadığını tespit ederek davanın reddine hükmetmiştir. Ceza yargılamasında ise resmi belgede sahtecilik ve kaçakçılık suçları yönünden suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat yönünde hüküm kurulmuştur. Vergi yargısında, idari işlemin mevzuata uygun olup olmadığı yönünde ceza yargısına göre farklılık gösteren ispat standardında yapılan değerlendirmeye ile yukarıda belirtilen (bkz. § 8) gerekçe doğrultusunda ret hükmü kurulmuştur. Kararda bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir.” Anayasa Mahkemesi, Arif Parlak Başvurusu, 2014/11655, 10.1.2018. Aynı mahiyette Sabri Yılmaz Başvurusu, 2014/13344, 10.1.2018.

33 Anayasa Mahkemesi, Bülent Karataş Başvurusu, 2013/6428, 26.6.2014; Anayasa Mahkemesi, Mehmet Savni Kafadaroğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/5996, 15.10.2014; Anayasa Mahkemesi, Halil Atabey Başvurusu, 2013/3771, 16.10.2014.

sınır dışı kararları her zaman bir yaptırım olarak değil, kimi zaman bir tedbir olarak da uygulanabilmektedir. Bu kararların alınmasında devletlerin daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu da kabul edildiğine göre, isnat edilen kamu düzenine aykırı fiillerin ceza hukukunda uygulanan ispat standardı olan “hiçbir tereddüde mahal bırakmayacak şekilde, makul şüphenin ötesinde ispat standardı” ile ispatı gerekmez.

Ancak daha düşük ispat standardının kabul edilmesi; bu kararların keyfi, gerekçesiz olacağı anlamına elbette ki gelmemektedir. Daha düşük ispat standardı; delilsiz bir yargılama anlamına da gelmemektedir. Önerdiğimiz “makul şüphe standardı”, kararın yargısal denetiminde mevcut bilgilerin, sınır dışı kararı verilmesi konusunda güçlü bir kanaatin oluşması, diğer bir ifade ile bu kanaati oluşturacak yeterli nitelikte delilin bulunmasını gerektirir.

Sınır dışı kararlarının “devletin hükümranlık hakkı³⁴” kapsamında ulusal güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması kapsamında değerlendirildiğinde de daha düşük bir ispat standardının bu işlemler bakımından yeterli olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesinin yaklaşımının da bu yönde olduğu söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, sınır dışı kararları özelinde verdiği bir kararında³⁵ ise, özellikle terör faaliyetleri ve millî güvenliğin korunması amacına yönelik olarak alınan sınır dışı kararlarında yüksek bir ispat standardı aranmayacağını kabul etmiştir. Söz konusu kararda;

“56. Millî güvenliğin korunması için yürütülen istihbarat faaliyetlerinde elde edilen bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunmasının önemi tartışmasızdır. Bu nedenle bir yabancının özellikle terörist faaliyetlerle ilgili olarak ve millî güvenliğin korunması amacıyla sınır dışı edilmesinde veya ülkeye girişinin yasaklanmasında kamu makamlarından kişiyle ilgili ceza yargılaması yürütülmesi veya mahkûmiyet kararı bulunması yahut elde edilen gizli nitelikte tüm bilgi ve belgeleri yargı mercilerine sunmaları gibi yüksek bir ispat standardı yükümlülüğü beklenemez. Ancak kamu makamlarının soyut şekilde kişinin millî güvenlik bakımından tehlike oluşturduğunu ileri sürmeleri de yeterli değildir. Kamu makamlarının mutlaka somut olayın koşulları içinde kişinin millî güvenliği tehlikeye atacak nitelikteki faaliyetlerde bulunduğuna dair yeterli ve ciddi bilgileri yargı mercilerine sunması gerekir (A.G., § 53).”

Şeklinde bir değerlendirme yapmıştır.

Sonuç

Sınır dışı kararları; yabancıların temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiği gibi ülkelerin iç ve dış güvenliklerini de doğrudan ilgilendirmektedir. Demokratik bir hukuk devletinde; tamamen güvenlikçi bir anlayışla, temel hak ve özgürlükleri ihmal eden bir

34 Ankara 1 İdare Mahkemesi, 1188/183, 28.01.2022.

35 Anayasa Mahkemesi, A.A.A. Başvurusu, 2018/36516, 15.3.2022.

yaklaşımın kabul edilmesi beklenemez. Ancak bugün uluslararası terörizm gibi pek çok ülkeyi doğrudan etkileyen yasadışı faaliyetlerin engellenmesi, ülke sınırlarının ulusal ve uluslararası hukuka uygun şekilde korunması, idarenin bu alanda yürüteceği idari ve siyasi kolluk faaliyetleri ile mümkün olabilecektir.

Bir idari işlem olan “sınır dışı” kararlarının, diğer idari işlemler gibi idari yargı denetimine tabidir. Bu kararların kişi hak ve özgürlükleri bakımından doğurduğu sonuçların önemi nedeniyle, diğer idari işlemlerin yargısal denetimlerinde özel yargılama kuralları (*dava açma süresi, karar verme süresi, işlemin dava açılması ile kendiliğinden yürütmesinin durdurulması gibi*) getirilerek, daha etkili bir yargısal denetim sağlandığı görülmektedir. Bu davalara ilişkin ispat süreci de genel olarak diğer idari işlemlerle aynı niteliktedir. Ancak, bu çalışmada ortaya konulduğu üzere bilhassa ispat güçlükleri, delillerin niteliği, ispat standardı konusunda, bu kararların kendine özgü niteliklerinin dikkate alınmasını gerektirmektedir. Keyfilik ile hukukilik denetimi arasındaki çizginin korunması konusunda mahkemelerin göstereceği hassasiyet, idarelerin de bu tür kararların tesisinde daha özenli davranmasını sağlayacaktır.

Ayrıca, bu kararların kanun yolları denetimine tabi olmaması nedeniyle ortaya çıkan karar farklılıklarının asgari düzeye indirilmesi için Danıştay nezdinde, mahkemeler arası iletişimi sağlayacak bir ortam oluşturulabilir. Böylece farklı idare mahkemeleri, kendi kararlarını ve bakış açılarını paylaşarak mesleki bilgi alışverişi sağlayabilir ve neticede mümkün olduğu ölçüde bu kararlarda ortak bir yaklaşımın benimsenmesi sağlanabilir.

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

- Arslan Ç., ‘İstihbaratın Ceza Muhakemesi Hukukunda Kullanımı’ (2011) 3(22) 10-14.
- Aybay R., ‘Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme’ (2003) 2(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141-172.
- Can B; Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı (Rekabet Kurumu 2012).
- Duran L., ‘Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi’ (1980) 2(1) İnsan Hakları Yıllığı 3-33.
- Ekşi N., ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu’ (2009) 29(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 119-140.
- Ergül E., ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi Açısından Yabancıların Sınırdışı Edilmesi’ (2015) (138) Danıştay Dergisi 9-31.

- Giritli İ, *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükûmet Tasarrufları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1958).
- Güner C, ‘Sınır Dışı Etme Kararı İle İlgili İdare Mahkemeleri Kararlarının Kesinliği’ (2017) 75(1) İÜHF 85-114.
- Kabaalioğlu H ve Ekşi N, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi’ (2004) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 503-522.
- Kavıracı O ve Demirbaş M, ‘İstihbarat Faaliyetlerinin Devlet Güvenliği Açısından İncelenmesi’ (2020) 2(1) Anadolu Strateji Dergisi 49-64.
- Kaya C, ‘Anayasa Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Mülteci ve Sığınmacıların Sınırdışı Edilmesi’, (2021) 6(1) Middle East Journal Of Refugee Studies 39-62.
- Koçak M, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi’ (2011) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Sirmen K. Sedat, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar’ (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi 29-45.
- Şen E, ‘İstihbarat Raporlarının Delil Değeri’ <<https://www.hukukihaber.net/istihbarat-raporlarinin-delil-degeri-makale,7196.html>> Erişim tarihi 01 Ağustos 2022.
- Yasin M, *İdari Yargılama Usulünde İspat* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Yılmazoğlu EC, ‘Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi’ (2015) (5) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 905-928.
- Yiğit NT, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmeleri’, (2018) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının İş Dünyası ve İnsan Hakları Perspektifinden Önemi ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Bu Bağlamda İncelenmesi

The Importance of National Human Rights Institutions from the Perspective of Business and Human Rights and the Examination of Human Rights and Equality Institution of Turkey in this Context

Betül Karagedik*

Öz

Ulusal insan hakları kurumlarının iş dünyası ve insan hakları alanında üstlenebileceği işlevlere dair dikkatin son yıllarda giderek artmakta olduğu gözlenmektedir. Ulusal insan hakları kurumları GANHRI tarafından iş dünyası ve insan hakları konusunda aktif olarak faaliyet göstermeye teşvik edilmektedir ve Edinburgh Deklarasyonu ile kurumların yerine getirebileceği görevler düzenlenmiştir. Devletin insan haklarını koruma görevi, şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu ve çözüm yollarına erişim olmak üzere üç unsurdan oluşan, BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına dair Rehber İlkeler'in üç unsurunda da ulusal insan hakları kurumlarının gerçekleştirebileceği işlevlere atfı yapılmıştır. Ayrıca iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı belge hazırlığına dair yayınlanan taslak metinler ve taslak ihtiyari protokol, ulusal insan hakları kurumlarına çeşitli roller vermektedir. Nitekim dünya üzerindeki ulusal insan hakları kurumları, artık devletlerin sebebiyet verdiği insan hakları ihlalleriyle birlikte iş dünyasının neden olduğu ihlaller hakkında da çalışmalar yapmaya başlamıştır. Bu çerçevede, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 6701 sayılı Kanun tarafından verilen yetkilerine dayanarak Türkiye'de iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve iş dünyası ve insan hakları konusundaki farkındalığın yükselmesi için etkili olarak faaliyet göstermelidir. Kurum dünyadaki güncel gelişmelere paralel olarak BM Rehber İlkeleri'nin üç unsuru bağlamında kapsamlı çalışmalar yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler

İş Dünyası ve İnsan Hakları, BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına dair Rehber İlkeler, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Edinburgh Deklarasyonu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

Abstract

Attention is increasingly being given to the functions that can be undertaken by national human rights institutions with respect to the field of business and human rights. National human rights institutions are encouraged by the Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI) to be active in the area of business and human rights. The duties that can be assumed by these institutions are specified by the Edinburgh Declaration. Also, these duties are discussed in all three pillars (protect, respect, and remedy) of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (the UNGPs). Thus, the UNGPs stipulates that national human rights institutions should act not only to ensure access to remedy but also to promote the state's duty to protect human rights and the responsibility of companies to respect human rights. Additionally, the draft texts and optional protocol of the legally binding instrument on business and human rights give various roles to national human rights institutions. National human rights institutions around the world have

* Sorumlu Yazar: Betül Karagedik (Arş. Gör.), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye.
E- posta: bkaragedik@gsu.edu.tr ORCID: 0000-0002-5092-7504

Atf: Karagedik B, "Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının İş Dünyası ve İnsan Hakları Perspektifinden Önemi ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Bu Bağlamda İncelenmesi" (2022) 42(2) PPIL 579. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.982266>

already commenced research on human rights violations caused by business enterprises as well as by states. In this context, the Human Rights and Equality Institution of Turkey should act effectively to prevent business-related human rights abuses and to expand awareness of the field of business and human rights in Turkey, based on the mandates given by Law No. 6701. The institution should thus engage in comprehensive activities in the context of the UNGPs' three pillars in parallel with comparable developments overseas.

Keywords

Business and Human Rights, the UNGPs, National Human Rights Institutions, Edinburgh Declaration, Human Rights and Equality Institution of Turkey

Extended Summary

National human rights institutions, which started to be established in the 1990s, have the aim of protecting and promoting human rights. Recently, much emphasis has been placed on the special and important role of NHRIs and on insisting that their activities should extend to the field of business and human rights. In this context, the Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI) encourages NHRIs to work effectively on business and human rights. The Edinburgh Declaration, adopted at GANHRI's 10th International Conference, specifically highlights the importance of NHRIs and the functions they can perform in the area of business and human rights. The potential of NHRIs in this context is also emphasized in the UNGPs. The functions that NHRIs can perform are addressed in all three of the UNGP's pillars: the state duty to protect human rights, the corporate responsibility to respect human rights, and access to remedy. These functions are also mentioned in the draft texts and optional protocol of the legally binding instrument on business and human rights, which is still in preparation.

The Human Rights and Equality Institution of Turkey (TİHEK), Turkey's NHRI, is both a national human rights institution and an equality body. The institution also functions as a national prevention mechanism. Turkish legislation and its implementation seem to have been unable to achieve the desired standards for promoting in the field of business and human rights. Therefore, TİHEK should follow contemporary developments elsewhere to operate more effectively in the area of business and human rights. To prevent business-related human rights violations in Turkey, TİHEK should use its authority and undertake its duties creatively and effectively. In our study, TİHEK's mandate in Law No. 6701 was examined in light of the "protect, respect, and remedy" pillars of the UNGPs. In this context, TİHEK can undertake different functions in terms of all three pillars. Specifically:

- a- In terms of the state's duty to protect human rights:
 - 1- It can investigate business-related human rights violations in Turkey. It can then share recommendations on preventing similar violations with the competent authorities.

- 2- When a national law that may impact business and human rights is being drafted, it can share legislative proposals with the relevant authorities to enhance protections and to prevent business-related human rights violations.
 - 3- It can address issues pertaining to business and human rights in its annual reports and include case studies on the subject of business-related human rights violations, their causes, and solutions.
 - 4- It can monitor and evaluate current developments overseas related to business and human rights and report its observations and suggestions to the authorities.
- b- In terms of corporate responsibility to respect human rights:
- 1- It can raise awareness among stakeholders about the field of business and human rights through mass-media.
 - 2- It may publish special reports focusing on business-related human rights violations, which may address the causes of violations and suggest solutions.
 - 3- It can liaise with business representatives and/or small, medium, and large enterprises to offer guidance about the fulfillment of human rights due diligence obligations in their business activities.
 - 4- It can collaborate with civil society organizations working in the field of business and human rights, Turkey's OECD National Contact Point, and Global Compact Turkey.
- c- In terms of access to remedy:
- 1- It can offer a state-based, non-judicial grievance mechanism within the meaning of the UNGPs, as it has a mandate to handle complaints about alleged violations of non-discrimination. To facilitate access to this remedy, however, the relevant law should be amended to give TİHEK the authority to handle all complaints pertaining to human rights, including cases in which applicants do not allege a violation of prohibition of discrimination.
 - 2- It has the mandate *ex officio* to examine, research, make decisions, and follow the results of business-related human rights violations, regardless of whether or not these constitute a violation of the prohibition of discrimination.
 - 3- It can inform those who apply to the institution with alleged violations of non-discrimination about appropriate administrative and legal processes and assist them to seek remedy. In terms of facilitating access to remedy for business-related human rights violations, it should also handle complaints about human rights violations that lie beyond the scope of the prohibition of discrimination and should offer guidance to all applicants.

Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının İş Dünyası ve İnsan Hakları Perspektifinden Önemi ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Bu Bağlamda İncelenmesi

Giriş

İş dünyası ve insan hakları en genel anlamıyla iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini inceleyen bir insan hakları konusudur. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi için çalışmalar yapmak üzere kurulmuş olan ulusal insan hakları kurumlarının iş dünyası ve insan hakları alanında da önemli bir role sahip olabileceği son yıllarda giderek daha fazla kabul görmeye başlamıştır. Bu çalışma, ulusal insan hakları kurumlarının iş dünyası ve insan hakları alanında yürütebileceği işlevleri, dünyadaki güncel gelişmeler ışığında saptama ve elde edilen veriler ışığında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun (TİHEK) iş dünyası ve insan hakları alanında nasıl daha etkili olarak faaliyet gösterebileceği sorusuna cevap arama amacını taşımaktadır. İki ana bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde, ulusal insan hakları kurumları, iş dünyası ve insan hakları perspektifinden genel bir incelemeye tabi tutulmuştur, ikinci bölümde ise TİHEK özelinde bir inceleme yapılmıştır.

TİHEK hem bir ulusal insan hakları kurumu (*national human rights institution*) hem de bir eşitlik kurumudur (*equality body*). Bu sebeple çalışmamızda öncelikle bu iki kurumun yapısı genel olarak açıklanmış ve ilk bölümün ilk başlığı, ulusal insan hakları kurumlarının ve eşitlik kurumlarının tanımlarına ve tarihsel gelişim süreçleri hakkındaki bilgiye ayrılmıştır. İlk bölümün, ikinci başlığında ise ulusal insan hakları kurumlarının iş dünyası ve insan hakları konusundaki büyüyen önemine dair bir analiz yapılmıştır. Bu bağlamda, Paris Prensipleri, Edinburgh Deklarasyonu, Birleşmiş Milletler (BM) İş Dünyası ve İnsan Haklarına dair Rehber İlkeler ve halen BM nezdinde hazırlığı süren iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı belgeye dair yayınlanan taslak metinler incelenmiştir. Sayılan belgelerin hükümleri ışığında, ulusal insan hakları kurumlarının iş dünyası ve insan hakları alanında yürütebileceği işlevler saptanmıştır.

Çalışmanın ikinci ana bölümünde ise TİHEK temel alınarak bir değerlendirme yapılmıştır. Bu bağlamda, bölümün ilk başlığı TİHEK hakkındaki genel bilgilere ayrılmıştır. Bölümün, ikinci başlığında ise bu kurumun iş dünyası ve insan hakları bakımından üstlenebileceği faaliyetlere dair bir araştırma yürütülmüştür. Türkiye'de gerçekleşen iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve Türkiye'de iş dünyası ve insan hakları konusundaki farkındalığın yükselmesi için TİHEK'e önemli görevler düşmektedir. Bu kapsamda, TİHEK'in 6701 sayılı Kanun'da düzenlenen görevleri, BM Rehber İlkeleri'nin "koruma, saygı gösterme ve çözüm üretme" unsurlarına dayanarak ve bu unsurlar sırasıyla takip edilerek değerlendirilmiştir. Böylece, TİHEK'in iş dünyası ve insan hakları alanına sağlayabileceği katkılar tespit edilmeye çalışılmıştır.

I-Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının ve Eşitlik Kurumlarının Genel Olarak Açıklanması ve İş Dünyası ve İnsan Hakları Perspektifinden İncelenmesi

A. Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının ve Eşitlik Kurumlarının Genel Olarak Açıklanması

Ulusal insan hakları kurumları¹ ve eşitlik kurumları, tarihteki gelişim süreçleri, yetki alanları ve görev tanımları itibarıyla çeşitli farklılıklar taşımaktadırlar ve -Türkiye'de olduğu gibi- tek bir kurum nezdinde birleşebildikleri gibi ayrı kurumlar olarak da faaliyet gösterebilmektedirler.² Abdurrahman Eren, Paris Prensipleri'nden hareket ederek, ÜİHK'ları şöyle tanımlamaktadır: “*Ulusal insan hakları kurumları, Devlet tarafından insan haklarının geliştirilmesi ve korunması amacıyla oluşturulan; anayasa ve yasal nitelikte bir düzenleyici işlemle ve çoğulculuk esasında kurulan; kuruluş yasasında görev ve yetkilerinin açıkça tanımlandığı; görev ve yetkilerini kullanırken bağımsız ve tarafsız olan; görevine giren konularda ulusal veya uluslararası makamlarla danışma ve işbirliği içinde tavsiye ve önerilerde bulunan, ulusal kurumlardır.*”³

ÜİHK'ların bir fikir olarak ortaya çıkması II. Dünya Savaşı'ndan sonraki döneme rastlamasına rağmen bu kurumlar hakkında uluslararası alanda somut adımlar atılması ve kurumların yerleşik ve yaygın olarak kabul gören bir kavram haline dönüşmesi 1990'lı yıllarda gerçekleşmiştir.⁴ Bu bağlamda 1991 yılında Paris'te düzenlenen bir toplantı ile ÜİHK'lara yönelik çeşitli prensipler üzerinde uzlaşım ve bu prensipler Ulusal Kurumların Statüsü ile ilgili Prensipler olarak BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 1992/54 sayılı kararı ile kabul edilmiştir.⁵ Paris Prensipleri olarak bilinen bu prensipler, 1993 yılında BM Genel Kurulu tarafından onaylanmıştır.⁶ Gene 1993 yılında BM İnsan Hakları Dünya Konferansı düzenlenmiş ve bu konferansın sonucunda imzalanan Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı ile ÜİHK'ların Paris Prensipleri ile uyumlu olarak kurulması ve geliştirilmesi teşvik edilmiştir.⁷ Takip eden süreçte şimdiki adı Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağı (GANHRI)⁸ olan

1 Çalışmamızda bundan sonra ulusal insan hakları kurumu ifadesine “ÜİHK” şeklinde kısaltılarak yer verilecektir.

2 Fatih Dügmeçi, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi* (1th edn, Adalet 2019) 27.

3 Abdurrahman Eren, *Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri* (1th edn, On İki Levha 2012) 12.

4 Katherine Tonkiss, ‘Contesting human rights through institutional reform: the case of the UK Equality and Human Rights Commission’ (2016) 20(4) *The International Journal of Human Rights* 491, 493; Anna-Elina Pohjolainen, *The Evolution of National Human Rights Institutions The Role of the United Nations* (1th edn, The Danish Institute for Human Rights 2006) 30 (<https://www.humanrights.dk/publications/evolution-national-human-rights-institutions-0>) Erişim Tarihi 18.06.2021.

5 Eren (n 3) 29.

6 UNGA, ‘National institutions for the promotion and protection of human rights’ (1993) A/RES/48/134.

7 Dügmeçi (n 2) 33; ‘Vienna Declaration and Programme of Action’ (adopted by The World Conference on Human Rights) (1993) UN Doc A/Conf. 157/23, para 36.

8 GANHRI (*Global Alliance of National Human Rights Institutions*).

Uluslararası Koordinasyon Komitesi (ICC)⁹ kurulmuş ve bir koordinasyon komitesi kurulmasına yönelik bu karar, İnsan Hakları Komisyonu'nun 1994/54 sayılı kararı ile benimsenmiştir.¹⁰ Çalışmamızda sık sık değineceğimiz Paris Prensipleri'nin ve GANHRI'nin tarihsel süreçte ortaya çıkışı kısaca böyle özetlenebilir. Bu bağlamda, Paris Prensipleri, ÜİHK'ların yetki ve görevlerini, oluşturulmasını, işleyiş biçimlerini ve bu kurumların sahip olması gereken bağımsızlık, çoğulculuk gibi ilkeleri düzenleyen temel bir belgedir.¹¹ GANHRI ise ÜİHK'ların Paris Prensipleri'ne uygunluğunu denetlemektedir ve kurumları bir akreditasyon işlemine tabi tutarak Paris Prensipleri'ne uygunluğuna göre derecelendirmektedir.¹²

TİHEK'in web sitesinde eşitlik kurumları: “Eşitlik kurumları, özellikle ilgili AB direktiflerinin getirdiği yükümlülükleri yerine getirmek ve eşitlikle ilgili düzenleme ve ilkelere uygulamada etkinlik kazandırmak ve eşitliğin korunması ve güçlendirilmesi, ayrımcılıkla mücadele edilmesi amacıyla kurulmuş kurumlardır”¹³ şeklinde tanımlanmıştır. Eşitlik kurumları, ÜİHK'lara göre daha spesifik bir yetki alanına sahiptir. Zira ÜİHK'ların yetkisi bütün insan haklarını kapsarken, eşitlik kurumları sadece ayrımcılık ile mücadele etmektedir. İlk eşitlik kurumunun, Amerika Eşit Çalışma Fırsatları Komisyonu ismiyle ABD'de kurulduğu kabul edilmektedir.¹⁴ Buna rağmen eşitlik kurumları, AB'nin katkılarıyla gelişmiştir ve ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik konusu AB mevzuatında öne çıkan ilkelere biri olup eşitlik kurumlarının kurumsal yapılanmasında AB direktifleri rol oynamaktadır.¹⁵

Paris Prensipleri, ÜİHK'ların nasıl yapılandırılacağına ilişkin belirli bir model düzenlememektedir,¹⁶ aynı şekilde AB direktiflerinde de eşitlik kurumları için tek bir model öngörülmemektedir.¹⁷ Dolayısıyla bu kurumlar, Ombudsman Modeli, Danışma Komitesi Modeli, Enstitü Modeli ve Komisyon Modeli gibi farklı modeller ile karşımıza çıkabilmektedir.¹⁸

9 İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunmasına İlişkin Ulusal Kurumlar Uluslararası İş Birliği Komitesi, ICC (International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights).

10 Eren (n 3) 32-33.

11 ‘Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)’ (Adopted by General Assembly resolution 48/134 of 20 December 1993). Belgeye bundan sonra ‘The Paris Principles’ şeklinde atf yapılacaktır. Belgenin Türkiye Büyük Millet Meclisi Kamu Denetçiliği Kurumu'nun web sitesinde yer alan Türkçe çevirisi için bkz. ‘İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması için Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler (Paris Prensipleri)’ (*ombudsman.gov.tr*) <<https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/717Paris-Prensipleri.pdf>> Erişim Tarihi 18.06.2021. Belgeye bundan sonra ‘Paris Prensipleri’ şeklinde atf yapılacaktır.

12 Eren (n 3) 93-95.

13 ‘Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurumları’ (*tihek.gov.tr*) <<https://www.tihek.gov.tr/ayrimcilikla-mucadele-ve-esitlik-kurumlari/>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

14 Dügmeçi (n 2) 39; Bruno De Witte, ‘National Equality Institutions and the Domestication of EU Non-Discrimination Law’ (2011) 18(1-2) Maastricht Journal of European and Comparative Law 157, 159-160.

15 ‘Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurumları’ (*tihek.gov.tr*) <<https://www.tihek.gov.tr/ayrimcilikla-mucadele-ve-esitlik-kurumlari/>> Erişim Tarihi 18.06.2021; De Witte (n 14) 158-159.

16 Abdurrahman Eren, ‘National Human Rights Institutional Models in Comparative Law and the Case of Turkey’ (2011) 15(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 165, 171.

17 De Witte (n 14) 172.

18 Dügmeçi (n 2) 50-63.

B. Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının İş Dünyası ve İnsan Hakları Perspektifinden İncelenmesi

1. Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının İş Dünyası ve İnsan Hakları Alanındaki Büyüyen Önemi

Son yıllarda UİHK'ların iş dünyası ve insan hakları perspektifinden özel ve önemli rolü giderek artan bir şekilde dikkat çekmeye başlamıştır.¹⁹ Gerçekten de iş dünyası ve insan hakları alanının gelişiminin ve bu konudaki temel belgelerden biri olan BM Rehber İlkeleri'nin etkili olarak uygulanmasının sağlanması, hükümetler, iş dünyası, hükümetler arası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarından oluşan çok paydaşlı bir süreci gerektirmektedir.²⁰ Paris Prensipleri'nin öngördüğü şartları sağlayan UİHK'lar ise bağımsız, erişilebilir ve çoğulcu yapılarıyla bu bağlamda büyük bir potansiyele sahiptirler. Bu kurumlar geleneksel bir anlayışla devletlerin sebebiyet verdikleri insan hakları ihlallerine odaklanmak üzere kurulmuşlardır.²¹ Ancak iş dünyası ve insan hakları alanının kazandığı ivme ile birlikte artık insan hakları konusundaki uzmanlık ve yetkilerini iş dünyasının neden olduğu ihlalleri çözmek üzere de kullanmaya başlamışlardır.²² Bu durumun sonucu olarak, UİHK'ların hükümete karşı olduğu kadar iş dünyasına karşı da bağımsızlığının büyük bir önem arz ettiği vurgulanmalıdır.²³

2. Paris Prensipleri'nin İş Dünyası ve İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi

Paris Prensipleri, UİHK'ları, insan haklarını iş dünyası ile bağlantılı ihlallere karşı da korumak üzere açıkça yetkilendirmemektedir.²⁴ Surya Deva'ya göre bunun nedeni muhtemelen insan hakları hukukunun devlet merkezli yapısından kaynaklanmaktadır.²⁵ Ancak Paris Prensipleri aynı zamanda bu kurumların iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini ele almasını da yasaklamamaktadır.²⁶ Ayrıca devletlerin insan hakları hukukundan kaynaklanan pozitif yükümlülükleri gereğince bireyin insan haklarının devlet-dışı aktörler tarafından ihlal edilmesini önleme yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁷

19 Nora Gotzmann and Sébastien Lorion, *National Human Rights Institutions and Access to Remedy in Business and Human Rights Part 1: Reviewing The Role and Practice of NHRIS* (1th edn, The Danish Institute for Human Rights 2020) 8 (<https://www.humanrights.dk/publications/national-human-rights-institutions-access-remedy-business-human-rights>) Erişim Tarihi 18.06.2021.

20 Veronika Haász, 'The Role of National Human Rights Institutions in the Implementation of the UN Guiding Principles' (2013) 14(3) *Human Rights Review* 165, 166.

21 Meg Brodie, 'Pushing the Boundaries: The Role of National Human Rights Institutions in Operationalising the 'Protect, Respect and Remedy' Framework' in Radu Mares (ed), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation* (The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 2011) 245.

22 ibid 245.

23 ibid 249.

24 Surya Deva, 'Corporate human rights abuses: what role for national human rights violations' in Hitoshi Nasu and Ben Saul (eds), *Human Rights in the Asia-Pacific Region: Towards Institution Building* (Routledge 2011) 241.

25 ibid.

26 ibid.

27 ibid.

Dolayısıyla UİHK'ların yetkilerinin iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini de ele alacak şekilde genişlemesinin önünde uluslararası insan hakları hukuku ve Paris Prensipleri bakımından bir engel yoktur.²⁸

Hatta Meg Brodie makalesinde, Paris Prensipleri'nin UİHK'ları iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini de ele almaları hususunda dört özel nokta ile teşvik ettiğinden bahsetmiştir.²⁹ Buna göre belgede, “yetkileri ve görevleri” başlıklı birinci ve ikinci maddelerde, bir ulusal kuruma insan haklarını geliştirme ve koruma yetkilerinin verilmesi ve bu kurumun görevlerinin mümkün olduğunca geniş ve açıkça belirlenmiş olması gerektiğinden bahsedilmiştir.³⁰ Gene aynı başlık altında, 3 (a) (ii) maddesinde, “*Uygun gördükleri insan hakları ihlalleri vakalarına el koyarlar*” (*Any situation of violation of human rights which it decides to take up*) cümlesine yer verilmiştir.³¹ Dolayısıyla bu ifadelerden UİHK'ların yetkilerinin mümkün olduğunca geniş olması ve sadece devletlerin sebebiyet verdiği insan hakları ihlalleri ile sınırlandırılmaması gerektiği anlaşılmaktadır.³²

Paris Prensipleri'nde, “işleyiş biçimleri” başlığı altında, UİHK'ların hem devlet ile hem de devlet-dışı aktörlerle ilişki kuracağı ve bunun için yetkilendirilmeleri gerektiği belirtilmiştir.³³ Bu bağlamda kurumlarla ilgili, (a) ve (b) hükümlerinde “...*yetki alanlarına giren bütün konuları özgürce araştırmalıdır*” ve “*Kendi yetkileriyle ilgili durumları değerlendirmek için gerekli bütün kişileri dinlemeli, bütün bilgi ve belgeleri edinmelidirler*” düzenlemelerine yer verilmiştir.³⁴ İlgili hükümler, UİHK'ların, insan hakları ihlallerini işlediği iddia edilen şirketlerden bizzat bilgi sağlama veya bu şirketler hakkında bilgi toplama yetkisini düzenlemesi açısından önemlidir.³⁵ Böylece kurumların bütün aktörlerden ve sektörlerden bilgi alması gerektiği ve hatta bazen bunun zorunlu olabileceği açıklığa kavuşturulmuştur.³⁶

Gene aynı başlık altında, (f) hükmünde, kurumlarla ilgili: “*Yargı gücü olsun-olmasın insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasıyla yükümlü diğer organlarla (özellikle de ombudsman, arabulucu ve buna benzer organlarla) karşılıklı olarak danışma ilişkileri sürdürülmelidir*” düzenlemesine yer verilmiştir.³⁷ Bu hüküm ile UİHK'ların izole olarak faaliyet göstermemelerine ve iş birliği içinde olmaları gereken diğer kurumların

28 ibid.

29 Brodie (n 21) 250.

30 ibid; ‘Paris Prensipleri’ 1.

31 ibid; ‘The Paris Principles’.

32 Brodie (n 21) 250.

33 ibid.

34 ‘Paris Prensipleri’ 3.

35 Brodie (n 21) 250-251.

36 ibid 251.

37 ‘Paris Prensipleri’ 3.

varlığına dikkat çekilmiştir.³⁸ İlgili diğer kurumlar maddede sayılanlarla birlikte, OECD Çok Uluslu Şirketler için Rehber İlkeleri'nin bünyesindeki ulusal bağlantı noktaları ve BM Küresel Mutabakatı (*UN Global Compact*) yerel ağları olabilir.³⁹ Bir ülkede, belirtilen bu kurumlar ve UİHK'lar arasında anlamlı bir iş birliğinin ve danışma ilişkilerinin sürdürülmesi, iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önlenmesinde ve ihlal gerçekleşmişse de sonrasında etkili çözüm yollarına erişimin temin edilmesinde güçlü adımların atılmasını sağlayabilir.

Paris Prensipleri'nde, "oluşturulma biçimleri ve bağımsızlık ile çoğulculuk güvenceleri" başlığı altında kurumların oluşturulmasında ve üyelerinin belirlenmesinde çoğulculuğun ve bağımsızlığın sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.⁴⁰ Brodie, bu düzenleme ile UİHK'ların yapılarının oluşturulma sürecine iş dünyasının temsilcilerinin de katılımının sağlanabileceğine dikkat çekmiştir.⁴¹ Bu bağlamda belgede özellikle iş dünyasına dair bir vurgu yer almamakla birlikte, 1 (a) hükmünde geçen "...örneğin hukukçu, hekim, gazeteci ve bilim insanlarını bir araya getiren sosyal-mesleki kuruluşların" ifadesi, iş dünyasının temsilcilerini de içerecek biçimde yorumlanabilir.⁴² İş dünyasının temsilcilerinin UİHK'ların yapısına bu şekilde dahil olması, iş dünyası nezdinde insan hakları konusundaki farkındalığı artırabilir ve özel sektörün UİHK'ların yetkisini benimsemesini teşvik edebilir.⁴³

Sonuç olarak, Paris Prensipleri, UİHK'ların iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini ele almaları gerektiğini açıkça düzenlememekle birlikte kurumlara bu yetkiyi dolaylı olarak vermektedir.⁴⁴ Dolayısıyla UİHK'lar için iş dünyasının neden olduğu mevcut veya potansiyel insan hakları ihlalleri hakkında çalışmalar yapmalarını temin edecek gerekli zemin mevcuttur.⁴⁵ Ruggie tarafından da ifade edildiği gibi, dünyada bazı UİHK'ların yetkileri, onları iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri üzerinde çalışmaktan alıkoyabilir ancak çoğu kurum için aslında bu sadece bir tercih, gelenek ve kapasite sorunudur.⁴⁶

3. Edinburgh Deklarasyonu

2008 yılında UİHK'lar, Kopenhag'da iş dünyası ve insan hakları konusunda bir toplantı yapmışlardır ve bu toplantıda UİHK'ların iş dünyası alanında insan haklarının

38 Brodie (n 21) 251.

39 ibid.

40 'Paris Prensipleri' 2.

41 Brodie (n 21) 251.

42 ibid; 'Paris Prensipleri' 2.

43 Brodie (n 21) 251.

44 ibid 252.

45 ibid.

46 UNHRC 'Business and Human Rights: Towards Operationalizing the "Protect, Respect and Remedy" Framework', Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises' (22 April 2009) UN Doc A/HRC/11/13, para. 103.

korunması ve geliştirilmesi için yürütebilecekleri faaliyetlere ilişkin bir yol haritası oluşturulmuştur.⁴⁷ Ayrıca GANHRI⁴⁸ çatısı altında iş dünyası ve insan hakları alanında bir çalışma grubu kurulması da tavsiye olarak ileri sürülmüştür.⁴⁹ Bunu takip eden süreçte GANHRI'ye bağlı olarak iş dünyası ve insan hakları alanına özgülenmiş bir çalışma grubu 2009 yılında kurulmuştur.⁵⁰ Bu çalışma grubu, GANHRI çatısı altında kurulan ilk tematik çalışma grubu olması hasebiyle kurumun konuya verdiği önemi de göstermektedir.⁵¹ Çalışma grubunun amacı ÜİHK'ların iş dünyası ve insan hakları alanındaki meseleleri ele almak bakımından kapasitelerini hem ulusal hem de uluslararası düzlemde geliştirmektir.⁵²

Bu bağlamdaki önemli gelişmelerden biri, GANHRI'nin, İskoçya'da, Ekim 2010'da gerçekleştirdiği 10. uluslararası toplantısında Edinburgh Deklarasyonu'nun kabul edilmesidir.⁵³ Belgede ÜİHK'lar ve GANHRI bölgesel ağları, iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine karşı daha etkili bir korumayı, iş dünyasının insan haklarına saygılı olarak faaliyet göstermesini, mağdurlar nezdinde adalete erişimi ve iş dünyası ve insan hakları açısından çok paydaşlı bir yaklaşımı sağlamak bakımından teşvik edilmiştir.⁵⁴

Edinburgh Deklarasyonu iş dünyası ve insan hakları alanında ÜİHK'lar tarafından yürütülebilecek çeşitli görevleri düzenlemiştir. Belgedeki bazı önemli noktalar şunlardır: "Geliştirme/Eğitim/Araştırma" başlığı altında, ÜİHK'ların tüm paydaşların iş dünyası ve insan hakları konusundaki farkındalığının yükselmesi için çalışmalar yapmaları gerektiği belirtilmiştir.⁵⁵ Bu bağlamda, devletlere iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önlenmesi için gerekli yasal mevzuat hakkında tavsiyeler vermek ve iş dünyasına da insan haklarına saygılı olarak iş faaliyetleri yürütmesinde rehberlik etmek sayılmıştır.⁵⁶ "İzleme" başlığı altında ulusal yargı yetkisi kapsamında faaliyet gösteren veya kayıtlı olan şirketler tarafından sebebiyet verilen insan hakları ihlallerinin izlenmesi ve belgelenmesi ve şirketlerden ve özel sektörden etkilenenlerin, özellikle yoksul, hassas ve ötekileştirilmiş kişilerin, adalete erişiminin koşullarının

47 Haász (n 20) 173.

48 Kurumun o zamanki adı ICC idi.

49 Haász (n 20) 173.

50 'Working Group on Business and Human Rights' (*ganhri.org*) <<https://ganhri.org/working-group-business-and-human-rights/>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

51 Brodie (n 21) 255.

52 "The purpose of the Working Group is to create capacity building actions for NHRI and regional networks on business and human rights, including in the priority areas identified by NHRIs; strengthen NHRI advocacy in international and regional events on business and human rights and enhance NHRI visibility and communication on relevant information and best practices on business and human rights.", 'Working Group on Business and Human Rights' (*ganhri.org*) <<https://ganhri.org/working-group-business-and-human-rights/>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

53 'The Edinburgh Declaration' (International Co-Ordinating Committee Of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights (ICC)) (*ohchr.org*) <https://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/NHRI/Edinburgh_Declaration_en.pdf> Erişim Tarihi 18.06.2021, Belgeye bundan sonra 'Edinburgh Deklarasyonu' şeklinde atıf yapılacaktır.

54 'Edinburgh Deklarasyonu' art. 13.

55 ibid art. 13.A.

56 ibid art. 13.A.

değerlendirilmesi hüküm altına alınmıştır.⁵⁷ “Şikâyet Başvurularının Kabul Edilmesi” başlığı altında, ÜİHK’ların iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine ilişkin şikâyet başvurusu kabul edebilmesine dair düzenlemeler ve mağdurların çözüm yollarına erişimini kolaylaştırmak için yapabilecekleri faaliyetler yer almıştır.⁵⁸ “Arabuluculuk ve Uzlaştırma” başlığı altında kurumların, işletmeler, sendikalar, hükümetler ve iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin mağdurları arasında arabuluculuk yapması ve çözüm ve tazminat arayan mağdurlara yardımcı olması gereklilikleri düzenlenmiştir.⁵⁹ Bunlara ek olarak ÜİHK’ların, BM Küresel Mutabakatı yerel ağları, sendikalar ve ulusal, bölgesel ve uluslararası kuruluşlar da dahil olmak üzere kurumsal sosyal sorumluluk alanındaki kuruluşlarla iş birliği yapabileceği ifade edilmiştir.⁶⁰

4. BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına dair Rehber İlkeler ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları

BM, ÜİHK’ların insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından ehemmiyetini pek çok kararında vurgulamıştır.⁶¹ Aynı şekilde bu kurumların iş dünyası ve insan hakları bakımından da potansiyel gücü kabul edilmiş ve 2011 tarihli İnsan Hakları Konseyi kararında, Paris Prensipleri ile uyumlu ÜİHK’ların iş dünyası ve insan haklarıyla ilgili önemli rolünün memnuniyetle karşılanacağı ve ÜİHK’ların bu rolü etkin bir şekilde yerine getirme kapasitelerini daha da geliştirmeye teşvik edileceği vurgulanmıştır.⁶² BM İnsan Hakları Komisyonu’nun bu açıklaması, GANHRI çatısı altında kurulan çalışma grubunun, ÜİHK’ların iş dünyası ve insan hakları bakımından üstlenebileceği rol hakkındaki iki yıllık savunuculuğunu takiben yapılmıştır.⁶³ Dolayısıyla çalışma grubu, ÜİHK’ların iş dünyası ve insan hakları konusundaki işlevlerine dair bir farkındalık yaratmayı başarmıştır. Aynı şekilde ÜİHK’lar, BM Rehber İlkeleri’nin hazırlanması sürecine de katkıda bulunmuşlar ve BM Rehber İlkeleri’nin üç unsurunda da ÜİHK’lara atıf yapılmasında pay sahibi olmuşlardır.⁶⁴

Gerçekten de bu kurumlar bireysel olarak veya GANHRI aracılığıyla BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi’ne, İnsan Hakları ve Ulusötesi Şirketler ve Diğer Ticari

57 ibid art. 13.B.

58 ibid art. 13.C.

59 ibid art. 13.D.

60 ibid art. 14.

61 Nora Gotzmann and Claire Methven O’Brien, *Business and Human Rights A Guidebook for National Human Rights Institutions* (1th edn, International Coordinating Committee of National Human Rights Institutions (ICC), Danish Institute for Human Rights (DIHR) 2013) 20 (*nanhri.org*) <<https://www.nanhri.org/wp-content/uploads/2017/02/Business-Human-Rights-Guide-Book.pdf>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

62 ibid; UNHRC ‘Human rights and transnational corporations and other business enterprises’ (2011) UN Doc A/HRC/RES/17/4, para. 10.

63 Gotzmann and O’Brien (n 61) 20.

64 Haász (n 20) 174.

Teşebbüsler ile ilgili BM Çalışma Grubu'na⁶⁵ ve BM İnsan Hakları Konseyi'ne bu konu hakkında birden fazla kez sunum yapmışlardır.⁶⁶ Sonuç olarak, BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi John Ruggie, UİHK'ların bu bağlamdaki değerli rolünü kabul etmiş⁶⁷ ve “koruma, saygı gösterme ve çözüm üretme” unsurlarına dayanan Çerçevesi'nde, UİHK'lara, “devlet temelli yargısal olmayan şikâyet mekanizmaları” başlığı altında bir çözüm yolu olarak yer vermiştir.⁶⁸ Ancak GANHRI'ye göre UİHK'ları sadece şikâyet mekanizmaları olarak kabul etmek hatalı bir tutumdur ve UİHK'ların oynayabileceği potansiyel rollerin etkisini de azaltmak demektir.⁶⁹ Zira dünyadaki bütün UİHK'lar şikâyet başvurusu kabul etmemektedir ya da şikâyet başvurusu kabul edenlerin bazılarının da yetkileri iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini kapsamamaktadır.⁷⁰ Dolayısıyla UİHK'ların iş dünyası ve insan hakları bakımından yürütebilecekleri faaliyetleri sadece çözüm yolları kapsamında düşünmek, aslında şikâyet mekanizmasına sahip olmayan UİHK'ları bu bağlamda kağıt üzerinde yok saymak anlamına gelmektedir. GANHRI, bu sebeple, UİHK'ların koruma ve saygı gösterme unsurlarında da önemli katkılar sağlayabileceğine dair anlayışı geliştirmek amacıyla çeşitli çalışmalar yürütmüştür.⁷¹ Sonuç olarak bu “*lobi faaliyetleri*” başarıyla sonuçlanmış ve BM Rehber İlkeleri'nde, UİHK'lara üç unsur kapsamında da işlevler tanınmıştır.⁷²

BM Rehber İlkeleri'nde, UİHK'lara atıf yapılırken Paris Prensipleri ile uyumlu olma vurgusu yapılmıştır.⁷³ Dolayısıyla burada A statüsüne sahip olmayan UİHK'ların BM Rehber İlkeleri'nin uygulanması sürecine katkıda bulunup bulunamayacağına dair bir soru gündeme gelmektedir.⁷⁴ Kanımızca, BM Rehber İlkeleri'nin uygulanmasında sadece A statüsüne sahip olan UİHK'ların rol oynayabileceğini kabul etmek bizzat BM Rehber İlkeleri'nin amacına ters düşer.⁷⁵ Zira halihazırda dünyada A statüsüne sahip olmayan UİHK'lar da bulunmaktadır.⁷⁶ BM Rehber İlkeleri'nde, Paris Prensipleri'ne

65 Çalışma Grubu hakkında daha detaylı bilgi için şu web sitesi incelenebilir. Bkz. ‘Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises’ (ohchr.org)

<<https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/wghrandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

66 Haász (n 20) 174.

67 ibid.

68 ibid; UNHRC ‘Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie’ (2008) UN Doc A/HRC/8/5, paras.96,97.

69 Haász (n 20) 174.

70 ibid.

71 ibid.

72 ibid 176.

73 “*National human rights institutions that comply with the Paris Principles...*”, United Nations (2011) UN Guiding Principles on Business and Human Rights Implementing the United Nations: “Protect, Respect and Remedy” Framework, HR/PUB/11/04, 6.

74 Haász (n 20) 176.

75 ibid.

76 GANHRI'nin güncel verilerine göre şu anda 84 UİHK A statüsüne, 33 UİHK ise B statüsüne sahiptir. Bkz. ‘Members’ (ganhri.org) <<https://ganhri.org/membership/>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

vurgu yapılarak UİHK'lar için bağımsızlık, meşruluk, güvenilirlik gibi kriterlerin önemine dikkat çekilmiştir.⁷⁷ Paris Prensipleri ile uyumlu olan bir UİHK'nın bağımsız ve BM Rehber İlkeleri'nde düzenlenen görevleri yerine getirebilecek güce ve yetkiye sahip olduğu kabul edilmiştir.⁷⁸ Dolayısıyla A statüsüne sahip olmayan UİHK'lar hem Paris Prensipleri ile uyumlu şekilde faaliyet göstermeye çalışarak akreditasyon sürecini tamamlamaya hem de BM Rehber İlkeleri'nde yer alan görevleri yerine getirmeye çaba göstermelidir. Zaten yukarıda da değindiğimiz gibi Paris Prensipleri, UİHK'ları iş dünyası ve insan hakları alanında faaliyet göstermeye, dolaylı da olsa, teşvik etmektedir. Yani BM Rehber İlkeleri'nde UİHK'lar için tanımlanan görevleri üstlenen bir UİHK aslında bir taraftan Paris Prensipleri'nin gerekliliklerini de yerine getirmiş olacaktır.

Ayrıca şu hususa da dikkat çekilmelidir ki, UİHK'ların BM Rehber İlkeleri'nde düzenlenen bu görevleri etkili olarak tamamlayabilmelerinin önünde bazı tatbiki zorluklar bulunmaktadır.⁷⁹ Bu zorluklar, UİHK'ların kaynak, kapasite ve şirket aktivitelerine ve işleyişine dair bilgi eksikliğinden doğabilir ve UİHK'lara iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine ilişkin de işlevlerin tanınması onlar için ağır bir iş yüküne yol açabilir.⁸⁰ Dolayısıyla devletlerin UİHK'ları, bu zorlukların üstesinden gelmelerini sağlamak için desteklemeleri ve onlara gerekli kaynakları ayırmaları gereklidir.

Şimdi BM Rehber İlkeleri'nde yer alan, koruma, saygı gösterme ve çözüm üretme unsurlarından hareket ederek UİHK'ların bu unsurların her birinde hangi işlevleri yürütebileceğini inceleyeceğiz.

a. Devletin İnsan Haklarını Koruma Görevi

BM Rehber İlkeleri'nde, bu unsur altında, devletlerin bireylerin insan haklarının devlet-dışı aktörler tarafından ihlal edilmesini önlemesine dair pozitif yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. “*İnsan hakları ihlallerine özel kişilerin de sebebiyet verebileceği gerçeği insan haklarının dikey etkisi ve yatay etkisi kavramları kapsamında incelenmektedir.*”⁸¹ Bu bağlamda bireyin haklarının devlet-dışı aktörler tarafından ihlal edilmesi insan haklarının yatay etkisi bağlamında açıklanmaktadır.⁸² Devlet-dışı aktörler bir insan hakları ihlaline sebebiyet verdiğinde, insan hakları hukukunun devlet merkezli yapısına -yani yegâne yükümlünün devlet olduğuna dair anlayışına- göre sorumlu olan taraf ilgili özel kişi değil, üzerine düşen pozitif

77 Brodie (n 21) 256.

78 ibid.

79 Nicola Jägers, ‘National Human Rights Institutions: The Missing Link in Business and Human Rights Governance?’ (2020) 14(3) ICL Journal 289, 309.

80 ibid.

81 Betül Karagedik, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğü* (1th edn, On İki Levha 2021) 11.

82 Oya Boyar, ‘Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki’ in Sibel Inceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Beta 2013) 56.

yükümlülükleri yerine getirmediği/getiremediği için devlet olmaktadır.⁸³ Sonuç olarak devletlerin bireyleri devlet-dışı aktörlerden gelebilecek ihlallere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu bağlamda BM Rehber İlkeleri'nde, "Devletin Genel Yasal ve Politika İşlevleri" başlıklı üçüncü maddesinin yorumunda UİHK'ların rolüne değinilmiştir.⁸⁴ Buna göre "*Paris İlkelerini kabul eden insan hakları ulusal kurumları, ilgili yasaların insan hakları yükümlülükleri ile uyumlu olup olmadığının ve etkili şekilde uygulanıp uygulanmadığının belirlenmesinde, devletlere destek olma ve ticari şirketler ile devlet dışı aktörlere insan hakları ile ilgili rehberlik sağlama konularında önemli bir role sahiptir.*"⁸⁵ UİHK'lara bu düzenleme ile çift taraflı bir rol tanınmıştır. Yani hem ilgili yasaların insan hakları ile uyumlu olup olmadığının belirlenmesinde ve yasaların etkili olarak işleyip işlemediğinin saptanmasında devletlere destek olmaları hem de iş dünyasına insan hakları ile ilgili rehberlik sağlamaları gereklilikleri düzenlenmiştir.

UİHK'lar, BM Rehber İlkeleri'ndeki devletin koruma görevi unsuru çerçevesinde farklı işlevler yürütebilirler.⁸⁶ Devletleri kendi topraklarındaki veya yargı yetkilerindeki mevcut veya potansiyel iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri hakkında bilgilendirebilirler ve devletlere bu ihlallerin önüne geçmek için gerekli yasal mevzuat veya politikalar hakkında tavsiye verebilirler.⁸⁷

Devletin koruma görevi unsuru kapsamında UİHK'ların yürütebileceği önemli işlevlerden biri de iş dünyası ve insan hakları hakkındaki ulusal eylem planlarının hazırlanmasında devletleri teşvik etmek ve desteklemektir.⁸⁸ "*Ulusal eylem planları, bir devletin belirli bir politika alanı veya konuyla ilgili uluslararası, bölgesel veya ulusal yükümlülüklerin ve taahhütlerin uygulanmasını desteklemek için benimseyeceği öncelikleri ve eylemleri ifade ettiği politika belgeleridir.*"⁸⁹ İş dünyası ve insan hakları

83 ibid 60.

84 'İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler Birleşmiş Milletler "Koruma, Saygı Gösterme ve Telafi Edici Çözüm Üretme" Çerçevesinin Uygulanması', Çeviren Eda Tüzemen, Katkı Verenler Çağlar Özbek, Saniye Dedeoğlu, Fatma Özdemir Uluç, 4 (*etkiniz.eu*) <<https://etkiniz.eu/wp-content/uploads/2021/01/BM-is-dunyasi-ve-insan-haklari.pdf>> Erişim Tarihi 19.06.2021. Belgeye bundan sonra 'BM Rehber İlkeleri' şeklinde atıf yapılacaktır.

85 ibid 4. Burada 84 numaralı dipnotta atıf yapılan çeviriden alıntı yapılmıştır ancak ilgili cümledeki "*National human rights institutions that comply with the Paris Principles*" ifadesi için "*Paris İlkelerini kabul eden insan hakları ulusal kurumları*" yerine "*Paris İlkeleri ile uyumlu insan hakları ulusal kurumları*" çevirisini kullanmak, hem orijinal metne daha sadık hem de anlam olarak daha doğru olacaktır. Çünkü bir ulusal insan hakları kurumunun Paris Prensipleri'ni kabul etmemek gibi bir tercihte bulunacağı düşünülemez, doğru olan kurumların Paris Prensipleri ile uyumlu olmamasıdır. Mesela TİHEK de henüz A statüsüne sahip değildir. Ancak TİHEK, Paris Prensipleri'ni kabul etmediği için değil, henüz nispeten yeni bir kurum olduğundan ve bu ilkelere daha tam olarak uyum sağlayamadığından dolayı akreditasyon sürecini tamamlamamıştır.

86 Gotzmann and O'Brien (n 61) 32.

87 ibid.

88 Northern Ireland Human Rights Commission and Institute for Human Rights and Business, *A Guide to Business and Human Rights for Commonwealth Forum National Human Rights Institutions* (Commonwealth Forum of National Human Rights Institutions 2018) 21 (*cfnhri.org*) <https://cfnhri.org/wp-content/uploads/2020/01/Guide_to_BHR_for_CFNHRIs_final.pdf> Erişim Tarihi 19.06.2021.

89 Paloma Muñoz Quick and Elin Wrzoncki, *National Action Plans on Business and Human Rights Toolkit* (1th edn, The Danish Institute for Human Rights (DIHR), The International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) 2017) 11 (*humanrights.dk*) <<https://www.humanrights.dk/publications/national-action-plans-business-human-rights-toolkit-2017-edition>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

alanında ulusal eylem planlarının önemine ilişkin büyüyen bir uluslararası konsensüs bulunmaktadır.⁹⁰ 2014 tarihli bir İnsan Hakları Konseyi kararında, bütün devletler, BM Rehber İlkeleri'nin etkili olarak uygulanmasını sağlamak için iş dünyası ve insan hakları konusunda ulusal eylem planlarının hazırlanması da dahil olmak üzere, gerekli adımları atmaya teşvik edilmiştir.⁹¹ Nitekim halihazırda bazı devletler bu konuya özgülünen ulusal eylem planları hazırlamaktadırlar.⁹²

İş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önüne geçme amacını taşıyan bu eylem planlarının içeriğinin ve nasıl uygulanacağını saptanmasında ÜİHK'lar aktif bir rol üstlenerek devletleri yönlendirebilirler. Ulusal eylem planlarının hazırlanma sürecinde hükümetlere danışmanlık yapabilirler veya doğrudan ilgili hükümet birimleri ile iş birliği halinde çalışabilirler.⁹³ Ulusal eylem planlarının etkili olmasının yolu onların her devletin kendi iç dinamiklerine ve hukuki önceliklerine uygun olmasından geçmektedir.⁹⁴ Devletlerin kendi ÜİHK'ları, onların ihtiyaç duyduğu hukuki düzenlemeleri en doğru şekilde saptayabilecek durumda olduğu için ÜİHK'lar ulusal eylem planları hazırlanmasında önemli bir konumda bulunmaktadır.

b. Şirketlerin İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu

BM Rehber İlkeleri'nin ikinci unsurunda şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu yer almaktadır. Saygı gösterme sorumluluğu kapsamında düzenlenen insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü (*due diligence*) kavramı özellikle önemlidir.⁹⁵ Bu kavrama göre ticari teşebbüsler, insan hakları üzerindeki olumsuz etkilerini tespit etmeyi, önlemeyi, azaltmayı ve bu ihlalleri nasıl ele aldığını açıklamayı kapsayan insan haklarına ilişkin bir özen yükümlülüğüne sahiptir.⁹⁶ Madde kapsamında insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü çok adımlı bir süreci ifade etmektedir ve bu süreç mevcut ve potansiyel insan hakları ihlallerinin etkilerini değerlendirmeyi, bulguları bütünleştirmeyi ve bunlara göre hareket etmeyi, sonuçları izlemeyi ve etkilerin nasıl ele alındığını duyurmayı içermelidir.⁹⁷

90 Northern Ireland Human Rights Commission and Institute for Human Rights and Business (n 88) 22.

91 UNHRC 'Human rights and transnational corporations and other business enterprises' (2014) UN Doc A/HRC/RES/26/22, para. 2.

92 Örneğin 16 Ekim 2020 tarihinde Japonya iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bir ulusal eylem planı kabul etmiştir. Bkz. 'Japan's first National Action Plan on Business and Human Rights' (*bizhumanrights.asia-pacific.undp.org*, 16 November 2020) <<https://bizhumanrights.asia-pacific.undp.org/content/bizhumanrights/en/home/news-centre/japan-s-first-national-action-plan-on-business-and-human-rights.html>> Erişim Tarihi 19.06.2021. İş dünyası ve insan hakları konusunda ulusal eylem planı kabul eden devletlere ilişkin detaylı veriler için bkz. 'State National Action Plans on Business and Human Rights' (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

93 Northern Ireland Human Rights Commission and Institute for Human Rights and Business (n 88) 22.

94 ibid.

95 Özge Yücel Dericiler, 'Şirketlerin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?' (2018) 6(11) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 67.

96 'BM Rehber İlkeleri' art. 17.

97 ibid art. 17.

BM Rehber İlkeleri’nde, ticari teşebbüslerin her durumda insan haklarına saygılı olarak faaliyet göstermesi gerekliliğinin düzenlendiği 23. maddenin yorumunda: “*En iyi nasıl müdahale edileceğinin belirlenmesinde genellikle, sadece şirket içindeki uzmanlıklardan ve görevler arası istişarelerden yararlanmaya değil, kamudan, sivil toplumdaki, ulusal insan hakları kuruluşlarından ve ilgili çok-paydaşlı girişimlerden güvenilir ve bağımsız uzmanlara danışmaya dikkat edeceklendir*”⁹⁸ düzenlemesine yer vermiştir. BM Rehber İlkeleri’nde, devletin insan haklarını koruma görevi unsurunda da yine UİHK’ların ticari teşebbüslere insan haklarına saygılı olarak faaliyet göstermeleri konusunda rehberlik sağlayabileceğine değinilmiştir.

UİHK’ların BM Rehber İlkeleri’nin saygı gösterme unsuru çerçevesinde yürütebileceği işlevlere örnek olarak şunlar sayılabilir: UİHK’lar, iş dünyasını BM Rehber İlkeleri hakkında bilgilendirebilirler ve iş dünyasına insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü (*due diligence*) hakkında gerekli teknik destek ve bilgiyi sağlayabilirler.⁹⁹ Sivil toplum kuruluşları, işçi ve işveren örgütleri, iş dünyasının temsilcilerinden oluşan farklı paydaşlar arasında iş dünyası ve insan hakları hakkındaki farkındalığı yükseltmek üzere bir diyalog geliştirebilirler.¹⁰⁰ İş dünyasına bu konuda rehberlik sağlayabilecek materyaller üretebilirler ve kapasite geliştirme eğitimleri verebilirler.¹⁰¹

c. Çözüm Yollarına Erişim

BM Rehber İlkeleri’nde yer verilen üçüncü unsur, iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri mağdurları için etkili çözüm yollarına erişimin temin edilmesidir. Bu hem devletlere hem de iş dünyasına yüklenmiş bir yükümlülüktür. BM Rehber İlkeleri’nde, çözüm yollarına erişim başlığı altında, devlet temelli yargısal mekanizmalar¹⁰², devlet temelli yargısal olmayan şikâyet mekanizmaları¹⁰³ ve devlet temelli olmayan şikâyet mekanizmaları¹⁰⁴ düzenlenmiştir. Belgede 31. maddede ise hem devlet temelli hem de devlet temelli olmayan şikâyet mekanizmalarının etkililiğinin sağlanması için gerekli bazı kriterler düzenlenmiştir. Bu kriterler, meşruluk, erişilebilirlik, öngörülebilirlik, adil olmak, şeffaflık, haklarla uyumlu olmak ve sürekli öğrenmenin bir kaynağı olmaktır.¹⁰⁵

Dünyadaki bütün UİHK’lar, insan hakları ihlali iddiası ile ilgili şikâyet başvurusu kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu yetkiye sahip olan kurumlar ise devlet temelli yargısal olmayan şikâyet mekanizmaları olarak sınıflandırılabilir. Yargısal olmayan

98 ibid art. 20.

99 Northern Ireland Human Rights Commission and Institute for Human Rights and Business (n 88) 31.

100 ibid.

101 ibid.

102 ‘BM Rehber İlkeleri’ art. 26.

103 ibid art. 27.

104 ibid art. 28.

105 ibid art.31.

şikâyet mekanizmaları, yargısal süreci tamamlayıcı ve eksiklerini giderici bir niteliğe sahiptir.¹⁰⁶ Yargı organları kimi zaman yavaş işleyebilir ve iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine etkili çözümü sağlamada yetersiz kalabilir ya da bizzat hak sahipleri yargısal mekanizmalara başvurmayı tercih etmeyebilir.¹⁰⁷ Böyle durumlarda, “İş bağlantılı insan hakları ihlallerine yönelik çözümlerin hayata geçirilmesi ile ilgili boşluklar, uygun hallerde, mevcut hukuki olmayan mekanizmaların yetkilerinin genişletilmesi ve/veya yeni mekanizmaların eklenmesi ile doldurulabilir. Bunlar, konuya, söz konusu kamu yararına ve tarafların özel ihtiyaçlarına bağlı olarak, arabuluculuk temelli ya da hüküm verici olabilir; kültürel açıdan uygun ve haklara uyumlu süreçler izleyebilir; ya da bunların bir birleşimi olabilir.”¹⁰⁸ BM Rehber İlkeleri, bu bağlamda, devlet temelli yargısal olmayan şikâyet mekanizmaları olarak ÜİHK'ların önemli bir role sahip olduğunun özellikle altını çizmiştir.¹⁰⁹

2018 yılında İnsan Hakları Konseyi, İnsan Hakları ve Ulusötesi Şirketler ve Diğer Ticari Teşebbüsler ile ilgili BM Çalışma Grubu'ndan, ÜİHK'ların iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine karşı çözüm yollarına erişimi kolaylaştırmak için üstlenebileceği işlevleri analiz etmesini talep etmiştir.¹¹⁰ Çalışma Grubu bu talebe binaen dünyadaki tüm ÜİHK'lara yönelik bir anket hazırlamıştır.¹¹¹ Anket, iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine karşı etkili çözüm yollarına erişimi kolaylaştırmada ÜİHK'ların rolünü ve yetkisini, ÜİHK'ların bu bağlamda karşılaştığı zorlukları ve sınırlamaları ve gene bu kapsamda ÜİHK'ların rolünü güçlendirmek için iyi örnekleri, yenilikleri ve tavsiyeleri sorgulayan üç ana başlıktan oluşmaktadır. Ankete verilen cevaplar incelendiğinde, ÜİHK'ların iş dünyası ve insan hakları alanındaki potansiyellerini büyük ölçüde gerçekleştiremedikleri görülmektedir.¹¹² BM Rehber İlkeleri, ÜİHK'ları, iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri hakkında şikâyet başvurusu kabul etmeleri ve etkili şikâyet mekanizmaları için öngörülen diğer şartları yerine getirmeye çalışmaları konusunda desteklemektedir.¹¹³ Buna rağmen devletlerin ÜİHK'ları yarı yargısal kurumlara dönüştürme konusundaki isteksizliği veya korkusu, onların bu

106 ibid 24.

107 ibid; Merve İspirli Armağan, *Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri* (İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019) 63 <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 30.12.2021.

108 ‘BM Rehber İlkeleri’ 25.

109 ibid.

110 UNHRC ‘Business and human rights: improving accountability and access to remedy’ (2018) UN Doc A/HRC/RES/38/13, para.8.

111 Anket soruları ve ankete verilen cevaplar takip eden linkten incelenebilir. Bkz. ‘Access to Remedy- Responses’ ([ohchr.org](https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/AccessToRemedySubmissions.aspx)) <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/AccessToRemedySubmissions.aspx>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

112 Bu raporda ankete verilen cevaplar sistematik bir tablo ile sunulmuştur. Bkz. Nora Gotzmann and Sébastien Lorion, *National Human Rights Institutions and Access to Remedy in Business and Human Rights Annexes* (1th edn, The Danish Institute for Human Rights 2020) ([humanrights.dk](https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/national%20eng%20annexes.pdf))<<https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/national%20eng%20annexes.pdf>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

113 Humberto Cantú Rivera, ‘National human rights institutions and their (extended) role in the business and human rights field’ in Surya Deva and David Birchall (eds), *Research Handbook on Human Rights and Business* (Edward Elgar 2020) 498.

amacı takip etmelerini zorlaştırmaktadır.¹¹⁴ Ancak yukarıda da değinildiği gibi dünyada UİHK'ların bu bağlamdaki önemli işlevi hakkında büyüyen bir uzlaşma bulunmaktadır. 2020 yılı Temmuz ayında verilen bir İnsan Hakları Konseyi kararında, Çalışma Grubu, onun yetkisi dahilinde, UİHK'ların iş dünyası ve insan hakları konusundaki rollerini geliştirmek için çalışmaya devam etmesi konusunda teşvik edilmiştir.¹¹⁵

Çözüm yollarına erişim unsuru kapsamında hem şikâyet başvurusu kabul eden UİHK'lar hem de şikâyet başvurusu kabul etmeyen UİHK'lar farklı işlevler yürütebilirler. 22 Haziran 2021 tarihli iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri için çözüm yollarına erişimin kolaylaştırılmasında UİHK'ların rolünü inceleyen bir BM raporunda, UİHK'ların bu kapsamda üstlenebileceği işlevler doğrudan, dolaylı ve temel (*foundational*) olmak üzere üç ayrı başlık altında incelenmiştir.¹¹⁶ Rapora göre UİHK'ların yürütebileceği doğrudan görevler olarak, şikâyet başvurusu kabul etmek, ihlalleri araştırmak, kamu soruşturmasını yürütmek, uyuşmazlıklarla ilgili arabuluculuk ve uzlaştırmacılık yapmak ve tazminata hükmetmek sayılmıştır.¹¹⁷ Dolaylı görevler ise, farklı aktörlerin kapasitelerini geliştirmek, yasal yardım sağlamak, çözüm yolları ile ilgili süreçlere müdahale etmek, insan hakları savunucularını desteklemek ve BM Rehber İlkeleri'nin 29. maddesi uyarınca kurulan faaliyet düzeyinde şikâyet mekanizmalarını –devlet temelli olmayan şikâyet mekanizmalarını- gözlemlenmek şeklinde sayılmıştır.¹¹⁸ Son olarak temel görevler başlığında da haklar konusundaki farkındalığı yükseltmek, araştırmalar yürütmek, yasal reformlar tavsiye etmek, ulusal eylem planlarının geliştirilmesini ve uygulanmasını desteklemek ve hukukun üstünlüğünü güçlendirmek belirtilmiştir.¹¹⁹

5. İş Dünyası ve İnsan Haklarına İlişkin Bağlayıcı Belge Hazırlığı ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları

2014 yılında, BM İnsan Hakları Konseyi, uluslararası insan hakları hukukunda ulusötesi şirketlerin ve diğer ticari teşebbüslerin faaliyetlerini düzenlemek amacıyla hukuken bağlayıcı bir belge hazırlamak üzere hükümetler arası bir çalışma grubu kurmuştur.¹²⁰ Bugüne kadar bağlayıcı belge hazırlığına dair beş adet taslak metin ilan edilmiştir. 2017 yılında yayınlanan metinde hukuken bağlayıcı belgenin taslağına

114 ibid.

115 UNHRC 'Business and human rights: the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, and improving accountability and access to remedy' (2020) UN Doc A/HRC/RES/44/15, para. 19.

116 UNHRC 'Role of national human rights institutions in facilitating access to remedy for business-related human rights abuses, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises' (2021) UN Doc A/HRC/47/39/Add.3, para.19.

117 ibid 7.

118 ibid.

119 ibid.

120 UNHRC 'Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights' (2014) UN Doc A/HRC/RES/26/9, para.1.

yönelik unsurlara yer verilmiştir.¹²¹ Ardından 2018 yılında sıfır taslak (*zero draft*)¹²², 2019 yılında gözden geçirilmiş taslak (*revised draft*)¹²³, 2020 yılında ikinci kez gözden geçirilmiş taslak (*second revised draft*)¹²⁴ ve son olarak 2021 yılında ise üçüncü kez gözden geçirilmiş taslak (*third revised draft*)¹²⁵ yayımlanmıştır.

Belgeye dair yayınlanan taslaklar sırayla incelenirse, sıfır taslakta UİHK'lara doğrudan atıf yapılmadığı görülmektedir. Bunun yerine, 9.3 numaralı maddede iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini önleyebilmek için devletlerin etkili ulusal prosedürler düzenlemesi ve 15.1 numaralı madde de devletlerin belgenin etkili olarak uygulanmasını sağlamak üzere uygun gözlem mekanizmaları kurması gerekliliğinden bahsedilmiştir.¹²⁶ Ancak hem etkili ulusal prosedürler hem de uygun gözlem mekanizmaları devlet tarafından yürütülen veya denetlenen idari süreçlere atıfta bulunuyor şeklinde yorumlanabilir.¹²⁷ Dolayısıyla andlaşma taslağı kapsamında, sadece bu iki kavramdan hareket ederek UİHK'lara iş dünyası ve insan haklarına dair faaliyetler yürütmeleri için bir zemin sağlandığı söylenemez.¹²⁸

Bu bağlamda değinilmesi gereken önemli hususlardan biri de 2018 yılında sıfır taslağın ardından yayınlanan taslak ihtiyari protokoldür.¹²⁹ Zira bu ihtiyari protokolda olası bir iş dünyası ve insan hakları andlaşması bağlamında UİHK'lar için spesifik

121 Open-ended Intergovernmental Working Group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Elements for a Draft Legally Binding Instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (2017) Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/ RES/26/9 (*ohchr.org*) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf> Erişim Tarihi 19.06.2021.

122 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Zero Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2018) (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

123 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2019) (*ohchr.org*) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf> Erişim Tarihi 19.06.2021.

124 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Second Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2020) (*ohchr.org*) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf> Erişim Tarihi 19.06.2021.

125 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Third Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2021) (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>> Erişim Tarihi 31.12.2021.

126 Cantú Rivera (n 113) 508.

127 ibid.

128 ibid.

129 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Draft Optional Protocol to the legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2018) (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.PDF>> Erişim Tarihi 19.06.2021, Belgeye bundan sonra 'Taslak İhtiyari Protokol' şeklinde atıf yapılacaktır.

roller belirtilmiştir.¹³⁰ Protokolün birinci maddesinde taraf devletlerin her birinin bağlayıcı belgenin etkili olarak uygulanmasını sağlamak üzere bir Ulusal Uygulama Mekanizması (*National Implementation Mechanism*) belirlemesi veya kurması gerektiği düzenlenmiştir.¹³¹ Protokolün ikinci maddesinde taraf devletlerin ulusal uygulama mekanizmalarını belirlerken veya kurarken Paris Prensipleri'ni dikkate alması vurgulanmıştır.¹³² Dolayısıyla ihtiyari protokolün ikinci maddesinden hareket ederek ÜİHK'ların iş dünyası ve insan hakları bağlayıcı belgesi kapsamında Ulusal Uygulama Mekanizması olarak hareket edebileceği söylenebilir.¹³³ Protokolün üçüncü maddesinde ulusal uygulama mekanizmalarının yürütebileceği görevler düzenlenmiştir. Bu görevlerden bazıları şunlardır: kurumlar iş dünyası ve insan hakları andlaşmasının içeriğini bilinir hale getirecekler, andlaşmanın uygulanması hakkındaki farkındalığı yükseltmek için diğer ulusal kurumlar, yabancı ulusal uygulama mekanizmaları ve sivil toplum kuruluşları ile iş birliği yapacaklar ve andlaşmanın daha etkili olarak uygulanmasını ve iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önlenmesini sağlamak üzere ilgili ulusal yetkililere tavsiyelerde bulunacaklardır.¹³⁴

İhtiyari protokolün ulusal uygulama mekanizmalarına önemli görevler tanıdığı başka maddeleri de bulunmaktadır. Beşinci maddede protokole taraf devletlerin ulusal uygulama mekanizmalarına, sıfır taslakta iş dünyası için getirilen insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü gerekliliklerinin uygulanmasına ilişkin resen veya talep üzerine incelemeler yapma yetkisi vermesi gerektiği belirtilmiştir.¹³⁵ Altıncı maddede ise, emredici bir dil kullanılmadan, taraf devletlerin ulusal uygulama mekanizmalarına, ulusötesi nitelikte ticari faaliyetler yürüten gerçek veya tüzel kişiler tarafından işlendiği iddia edilen insan hakları ihlallerine dair şikâyet başvurusu kabul etme yetkisi verebileceği (*may recognize the competence*) düzenlenmiştir.¹³⁶

Humberto Cantú Rivera, andlaşma taslağında ÜİHK'ların yetkilerine ilişkin spesifik bir düzenlemeye ya da onların belgenin uygulanması bakımından potansiyel katkısına dair bir maddeye yer verildikten sonra bunların protokoldeki ek hükümler ile detaylandırılmasının daha uygun bir metot olacağını belirtmiştir.¹³⁷ Ancak elbette ihtiyari protokoldeki bu maddeler ÜİHK'ların iş dünyası ve insan hakları alanında önemli bir aktör olarak kabul görme sürecinde azımsanmayacak bir gelişmedir.¹³⁸

130 Cantú Rivera (n 113) 508.

131 'Taslak İhtiyari Protokol' art. 1.

132 ibid art. 2.

133 Cantú Rivera (n 113) 508-509; Jägers (n 79) 291.

134 'Taslak İhtiyari Protokol' art. 3.

135 ibid art. 5.

136 ibid art. 6.

137 Cantú Rivera (n 113) 511.

138 Jägers (n 79) 325.

2019 yılında yayınlanan gözden geçirilmiş taslak metinde de doğrudan UİHK ifadesi geçmemektedir. Ancak metinde iki yerde şikâyet mekanizması kavramı yer almaktadır ve bu yukarıda da değindiğimiz gibi şikâyet başvurusu kabul eden UİHK'lara rol verildiği anlamına gelmektedir. Bu kapsamda mağdurların hakları başlıklı 4.8 numaralı maddede iş dünyası ile bağlantılı bir insan hakları ihlali mağdurunun taraf devletlerin mahkemelerine ve yargısal olmayan şikâyet mekanizmalarına talepte bulunma hakkının güvence altına alınması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca uluslararası iş birliği başlıklı 11.2.a numaralı maddede de karar alıcılar, uygulayıcılar ve ulusal (*domestic*), bölgesel ve uluslararası şikâyet mekanizmalarının kullanıcıları arasında etkili teknik iş birliğini ve kapasite geliştirmeyi teşvik etme gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla insan hakları ihlali iddiası ile ilgili şikâyet başvurusu kabul eden bir UİHK, taslak metin kapsamında iş dünyası ve insan hakları konusunda faaliyetler yürütmek üzere desteklenmiş olmaktadır.

Belgenin 2020 yılında yayınlanan ikinci kez gözden geçirilmiş taslak metninde şikâyet mekanizmalarına dair bir önceki taslaktaki ile benzer düzenlemeler yer almaktadır. Dolayısıyla şikâyet başvurusu kabul eden UİHK'lar bakımından herhangi bir değişiklik olmamıştır. Ama bu taslak metinde dikkat çeken nokta UİHK'ların bir kavram olarak yer almasıdır. Bu bağlamda madde numarası değişerek 13.2.a olan uluslararası iş birliği başlıklı maddede “*Karar alıcılar, ulusal insan hakları kurumları ve uygulayıcılar ile birlikte ulusal, bölgesel ve uluslararası şikâyet mekanizmalarının kullanıcıları arasında etkili teknik iş birliğini ve kapasite geliştirmeyi teşvik etmek*”¹³⁹ hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenleme ile şikâyet başvurusu kabul eden veya etmeyen bütün UİHK'lara belge kapsamında atıf yapılmış olmaktadır. UİHK'ların andlaşma taslağında açıkça yer alması, UİHK'ların iş dünyası ve insan hakları bakımından oynayabileceği önemli rolün giderek daha fazla kabul görmeye başladığını göstermektedir.

Belgenin 2021 yılında yayınlanan üçüncü kez gözden geçirilmiş taslak metninde ulusal insan hakları kurumlarının rolüne ilişkin önceki taslak metinlerdeki düzenlemeler ile benzer düzenlemeler yer almaktadır. Bununla birlikte, gene de yayınlanan taslaklar sırayla incelendiğinde, UİHK'ların işlevleri konusunda bir evrim sürecinin yaşandığı görülmektedir. Belgenin nihai halinde UİHK'ların nasıl bir yerde konumlandırılacağı zaman gösterecektir. Kuşkusuz bağlayıcı belgenin asıl metninde UİHK'ların görevlerinin açık ve belirli bir şekilde düzenlenmesi, onların iş dünyası ve insan hakları bakımından yürütebilecekleri işlevleri güvence altına alacaktır.¹⁴⁰ Zira böylelikle andlaşmaya taraf olacak devletler için UİHK'ları bu alanda yetkili kılmak artık ulusal bir tercih olmaktan çıkacaktır.

139 Betül Karagedik, ‘Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda, Ulusötesi Şirketlerin ve Diğer Ticari Teşebbüslerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukukun Bağlayıcı Belge'nin İkinci Kez Gözden Geçirilmiş Taslağı'nın Türkçe Çevirisi ve Taslağa İlişkin Genel Bir Yorum’ (2021) 41(2) Public and Private International Law Bulletin 1017, 1034.

140 Cantú Rivera (n 113) 508.

II. TİHEK'İN İş Dünyası ve İnsan Hakları Perspektifinden İncelenmesi

A. TİHEK Hakkında Genel Bilgi

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik kurumu hem bir ulusal insan hakları kurumu hem de bir eşitlik kurumudur. Kurum aynı zamanda ulusal önleme mekanizması olarak da görev yapmaktadır. 2012 yılında ulusal insan hakları kurumu olarak Türkiye İnsan Hakları Kurumu kurulmuş ve daha sonra bu kurum 2016 yılında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu adı altında faaliyet göstermeye devam etmiştir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun¹⁴¹, 8. maddesine göre TİHEK, bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kurulmuş, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz, Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkili bir kurumdur. 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile TİHEK Adalet Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir.¹⁴² TİHEK'in görevleri 6701 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiştir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu nispeten yeni bir kurum olup henüz akreditasyon sürecini tamamlamamıştır. Dolayısıyla TİHEK'in öncelikli hedefi Paris Prensipleri'nin gerekliliklerini yerine getirmek ve A statüsünü elde etmek olmalıdır. Bununla birlikte, yukarıda da değindiğimiz gibi, Paris Prensipleri, UİHK'ları iş dünyası ve insan hakları alanında da çalışmalar yapmaları için dolaylı olarak teşvik etmektedir.¹⁴³ Böylece TİHEK gerek Edinburgh Deklarasyonu'nda gerekse de BM Rehber İlkeleri'nde UİHK'lar için düzenlenen işlevleri yerine getirdiğinde, bir taraftan da Paris Prensipleri'nin koşullarına uygun hareket etmiş olacaktır. Ayrıca Paris Prensipleri'nin UİHK'lar için öngördüğü şartlar ile BM Rehber İlkeleri'nde, devlet temelli ve devlet temelli olmayan şikâyet mekanizmaları için belirtilen meşruluk, erişilebilirlik, öngörülebilirlik, adil olmak, şeffaflık, haklarla uyumlu olmak ve sürekli öğrenmenin bir kaynağı olmak kriterlerinin keşiştiği görülmektedir. Demek ki, bu iki belge karşılıklı olarak birbirini desteklemektedir.

TİHEK'in Paris Prensipleri'ne uygunluğunun incelenmesi çalışmamızın amacı ve kapsamı dışında olmakla beraber yukarıda da vurgulandığı gibi A statüsüne sahip olan bir UİHK iş dünyası ve insan hakları ile ilgili işlevleri de daha etkili olarak yerine getirebilecektir. Dolayısıyla TİHEK'in akreditasyon sürecini mümkün olan en kısa zamanda tamamlaması gerektiğine bu çalışmanın amacı bakımından da dikkat çekilmelidir. Bu bağlamda, öğretilerde, TİHEK hakkında akreditasyon süreci çerçevesinde dikkat çekilen bazı sorunlar bulunmaktadır.¹⁴⁴ Özellikle Paris

141 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 6.4.2016, RG 20.4.2016/ 29690.

142 Bakanlıklara Bağlı, İlgili ve İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile İlgili 2018/1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, RG 15.8.2018/30479.

143 Brodie (n 21) 250.

144 Bu sorunlara yönelik detaylı bir çalışma için bkz. Mehmet Alp Didinmez, *Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağına Akreditasyon Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu İncelemesi* (Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020) 148 <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 02.01.2022.

Prensipileri'nde, “oluşturulma biçimleri ve bağımsızlık ile çoğulculuk güvenceleri” başlığı altında düzenlenen, bağımsızlık ve çoğulculuk kriterleri bağlamında TİHEK'in ciddi eksiklikleri olduğu göze çarpmaktadır.¹⁴⁵

TİHEK'in, Paris Prensipileri'nde düzenlenen bağımsızlık ve çoğulculuk ilkelerinin gerekliliklerine göre faaliyet gösteren bir kurum olması için ilgili düzenlemelerin kanun nezdinde yapılması gerekmektedir. Zira ilgili ilkeler, bir UİHK'nın, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde üstleneceği işlevlerin amacına ulaşması bakımından çok önemlidir.

B. TİHEK'in Görevlerinin İş Dünyası ve İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi

İş dünyası ve insan hakları alanındaki standartların karşılanmasında Türk mevzuatının ve uygulamasının istenilen düzeye ulaşmadığı görülmektedir. Zira ülkede çok sayıda ve ciddi iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlali işlenmektedir. Buna ilişkin vaka örneklerine değinmek gerekirse, bazı uluslararası gıda firmalarının Türkiye'deki ürünlerinde çifte standart uyguladıkları ve Avrupa'da satılan ürünlerinin içeriği ile Türkiye'de satılan ürünlerinin içeriğinin farklı olduğu haberlere yansımıştır.¹⁴⁶ Haberlerde yer alan bilgilere göre Türkiye'deki ürünlerin içeriğinde farklı katkı maddeleri bulunmaktadır. 2020 yılı Haziran ayında yaşanan bir olayda, güvenlik görevlisi olarak çalışan M. N. Y. isimli kişi hasta olduğu için rapor almıştır. İşveren şirket ise rapor süresinin bitmesinin ardından onu ücretsiz izne çıkarmıştır. Daha sonra çalıştığı yere giden M.N.Y. kendisinin yerine başka birinin işe alındığını görünce kalp krizi geçirip ölmüştür.¹⁴⁷ Başka bir vaka ise salgın tedbirleri kapsamında açığa çıkmıştır. Türkiye'de korona virüs için uygulanan yasaklamalar 30 Büyükşehir ve solunum yolu rahatsızlıklarının oranının yüksek olması gerekçesiyle Zonguldak için getirilmiştir. Zonguldak ilinde, bu hastalıkların oranının yüksek olmasının sebebinin ise maden işçiliğiyle birlikte orada faaliyet gösteren termik santraller olduğu iddia edilmektedir.¹⁴⁸ Bunlar gibi Türkiye'de gerçekleşen çok sayıdaki iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalinin önlenmesinde TİHEK'e çok önemli bir rol düşmektedir.

145 ibid 150. Benzer eleştirilerin zamanında Türkiye İnsan Hakları Kurumu (TİHK) için de getirildiği görülmektedir. Bkz. Sedat Erçin, *Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Yargısal Süreçlere Katılımı ve Türkiye İnsan Hakları Kurumu Örneği* (İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2014) 114-129

<<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 03.01.2022.

146 Fatih Altaylı, 'Tarım Bakanlığı Knorr'un yaptığını biliyor mu!' (*haberturk.com*, 22.11.2021) <<https://www.haberturk.com/yazarlar/fatih-altayli-1001/3260412-tarim-bakanligi-knorr-un-yaptigini-biliyor-mu>> Erişim Tarihi 18.03.2022.

147 'Yerine başkasının işe alınmasına kalbi dayanmadı' (*sozcu.com.tr*, 6 Haziran 2020) <https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/yerine-baskasinin-ise-alinmasina-kalbi-dayanmadı-5859156/?utm_source=dahafazla_haber&utm_medium=free&utm_campaign=dahafazlahaber> Erişim Tarihi 19.06.2021.

148 'Zonguldak: Koronavirüs Döneminin '+1' Kenti' (*bbc.com*, 29 Mayıs 2020) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-52857040>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

Peki TİHEK ne yapabilir? Bu sorunun cevabına, UIHK'ların iş dünyası ve insan hakları alanında yürütebilecekleri işlevler çerçevesinden TİHEK'in görevleri değerlendirildiğinde ulaşılabilir.

1. Devletin İnsan Haklarını Koruma Görevi Unsuru Bağlamında

TİHEK'in BM Rehber İlkeleri'nde düzenlenen devletin insan haklarını koruma görevi unsuru bakımından yerine getirebileceği farklı işlevler bulunmaktadır. Kurumun görevlerinin düzenlendiği 9. maddenin a fıkrasında, “*İnsan haklarının korunmasına, geliştirilmesine, ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak*” belirtilmiştir. Oldukça genel bir düzenleme olan bu hükme dayanarak TİHEK, ülkedeki iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini, ihlallerin nedenlerini ve ihlallere yönelik çözüm yollarını araştırabilir. Daha sonra ihlallerin önüne geçilmesi ile ilgili tavsiyelerini yetkili mercilerle paylaşabilir. Örneğin, Türkiye’de sendikaya üye oldukları için işten çıkarıldığını iddia eden işçiler ile ilgili haberler basında çokça yer almaktadır¹⁴⁹ ve Türkiye’de sendikalaşma oranı çok düşüktür.¹⁵⁰ Demek ki, Türkiye’de işçilerin sendikalaşma hakkının koruma altına alınması için daha sıkı yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. TİHEK bu konu hakkında bir inceleme yürütüp daha sonra ulaştığı sonuçları ve tavsiyelerini ilgili mercilere iletebilir. Gene Türkiye’de iş faaliyetleri kapsamında doğal çevreye zarar verilmesi ile ilgili vaka örnekleri kamuoyunun dikkatini çekmektedir.¹⁵¹ Çevreye zarar verilmesi bizzatı bir üçüncü kuşak hak olarak kabul edilen çevre hakkını¹⁵² ihlal etmekle birlikte ayrıca birinci kuşak bir hak olan yaşam hakkını ve ikinci kuşak haklar olan sağlık hakkını ve beslenme hakkını ciddi derecede tehdit edebilmektedir. TİHEK yaptığı araştırmalar ile özel sektörün çevreye zarar vermeden ticari faaliyetlerde bulunmasını temin edecek çevre standartlarını belirleyebilir ve buna ilişkin önerilerini yetkililerle paylaşabilir.

TİHEK'in görevleri ile ilgili maddenin e fıkrasında, “*Görev alanıyla ilgili mevzuat çalışmalarını izlemek, değerlendirmek, bunlara ilişkin görüş ve önerilerini ilgili mercilere bildirmek*” yer almaktadır. Ancak hüküm kapsamında TİHEK’e mevzuatla ilgili kendiliğinden görüş ve önerilerini iletme yetkisi verilmemiştir ve kurum sadece yetkili merciler tarafından başlatılan bir mevzuat çalışması olduğunda bu yetkisini kullanabilmektedir.¹⁵³ Dolayısıyla iş dünyası ve insan hakları kapsamına girebilecek bir ulusal yasa hazırlığı söz konusu olduğunda, TİHEK, bu fıkraya dayanarak iş dünyası

149 ‘Flormar’da anlaşma sağlandı’ (tr.sputniknews.com, 8 Mart 2019) <<https://tr.sputniknews.com/turkiye/201903081038092150-flormar-anlasma-saglandi/>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

150 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’ndan: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Gereğince; İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2021 Temmuz Ayı İstatistikleri Hakkında Tebliğ, RG 30.07.2021/31553.

151 Bu bağlamdaki önemli gelişmelerden biri Kaz Dağları’nda çevre kısıtı yapan Alamos Gold’un ruhsatının yenilenmemesi gereğiyle Türkiye aleyhine yatırım tahkiminde dava açmasıdır. Bkz. *Alamos Gold Holdings Coöperatief U.A. and Alamos Gold Holdings B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/21/33 <<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/33>> Erişim Tarihi 30.07.2021.

152 Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (3. Baskıdan Tıpkı 4th edn, On İki Levha 2017) 506.

153 Düşmeci (n 2) 93.

ve insan hakları bakımından daha iyi bir korumanın sağlanması ve iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önüne geçilebilmesi için mevzuata dair önerilerini ilgili mercilerle paylaşabilecektir.

TİHEK'in görevleri ile ilgili maddenin k fıkrasında, “*Cumhurbaşkanlığına, ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulmak üzere, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, işkence ve kötü muameleyle mücadele ve ayrımcılıkla mücadele alanlarında yıllık raporlar hazırlamak*” sayılmıştır. TİHEK bu fıkra göre hazırladığı yıllık raporlarda, iş dünyası ve insan hakları konusunu da ele alabilir ve raporda iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine ilişkin vaka örneklerine, ihlallerin nedenlerine ve ihlaller hakkındaki çözüm önerilerine yer verebilir.

TİHEK'in görevleri ile ilgili maddenin m fıkrasında “*İnsan hakları ve ayrımcılıkla mücadele alanındaki uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek, alanındaki uluslararası kuruluşlarla ilgili mevzuat dâhilinde işbirliği yapmak*” hüküm altına alınmıştır. TİHEK bu fıkra dayanarak iş dünyası ve insan hakları alanında dünyadaki güncel gelişmeleri izleyebilir ve değerlendirebilir ve gözlemlerini ve önerilerini yetkililere bildirebilir. Örneğin, şu anda dünya üzerinde BM Rehber İlkeleri'nde düzenlenen insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğünü (*due diligence*) iş dünyası için uyulması zorunlu hale getiren (*mandatory human rights due diligence*) ulusal yasalar hazırlanmaktadır.¹⁵⁴ 2019 yılında Hollanda çocuk işçiliğine yönelik bir özen yükümlülüğü yasasını kabul etmiştir.¹⁵⁵ Gene Almanya ve Norveç'te de benzer içerikli ulusal yasalar kabul edilmiştir.¹⁵⁶ TİHEK bu mühim uluslararası gelişmelere paralel olarak, insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğünün uyulması zorunlu hale getirildiği böyle bir ulusal yasanın Türkiye'de de kabul edilmesi hakkındaki tavsiyelerini ilgili mercilere sunabilir.¹⁵⁷

TİHEK'in bu bağlamda yürütebileceği başka bir önemli faaliyet ise Türkiye'nin iş dünyası ve insan hakları alanında bir ulusal eylem planı hazırlamasına öncülük etmek ve/veya yardımcı olmaktır. Türkiye'nin yukarıda yer verilen vaka örnekleri de göz önüne alındığında böyle bir eylem planına derhal ihtiyaç duyduğu aşikardır.¹⁵⁸ TİHEK bu eylem planının içeriğini belirleyebilir ve yürürlüğe konulması için yetkilileri teşvik

154 'Mandatory Due Diligence' (*business-humanrights.org*) <<https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/mandatory-due-diligence/>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

155 'Dutch Senate votes to adopt child labour due diligence law' (*business-humanrights.org*, 14.05.2019) <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/dutch-senate-votes-to-adopt-child-labour-due-diligence-law/>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

156 Markus Krajewski, Kristel Tonstad, Franziska Wohltmann, 'Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?' (2021) 6(3) *Business and Human Rights Journal* 550, 550.

157 Betül Karagedik, 'Elephant in the room: Code-29 and the need for mandatory human rights due diligence in Turkey' (*business-humanrights.org*, 31.08.2021) <<https://www.business-humanrights.org/de/blog/elephant-in-the-room-code-29-and-the-need-for-mandatory-human-rights-due-diligence-in-turkey/>> Erişim Tarihi 30.12.2021.

158 Ancak Türkiye'nin, iş dünyası ve insan hakları konusunda, resmi olarak açıklanmış olan bir ulusal eylem planı hazırlama girişimi bulunmamaktadır. Bkz. Mehmet Alp Didinmez, *İş Dünyası ve İnsan Hakları Alanında Ulusal Eylem Planları* (Yayın No:009, Rapor No: 002, İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanları Derneği 2020) 19 (*ihud.org*) <https://www.ihud.org/uploads/ihud.org/files/IHUD_YAYIN-NO-009_IŞ-DÜNYASI-VE-İNSAN-HAKLARI-ALANINDA-ULUSAL-EYLEM-PLANLARI.pdf> Erişim Tarihi 31.12.2021.

edebilir. 2021 yılında ilan edilen İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi'nde, "Kamuoyunun İnsan Hakları Farkındalığının Artırılması" başlıklı 9.3 numaralı hedefin b bölümünde, "BM İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri dikkate alınarak iş ve çalışma hayatına ilişkin ulusal rehber ilkeler hazırlanacak ve farkındalık artırıcı faaliyetler düzenlenecektir" cümlesi yer almaktadır.¹⁵⁹ Belgeye göre bu hedefi yerine getirmekle sorumlu olan kurum Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır. İnsan Hakları Eylem Planında BM Rehber İlkeleri'ne atıf yapılması, Türkiye'de iş dünyası ve insan hakları konusundaki farkındalığın yükselmesi açısından önemli bir gelişmedir. Ancak tek başına bu adım yeterli değildir ve Türkiye'de iş dünyası ve insan haklarına özgülenen bir ulusal eylem planının hazırlanması gerekmektedir.

Dünya üzerindeki UIHK'ların devletin koruma görevi unsuru kapsamındaki uygulamalarını örnek olarak incelemek faydalı olacaktır. Kore'nin Ulusal İnsan Hakları Komisyonu, hükümete, OECD Rehber İlkeleri kapsamında kurulan ulusal bağlantı noktasının iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini önlemek için daha etkili çalışmasına ve tüm paydaşlar nezdinde erişiminin kolaylaştırılmasına yönelik bir tavsiyede bulunmuştur.¹⁶⁰ Kaldı ki, Türkiye'de de OECD Rehber İlkeleri'ne dayalı olarak kurulan ulusal bağlantı noktasının etkili olarak faaliyet gösterdiğini söylemek zordur. Başka bir örnek ise iş dünyası ve insan haklarına özgülenen ulusal eylem planlarının hazırlanması bağlamında verilebilir. Dünya üzerinde UIHK'lar, bu eylem planlarının hazırlanma sürecine farklı şekillerde dahil olmaktadır.¹⁶¹ Örneğin, Fransa'da hükümet, Fransa Ulusal İnsan Hakları Komisyonu'ndan BM Rehber İlkeleri'nin uygulanmasını sağlamak amacıyla bir ulusal eylem planının hazırlanmasına ilişkin önerilerde bulunmasını istemiştir.¹⁶² Fransa Ulusal İnsan Hakları Komisyonu ise bu görevi yerine getirmek için bir çalışma grubu kurmuş ve iş dünyasından, sendikalardan, akademisyenlerden ve başkaca uzman kişi ve kurumlardan görüşler almıştır.¹⁶³ Bunu takiben Fransa, 2017 yılı Nisan ayında ulusal eylem planını başlatmıştır.¹⁶⁴

2. Şirketlerin İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu Unsuru Bağlamında

TİHEK'in iş dünyasının insan haklarına saygı göstererek faaliyet yürütmesini sağlamak bakımından üstlenebileceği farklı işlevler bulunmaktadır. TİHEK'in görevleri ile ilgili maddenin b fıkrasında, "*İnsan hakları ve ayrımcılıkla mücadele konularında*

¹⁵⁹ Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, 'İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi' (*rayp.adalet.gov.tr*, Nisan 2021) <<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

¹⁶⁰ Gotzmann and O'Brien (n 61) 35.

¹⁶¹ Jägers (n 79) 303.

¹⁶² Gotzmann and O'Brien (n 61) 34.

¹⁶³ ibid.

¹⁶⁴ 'National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights' (*ohchr.org*, April 2017) <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_France_EN.pdf> Erişim Tarihi 19.07.2021.

kitle iletişim araçlarını da kullanarak bilgilendirme ve eğitim yoluyla kamuoyunda duyarlılığı geliştirmek” düzenlemesi yer almaktadır. TİHEK, bu fıkrada düzenlendiği gibi kitle iletişim araçlarını kullanarak iş dünyası ve insan hakları hakkında tüm paydaşların farkındalık sahibi olmasını sağlayabilir. Böylelikle iş dünyası, insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini, iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin mağdurları ise haklarını öğrenebilecektir.

TİHEK'in görevleri ile ilgili maddenin l fıkrasında, “*Kamuoyunu bilgilendirmek, düzenli yıllık raporlar dışında, gerek görüldüğünde görev alanına ilişkin özel raporlar yayımlamak*” belirtilmiştir. TİHEK bu fıkraya dayanarak iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine odaklanan özel raporlar yayımlayabilir. Bu raporlar ihlallerin nedenlerini ve ihlaller hakkındaki çözüm önerilerini içerebilir.¹⁶⁵ Böylelikle raporlar iş dünyası ve insan hakları açısından kamuoyunu bilgilendirici bir görev üstlenecektir.

TİHEK'in görevleri ile ilgili maddenin n fıkrasında, “*İnsan haklarının korunması ve ayrımcılıkla mücadele kapsamında faaliyet yürüten kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, meslek kuruluşları ve üniversitelerle işbirliği yapmak*” düzenlenmiştir. TİHEK, bu fıkranın verdiği yetkiyi kullanıp iş dünyası temsilcileri ve/veya bizzat küçük, orta, büyük işletmelerle bir araya gelerek iş faaliyetlerinin yürütülmesinde insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğünün (*due diligence*) yerine getirilmesi konusunda onlara rehberlik edebilir. İnsan haklarına ilişkin özen yükümlülüğü, yukarıda da değindiğimiz gibi, iş dünyasının insan hakları üzerindeki olumsuz etkilerini tespit etmeyi, önlemeyi, azaltmayı ve bu ihlalleri nasıl ele aldığını açıklamayı kapsayan bir süreci ifade etmektedir. Dolayısıyla TİHEK'in iş dünyasına yapacağı danışmanlık tüm bu süreci kapsamalı ve sistematik olmalıdır.

TİHEK gene bu fıkraya dayanarak iş dünyası ve insan hakları alanında çalışan diğer sivil toplum kuruluşları, Türkiye'nin OECD Ulusal Bağlantı Noktası ve BM Küresel Mutabakatı'nın Türkiye'deki yerel ağı ile iş birliği yapabilir. Kuşkusuz birden fazla kurumun iş birliği yapması, her kurumun işleyişi ve yetki ve görevleri farklı olduğu için iş dünyası ve insan hakları alanında Türkiye'nin kendine özgü problemlerinin saptanması ve bu problemlerin giderilmesine yönelik adımların atılması bakımından daha kapsamlı bir vizyon sunacaktır.

Saygı gösterme unsuru bağlamında, dünyadan şu uygulamalar örnek olarak verilebilir: Avustralya Ulusal İnsan Hakları Komisyonu, işverenler için iş yerinde ayrımcılıkla ve tacizle mücadele konusundaki yönlendirmeleri içeren “iyi uygulama, iyi iş (*good practice, good business*)” isimli insan hakları materyalleri geliştirmiştir.¹⁶⁶

165 Aşağıda değineceğimiz üzere Kenya Ulusal İnsan Hakları Komisyonu böyle bir rapor hazırlamıştır. Bkz. 195 numaralı dipnot.

166 Gotzmann and O'Brien (n 61) 55; Australian Human Rights Commission, 'Good Practice good business factsheets' (humanrights.gov.au) <<https://humanrights.gov.au/our-work/employers/good-practice-good-business-factsheets>> Erişim Tarihi 19.07.2021.

Danimarka İnsan Hakları Enstitüsü, politika incelemeleri, etki değerlendirmeleri gibi yollarla insan haklarının şirket politikalarına ve uygulamalarına nasıl dahil edilebileceği konusunda şirketler ve endüstri dernekleriyle birlikte çalışmaktadır.¹⁶⁷ Enstitü bu kapsamda şirketlerin uluslararası insan hakları standartlarına ve ilkelerine uyumlarını değerlendirmelerine yönelik sorular ve göstergeler içeren İnsan Hakları Uyum Değerlendirme Aracı (*Human Rights Compliance Assessment Tool*) geliştirmiştir.¹⁶⁸ Ayrıca Birleşik Krallık Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu tarafından da istihdam alanındaki iş dünyası ve insan hakları meselelerine de yer veren bir kılavuz geliştirilmiştir.¹⁶⁹

3. Çözüm Yollarına Erişim Unsuru Bağlamında

TİHEK'in BM Rehber İlkeleri'nin son unsuru olan iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri mağdurlarının etkili çözüm yollarına erişimini sağlamak bakımından da üstlenebileceği farklı görevler bulunmaktadır. Kurum şikâyet başvurusu kabul etme yetkisine sahip olduğu için BM Rehber İlkeleri çerçevesinde bir şikâyet mekanizması olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de TİHEK'in görevleri ile ilgili maddenin 6 fıkrasında, “*Ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek*” sayılmıştır.

Ancak bu düzenlemede önemli bir eksiklik göze çarpmaktadır. Buna göre TİHEK kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin sebebiyet verdiği ayrımcılık yasağının ihlali durumlarında başvuru kabul etmektedir.¹⁷⁰ Ancak TİHEK ayrımcılık yasağı ihlali olmayan diğer insan hakları ihlalleri bakımından başvuru kabul etmemektedir. “*Ülkemizdeki ombudsman kurumunun kişi bakımından görev alanı yalnızca idari teşkilat içinde yer alan kurum ve kuruluşları kapsamaktadır. Bu halde özel kişilerce insan hakları ihlallerinde ne ombudsmana ne de insan hakları kurumuna bir başvuru yapılamayacaktır.*”¹⁷¹ Bu düzenlemeden dolayı özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerinin neden olduğu insan hakları ihlalleri üzerinde yargısal olmayan bir denetim gerçekleştirilmemektedir.¹⁷² Dolayısıyla 6701 sayılı Kanun'da değişiklik yapılması ve TİHEK'in ayrımcılık yasağı kapsamına girmeyen insan hakları ihlalleri bakımından

167 Gotzmann and O'Brien (n 61) 55.

168 ibid; The Danish Institute for Human Rights, 'Human rights compliance assessment quick check' (*humanrights.dk*, 7 June 2016) <<https://www.humanrights.dk/publications/human-rights-compliance-assessment-quick-checks>> Erişim Tarihi 19.07.2021.

169 Jägers (n 79) 306; Equality and Human Rights Commission, 'Advice and Guidance' (*equalityhumanrights.com*) <<https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance>> Erişim Tarihi 19.07.2021.

170 “*Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz.*”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, art.5.1.

171 Dügmeçi (n 2) 262.

172 ibid.

da başvuru kabul etmesinin düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁷³ Nitekim, yukarıda da değindiğimiz, iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri için çözüm yollarına erişimin kolaylaştırılmasında UİHK'ların rolünü inceleyen bir BM raporunda da bu husus vurgulanmıştır. Raporun sonuç bölümünde, devletlerin UİHK'lara iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini ele almak bakımından açık ve geniş bir yetki vermesi gerekliliği belirtilmiştir.¹⁷⁴ İlgili değişiklikte kurum, BM Rehber İlkeleri'nde yer alan diğer şartların da sağlanması kaidesiyle, etkili bir devlet temelli yargısal olmayan şikâyet mekanizmasına dönüşebilir.

Mevcut duruma göre iş dünyası ile bağlantılı bir insan hakları ihlali ayrımcılık yasağı kapsamına girdiğinde TİHEK'e başvuru yapılabilir. TİHEK'in web sitesinde iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlali vakası teşkil eden başvurulara ilişkin karar örnekleri bulunmaktadır. Örneğin, 2020/176 sayılı Kararında, TİHEK, iş başvurusu sürecinde başvuran kişinin gebe olması sebebiyle işe alınmamasını cinsiyet temelinde ayrımcılık olarak değerlendirmiş ve ilgili şirket aleyhine on beş bin Türk lirası idari para cezasına hükmetmiştir.¹⁷⁵

İş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlali teşkil edebilecek başka bir vakada, iki trans kadın konaklamak üzere gittikleri bir otele trans oldukları gerekçesiyle alınmadıklarını iddia etmişler ve bu sebeple ayrımcılığa uğradıklarını ileri sürerek TİHEK'e başvuruda bulunmuşlardır.¹⁷⁶ TİHEK ise bu başvuruyu 6701 sayılı Kanun'un, 3.2 maddesindeki "*Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır*"¹⁷⁷ düzenlemesine dayanıp cinsel kimliğin ayrımcılık temeli sayılamayacağını belirterek reddetmiştir.¹⁷⁸ Çalışma konumuz bağlamında, kadınlar, çocuklar, mülteciler, göçmenler, engelliler ve LGBTİ+ bireyler iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine maruz kalma riskiyle yüksek

173 ibid.

174 UNHRC 'Role of national human rights institutions in facilitating access to remedy for business-related human rights abuses, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises' (n 116) para. 63.

175 TİHEK Kurul Kararı, Karar No:2020/176, paras. 1,36 ve Karar, <https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2020/09/1600866919.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

176 'TİHEK: Cinsel kimlik ayrımcılık temeli sayılamaz' (*kaosgl.org*, 11.02.2019) <<https://kaosgl.org/haber/tihek-cinsel-kimlik-ayrimcilik-temeli-sayilamaz>> Erişim Tarihi 21.07.2021. Bu karar bakımından doğrudan karara değil, haber metnine atf yapmamın sebebi ilgili kararın TİHEK'in sitesinde yer almamasıdır. Karar metnine ulaşamadığım için haber metnine atf yaptım.

177 AİHS'in ayrımcılık yasağının düzenlendiği 14. maddesinde de cinsel kimlik bir ayrımcılık temeli olarak açıkça belirtilmemiştir. Ancak maddedeki, "... başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır" ifadesine göre ilgili madde ayrımcılık yasağı temellerini sınırlı sayıda belirtme amacını gütmektedir. Bkz. Hüseyin Ali Kudret, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yasaklanan Ayrımcılık Temeli Olarak Cinsel Yönelim' (2020) 26(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1079, 1088. Nitekim AİHM'in cinsel kimliğe dayalı ayrımcılığı 14. madde kapsamında değerlendirdiği karar örnekleri bulunmaktadır. "*The Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14...*", *Alekseyev v. Russia* App nos 4916/07, 25924/08 ve 14599/09 (ECHR, 21 October 2010), para.108; *Kozak v. Poland* App no 13102/02 (ECHR, 2 March 2012), para. 92.

178 İbid. İlgili TİHEK kararı daha sonra idari yargıya da taşınmıştır. Bkz. 'TİHEK'in hukuksuz kararına iptal' (*kaosgl.org*, 13.12.2019) <<https://kaosgl.org/haber/tihek-in-hukuksuz-kararina-iptal>> Erişim Tarihi 21.07.2021.

olarak karşı karşıya bulunmaktadır¹⁷⁹, dolayısıyla onları bu ihlallere karşı koruyacak uygun ve etkili ulusal yasaların yürürlüğe girmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, cinsel kimliğe dayalı ayrımcılık iddiaları hakkında da TİHEK'e başvuru yapılabilmesinin önünün açılması gerekmektedir.

TİHEK, ilgili hüküm gereğince ayrımcılık yasağı ihlallerini başvuru olmasa dahi resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek yetkilerine de sahiptir. Bu bağlamda iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri açısından TİHEK'in resen inceleme yürüttüğü karar örnekleri bulunmaktadır. TİHEK, 2019/19 sayılı Kararında, Denizli'de bulunan ve İ.O.'ya ait olan dükkanın vitrinine asılan İran, Afgan ve Suriye uyruklu müşterilerin, o dükkana girip alışveriş yapamayacağını, eğer girerlerse şiddete uğrayacaklarını belirten yazı hakkında bir resen inceleme süreci başlatmıştır.¹⁸⁰ TİHEK, İ.O. tarafından ırk ve etnik köken temelinde¹⁸¹ ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiş ve İ.O. aleyhine bin Türk Lirası idari para cezasına hükmetmiştir.¹⁸² Ancak İ.O.'nun pişmanlığını ve ekonomik durumunu göz önüne alarak daha sonra bu cezayı uyarı cezasına dönüştürmüştür.¹⁸³

TİHEK'in 2018/97 sayılı Kararına dayanak olan olayda ise bir şirket, eleman.net isimli internet sitesine personel alımı için iş ilanı vermiştir ancak bu ilanda erkek adayların ve türbanlı adayların özgeçmişlerinin dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.¹⁸⁴ TİHEK bu ifade hakkında resen bir inceleme yürütmüş ve ayrımcılık yasağının cinsiyet ve inanç temellerine dayalı olarak ihlal edildiği kararına varmıştır.¹⁸⁵ TİHEK hem ilanı veren şirket hakkında hem de ilanın yayınlanmasına aracılık eden şirket hakkında idari para cezasına hükmetmiştir.¹⁸⁶

TİHEK'in görevleri ile ilgili maddenin f fıkrasında, "*İnsan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek*" sayılmıştır. Bu maddeye göre bir insan hakları ihlali hakkında başvuruya gerek olmadan TİHEK resen harekete geçme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri bakımından, bu hak ihlalleri ayrımcılık yasağı teşkil etmeseler dahi, TİHEK resen faaliyette bulunabilir. TİHEK, ayrımcılık yasağı kapsamında olmayan iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri hakkında resen inceleme ve araştırma

179 Surya Deva, 'BHR Symposium: The Business and Human Rights Treaty in 2020–The Draft is "Negotiation-Ready", but are States Ready?' (*opiniojuris.org*, 08.09.2020) <<https://opiniojuris.org/2020/09/08/bhr-symposium-the-business-and-human-rights-treaty-in-2020-the-draft-is-negotiation-ready-but-are-states-ready/>> Erişim Tarihi 21.07.2021.

180 TİHEK Kurul Kararı, Karar No: 2019/29, para.1, <https://www.tiheke.gov.tr/upload/file_editor/2019/06/1561530224.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

181 *ibid*, para.48.

182 *ibid*, Karar, para. 2.

183 *ibid*, Karar, para. 3.

184 TİHEK Kurul Kararı, Karar No: 2018/97, paras. 1,2, <https://www.tiheke.gov.tr/upload/file_editor/2019/06/1560779685.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

185 *ibid*, para.22.

186 *ibid*, Karar, para.2.

yapma yetkisini kullanarak -bu ihlaller için şikâyet başvurusu kabul etmediğinden dolayı- yargısal olmayan denetimden mahrum kalan bu alandaki hukuki boşluğu bir nebze telafi edebilir.¹⁸⁷ Nitekim, BM'nin ilgili raporunda da bu husus vurgulanmış ve ÜİHK'ların yetkilerini iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini ele almak bakımından proaktif, yaratıcı ve insan hakları uyumlu bir şekilde kullanmaları gerektiği belirtilmiştir.¹⁸⁸ Dolayısıyla TİHEK, şikâyet başvurusu kabul etmediği bu alandaki hukuki boşluğu, kanunun ona verdiği resen harekete geçme yetkisini aktif olarak kullanarak doldurmaya çalışabilir.

TİHEK'in görevleri ile ilgili maddenin 8 fıkrasında, "Ayrımcılık yasağı ihlalleri nedeniyle mağdur olduğu iddiasıyla Kuruma başvuranlara mağduriyetlerinin giderilmesi için kullanabilecekleri idari ve hukuki süreçler konusunda yol göstermek ve başvurularını takip etmelerini sağlamak amacıyla yardımcı olmak" belirtilmiştir. TİHEK, iş dünyası ve insan hakları bakımından değerlendirdiğimizde, bu fıkraya dayanarak iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlali, ayrımcılık yasağı kapsamına girdiğinde, mağdurları uygun idari ve hukuki süreçler konusunda bilgilendirebilir ve onlara çözüm yolları hakkında yardımcı olabilir. Ancak bu fıkra da ayrımcılık yasağı ihlali iddiası ile kuruma başvuruda bulunan kişiler hakkında bir düzenleme yapılmıştır. Bu sebeple, çalışma konumuz itibarıyla iş dünyası ile bağlantılı bir insan hakları ihlali, ayrımcılık yasağı kapsamına girmediğinde, TİHEK'in bu fıkra çerçevesinde yürütebileceği bir işlev de bulunmamaktadır.

Ne var ki, ÜİHK'ların iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri için çözüm yollarına erişimin kolaylaştırılması bakımından üstlenebileceği önemli görevlerden biri de mağdurlara, onları etkili çözüm yollarına yönlendirme konusunda danışmanlık yapmaktır. Dolayısıyla TİHEK, ayrımcılık yasağı kapsamına girmeyen insan hakları ihlalleri için de başvuru kabul etmeli ve başvuran tüm mağdurları uygun çözüm yolları hakkında bilgilendirmelidir.

Çözüm yollarına erişim unsuru kapsamında, dünyadan şu uygulamalar örnek olarak gösterilebilir: Endonezya Ulusal İnsan Hakları Komisyonu, binlerce ailenin yerinden edilmesine neden olan PT Lapindo Brantas Inc'in, Porong, Sidoarjo ve Doğu Java'daki, gaz arama faaliyetleri hakkında bir araştırma yürütmüş ve olay bakımından insan hakları ihlallerine hem devlet hem de şirket tarafından sebebiyet verildiği sonucuna ulaşmıştır.¹⁸⁹ Bu çerçevede, kurum devletten mağdurlar için çözüm yolları sağlamasını istemiştir.¹⁹⁰ 2018 yılında Avustralya Ulusal İnsan Hakları Komisyonu, iş

187 Dügmeçi (n 2) 262.

188 UNHRC 'Role of national human rights institutions in facilitating access to remedy for business-related human rights abuses, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises' (n 116) para. 73.

189 Gotzmann and O'Brien (n 61) 68.

190 ibid.

yerlerindeki cinsel tacize ilişkin bir ulusal soruşturma (*national inquiry*) başlatmıştır.¹⁹¹ Bu soruşturmanın odak noktaları olarak, Avustralya’da iş yerlerindeki cinsel tacizin yaygınlığının, tacizin nedenlerinin ve iş yerlerindeki cinsel tacizi önlemeye yönelik tedbirlerin araştırılması belirtilmiştir.¹⁹² 2016 yılında Kenya Ulusal İnsan Hakları Komisyonu, Kenya’nın Taita Taveta ilçesindeki madencilik faaliyetlerine ilişkin bir kamu soruşturması (*public inquiry*) başlatmıştır.¹⁹³ Soruşturmada vatandaşlar insan hakları ihlallerine dair şikâyetlerini ileri sürmeye çağırılmıştır.¹⁹⁴ Bu soruşturmanın süreci ve bulguları bir raporda belgelenmiştir.¹⁹⁵

Sonuç

Küreselleşme ve neoliberal politikalarla birlikte ticari faaliyetlerinde büyük bir serbestlik kazanan iş dünyası her koşulda kârını maksimize etmeyi hedeflemektedir ve bu kâr güdüsü çok ciddi insan hakları ihlallerine yol açmaktadır. İş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önüne geçebilmek için farklı çareler aranmaktadır ve bu çarelerden birisi de UİHK’lar olmuştur. Gerçekten de UİHK’ların iş dünyası ve insan hakları alanında sahip olabileceği önemli rol, giderek artan bir şekilde vurgulanmaya başlanmıştır.

UİHK’ların yetki ve görevlerini, oluşturulmasını, işleyiş biçimlerini ve bu kurumların sahip olması gereken bağımsızlık, çoğulculuk gibi ilkeleri düzenleyen temel bir belge olan Paris Prensipleri, UİHK’ları iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini de ele almaları bakımından açıkça yetkilendirmemektedir. Ancak belgedeki hükümler incelendiğinde, Paris Prensipleri’nin UİHK’lara bu yetkiyi dolaylı olarak verdiği görülmektedir.¹⁹⁶ Ayrıca GANHRI’nin 10. uluslararası toplantısında kabul edilen Edinburgh Deklarasyonu, kurumların bu bağlamdaki önemini ve yürütebilecekleri işlevleri belirten spesifik bir uluslararası belgedir. UİHK’ların iş dünyası ve insan hakları alanında sahip olabilecekleri potansiyel BM Rehber İlkeleri’nde de ifadesini bulmuştur ve “koruma, saygı gösterme ve çözüm üretme” unsurlarının hepsinde UİHK’ların gerçekleştirebilecekleri rollere atıf yapılmıştır. Gene BM nezdinde hazırlığı süren iş dünyası ve insan haklarına ilişkin bağlayıcı belgeye dair yayınlanan taslak belgelerde ve taslak ihtiyari protokolde de UİHK’ların üstlenebilecekleri görevlere değinilmiştir.

191 Deutsches Institute für Menschenrechte and the Danish Institute for Human Rights, ‘Case studies and workshop report, Remedy in Business and Human Rights Cases, The Role of National Human Rights Institutions, Report from the October 2018 Berlin NHRI Workshop’ (*humanrights.dk*, April 2019) 7 <https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/nhri_conference_report_and_case_studies_2019.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

192 ibid.

193 ibid 16.

194 ibid.

195 ibid; Kenya National Commission on Human Rights, ‘Public Inquiry Report on Mining and Impact on Human Rights’ (*knchr.org*, 2016) <<https://www.knchr.org/Portals/0/EcosocReports/Taita-Taveta-Inquiry.pdf?ver=2013-02-21-141554-053>> Erişim Tarihi 21.07.2021.

196 Brodie (n 21) 250.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu nispeten yeni bir kurum olup henüz akreditasyon sürecini tamamlamamıştır. Dolayısıyla TİHEK'in öncelikli hedefi Paris Prensipleri'nin gerekliliklerini yerine getirmek ve A statüsünü elde etmek olmalıdır. İş dünyası ve insan hakları alanındaki standartların karşılanması bakımından ise Türk mevzuatının ve uygulamasının istenilen düzeye ulaşamadığı görülmektedir. Dolayısıyla TİHEK'in iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve iş dünyası ve insan hakları konusundaki farkındalığın yükselmesi için etkili olarak faaliyet göstermesi gerekmektedir. Bu bağlamda, çalışmamızda, 6701 sayılı Kanun ile TİHEK'e tanınan görevler, BM Rehber İlkeleri'nin "koruma, saygı gösterme ve çözüm üretme" unsurlarına dayanarak incelenmiştir. TİHEK, sahip olduğu yetkiler ile bu üç unsur açısından da farklı işlevler üstlenebilir. Sırayla belirtmek gerekirse:

- a- Devletin İnsan Haklarını Koruma Görevi Unsuru Bağlamında:
 - 1- TİHEK, ülkedeki iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini, ihlallerin nedenlerini ve ihlallere yönelik çözüm yollarını araştırabilir. Daha sonra ihlallerin önüne geçilmesi ile ilgili tavsiyelerini yetkili mercilerle paylaşabilir.
 - 2- TİHEK, iş dünyası ve insan hakları kapsamına girebilecek bir ulusal yasa hazırlığı söz konusu olduğunda, iş dünyası ve insan hakları bakımından daha iyi bir korumanın sağlanması ve iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerinin önüne geçilebilmesi için mevzuata dair önerilerini ilgili mercilerle paylaşabilir.
 - 3- TİHEK, hazırladığı yıllık raporlarda, iş dünyası ve insan hakları konusunu da ele alabilir ve raporda iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine ilişkin vaka örneklerine, ihlallerin nedenlerine ve ihlaller hakkındaki çözüm önerilerine yer verebilir.
 - 4- TİHEK, iş dünyası ve insan hakları alanında dünyadaki güncel gelişmeleri izleyebilir ve değerlendirebilir ve gözlemlerini ve önerilerini yetkililere bildirebilir.
- b- Şirketlerin İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu Unsuru Bağlamında:
 - 1- TİHEK, kitle iletişim araçlarını kullanarak iş dünyası ve insan hakları hakkında tüm paydaşların farkındalık sahibi olmasını sağlayabilir.
 - 2- TİHEK, iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerine odaklanan özel raporlar yayımlayabilir. Bu raporlar ihlallerin nedenlerini ve ihlaller hakkındaki çözüm önerilerini içerebilir.
 - 3- TİHEK, iş dünyası temsilcileri ve/veya bizzat küçük, orta, büyük işletmelerle bir araya gelerek iş faaliyetlerinin yürütülmesinde insan haklarına ilişkin özen yükümlülüğünün (*due diligence*) yerine getirilmesi konusunda onlara rehberlik edebilir.

- 4- TİHEK, iş dünyası ve insan hakları alanında çalışan diğer sivil toplum kuruluşları, Türkiye'nin OECD Ulusal Bağlantı Noktası ve Global Compact Türkiye ile iş birliği yapabilir.
- c- Çözüm Yollarına Erişim Unsuru Bağlamında:
 - 1- TİHEK, ayrımcılık yasağı ihlali iddialarıyla ilgili şikâyet başvurusu kabul etme yetkisine sahip olduğundan dolayı BM Rehber İlkeleri çerçevesinde bir şikâyet mekanizması olarak değerlendirilebilir. Ancak iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri için çözüm yollarına erişimi kolaylaştırmak bakımından 6701 sayılı Kanun'da değişiklik yapılması ve TİHEK'in ayrımcılık yasağı kapsamına girmeyen insan hakları ihlalleri hakkında da başvuru kabul etmesinin düzenlenmesi gerekmektedir.
 - 2- TİHEK, ayrımcılık yasağı ihlali teşkil eden iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini, resen inceleme, araştırma, karara bağlama ve sonuçlarını takip etme yetkilerine sahiptir.
 - 3- TİHEK, ayrımcılık yasağı ihlali teşkil etmeyen iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlallerini de resen inceleme, araştırma, karara bağlama ve sonuçlarını takip etme yetkilerine sahiptir.
 - 4- TİHEK, ayrımcılık yasağı ihlali iddiası ile kuruma başvuran mağdurları uygun idari ve hukuki süreçler konusunda bilgilendirebilir ve onlara çözüm yolları hakkında yardımcı olabilir. Ancak iş dünyası ile bağlantılı insan hakları ihlalleri için çözüm yollarına erişimin kolaylaştırılması bakımından TİHEK, ayrımcılık yasağı kapsamına girmeyen insan hakları ihlalleri için de başvuru kabul etmeli ve başvuran tüm mağdurlara çözüm yolları konusunda rehberlik etmelidir.

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

Makaleler, Kitaplar, Kitap Bölümleri ve Tezler / Articles, Books, Book Chapters and Theses

Boyar O, 'Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki' in Sibel İnceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Beta 2013).

Brodie M, 'Pushing the Boundaries: The Role of National Human Rights Institutions in

- Operationalising the 'Protect, Respect and Remedy' Framework' in Radu Mares (ed), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation* (The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library 2011).
- De Witte B, 'National Equality Institutions and the Domestication of EU Non-Discrimination Law' (2011) 18(1-2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 157-178.
- Deva S, 'Corporate human rights abuses: what role for national human rights violations' in Hitoshi Nasu and Ben Saul (eds), *Human Rights in the Asia-Pacific Region: Towards Institution Building* (Routledge 2011).
- Didinmez M, *Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağına Akreditasyon Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu İncelemesi* (Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2020) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 02.01.2022.
- Düğmeci F, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi* (1th edn, Adalet 2019).
- Ercin S, *Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Yargısal Süreçlere Katılımı ve Türkiye İnsan Hakları Kurumu Örneği* (İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2014) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 03.01.2022.
- Eren A, 'National Human Rights Institutional Models in Comparative Law and the Case of Turkey' (2011) 15(3) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 165-198.
- Eren A, *Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri* (1th edn, On İki Levha 2012).
- Haász V, 'The Role of National Human Rights Institutions in the Implementation of the UN Guiding Principles' (2013) 14(3) *Human Rights Review* 165-187.
- İspirli Armağan M, *Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri* (İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019) <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>> Erişim Tarihi 30.12.2021.
- Jägers N, 'National Human Rights Institutions: The Missing Link in Business and Human Rights Governance?' (2020) 14(3) *ICL Journal* 289-325.
- Karagedik B, 'Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda, Ulusötesi Şirketlerin ve Diğer Ticari Teşebbüslerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuken Bağlayıcı Belge'nin İkinci Kez Gözden Geçirilmiş Taslağı'nın Türkçe Çevirisi ve Taslağa İlişkin Genel Bir Yorum' (2021) 41(2) *Public and Private International Law Bulletin* 1017-1047.
- Karagedik B, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Yatırımcının İnsan Hakları Yükümlülüğü* (1th edn, On İki Levha 2021).
- Krajewski M, Tonstad K, Wohltmann F, 'Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?' (2021) 6(3) *Business and Human Rights Journal* 550-558.
- Kudret H, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yasaklanan Ayrımcılık Temeli Olarak Cinsel Yönelim' (2020) 26(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1079-1110.
- Pohjola A, *The Evolution of National Human Rights Institutions The Role of the United Nations* (1th edn, The Danish Institute for Human Rights 2006) (*humanrights.dk*) <<https://www.humanrights.dk/publications/evolution-national-human-rights-institutions-0>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

- Rivera H, 'National human rights institutions and their (extended) role in the business and human rights field' in Surya Deva and David Birchall (eds), *Research Handbook on Human Rights and Business* (Edward Elgar 2020).
- Tonkiss K, 'Contesting human rights through institutional reform: the case of the UK Equality and Human Rights Commission' (2016) 20(4) *The International Journal of Human Rights* 491-508.
- Uygun O, *Devlet Teorisi* (3. Baskıdan Tıpkı 4th edn, On İki Levha 2017).
- Yücel Dericiler Ö, 'Şirketlerin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?' (2018) 6(11) *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59-82.

Mevzuat / Legislation

- Bakanlıklara Bağlı, İlgili ve İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile İlgili 2018/1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, RG 15.8.2018/30479.
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Gereğince; İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2021 Temmuz Ayı İstatistikleri Hakkında Tebliğ, RG 30.07.2021/31553.
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 6.4.2016, RG 20.4.2016/ 29690.

Uluslararası Belgeler / International Documents

BM Belgeleri / UN Documents

- Open-ended Intergovernmental Working Group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Elements for a Draft Legally Binding Instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (2017) Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/ RES/26/9 (*ohchr.org*) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf> Erişim Tarihi 19.06.2021.
- Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect human rights, Zero Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2018) (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>> Erişim Tarihi 19.06.2021.
- Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect human rights, Draft Optional Protocol to the legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2018) (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.PDF>> Erişim Tarihi 19.06.2021.
- Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect human rights, Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2019) (*ohchr.org*) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf> Erişim Tarihi 19.06.2021.

- Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect human rights, Second Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2020) (*ohchr.org*) <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf> Erişim Tarihi 19.06.2021.
- Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect human rights, Third Revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises (2021) (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>> Erişim Tarihi 31.12.2021.
- 'Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)' (Adopted by General Assembly resolution 48/134 of 20 December 1993).
- UNGA, 'National institutions for the promotion and protection of human rights' (1993) A/RES/48/134.
- 'Vienna Declaration and Programme of Action' (adopted by The World Conference on Human Rights) (1993) UN Doc A/Conf. 157/23.
- UNHRC 'Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie' (2008) UN Doc A/HRC/8/5.
- UNHRC 'Business and Human Rights: Towards Operationalizing the "Protect, Respect and Remedy" Framework', Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises' (22 April 2009) UN Doc A/HRC/11/13.
- United Nations (2011) UN Guiding Principles on Business and Human Rights Implementing the United Nations: "Protect, Respect and Remedy" Framework, HR/PUB/11/04.
- UNHRC 'Human rights and transnational corporations and other business enterprises' (2011) UN Doc A/HRC/RES/17/4.
- UNHRC 'Human rights and transnational corporations and other business enterprises' (2014) UN Doc A/HRC/RES/26/22.
- UNHRC 'Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights' (2014) UN Doc A/HRC/RES/26/9.
- UNHRC 'Business and human rights: improving accountability and access to remedy' (2018) UN Doc A/HRC/RES/38/13.
- UNHRC 'Business and human rights: the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, and improving accountability and access to remedy' (2020) UN Doc A/HRC/RES/44/15.
- UNHRC 'Role of national human rights institutions in facilitating access to remedy for business-related human rights abuses, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises' (2021) UN Doc A/HRC/47/39/Add.3.

Diğer / Others

‘The Edinburgh Declaration’ (International Co-Ordinating Committee Of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights (ICC)) (*ohchr.org*) <https://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/NHRI/Edinburgh_Declaration_en.pdf> Erişim Tarihi 18.06.2021.

AIHM Kararları ve TIHEK Kararları / HUDOC and TIHEK Decisions

Alekseyev v. Russia App nos 4916/07, 25924/08 ve 14599/09 (ECHR, 21 October 2010).

Kozak v. Poland App no 13102/02 (ECHR, 2 March 2012).

TIHEK Kurul Kararı, Karar No: 2018/97, <https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/06/1560779685.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

TIHEK Kurul Kararı, Karar No: 2019/29, <https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/06/1561530224.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

TIHEK Kurul Kararı, Karar No:2020/176, <https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2020/09/1600866919.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

Çevrimiçi Kaynaklar / Online Resources

‘Access to Remedy- Responses’ (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/AccessToRemedySubmissions.aspx>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

Alamos Gold Holdings Coöperatief U.A. and Alamos Gold Holdings B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/21/33 <<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/33>> Erişim Tarihi 30.07.2021.

Altaylı F, ‘Tarım Bakanlığı Knorr’ un yaptığını biliyor mu!’ (*haberturk.com*, 22.11.2021) <<https://www.haberturk.com/yazarlar/fatih-altayli-1001/3260412-tarim-bakanligi-knorr-un-yaptigini-biliyor-mu>> Erişim Tarihi 18.03.2022.

Australian Human Rights Commission, ‘Good Practice good business factsheets’ (*humanrights.gov.au*) <<https://humanrights.gov.au/our-work/employers/good-practice-good-business-factsheets>> Erişim Tarihi 19.07.2021.

‘Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurumları’ (*tihek.gov.tr*) <<https://www.tihek.gov.tr/ayrimcilikla-mucadele-ve-esitlik-kurumlari/>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

Deutsches Institute für Menschenrechte and the Danish Insitute for Human Rights, ‘Case studies and workshop report, Remedy in Business and Human Rights Cases, The Role of National Human Rights Institutions, Report from the October 2018 Berlin NHRI Workshop’ (*humanrights.dk*, April 2019) <https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/nhri_conference_report_and_case_studies_2019.pdf> Erişim Tarihi 21.07.2021.

Deva S, ‘BHR Symposium: The Business and Human Rights Treaty in 2020–The Draft is “Negotiation- Ready”, but are States Ready?’ (*opiniojuris.org*, 08.09.2020) <<https://opiniojuris.org/2020/09/08/bhr-symposium-the-business-and-human-rights-treaty-in-2020-the-draft-is-negotiation-ready-but-are-states-ready/>> Erişim Tarihi 21.07.2021.

Didinmez M, *İş Dünyası ve İnsan Hakları Alanında Ulusal Eylem Planları* (Yayın No:009, Rapor No: 002, İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanları Derneği 2020) (*ihud.org*) <https://www.ihud.org/uploads/ihud.org/files/İHUD_YAYIN-NO-009_İŞ-DÜNYASI-VE-İNSAN-HAKLARI-ALANINDA-ULUSAL-EYLEM-PLANLARI.pdf> Erişim Tarihi 31.12.2021.

- 'Dutch Senate votes to adopt child labour due diligence law' (*business-humanrights.org*, 14.05.2019) <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/dutch-senate-votes-to-adopt-child-labour-due-diligence-law/>> Erişim Tarihi 19.06.2021.
- Equality and Human Rights Commission, 'Advice and Guidance' (*equalityhumanrights.com*) <<https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance>> Erişim Tarihi 19.07.2021.
- Gotzmann N and O'Brien C, *Business and Human Rights A Guidebook for National Human Rights Institutions* (1th edn, International Coordinating Committee of National Human Rights Institutions (ICC), Danish Institute for Human Rights (DIHR) 2013) (*nanhri.org*) <<https://www.nanhri.org/wp-content/uploads/2017/02/Business-Human-Rights-Guide-Book.pdf>> Erişim Tarihi 18.06.2021.
- Gotzmann N and Lorion S, *National Human Rights Institutions and Access to Remedy in Business and Human Rights Part 1: Reviewing The Role and Practice of NHRIS* (1th edn, The Danish Institute for Human Rights 2020) (*humanrights.dk*) <<https://www.humanrights.dk/publications/national-human-rights-institutions-access-remedy-business-human-rights>> Erişim Tarihi 18.06.2021.
- Gotzmann N and Lorion S, *National Human Rights Institutions and Access to Remedy in Business and Human Rights Annexes* (1th edn, The Danish Institute for Human Rights 2020) (*humanrights.dk*) <<https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/national%20eng%20annexes.pdf>> Erişim Tarihi 19.06.2021.
- 'İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması için Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne ilişkin İlkeler (Paris Prensipleri)' (*ombudsman.gov.tr*) <<https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/717Paris-Prensipleri.pdf>> Erişim Tarihi 18.06.2021.
- 'İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler Birleşmiş Milletler "Koruma, Saygı Gösterme ve Telafi Edici Çözüm Üretme" Çerçevesinin Uygulanması', Çeviren Eda Tüzemen, Katkı Verenler Çağlar Özbek, Saniye Dedeoğlu, Fatma Özdemir Uluç, (*etkiniz.eu*) <<https://etkiniz.eu/wp-content/uploads/2021/01/BM-is-dunyasi-ve-insan-haklari.pdf>> Erişim Tarihi 19.06.2021.
- 'Japan's first National Action Plan on Business and Human Rights' (*bizhumanrights.asia-pacific.undp.org*, 16 November 2020) <<https://bizhumanrights.asia-pacific.undp.org/content/bizhumanrights/en/home/news-centre/japan-s-fist-national-action-plan-on-business-and-human-rights.html>> Erişim Tarihi 19.06.2021.
- Karagedik B, 'Elephant in the room: Code-29 and the need for mandatory human rights due diligence in Turkey' (*business-humanrights.org*, 31.08.2021) <<https://www.business-humanrights.org/de/blog/elephant-in-the-room-code-29-and-the-need-for-mandatory-human-rights-due-diligence-in-turkey/>> Erişim Tarihi 30.12.2021.
- Kenya National Commission on Human Rights, 'Public Inquiry Report on Mining and Impact on Human Rights' (*knchr.org*, 2016) <<https://www.knchr.org/Portals/0/EcosocReports/Taita-Taveta-Inquiry.pdf?ver=2013-02-21-141554-053>> Erişim Tarihi 21.07.2021.
- 'Mandatory Due Diligence' (*business-humanrights.org*) <<https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/mandatory-due-diligence/>> Erişim Tarihi 19.06.2021.
- 'Members' (*ganhri.org*) <<https://ganhri.org/membership/>> Erişim Tarihi 18.06.2021.
- 'National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights' (*ohchr.org*, April 2017) <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_France_EN.pdf> Erişim Tarihi 19.07.2021.

Northern Ireland Human Rights Commission and Institute for Human Rights and Business, *A Guide to Business and Human Rights for Commonwealth Forum National Human Rights Institutions* (Commonwealth Forum of National Human Rights Institutions 2018) (*cfnhri.org*) <https://cfnhri.org/wp-content/uploads/2020/01/Guide_to_BHR_for_CFNHRIs_final.pdf> Erişim Tarihi 19.06.2021.

Quick P and Wrzoncki E, *National Action Plans on Business and Human Rights Toolkit* (1th edn, The Danish Institute for Human Rights (DIHR), The International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) 2017) (*humanrights.dk*) <<https://www.humanrights.dk/publications/national-action-plans-business-human-rights-toolkit-2017-edition>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

‘State National Action Plans on Business and Human Rights’ (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

The Danish Institute for Human Rights, ‘Human rights compliance assessment quick check’ (*humanrights.dk*, 7 June 2016) <<https://www.humanrights.dk/publications/human-rights-compliance-assessment-quick-checks>> Erişim Tarihi 19.07.2021.

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, ‘İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi’ (*rayp.adalet.gov.tr*, Nisan 2021) <<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

‘Working Group on Business and Human Rights’ (*ganhri.org*) <<https://ganhri.org/working-group-business-and-human-rights/>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

‘Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises’ (*ohchr.org*) <<https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/wghrandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>> Erişim Tarihi 18.06.2021.

Haberler / News

‘Flormar’da anlaşma sağlandı’ (*tr.sputniknews.com*, 8 Mart 2019) <<https://tr.sputniknews.com/turkiye/201903081038092150-flormar-anlasma-saglandi/>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

‘TİHEK: Cinsel kimlik ayrımcılık temeli sayılamaz’ (*kaosgl.org*, 11.02.2019) <<https://kaosgl.org/haber/tihek-cinsel-kimlik-ayrimcilik-temeli-sayilamaz>> Erişim Tarihi 21.07.2021.

‘TİHEK’in hukuksuz kararına iptal’ (*kaosgl.org*, 13.12.2019) <<https://kaosgl.org/haber/tihek-in-hukuksuz-kararina-iptal>> Erişim Tarihi 21.07.2021.

‘Yerine başkasının işe alınmasına kalbi dayanmadı’ (*sozcu.com.tr*, 6 Haziran 2020) <https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/yerine-baskasinin-ise-alinmasına-kalbi-dayanmadi-5859156/?utm_source=dahafazla_haber&utm_medium=free&utm_campaign=dahafazlahaber> Erişim Tarihi 19.06.2021.

‘Zonguldak: Koronavirüs Döneminin ‘+1’ Kenti’ (*bbc.com*, 29 Mayıs 2020) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-52857040>> Erişim Tarihi 19.06.2021.

Türk-Amerikan Yargı Kararları Işığında Yabancıların Sınır Dışı Edilmesinde Dış Politika Sebebi

Foreign Policy as a Basis for Deportation in Light of Turkish and American Court Decisions

Erman Eroğlu* 

Öz

Devletler, egemenlik gücünü, uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilkelerine uyarak makul gerekçelerle kullanırlar. Uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilkelerinin yorumu ülkeler nezdinde değişkenlik gösterebilmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde, Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi, ülkenin dış politikası yabancıyı sınır dışı edebilmek için sebep oluşturabilir. Yabancıların varlığı ya da yapmış olduğu eylemler üzerinde bulunduğu ülkenin dış politikasına tezatlık oluşturması halinde yabancı sınır dışı edilebilmektedir. Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları kamu düzeni bağlamında incelenmiş ve sınır dışı edilme gerekçelerinin dayanakları irdelenmiştir. Bu makalede, Türk hukukunda yabancıların sınır dışı edilme sebebi olarak dış politika unsuru kamu düzeni ve milli güvenlik açısından ele alınmakta ve çözümler önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Sınır Dışı, Dış Politika, Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği, Yabancıların Hakları

Abstract

States must exercise their sovereignty on reasonable grounds by obeying the generally accepted principles of international law. How the generally accepted principles of international law are interpreted may vary from state to state. Some legal systems such as that of the United States of America may use foreign policy as a basis for deport an alien even if the alien is not involved in any activity against the state. This study examines alien deportation in terms of state foreign policy and elaborates upon the test to be applied based on public and foreign policy by reviewing the United States Supreme Court judgments, Turkish Constitutional Court rulings, and the Turkish Council of State decisions on alien deportation. The paper discusses foreign policy as a basis for deportation in Turkish law in terms of public policy and national security and proposes practical solutions for dealing with such circumstances in future research.

Keywords

Deportation, Foreign Policy, Public Policy, National Security, Alien Rights

* **Sorumlu Yazar:** Erman Eroğlu (Öğr. Gör. Dr.), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: erman.eroglu@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-1371-3240

Atf: Eroglu E, "Türk-Amerikan Yargı Kararları Işığında Yabancıların Sınır Dışı Edilmesinde Dış Politika Sebebi" (2022) 42(2) PPIL 619.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.996114>

Extended Summary

Due to being directly linked to fundamental rights and freedoms as considered under international law, the alien expulsion and deportation process has been notably shaped by ethical principles, peculiarly in the sphere of human rights. Pursuant to the commonly accepted interpretation of customary international law, the subjects of entry, residence, settlement, and departure of aliens are considered within the exclusive power of each state. States' exclusive power regarding the entry of aliens, which also covers their expulsion and deportation, is known as state sovereignty in international law. The power to expel is a critical power states hold, peculiarly with regard to long-term alien residents who have been granted permission to reside in a state indefinitely. States are entitled to exercise jurisdiction at their borders; however, they must do so in view of their human rights obligations. In other words, the limitation on states' power with regard to excluding aliens from their territory is drawn by the international human rights standards as the restrictions are being imposed upon state sovereignty by customary international law. Therefore, states must exercise their sovereignty on reasonable grounds by obeying the generally accepted principles of international law. How the generally accepted principles of international law are interpreted may vary from state to state. Some legal systems such as that in the United States of America may use foreign policy as a basis for alien deportation even if the alien is not involved in any activity against the state. Furthermore, the presence of aliens may be grounds for expulsion and deportation. This study examines alien deportation and expulsion in Turkey based on foreign policy in light of Turkish and American court rulings.

After determining the definition of "alien" in both American and Turkish law, the study then examines deportation as a term, which has different meanings in legal systems, and its scope in terms of the literature and Turkish and American legislation. When considering the definition of deportation in Turkish law, the basis for deportation is categorized as: (1) security and related grounds, and (2) false documentation, fraud, and misuse of visas and permits. By evaluating the basis with regard to the Foreigners and International Protection Act of Turkey (FIPA; Act No. 6458) and then applying the American policy regarding the foreign matters deportation test as explicitly stated in the reasoning of the U.S. Department of Justice's Executive Office for Immigration Review, Board of Immigration Appeals regarding *Ruiz-Massieu* to Turkish law, public policy (i.e., *ordre public*) and the basis of FIPA's first category with regard to national security may be a reason for deporting an alien from Turkey. To this end, foreign policy as a basis for alien expulsion from Turkey may be considered under public policy and the basis of national security. This study will thus examine public policy in Turkish law. Whilst the debate about the slippery definition of the public policy is ongoing, one can infer from mainstream Turkish scholars that public policy addresses the social, moral, and economic values that bind a society together and are shaped by morality, the fundamental rule of law, and the policy considerations underlying prevailing laws.

When reviewing the Turkish Constitutional Court’s decisions as well as the Turkish Council of State’s decisions regarding alien deportation with respect to the basis of public policy, ambiguity exists about whether foreign policy-related matters may be a basis for expulsion. In this context, the study will scrutinize Turkish court rulings to ascertain the applicable deportation test in terms of its public policy. By evaluating the rulings from past cases, this study has deduced the deportation test to apply is based on the alien’s activity. An alien who does not engage in any activity against Turkey’s public policy or national security is not deportable. Regarding this case, the deportability of an alien who takes part in a protest against Turkish foreign policy is ambiguous in terms of public policy and the basis of national security. According to the U.S. Immigration and Nationality Act of 1965, an alien may be deported if their presence in the United States is in conflict with the United States’ foreign policy. In this case, ambiguity exists when applying the American standards for alien deportation in Turkey as to whether the presence of an alien who jeopardizes Turkish foreign policy is deportable. Before the FIPA was ratified in 2013, the basis of foreign policy as a general security or political and administrative requirement under the Residence and Travel of Foreigners in Turkey Act (RTFTA; Act No. 5683 was exercisable for expelling an alien from Turkey. This study proposes a new solution for dealing with such situations by considering past legislation and court rulings. In conclusion, the foreign policy matters regarding alien deportation from Turkey is unclear. This ambiguity must be resolved from a wider perspective by considering US practices and must be supported by legislation.

This study focuses on alien deportation in terms of state foreign policy. This paper is divided into four sections. The first section introduces the background of the study. The second section considers the term “alien” and the grounds for deportation with regard to both the United States’ and Republic of Turkey’s legal systems. The third section discusses foreign policy as the basis for deportation in Turkish law in terms of public policy and national security and proposes practical solutions for dealing with such circumstances. Finally, the fifth section provides concluding remarks and makes some proposals for future research.

Türk-Amerikan Yargı Kararları Işığında Yabancıların Sınır Dışı Edilmesinde Dış Politika Sebebi

I. Giriş

Sınır dışı etme işlemi temel hak ve özgürlüklerle doğrudan bağlantılı olması sebebiyle iç hukukla birlikte uluslararası hukukun düzenleme alanı içerisinde yer almakta ve evrensel standartlar çerçevesinde gelişim göstermektedir. Uluslararası teamül hukuku ekseninde, kişilerin vatandaşı olmadıkları ülkelere girişi, ikamet ve ülkeden ayrılışı konuları devletlerin münhasır yetki alanında olduğu kabul edilmektedir.¹ Ülkelerin egemenlik hakları gereği sınırlarının içerisine yabancıların girmesine izin verebilme yetkisine sahip olması² uluslararası hukukta ülkesel egemenlik kuralı olarak adlandırılmaktadır.³ Ülkesel egemenlik kuralı, devletlere yabancıların yalnızca sınırları içerisine girmesinde tayin yetkisi tanımamakta ayrıca sınırları içerisnde bulunan yabancıların sınırlarını terk etmesine de karar verebilme yetkisini tanımaktadır.⁴ Ancak devletlerin sınırları içerisnde bulunan yabancıları sınırları dışıyısına çıkarma gücü sınırsız değildir. Devletler bu gücü meşru sebeplerle ve belirli ilkelere riayet ederek kullanması gerekir.⁵ Bu ilkeler çerçevesinde yabancıların sınır dışı edilebilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak bu ilkelerin yorumlanması hukuk sistemleri içerisnde farklılık gösterebilmektedir. Bu çalışmada Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri yargı organlarıncı verilen kararlar ekseninde yabancıların toprakları üzerinde buldukları devletin dış politikasıyla varlıkları ya da fiilleriyle tezatlık oluşturmaları halinde sınır dışı edilmesi, dayanakları ve uygulamaları üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, Türk hukukunda dış politikanın yabancıncın sınır dışı edilmesine dayanak oluşturup oluşturulamayacağındaki belirsizlik giderilmeye çalışılacaktır.

1 Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5., Beta 2018) 99; Peter H Schuck, *Citizens, Strangers and In-Betweens: Essays on Immigration and Citizenship* (Westview Press 1998) 4–13; David Weissbrodt, *Immigration Law and Procedure In A Nutshell* (West Publishing 1992) 6–10; Yılmaz Altuğ, *Yabancıların Hukuki Durumu* (3rd edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1968) 139–141.; Levent Korkut, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği’ (2008) 66 Ankara Barosu Dergisi 20, 21–22; Saskia Sassen, *Losing Control?: Sovereignty in an Age of Globalization* (Columbia University Press).

2 Amerikan Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of the United States*) ülkesel yetki üzerine yıllar boyu kullanılacak emsal kararını, *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892), oluşturmuştur. İlgili davaya konu olay Japon uyrukluluğundaki kişinin gümrük muhafaza memurlarıncı ABD sınırlarından içeriye alınmaması üzerinedir. Dayanak olarak, 1882 tarihli Göçmenlik Yasası’ncı kullanmış ve gerekçe olarak da 2 yıllık eşi olan ve 1 yıldır ABD’de ikamet eden eşinin adresini bilmemesi ve üzerinde yalnızca 22 Amerikan dolarının olmasını göstermiştir. Sonrasında görülen davada Yüksek Yargıç Horace Gray, mahkeme adına yazmış olduğu gerekçede, devletin egemenlik haklarını şu şekilde tanımlamıştır:

Her egemen ulusun, egemenliğin doğasında mevcut olan ve kendini korumanın esası olarak, yabancıların kendi topraklarına girmesini yasaklama veya yalnızca belirtilen durumlarda ve koşullarda kabul etme gücüne sahip olduğu, uluslararası hukukun kabul edilen bir düsturudur.

Amerikan Yüksek Mahkemesi sonrasında birçok kararında buna vurgu yapmıştır bkz. *Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903); *Juilliard v. Greenman*, 100 U.S. 421; *Logan v. United States*, 144 U.S. 263; *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 421.

3 Detaylı bilgi için bkz. İlhan Lütem, *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk* (Sakarya 1947); John Torpey, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State* (Cambridge University Press 1999).

4 Rona Aybay ve Esra Dardağın Kibar, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010) 105. Türk hukuk uygulamasında devletlerin egemenlik hakları bağlamında yabancıların sınır dışı edilebileceği açık bir biçimde belirtilmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi bu durumun altını Peri Kırık kararında şu şekilde çizmiştir: “Devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan yabancıların ülkeye girişi yapmasını ve ikamet etmesini kontrol etme ve gerektiğinde ülkedeki yabancıları sınır dışı etme konusunda geniş takdir yetkileri bulunmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 2015/19795, 9.1.2019.

5 Chen Lung-Chu, *An Introduction to Contemporary International Law* (2nd edn, Yale University Press 2000) 182.

Bu çalışmanın konusu, sınır dışı işleminin doğası gereği,⁶ gerçek yabancı kişiler üzerine kuruludur. Yabancı gerçek kişiler içerisinde vatansızlar, uluslararası korumadan yararlananlar, geçici korumadan yararlananlar ya da Amerikan hukukunda tanımlanan yerleşik yabancılar (*permanent resident*) gibi alt bir ayrıma gidilmeyecektir. Özgül bir alt ayırımından ziyade gerçek yabancı kişilerin sınır dışı edilmesi iki hukuk düzeninde ele alınacak ve dış politikanın sınır dışı üzerinde etkisine değinilecektir. Yabancıların sınır dışı edilmesi kavramı ile suçluların iadesi ve yabancıların geri çevrilmesi Türk ve Amerikan hukukunda farklı anlamlara gelmektedir. Keza diplomasi hukuku kapsamındaki yabancı diplomatik temsilcilerin istenmeyen kişi (*persona non grata*) ilan edilmesi bu çalışmaya esas teşkil etmemektedir. Bu çalışmada yabancıların sınır dışı edilmesinde dış politikanın bir sınır dışı sebebi oluşturup oluşturmadığı irdelenecektir.

Bu makalenin devamı 4 ana başlık üzerine kuruludur. İkinci kısımda Türk-Amerikan hukukunda yabancılar ve sınır dışı edilme sebepleri tanımlanıp, tahlili yapılmıştır. Üçüncü bölümde dış politika sebebiyle yabancıların sınır dışı edilmesi ele alınmış, Türk-Amerikan mahkeme kararları ışığında yabancıların sınır dışı edilmesi ve uygulamadaki yansımaları irdelenmiştir. Makalenin dördüncü bölümünde dış politika sebebiyle sınır dışı uygulamalarına ilişkin eksiklikler ve önerilerde bulunulmuştur.

II. Yabancıların Sınır Dışı Edilmesinin Yasal Dayanakları

Sınır dışı işlemi yabancılar üzerine uygulanan bir yaptırım olduğu için öncelikle yabancı kavramının tanımlanması gerekmektedir. Türk hukukunda kabul edilen yabancı kavramı 1892 tarihli Devletler Hukuku Enstitüsü (*Institut de Droit International*)’nün Cenevre Toplantısı’na dayanmaktadır.⁷ Buna göre; yabancı, bir devletin toprakları üzerinde olup da o devletin uyrukluğunu ileri sürmeye hakkı olmayan kimse olarak tanımlanmaktadır.⁸ Yabancıların tanımı Türk mevzuatı içerisinde de benzer bir biçimde ele alınmıştır. Yabancılar ile ilgili temel mevzuat olan 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)’na⁹ göre: “Yabancı: Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda Türk hukukunda yabancıların tanımı vatandaşlık bağı esas alınarak yapıldığı görülmektedir.¹⁰ Yabancıların dış politika sebebiyle sınır dışı edilmesinde Amerikan uygulaması esas teşkil etmektedir.

6 Rona Aybay, ‘Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme’ (2003) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141, 142.

7 Aybay and Dardağan Kibar (n 4) 13; Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (26th edn., Beta 2021) 16; Ekşi (n 1) 38; Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017) 19–20; Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku* (Beta 2003) 6.

8 Yabancıların Kabulü ve Sınır Dışı Edilmesine Dair Uluslararası Kurallar (*Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers*)’in ilk maddesinde belirtilmiştir. İlgili maddenin çevirisi:

Bu düzenleme kapsamındaki yabancı, ülke toprakları üzerinden yalnızca geçip geçmediğine, ülkede mukim olup olmadığına, ülkede mülteci olarak ya da özgür iradesiyle kalıp kalmadığına bakılmaksızın, toprakları üzerindeki devletin vatandaşlık haklarına sahip olmayan kişidir.

9 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2011, RG 11.4.2006/28615.

10 Çelikel and Öztekin Gelgel (n 7) 16; Aybay and Dardağan Kibar (n 4) 13; Ekşi (n 1) 38.

Bu sebeple Amerikan hukuk düzeninde yabancıların tanımını irdelemek gerekmektedir. 1965 Tarihli Amerikan Göçmenlik ve Vatandaşlık Yasası (*Immigration and Nationality Act of 1965*)’nda¹¹ yabancı açık bir biçimde tanımlanmaktadır. Buna göre: “Yabancı tabiri, Birleşik Devletler vatandaşı veya uyruğunda olmayan herhangi bir kişi anlamına gelir.”¹² şeklindedir. Amerikan hukukunda Türk hukukundaki yabancı tanımının benzeri, yani vatandaşlık bağının esas alınması, üzerine bir tanımlama yapılmaktadır. Öyleyse kanımızca Türk ve Amerikan hukuku ekseninde yabancıların tanımı şu şekilde yapılabilir: yabancı, vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı ya da uyruğunda bulunmadığı bir ülkenin sınırları içerisinde bulunan kimsedir. Bu tanımlama ekseninde yabancıların sınır dışı edilmesi sebeplerini ele almak gerekmektedir.

A. Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerinin Dayanakları: Türk Uygulaması

Devletler, ülkenin menfaatleri ile bağdaşmayacak fiillerde bulunan yabancıları, sınırları dışına çıkarma yetkisini haizdir.¹³ Devletlerin, genel güvenlik ve kamu düzenlerini korumak amacıyla, hareketleri tehlikeli addedilen yabancıları topraklarından çıkarma yetkisine sahip olması ülkesel yetkinin bir sonucudur.¹⁴ Zira Türk hukukunda sınır dışı hakkı devletin, ülkesel yetki gereği, münhasır alanı içerisine girmektedir.¹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na¹⁶ göre kişilerin dokunulmazlığı ve güvenliği garanti altına alınsa da yabancıların sınır dışı edilmesi Anayasa’da belirtilen bu güvencelere istisna teşkil etmektedir.¹⁷ Bu durum Anayasa’nın 19. maddesinde açıkça hakkında dışı etme kararı verilen bir yabancıların yakalanması ya da tutuklanmasının kişi dokunulmazlığı ve güvenliğine aykırı olmadığı şeklinde hükme bağlanmıştır.¹⁸

Türkiye’de bulunan yabancıların sınır dışı edilmelerine dayanak oluşturan durumlar YUKK’da sıralı bir biçimde düzenlenmiştir. Kanun’da sistematik olarak bir ayrıma gidilmemiş olsa da YUKK 54.maddenin kapsamında yabancıların sınır dışı edilmesini iki ana başlık etrafında toplamak mümkündür.¹⁹ İlk ana başlık ülkenin emniyetine

11 8 U.S.C.

12 8 U.S.C. § 1101(a)3.

13 Aybay and Dardağan Kibar (n 4) 225; Haluk Kabaalioglu and Nuray Ekşi, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi’ (2011) 24 Public and Private International Law Bulletin 503, 503; Ergül Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınırdışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı Yayınevi) 39.

14 Aybay and Dardağan Kibar (n 4) 125; Rifat Erten, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme’ 3, 5.

15 Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi’ (2013) 108 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 211, 211.

16 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 9.11.1982/17853.

17 Aybay (n 6) 141–142.

18 Konu hakkındaki detaylı inceleme için bkz. Esat Caner Yılmazoğlu, ‘Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi’ (2015) 5 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 905.

19 Doktrinde yabancıların sınır dışı edilmesini, (1) güvenlik tedbiri olarak, (2) kamu düzenini koruma amacıyla ve (3) ülkeye giriş, çıkış ve ikametle ilişkin mevzuata aykırı davranışlar ve idari usulsüzlükler, şeklinde üç ana başlığa ayrıldığı görülmektedir. Esra Dardağan Kibar, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınırdışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi’ (2012) 11 Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 53, 53. Ancak bu çalışmada üçlü bir ayırımın ziyade kamu düzeni ve güvenlik tedbirini tek bir başlık altında değerlendirmenin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

ya da menfaatlerine tezatlık oluşturan haller olarak adlandırılabilir. İkinci başlık ise yabancıların sınır dışı edilmesine sebep olan idari ihlallerdir.

Yabancıların ülkenin güvenliğine ve menfaatlerine zarar verecek fiiller içerisinde bulunmalarına ilişkin durumlar YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasında sayılmıştır. Buna göre: (1) hapis cezasına çarptırılan yabancıların koşullu salıvermeden yararlandıktan sonra ya da cezası infaz edilmesine müteakip (YUKK m.54(1)(a)); (2) Türkiye'de bulunan yabancıların örgütlü suçlar içerisinde yer alması halinde (YUKK m.54(1)(b)); (3) yabancıların, fuhuş, insan kaçakçılığı ya da insan ticareti gibi, gayri meşru işler üzerinden geçimini temin ediyor olması halinde (YUKK m.54(1)(ç)); (4) yabancıların Türk kamu düzenini, kamu sağlığını ya da güvenliğine zarar verecek fiiller içerisinde olması halinde (YUKK m.54(1)(d)); (5) uluslararası kurum ve kuruluşlarca tanımlanan terör örgütleriyle bağı olması (YUKK m.54(1)(k)) halinde sınır dışı işlemi yapılmaktadır.

İdari ihlaller yabancıların sınır dışı edilmesinde ikinci sebep olarak kabul edilmektedir. Yabancılar, ülke sınırları içerisine girerken ya da girdikten sonra yapmış olduğu fiiller sebebiyle idari kural ihlalleri sebebiyle sınır dışı edilmesi YUKK'un 54. maddesinin 1. fıkrasında sıralanmıştır. Buna göre: (1) Türkiye'ye girerken, vize başvurusunda ya da ikamet izninde gerçeğe aykırı bilgi sunan ya da sahte belge kullanan (YUKK m.54(1)(c)); (2) vize süresi ya da vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar ile vizesi geçersiz kılınan (YUKK m.54(1)(e)); (3) ikamet izni ayrımı yapılmaksızın ikamet izni süresi dolanlar on gün içerisinde ikamet izinlerini uzatmayan (YUKK m.54(1)(g)); (4) ikamet izni iptal edilmiş olan (YUKK m.54(1)(f)); (5) çalışma izni olmaksızın çalışan ya da çalışma iznini verilmiş amacına uygun olarak kullanmayan (YUKK m.54(1)(ğ)); (6) Türkiye'ye yasal giriş ve çıkışlara riayet etmeyenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs eden (YUKK m.54(1)(h)); (7) Türkiye'ye girişine yasak getirilmesine rağmen ülkeye giren (YUKK m.54(1)(ı)); (8) ikamet izin süreleri bittikten sonra ikamet izin sürelerini uzatmak için başvuruların ikamet izinlerinin uzatılmaması kararını müteakiben on gün içerisinde ülkeyi terk etmeyen (YUKK m.54(1)(j)) yabancılar sınır dışı işlemine konu olabilmektedir.

Türk hukukunda yabancıların sınır dışı edilme işleminde kamu güvenliği ve ülke menfaatleri sebeplerinin etkin bir biçimde kullanıldığı görülmektedir.²⁰ Bu sebeple yapılan sınır dışı uygulamalarında kamu düzeni ve kamu güvenliğine aykırı fiiller ise yaygın bir biçimde yer almaktadır.²¹ Mevzuatta her ne kadar sınır dışı edilme sebebi olarak çeşitli durumlar sıralı bir biçimde sayılmış olsa da dış politikaya açık bir biçimde yer verilmediği görülmektedir. Türkiye'de bulunan bir yabancıların Türkiye Cumhuriyeti'nin dış politikasıyla bağdaşmayacak eylemlerde bulunması ya da salt

20 Kabaalioglu and Ekşi (n 13) 515; Ayşe Yasemin Aydoğmuş, "Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi" (2017) 37 Public and Private International Law Bulletin 141, 149.

21 Asar (n 7) 147.

varlığının dış politikayla çelişmesi halinde sınır dışı işlemine konu olup olamayacağına dair açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple zannımızca emsal olması açısından dış politikanın açık bir biçimde sınır dışı edilme sebebi olarak ele alınan Amerikan hukukuna bakmak gerekmektedir.

B. Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerinin Yasal Dayanakları: Anglo-Amerikan Uygulaması

Amerikan hukukunda sınır dışı müessesesi neredeyse ABD'nin kuruluşuna dayanmaktadır.²² İlk olarak 1798 tarihli Yabancılar ve İsyana Teşvik Yasası (*Alien and Sedition Act of 1798*)'nda²³ yabancıların sınır dışı edilmesi düzenlenmiştir.²⁴ Buna göre Amerikan Başkanı, (1) ABD'nin savaş halinde bulunduğu devletin vatandaşını ya da (2) ülkenin güvenliğine ve sükûnuna zarar verdiği, yabancıyı ülke dışına çıkarma yetkisine sahiptir.²⁵ Zaman içerisinde çeşitli değişikliklere uğramış olsa da ABD'de yabancıların sınır dışı edilme sebepleri genel çerçevesini korumuştur. Bu bağlamda, Amerikan hukukunda iki tip sınır dışı kuralı olduğu söylenebilir. Bunlar (1) genişletilmiş sınır kontrolü (*extended border control*) ve (2) sınır geçişi sonrası sosyal kontrol (*post-entry social control*)dür.²⁶ Genişletilmiş sınır kontrolü devletin egemenlik gücünden doğan ülkesel yetki ve vatandaş ile yabancı arasındaki hukuki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Genişletilmiş sınır kontrolü ekseninde sınır dışı edilme işlemi iki durumda mümkündür. İlki yanlış beyan ya da sahte evrak ile usulsüz sınır geçişine dayanılarak yapılmaktadır. İkincisi ise ülkeye girişinde beyan ettiği bulunma amacından farklı şeylerle uğraşan kişiler hakkında yapılmaktadır. Bu iki durum devletin egemenlik hakkından kaynaklı sınır dışı etme halleridir. İkinci kural ise sınır geçişi sonrası sosyal kontrol olarak adlandırılan durumdur. Buna göre yabancı, ABD sınırını usulüne göre geçtikten sonra, dış politika veya suçla alakalı ya da yasaklı siyasal fiillerde bulunması durumunda sınır dışı edilebilmektedir. Burada yabancıların bu fiili geçmişe etkili şekilde ele alınabilmektedir.²⁷ Bunun ilk örneği ise yukarıda belirtildiği üzere 1798 tarihli Yabancılar ve İsyana Teşvik Yasası'dır.²⁸ Bu bağlamda gerek genişletilmiş sınır kontrolü gerekse sınır geçişi sonrası kontrol temelli sınır dışı sebeplerini ele almak konuyu belirginleştirebilmek açısından faydalı olacaktır.

Amerikan Göçmenlik ve Vatandaşlık Yasası'nda sınır dışı sebepleri belirtilmiştir. İlgili yasanın 237.bölümünde sınır dışı sebepleri şu şekildedir: (1) Ülkeye girdiği

22 Torrie Hester, *The History of Immigrant Deportations* (Oxford University Press 2020).

23 Sedition Act, ch. 74, 1 Stat. 596 (1798).

24 Yabancıların Amerikan topraklarından sınır dışı edilmesinin tarihsel perspektifi için bkz. Howard L. Bevis, 'The Deportation of Aliens' (1920) 68 University of Pennsylvania Law Review 97.

25 Sedition Act, ch. 58, 1 Stat. 570 (1798).

26 Detaylı bilgi için bkz. Daniel Kanstroom, *Deportation Nation: Outsiders in American History* (Harvard University Press 2007).

27 ibid 5–6.

28 Aristide R. Zolberg, *A Nation by Design — Aristide R. Zolberg* (Harvard University Press 2008) 87–88.

zamanda kabul edilemez olanlar ya da göçmenlik statüsünü ihlal eden (INA § 237(a)(1)(A)); (2) bir suçtan mahkûm olan (INA § 237(a)(2)); (3) sahte belge ya da kayıta hataya sebep olan (INA § 237(a)(3)); (4) ulusal güvenlik ya da dış politikayla alakalı sorunlar ortaya çıkarak fillerde bulunan (INA § 237(a)(4)); (5) yasa dışı yollarla oy kullanan (INA § 237(a)(6)) yabancılar sınır dışı işlemine konu olabilmektedir.

Amerikan göçmenlik mevzuatı incelendiğinde sınır dışı sebepleri fiil ve varlık eksenli olduğu görülmektedir. Keza ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin sınır dışı edilme açısından önem taşıdığı görülmektedir. Ulusal güvenlik ve kamu düzeni sebebiyle yapılan sınır dışı işlemlerinde suç unsuru esas olarak benimsenmiştir.²⁹ Her ne kadar eylem unsurlu sınır dışı sebepleri çoğunlukta olsa yalnızca ülkede bulunan varlıkları sebebiyle de yabancılar sınır dışı işlemine konu olabilmektedir. Dış politika yabancıların hem eylemleri ile hem de varlıkları ile sınır dışı işlemine konu olabilecekleri bir sebep olarak Amerikan göçmenlik hukukunda kendine yer bulmaktadır.³⁰

C. Sınır Dışı Uygulamalarına Yaklaşım Farkları

Türk ve Amerikan hukuku sınır dışı sebepleri konusunda ayrışmaktadır. Amerikan hukukunda yabancıların ülke dışına çıkarılmasına dair iki durum söz konusudur. Bunlar (1) kabul edilemezlik (*inadmissability*) ve (2) sınır dışı etme (*deportation*) dir. Amerikan hukuku ile Türk hukuku arasındaki sınır dışına ilişkin tanımlama ve uygulanacak hukuk farklılardan birisi yasa dışı yollarla ülkeye girenlere ilişkin sınır dışı konusudur. Türk hukukunda yasa dışı yollarla girmiş kişi sınır dışı işlemi uygulanacak kişiler içerisinde yer almaktadır. Amerikan hukukunda kişinin yasa dışı yollarla sınırı geçip Amerika'ya girmesi halinde kişi sınır dışı işlemi kapsamında değildir. Burada sınır dışı işleminden(*exclusion*) ziyade kabul edilemezlik(*inadmissibility*) kapsamında ele alınmaktadır.³¹ Bu sebeple de uygulanacak kurallar değişiklik göstermektedir. Bu farklılık kendini yabancıların dış politika sebebiyle sınır dışı edilmesinde göstermektedir.³² Örneğin, ABD'de yabancıların dış politika sebebiyle ülkeye kabul edilmemeleri daha sınırlı bir çerçevede ele alınmaktadır.³³ Bu eksende

29 Amerikan sınır dışı politikası suça bulaşmış yabancıları toprakları üzerinde bulundurmamak üzerine kurulu olduğu söylenebilir. Deirdre M Moloney, *National Insecurities: Immigrants and U.S. Deportation Policy since 1882* (University of North Carolina Press 2012) 1–27.

30 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Lenni B Benson, 'The Danger of Dissent: A Century of Targeting Immigrants' 65 NYLS Law Review 133.

31 Aslında bu durum 1996 tarihli Yasa Dışı Göçmen Reformu ve Göçmenlik Sorumluluğu Yasası'ndan önce kabul (admission) bir kıstas olarak görülmemekteydi. 1996 yılından önceki düzenlemelerde sınırı yasal yollarla geçip geçmediğine bakılmaksızın kişi sınır dışı (deportation) işlemine tabi tutulmaktaydı. Sınır dışı işlemi, kabul edilemezlik işlemine nazaran yabancıya daha fazla usuli haklar tanımaktaydı. Thomas Aleinikoff and others, *Immigration and Citizenship: Process and Policy* (8th edition, West Academic Publishing 2016) 583.

32 ibid 584.

33 Amerikan Göçmenlik ve Vatandaşlık Yasası, § 212(a)(3)(C)(iii), şu şekilde hüküm koymuştur: bir yabancı, eğer yabancınn geçmiş, şimdiki veya beklenen inançları, beyanları veya üye olduğu dernekler nedeniyle, Amerika Birleşik Devletleri'ne girişte kısıtlama veya koşullara tabi tutulamaz veya kabul edilemezlik yapılamaz. Dışişleri Bakanı kişisel olarak yabancınn kabulünün Birleşik Devletler dış politika çıkarlarını tehlikeye atacağını belirlemedikçe, ABD'de yasal olan inançlar, beyanlar ya da dernek üyelikleri sebebiyle yabancı ülkeye kabul edilemezlik yapılamaz.

bu çalışmanın ana konusu olarak sınır dışı işlemi (*exclusion*) değerlendirilmektedir. Türk hukukunda sınır dışı edilme sebepleri incelendiğinde kamu düzeni veya kamu güvenliği unsurlarının başat olduğu görülmektedir. Bu kavramlar Amerikan hukuk uygulamasında da sınır dışı sebebi olarak benimsenmektedir. Amerikan hukuk uygulamasında kamu düzeni ve kamu güvenliğinin kavramlarından bağımsız olarak dış politikanın yabancıların sınır dışı edilmesinde sebep olduğu görülmektedir.³⁴ Zira yabancıların Amerikan dış politikasına aykırılık sebebiyle sınır dışı edilmesi oldukça yaygın bir uygulamadır. Örneğin, 1950li yıllarda 230 yabancı, 1960lı yıllarda 15 yabancı, 1970lerde 18 yabancı bu sebeple sınır dışı edilmiştir.³⁵

Türk hukuk uygulamasında kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarının dış politikayı kapsayıp kapsamadığına dair bir muğlaklık söz konusudur. Bu bağlamda bu muğlaklığı giderebilmek açısından dış politika sebebiyle yabancıların sınır dışı edilmesini tanımlamak gerekmektedir. Dış politikanın doğrudan uygulanan bir sınır dışı edilme sebebi olması sebebiyle Amerikan hukuk uygulaması ele alınıp sonrasında da Türk hukuk uygulamasında kamu düzeni ya da kamu güvenliği kavramı temel alınarak yabancıların sınır dışı edilmesinde dış politikanın etkisi olup olmadığı değerlendirmekte fayda olacaktır.

III. Dış Politika ve Sınır Dışı İlişkisi

Devletler kamu menfaatleri ve güvenlikleri sebebi ile toprakları üzerinde bulunan yabancıları sınır dışı edebilme yetkisine sahiptirler.³⁶ Amerikan hukukunda sınır dışı sebepleri dikkatle incelendiğinde kişilerin salt varlıklarının sınır dışı sebebi olabildiği görülmektedir.³⁷ Bu durum Amerikan Göçmenlik ve Vatandaşlık Yasası'nda, ABD'deki varlığı veya faaliyetleri, ABD'nin dış politikasının menfaatlerine potansiyel olarak ciddi aykırılık oluşturacağına inanılan yabancıların sınır dışı edilebileceği, açık bir biçimde belirtilmiştir.³⁸ Burada yabancıların varlığı (*presence*), fiillerinden bağımsız olarak dış politikaya aykırılık içermesi halinde de sınır dışı işlemine konu olabilmektedir.³⁹

Tarihsel gelişim içerisinde birçok kararda dış politikanın etken bir biçimde kullanıldığı görülmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi 1889 tarihli *The Chinese Exclusion Case*⁴⁰ kararında yabancıların dış politika sebebiyle sınır dışı edilebilmesine

34 Aleinikoff and others (n 31) 663.

35 1980ler ile birlikte istatistik yayımlama durdurulmuştur. O sebeple ilgili tarihten günümüze istatistiklere erişilememektedir bkz. ibid.

36 Tekinalp (n 7) 94; Aybay and Dardağan Kibar (n 4) 225; Aybay (n 6) 142.

37 Anglo-Amerikan hukukunda dış politikanın sınır dışı sebebi oluşturması kabul görmüş bir haldir. Örneğin, Birleşik Krallık yalnızca kendi menfaatleri değil müttefiklerinin menfaatlerini de gözeterek sınır dışı karar verebilmektedir. Birleşik Krallığın ya da dost addettiği ülkelerin menfaatine aykırı kabul edilen fiillerde bulunan yabancılar İngiliz kamu düzenini ihlal ettiği kabul edilmektedir. A Gündüz Ökçün, *Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni* (Sermaye Piyasası Kurulu) 100.

38 8 U.S.C § 237(a)(4).

39 Yabancıların dış politika sebebiyle sınır dışı edilmesinin 2 istisnası mevcuttur. Bunlardan ilki Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan yabancı devlet memuru ikincisi ise yabancı devlet seçimlerinde aday olan kimsedir. Aleinikoff and others (n 30) 645.

40 *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889).

dair karar vermiştir. Devletlerin dış politikaya dayanarak iç huzuru ve kamu güvenliğini sağlayabilmek adına yabancıların varlığını tehdit gördükleri takdirde sınır dışı etme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Yüksek Yargıç Stephen Johnson Field, mahkeme adına yazdığı gerekçede, şu şekilde gerekçelendirmiştir:

Amerika Birleşik Devletleri hükümeti, yasama organı vasıtasıyla, bu ülkede bizimle asimile olmayacak farklı bir ırktan yabancıların varlığının barış ve güvenliği için tehlikeli olduğunu düşünüyorsa, sınır dışı edilmeleri bizim için sorunlu oluşturmayacaktır.

Amerikan dış politikası temelli sınır dışı uygulamalarında etken olan unsur ideolojik saikler olmuştur.⁴¹ *The Chinese Exclusion Case*'den yola çıkıldığında Birinci ve İkinci Dünya Savaşları arasındaki dönemde ABD'de dış politikanın etken bir sınır dışı sebebi olarak kullanıldığı görülmektedir.⁴² Bu dönemde Amerikan dış politikası komünizm karşıtlığı üzerine kuruludur.⁴³ Amerikan Komünist Partisi (*Communist Party USA*)'ne⁴⁴ üye olmak hukuk kurallarına aykırılık oluşturmasına karşın partinin üyelerinin çoğunluğu çeşitli cezalara çarptırılmıştır.⁴⁵ Keza Amerikan Komünist Partisi'nin Amerikan vatandaşı olmayan üyeleri ise kanunları ihlal eden hiçbir eylemde bulunmamalarına karşı sınır dışı edilmişlerdir.⁴⁶ 1938 tarihinde ünlü sendikacılardan Harry Bridges yalnızca Amerikan Komünist Partisi'ne üye olduğu için hakkında sınır dışı kararı alınmıştır. Bu süreç sonucunda ortaya çıkan *Bridges v. Wixon*⁴⁷ davasında mahkeme devletlerin sınırları içerisindeki yabancıları dış politikanın gereği olarak sınır dışı edebileceğine hükmetmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi başka bir kararında, *Kessler v. Strecker*,⁴⁸ bu durumun altını bir kere daha çizerek dış politikanın bir sınır dışı sebebi olabileceğini ancak kişinin bir partiye üye olmasının Amerikan dış politikasıyla bağdaşmasa da sınır dışı için sebep oluşturmayacağını belirtmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi bir başka kararında, *Kleindienst v. Mandel*,⁴⁹ devletlerin dış politika sebebiyle yabancıları ülkelerine kabul etmeme ya da ülkelerinden çıkarma hakkı olduğunu belirtmiştir.

41 Aleinikoff and others (n 31) 652.

42 Amerika Eski Çalışma Bakanı Louis F. Post kişisel hayatını ve süreci anlatmış olduğu "The Deportations Delirium of Nineteen-Twenty: A Personal Narrative of An Historic Official Experience" adlı eserinde yabancılara karşı 1920 ile başlayan ve 'Kızıl Haçlı Seferleri' olarak adlandırılan binlerce yabancıların sınır dışı edilmesi olaylarını detaylı bir biçimde anlatmaktadır. Kitabında sınır dışı edilmelerin temel dayanak noktasının dış politika ve siyasi kaygılar olduğunu belirtmiştir. Louis F Post, *The Deportations Delirium of Nineteen-Twenty ; A Personal Narrative of An Historic Official Experience* (CH Kerr 1923) 18–91.

43 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Steven W Hook and John Spanier, *American Foreign Policy Since World War II* (CQ Press 2018).

44 Komünist Parti'ye yasal olarak üye olanların bazıları ajanlık suçlamasıyla yargılanmış ve çeşitli cezalar almışlardır. İlgili dava bkz. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

45 Joseph B Joyce, 'Constitutional Law: Rights of Communist Aliens Subject to Deportation' (1955) 30 Notre Dame Law Review 438, 438–441.

46 Aleinikoff and others (n 31) 653.

47 *Bridges v. Wixon*, 326 U.S. 135 (1945).

48 *Kessler v. Strecker*, 307 U.S. (1939).

49 *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972).

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Fong Yue Ting v. United States*⁵⁰ kararında, dış politikayı ele alırken “...ancak uluslararası amaçlar için, yabancı uluslarla ilişkilerimizi kucaklarken, biz sadece bir halkız, tek bir ulus, tek bir gücüz” şeklinde belirtmiştir. İlgili kararda, bu birliği sağlayabilmenin yolunun ise kamu düzeni ve kamu güvenliğini sağlayarak mümkün olduğunu vurgulamış⁵¹ ve dış politikanın bir sınır dışı işleminde sebep olabileceği belirtilmiştir.

Yabancıların varlığının sınır dışı sebebi olarak kullanıldığı bir başka karar 1999 yılında verilmiştir. Bu husus Ruiz-Massieu Meselesi (*Matter of Ruiz-Massieu*)’nde⁵² ele alınmıştır. Meksika Eski Adalet Bakan Yardımcısı Mario Salvador Ruiz-Massieu sınır dışı işlemine karşı başvurusu değerlendirilmiştir. ABD Dışişleri Bakanı’nın Ruiz-Massieu’nun Amerika’daki varlığının dış politikaya tezatlık oluşturduğunu o sebeple de sınır dışı edilmesi gerektiğini belirtmiştir. ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından yazılan raporda bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

Meksika ile kolluk kuvvetleriyle alakalı konularda çalışma kabiliyetimize zarar verebilir. İki hükümetin içerisinde bulunduğu diğer konularda da potansiyel olarak caydırıcı etki yaratabilir. ABD Hükümeti, Ruiz Massieu’yu Meksika’ya iade etmezse, Meksika yargı sistemi gibi reformlara olan desteğimiz anlamsız addedilecek ve Meksika Başkanı Zedillo ve bizim ortak gayretlerimizle çizdiğimiz yeni ve işlevsel Amerika-Meksika ilişkilerinde büyük bir gerileme olacaktır.⁵³

Amerikan Dışişleri’nin vermiş olduğu gerekçeye karşı itirazda bulunan Ruiz-Massieu yeterli delilin olmadığını o sebeple de sınır dışı edilemeyeceğini ileri sürmüştü de yapılan inceleme sonucunda varılan kararda ABD Dışişleri Bakanı’nın yeterli şüphe olduğunu belirtmesinin yeterli delil olarak kabul edilebileceği ve sınır dışı işleminde bir usulsüzlük bulunmadığı belirtilmiştir.⁵⁴

Soğuk savaşın bitmesiyle birlikte yabancıların dış politika sebebiyle sınır dışı işlemine konu olması azalmıştır.⁵⁵ Ancak 11 Eylül 2001 saldırısının ardından ABD’de dış politika sebebiyle yabancıların ülkeye kabul edilmemesi ya da ülkedeki yabancıların sınır dışı edilmesi tekrar önem kazanmıştır.⁵⁶ Yukarıda açıklandığı üzere ülkeye kabul edilemezlik ile sınır dışı kavramları Amerikan hukukunda farklı anlamlara gelmektedir. Bu eksende, yabancıların ülkeye dış politika sebebiyle kabul edilemezlikleri terörle yakın ilişkili oldukları düşünülen kişiler bağlamında yapılmaktadır.⁵⁷ Ancak ülkeden sınır dışı işlemlerinde bu durum farklılık göstermektedir. Her ne kadar Amerikan

50 *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).

51 ibid 699.

52 22 I & N Dec. 833 (1999)

53 ibid 834.

54 ibid.

55 Aleinikoff and others (n 31) 663.

56 ibid.

57 ibid 644.

Göçmenlik ve Vatandaşlık Yasası dış politikayı ayrı bir sebep olarak ele alsa da Amerikan Yüksek Mahkemesi kararları incelendiğinde kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarının dış politikayla birlikte değerlendirildiği görülmektedir.⁵⁸ Öte yandan Türk hukukunda kişilerin dış politika sebebiyle sınır dışı edilebilmesine dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak YUKK m.54(1)(d) bağlamında kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı sebebiyle yabancılar sınır dışı edilebilmektedir. Amerikan hukuk uygulamasındaki dış politikanın kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle birlikte değerlendirilmesinden yola çıkarak Türk dış politikasının kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı içerisine girip girmediği hususunu ele almanın yerinde olacağı kanaatindeyiz.

A. Kuramsal ve Uygulama Açısından Kamu Düzeni ve Güvenliği Kavramı

Türk hukukunda, devletin dış politikasına aykırı fiiller içerisinde bulunan ya da ülkedeki varlıkları devletin dış politikasına zarar veren yabancıların sınır dışı edilebilmesi için, özel bir düzenleme getirilmediği görülmektedir. Bu bağlamda bu sebebin etkin olarak kullanıldığı hukuk sistemlerine bakmakta fayda olacaktır. Dış politikanın, sınır dışı sebebi olarak uygulandığı Amerikan hukukuna bakıldığında, kamu düzeni ve ulusal güvenlikle birlikte değerlendirildiği anlaşılmaktadır.⁵⁹ Kanımızca YUKK kapsamında devletin dış politikasına aykırılık sebebiyle yabancıların sınır dışı edilebilmesine ilişkin düzenleme 54(1)(d) bağlamında olabilecektir. YUKK m. 54(1)(d)'de kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı yabancıların sınır dışı edilme sebepleri olarak birlikte anılmaktadır. Burada kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramı ile kamu sağlığı kavramını birbirinden ayırmakta fayda olacaktır. Kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramını da tek bir çatı altında değerlendirmek yerinde olacaktır. Zira zannımızca kamu düzeni unsuru kamu güvenliğini de ihtiva etmektedir.⁶⁰ Bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde YUKK m. 54(1)(d) ekseninde sınır dışı sebepleri belirtilirken kamu düzeni ve kamu güvenliği unsurları ekseriyetle beraber ele alınmaktadır. Kamu güvenliğinin, kamu düzeninin bütünüleyici parçası olduğu görülebilmektedir. O sebeple kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarını beraber incelemek yerinde olacaktır. Bu ekseninde ilk olarak kuramsal olarak kamu düzeni kavramı ortaya konulması gerekmektedir.

58 *Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903); *Logan v. United States*, 144 U.S. 263; *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 421; *Kessler v. Strecker*, 307 U.S. (1939); *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *Bridges v. Wixon*, 326 U.S. 135 (1945).

59 Aleinikoff and others (n 31) 582–583.

60 Doktrinde kamu güvenliğinin kamu düzeninin altında yer alıp almadığı konusunda tartışmalar sürmektedir. Kıratlı'ya göre güvenlik unsuru, devletin komplolara karşı korunmasından basit trafik kazalarının önlenmesine kadar tüm emniyet unsurlarını kapsamaktadır. O sebeple kamu düzeni tarafından kapsamaktadır. Metin Kıratlı, *Koruyucu İdari Hizmetler* (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları 1973) 34. Bununla birlikte Kaboğlu'na göre ülke dışından yönelen tehditler de kamu düzeni içerisinde değerlendirilmesi gerekir. İbrahim Özden Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1989) 135.

Kamu düzeni kavramı geçmişten günümüze tartışılan bir konudur.⁶¹ Bu tartışma uluslararası ve yerel hukuk bağlamında henüz kesinliğe kavuşmamıştır.⁶² Kamu düzeninin zaman, yer ve konu bakımından değişken olması kamu düzeni kavramının tam anlamıyla tanımlanmasının önünde engel olmaktadır.⁶³ Bu da doğal olarak kamu düzeni kavramının muğlaklığına sebep olmaktadır.⁶⁴ Türk hukuk sözlüğüne göre kamu düzeni şu şekilde tanımlanmaktadır: “Bir ülkedeki kurum ve kuralların, devletin güvenliğini, kamu hizmetlerinin iyi işlenmesini ve bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru, hukuk ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamasıyla oluşan düzen.”⁶⁵ Bu tanım Türk hukuk doktrinde de genel olarak kabul edilmiştir.⁶⁶ Aybay kamu düzeninin tanımı şu şekilde yapılmaktadır: “Bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertlerin aralarındaki münasebetlerde huzuru ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin bütünüdür.”⁶⁷ Çelikel’e göre kamu düzeni bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik ve hukuki açıdan temel yapısını ve temel menfaatlerini ilgilendiren kurallardır.⁶⁸ Altuğ ise kamu düzenini şu şekilde tanımlamaktadır; belli bir ülkede ve belli bir zamanda kabul edilmiş özel şartlar, koşullar sebebiyle o memleketin esaslı çıkarlarından sayılan hukuki kuralların bütünüdür.⁶⁹ Ökçün’e göre: “Kamu düzenin kesin bir tanımını yapmak güçtür. Genel olarak denilebilir ki, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlakı çok yakından ilgilendiren hususlar kamu düzeninin içine girer.”⁷⁰ Dayınlarlı ise; toplum halinde yaşayan insanların kanun ve nizamları, örf ve adetleri, yaşadıkları toplumun hukuk kurallarını oluşturduğunu vurgular. Bu hukuk kuralları toplumdaki huzur ve sükunu temin etmek için vardır. Keza kamu düzeni kuralları da aynı amaca hizmet ettiğini belirtir.⁷¹ Kanımızca Türk hukuk uygulamasında kamu düzeni kavramı genel ahlak, mevzuatın esas kuralları ve kanunların dayandığı genel siyaset olarak tanımlanabilir. Bu durumda kamu düzeninin kapsamı doktrindeki kamu düzeni tanımlarından yola çıkarak şu şekilde yapılabilir: uluslararası hukukun genel ilkeleri, Anayasa’da belirtilen temel hak ve özgürlükler, Türk kanunlarının özü, iyi niyet kuralına dayanan kurallar, medeni toplulukların benimsedikleri ortak ahlak anlayışına dayanan hukuk kuralları ve toplumun ekonomik, siyasi ve sosyal yapısına ilişkin kurallardır.⁷²

61 Ökçün (n 37) 108–113.

62 Döndü Kuşçu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (Onikilevha 2017) 99–105.

63 Arda Atakan, ‘Kamu Düzeni Kavramı’ (2007) 13 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 59.

64 Kamu düzeni/güvenliği kavramındaki muğlaklığın sonucu olarak kanun koyucu birçok kere bu kavramı YUKK içerisinde kullanmıştır. Kanun Koyucu, 6458 sayılı Kanun’da aynı maddede üç, toplamda 18 kez, kamu sağlığıyla birlikte ‘kamu düzeni veya kamu güvenliği’ tabirine, yer vermiştir. Asar (n 7) 158.

65 ‘Kamu düzeni’, <<https://sozluk.adalet.gov.tr/kamu%20d%e3%bczeni>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2021

66 Atakan (n 63) 59.

67 Aybay and Dardağan Kibar (n 4) 113.

68 Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 141.

69 Yılmaz Altuğ, ‘Amme İntizamı ve Tesirleri’ (1972) 27 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 372.

70 Ökçün (n 37) 9.

71 Kemal Dayınlarlı, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni’, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1988) 654.

72 Atakan (n 63) 63–64.

Kavramsal olarak kamu düzeninin tanımından yola çıkıldığında dış politikanın açık bir biçimde tanımlanmadığı görülmektedir. Zira kamu düzeni kavramının kapsamı da oldukça muğlaktır.⁷³ Kamu düzeninin içerisine bir hususun girebilmesi için kanunda açık bir biçimde düzenlenmesi gerekmemektedir.⁷⁴ Açık olarak düzenlenmeyen hallerde kanunun genel olarak güttüğü siyasete bakılır.⁷⁵ Nitekim dış politikanın kamu düzeni içerisinde yer aldığına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu düzeni kavramını ele alarak kanun ve uygulamadaki genel siyaseti tespit etmek yerinde olacaktır.

Anayasa Mahkemesi Peri Kırık kararında kamu düzeni kavramına değinmiştir. İlgili kararda devletlerin egemenlik haklarından kaynaklı olarak yabancıları sınırlarından içeriye almaya ya da sınırları içerisinde bulunan yabancıları sınırları dışına çıkarmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.⁷⁶ İlgili Anayasa Mahkemesi kararında kamu düzenine şu şekilde belirtilmiştir: “Kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın önkoşulu kamu düzeninin tesisidir.”⁷⁷ Anayasa Mahkemesi’nin kararlarından yola çıkarak kamu düzeni kavramı ele alındığında toplumun refah, huzur ve mutluluğu esas alınması gerekmektedir. Bu durumda toplumun refah, huzur ve mutluluğuna aykırı fiiller aynı zamanda kamu düzeni ihlali anlamına da gelebilecektir. Öte yandan yabancıların hiçbir eylem içerisinde bulunmasa da kamu düzenine, başka bir deyişle toplumun refah, huzur ve mutluluğuna, aykırılık sebebiyle sınır dışı işlemine konu olup olamayacağı konusu muğlaktır. Bu belirsizliğin giderilebilmesi için kamu düzeni kavramının ele alınış açısıyla değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, Peri Kırık Başvurusu’nda kamu düzeni kavramının yorumlanırken devletlere geniş yetki tanındığını şu şekilde ifade etmiştir: “Devletin kamu düzenini korumak üzere yabancıların ülkeye girişini ve ikamet etmesini denetleme konusundaki takdir yetkisinin daha geniş olduğu bir kez daha vurgulanmalıdır.”⁷⁸ Anayasa Mahkemesi başka bir kararında kamu düzeninin yorumlanmasına ilişkin olarak takdir yetkisinin genişliğini şu şekilde belirtmiştir:

Devletin egemenliğinden kaynaklanan yabancıların ülkeye girişi ve ikametini denetleme yetkisi bu konuyla ilgili konulmuş kanun hükümlerine aykırı davrananlara caydırıcı yaptırımlar uygulanmasını da doğal olarak içermektedir. Kamu düzeni ve millî güvenlik yönünden tehlikeli olduğu tespit edilen yabancıların sınır dışı edilmesi bu yaptırımlar arasında en başta gelmektedir.⁷⁹

Gerek belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarından gerekse de doktrinindeki kamu düzeni tanımından yola çıkıldığında kamu düzeni yorumlanırken geniş bir bakış

73 Erten (n 14) 31.

74 Dayımlarlı (n 71) 654.

75 Ökçün (n 37) 103.

76 Anayasa Mahkemesi, 2015/19795, 9.1.2019.

77 ibid.

78 ibid.

79 Anayasa Mahkemesi, 2018/6143, 16.12.2020.

açısıyla yaklaşılması gerekmektedir. Bu geniş perspektif içerisinde yabancıların varlıklarının fiillerinden bağımsız olarak kamu düzenine tehdit olup olamayacağını değerlendirmek gerekecektir.⁸⁰

Kamu düzeni kavramı yorumlanırken yabancıнын eylem unsurundan hareket edilip edilmediğini ele almak faydalı olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramına ilişkin vermiş olduğu kararlar eylem unsurunun temel alınıp alınmadığını ortaya çıkaracaktır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, Şekip Karkur Başvurusu'nda,⁸¹ kişinin yasaklı askeri bölgeye girmesini kamu güvenliği açısından tehlike görülmesine şerh koymamıştır. Keza buna dayanılarak yapılan sınır dışı işleminde kamu düzeni ve kamu güvenliğine tehlike ve buna dayanılarak yapılan sınır dışı işlemiyle alakalı kararda kamu güvenliği açısından tehlike oluştuğunu belirtmiştir. Keza Azizjon Hikmatov Başvurusu'nda,⁸² başvurusunun Türkiye'den yasa dışı yollarla Suriye'deki çatışma bölgelerine geçmeye çalıştığı tespit edilince kamu güvenliğine tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı edilmesine ilişkin vermiş olduğu kararda da fiil ekseninde kararını inşa etmiştir. Anayasa Mahkemesi, Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad Başvurusu'nda,⁸³ Suriye'deki çatışmalı bölgeye geçmek için bir evde toplanan bir grup İtalya, Fransa, Suudi Arabistan, Endonezya, Tunus ve Mısır tabiiyetindeki kişilerin kamu güvenliğine tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı edilmesine ilişkin verilen kararda bu kişilerin fiillerinden yola çıkarak kamu güvenliğine tehdit oluşturmasına ilişkin iddiayı reddetmemiştir. Anayasa Mahkemesi, Majid Momtaz Başvurusu'nda,⁸⁴ kişinin resmi evrakta sahtecilik ve mühürde sahtecilik fiillerini gerçekleştirerek kamu düzeni ve kamu güvenliğinin ihlal edilmiş olmasından sınır dışı edilmesini ele almıştır. Bu eylemlerin kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlike olduğu kanaatinin yerinde olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından yola çıktığında kamu düzeni ve kamu güvenliğini tehlide ilişkin olarak eylemi esas aldığı görülmektedir.⁸⁵

Anayasa Mahkemesi nezdinde dış politika sebebiyle yabancıнын sınır dışı edilmesi iddiası gündeme gelmiştir. Bu husus Abdulkadir Yapuçan Başvurusu⁸⁶ hakkında

80 Dardağan Kibar, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamında yabancıların yalnızca varlıkları sebebiyle sınır dışı edilebileceklerini belirtmiştir. Yazar sonrasında Türkiye için tehlike addedilenlerin terör örgütleriyle faaliyet birliğinde olanlar olarak vurgulamıştır. Fakat zannımızca terör örgütüyle bağlantılı olma hali yabancıнын salt varlığının sınır dışı edilme sebebi olmasından farklılık arz etmektedir. Esra Dardağan Kibar, 'An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection' 18 Perceptions: Journal of International Affairs 109, 119.

81 Anayasa Mahkemesi, 2020/7458, 2.6.2020.

82 Anayasa Mahkemesi, 2015/18582, 10.05.2017.

83 Anayasa Mahkemesi, 2016/5604, 24.05.2018.

84 Anayasa Mahkemesi, 2017/24261, 30.9.2020.

85 Anayasa Mahkemesi kararları gibi Danıştay kararlarında da eylem unsurunun esas alındığı görülmektedir. Danıştay bir kararında kaçakçılıktan mahkûm edilen yabancıнын sınır dışı edilmesinin mevzuata uygun olduğunu belirtmiştir. Bkz. Danıştay 10 D 2063/2750, 21.4.1983. Keza başka bir kararında döviz kaçakçılığı suçundan mahkûm olmuş kimsenin sınır dışı edilmesinin mevzuata aykırı olmadığını belirtmiştir. Bkz. Danıştay 10 D 2063/934, 21.4.1983. Başka bir kararında İstanbul'daki İran Başkonsolosluğu'nu işgal eden yabancıнын sınır dışı edilmesinin kanuna aykırı olmadığını belirtmiştir. Bkz. Danıştay 10 D 3706/2619, 15.12.1983.

86 Anayasa Mahkemesi, 2016/35009, 20.05.2019.

verilen kararda ele alınmıştır. Uygur kökenli Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşı olan Abdulkadir Yapıquan sınır dışı edilmesi işlemine karşı yargı yoluna başvuruda bulunmuştur. Örgüt kurduğu gerekçesiyle uzun yıllar Çin ceza infaz kurumlarında kaldığını, çeşitli işkencelere maruz bırakıldığını, o sebeple de 1996 yılında Çin'den kaçtığını belirtmiştir. Türkiye'ye 2001 yılında gelen Abdulkadir Yapıquan'a Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (*United Nations High Commissioner for Refugees*)'nce 12.2.2007 tarihinde mülteci kabul belgesi verilmiş ve o tarihten itibaren uluslararası düzeyde korumaya mazhar olmuştur. Abdulkadir Yapıquan, Çin'de yaşadığı ağır politik baskılar sebebiyle Türkiye'ye geldiğini fakat Türkiye'ye geldikten sonra Çin'in diplomatik talepleri çerçevesinde birkaç kez gözaltına alındığını belirtmiştir. Keza Çin yargı makamlarınca, ülkeden ayrıldıktan sonra, milli güvenliği tehlikeye düşürmek, cinayet, terör örgütü kurmak, örgüte liderlik etmek ve örgüt içinde aktif rol almak suçlarından mahkûm edilmiştir. Bu sebeple de hakkında uluslararası düzeyde kırmızı bülten çıkarılmıştır. Çin, belirtilen sebeplere dayanarak Abdulkadir Yapıquan'ın iadesi talep etmişse dahi Türkiye yabancıyı iade etmemiştir. Nihai olarak, Çin, Türkiye'nin Abdulkadir Yapıquan'ın da aralarında bulunduğu 11 kişiyi iade etmemesi sebebiyle, Türkiye'ye nota vermiştir. Abdulkadir Yapıquan, verilen nota neticesinde sınır dışı edilme sürecinin başlatıldığı, iddia etmiştir. Bir başka anlatımla, Türkiye'nin dış politikasına zarar vereceğini düşündüğü yabancıyı sınır dışı ettiği ileri sürülmüştür. Her ne kadar Abdulkadir Yapıquan bunun bir diplomatik ilişki sonucunda devlet politikasına aykırılık sebebiyle olduğunu belirtse de sınır dışı edilme sebebine bakıldığında aslında YUKK m.54(1)(d) kapsamında olduğu görülmektedir. Abdulkadir Yapıquan'ın Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yargılandığı ve bundan dolayı kamu düzeni ve kamu güvenliğine tehdit oluşturduğu gerekçesiyle iade süreci başlatılmıştır. Zira burada dış politika sebebiyle iadeden ziyade Abdulkadir Yapıquan'ın Türkiye'de işlediği fiillerden dolayı sınır dışı işlemine konu olduğu görülmektedir. İlgili karar incelendiğinde dış politikanın sınır dışı edilmek için bir sebep oluşturacağına dair bir tespit bulunmamıştır. Mahkeme olguları ele alarak sınır dışı edilme sebebinin, yabancı'nın örgüt üyeliğinden yargılanması olduğunu, kamu düzeni ve kamu güvenliğine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. Bunu yaparken de yabancı'nın içerisinde bulunduğu eylemleri esas almıştır.

Türk mahkeme kararları ve hukuk uygulamaları incelendiğinde ortaya çıkan sonuç yabancıların sınır dışı edilmesinde kamu düzeni ve kamu güvenliği sebepleri ele alındığında kişilerin fiillerinin sınır dışı edilmede esas olduğu kanaatindeyiz. Kişinin salt varlığının dış politikaya aykırılık oluşturacağına dair açık bir düzenleme olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin Abdulkadir Yapıquan Başvurusu'nda da değindiği gibi, yabancı'nın eylemi sınır dışı işleme konu edilebilmektedir.

B. Kamu Düzeni Bağlamında Dış Politika

Dış politika, bir devletin başka devletlerle etkileşimlerinde faaliyetlerine ve ilişkilerine rehberlik eden genel hedefler olarak tanımlanabilir.⁸⁷ Dış politikanın gelişimi, iç siyasetten, diğer devletlerin politikaları veya davranışlarından veya belirli jeopolitik tasarımları geliştirme planlarından etkilenir.⁸⁸ Bu ekseninde iç siyaset ve dış politika etkileşim halinde ilerleyen süreçlerdir. Bu sebeple, dış politikanın tanımından yola çıkarak, yabancıların sınır dışı edilmesinde genel siyasetin dış politikanın parçası olup olamayacağını ele almak yerinde olacaktır.

Yürürlükte mevzuatta dış politika sebebiyle sınır dışı edilmesine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak öte yandan mülga 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (YİSHK)’da⁸⁹ “Muzır Şahıslar” başlığıyla yabancıların siyasi icaplar gereği sınır dışı edilebileceği belirtilmiştir. İlgili Kanun’un 19. maddesine göre; İçişleri Bakanlığı tarafınca ülkede kalması “umumi güvenlik, siyasi ve idari icaplara” aykırı kabul edilen yabancıların verilen süre içerisinde ülkeden çıkmaya davet olunacağı ifade edilmiştir. Verilen süre içerisinde ülkeden ayrılamayan yabancıların sınır dışı edileceği belirtilmiştir. Kanun maddesinde açıkça görülmektedir ki genel güvenlik, siyasi ve idari gereklilik sebebiyle yabancılar sınır dışı edilebilmektedir. Bu sebepler sıralanırken kamu düzeni kavramına açıklıkla değinilmese de uygulamada kamu düzeni olarak kabul edilmiştir.⁹⁰

Genel güvenlik, siyasi veya idari gereklilikler kavramının doğrudan dış politikayla alakalı olduğu hususu Danıştay kararına⁹¹ konu olmuştur. İlgili karar 4 İsveç vatandaşının sınır dışı edilmesine dayanmaktadır. İsveç Radyo Televizyon Kurumu bünyesinde çalışan 4 yabancı Türkiye hakkında belgesel yapmak maksadıyla 1977 tarihinde İstanbul’a gelmişlerdir. İzinsiz olarak çeşitli çekimlerde bulunmuşlardır. Bu sebeple emniyet görevlilerince bu kişiler gözaltına alınmış, ellerindeki kayıtlara el konulmuş ve sonrasında sınır dışı edilmişlerdir. İsveç vatandaşı olan bu kişiler sınır dışı kararına karşı iptal istemiyle dava açmışlardır. Danıştay bu davaya ilişkin oluşturduğu kararda yabancıların sınır dışı edilmesinde genel güvenlik, siyasi ya da idari gerekliliklerin sınır dışı sebebi olarak kullanılmasında duyarlı davranılması gerektiğini, bunun doğrudan uluslararası ilişkilerle ilgili olduğunu şu şekilde belirtmiştir: “Maddede geçen ‘genel güvenlik, siyasi veya idari icap’ gibi deyimlerin aslında, belirsiz yasal kavramlar oluşturduğunda ve bu günkü yoğun uluslararası ilişkiler karşısında, uygulamada çok büyük bir duyarlılığı gerektirdiğinden kuşku yoktur.”⁹² Film çekimi

87 Joseph Frankel, ‘The Making of Foreign Policy: An Analysis of Decision-Making’ (1969) 45 International Affairs 117.

88 ibid.

89 Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5683, Kabul Tarihi: 24/7/1950, RG 24.7.1950/7564.

90 K Sedat Sirmen, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar’ (2009) 67 Ankara Barosu Dergisi 29, 31.

91 Danıştay 12 D, 1349/955, 24.4.1978.

92 ibid.

için izin alınmamasının genel güvenlik, siyasi ya da idari icaplar sebebiyle sınır dışı edilmesine sebep oluşturmayacağını, bu fiillerin uluslararası ilişkilere doğrudan etki etmediğine, hükmetmiştir. Mülga 5683 sayılı Kanun'un 19.maddesini Danıştay uygulamasıyla birlikte değerlendirdiğimizde genel güvenlik, siyasi ya da idari icapların uluslararası ilişkiler ekseninde değerlendirilebileceğini görmekteyiz. Ancak her ne kadar Mülga 5683 sayılı Kanun'da sıralı sebepler içerisinde fiil aranmasa da Danıştay uygulamasında görüldüğü üzere fiil ekseninde bir değerlendirme söz konusu olmuştur.

6458 sayılı Kanun'da umumi güvenlik, siyasi ya da idari icaplar kavramına yer verilmemiştir.⁹³ Doktrinde güvenlik, siyasi ya da idari icaplar gibi oldukça eleştirilen kavramlar⁹⁴ yerine kamu düzeni ya da kamu güvenliği kavramları ekseninde yabancıların sınır dışı edilebileceğini belirtmiştir.⁹⁵ Türk hukukunda kamu düzeni kavramı toplumun yapısal olarak dayanaklarını oluşturan etmenler üzerine kuruludur.⁹⁶ Dış politikanın toplumların kamu düzeni içerisinde sayılıp sayılmaması aslında toplumun düzeni üzerindeki etkisiyle değerlendirilmesi gerekir.⁹⁷ Kamu düzenin ihlalinin tespitinde Türk kanunlarının dayandığı genel siyaseti Türk hukuk uygulaması ekseninde ele aldığımızda fiillerin esas olduğu görülmektedir. Keza Türk mahkeme kararları incelendiğinde kamu düzeni ve kamu güvenliği sebebiyle yabancıların sınır dışı edilmesinin dayanak noktasının yabancıların fiilleri oluşturmaktadır. Bu durumda kamu düzeni ve kamu güvenliğine tehdit ancak eylem temelli olabilmektedir. Dış politika, kamu düzeni ve kamu güvenliği başlığı altında ele alındığında ancak yabancıların eylemiyle sınır dışı işlemi mümkün olabilmektedir. Burada dış politikayı kamu düzeni altında ele aldığımızda yabancıların Türk dış politikasına aykırı protestolarda bulunmasının sınır dışı işlemine konu olup olamayacağı muğlaklık içermektedir.

Dış politikayı kamu düzeni içerisinde değerlendirdiğimizde kişilerin yalnızca varlıklarının dış politikayla çelişmesi halinde sınır dışı işlemine konu olup olamayacağı konusunda belirsizlik hakimdir. Türk hukukunda dış politika açık bir sınır dışı sebebi olarak belirtilmemiştir. Ancak YUKK m.54(1)(d) kapsamında kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramlarının dış politikayı kapsamaması durumu değerlendirilirken kamu düzenine ve kamu güvenliğine ilişkin genel siyasette benimsenen ölçüte bakıldığında Türk yargı uygulamalarında eylem ölçütünün temel alındığı görülmektedir. Yabancı ancak bir eylem içerisinde bulunarak kamu düzeni ve kamu güvenliğine tehdit

93 Bu kavramların Mülga 5683 sayılı Kanun döneminde sınır dışı edilmelerin omurgasını oluşturduğunu ve uygulamada idareye geniş takdir yetkisi verdiğini o sebeple de YUKK'ta kullanılmadığı belirtilmiştir. Asar (n 7) 147; Dardağan Kibar (n 19) 57.

94 İbrahim Soysüren, 'Yabancıların Sınırdışı Edilmesi: Kavramsal Bir Tartışma ve Alternatif Bir Tanım İçin Notlar' in Didem Daniş and İbrahim Soysüren (eds), *Sınır ve Sınırdışı: Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar* (Notabene 2014) 160.

95 Bayraktaroğlu Özçelik (n 15) 226.

96 Atakan (n 63) 59–61.

97 Ulusal güvenlik ve kamu düzeni ekseninde benzer değerlendirme kriteri için bkz. Kaboğlu (n 59) 135.

oluşturabilmektedir. Dış politikayı kamu düzeni içerisinde değerlendirdiğimizde yabancıların Türk dış politikasına aykırı fiiller içerisinde olmasının sınır dışı işlemine sebep olup olamayacağı belirsizdir. Yabancıların yalnızca varlığı kamu düzeni ve kamu güvenliğine tezatlık oluştursa da sınır dışı işlemine konu teşkil etmemiştir. Zannımızca Türk hukukunda dış politikayı kamu düzeni ve kamu güvenliğinin altında değerlendirdiğimizde yabancıların sınır dışı edilmesinde salt varlığı bir sebep olarak uygulanamaz.

IV. Sonuç ve Genel Değerlendirme

Yabancıların sınır dışı edilmesi devletlerin egemenlik hakları bağlamında değerlendirilmektedir. Devletler egemenlik haklarını, makul gerekçelere dayanarak, devletlerin mevzuatı ve uluslararası düzenlemelere göre kullanmaları gerekmektedir. Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin ülkelerin benzer sebepleri temel aldığı görülmektedir. Türk hukuk uygulamasında yabancıların sınır dışı edilme sebepleri 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda sıralı bir biçimde belirtilmiştir. Kanunda belirtilen yabancıların sınır dışı edilmesi işlemine dayanak oluşturacak haller içerisinde dış politikaya tezatlık yer almamaktadır. Yabancıların fiillerinin ve varlıklarının Türk dış politikasına tezatlık oluşturması halinde sınır dışı uygulaması işlemine konu olup olamayacakları ise belirsizlik içermektedir. Türkiye'deki yüksek mahkeme kararları, yabancıların Türk dış politikasına tezatlık içermesi halleri bağlamında, incelendiğinde kamu düzeni ve kamu güvenliği temelli sınır dışı edilme kararları verildiği görülmektedir. Kamu düzeni ve kamu güvenliği sebepleriyle, Türkiye'de sınır dışı işlemine tabi tutulan yabancıların Türkiye'deki yüksek mahkemede sonuçlandırılan başvuruları incelendiğinde eylem unsurunun ölçüt olarak benimsendiği görülmektedir. Öte yandan kamu düzeni ve kamu güvenliğine ilişkin eylemde bulunmayan kişilerin yalnızca varlıkları sebebiyle kamu düzeni ve kamu güvenliğine ihlal ettikleri konusunda bir düzenleme ya da yargı kararı bulunmamaktadır. Gerek mevzuat gerekse Türk hukuk uygulamasında yabancıların sınır dışı edilmesinde dış politikanın müstakil olarak sınır dışı sebebi olup olamayacağı konusunda muğlaklık söz konusudur. Fiil eksenli ve kamu düzeni kapsamlı sınır dışı sebeplerine bakılarak bu eksikliğin giderilmesi gerektiği görülmektedir.

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

- Aleinikoff T and others, *Immigration and Citizenship: Process and Policy* (8th edition, West Academic Publishing 2016)
- Altuğ Y, *Yabancıların Hukuki Durumu* (3rd edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1968)
- Altuğ Y, ‘Amme İntizamı ve Tesirleri’ (1972) 27 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi
- Anayasa Mahkemesi, 2015/18582, 10.05.2017
- Anayasa Mahkemesi, 2016/5604, 24.05.2018
- Anayasa Mahkemesi, 2016/35009, 20.05.2019
- Anayasa Mahkemesi, 2017/24261, 30.9.2020
- Anayasa Mahkemesi, 2020/7458, 2.6.2020
- Asar A, *Yabancılar Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017)
- Atakan A, ‘Kamu Düzeni Kavramı’ (2007) 13 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 59
- Aybay R, ‘Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme’ (2003) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141
- Aybay R and Dardağın Kibar E, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010)
- Aydoğmuş AY, ‘Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi’ (2017) 37 Public and Private International Law Bulletin 141
- Bayraktaroğlu Özçelik G, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi’ (2013) 108 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 211
- Benson LB, ‘The Danger of Dissent: A Century of Targeting Immigrants’ 65 NYLS Law Review 133
- Bevis HL, ‘The Deportation of Aliens’ (1920) 68 University of Pennsylvania Law Review 97
- Bridges v. Wixon*, 326 U.S. 135 (1945)
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020)
- Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (26th edn., Beta 2021)
- Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889)
- Danıştay 12 D, 1349/955, 24.4.1978
- Danıştay 10 D 2063/2750, 21.4.1983
- Danıştay 10 D 2063/934, 21.4.1983
- Danıştay 10 D 3706/2619, 15.12.1983
- Dardağın Kibar E, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınırdışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi’ (2012) 11 Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 53
- Dardağın Kibar E, ‘An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection’ 18 Perceptions: Journal of International Affairs 109
- Dayınlarlı K, ‘, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni’, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı* (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1988)
- Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5., Beta 2018)

- Ergin E, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınırdışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı Yayınevi)
- Erten R, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme' 3 *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893)
- Frankel J, 'The Making of Foreign Policy: An Analysis of Decision-Making' (1969) 45 *International Affairs* 117
- Hester T, *The History of Immigrant Deportations* (Oxford University Press 2020)
- Hook SW and Spanier J, *American Foreign Policy Since World War II* (CQ Press 2018)
- Juilliard v. Greenman*, 100 U.S. 421
- Joyce JB, 'Constitutional Law: Rights of Communist Aliens Subject to Deportation' (1955) 30 *Notre Dame Law Review* 438
- Kabaalioğlu H and Ekşi N, 'Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi' (2011) 24 *Public and Private International Law Bulletin* 503
- Kaboğlu İÖ, *Kolektif Özgürlükler* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1989)
- Kanstroom D, *Deportation Nation: Outsiders in American History* (Harvard University Press 2007)
- Kessler v. Strecker*, 307 U.S. (1939)
- Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972)
- Kıratlı M, *Koruyucu İdari Hizmetler* (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları 1973)
- Korkut L, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınırdışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği' (2008) 66 *Ankara Barosu Dergisi* 20
- Kuşçu D, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (Onikilevha 2017)
- Logan v. United States*, 144 U.S. 263
- Lung-Chu C, *An Introduction to Contemporary International Law* (2nd edn, Yale University Press 2000)
- Lütem İ, *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk* (Sakarya 1947)
- McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 421
- Moloney DM, *National Insecurities: Immigrants and U.S. Deportation Policy since 1882* (University of North Carolina Press 2012)
- Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892)
- Ökçün AG, *Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni* (Sermaye Piyasası Kurulu)
- Post LF, *The Deportations Delirium of Nineteen-Twenty; A Personal Narrative of An Historic Official Experience* (CH Kerr 1923)
- Sassen S, *Losing Control?: Sovereignty in an Age of Globalization* (Columbia University Press)
- Schuck PH, *Citizens, Strangers and In-Betweens: Essays on Immigration and Citizenship* (Westview Press 1998)
- Sirmen KS, 'Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar' (2009) 67 *Ankara Barosu Dergisi* 29
- Soysüren İ, 'Yabancıların Sınırdışı Edilmesi: Kavramsal Bir Tartışma ve Alternatif Bir Tanım İçin Notlar' in Didem Danış and İbrahim Soysüren (eds), *Sınır ve Sınırdışı: Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar* (Notabene 2014)

Tekinalp G, *Türk Yabancılar Hukuku* (Beta 2003)

Torpey J, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State* (Cambridge University Press 1999)

Weissbrodt D, *Immigration Law and Procedure In A Nutshell* (West Publishing 1992)

Yamataya v. Fisher, 189 U.S. 86 (1903)

Yılmazoğlu EC, ‘Yabancıların Sınırdışı Edilmesinin Anayasa Mahkemesinde Yargısal Denetimi’ (2015) 5 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 905

Zolberg AR, *A Nation by Design — Aristide R. Zolberg* (Harvard University Press 2008)

Güncel Tartışmalar Ekseninde Tahkimde Tanık Delilinin Güvenilirliği

Credibility of Fact Witnesses in Arbitration in Light of Current Debates

Abdullah Harun Korkmaz^{*} 

Öz

Tanık delili yüz yıllardır olduğu gibi bugün de gerek özel hukuk gerekse de ceza yargılamalarında kullanılmaktadır. Türk medenî yargılama usulündeki “senetle ispat” kuralının aksine özellikle milletlerarası tahkimde tanık deliline yoğun bir şekilde başvurulmaktadır. Bazen belgelerle ispat imkânı olmayan ihtilafli noktaları ispatta, bazen belge olsa da içeriği tek başına anlaşılmayan durumlarda, bazen de uyumsuzluğun arka planını ortaya koymada tanıklar önem kazanmaktadır. Fakat tanık delili bu yaygın kullanımına rağmen birçok sakıncayı da beraberinde getirmektedir. Bu sakıncalı noktalar tanıkların ceza hukukundaki önemi sebebiyle on yıllardır inceleniyor olsa da son yıllarda aynı sakıncaların milletlerarası tahkim bağlamında da geçerli olabileceği fikrine dikkat çekilmiştir. Özellikle Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tarafından düzenlenen bazı etkinliklerde bu noktaya parmak basılmış ve milletlerarası tahkim câmiasında bu yönde bir sorgulama vâki olmuştur. Pek çok yazar gerek tanıkların hafızasının yanılabilir olması gerekse de doğru söyleyip söylemediklerinin tespit edilmesi konusundaki sakıncaları değerlendirerek bu delil türünün en doğru şekilde kullanımı için öneriler sunmuştur. Çalışmada öncelikle bu değerlendirme ve tartışmalardan hareketle tanık delilinin ne kadar güvenilir olduğu üzerinde durulmuştur. Tanık delilinin belli başlı sakıncalı yönleri ortaya konduktan sonra bunlara karşı başvurulabilecek yöntemlere yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki çalışmada ICC'nin tanıkların hafızasına dair yayınladığı raporun yanı sıra nispeten eski sayılabilecek bazıları da dahil olmak üzere pek çok farklı araştırmadan istifade edilerek bütüncül bir bakış açısı sunulmaya gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk, Tahkim, Tanık, Güvenilirlik, Hafıza, Delil, Dürüstlük

Abstract

Fact witnesses have been used in both private and criminal legal proceedings for centuries. Fact witnesses are frequently used in international arbitration, contrary to the rule of “proving by deed” (or in a general sense, written evidence) that is prevalent in Turkish civil procedural law. Witnesses gain importance when no documents are available to prove the disputed point, when a document is present but it is not self-explanatory, or when the background of the dispute needs to be understood. Despite the widespread use of fact witnesses, several drawbacks accompany them. These undesirable points have been examined for decades due to the importance fact witnesses have in criminal proceedings, however, the idea that the same drawbacks are also considerable for international arbitration have become somewhat common in recent years. This view has been particularly emphasized at certain events the International Chamber of Commerce (ICC) organized, and many in the international arbitration community have taken a doubtful approach toward fact witnesses. Some authors have evaluated the possible drawbacks of witnesses' memory as well as the possibility of testing their truthfulness in an attempt to come up with suggestions for overcoming them. This study first questions the credibility of fact witnesses in light of these evaluations and discussions then provides a number of methods that can be used to compensate for these drawbacks after highlighting some of the main problematic aspects of fact witnesses. The study makes use of several pieces of research, including the recently published ICC report (2020) regarding the memory of fact witnesses as well as some older articles, and seeks to present a holistic perspective on this matter.

Keywords

Fact Witnesses, Witness Credibility, International Arbitration, International Chamber of Commerce, Prove by Deed

^{*} Sorumlu Yazar: Abdullah Harun Korkmaz (Arş. Gör.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: korkmazaharun@gmail.com ORCID: 0000-0002-8415-7579

Atf: Korkmaz AH, “Güncel Tartışmalar Ekseninde Tahkimde Tanık Delilinin Güvenilirliği” (2022) 42(2) PPII 643.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1167371>

Extended Summary

Fact witnesses have been used as evidence since ancient times in establishing justice, and this usage still continues. Fact witnesses are frequently used these days in both criminal and civil legal proceedings. With advancements in psychology, however, many studies have revealed unignorable statistics, especially in recent years. This situation concerns criminal law in particular and attracted the attention of many jurists in the last century, with various works having been written. Many of these evaluations emphasized that the evidence presented by fact witnesses to not be entirely credible and should be taken as the basis of the judgment after very careful examination.

The first part of this study presents a short evaluation of the permissibility of fact witnesses in arbitration. This is particularly important because, despite the presence of exceptions regarding the resolution of certain types of disputes in Turkish courts, the main rule in Turkish civil proceedings is “prove by deed.” While this law does not define the concept of deed, Article 199 of the Turkish Code of Civil Procedure (No. 6100) indicates “prove by deed” to be a type of written or printed evidence.

However, the same cannot be said for arbitral proceedings. Neither the Turkish Code of International Arbitration (No. 4686) nor the provisions of the Turkish Code of Civil Procedure (No. 6100) on domestic arbitration have any limitation on what claims can be proved with which types of evidence. Therefore, the use of fact witness as evidence can be at least as important as “proving by deed” (written evidence) in arbitral proceedings. As far as could be determined, this approach is also valid in many other legal systems. Likewise, no restrictions exist as such in the rules of most institutional arbitration centers. In fact, far from being prohibited, witness evidence is widely used in arbitration.

The second part of this study evaluates the research regarding the credibility of fact witnesses as evidence. Many studies have been conducted over the use of witness evidence in terms of criminal law. The suitability of the conclusions from these studies may be considered for private legal proceedings by analogy. However, studies are also found to have dealt with the issue directly in terms of private legal proceedings, as well as arbitral proceedings in particular. This second section of the study utilizes both types of research as well as other ones focused on criminal law that may hold valid for the concept of fact witnesses as used in arbitration, even if the research is not directly related to arbitration.

Some of the research utilized in this section has dealt with witness evidence by establishing the main issue to be about determining the honesty of the witness, while other research has centered around the reliability of witnesses’ memory. The basic questions primarily involve understanding whether the witness acted honestly or not and whether physical indicators such as a witness’ behavior, facial expressions, or

tone of voice (being among the most used criteria) are able to provide direction. As mentioned before, some studies have sought answers to these questions. As for other studies that have focused on witness memory, the basic question involves the reliability of witness memory as a source of information, regardless of the witness' honesty. These questions are crucial for arbitral proceedings, as they are sometimes vital for the emergence of a fair decision and also because the preparation of witnesses is one of the most time-consuming and costly stages.

The first thing that can be said regarding the various general possible inferences that resulted from the utilized research is that criteria perceivable by the five basic senses (e.g., demeanor, tone of voice) should be used as little as possible when assessing the honesty of a witness. Another general inference is that, contrary to popular belief, witness memory does not record like a video camera and thus can be misdirected and therefore mislead as a source of information. The current study makes mention of many scientific studies in order to exemplify this last inference, and these studies have shown that being very cautious is necessary when making a judgment based on witness evidence.

The third and final part of this study provides suggestions regarding the use of fact witnesses, because despite these aforementioned facts, no tendency is found in the international arbitration community to abandon the use of fact witnesses as evidence. As a matter of fact, not even any recommendation could be found in this direction, even by researchers themselves. As such, when using witness evidence, one must be aware of the drawbacks mentioned throughout the study and must take measures for these drawbacks when necessary. For example, the most reliable way to find out whether a witness is telling the truth or not is to focus on the compatibility of that witness' statement with other facts that have already been proven to be true. When a witness recounts the same event more than once, doubting that witness' honesty may be appropriate if contradictions have arisen or if the story does not fit the ordinary course of life upon careful examination. Meanwhile, arbitrators should reduce the margin of error regarding memory as much as possible by asking witnesses how they had obtained the information they are providing and by informing witnesses that they can simply state what they do not remember. This study includes some of the many suggestions from both the ICC Report (2020) regarding witness memory and from other studies, and these suggestions should be taken into consideration due to having been obtained through extensive research and experience. Both arbitrators and the parties involved should comply with these suggestions and use fact witnesses as evidence in the most efficient way, as the costs of using these types of witnesses are often very heavy.

Güncel Tartışmalar Ekseninde Tahkimde Tanık Delilinin Güvenilirliği

Giriş

Adaletin tesisinde tarihin eski dönemlerinden beri kullanılan tanık delili güncelliğini korumaktadır. Bugün hâlen gerek cezaî gerekse de hukukî yargılamalarda tanık deliline sıkça başvurulmaktadır. Ancak psikoloji biliminin ilerlemesiyle birlikte özellikle son yıllarda yapılan birçok araştırma göz ardı edilemeyecek istatistikler ortaya çıkarmıştır. Bilhassa ceza hukukunu ilgilendiren bu durum son yüzyılda birçok hukukçunun dikkatini çekmiş ve çeşitli eserler kaleme alınmıştır. Yapılan incelemelerin birçoğunda tanık delilinin tamamen güvenilir olmadığı ve çok dikkatli bir tetkik sürecinden sonra hükme esas alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Fakat son zamanlardaki tartışmalarda tanık delilinin bu özelliğinin sadece ceza yargılamaları bakımından değil hukuk yargılamaları bakımından da önemli olduğu ifade edilmektedir. Özellikle delil sisteminde tanık ifadelerine de ciddi ispat gücü veren bazı hukuk düzenleri bakımından bu endişenin daha fazla karşılık bulduğu söylenebilir. Meselâ Birleşik Krallık'ta, 6 Nisan 2021 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde bazı mahkemelere sunulacak tanık ifadeleri hakkında değişiklikler getiren bir yönerge¹ yayınlanmıştır. Yönerge, tanık delilinin yönlendirilmeye ve dolayısıyla mahkemeyi de yanlış yönlendirmeye elverişli olması sebebiyle birtakım talimatlar içermektedir.

Aynı endişe tahkim yargılamaları için de dile getirilmektedir. Yapılan araştırmalar milletlerarası tahkim bağlamında değerlendirilirken, tanık delilinin değerlendirilmesinde dikkatli davranmak gerektiği ifade edilmektedir. Bu ilgi Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)² nezdinde de karşılık bulmuştur. ICC, tanık delilinin kullanılması aleyhinde getirilen eleştirilere (özellikle 2015 yılındaki bir ICC toplantısında Toby Landau QC tarafından yapılan “*Unreliable Recollections, False Memories and Witness Testimony*” başlıklı konuşmaya) binaen, bir ekip kurarak (*Task Force Maximising the Probative Value of Witness Evidence*) bir araştırma yapılmasını sağlamış ve 2020 yılında bir rapor (*ICC Arbitration and ADR Commission Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration*, bundan sonra kısaca “ICC Raporu”) yayınlanmıştır³. Psikolog ve hukukçuların birlikte çalışarak hazırladığı rapor daha önceki birçok araştırmadan hareketle önemli olgular tespit etmekte ve tanık delilinin etkin kullanımına dair çeşitli öneriler sunmaktadır. Ancak bu tür bulgu ve tavsiyeler ileri süren çalışmalar yalnızca ICC Raporu'ndan ibaret değildir. Gerek rapordan önce gerekse de sonra başka çalışmaların da mevcut olduğunu belirtmek gerekir.

1 Practice Direction 57AC (PD 57AC) - Trial Witness Statements in the Business and Property Courts. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-57a-business-and-property-courts/practice-direction-57ac-trial-witness-statements-in-the-business-and-property-courts>, Erişim tarihi: 02.06.2022.

2 International Chamber of Commerce (<https://iccwbo.org/>), Erişim Tarihi 2 Haziran 2022.

3 Bkz Rapor sayfa 5. ICC Commission Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration, <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-the-accuracy-of-fact-witness-memory-in-international-arbitration/>, Erişim Tarihi 2 Haziran 2022.

Bahsi geçen çalışmaları gerek Türk uygulamacıların faydalanacağı gerekse de tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar açısından önem arz ettiği düşüncesiyle incelemek istedik. Çalışmamızda öncelikle tahkim yargılamalarında kullanılabilir delil sistemine kısaca değinilecektir. Takip eden bölümde ICC Raporu da dahil olmak üzere özellikle dikkatimizi çeken bazı araştırma/incelemelere yer verilecektir. Bu bölümde sadece elde edilen bulgular ele alınacak, tanık deliline dair bu bulgular karşısında ne yapılabileceği sorusuna ise çalışmanın en son bölümünde yer verilecektir.

I. Tahkimde Tanık Delili Kullanılması

A. Genel Açıklama

Bilindiği üzere uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi, mahkemelerde çözümlenmesine kıyasla çok daha esnek ve taraflara seçim hakkı sunan bir süreçtir. Hemen hemen her noktası önceden belirlenmiş mahkeme yargılamalarına nazaran taraflar tahkim usulünün birçok noktasında söz sahibidirler. Bunun Türk hukuku bakımından önemli bir tarafı da delillerle ilgilidir. Zira Türk mahkemelerinde görülen ticarî uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, istisnalar olmakla birlikte, esas olan senet delilidir⁴. Senet kavramı kanunda tanımlanmamakla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199’da belge kavramını teşkil eden delil türlerinden biri olarak sayılmıştır. Buradan hareketle doktrinde yazılı veya basılı bir delil türü olduğu ifade edilmektedir⁵.

Oysa tahkim yargılamaları için aynısından bahsetmek mümkün değildir. Ne Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda⁶ ne de HMK’nın tahkime ilişkin hükümlerinde, hangi iddiaların ne tür delillerle ispat edilebileceğine dair bir sınırlama bulunmaktadır. Şu hâlde tahkim yargılamalarında tanık delilinin de en az belge/senet delili kadar önemli olması mümkündür⁷. Nitekim tespit edebildiğimiz kadarıyla bu yaklaşım diğer birçok hukuk düzeninde de geçerlidir⁸. Aynı şekilde, birçok kurumsal tahkim

4 Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2022, RG 29.04.2011/27836) m. 200 bu durumu açıkça ortaya koymaktadır:

“Senetle ispat zorunluluğu

MADDE 200- (1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iktibesiz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle iktibesiz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.

(2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir.”

5 Detaylı bilgi için bkz Oğuz Atalay, *Pekantez Usûl – Medeni Usûl Hukuku*, C. II, (15th edn, On İki Levha 2017) 1738 vd; H. Özden Özkaya-Ferendeci, ‘Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri’, (2014) 16(Özel Sayı 2014), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 813, 817.

6 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453.

7 Tahkim yargılamalarında HMK m. 200 vd hükümlerde düzenlenen senetle ispat kuralının uygulanamayacağına açık olduğu belirtilmiştir. Cemile Demir-Gökyayla, ‘Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk’, (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 729, 746. Ayrıca bkz Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020) 295; Musa Aygül, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, On İki Levha 2014) 404.

8 Bkz Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (3rd edn, Kluwer Law International 2020) §15.02[B].

merkezinin kurallarında da bu konuda bir kısıtlama yoktur⁹. Hatta yasaklanmak bir yana, milletlerarası tahkimde tanık delili bilakis çok yaygın ve yoğun bir şekilde kullanılmaktadır¹⁰.

B. Tanık Delili Bakımından IBA ve Prag Kuralları

Birer bağlayıcı olmayan hukuk kuralı (*soft law instrument*) olsalar da özellikle milletlerarası tahkimde delillerin ikamesi bakımından çok tercih edilen IBA¹¹ ve Prag Kuralları¹² da tıpkı HMK, MTK ve birçok tahkim merkezinin kuralları gibi tahkimde tanık kullanımını engelleyen bir sınırlama içermemektedir. Hatta tam aksine, söz konusu kurallara göre tarafların iddialarını ispat için tanık deliline başvurabilecekleri açıkça anlaşılmaktadır. IBA Kuralları m. 4/1:

“1. Her bir Taraf, Hakem Heyetince verilen süre içerisinde ifadesine dayanmayı düşündüğü tanıkları ve bu ifadenin konusunu belirtir.”

hükmünü içermektedir. Benzer bir şekilde Prag Kuralları m. 5/1 de:

“5.1. Bir iddia veya savunma sunarken veya tahkimin hakem heyetinin uygun gördüğü herhangi bir aşamasındayken ilgili taraf aşağıdakileri belirtir:

a. (varsa) konumunu desteklemek amacıyla ifadesine dayanmayı düşündüğü her bir vâkıa tanığı;

b. ilgili tanığın hakkında ifade vermeyi düşündüğü vâkıaya yönelik durumlar; ve

c. ifadenin davanın sonucu bakımından ilgisi ve önemi.”

şeklinde. Sonuç olarak gerek millî (yabancılık unsuru içermediğinden HMK’ya tâbî) gerekse de milletlerarası tahkimde tanıkların serbestçe kullanılabilceği söylenebilir.

II. Tahkimde Tanık Delilinin Güvenilirliğine Dair Çeşitli Çalışmalardan Elde Edilen Bulgular

A. Genel Olarak

Tanık delilinin ceza yargılamaları bağlamında kullanımına dair araştırmalar bu çalışmada sayılamayacak kadar çoktur. Bu araştırmaların tarihi en azından on yıllarca

9 Meselâ 2022 yılı itibarıyla ICC (International Chamber of Commerce), AAA (American Arbitration Association), ISTAC (Istanbul Arbitration Centre), SIAC (Singapore International Arbitration Centre) tahkim merkezlerinin güncel kurallarında bu yönde bir sınırlama yoktur.

10 Ziya Akıncı, ‘Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim’ (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 481, 489.

11 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Adopted by a resolution of the IBA Council 17 December 2020). (<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>, Erişim tarihi: 15.08.2022)

12 Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules). (<https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>, Erişim Tarihi 2 Haziran 2022).

geriye gitmektedir denilse yerinde olur¹³. Tanık delilinin ceza yargılamalarında pek çok kez tek delil olması ve yargılama sonucunda doğacak sonuçların vahimliği bu kadar araştırılma yapılmasını doğal kılmaktadır. Bunların vardığı sonuçlardan elverişli olanları kıyasen özel hukuk yargılamaları için de dikkate almak mümkün olabilir. Bununla beraber, meseleyi doğrudan özel hukuk yargılamaları ve hatta özel olarak tahkim bakımından ele alan araştırmalar da bulunmaktadır. Bu kısımda gerek bu tür araştırmalardan gerekse de doğrudan tahkime yönelik olmasa bile tahkimde kullanılan tanık kavramı için de geçerli olabilecek araştırmalardan faydalanılmıştır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, değineceğimiz araştırmaların bir kısmı tanık delilini tanıgın dürüstlüğünün tespiti ekseninde ele almaktayken¹⁴, diğer bir kısmı tanık hafızasının güvenilirliği açısından¹⁵ değerlendirmektedir¹⁶. Temel sorular öncelikle “Tanıgın dürüst davranıp davranmadığını anlamak mümkün olabilir mi? En çok kullanılan kıstaslardan tanıgın hal-hareketleri, yüz ifadeleri ve ses tonu gibi fiziksel belirtiler yön gösterebilir mi?” şeklindedir. Çalışmaların bir kısmı bu sorulara cevap aramaktadır. Tanıgın hafızasına değinen araştırmalardaki temel soru ise “tanık dürüst olsa bile hafızası ne kadar güvenilir bir bilgi kaynağıdır?” şeklindedir.

Bu sorular tahkim yargılamaları açısından da hem âdil bir sonucun ortaya çıkmasında önemli olduğu için hem de tanık delili hazırlamanın en çok zaman alan ve masraf doğuran aşamalardan biri olması sebebiyle önem arz etmektedir¹⁷. Tanık

- 13 Çalışmalardan bazıları için bkz Albert H. Hastorf, Hadley Cantril, ‘They Saw a Game: A Case Study’ (1954) 49(1) *The Journal of Abnormal and Social Psychology* 129, 129-134; Elizabeth F. Loftus, *Eyewitness Testimony* (Harvard University Press 1980); Tanja Rapus Benton vd ‘Eyewitness Memory is Still Not Common Sense: Comparing Jurors, Judges and Law Enforcement to Eyewitness Experts’ (2006) 20(1) *Applied Cognitive Psychology* 115, 115-129; Elizabeth F. Loftus, ‘Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory’, (2005) 12(4) *Learning & Memory* 361, 361-366; Thomas D. Albright, ‘Why eyewitnesses fail’ (2017) 30(114) *Proceedings of the National Academy of Sciences* 7758, 7758-7764; Thomas D. Albright, Brandon L. Garrett, ‘The Law and Science of Eyewitness Evidence’ (2021) 102 *Boston University Law Review* 511, 511-629.
- 14 Bu tür değerlendirmeler içeren çalışmalar için meselâ bkz Margaret A. Lareau and Howard R. Sacks, ‘Assessing Credibility in Labor Arbitration’ (1989) 5(2) *The Labor Lawyer* 151, 151-193; Richard Mittenenthal, ‘The Search for Truth: II. Credibility—A Will-o’-the-Wisp’ in James L. Stern and Barbara D. Dennis (eds), *Truth, Lie Detectors, and Other Problems in Labor Arbitration, Proceedings of the 31st Annual Meeting of National Academy of Arbitrators* (BNA Books 1979) 61-74; Robert Bradshaw, ‘Deception and detection: the use of technology in assessing witness credibility’, (2021) 37(3) *Arbitration International* 707, 707-720 (Detection); Robert Bradshaw, ‘Witness Credibility and the (Un)Reliability of Demeanour Evidence’ (2022) 40(1) *ASA Bulletin* 46, 46-60 (Demeanour Evidence); Bruce Fraser, ‘The Role of Language in Arbitration’ in James L. Stern and Barbara D. Dennis (eds) *Decisional Thinking of Arbitrators and Judges, Proceedings of the 33rd Annual Meeting of the National Academy of Arbitrators* (BNA Books 1981) 19-44 (Language in Arbitration).
- 15 Bu yönde tespitler içeren bazı araştırmalar için bkz Mark L. Howe and Lauren M. Knott, ‘The fallibility of memory in judicial processes: Lessons from the past and their modern consequences’ (2015) 23(5) *Memory* 633, 633-656; Ula Cartwright-Finch, ‘Human Memory and Witness Evidence in International Arbitration’ in Tony Cole (ed) *The Roles of Psychology in Arbitration* (Wolters Kluwer 2017); Kimberley A. Wade and Ula Cartwright-Finch, ‘The Science of Witness Memory: Implications for Practice and Procedure in International Arbitration’ (2022) 39(1) *Journal of International Arbitration* 1, 1-28; ICC Commission Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in Int’l Arbitration (<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-accuracy-fact-witness-memory-international-arbitration-english-version.pdf>, Erişim tarihi: 03.07.2022); Samuel Pape, ‘Witness Evidence, The Science of Memory and Sequestration’ in Carlos González-Buono (ed) *40 under 40 International Arbitration* (Dykinson, S.L. 2021) 275-288; Caroline Skaff, ‘The Human Psyche’s Effect on Arbitral Witness Accuracy’ (2021) 13 *Arbitration Law Review* 1, 1-16. Yine daha önce zikredilen Howe and Knott; Fraser; Lareau and Sacks’ın çalışmalarında da hafızaya dair tespitler yer almaktadır.
- 16 Tanık delili ayrıca son zamanlarda bazı etkinliklerde de tartışılmaktadır. Meselâ bkz Alexander Westin-Hardy, *The Psychology of Witness Evidence and its Role in Tribunal Decision-Making* (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/29/the-psychology-of-witness-evidence-and-its-role-in-tribunal-decision-making/>, Erişim Tarihi 1 Temmuz 2022).
- 17 Bu yönde bkz Wade and Cartwright-Finch (n 15) 3.

ifade taslaklarının yazılması, bunların son hallerine getirilmesi, tanıkların duruşmaya ve çapraz sorguya hazırlanması çoğu zaman saatlerce sürmektedir. Oldukça emek harcanan, duruşmaların ciddi bir kısmını teşkil eden ve taraflara maddî külfet olarak yansıyan bu delilin olabilecek en iyi şekilde kullanılması herkesin menfaatine olacaktır. Bahsi geçen araştırmalar ve çalışmamız bu amaca hizmet etmek içindir.

B. Tanık Delilinin Dürüstlüğün Tespiti Yönünden Ele Alınması

1. Genel Açıklama

Şüphe yok ki tanık delilini değerlendirirken en önemli iki husustan biri “tanık ne kadar dürüst davranıyor” sorusudur. Bu kilit sorunun cevabını bulmak, yargılama için pek çok kez hayati önem arz eder. Nitekim tahkimde duruşma yapılmasının en büyük sebeplerinden birisi tanıkların sadece yazılı ifadeleri üzerinden değil bizzat canlı olarak dinlenilmek istenmesidir, denmiştir¹⁸. Hakemler bu hususta farklı yöntemlere başvurabilirler. En yaygın kullanılan yöntemlerden biri tanığın hal-hareketleri ve konuşma tarzı gibi temel duyularla algılanabilen belirtilere başvurmaktır¹⁹. Oysa aşağıda görüleceği gibi bu yöntemin ne kadar isabetli olduğu tartışmaya açıktır. Yanlış değerlendirme yöntemlerine başvurularak hatalı çıkarımlar yapılması tarafların harcadıkları emek ve masrafların boşa gitmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle aşağıda öncelikle tanığın dürüstlüğünü tespit ederken yaygın olmasına rağmen fazla güvenilmemesi gereken bazı hareket noktalarına değinilecektir. Daha sonra teknolojinin gelişmesiyle beraber kullanılan veya kullanılacak bazı yöntemlerden kısaca bahsedilecektir.

2. Dürüstlüğün Tespitinde Kullanılan Sakıncalı Kıstaslar

İlkin belirtmek isteriz ki yapılan bir üst araştırma, katılımcıların karşıdakinin doğru veya yalan söylediğini tespit etmelerinin istediği 200’den fazla araştırmanın toplu değerlendirmesini yapmıştır. Buna göre katılımcılar doğru söyleyen insanları %61 oranında doğru tahmin ederken, yalan söyleyen insanları %47 oranında doğru

18 Marinn Carlson, ‘The Examination and Cross-Examination of Witnesses’ in Albert Jan van den Berg (ed) *Arbitration Advocacy in Changing Times* (Kluwer Law International 2011) 203.

19 Meselâ çevrimiçi duruşmaların tanığın hal-hareketlerini daha iyi gözlemleme fırsatı verebileceği belirtilmiştir. Bu aslında bahsettiğimiz noktaya ne kadar önem verildiğinin bir göstergesidir. Bkz Wendy Miles, ‘Remote Advocacy, Witness Preparation & Cross-Examination: Practical Tips & Challenges’ in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri and Mohamed S. Abdel Wahab (eds) *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (Kluwer Law International 2020) 127-128. Varılan sonuç açısından farklı ama tanığın hal-hareketlerine verilen önem yönünden benzer olarak, çevrimiçi duruşmaların tanıkların hal-hareketlerini gözlemek için yeterince imkân sağlamadığı bir Avustralya mahkemesi kararında belirtilmiştir. *Quince v Quince* [2020] NSWSC 326; benzer bir kanaat akademik bir eserde de paylaşılmıştır. Bkz Jane Jenkins, *International Construction Arbitration Law* (3rd edn, Kluwer Law International 2021) 218. Bir başka eserde ise çok uzun yazılan tanık ifadelerinin hâkime tanığın hal-hareketlerini gözlemleme fırsatı bırakmadığı belirtilerek hal-hareketlerin önemine vurgu yapılmıştır. Bkz Roman Khodykin, Carol Mulcahy and Nicholas Fletcher, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Oxford University Press 2019) 242. “Tanığın hal-hareketlerini daha iyi gözlemleme fırsatı veren” bir tanık ifadesi alma yöntemi tavsiyesi için bkz Nicholas Lingard, ‘Report on the Session Matters of Evidence: Witness and Experts’ in Albert Jan van den Berg (ed) *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (Wolters Kluwer Law & Business 2015) 299.

tahmin etmişlerdir. İkisinin ortalaması alındığında ortaya %54 oranı çıkmaktadır.²⁰ Bu da demek olmaktadır ki bu konuda özel bir eğitim veya bir destek almadıkça çoğu kimsenin muhataplarının dürüstlüğünü tespit etmedeki başarısı neredeyse yazıtura atmakla eş değerdir²¹. Hatta bazen işleri gereği yalan tespit etmekle uğraşan kimselerin bile diğer insanlara göre daha başarılı olmadığı görülmüştür²². Dürüstlüğü tespit etmedeki bu düşük başarı oranının sebebinin muhatabın hal-hareketlerine odaklanılmasında yattığı belirtilmiştir. Yalan söyleyen kimselerin sergileyeceği varsayılan hareketlerin muhatapta görülmesi zikredilen sonuca yol açmaktadır²³. Gerçekten de tanığın hal-hareketlerinin dürüstlüğün tespitinde kullanılması gerektiği yaygın bir düşüncedir²⁴.

Akla ilk gelen yalan söyleme işaretlerinden birisi tanığın gergin veya tedirgin davranması, göz teması kurmamasıdır. Tanık sanki gerçeği saklıyor ve bu nedenle geriliyormuş gibi düşünülebilir ancak bu varsayım her zaman doğru olmayabilir. Birkaç sebep sıralamak gerekirse:

- (i) Hakem ve tanığın birbirlerini tanımaları ancak duruşmanın elverdiği birkaç saatlik zaman zarfında gerçekleşmektedir. Tanığın hangi hareketinin ne anlama geldiğini sadece bu süre içerisinde anlamak kolay değildir; bunu en doğru şekilde yorumlamak tanığı yakından tanıyanların üstesinden gelebileceği bir işittir.
- (ii) Özellikle de milletlerarası tahkim duruşmaları gibi hukukî süreçler tanığa yabancı gelebilir. Kendini hiç âşinâ olmadığı bir sürecin ortasında bulmak birçok insanda doğal olarak tedirginliğe sebep olabilir. Karşı tarafın avukatınca çapraz sorguya alınmanın bu tedirginliği çok daha artırması muhtemeldir (nitekim çapraz sorgunun doğası itibarıyla sindirici bir işlem olduğu belirtilmektedir²⁵). Hatta bazen tanığın özel hayatından kaynaklı tedirginlik sebepleri de bulunabilir. Meselâ bazı insanların yalan söylemediği

20 Charles F. Bond Jr. and Bella M. DePaulo, 'Accuracy of Deception Judgments' (2006) 10(3) *Personality and Social Psychology Review* 214, 214.

21 Bond Jr. and DePaulo (n 20) 230; Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 50; Lareau and Sacks (n 14) 156, dn 17. Aynı şekilde, yapılan başka bir araştırmaya göre insanların kendi çocuklarının yalan söyleyip söylemediğini anlama başarıları da %50 civarındadır. Bkz Kang Lee, Can you really tell if a kid is lying?

(https://www.ted.com/talks/kang_lee_can_you_really_tell_if_a_kid_is_lying, Erişim tarihi: 14.07.2022). Çocukların tahkimde tanık olarak dinlenmeleri elbette ki olası değildir ancak bu istatistik insanların bu konuda yeteneğine dair genel bir fikir vermektedir.

22 Bu yönde bulgular içeren bir araştırma için bkz Bella M. DePaulo and Roger L. Pfeifer, 'On-the-Job Experience and Skill at Detecting Deception' (1986) 16(3) *Journal of Applied Social Psychology* 249, 256; Ayrıca bkz Samantha Mann, Aldert Vrij and Ray Bull, 'Detecting True Lies: Police Officers' Ability to Detect Suspects' Lies' (2004) 89(1) *Journal of Applied Psychology* 137, 137-149; Saul M. Kassin and Christina T. Fong, 'I'm Innocent!': Effects of Training on Judgments of Truth and Deception in the Interrogation Room, (1999) 23(5) *Law and Human Behavior* 499, 508-509.

23 Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 50-51; Ayrıca bkz Max Minzner, 'Detecting Lies Using Demeanor, Bias, and Contexts' (2008) 29 *Cardozo Law Review* 2557, 2565.

24 Bkz n 19.

25 Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 51.

halde kendisine inanılmayacağına dair korkuları olduğu ve sırf bunun bile tedirginlik oluşturabildiği gözlemlenmiştir²⁶.

- (iii) Birtakım araştırmalar yalan söyleyen bazı kimselerin sanılanın tam aksine gözlerini kaçırmadığını, rahat yüz ifadelerine sahip olabildiğini hatta memnun bir görünüm çizebildiklerini belirtmektedir²⁷. Bu durum yalan söyleyen tanığın hikayesini hatırlayabilmek ve açık vermemek için daha fazla odaklanmaya ihtiyaç duymasıyla açıklanmıştır. Odaklanmaya harcanan çaba el, ayaklar ve gözlerdeki hareketi azaltacaktır²⁸; dolayısıyla tanık yalan söylediği halde gözlerini kaçırmamış olacaktır. Bir yazar, meseleye farklı bir açıdan yaklaşarak göz teması kurmanın farklı kültürlerde farklı anlamlara gelebileceğine somut örnekler vermektedir. Buna göre kimi kültürlerde otoriteyle göz teması kurmamak [ve meselâ yere bakmak] gerektiği öğretilirken, kimilerinde konuşan kişinin gözüne bakmanın bir zorunluluk olduğu düşünülmektedir²⁹. Bir başka yazarsa, karar merciinde olduğu dönemlerinden edindiği tecrübelerden hareketle hiçbir hakemin dış görünüşe dayanarak dürüstlüğü tespit etme konusunda özgüven duymaması gerektiğini belirtmiştir. Zira öyle tanıklar vardır ki ifadesi tamamen yalan olduğu halde oldukça dürüst bir görüntü çizebilmekte ve aynı şekilde söylediği tamamen doğru olduğu halde sanki yalan söylüyormuş izlenimi uyandıran tanıklar olabilmektedir³⁰.

Kimi zaman tanığın dürüstlüğünden şüphe edilmesine sebep veren bir diğer husus hızlı [veya çok] konuşmasıdır. Hızlı konuşan kişilerin dinleyeni aldatmak istediklerine dair bazı insanlarda belki de gündelik hayattan edindikleri tecrübeler yüzünden bir zan vardır³¹. Bu düşünce kimi zaman yerinde olabilse de bir araştırmaya göre yalan söyleyen kimseler tam aksine yavaş konuşmayı da tercih edebilmektedirler³². Bir başka araştırmaya göreyse hızlı konuşmak bazı insanlara daha ikna edici gelmektedir³³. Buradan yapılacak çıkarım şudur ki tanığın hızlı konuşması her zaman dürüst davranmadığı anlamına gelmediği gibi böyle yapması kimi hakemlere olumlu kimi hakemlere olumsuz bir çağrışımda bulunmaktadır. Dolayısıyla üzerinde anlaşma

26 Hazel Genn, *Assessing Credibility*, 2011, 3 (https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/genn_assessing-credibility.pdf, Erişim tarihi: 16.07.2022); Ayrıca bkz Aldert Vrij and Ronald P. Fisher, 'Unraveling the Misconception About Deception and Nervous Behaviour' (2020) 11 *Frontiers in Psychology* 1, 3.

27 Bella M. DePaulo, Julie I. Stone and Daniel G. Lassiter, 'Deceiving and Detecting Deceit' in Barry R. Schlenker (ed) *The Self and Social Life* (McGraw-Hill 1985) 339; A. Daniel Yarmey, *The Psychology of Eyewitness Testimony* (The Free Press 1979) 169 (Lareau and Sacks (n 14) 155, dn 14-15'ten naklen).

28 Vrij and Fisher (n 26) 4; Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 51.

29 Fraser, 'Language in Arbitration' (n 14) 37-38.

30 Mittenenthal (n 14) 63.

31 Fraser, 'Language in Arbitration' (n 14) 39; Lareau and Sacks (n 14) 155.

32 Yarmey (n 27) 169 (Lareau and Sacks (n 14) 155, dn 13'ten naklen).

33 Norman Miller, Geoffrey Maruyama, Rex Julian Beaber and Keith Valone, 'Speed of Speech and Persuasion' (1976) 34(4) *Journal of Personality and Social Psychology* 615, 621.

olmayan, göreceli bir mesele söz konusudur. Konuya dair zikrettiğimiz araştırmalar da bu konuda kesin bir sonuca varmanın zor olduğunu göstermektedir³⁴. Bu nedenle tanığın hızlı-yavaş veya az-çok konuşmasını dürüst davranıp davranmadığı hususunda kıstas almamak gerekir.

Bazen tanığın ifade esnasında gülümsüyor olmasının da dürüst davranmadığına işaret olarak yorumlandığı belirtilmektedir. Bir yazar şahit olduğu bir tahkim duruşmasında tanığın hafif alaycı bir şekilde gülümseyerek ifade verdiğini ve bunun hakem tarafından başka hiçbir belirti olmamasına rağmen yalan söyleme belirtisi olarak algılandığını nakletmektedir³⁵. Oysa ciddi ortamlarda gülümsemek gerektiği şeklinde mutlak bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu tür durumlarda tanıklardan genelde beklenen yüz kızarması veya kaş çatılması gibi değişimler göstermeleridir. Ancak kimi kültürlerle mensup tanıklar, yetişme tarzları gereği gerilim ve utanç hissettikleri zaman gülümseme eğiliminde olabilirler³⁶. Bu onların kesin surette dürüst olmadığı veya umursamaz oldukları anlamına gelmez. Sadece belli bir tepki türünü normal kabul etmek doğru olmayabilir.

Dürüstlük hakkında karar verirken etkili olabilen bir diğer kıstas, ön yargılardır. Ön yargı kelimesi olumsuz bir çağrışımda bulunuyor olsa da olumlu ön yargılar da olabilir ve bunlar da tahkim sürecine zarar verebilir. Olumsuz ön yargıların tahkime nasıl etki edebileceğinden başlanılacak olursa, hakemin belli etnik kesimden insanlara karşı olumsuz düşünceler sahibi olması tanığın ifadelerini adaletsizce değerlendirmesine sebep olabilir. Bu yaşamın birçok farklı alanında olduğu gibi tahkimde de karşılaşılabilecek bir durumdur³⁷. Aynı durum cinsiyet açısından da düşünülebilir. Erkek bir hakemin kadın tanıklara karşı ya da kadın bir hakemin erkek tanıklara karşı en baştan itibaren güvenmez bir zihin yapısıyla görevine başlaması, hatalı değerlendirme yapmasına neden olabilir. Hakemin kendi dünya görüşünü yargılamaya dahil etmeden, diğer bir deyişle adli aktivistlik yapmadan³⁸, yalnızca somut olayın şartları ve hukuk çerçevesinde karar vermesi gerekir. Ön yargılardan sıyrılmak çoğu zaman düşünüldüğü kadar kolay olmamaktadır.

34 Nitekim daha güncel bir araştırmada bu konuda yapılan önceki araştırmaların çelişkili bulgulara ulaştığı belirtilmektedir. Bkz Joshua J. Guyer, Leandre R. Fabrigar, and Thomas I. Vaughan-Johnston 'Speech Rate, Intonation, and Pitch: Investigating the Bias and Cue Effects of Vocal Confidence on Persuasion' (2019) 45(3) Personality and Social Psychology Bulletin 389, 389-391.

35 Fraser, 'Language in Arbitration' (n 14) 38-39.

36 Ibid.

37 Bu durum edebî eserlere de konu olmuştur. Meselâ 19. yüzyıl gibi günümüze kıyasla erken bir tarihte dahi bu hususun yargılamalara etki edebildiğine vurgu yapılmıştır. Bkz O. Henry, 'One Dollar's Worth' in David Stuart Davies (ed.) *Short Stories from the Nineteenth Century* (Wordsworth Classics 2004) 216 vd. Aynı şekilde Reginald Rose'un meşhur eseri "12 Angry Men" de ilk yayım tarihi 1957'den bu yana bu noktaya parmak basmaktadır. Bkz Reginald Rose, *12 Angry Men* (Penguin Classics 2006).

38 "Judicial activism" kavramından mülhem olarak kullandığımız adli aktivistlik ifadesi, hâkimin-hakemin mevcut hukuk kuralları çerçevesinde değil de kendi olması gereken hukuk anlayışına, gördüğüne göre; adeta yasama faaliyeti icra edeceğine karar vermesini ifade etmektedir. Kavram özellikle ABD'de kendine oldukça yer edinmiştir ve -kimi zaman olumlu kimi zaman olumsuz- farklı anlamlarda kullanılmıştır. Adli aktivistlik kavramına yüklediğimiz anlam hakkında ve genel olarak detaylı bilgi için bkz Keenan D. Kmiec, 'The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"' (2004) 92(5) California Law Review 1441, 1441-1477 ve özellikle 1471-1473.

Kanaatimizce dikkat çekici bir olumsuz ön yargı örneği de kişilerin aksanlarıyla ilgilidir. Bir araştırmaya göre ana dili İngilizce olmayan kimseler (özellikle ağır aksanlı konuşanlar) ana dili İngilizce olanlara göre, ana dili İngilizce olan dinleyiciler tarafından daha az güvenilir bulunmaktadır (araştırmalara esas deneylerde İngilizce kullanılmıştır ve denekler arasında Türk kimseler de vardır)³⁹. Üstelik bu araştırma daha sonra genişletilmiş ve aynı sonucun ana dili İngilizce olmayan dinleyiciler açısından da geçerli olduğu tespit edilmiştir⁴⁰. Daha açık bir ifadeyle kendi ana dilleri de İngilizce olmadığı halde dinleyiciler aksanlı konuşan kimselere karşı ön yargı taşımaktadırlar. Bilhassa milletlerarası tahkimde farklı kökenlerden insanlar bir araya geldiği için bu ön yargı tehlikesine karşı dikkat edilmesi gerekir. Benzer şekilde, eski tarihli bir araştırmada ana dili İngilizce olsa bile eğitimsiz bir şive ile konuşan kimselerin de daha az güvenilir ve daha az dürüst bulunduğu sonucuna varılmıştır⁴¹.

Yine dil üzerinden ama biraz farklı bir örnek de burada zikredilebilir. Belirtildiğine göre Çin kültüründen gelen kimseler için bir soruyu sadece evet ya da hayır diye cevaplamak pek yaygın değildir; dolayısıyla bu kültürden tanıklar sorulara doğrudan cevap vermek yerine nispeten uzun açıklamalar yapabilir⁴². Oysa Batı kültüründe bu davranış sözü dolandırmak gibi algılanıp dürüst davranılmadığına dair bir işaret olarak yorumlanabilir⁴³. Hakemlerin -bilhassa milletlerarası tahkimde- bu tarz farklılıklar olabileceğinin de bilincinde olması gerekir⁴⁴.

Dil ile alakalı bir diğer örnek tanığın “güçlü” ya da “zayıf” bir konuşma tarzı tercih etmesi üzerinden verilebilir. Birçok araştırmaya göre “biraz”, “bir tür”, “belki”, “sanırım” gibi belirsizlik içeren kelimeler kullanan, cevap verirken onay beklemiş gibi tonlama yapan, duraklayarak veya Türkçe’deki -ıı gibi dolgu seslerini fazla kullanarak konuşan kimseler, diğer bir deyişle “zayıf” konuşma tarzı kullanan kimseler, daha az inandırıcı bulunmaktadır⁴⁵. Basit bir örnek vermek gerekirse, “burası gerçekten soğuk, değil mi?” şeklinde kurulan bir cümlenin ikna gücü “burası gerçekten de soğuk”

39 Shiri Lev-Ari and Boaz Keysar, ‘Why don’t we believe non-native speakers? The influence of accent on credibility’ (2010) 46(6) *Journal of Experimental Social Psychology* 1093, 1093-1096.

40 Dagmar Hanzliková and Radek Skarnitzl, ‘Credibility of native and non-native speakers of English revisited: Do non-native listeners feel the same?’ (2017) 15(3) *Research in Language* 296-297. Benzer başka araştırmalar hakkında bilgi için bkz Hanzliková, Skarnitzl 285, 288-289.

41 Bruce Fraser, ‘Some Unexpected Reactions to Various American Dialects’ in Roger W. Shuy and Ralph W. Fasold (eds) *Language Attitudes: Current Trends and Prospects* (Georgetown University Press 1973), 28-36.

42 Alvin Yeo and Chou Sean Yu, ‘Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West’ in Stephen Jagusch, Philippe Pinsolle and Alexander G. Leventhal (eds) *Global Arbitration Review: The Guide to Advocacy* (5th edn, Law Business Research 2021) 177.

43 Bradshaw, ‘Detection’ (n 14) 717.

44 Aynı tavsiye tanıkları doğru yönlendirebilmek adına taraf vekilleri için de geçerlidir. Verilen örnek haricinde başka ne gibi kültür farklılıkları olabileceğine dair bkz Yeo and Yu (n 42) 178-179.

45 Lawrence Hosman, ‘Powerful and Powerless Speech Styles and Their Relationship to Perceived Dominance and Control’ in Rainer Schulze and Hanna Pishwa (eds) *The Exercise of Power in Communication* (Palgrave Macmillan London 2015) 229-230; Bonnie Erickson, E. Allan Lind, Bruce C. Johnson and William M. O’Barr, ‘Speech Style and Impression Formation in a Court Setting: the Effects of ‘Powerful’ and ‘Powerless’ Speech’ (1978) 14(3) *Journal of Experimental Social Psychology* 266, 269-270 ve 278; Craig E. Johnson, ‘An Introduction to Powerful and Powerless Talk in the Classroom’ (1987) Faculty Publications School of Business, Paper 26, 2-3.

cümlesinden daha az bulunmaktadır⁴⁶. Şüphe yok ki tercih edilen konuşma tarzı ile içerik arasında bazen doğru orantı vardır. Daha açık bir ifadeyle, bazen konuşmacı gerçekten de emin olmadığı bir hususta konuştuğu için “zayıf” konuşma tarzını tercih eder. Ancak kimi zaman da belki de farkında olmadan doğru bir bilgiyi sırf konuşma tarzı sebebiyle yanlış hatta belki de yalan gibi gösterebilir. Bu durum tahkimde tanık ifadelerinde de gündeme gelebilir. Eğer tanıklar dikkat etmezlerse veya hakemler ifadenin içeriğinden çok konuşma tarzının etkisine kendilerini bırakırlarsa yanlış değerlendirmeler ortaya çıkabilir. Bu duruma karşı da dikkatli olmak gerekir.

Son ve olumlu bir ön yargı örneği ise mesleklere duyulan güven üzerinden verilebilir. 2018-2021 yıllarını kapsayan bir araştırmaya göre⁴⁷ dünyada en çok güvenilen meslekler sırasıyla doktorlara, bilim insanlarına, öğretmenlere, silahlı kuvvetler mensuplarına ve polisleredir. Özellikle Covid-19 virüsü salgınından beri dünyada doktorlara olan güven artmıştır. Bu olumlu ön yargının tahkim yargılamalarına dolaylı da olsa olumsuz etkisi olabilir. Eğer hakem de bu araştırmadaki bulguya paralel olarak meselâ doktor olan bir tanığı diğerlerinden daha üstün görüp değerlendirme yaparsa yanılabilir. Benzer bir sakıncaya tanıkların üye oldukları sendikalar üzerinden işaret edilmiştir. Meselâ tanığın mensup olduğu sendika hakkında olumsuz bir intibâ olması tanığın da doğrudan güvenilir olmadığı anlamına gelmez; ikisini ayrı tutmak gerekir⁴⁸. Âdil bir hakem tanıkların mesleği, aidiyeti ne olursa olsun gerek olumlu gerek olumsuz ön yargılarından arınmaya çalışarak değerlendirme yapmalıdır. Olumlu ön yargılardan vazgeçmemek bir nevi kayırmacılığa, olumsuz ön yargılardan vazgeçmemekse ayrımcılığa sebep olabilir.

3. Dürüstlüğün Tespitinde Yapay Zekâ Kullanımı: Yalan Tespit Cihazları

Dürüstlüğün tespitinde kullanılan başka bir yöntem, yapay zekâdan faydalanmaktır. Son yıllarda eskiye nazaran oldukça ilerleyen teknoloji hukuku da etkilemiş, bazı ülkelerde yalan tespit cihazları (veya sistemleri) özellikle kamu düzenini yakından ilgilendiren veya hassas konularda kullanılır olmuştur. Meselâ ABD, Kanada ve AB, sınır kapılarından giriş yapacak kimseleri yapay zekâ sayesinde sorgulayan *AVATAR*⁴⁹ ve *iBorderCtrl*⁵⁰ yalan tespit cihazlarını denemişlerdir. Söz konusu cihazlardan *AVATAR*'ın başarısının %54 oranında başarılı olan insanlara nazaran çok daha yüksek olduğu, bağlama göre değişmekle birlikte %80-85 oranında başarıya ulaştığı ifade edilmektedir⁵¹. Bunlara benzer geliştirilen bir diğer proje Maryland Üniversitesi'ndeki

46 Johnson (n 45) 2.

47 The Ipsos' Global Trustworthiness Index 2021 (<https://www.ipsos.com/en/global-trustworthiness-index-2021>, Erişim tarihi: 21.07.2022).

48 Lareau and Sacks (n 14) 162.

49 Açılımı: Automated Virtual Agent for Truth Assessments in Real-Time.

50 Açılımı: Intelligent Portable Border Control System.

51 Bkz <https://discernscience.com/avatar/>, Erişim tarihi: 20.07.2022. *iBorderCtrl* hakkında bilgi içinse bkz <https://cordis.europa.eu/project/id/700626>, Erişim tarihi: 20.07.2022.

araştırmacılarca yürütülmektedir. *DARE*⁵² ismi verilen yapay zekâ temelli sistem ileri sürüldüğüne göre gerçek yargılamalardan alınan görüntü kayıtlarını incelemekte ve dürüstlüğü tespit konusunda insanlardan daha başarılı çıkarımlar yapmaktadır⁵³.

Bir girizgâh olması için yukarıda zikredilenler ve bunlar haricinde geliştirilmiş bazı cihazlar, kullandıkları yöntemler üzerinden bir tasnife tâbî tutulabilir. Meselâ aşağıdaki gibi bir sıralama tercih edilebilir⁵⁴:

- i. Paul Ekman'ın çalışmalarından esinlenilerek kullanılan bir yöntemde kişilerin yüz ifadeleri üzerinden çıkarımlar yapılmaktadır. Bu yöntemin temel edindiği düşünceye göre kişiler küçük (hatta belki anlık) yüz ifadesi değişimleriyle kendilerini ele verirler. Yapay zekâ bunları yakalayarak dürüstlük tespiti yapmaktadır. Yukarıda bahsedilen *DARE* projesi bu kapsamda düşünülebilir⁵⁵.
- ii. Bir yöntem yüz ifadelerinden ziyade gözdeki değişimlere odaklanmaktadır. Buna göre göz hareketleri, göz bebeğindeki boyut değişimleri ve göz kırpmaları yalan söylemenin belirtilerini teşkil etmektedir. Bu yöntemi tercih eden *EyeDetect* isimli bir yalan tespit sisteminin %86-91 oranında isabetli ve alanında en iyisi olduğu iddia edilmektedir⁵⁶.
- iii. Ses üzerinden hareket eden bir yöntem sesteki gerginlik belirtilerine odaklanarak dürüstlük tespiti yapmaktadır. Yöntemin temelinde yalan söyleyen kimselerin seslerinde değişim olacağı düşüncesi vardır. Yukarıda sayılan *AVATAR* sistemi tamamen buna dayalı olmasa da bu yöntemden faydalanmaktadır⁵⁷.
- iv. Bir yöntem kişilerin kullandığı dil üzerinden ilerlemektedir. Buna göre yalan söyleyen kişilerin kullanmaya daha eğilimli oldukları ifade biçimleri vardır ve yapay zekâ bunları tespit ederek bir sonuca ulaşmaktadır.
- v. Kandaki oksijen seviyesine bağlı görüntüleme tekniği de (fMRI tekniği⁵⁸) bu bağlamda tercih edilmektedir. Bu yöntemin temelinde yatan düşünceye göre kişiler yalan söyledikleri zaman beyinlerindeki kan akışında bir değişim

52 Açılımı: Deception Analysis and Reasoning Engine.

53 Bkz Zhe Wu, Bharat Singh, Larry S. Davis and V. S. Subrahmanian, 'Deception Detection in Videos' (2018) 32(1) Proceedings of the AAAI Conference on Artificial Intelligence 1695, 1696 ve 1701. Ayrıca bkz <https://doubai.github.io/DARE/>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.

54 Bu tasnif için bkz Bradshaw, 'Detection' (n 14) 709.

55 Bkz (n 53)'teki kaynaklardaki açıklamalar.

56 Bkz *EyeDetect* sisteminin internet sitesi: <https://converus.com/eyedetect/>, Erişim tarihi: 20.07.2022.

57 Bkz (n 51)'deki ilgili kaynak.

58 Functional Magnetic Resonance Imaging.

olacaktır ve yalan tespit cihazı bunu tespit ederek yalanı ortaya çıkaracaktır⁵⁹. Beyinde değil ama yüzdeki kan akışını esas alan benzer bir sistemin de %85 oranında isabetli olduğu iddia edilmektedir. Buna göre insanlar yalan söyledikleri zaman yüzlerindeki kan akışı burunlarında yoğunlaşmaktadır; cihaz da bunu yakalayıp yalan söylenip söylenmediğini belirlemektedir.⁶⁰

Kabaca tasnifi bu şekilde olan yeni nesil yalan tespit cihazları, görebildiğimiz kadarıyla, henüz gelişme aşamasındadırlar ve yaygın uygulama alanı bulmuş değildirler. Mahkemelerin klasik yalan tespit cihazı (poligraf)⁶¹ sayesinde elde edilen delillere karşı bakışları düşünüldüğü zaman bunlardan elde edilen delillerin derhal kabul göreceği ihtimali pek kuvvetli değildir. Kimi devlet mahkemeleri poligraf sayesinde elde edilen delilleri kabul ederken kimisi reddetmektedir; diğer bir deyişle tartışmalı bir durum söz konusudur.⁶² Aynıısı tahkim yargılamaları için de söylenebilir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla tahkim yargılamalarında da gerek eski nesil (poligraf) gerek yeni nesil yalan tespit cihazlarının kullanımı açık bir yasak olmasa da yaygın değildir. Yalnızca Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)⁶³ nezdindeki bazı yargılamalarda poligraf sayesinde elde edilen delillerin kabul edildiği belirtilmiştir. Ancak CAS kararlarına bütüncül bir bakış atıldığında burada da yeknesak bir tutum bulunmadığı görülmektedir.⁶⁴ Bir yazar tahkimde artık en azından yeni nesil yalan tespit cihazlarından, özellikle de fMRI yöntemini kullananlardan faydalanılması gerektiğini belirtmektedir⁶⁵. Öte yandan bu fikre karşı kanaatimizce çok güçlü itirazlar vardır. Meselâ bu cihazların yeterince güvenilir olmadığı⁶⁶, hakemlerin

59 Robert H. Smit, 'The Future of Science and Technology in International Arbitration: The Next Thirty Years' in Stavros Brekoulakis, Julian D. M. Lew and Loukas Mistelis (eds) *The Evolution and Future of International Arbitration* (Kluwer Law International 2016) 365.

60 Söz konusu sisteme Transdermal Optical Imaging ismi verilmiştir. Bkz <https://www.nuralogix.ai/technology/>, (Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022) ve Kang Lee, Can you really tell if a kid is lying?

(https://www.ted.com/talks/kang_lee_can_you_really_tell_if_a_kid_is_lying, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2022).

61 Klasik yalan tespit cihazı ifadesiyle kastettiğimiz 20. yüzyılda icat edilen ve kişinin nabızı, solunum hızı ve terleme gibi belirtileri kıstas edinen cihazdır. İngilizce ismi *polygraph* olan cihaz Türkçe'de kimi zaman yalan makinesi kimi zaman da poligraf olarak anılmaktadır. Biz her ne kadar motamot bir kullanım olsa da karışıklığı engellemek adına poligraf ifadesini tercih etmeye gayret ettik. Poligraf hakkında detaylı bilgi için meselâ bkz National Research Council, *The Polygraph and Lie Detection* (The National Academies Press 2003) 1 vd.

62 Bradshaw, 'Detection' (n 14) 710-711.

63 Tribunal Arbitral du Sport / Court of Arbitration for Sport. <https://www.tas-cas.org/en/general-information/index/>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.

64 Bradshaw, 'Detection' (n 14) 713-714. Yazar şu kararları değerlendirmektedir: *W v FEI*, CAS Case No 1999/A/246, Award, 11 May 2000; *UCI v Contador*, CAS Case No 2011/A/2384, Award, 6 February 2012; *Nemec v CITA*, CAS Case No 2016/A/4458, Award, 27 April 2017; *Villanueva v FINA*, CAS Case No 2016/A/4534, Award, 16 March 2017.

65 Smit (n 59) 370, 372.

66 Gerek poligraf gerekse de yeni nesil cihazların aslında düşünüldüğü veya geliştiricileri tarafından iddia edildiği kadar isabetli olmayabilecekleri belirtilmektedir. Meselâ bkz American Psychological Association, The Truth About Lie Detectors (aka Polygraph Tests), <https://www.apa.org/topics/cognitive-neuroscience/polygraph>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022; Steven Zeitchik, A Utah company says it revolutionized truth-telling technology. Experts are highly skeptical., <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/11/15/lie-detector-eye-movements-converus/>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.

yetkisini gasp etme tehlikesi barındırdıkları⁶⁷, yapay zekâ ön yargılarının yanlış değerlendirmelere yol açabileceği⁶⁸ ve son olarak temel insan haklarının ihlal edilebileceği yönünde düşünceler bulunmaktadır⁶⁹. Sonuç olarak tahkimde tanığın dürüst davranıp davranmadığı hususunda yalan tespit cihazları kullanılabilir; fakat bu birçok açıdan sakınca içeren bir hamle olacaktır. Yeni nesil teknolojiler için henüz erken sayılacağından tahkimde kullanımına ihtiyatla yaklaşmak gerekir.

C. Tanık Delilinin İnsan Hafızasının Güvenilirliği Yönünden Ele Alınması

1. Genel Açıklama

Tanık delilinin güvenilirliğini değerlendirmede ikinci önemli husus tanığın hafızasının ne kadar isabetli olduğu sorusudur. Bu ihtimalde artık tanığın dürüstlüğüne bir şüphe yoktur; tanık gerçeği aktarmak için elinden geleni yapmaktadır. Fakat bu niyetine rağmen tanık yine de yanlış bir bilgi aktarabilir mi; bu başlıkta üzerinde durulacak temel mesele budur.

Birçok araştırma ortaya koymuştur ki insan hafızası yanıltmaya/yanıltılmaya açık ve dolayısıyla fazla güvenilmemesi gereken bir bilgi kaynağıdır⁷⁰. Belirtildiğine göre hafızadan bir bilginin aktarılması birkaç aşamadan oluşan bir süreç neticesinde gerçekleşmektedir. Bilgi öncelikle hafızaya depolanmaktadır ve bu depolanma işlemi kişinin o anki duygu durumundan, beklentilerinden, hafızasında hâlihazırda olan diğer bilgilerden ve yönelimlerinden etkilenmektedir. Daha sonra hafızaya alınan bilgi kişinin uzun dönemli hafızasına (veya uzun süreli belleğine) aktarılır. Bu tür hafızada kişinin karakter özellikleri de rol oynar. Nihayetinde bu bilgi ihtiyaç durumunda hafızadan çağrılır. Yine bu işlemde de önceki etkenler, bilginin kime aktarıldığı ve ne tür bir ortamda bulunduğu gibi hususlar önem kazanır. Kısaca bilgi aktarımı kodlama, hafızada yer edinme ve geri çağırma aşamalarından oluşur ve her birisi aslında olayın tanıktaki kalıntılarından inşa edilmiş bir hâlini teşkil eder. Bu nedenle insan hafızası için “en iyi ihtimalle yanıltabilir, en kötü ihtimalle güvenilmez” nitelemesi yapılmıştır.⁷¹

67 Yapay zekânın hakemlerin yerini almasına / hakemlere yardımcı olmasına dair farklı bir bakış açısıyla kaleme alınmış bir çalışma için bkz Maxi Scherer, ‘Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?’ (2019) 36(5) Journal of International Arbitration 539, 539-574.

68 Bu konuda Amazon’un iş aile yapay zekâsındaki ön yargı örneği hatırlanabilir. Şirket tarafından geliştirilen yapay zekânın kadınlara karşı ayrımcı bir algoritmayla hareket ettiği anlaşılmıştır: Jeffrey Dastin, Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2022.

69 Meselâ kişileri yalan tespit cihazına bağlamanın önceden rızaları olsa bile kendi aleyhinde ifade verme yasağına aykırı olabileceği düşünülmektedir. Sayılan tüm itirazlara dair detaylı açıklamalar için bkz Bradshaw, ‘Detection’ (n 14) 714 vd.

70 Meselâ şu araştırmalardaki deneyler incelenebilir: Daniel M. Bernstein and Elizabeth F. Loftus, ‘How to Tell If a Particular Memory Is True or False’ (2009) 4(4) Perspectives on Psychological Science 370, 370-374; Loftus, ‘Misinformation’ (n 14) 361-366; Kimberley A. Wade, Maryanne Garry, J. Don Read and D. Stephen Lindsay, ‘A picture is worth a thousand lies: Using false photographs to create false childhood memories’ (2002) 9(3) Psychonomic Bulletin & Review 597, 597-603; Hirashi Ito vd, ‘Eyewitness Memory Distortion Following Co-Witness Discussion: A Replication of Garry, French, Kinzett, and Mori (2008) in Ten Countries’, (2019) 8(1) Journal of Applied Research in Memory and Cognition 68, 68-77.

71 Açıklamalar ve nitelendirme için bkz Howe and Knott (n 15) 633-634.

Bu önermeye katılıp katılmamayı okuyucunun takdirine bırakmakla birlikte, doğrudan tahkimle ilgili olmasa da önemli bir projeden bahsetmek istiyoruz.

Masumiyet Projesi (*The Innocence Project*) ismi verilen bir çalışma kapsamında geçmişte haksız yere hapis veya idam cezasına çarptırıldığı düşünülen mahkumların aklanması için uğraş verilmektedir. Özellikle DNA üzerinden kimlik tespiti yapılmasına dair teknolojik imkanlar sayesinde ilerleyen proje, geçmişte bu imkanlar olmadığı için haksız yere hüküm giyen birçok insanın temize çıkmasını sağlamıştır. İncelenen tüm davalardan elde edilen istatistikler çarpıcı bir gerçeği ortaya çıkarmıştır: Proje kapsamındaki davaların %64'ünde görgü tanıkları hatalı ifade vermiş ve bazı insanlar on yıllarca haksız yere ceza çekmiştir.⁷² Proje insan hafızasının güvenilirliğine yaptığı vurgu bakımından büyük önem taşımaktadır.

Durum böyle olmasına rağmen adalet sisteminin farklı noktalarında yer alan görevlilerin (polisler ve hâkimler gibi) hafızaya dair fazla iyimser düşündükleri belirtilmektedir⁷³. Aynı durum niteliği uygun düştüğü ölçüde tahkim/hakemler için de geçerli olabilir. Nitekim çalışmanın girişinde bahsedildiği gibi ICC de bu gibi nedenlerden ötürü bir çalışma başlatmıştır. Takip eden başlıkta gerek ICC'nin yürüttüğü gerekse de diğer çalışmalardan tanık hafızasına dair tahkimle daha doğrudan alakalı bazı bulgulara dikkat çekilecektir.

2. Tanık Hafızasına Dair Yanlış Bilinen veya Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Tanık hafızasıyla ilgili belki de en kolay düşülebilecek yanılğı, tanık ne kadar çok detay hatırlıyorsa o kadar isabetli ifade veriyordur düşüncesidir. Oysa tanığın ifadesindeki detay miktarı ve anlatım canlılığı ile ifadenin isabetli olması arasında bir bağlantı olmadığı belirtilmiştir⁷⁴. Hatta bunun hakikate uygunluktan ziyade şüphelendirmeyi gerektirecek bir durum olduğunu düşünen yazarlar dahi vardır⁷⁵. Benzer bir yanılğı tanık ne kadar özgüvenliyse ifadesi de o kadar isabetlidir düşüncesi yüzünden de oluşabilir. Yapılan bazı araştırmalara göre tanığın özgüvenli olması ifadesinin isabetli olduğunun ya da diğer bir ifadeyle olayları doğru hatırladığının göstergesi değildir. Hatta bazen tanıklar emin olmadıkları olaylar hakkında yine de özgüvenle yorum yapmayı tercih etmektedirler. Bunun nedeninin tanıkların iş

72 Bkz Explore the Numbers: Innocence Project's Impact, <https://innocenceproject.org/exonerations-data/>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022; Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki söz konusu hatalı hükümlerin hepsinin yalnızca tanıklar yüzünden verildiğini söylemek yerinde olmaz. Davaların bir kısmında hatalı tanık ifadelerinin yanı sıra başka yanlışlıklar/ihmallere de bulunmaktadır.

73 Howe and Knott (n 15) 634; Wade and Cartwright-Finch (n 15) 5; Shazia Akhtar vd, 'The 'common sense' memory belief system and its implications', (2018) 22(3) The International Journal of Evidence & Proof 289, 289; Benton (n 13) 115.

74 Akhtar (n 73) 289, 301-302.

75 Bkz Howe and Knott (n 15) 634; Mark L. Howe, 'Memory development: Implications for adults recalling childhood experiences in the courtroom' (2013) 14(12) Nature Reviews Neuroscience 869, 869-876; Mark L. Howe, 'Memory lessons from the courtroom: Reflections on being a memory expert on the witness stand' (2013) 21(5) Memory 576, 576-583.

arkadaşlarının ya da duruşmadaki diğer kimselerin önünde silik veya hafızası zayıf bir kimse durumuna düşme kaygısı taşınmaları olabileceği söylenmiştir.⁷⁶

Tanık hafızasının olayı gerçekleştirdiği anda adeta bir video kamera gibi kaydettiği, daha sonradan hafızadaki bilgilerin değişmeyeceği yanılıgısına da düşülebilir⁷⁷. Ancak bu konuda yapılan yüzlerce araştırmanın hafızanın çeşitli yollarla değiştirilmeye açık olduğunu ortaya koyduğu belirtilmiştir⁷⁸. Meselâ 1242 katılımcıyla yapılan bir deneyde, deneklere bir otomobil kazası gösterilmiştir. Kazanın gösterilmesinden bir süre geçtikten (ve dolayısıyla olaya dair bilgiler hafızada yerleştikten) sonra katılımcılara olayla ilgili içinde yanlışlar da bulunan birtakım bilgiler sunulmuştur. Daha sonra söz konusu yanlış bilgilerin katılımcılarca benimsenip benimsenmediği, olayla ilgili hatırladıklarını aktarmaları istenen bir test vasıtasıyla ölçülmüş ve birçok kişinin kazaya dair yanlış bilgileri gerçekmiş gibi kabul ettiği görülmüştür.⁷⁹ Bunun tahkim bağlamında tanıkların birbirleriyle, iş verenleriyle veya tanık ifadesinin hazırlanmasında muhatap oldukları kurum içi veya kurum dışı vekillerle konuşmaları, bilgi alışverişi yapmaları esnasında gerçekleşebileceği belirtilmiştir⁸⁰. Tanık aslında şahit olmadığı, meselâ kendisinin katılmadığı bir toplantıda konuşulan bir mesele hakkında sayılan kişilerden bilgi edinebilir ve aradan bir süre geçtikten sonra onları sanki kendi de şahit olmuş gibi aktarabilir.

Nitekim tanıkların birbirleriyle konuşup yanlış bilgi aktarımı yapabileceğine odaklanan yakın tarihli bir araştırma bu noktada zikredilebilir⁸¹. Brezilya, Kanada, Kolombiya, Hindistan, Japonya, Malezya, Polonya, Portekiz, Türkiye ve Birleşik Krallık'tan müteşekkil olmak üzere 10 farklı ülkeden genç ve orta yaşta 486 katılımcı bir deneye tâbî tutulmuştur. Katılımcılar çiftler halinde eşleştirilmiş suç sahneleri içeren bir filmi beraberce izlemeleri istenmiştir. Ancak katılımcılar aynı ekrana bakmalarına rağmen kendilerine verilen polarize gözlükler sayesinde aslında birbirinden hafif farklı sürümler izlemişlerdir ve bundan habersizlerdir. Meselâ bir katılımcı filmde mavi beyzbol şapkası takan bir adam görünürken, diğer katılımcı aynı adamı siyah beyzbol şapkası takarken görmekteydi. Filmin üzerinden bir süre geçtikten sonra katılımcı çiftlere gördüklerini tartışmak ve bilgi alışverişi yapmayı sağlayacak bir ortam sağlanmıştır. Bunun akabindeyse filmde gözlemedikleri ile ilgili bireysel olarak bir hafıza testine alınmışlardır. Test sonuçları göstermiştir ki katılımcılar aslında kendi izledikleri film sürümünde olmayan ve eşleştikleri kişiden duydukları bilgileri %80 oranında kendileri görmüş gibi aktarmışlardır. Üstelik bu

76 Bkz Lareau and Sacks (n 14) 153-154 ve dn 6.

77 Pape (n 16) 277.

78 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 7 ve dn 22. Ayrıca bkz Fraser (dn 15) 29-30; Pape (n 16) 279.

79 Elizabeth F. Loftus, David G. Miller and Helen J. Burns, 'Semantic Integration of Verbal Information into a Visual Memory' (1978) 4(1) Journal of Experimental Psychology Human Learning and Memory 19, 19.

80 ICC Raporu (n 3) 12-13.

81 Bkz Ito vd (n 71) 3-8.

bulgu her ülke için aynı olmuştur; tüm kültürden katılımcılar aynı davranış biçimini sergilemiştir.⁸²

Fakat belirtmek gerekir ki bir önceki paragrafta zikredilen araştırmada ortaya çıkan durum bilinçli hareket edilmesi ihtimalinde tanıkların birbirlerini olumlu etkileyerek hatalarını düzeltmelerine de dönüşebilir. Bazı araştırmalar kapsamında yapılan deneylerde katılımcıların bir kısmı çiftler halinde eşleştirilmiş ve iş birliği yaparak gösterilen olay hakkındaki detayları hatırlamaları istenmiştir. İş birliği yapan katılımcıların tek başına cevap veren katılımcılardan daha az hata yaptığı görülmüştür. Bu araştırmalara da vurgu yapmadan geçmemek gerekir⁸³.

Tanıkların hafızasının yanlış bilgiye maruz kalmanın yanı sıra tanığın bulunduğu konumdan da etkilenebildiğini belirtmek gerekir. ICC Raporu'nun hazırlanış sürecinde yeni bir deney kurgulanmış ve tanıkların davacı tanığı ya da davalı tanığı olmalarının hafızaya etkisi (algıda seçiciliğe sebep olup olmadığı) ölçülmeye çalışılmıştır⁸⁴. Geniş bir meslek yelpazesinden 316 katılımcının katıldığı deneyde tipik tahkim senaryolarından biri hazırlanmış ve katılımcılara okutulmuştur. Olayda bir matbaacılık şirketi, merkez binasındaki katlardan birinin zemininin yenilenmesi için bir zemin döşeme şirketiyle anlaşmakta fakat daha sonra aralarında ek ödeme ve ayıplı ifa sebebiyle bir ihtilâf çıkmaktadır. Katılımcıların bir kısmına kendilerini matbaa şirketinin müdürü, diğer bir kısmına döşeme şirketinin müdürü olarak hayal etmeleri söylenmiş, bir kısmınaysa bu yönde bir talimat verilmemiştir. Buna ek olarak kendilerini müdür olarak hayal etmeleri söylenen katılımcıların bir kısmına haberleri olmaksızın yanlış bilgiler verilmiştir. Yanlış bilgiler olay gereği şahit olamayacakları bazı sahneler hakkındadır ve şirket avukatlarının sunduğu bilgi notları sayesinde kendilerine aktarılmıştır.

Bu hazırlık aşamalarından sonra katılımcılar bir ankete tâbî tutulmuş ve olabildiğince dürüst davranmaları istenerek olayla ilgili sorular sorulmuştur. Sonuçlar göstermiştir ki kendilerini müdür olarak hayal etmeleri söylenen ve buna ek olarak yanlış bilgiler sunulan katılımcıların ezici çoğunluğu şahit olamayacakları sahneler hakkında kendi şirketleri lehine cevaplar vermişlerdir (meselâ bir soruda bu oran %78'dir). Bu oran kendilerini müdür olarak hayal etmeleri söylenen ama yanlış bilgi verilmeyen katılımcılarda biraz daha düşmüş (aynı soruda bu grup için oran %66'dır); kendilerini müdür olarak hayal etmeleri dahi söylenmeyen katılımcılardaysa daha da azalmıştır (aynı soruda bu grup için oran %50'dir).

82 Şahit olunan olayın bir kısmıyla alakalı yanlış bilginin hafızaya bir şekilde yerleşmesi bir yana, bazen hiç olmaması hatta olması mümkün olmayan olayların katılımcılarca gerçek gibi algılandığı deneyler de olmuştur. Bkz Wade, Garry, Read and Lindsay (n 70) 597-603; Kathryn A. Braun, Rhiannon Ellis and Elizabeth F. Loftus, 'Make my memory: How advertising can change our memories of the past', (2002) 19(1) *Psychology and Marketing* 1, 1-23.

83 Bkz Annelies Vredeveldt vd, 'When discussion between eyewitnesses helps memory', (2017) 22(2) *Legal and Criminological Psychology* 242, 242-259; Tara E. Karns vd, 'Collaborative recall reduces the effect of a misleading post event narrative' (2009) 11(1) *North American Journal of Psychology* 17, 17-28.

84 ICC Raporu (n 3) 41 vd (Kimberley A. Wade, An Experimental Test of the Reliability of Witness Memory in a Business Context).

Sonuç olarak çalışmadan, bizim de yer yer zikrettiğimiz üzere, ceza hukuku bağlamında yürütülen tanık hafızası çalışmalarının milletlerarası tahkimle uyumlu olduğu çıkarımının yapılabileceği söylenmiştir⁸⁵. Çalışmaya esas olay özelinde yapılabilecek çıkarım ise tanıkların yer aldığı tarafın ve olay sonrası yanlış bilgilere maruz kalmalarının hafızalarını etkileyebileceği gerçeğidir. Diğer bir deyişle tanıklarda buldukları tarafın lehine olacak şekilde algıda seçicilik söz konusudur.

Tanık hafızasının yönlendirilmeye açıklığı hususunda önem kazanan bir nokta da soruların yöneltişi şeklindedir⁸⁶. Bunu farklı açılardan ele almak gerekir:

- i. Bazen soruda kullanılan sıfat veya zarflar tanığın verdiği cevabı ciddi ölçüde değiştirebilir. Meselâ hakemin bir toplantının uzunluğunu öğrenmek için tanığa “toplantı ne kadar sürdü?”, “toplantı ne kadar uzun sürdü?” ya da “toplantı ne kadar kısa sürdü?” diye sorması arasında soruların yönlendiriciliği sebebiyle fark vardır. Bunu doğrular nitelikte nispeten erken tarihli bir tarih araştırma zikredilebilir⁸⁷. Araştırma kapsamında katılımcılara herhangi bir bağlam olmaksızın bazı yönlendirici sorular sorulmuştur. Bir örnek vermek gerekirse “belediye binası ne kadar yeniydi?” sorusuna verilen ortalama cevap yaklaşık 14 yılken, “belediye binası ne kadar eskiydi?” sorusuna verilen ortalama cevap yaklaşık 78 yıl olmuştur.

Benzer bir tablo sorudaki sıklık bildiren zarfların ve sayıların değiştirilmesi halinde de gözlemlenmiştir. Bir araştırmada⁸⁸ katılımcılara “sık sık başınız ağrır mı, eğer öyleyse, ne sıklıkla?” diye sorulunca ortalama cevap haftada 2.2 baş ağrısı olmuştur. Fakat soru “ara sıra başınız ağrır mı, eğer öyleyse, ne sıklıkla?” şeklinde sorulunca ortalama cevabın haftada 0.7 baş ağrısı olduğu görülmüştür.

- ii. Bazen de soruda kullanılan fiil cevabı etkilemektedir. Bazı fiiller diğerlerine göre daha yoğun bir anlam içerdiklerinden tanıkları yönlendirebilmektedirler. Yine eski tarihli bir araştırmada⁸⁹ katılımcılara yedi farklı trafik kazası videosu gösterilmiş ve hemen sonrasında çarpan arabaların kaza gerçekleştiği andaki hızları sorulmuştur. Fakat bu yapılırken mana yoğunluğu olarak beş farklı fiil (en azdan en çoğa olacak şekilde: *contact*, *hit*, *bump*, *collide*, *smash*) tercih edilmiştir. Araştırma sonucunda en kuvvetli fiilin kullanıldığı soruya gelen cevapların ortalamasının en yüksek, en zayıf fiilin kullanıldığı soruya geleninse en düşük olduğu görülmüştür.

85 ICC Raporu (n 3) 15.

86 Fraser, ‘Language in Arbitration’ (n 14) 33.

87 Richard J. Harris, ‘Answering Questions Containing Marked and Unmarked Adjectives and Adverbs’ (1973) 97(3) Journal of Experimental Psychology 399, 399-401.

88 Elizabeth F. Loftus, ‘Leading Questions and the Eyewitness Report’, (1975) 7(4) Cognitive Psychology 560, 561 (Leading Questions).

89 Elizabeth F. Loftus and John C. Palmer, ‘Reconstruction of Automobile Destruction: An Example of the Interaction Between Language and Memory’ (1974) 33(5) Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior 585, 585-589.

- iii. Soruda zımnen verilen bilgiler de tanık hafızasını yönlendirebilir. Bir araştırma kapsamında yapılan deneyde⁹⁰ katılımcılara trafik kazası videoları izletilmiş ve sonrasında bir kısım katılımcıya “kırık bir far gördünüz mü?”, diğerlerine ise “kırık farı gördünüz mü?” gibi sorular sorulmuştur. Cevaplar evet, hayır ya da bilmiyorum şeklindedir. Örnek soru üzerinden gidilecek olursa, aslında olayda kırılan bir far yoktur fakat takdir edileceği üzere ikinci tarz soruda zımnen kırılan bir far olduğu bilgisi aşılana çalışılmaktadır. Nitekim deney sonucunda buna paralel olarak, kendilerine belirtilen nesnel soru cümleleri yöneltilen katılımcılar olayda olmayan unsurları daha çok var zannetmişlerdir.

Benzer bir çalışmada da hemen hemen aynı sonuca ulaşılmıştır⁹¹. Araştırma kapsamındaki deneyde katılımcılara bir video izletilmiş ve sorular sorulmuştur. Meselâ olayda hiçbir kamyon olmamasına rağmen bazı katılımcılara “filmin başında bir kamyon gördünüz mü?” sorusu, bazılarıysa “filmin başında kamyon arabanın yanına mı park edilmişti?” sorusu yöneltilmiştir. İkinci soruya gelen “evet” cevabı sayısı ilkinin neredeyse üç katı olmuştur (ilk soruya 8, ikinci soruya 22 evet cevabı gelmiştir).

Tanık hafızasına etki eden bir diğer husus olarak alkol kullanımına dikkat çekilmiştir⁹². Yapılan bir üst araştırma, alkol kullanımının hafızaya etkisini ölçmeyi hedefleyen 10 araştırmanın toplu değerlendirmesini yapmıştır. Elde edilen sonuca göre alkol kullanımı, ne kadar alkol alındığı ve yöneltilen soruların türü gibi kıstaslara da bağlı olarak, hafızayı zayıflatmaktadır⁹³. Bu durumun kimi zaman önemli konuların da konuşulduğu iş yemekleri gibi sosyal etkinliklerde gündeme gelebileceği belirtilmiştir⁹⁴. Dolayısıyla buna karşı da bilinçli olmak gerekir.

Değinmek istediğimiz son önemli husus ön yargılardır. Tanıkların gerek milliyetleri gerekse de konuşma tarzları, meslekleri vb hususlara karşı olumlu/olumsuz ön yargılar dürüstlüğü değerlendirirken olduğu kadar bu noktada da önemlidir. Meselâ sırf cinsiyetinden ötürü bir tanığın hafızasının daha zayıf olacağı gibi ön yargılar terk edilmelidir. Ya da tam aksine bir tanığın saygın bir meslekten olması hafızasının da iyi olduğu anlamına gelmemelidir. Elbette ki saygın mesleklerden kimselerin hafızaları iyi olabilir ancak bu çıkarıma bir ön yargı üzerinden varılmamalıdır. Hakem, dürüstlük bahsinde de belirttiğimiz üzere, ön yargılarından sıyrılarak değerlendirme yapmalıdır⁹⁵.

90 Elizabeth F. Loftus and Guido Zanni, 'Eyewitness testimony: The influence of the wording of a question' (1975) 5(1) Bulletin of the Psychonomic Society 86, 86-88.

91 Loftus, 'Leading Questions' (n 88) 568.

92 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 13.

93 Theo Jores vd, 'A meta-analysis of the effects of acute alcohol intoxication on witness recall' (2019) 33(3) Applied Cognitive Psychology 334, 334.

94 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 13-14.

95 Bkz 9-11'deki açıklamalar. Ayrıca bkz Lareau and Sacks (n 14) 161-163.

III. Tahkimde Tanık Delilinin Kullanımına Dair Öneriler

A. Genel Açıklama

Önceki başlıklarda tanık delilinin hep zayıf veya sakıncalı yönlerine dikkat çekilmişti. Fakat bu tanık delilinin terk edilmesi gerektiğini savunma amacıyla değil, en iyi şekilde kullanımına bir nebze de olsa katkıda bulunmak için yapılmıştı. Zira kabul etmek gerekir ki tanık deliline hâlihazırda sıkça başvurulmaktadır ve olumsuz özelliklerinden ötürü bir anda terk edilecek değildir. Queen Mary Üniversitesi tarafından yapılan 2012 tarihli bir anket çalışmasında verilen cevaplar bunu desteklemektedir⁹⁶. Ankete milletlerarası tahkim hakkında oldukça bilgili oldukları belirtilen kurum içi avukatlar, özel sektör uygulamacıları ve hakemler katılmıştır. Katılımcılara sorulan sorulardan biri yaklaşık ifadesiyle, “milletlerarası tahkimde tanık delili kaldırılmalı mıdır?” şeklindedir. Cevaplar ise %1 kaldırılması, %92 kaldırılmaması yönündedir. Katılımcıların %7’sininse bir görüşü yoktur. Buradan hareketle tanık delilinin kullanılması yönünde genel bir kanaat olduğunu söylemek mümkündür.

Şu hâlde tanık delilinden daha iyi faydalanılmasına dair öneriler sunmak gerekir. Nitekim gerek ICC Raporu gerekse de tanık delilini inceleyen diğer bazı çalışmalar bu hususa özel olarak yer ayırmıştır. Bu önerilerden dikkatimizi çekenlere geçmeden önce bir hususu belirtmek gerekir: Sunulacak her öneri her duruma uygun ya da her durumda gerekli olmayabilir. Zira tahkimde tanık delilinin birden fazla işlevi olabilir. Bazen sadece olayların arka planına dair fikir vermek amacıyla kullanılırken bazen gerçekten de kilit unsurlar hakkında olabilir⁹⁷. Doğru olan, her olay özelinde ayrı değerlendirme yaparak hareket etmektir.

B. Tanık Delilinin Tahkim Esnasında Etkin Kullanımı İçin Yapılabilecekler

Tanık da dahil olmak üzere tüm delillerin birincil muhatabı hakem olduğu için öncelikle hakemlere yönelik tavsiyelerle başlamak gerekir. Kanaatimizce öncelikle hakemin şimdiye dek tanık deliliyle ilgili anlatılan hususların farkında olması gerekir. Meselâ hangi tanığın neye dair bir menfaati olabileceği kestirilmeli ve ifadesine de ona göre muamele edilmelidir⁹⁸. Veya bir tanığa karşı ön yargılı olunabileceği bunun bilincinde olarak bundan arınmaya çalışılmalıdır⁹⁹.

96 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/>, Erişim tarihi: 25.07.2022. Tanık delilini farklı bir açıdan, uzaktan duruşmalar bakımından inceleyen bir anket içinse bkz Gary Born, Anneliese Day and Hafez Virjee, ‘Remote Hearings (2020 Survey): A Spectrum of Preferences’ (2021) 38(3) *Journal of International Arbitration* 292, 292-308; Gary Born, Anneliese Day and Hafez Virjee, ‘Empirical Study of Experiences with Remote Hearings: A Survey of Users’ Views’ in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri and Mohamed S. Abdel Wahab (eds) *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (Kluwer Law International 2020) 137 vd.

97 ICC Raporu (n 3) 27.

98 Fakat sırf menfaati olduğu için bir tanığı tamamen de saf dışı bırakmamak gerekir. Mittenthal (n 14) 68-69.

99 Nitekim bazı ön yargıların farkında olunursa bunları düzeltilmenin mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bradshaw, ‘Demeanour Evidence’ (n 14) 60.

Tanığın dürüst davranıp davranmadığını anlamak için hal-hareketleri, gözlerini kaçırmayı kaçırması, sesinin titreyip titrememesi gibi belirtilere mümkün mertebe bakılmamalıdır. Zira ilgili başlık altında da ifade edildiği üzere bunlar çok yanıltıcı olabilen kıstaslardır¹⁰⁰. Bir yazar, adeta bir azizi andıran bir yüz ifadesiyle güçlü ve mantıklı bir hikâye anlatan bazı tanıkların anlattıklarının daha sonra bir dizi yalan olduğunun ortaya çıktığına, öte yandan kafası karışık ve konuşurken devamlı tökezleyen bazı tanıkların anlattıklarının saâfi gerçek olduğuna şahitlik ettiğini belirtmektedir¹⁰¹. Bu durum her tahkim yargılamasında gerçekleşebilir. Bu nedenle tanığın dürüstlüğünü sınamak için verdiği ifadenin:

- i. Kendi içinde tutarlılığına,
- ii. Tanığın (varsa) daha önce verdiği ifadelerle tutarlılığına,
- iii. Doğruluğu belgelerle veya başka tanık ifadeleriyle kesinleşmiş noktalarla tutarlılığına,
- iv. Ve tabii ki hayatın olağan akışına uygunluğuna odaklanmak gerekir¹⁰².

Aynısı tanığın hafızasındaki bilginin isabetliliğini ölçerken de geçerlidir.

Tanığa soru sorarken bilmediği ya da emin olmadığı bir husus varsa bunun normal olduğunu ve bunu rahatlıkla söyleyebileceğini hatırlatmak gerekir¹⁰³. Böylelikle tanığın küçük düşmemek adına kendinden eminmişçesine cevap vermesi tehlikesinin önüne geçilecektir. Kendisine yöneltilen sorular açık uçlu olmalı, belli bir cevaba yönlendirmemelidir¹⁰⁴. Meselâ bir toplantının süresi öğrenilmek istiyorsa “toplantı ne kadar uzun/kısa sürdü?” yerine sadece “toplantı ne kadar sürdü?” gibi bir soru tercih edilmelidir.

Tanığın duruşmadan önce dava hakkında kimlerle konuştuğu sorulmalı ve kimlerle bilgi alışverişi yaptığı belirlenmelidir. Şüpheye düşülen bir husus varsa tanığa açıkça verdiği bilginin kaynağının kim olduğu; kendi şahit olması sayesinde mi yoksa bir başkasının anlatması sayesinde mi söz konusu bilgiye vâkıf olduğu sorulmalıdır¹⁰⁵. Bu konuda daha önce zikrettiğimiz birkaç araştırma güzel bir örnek teşkil etmektedir. Tanıklar bilinçsiz oldukları zaman birbirlerine yanlış bilgi aktarabilmektedirler ancak bilinçlendirildikleri zaman tam aksine birbirlerinin hatalarını düzelterek olayın en doğru haline ulaşmada yardımcı olmaktadır¹⁰⁶. Eğer tanığın başka tanıklardan veya

100 Lareau and Sacks (n 14) 193.

101 Mittenthal (n 14) 63.

102 Lareau and Sacks (n 14) 177; Bradshaw, ‘Demeanour Evidence’ (n 14) 60.

103 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 25-26.

104 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 26.

105 ICC Raporu (n 3) 26.

106 Bkz (n 81, 82 ve 83)’teki araştırmalar.

duruşmadaki konuşmalardan etkilendiğinden şüpheleniliyorsa, duruşma salonundan çıkarılması da düşünülebilir¹⁰⁷.

Kurum içi avukat tartışılan konularla ilgili eş zamanlı notlar alınmasını sağlamalı ve tanıklara verecekleri ifadenin önemini vurgulamalıdır. Bunları yaparken mümkün olduğunca tanıkları ayırmalı ve görüşmelere katılımı yalnızca bulunması gerekli olanlarla sınırlamalıdır. Bazen tanıkların birbirlerinin hatalarını düzeltmeleri de söz konusu olduğundan bu dengeyi gözetmelidir. Eylemlerinde taraf tutar gibi davranmaktan kaçınmalı ve kurum harici bir avukatla da çalışılacaksa onu da sürece erkenden dahil etmelidir.¹⁰⁸

Kurum dışı avukat tanıklarla mümkünse tek tek olmak üzere ilk fırsatta görüşmeli ve görüşmelerin kayıtlarını doğru bir şekilde tutmalıdır. Tıpkı hakemlerde olduğu gibi kurum dışı avukat da tanıklara olayın belli kısımlarını bilmemelerinin veya unutmalarının normal olduğunu hatırlatmalıdır. Tanıklara soracağı sorular daha sonra tahkimde kullanılacağı için o da sorularını tarafsız ve açık uçlu şekilde sormalı, tanığı yönlendirmekten kaçınmalıdır. Ayrıca tanıklara verdikleri cevaplar için olumlu veya olumsuz geri bildirimde bulunmamalıdır.¹⁰⁹ Olumsuz geri bildirimler tanığın sinerek özgüveninin kırılmasına, olumlu geri bildirimler ise coşkuya kapılarak abartılı ifadeler vermesine sebep olabilir.

Tavsiyeler çok daha çeşitlendirilebilecek olmakla birlikte bu kadarına değinmekle yetinilecektir¹¹⁰.

C. Tanık Delilinin Yanlış Değerlendirilmesine Dair İptal veya Tenfiz Davası Aşamasında Yapılabilecekler

Tüm çabalara rağmen tanık delilinin hakemlerce değerlendirilmesinde yanlışlıklar meydana gelmişse bunlara karşı iptal veya tenfiz davaları kapsamında ne yapılabileceğine de değinilmelidir. Öncelikle iptal veya tenfiz davalarında yapılabilecek incelemelerin kapsamını açıklamak gerekir.

İptal davalarında yapılabilecek incelemenin kapsamı millî ve milletlerarası tahkim için sırasıyla HMK m. 439 ve MTK m. 15'te düzenlenmiştir. Hükümlere bakıldığında zaman görülmektedir ki her iki düzenlemeye de içeriği tetkik yasağı egemendir; diğer bir deyişle hakemlerin maddî gerçeği doğru takdir edip etmediğine dair bir inceleme yapma imkânı yoktur. Aynısı tenfiz için de geçerlidir. Hem Türkiye'nin taraf olduğu

107 Pape (n 16) 283-284. Ancak bunun insanî bir davranış olmadığı ve tanıkların birbirlerinden fazla etkilenebileceği yönünde bir görüş de vardır. Bkz Albert Jan van den Berg, 'Organizing an International Arbitration: Practice Pointers' in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds) *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (Juris 2004) 178.

108 ICC Raporu (n 3) 20-21.

109 ICC Raporu (n 3) 21-22.

110 Daha fazla tavsiye için bkz Lareau and Sacks (n 14) 176 vd; Wade and Cartwright-Finch (n 15) 23 vd; ICC Raporu (n 3) 20-26.

1958 tarihli New York Sözleşmesi¹¹¹ m. V hükmü hem de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun¹¹² m. 62 hükmü, tıpkı iptal davalarında olduğu gibi, tenfiz davalarında içerik bakımından bir inceleme yapmaya izin vermemektedir. Dolayısıyla gerek iptal gerekse de tenfiz davalarında, tahkimde kullanılan tanıkların yalan/hatalı ifade verip vermedikleri hâkim tarafından incelenemeyecektir. Söz konusu aşamalar bunun için çok geçtir.

Fakat tanıklara rüşvet verilmesi gibi bazı istisnâ haller yukarıda verilen cevabın değişmesine yol açabilir. Bu durum tahkim esnasında ortaya çıkmışsa zaten hakemlerce değerlendirilip karara bağlanacaktır. Ancak bazen karar verildikten sonra tenfiz ya da iptal davası aşamasında da bu gündeme gelebilir¹¹³. Eğer tanıkların rüşvet karşılığında gerçeğe aykırı beyanda buldukları (ve hakemleri yanılttıkları) söz konusu aşamalarda ispat edilebiliyorsa ya da tanık bizzat kendi itirafta bulunmuşsa, artık kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilir ve kararın iptali ya da tenfizinin reddi mümkün olabilir. 2012 tarihli bir Yargıtay İBBGK kararında çerçevesi çizilen kamu düzeni anlayışı¹¹⁴, kanaatimizce buna izin vermektedir¹¹⁵. Elbette ki bunun için söz konusu tanık ifadelerinin kararın doğrultusunu değiştirecek önemde olması gerektiği unutulmamalıdır.

Öte yandan, tanığın rüşvet aldığını ispat etmek ağır bir ispat yükünü de beraberinde getirecektir¹¹⁶. Tanığın ifadesinin daha sonradan yanlış bilgiler barındırdığı ortaya çıksa bile bunun hatayla değil bilerek yapıldığını ve karşılığında bir menfaat elde/vaat edildiğini ispat etmek kolay değildir. Nitekim doğrudan tanıklara yönelik olmasa da tahkim ve rüşvetin ispatı konusunda birçok eser kaleme alınmıştır¹¹⁷. Bu konuda örnek bir karar *S.A. Thomson CSF v. Société Brunner Sociedade Civil de Administracão*

111 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşme. RG 25.09.1991/21002).

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

113 Bernard Hanotiau 'Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality' in *Arbitral Proceedings in Albert Jan van den Berg (ed) International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (Kluwer Law International 2003) 265.

114 Yargıtay İBBGK, 1/1, 10.02.2012, RG 20.09.2012/24817. "... kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir".

115 Tanıklara rüşvet verilmesinin kamu düzenine aykırılık oluşturacağını belirten aynı yönde bir görüş için bkz Inan Uluc, 'Corruption in International Arbitration' (2016) The Pennsylvania State University School of Law SJD Dissertations, Paper 1, 63.

116 Stephan Wilske and Todd J Fox 'Corruption in International Arbitration and Problems with the Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?' in Stephan Kröll vd (eds) *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Kluwer Law International 2011) 496-497.

117 Meselâ bkz Matthias Scherer 'Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals' (2002) 29(2) *International Arbitration Law Review* 29-36; Pontian N Okoli 'Corruption in international commercial arbitration— Domino effect in the energy industry, developing countries, and impact of English public policy' (2022) 15(2) *The Journal of World Energy Law & Business* 136-150; Michael Hwang and Kevin Lim 'Corruption in Arbitration — Law and Reality' (2019) 8(1) *Asian International Arbitration Journal* 1-119.

*Limitada & Soci t  Frontier AG Bern*¹¹⁸ olabilir. Söz konusu tahkim kararı Cenevre’de yapılan bir ICC tahkimi neticesinde elde edilmiştir. Kararın Fransa’da tenfizi istendiği aşamada taraflardan *Thomson* buna itiraz etmiş ve yargılamadaki tanıkların kasıtlı olarak yanlış ifade verdiğini ve hakemleri yanılttığını ileri s rmuşt r. Dolayısıyla *Thomson*’a göre ortada hileli bir davranış/ruşvet yani milletlerarası kamu düzenine aykırılık vardır ve kararın tenfizi mümkün değildir. Mahkeme bu olayda ceza mahkemesinde başlatılan yargılama lehine bekletici mesele kararı vermiştir. Benzer bir durumun Türk mahkemeleri önüne gelmesi ihtimalinde aynı şekilde hareket edilmesi uygun olur.

Sonuç

Tanık delili gerek cezaî gerekse de hukukî yargılamalarda kullanılmaktadır ve özellikle de belgelere başvurma imkânı olmadığı zaman büyük önem kazanmaktadır. HMK’ya göre pek çok mahkeme yargılamasında asıl olan senetle ispat kuralı olsa da tahkim yargılamalarında böyle bir kural söz konusu değildir ve tanık deliline başvurma imkânı çok daha geniştir. Tahkimde tanıklar ihtil flı konuları ispatlamak, belgelerin içeriğini açıklamak, teknik açıklamalar yapmak ve olayın arka planına dair bilgi vermek gibi çeşitli amaçlarla kullanılabilirler. Özellikle kilit unsurlardan birinin ispatı tanık deliline dayandığı hallerde tanığın güvenilirliği önem kazanmaktadır.

Birçok  alışma tanık delilini gerek dürüstlük gerekse de hafızanın güvenilirliği açısından incelemiştir. Bunlardan hareketle yapılabilecek genel bazı çıkarımlardan ilki (i) tanığın dürüstlüğü  l l rken hal-hareketleri, ses tonu gibi beş temel duyuyla algılanabilecek kıstaslara mümkün mertebe başvurulmamalıdır, denebilir. Diğer bir genel çıkarım (ii) tanık hafızası sanılanın aksine bir video kamera gibi kayıt almamaktadır, dolayısıyla yanılmaya ve yanıltılmaya açık bir bilgi kaynağıdır, şekindedir. Çalışmada bu çıkarımı örneklendirmek amacıyla yapılmış birçok bilimsel araştırma zikredilmiştir. Bunlar göstermektedir ki tanık deliline dayanarak hüküm verirken oldukça temkinli davranmak gerekir.

Bu olgulara rağmen tahkim çevrelerinde tanık delilinin kullanılmasından vazgeçme yönünde bir eğilim görülmemektedir. İçin doğrusu bizzat tanık delilinin sakıncalı yönlerini ortaya koyan araştırmacıların da bu yönde bir tavsiyesi yoktur. Bu nedenle tanık delilini kullanırken çalışmamız boyunca bahsedilen sakıncalı hususların bilincinde olmak ve gerektiği hallerde buna yönelik tedbirlere başvurmak gerekir. Meselâ tanığın doğru söyleyip söylemediğini anlamanın en güvenilir yolu, hâlihazırda gerçekliği sabit olan diğer olgularla ve tanık ifadesinin kendi içerisindeki uyumuna odaklanmaktır. Tanık aynı olayı birden fazla kez anlattığında çelişkiler ortaya çıkıyorsa veya anlatılan dikkatle incelendiği zaman hayatın olağan akışına uygun düşmüyorsa

118 Söz konusu kararın konuya örnek teşkil ettiği yönündeki önerme ve İngilizce  zeti için bkz Hanotiau (n 13) 265.

dürüstlükten şüphe etmek yerinde olabilir. Diğer yandan, hakemler tanıklara verdikleri bilgilere nasıl ulaştıkları gibi sorular sorarak ve hatırlamadıkları hususları rahatlıkla dile getirebileceklerini belirterek hafızadaki hata payını da olabildiğince azaltmalıdır. Başka ne gibi tedbirler alınabileceği hususunda gerek ICC Raporu'nda gerekse de başka çalışmalarda birçok öneri vardır. Çalışmamızda bazılarına yer verdiğimiz bu öneriler birçok araştırmanın ve tecrübenin süzgecinden geçerek elde edildiği için dikkate alınmalıdır. Hem hakemlerin hem de tarafların bunlara uyararak bazen oldukça yüklü masraflara ve zamana mâl olan tanık delilini en verimli şekilde kullanmaları gerekir. Zira tanık delilinin değerlendirilmesinde yapılan yanlışlıklar, kamu düzenini ihlal eden ağır aykırılıklar hariç olmak üzere, iptal veya tenfiz davasında inceleme konusu olmayacaktır.

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

- 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, <https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/>, Erişim tarihi: 25.07.2022.
- Akhtar S vd, 'The 'common sense' memory belief system and its implications', (2018) 22(3) The International Journal of Evidence & Proof 289-304.
- Akıncı Z, 'Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim' (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 481-495.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020).
- Albright TD and Garrett BL, 'The Law and Science of Eyewitness Evidence' (2021) 102 Boston University Law Review 511-629.
- Albright TD, 'Why eyewitnesses fail' (2017) 30(114) Proceedings of the National Academy of Sciences 7758-7764.
- American Psychological Association, The Truth About Lie Detectors (aka Polygraph Tests), <https://www.apa.org/topics/cognitive-neuroscience/polygraph>, Erişim tarihi: 20.07.2022.
- Atalay O, *Pekcanitez Usûl – Medenî Usûl Hukuku*, C. II, (15th edn, On İki Levha 2017).
- Aygül M, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, On İki Levha 2014).
- Benton TR vd, 'Eyewitness Memory is Still Not Common Sense: Comparing Jurors, Judges and Law Enforcement to Eyewitness Experts' (2006) 20(1) Applied Cognitive Psychology 115-129.
- van den Berg AJ, 'Organizing an International Arbitration: Practice Pointers' in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds) *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (Juris 2004).

- Bernstein DM and Loftus EF Loftus, 'How to Tell If a Particular Memory Is True or False' (2009) 4(4) *Perspectives on Psychological Science* 370-374.
- Bond Jr. CF and DePaulo BM, 'Accuracy of Deception Judgments' (2006) 10(3) *Personality and Social Psychology Review* 214-234.
- Born G, Day A and Virjee H, 'Empirical Study of Experiences with Remote Hearings: A Survey of Users' Views' in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri and Mohamed S. Abdel Wahab (eds) *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (Kluwer Law International 2020).
- Born G, Day A and Virjee H, 'Remote Hearings (2020 Survey): A Spectrum of Preferences' (2021) 38(3) *Journal of International Arbitration* 292-308.
- Born GB, *International Commercial Arbitration* (3rd edn, Kluwer Law International 2020).
- Bradshaw R, 'Deception and detection: the use of technology in assessing witness credibility', (2021) 37(3) *Arbitration International* 707-720 (Detection).
- Bradshaw R, 'Witness Credibility and the (Un)Reliability of Demeanour Evidence' (2022) 40(1) *ASA Bulletin* 46-60 (Demeanour Evidence).
- Braun KA, Ellis R and Loftus EF, 'Make my memory: How advertising can change our memories of the past', (2002) 19(1) *Psychology and Marketing* 1-23.
- Carlson M, 'The Examination and Cross-Examination of Witnesses' in Albert Jan van den Berg (ed) *Arbitration Advocacy in Changing Times* (Kluwer Law International 2011).
- Cartwright-Finch U, 'Human Memory and Witness Evidence in International Arbitration' in Tony Cole (ed) *The Roles of Psychology in Arbitration* (Wolters Kluwer 2017).
- Dastin J, Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2022.
- Demir-Gökyayla C, 'Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk', (2020) 40(2) *Public and Private International Law Bulletin* 729-773.
- DePaulo BM and Pfeifer RL, 'On-the-Job Experience and Skill at Detecting Deception' (1986) 16(3) *Journal of Applied Social Psychology* 249-267.
- DePaulo BM, Stone JI and Lassiter DG, 'Deceiving and Detecting Deceit' in Barry R. Schlenker (ed) *The Self and Social Life* (McGraw-Hill 1985).
- Erickson B, Lind EA, Johnson BC and O'Barr WM, 'Speech Style and Impression Formation in a Court Setting: the Effects of 'Powerful' and 'Powerless' Speech' (1978) 14(3) *Journal of Experimental Social Psychology* 266-279.
- Fraser B, 'The Role of Language in Arbitration' in James L. Stern and Barbara D. Dennis (eds) *Decisional Thinking of Arbitrators and Judges. Proceedings of the 33rd Annual Meeting of the National Academy of Arbitrators* (BNA Books 1981) 19-44 (Language in Arbitration).
- Genn H, Assessing Credibility, 2011 (https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/genn_assessing-credibility.pdf, Erişim Tarihi 16 Temmuz 2022).
- Guyer JJ, Fabrigar LR, and Vaughan-Johnston TI, 'Speech Rate, Intonation, and Pitch: Investigating the Bias and Cue Effects of Vocal Confidence on Persuasion' (2019) 45(3) *Personality and Social Psychology Bulletin* 389-405.
- Hanotiau B, 'Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality' in *Arbitral Proceedings* in Albert Jan van den Berg (ed) *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (Kluwer Law International 2003).

- Hanzlíková D and Skarnitzl R, 'Credibility of native and non-native speakers of English revisited: Do non-native listeners feel the same?' (2017) 15(3) *Research in Language* 296-297. Benzer başka araştırmalar hakkında bilgi için bkz Hanzlíková, Skarnitzl 285-298.
- Harris RJ, 'Answering Questions Containing Marked and Unmarked Adjectives and Adverbs' (1973) 97(3) *Journal of Experimental Psychology* 399-401.
- Hastorf AH and Cantril H, 'They Saw a Game: A Case Study' (1954) 49(1) *The Journal of Abnormal and Social Psychology* 129-134.
- Henry O, 'One Dollar's Worth' in David Stuart Davies (ed.) *Short Stories from the Nineteenth Century* (Wordsworth Classics 2004).
- Hosman L, 'Powerful and Powerless Speech Styles and Their Relationship to Perceived Dominance and Control' in Rainer Schulze and Hanna Pishwa (eds) *The Exercise of Power in Communication* (Palgrave Macmillan London 2015).
- Howe ML and Knott LM, 'The fallibility of memory in judicial processes: Lessons from the past and their modern consequences' (2015) 23(5) *Memory* 633-656.
- Howe ML, 'Memory development: Implications for adults recalling childhood experiences in the courtroom' (2013) 14(12) *Nature Reviews Neuroscience* 869-876.
- Howe ML, 'Memory lessons from the courtroom: Reflections on being a memory expert on the witness stand' (2013) 21(5) *Memory* 576-583.
- Hwang M and Lim K, 'Corruption in Arbitration — Law and Reality' (2019) 8(1) *Asian International Arbitration Journal* 1-119.
- ICC Commission Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration, <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-the-accuracy-of-fact-witness-memory-in-international-arbitration/>, Erişim Tarihi 2 Haziran 2022.
- Ito H vd, 'Eyewitness Memory Distortion Following Co-Witness Discussion: A Replication of Garry, French, Kinzett, and Mori (2008) in Ten Countries', (2019) 8(1) *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 68-77.
- Jenkins J, *International Construction Arbitration Law* (3rd edn, Kluwer Law International 2021).
- Johnson CE 'An Introduction to Powerful and Powerless Talk in the Classroom' (1987) Faculty Publications School of Business, Paper 26.
- Jores T vd, 'A meta-analysis of the effects of acute alcohol intoxication on witness recall' (2019) 33(3) *Applied Cognitive Psychology* 334-343.
- Karns TE vd, 'Collaborative recall reduces the effect of a misleading post event narrative' (2009) 11(1) *North American Journal of Psychology* 17-28.
- Kassin SM and Fong CT, 'I'm Innocent!': Effects of Training on Judgments of Truth and Deception in the Interrogation Room, (1999) 23(5) *Law and Human Behavior* 499-516.
- Khodykin R, Mulcahy C and Fletcher N, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Oxford University Press 2019).
- Kmieć KD, 'The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"' (2004) 92(5) *California Law Review* 1441-1477.
- Lareau MA and Sacks HR, 'Assessing Credibility in Labor Arbitration' (1989) 5(2) *The Labor Lawyer* 151-193.
- Lee K, Can you really tell if a kid is lying? (https://www.ted.com/talks/kang_lee_can_you_really_tell_if_a_kid_is_lying, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2022).

- Lev-Ari S and Keysar B, 'Why don't we believe non-native speakers? The influence of accent on credibility' (2010) 46(6) *Journal of Experimental Social Psychology* 1093-1096.
- Lingard N, 'Report on the Session Matters of Evidence: Witness and Experts' in Albert Jan van den Berg (ed) *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (Wolters Kluwer Law & Business 2015).
- Loftus EF and Palmer JC, 'Reconstruction of Automobile Destruction: An Example of the Interaction Between Language and Memory' (1974) 33(5) *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior* 585-589.
- Loftus EF and Zanni G, 'Eyewitness testimony: The influence of the wording of a question' (1975) 5(1) *Bulletin of the Psychonomic Society* 86-88.
- Loftus EF, 'Leading Questions and the Eyewitness Report', (1975) 7(4) *Cognitive Psychology* 560-572 (Leading Questions).
- Loftus EF, 'Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory', (2005) 12(4) *Learning & Memory* 361-366 (Misinformation).
- Loftus EF, *Eyewitness Testimony* (Harvard University Press 1980).
- Loftus EF, Miller DG and Burns HJ, 'Semantic Integration of Verbal Information into a Visual Memory' (1978) 4(1) *Journal of Experimental Psychology Human Learning and Memory* 19-31.
- Mann S, Vrij A and Bull R, 'Detecting True Lies: Police Officers' Ability to Detect Suspects' Lies' (2004) 89(1) *Journal of Applied Psychology* 137-149.
- Miles W, 'Remote Advocacy, Witness Preparation & Cross-Examination: Practical Tips & Challenges' in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri and Mohamed S. Abdel Wahab (eds) *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (Kluwer Law International 2020).
- Miller N, Geoffrey Maruyama, Rex Julian Beaber and Keith Valone, 'Speed of Speech and Persuasion' (1976) 34(4) *Journal of Personality and Social Psychology* 615-624.
- Minzner M, 'Detecting Lies Using Demeanor, Bias, and Contexts' (2008) 29 *Cardozo Law Review* 2557-2581.
- Mittenthal R, 'The Search for Truth: II. Credibility—A Will-o'-the-Wisp' in James L. Stern and Barbara D. Dennis (eds) *Truth, Lie Detectors, and Other Problems in Labor Arbitration, Proceedings of the 31st Annual Meeting of National Academy of Arbitrators* (BNA Books 1979).
- National Research Council, *The Polygraph and Lie Detection* (The National Academies Press 2003).
- Okoli PN, 'Corruption in international commercial arbitration—Domino effect in the energy industry, developing countries, and impact of English public policy' (2022) 15(2) *The Journal of World Energy Law & Business* 136-150.
- Özkaya-Ferendeci HÖ, 'Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri', (2014) 16(Özel Sayı 2014), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 813-830.
- Pape S, 'Witness Evidence, The Science of Memory and Sequestration' in Carlos González-Bueno (ed) *40 under 40 International Arbitration* (Dykinson, S.L. 2021).
- Rose R, *12 Angry Men* (Penguin Classics 2006).
- Scherer M, 'Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?' (2019) 36(5) *Journal of International Arbitration* 539-574.
- Scherer M, 'Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals' (2002) 29(2) *International Arbitration Law Review* 29-36.

- Skaiff C, 'The Human Psyche's Effect on Arbitral Witness Accuracy' (2021) 13 *Arbitration Law Review* 1-16.
- Smit RH, 'The Future of Science and Technology in International Arbitration: The Next Thirty Years' in Stavros Brekoulakis, Julian D. M. Lew and Loukas Mistelis (eds) *The Evolution and Future of International Arbitration* (Kluwer Law International 2016).
- The Ipsos' Global Trustworthiness Index 2021 (<https://www.ipsos.com/en/global-trustworthiness-index-2021>, Erişim Tarihi 21 Temmuz 2022).
- Uluc I, 'Corruption in International Arbitration' (2016) The Pennsylvania State University School of Law SJD Dissertations, Paper 1.
- Vredeveldt A vd, 'When discussion between eyewitnesses helps memory', (2017) 22(2) *Legal and Criminological Psychology* 242-259.
- Vrij A and Fisher RP, 'Unraveling the Misconception About Deception and Nervous Behaviour' (2020) 11 *Frontiers in Psychology* 1-8.
- Wade KA and Cartwright-Finch U, 'The Science of Witness Memory: Implications for Practice and Procedure in International Arbitration' (2022) 39(1) *Journal of International Arbitration* 1-28.
- Wade KA, Garry M, Read JD and Lindsay DS, 'A picture is worth a thousand lies: Using false photographs to create false childhood memories' (2002) 9(3) *Psychonomic Bulletin & Review* 597-603.
- Westin-Hardy A, The Psychology of Witness Evidence and its Role in Tribunal Decision-Making (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/29/the-psychology-of-witness-evidence-and-its-role-in-tribunal-decision-making/>, Erişim tarihi: 1 Temmuz 2022).
- Wilske S and Fox TJ 'Corruption in International Arbitration and Problems with the Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?' in Stephan Kröll vd (eds) *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergencz and Evolution* (Kluwer Law International 2011).
- Wu Z, Singh B, Davis LS and Subrahmanian VS, 'Deception Detection in Videos' (2018) 32(1) *Proceedings of the AAAI Conference on Artificial Intelligence* 1695-1702.
- Yarmey AD, *The Psychology of Eyewitness Testimony* (The Free Press 1979).
- Yeo A and Yu CS, 'Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West' in Stephen Jagusch, Philippe Pinsolle and Alexander G. Leventhal (eds) *Global Arbitration Review: The Guide to Advocacy* (5th edn, Law Business Research 2021).
- Zeitchik S, A Utah company says it revolutionized truth-telling technology. Experts are highly skeptical., <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/11/15/lie-detector-eye-movements-converus/>, Erişim tarihi: 20 Temmuz 2022.



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Milletlerarası Tahkimde “Doğal Yetki” Kavramı

The Concept of Inherent Power in International Arbitration

Ahmet Dülger* , Emre Esen** 

Öz

Tahkim yargılamasının gerçekleştirilmesinin ilk şartı uyumazlığın tarafları arasında tahkim anlaşması bulunmasıdır. Tahkim anlaşması, tarafların tahkime gidebilmesinin ön koşuludur. Bunun yanında, hakemlere, yargılamayı gerçekleştirme ve yargılama esnasında kararlar alma yetkisi de tahkim anlaşması ile verilir. Tahkim kanunları, kurumsal tahkim kuralları veya uluslararası anlaşmalarda da hakemlerin yetkilerine ilişkin düzenlemeler bulunabilir. Hakemlere açıkça bazı yetkilerin verilmesi söz konusu olabileceği gibi, anılan düzenlemelerden, hakemlerin doğal yetkilere sahip olduğu anlamı da çıkarılabilir. Doğal yetkiler, temel olarak tahkim yargılamasının var olması nedeniyle hakemlerin sahip olduğu yetkileri ifade etmektedir. Doğal yetkiler çerçevesinde hakemlerce verilen kararların, bu yetkinin şartlarına ve sınırlarına uygun olması gerekir. Doğrudan tarafların iradeleriyle veya esasa yahut usule uygulanan hukuk kurallarıyla hakemlere yönelik getirilen sınırlamalar, doğal yetkilerin sınırlarını da belirleyecektir. Hakem mahkemesine yönelik bir sınırlamanın bulunmadığı bu durumlarda ne tür kararların alınabileceği tartışması güncel kararlarda ve doktrinde devam etmektedir. Geçerli ve icra edilebilir bir hakem kararının mevcut olması, bu kararın hakemlerin kullandığı yetkilerin hukuki dayanaklara ve sınırlara uygun olarak ortaya çıkmasına ve kullanılmasına bağlıdır. Bu nedenle hakemlerin doğal yetkilerinin kavramsal çerçevesi çizilerek tanımlanması, öneminin ve amaçlarının neler olduğunun açıklanması, doğal yetki kapsamında ne gibi kararların alınabileceğinin ve bu kararların hukuki kaynaklarının neler olduğunun ortaya konulması önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası tahkim, doğal yetki, ticari tahkim, yatırım tahkimi, tahkim anlaşması

Abstract

The first condition to meet for arbitration proceedings to occur is the existence of an arbitration agreement between the parties to the dispute. An arbitration agreement is a pre-condition needing to be met before parties can bring their dispute before an arbitral tribunal. In addition, the arbitrators are vested with the jurisdiction of conducting the proceedings and taking decisions using the arbitration agreement. Arbitration laws, institutional arbitration rules, and international agreements may also contain provisions with regard to the arbitrators' jurisdiction. While some powers may possibly be able to be explicitly granted to the arbitrators, the arbitrators may also be implicitly deduced as having certain inherent powers based on the aforementioned regulations. The decisions arbitrators make within the framework of inherent powers must comply with the conditions and limitations of this power. The will of the parties or the rules of law applied to the merits and procedures as well as the limitations imposed on the arbitrators will determine the boundaries of inherent powers. The discussion on what kind of decisions can be made in these cases where no prohibition is found regarding the arbitral tribunal still continues in current judicial decisions and legal academia. This article seeks the answer to the question regarding the issues and foundations upon which arbitrators

* Sorumlu Yazar: Ahmet Dülger (Araş. Gör.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi
E-posta: ahmet.dulger@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0003-2527-2099

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

Atf: Dülger A, Esen E, “Milletlerarası Tahkimde “Doğal Yetki” Kavramı” (2022) 42(2) PPIL 675.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1198071>



can make decisions based on their inherent powers in international arbitration. The existence of a valid and enforceable arbitral award depends on whether these decisions have been made in compliance with these sources and limitations. This article aims to draw the conceptual framework of arbitrators' inherent powers and explain the sources for these.

Keywords

International Arbitration, Inherent Power, Commercial Arbitration, Investment Arbitration, Arbitration Agreement

Extended Summary

Many reasons exist as to why arbitration is chosen over state jurisdiction for resolving disputes. The important reasons within the scope of this article are that an arbitral tribunal can reach a final decision quickly and that flexibility is allowed in terms of procedural arrangements. While conducting proceedings, the arbitral tribunal has the freedom to regulate various matters within the framework of the rules, laws, and party agreements to which the arbitrators are bound. In accordance with these features, the main question to which this article seeks an answer is whether decisions exist that arbitrators can make despite not being explicitly authorized nor the conceptual framework clearly stated. Inherent power is the concept this article uses while answering this question.

In arbitration proceedings, arbitrators are expected to resolve a dispute with a final decision. Prior to this, arbitrators may be expected to make decisions on various issues during the proceedings, and these decisions may also be necessary in order to reach the final arbitral award. The arbitrators' ability to make both the final decision and other decisions depends on their jurisdictional powers regarding these matters. An arbitrator or arbitrators (i.e., arbitral tribunal) who carry out this judicial activity and make the decision that finally resolves the dispute are granted through the necessary jurisdiction the power to conduct the proceedings mainly based on the parties' agreement. In addition, the procedural rules to which the arbitration is subject or the rules on substantive law that are applied to the merits of the dispute also authorize the arbitrators with regard to various matters. In some cases, the arbitrators may make decisions based on their inherent powers regarding matters where the parties or the rules to be applied in the arbitration neither explicitly nor implicitly authorize the arbitrators. Giving arbitrators the power to adjudicate in order to resolve a dispute constitutes the main source of their inherent powers. Likewise, due to the fact that arbitration is a judicial activity, arbitrators are naturally considered to possess certain powers. Thanks to their inherent powers, arbitrators are able to make decisions on the procedural matters required in the proceedings, as well as on matters related to the merits of the dispute.

In international arbitration, the need for arbitrators to resort to their inherent powers may arise for various reasons. The first of these reasons is the emergence of a problem

whose solution does not exist within the arbitrators' explicit powers. The necessity of a fair trial and the resolution of the dispute in all its aspects also requires the use of inherent powers, and arbitrators may be able to use their inherent powers in such cases.

Will the arbitrators be able to make a decision in the absence of any regulation in the arbitration agreement, laws, or institutional arbitration rules regarding any issue requiring resolution during the arbitration proceedings? Is using an inherent power permissible as a requirement of the judicial function performed in arbitration? While examining the answers to these questions, the article will evaluate the judicial character of the arbitral tribunal. The article attempts to find answers to these questions in order to define the exercise of international arbitration regarding this subject and to reveal the conclusions that are reached as a result.

The inherent powers of arbitrators derive from the existence of arbitration. Bringing a dispute to arbitration instead of state courts is itself one source of arbitrators' inherent powers. Despite neither a permissive provision existing in the regulations that constitute the source of arbitrators' powers nor a provision existing that can be understood as instructions for arbitrators, they are still able to make certain decisions using their inherent powers.

In order for authority to be exercised within the framework of inherent power, this authority should not be included in the explicit expression of any legal regulation nor even be implied. In other words, a situation that is implicit in meaning and implicit in the regulations that regulate the arbitration and that authorizes the arbitrators can be said to grant authority to the arbitrators, and this may cause it to take the form of another type of authority. In other words, inherent power is derived not from the phrases of these regulations, but rather from their direct existence. The existence of these legal grounds (i.e., the fact that the dispute has been brought to arbitration) indicates the inherent powers of the arbitrators in the relevant matter. As a result, the authority that the arbitrators who've been empowered in this way can apply to cases where procedural and substantive legal regulations, party agreements, or any other source do not regulate how they will decide regarding a particular event or problem can be examined within the framework of the doctrine of inherent power.

This article has conceptually examined the inherent powers of arbitrators in international arbitration. The concept of inherent powers has an important place in the theory and practice of international arbitration. However, no independent study is found on this subject in the Turkish legal doctrine. For this reason, the article has drawn the framework regarding inherent powers as a concept and explained the importance and purposes of these powers. The article has also explained the sources of inherent powers.

Milletlerarası Tahkimde “Doğal Yetki” Kavramı

Giriş

Tahkim yargılamasında, hakemlerin nihai karar ile uyuşmazlığı çözmesi kendilerinden beklenir. Bundan önce, yargılama esnasında da hakemlerin çeşitli konularda kararlar alması beklenebileceği gibi bu kararlar nihai hakem kararına ulaşmak için de gerekli olabilir. Hakemlerin hem nihai kararı hem de diğer kararları alabilmesi bu konularda yetkilendirilmiş olmalarına bağlıdır. Yargılama faaliyetini gerçekleştiren ve uyuşmazlığı nihai olarak çözen kararı veren hakem veya hakemler (hakem mahkemesi)¹ yargılamayı yapabilmek için gerekli yetkiyi esasen tarafların anlaşmasından alır. Bunun yanında, tahkimin tâbi olduğu usul kuralları veya uyuşmazlığın esasına uygulanan maddî hukuk kuralları da hakemlere çeşitli konularda yetkiler verir. Bazı hâllerde ise, tarafların veya tahkimde uygulanacak kuralların hakemlere açıkça veya zımnen yetki vermediği konularda hakemlerin sahip oldukları “doğal yetki”ye istinaden karar alabilmeleri söz konusu olur. Bir uyuşmazlığın çözülmesi için hakemlere yargılama yapma yetkisinin verilmesi doğal yetkilerin temel kaynağını oluşturur. Aynı şekilde, tahkimin bir yargılama faaliyeti olmasından dolayı da hakemlerin doğal olarak bazı yetkilere sahip olduğu kabul edilir. Doğal yetkileri sayesinde hakemler, yargılama içerisinde gerekli olan usule dair konularda kararlar alabileceği gibi uyuşmazlığın esasına dair konularda da kararlar alabilir.

Milletlerarası tahkimde hakemlerin doğal yetkilerine başvurma ihtiyaçları çeşitli sebeplerle söz konusu olabilir. Hakemlerin açık yetkilerinde çözümü olmayan bir sorunun ortaya çıkması bu sebeplerden ilkidir. Adil bir yargılamanın gerçekleştirilmesi ve uyuşmazlığın tüm yönleriyle çözülebilmesi için gerekli olması da doğal yetkiye başvurulmasını gerektirir. Bu gibi durumlarda hakemlerin doğal yetkilerini kullanması söz konusu olabilecektir.

Tahkim yargılaması sırasında çözüme ihtiyaç duyan herhangi bir konu ile ilgili tahkim anlaşmasında, kanunlarda veya kurumsal tahkim kurallarında herhangi bir düzenleme bulunmaması hâlinde hakemler bir karar alabilecek midir? Tahkimde yerine getirilen yargısal fonksiyonun gereği olarak bir doğal yetki kullanımına izin verilebilir mi? Bu soruların cevabı incelenirken hakem mahkemesinin yargısal karakterine ilişkin değerlendirme yapılacak olup cevapların olumlu olması hâlinde ise, bu kararın nasıl alınacağı ve hangi içerikte olacağı soruları ortaya çıkar.

Çalışmamızda milletlerarası tahkimde hakemlerin doğal yetkileri kavramsal olarak incelenecektir. Milletlerarası tahkim teorisinde ve uygulamasında doğal

1 Çalışmamızda hakem veya hakemler ifadeleri farklı yerlerde, cümlelerin ve anlamın gerektirdiği şekilde ve birbirleri yerine de kullanılmakta olup kurumsal bir yapıyı göstermesi bakımından hakem mahkemesi ifadesi de tercih edilmiştir. Hakem mahkemesi ifadesi birden çok hakemin görev yaptığı heyeti ifade ettiği gibi, tek hakemin görev yaptığı durumlarda da geçerli bir kullanım olarak çalışmamızda yer almıştır.

yetki kavramının önemli bir yeri bulunmaktadır. Buna karşılık, Türk doktrininde bu konuyla ilgili yapılmış müstakil bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle, öncelikle doğal yetkinin bir kavram olarak çerçevesi çizilerek, önemi ve amaçları hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Daha sonra, doğal yetkilerin kaynaklarının açıklanmasına geçilecektir. Sonuç bölümünde ise, çalışmanın bütüncül bir değerlendirmesi yapılarak varılan sonuçlar ifade edilecektir.

I. Doğal Yetkinin Tanımı

A. Genel Olarak

Doğal yetki olarak ifade edilen yetki çeşidinin İngilizce’deki kullanımı ‘*inherent power*’ şeklinde olup ‘*inherent*’ ifadesi günlük dildeki kullanımıyla bir şeyde, onun varlığı sebebiyle var olan kalıcı bir nitelik olarak ifade edilebilir.² İfadenin Türkçe karşılığı olarak; doğal olarak bulunan, kendiliğinden olan, olağan, içsel, mündemiç, tabii, fitri, zaruri ifadeleri kullanılabilir.³ Bir şeyin karakteristik veya temel unsuru, bu şeyin içsel doğasına ait olanların onda kendiliğinden olduğu veya doğal olarak bulunduğu kabul edilir. Bu sözlük karşılıkları da *inherent power* olarak milletlerarası tahkim hukukunda kullanılan kavramın karşılığı olarak ‘doğal yetki’ kavramını seçmemizde etkili olmuştur.⁴

Hukuki bir kavram olarak doğal yetkinin tanımlanmasında ise ‘*Black’s Law Dictionary*’ isimli özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) yaygın kullanılan hukuk sözlüğünün tanımı göz önüne alınabilir. Burada yer alan tanıma göre doğal yetki, “*bir görev, pozisyon veya statüden zorunlu olarak kaynaklanan*” yetkiyi ifade etmekte olup yetkili kişinin, başkasından kaynaklanmayan yetkisi, gücü olarak da tanımlanmaktadır.⁵ Başka bir hukuk sözlüğü tanımına göre ise, doğal yetki “*bir mahkeme veya devlet organının kendi oluşturulma amacını gerçekleştirebilmesi için sahip olması zorunlu olan yetkiler*” olarak ifade edilmiştir.⁶ Çalışmamız bakımından bu tanımlar değerlendirildiğinde, bir hakem mahkemesinin doğal yetkisinin yargılama yetkisine sahip bir kurum olmasından kaynaklandığı ifade edilebilir.

2 Oxford English Dictionary, “Inherent” 3(a) <http://www.oed.com/view/Entry/95945> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022. ‘*Inherent*’ kavramıyla ilgili aynı yönde tanımlamalar bulunmaktadır. Bkz. Hattie Middleditch, ‘The Use of Inherent Powers by Arbitrators to Protect the Public at Large’ in Franco Ferrari and Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019) 331.

3 Türk Dil Kurumu (TDK) Türkçe Sözlüğü’nde doğal kelimesinin karşılığı için bkz. <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

4 *Inherent power* kavramı Türk milletlerarası tahkim hukukunda herhangi bir yere sahip değildir. Kavramın Türkiye açısından inceleme ve uygulamasına bir örnek haricinde rastlanılmamıştır. Türkiye’de *inherent power* kavramının karşılığı olarak doğal yetki yalnızca bir eserde (doktora tezi) tespit edilmiştir. Bkz İbrahim Doğan Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi* (On İki Levha Yayınları, 2021) 411.

5 Ed Bryan A Garner, *Black’s Law Dictionary* (2014) 1358; Henry Campbell Black, *Black’s Law Dictionary* (4th edn, West Publishing 1968) 921. Aynı yönde tanımlama ve açıklamalar için bkz. Middleditch, *The Use of Inherent Powers by Arbitrators to Protect the Public at Large* (n2) 331.

6 Steven H. Giffis, *Law Dictionary* (4th edn, Barron’s 1996) 250.

Milletlerarası tahkim hukukunda ise doğal yetkinin tanımının yapılması zor bir girişimdir.⁷ Bunun nedenleri arasında kavramın kesin sınırlarının mevzuat tarafından çizilmemiş olması⁸ nedeniyle müphem ve anlaşılması zor olması, farklı şekilde yorumlanmasının mümkün olması gösterilebilir. Bunun yanında kavramın kesin sınırlarla uygulamayı sınırlayacak şekilde tanımlanmamış olmasının bir tercih olduğu da söylenebilir.⁹ Milletlerarası tahkim hukukunun birincil kaynakları yanında ‘soft law’ olarak adlandırılan kaynaklarında dahi doğal yetki kavramının bir tanımı yapılarak sınırlandırılmasından kaçınılmıştır.¹⁰ Uluslararası Hukuk Birliği (International Law Association / ILA) Uluslararası Ticari Tahkim Komitesi Doğal Yetki Hakkında Rapor’unda (ILA Raporu)¹¹ doğal yetkinin bir tanımını yapmamıştır.¹² Milletlerarası tahkimi düzenleyen milletlerarası anlaşmalar ve kurallarda da doğal yetkinin sınırlayıcı ifadelerle tanımlanmamış olmasının nedeni, tahkim uygulayıcılarının farklı durum ve ihtiyaçlara göre bu kavramdan yararlanabilmelerini sağlamaktır.

B. “Doğal Yetki” Kavramının Teorik Temelleri

Hakemlerin; tahkim anlaşmasında, tahkim yargılamasının tâbi olduğu yasal düzenlemede veya tahkim kurallarında bazı yetkilerle açıkça donatılması hâlinde bu yetkileri kullanarak karar alabileceklerinde şüphe yoktur. Herhangi bir tahkim anlaşmasında yer alabilecek türden bir ifade olarak, hakemlerin “işbu sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları” çözmeye yetkili olduğunun belirtilmesi, uyuşmazlığın esasına dair meseleler hakkında açık bir yetkilendirmedir. Tahkim yargılamasının tâbi olduğu yasal düzenlemede veya tahkim kurallarında hakemlerce “delillerin sunulması, sözlü beyanlarda bulunulması ve bilirkişiden açıklama istenmesi

7 Andrea K. Bjorklund and Jonathan Brosseau, ‘Sources of Inherent Powers’, in Franco Ferrari and Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019) 4; Stefano Castagna, ‘Inherent and Implied Powers of International Arbitral Tribunals: Characteristics and Limits’, in Michael O’Reilly (ed), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* (Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Sweet & Maxwell, Cilt 82 Sayı 4, 2016) 409.

8 Kavramın mevzuat tarafından tanınması ve genel olarak ifade edilmesi mümkünken içeriğinin sınırlanması ve tespit edilmesi, doğal yetkinin; öngörülmeyen, arızı durumlara çözüm üretmek üzere ortaya çıkan bir kavram olması nedeniyle mümkün ve gerekli değildir.

9 Aynı yönde bkz. Bjorklund, Brosseau, *Sources of Inherent Powers* (n7) 4.

10 Burada, doğal yetkinin tanımını yapan bir otorite düzenlemenin bulunmadığı vurgulanmaktadır. Aynı yönde bkz. International Law Association Reports of Conferences, Washington Conference (International Commercial Arbitration), *Report for the Biennial Conference in Washington D.C. April 2014* (2016) Ed. Filip De Ly, Luca G. Radicati di Brozolo, Mark Friedman, 3 [ILA Report]; Bjorklund, Brosseau, *Sources of Inherent Powers* (n7) 4.

ILA Report hakkında belirtmek gerekir ki, 2016 tarihli bu Rapor, 2014 yılında ILA tarafından yayınlanan raporun tamamen aynı olmakla birlikte yalnızca ‘Bölüm IV: Bulgular ve Tavsiyeler’ bölümünde farklılıklar vardır. Çalışmamızda son hâli olarak 2016 Raporuna atıf yapılmış olup, özellikle 2014 Raporuna atıf yapıldığında ayrıca belirtilmiştir.

11 Doğal yetki kavramı, ILA Raporu’nda ve milletlerarası tahkim hukukunda İngilizce ‘inherent power’ olarak ifade edilmektedir. *ILA Report* (n10) 2.

12 *ILA Report* (n10) 3. Bu tercihte hem bahsedilen sebep ve amaçlar etkili olmuşken hem de komisyon üyeleri arasında fikir birliğine ulaşılmasının mümkün olmaması da etkili olmuştur. Öyle ki, ILA Raporunun 2014’te yayınlanan metni 2016 yılında güncellenerek son hâlini almıştır. Bu güncelleme ile iki metin arasında doğal yetkiyle ilgili Bulgular ve Tavsiyeler (*Facts and Findings*) Bölümü de revize edilmiştir. 2014’te yayınlanan rapor ile karşılaştırmak için bkz. International Law Association, Washington Conference International Commercial Arbitration, *Report for the Biennial Conference in Washington D.C. April 2014* (2014), Filip De Ly, Luca G. Radicati di Brozolo, Mark Friedman (eds).

gibi sebeplerle duruşma yapılmasına” karar verileceğinin düzenlenmiş olması ise usule dair bir açık yetkilendirmez.

Hakemlerin açıkça yetkilendirildikleri konularda karar alabilmesi kuralının bir diğer anlamı ise hakemlerin anılan düzenlemelerde açıkça yetkilendirilmedikleri hususlar hakkında karar alamamalarıdır. İlk bakışta, hakemlerin sayılan hukuk düzenlemeleriyle açıkça belirtilmediği müddetçe esasa ve usule dair konularda karar alamaması, tahkimin taraf iradesine dayanması ve hakemlerin yetkilerini tarafların iradelerinden alması nedeniyle hukuka uygun bir sonuç gibi görünmektedir.¹³

Ne var ki hakemlerin açık yetkilerinin dışında herhangi başka yetkilerinin olmadığı şeklindeki görüşün¹⁴ kabul edilmesiyle ortaya çıkacak sonuçlar, milletlerarası tahkimde hakemlerin karşılaşacakları durumlar ve çözmeleri gereken uyuşmazlıklarla her zaman uyumlu olmayabilir. Tahkimde, bir yargılama yapılması nedeniyle uyuşmazlığın çözülmesi için alınması gereken kararlar bazen tahkim anlaşmasında veya diğer kurallardaki sınırlı düzenlemelerde hakemlere açıkça verilen yetkilerin kapsamını aşabilir. Zira sayılan hukuk düzenlemelerinde hakemlerin alabilecekleri kararlar ile ilgili çok sınırlı sayıda hüküm yer alır. Buna karşılık, yargılamanın tüm yönleriyle ve nihai olarak çözülmesi tahkimden temel beklentidir. Sınırlı olarak verilmiş açık yetkilerin bu beklentiyi karşılamaması ihtimal dâhilindedir.

Bilhassa daha önceden öngörülemeyen bir hususun ortaya çıkması hâlinde hakemlerin açıkça yetkilendirilmedikleri bazı konularda karar almaları ihtiyacı doğabilir. Koronavirüs salgını nedeniyle; yargılamaya ilişkin bazı işlemlerin yapılamaması veya fazladan tedbirlerin alınmasının gerekmesi, delillerin sunulması ve değerlendirilmesi, yargılamadaki işlemlerin zamanlamasıyla ilgili birçok durum buna örnek olarak sayılabilir. Yargılama süresince taraflarca getirilen delillerin hukuka uygunluğu konusunda endişelerin ortaya çıkması, taraf vekilleri ile hakemler arasında gelişen ilişkiler veya tahkim süresinin bitmesinin hakem kararının geçerliliğine yönelik bir tehdit oluşturması gibi durumlarda da hakemlerin, açıkça yetkilendirilmemiş olmalarına rağmen, karar alması gerekebilir.

Tahkimin hızlı ve esnek bir yargılama olmasının gereği olarak da hakemlerin açıkça yetkilendirilmedikleri konularda karar alabilmeleri ihtiyacı doğabilir.¹⁵ Hakemler *lex forin*in maddî ve usulî hükümleri ile bağlı olmadıklarından, taraflarca belirleme yapılmamış olması hâlinde, hakemlerin bizzat kendi koydukları veya uygun gördükleri

13 Tahkimin hem yerel hem de milletlerarası yargılamalar bakımından başvurulmuş bir özel yargı yolu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta, 2021) 812.

14 Bkz. Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Wolters Kluwer Law International, 2012) 72.

15 Aynı yönde bkz. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Applicable Law* (United Nations, 2003) 5.

kurallar ile yargılamayı gerçekleştirmeleri gerekebilir.¹⁶ Bu kapsamda, tahkim yeri ve diliyle ilgili hakemlerin karar alabileceğinin düzenlenmediği hâller örnek verilebilir. Bu durumlarda, sayılan düzenlemelerde yetki verilmemişse dahi, hakemlerin karar alması gerekli olabilir.

Yukarıda sayılan hâllerde hakemlerin, tahkim anlaşmasında veya tahkimin tâbi olduğu kanunlarda ve kurallarda açıkça yetkilendirilmedikleri hususlar hakkında karar alamaması, bir yargı kurumu olarak tahkimin tüm ilgililerinin bir tahkim yargılamasından beklentilerine aykırılık oluşturur. Bu nedenlerle, hakemlerin açıkça yetkilendirilmedikleri konularda, yürüttükleri yargısal fonksiyon sebebiyle bazı yetkilere sahip oldukları kabul edilmekte ve bu yetkiler “doğal yetki” adı altında ele alınmaktadır.¹⁷

C. “Doğal Yetki” Kavramı ile “Zımni Yetki” ve “Takdir Yetkisi” Kavramları Arasındaki Farklar

Doğal yetkilerin kavramsal çerçevesini çizmek ve anlaşılmasını kolaylaştırmak için uygulamada doğal yetki yerine veya onunla birlikte kullanılabilen *zımni yetki* veya *takdir yetkisi* kavramlarıyla farklarını ortaya koymak gerekir. Hem zımni yetki hem de takdir yetkisi, doğal yetkide olduğu gibi hakemlerin açıkça yetkilendirilmedikleri konulardaki yetkilerindedir. Her birinin kendine has özellikleri sayesinde hakemler birlikte veya ayrı ayrı bu yetkilerine başvurarak yargılamada gerekli işlemleri yapabilecektir.

ILA Raporu’nda belirtildiği üzere tahkim yargılamasındaki işlemleri belirleyen ve düzenleyen tarafların anlaşması ile diğer hukuk kurallarında yer alan hükümlerden zımnen anlaşılabilen yetkiler hakemlerin zımni yetkisini ifade etmektedir.¹⁸ Milletlerarası tahkimde hakemlerin açıkça bir karar verme yönünde yetkilendirilmesinin karşıt anlamlısı olarak kullanılabilir zımnen yetkilendirilme sayesinde hakemler zımni yetkilere sahip olabilmektedir. Zımni yetki, tahkim anlaşması, tahkim kanunu veya kuralındaki ifadelerle kapalı olarak söylenen, dolaylı olarak anlatılan yetkileri ifade etmektedir.¹⁹ Bu tür bir düzenlemede yer alan metnin zımnen ifade ettiği yetkiler hakemlerin zımni yetkilerini oluşturur.²⁰ Hem doğal yetki hem de zımni yetki hukuk kurallarındaki yetkilendirmelerin yorumlanması yoluyla kabul edilmektedir. Doğal yetkide tahkimi düzenleyen kuralların etkisi metinsel bir temel alma şeklinde

16 Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986) 23; Andrea Carlevaris, ‘Inherent Powers of Arbitrators and Interim Measures’ in Franco Ferrari and Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019) 59; Emmanuel Gaillard and John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999) 647; Chittharanjan F. Amerasinghe, ‘Incidental Jurisdiction: Intervention and Interim Measures’ (2011) *International Arbitral Jurisdiction* 120; UNCTAD, *Applicable Law* (n15) 5.

17 *ILA Report* (n10) 2; Middleditch, *The Use of Inherent Powers by Arbitrators to Protect the Public at Large* (n2) 331.

18 *ILA Report* (n10) 14.

19 TDK tanımına göre zımni kelimesi “kapalı olarak yapılan veya söylenen, dolayısıyla anlatılan, kapalı, gizli” anlamlarına gelmektedir. Bkz <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

20 Zımni yetki kavramı, İngilizce ‘*implied power*’ olarak ifade edilmektedir.

değil yalnızca bu kurallarla oluşturulan tahkim yargılamasının varlık sebebinin yorumlanması şeklindedir. Zımni yetki ise, hukuk kurallarının ifadesinde açık olarak belirtilmemesine rağmen anlam itibariyle zımnin kabul edilmektedir. Aralarındaki diğer bir fark ise doğal yetkinin, hakemlerin yetkilerinin var oluşları nedeniyle sahip oldukları doğasına, zımni yetkinin ise, belirli bir hukuk kuralında bulunan yetkinin zımnin açıklanma biçimine referans yapmasıdır.²¹

Takdir yetkisi ise, yargılamayı yapacak olan kurumun değerlendirme serbestliğini ifade etmektedir.²² Milletlerarası tahkim yargılaması gerçekleştiren hakem mahkemesi değerlendirmelerde bulunurken takdir yetkilerine dayanarak sonuçlara varmaktadır.²³ Takdir yetkisinde de tahkim anlaşması ile diğer düzenlemelerde yetkinin kullanılma biçimi ve içeriği belirlenmemiştir. Doğal yetki ve zımni yetkiden farklı olarak yalnızca hakemlerin herhangi bir konuda takdir yetkisine sahip olduğu söz konusu düzenlemelerde ifade edilmektedir. Buna karşılık, takdir yetkisinin kullanıldığı durumda hakemlerin nasıl değerlendirme yapacağı ve hangi içerikte karar vereceği hakemlerce münferiden tespit edilecektir. Takdir yetkisi, diğer yetki çeşitlerinden farklı olarak, hakemlerin alacakları kararları ortaya koyması sırasında yaptıkları değerlendirme yöntemini ifade etmektedir. Takdir yetkisi sayesinde hakemler, alacakları karara yönelik serbestçe düşünerek karar alacaklardır. Doğal yetki ve zımni yetki kavramlarında ise hakemlerin kararı almak üzere yaptıkları değerlendirmeye yönelik bir anlam yoktur.

D. Mahkeme ve Hakem Kararlarında “Doğal Yetkiye” Dair Tespitler

Tahkim alanında ortaya çıkan birçok yeni kavram ve düşünce genellikle tahkim yargılamalarında ortaya çıkan ihtiyaçların ürünüdür. Ne var ki tahkimde geçerli olan gizlilik prensibi sebebiyle bu kavram ve düşüncelerin asıl kaynağına erişme imkânı genellikle bulunmamakta ancak dolaylı kaynaklar üzerinden gidilebilmektedir. “Doğal yetki” kavramı bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Nitekim bu kavramın tanımının kesin olarak yapılamamasının nedenlerinden biri olarak, tahkimde kararların gizlilik prensibi ile korunuyor olması gösterilmektedir.²⁴ Hakemlerin verdikleri kararlarda doğal yetkiye dönük yaptıkları belirlemeler kararların tam veya yeterli

21 Martins Paparinskis, ‘Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So’, in Laird & Weiler (eds) *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Cilt 5, (2011) 4. Bkz <http://ssrn.com/abstract=1876705> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022; Chester Brown, ‘Inherent Powers in International Adjudication’ in Cesare P. R. Romano, Karen J. Alter, Yuval Shany (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (Oxford University Press, 2013) 840.

22 Takdir yetkisi/takdir hakkı kavramı TDK’ya göre şu anlama gelmektedir: “Kanunun belirlediği durumlarda yargıca tanınan değerlendirme serbestliği”. Bkz <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

23 Takdir yetkisi kavramı, İngilizce ‘*discretionary power*’ olarak ifade edilmektedir.

24 Hakem kararlarının gizliliğinin tahkimdeki diğer kavramların incelenmesine yaptığı etki ile doğal yetkinin incelenmesine yaptığı etki aynı değildir. Bunun, doğal yetkinin tespitini engelleyen bir husus olmasının nedeni, tahkimdeki diğer konulardan farklı olarak, doğal yetki kavramının zaten hukuk düzenlemeleriyle açıkça düzenlenmiyor oluşudur. Tahkim anlaşmasında, tahkim kanunlarında veya kurallarında açıkça düzenlenen tahkime elverişlilik, hakemlerin ihtiyati tedbir kararı vermesi gibi tahkime dair kavramlarda hakem kararlarının gizliliği bu denli bir engelleyici sorun oluşturmamaktadır.

olarak yayınlanmaması nedeniyle her zaman tespit edilemeyebilir.²⁵ Doğal yetkilerin tespitini ve değerlendirilmesini zorlaştıran başka bir husus ise, hakem kararlarında doğal yetki kullanımına her zaman atıf yapılmamasıdır. Hakemler yargılama sırasında doğal yetkilerine başvurarak karar almakla birlikte, genellikle, doğal yetkilerini kullandıklarını ve bunun nedenini açıkça belirtmemektedirler.²⁶ Ayrıca, farklı hukuk sistemlerinde ve ülkelerde doğal yetki kavramının birbirinden farklı olarak tanımlanması mümkün olduğundan milletlerarası tahkimde belirli bir tanım yapılması da bir güçlük olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, doğal yetkinin hakemlerin veya mahkemelerin açıkça yetkilendirilmedikleri hususlara ilişkin olmasından dolayı aynı ülke içindeki farklı yargı kurumlarının dahi doğal yetkiyi farklı yorumlaması mümkündür. Bununla birlikte “doğal yetki” kullanımına örnek ve hatta bazen kaynak dahi teşkil eden bazı hakem kararları mevcuttur. Ayrıca “doğal yetki” kullanımına dayanak teşkil edebilecek tespitler içeren bazı devlet mahkemesi kararları da bulunmaktadır.²⁷

Meselâ çalışmamızda benimsediğimiz “doğal yetki” tanımına benzer bir tanım 18. yüzyılda devletlerarası tahkimde kullanılmıştır. 1797 yılındaki ‘*The Betsy*’ kararında doğal yetki kavramı ilk kez olmak üzere *kompetenz-kompetenz* ilkesi çerçevesinde kabul edilmiştir.²⁸ ‘*The Betsy*’ kararında, ABD ile Büyük Britanya arasındaki 1794 tarihli Jay Antlaşması kapsamında oluşturulan yargısal kurum olan Karma Komisyonun üyelerinin kendi yargı yetkilerini belirleme gücüne sahip olduğu belirtilmiştir. Komisyon olarak isimlendirilen bu kurum hem devletlerarası ihtilafları hem de her bir devlet vatandaşlarının diğer devletten olan tazminat taleplerini karara bağlayan bir hakem mahkemesinden ibaret olup tahkim yargılaması gerçekleştirmiştir.²⁹

25 Bu durum özellikle ticari tahkimde geçerlidir. Ticari tahkimdeki hakem kararları büyük çoğunlukla herhangi bir yerde yayınlanmamaktadır. Yatırım tahkiminde ise özellikle Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes / ICSID) kararlarının tarafların rızaları üzerine şeffaflık gibi nedenlerle kamuya açık olarak yayınlanması söz konusudur.

26 SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A. v Filipinler, ICSID Dava No. ARB/02/6, Yetkiye Dair İtirazlar Hakkında Hakem mahkemesi Kararı, 29.01.2004, para 173; Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA, Vivendi Universal SA v Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/19, Yetki Hakkında Karar, 03.08.2006, para 17; ADC Affiliate Limited, ADC & ADMC Management Limited v Macaristan, ICSID Dava No. ARB/03/16, Karar, 02.10.2006, para 64-68; Noble Energy Inc, MachalaPower Cia Ltda v Ekvador, Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Dava No. ARB/05/12, Yetki Hakkında Karar, 05.03.2008, para 188-194; Jan de Nul N.V. v Dredging International N.V. v. Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava no ARB/04/13, Karar, 06.11.2008, para 261.

27 Devlet mahkemelerinin doğal yetkileri de hakemlerin doğal yetkilerinin incelenmesinde yardımcı olabilir. Hakem kararlarının gizlilik nedeniyle tam ve yeterli biçimde yayınlanmaması ve aslına ulaşılamaması durumlarında mahkeme kararlarından konumuzla ilgili çıkarım yapılması kaçınılmaz olmaktadır. Ayrıca, devlet mahkemelerindeki doğal yetkilerin kaynağı ve kullanılma nedenleri ile amaçları tahkimdekilerle benzerlik göstermektedir. Doğal yetkiler bir araç olarak devlet mahkemeleri ile hakem heyetlerinde aynı prensiplere dayanılarak kabul edilmektedir. Zira devlet mahkemelerinin kendilerinde doğal yetkiler olduğunu kabul etme biçimleri ve buna dayanak gösterdikleri hukuki kaynaklar tahkimdeki doğal yetki kabulünden farklı değildir.

28 John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party* (1898) 2278 (Bjorklund, Brosseau, *Sources of Inherent Powers* (n7) 7 atfıyla).

29 Klasik devletlerarası yargılamamızın yanında, özel hukuk kişilerinin malvarlıklarına diğer devletin müdahalesi veya sözleşmelerin ihlalden kaynaklanan tazminat taleplerinin yargılaması da yapılabildiği için karma nitelikli bir mahkeme görünümündedir. Tahkimin ve mahkemelerin özelliklerini birlikte barındırmakta olup uluslararası hukuktaki çok taraflı sözleşmeler kapsamında oluşturulmuştur. Bkz. Halil Rahman Başaran, *Uluslararası Tahkim* (On İki Levha Yayınları, 2014) 63, 135. Bu şekilde komisyon olarak isimlendirilen heyetler aslında milletlerarası tahkim yargılaması gerçekleştiren hakem heyetlerinin önceki görünümüleri olarak ifade edilebilir. Aynı yönde bkz. Friedrich Rosenfeld, ‘The Inherent Powers of International Adjudicators to Reconsider and Revise Their Decisions’, in Franco Ferrari and Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019) 395.

Komisyonun ABD’li üyelerinden Gore, “Komisyon önüne getirilen bir iddianın kendi yetki alanı içinde olup olmadığına karar verme yetkisinin bu Komisyonun kurulması nedeniyle sahip olduğu doğasında var olduğunu” belirtmiştir.³⁰ Komisyonun görevlerini yerine getirebilmek için bu incelemeyi kendisinin yapmasının kaçınılmaz olarak gerekli olduğu görüşü bu şekilde ifade edilmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesinin *Marbury v. Madison*³¹ (1803) kararı, bir yargı kurumunun açıkça yetkilendirilmediği durumlardaki yetkilerini ifade etmesi bakımından önemlidir. Yüksek Mahkeme, açıkça yetkilendirilmemiş olsa dahi anayasanın Yüksek Mahkemeye verdiği anayasal ilkeleri koruma görevi neticesinde kararlar alabileceğine hükmetmiştir. Bu sayede, Yüksek Mahkemenin anayasaya aykırı olduğunu tespit ettiği kanunları iptal etme yetkisinin doğal bir yetki olarak kendisinde olduğu kabul edilmiştir.³² Anayasa ve kanunların çatışması durumunda hangi kurala öncelik tanınacağına Yüksek Mahkemenin karar verebilmesinin Yüksek Mahkemenin kanuni yetkisinin bir gereği olduğu belirtilmiştir.³³ Yüksek Mahkemenin yargılama kurumu olarak kuruluş amaçları ve uyuşmazlıkları çözmeye yönündeki özellikleri, açıkça yetkilendirilmese de kararlar alabilmesini mümkün ve zorunlu kılmaktadır. Doğal yetki kavramının İngiliz mahkemelerinde ilk defa kullanılması ise 19. yüzyılın sonlarında verilen *Metropolitan Bank v Pooley*³⁴ (1885) davasında gerçekleşmiş ve yargılamanın durdurulması yetkisinin bir doğal yetki olarak hâkimlerde mevcut olduğu kabul edilmiştir³⁵.

Daha sonra 1899 Birinci Lahey Konferansında Baron Descamps tarafından, *kompetenz-kompetenz* ilkesini reddetmenin hakem mahkemesini kendisinden beklenen gerekli fonksiyonları yerine getiremeyen bir kurum hâline getireceği ifade edilmiştir.³⁶ Bu nedenle tahkimin yargısal karakterinin kabul edildiği durumda onun kendi yetkisine kendisinin karar verme yetkisinin olduğunun da kabul edilmesi zorunlu olarak ortaya çıkan bir sonuç olmalıdır. Aksi takdirde tahkimin yargısal bir kurum olarak varlığının bir anlamı olmayacak ve yetkisinin belirlenmesi bakımından diğer yargısal kurumlara bağlı olarak varlığını sürdürecektir.

ABD’nin Versay Antlaşması’nı imzalamama kararının ardından Almanya’ya karşı I. Dünya Savaşı’ndan doğan taleplerini değerlendirmek için 1921 Berlin

30 John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States has been a Party* (1898) 2278 (Bjorklund, Brosseau, *Sources of Inherent Powers* (n7) 7 atfıyla)

31 ABD Yüksek Mahkemesi, *Marbury v Madison*, No 5 US, 24/02/1803, 137-180, Bölüm 176, s5. Bkz <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022 [**Marbury v. Madison**].

32 *Marbury v. Madison*, Bölüm 178.

33 *Marbury v. Madison*, Bölüm 179.

34 *Metropolitan Bank v Pooley*, 10 App Cas 210, 1885, 220-1; Karar ile ilgili ayrıntılar için ayrıca bkz <https://nzeriminallaw.blogspot.com/2010/06/free-speech-and-fair-trials.html> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

35 Middleditch, *The Use of Inherent Powers by Arbitrators to Protect the Public at Large* (n2) 331.

36 James Brown Scott, *the Reports to the Hague Conferences of 1899 and 1907* (1917) 83 (Bjorklund, Brosseau, *Sources of Inherent Powers* (n7) 7 atfıyla).

Anlaşması³⁷ uyarınca oluşturulan Almanya-ABD Komisyonu da hakemlerin çeşitli konulardaki doğal yetkilerini tespit etmiştir. Sabotaj Davaları olarak adlandırılan çeşitli yargılamalarda Komisyon, hakemlerin delillerin değerlendirilmesi ve kararın tekrar düzenlenmesi konularında doğal yetkilerine dayanarak karar alabileceğini belirtmiştir. Özellikle ABD’li Komisyon üyesi Chandler Anderson, Komisyonun doğasında bulunan yetkilerin, yalnızca iki hükümetin koyduğu sınırlamalara tâbi olarak, “görevlerini yerine getirmek için gerekli ve uygun her türlü yetkiyi” içerdiğini ifade etmiştir.³⁸ Bu kapsamda Komisyon kararlarında şu ifadelere yer verilmiştir:

*“Komisyon, kendisini kuran anlaşmada özel olarak belirtilenlerin çok ötesinde olağanüstü ve kapsamlı yetkilere sahiptir ve iki hükümet tarafından da Komisyon’un bu geniş yetkilere sahip olması amaçlanmıştır. Bu olağanüstü yetkiler; Komisyon’un doğası gereği ve onun kuruluşuna özgü olan, görevlerini yerine getirmek için gerekli ve uygun olan her türlü yetkiyi içerir. Bu yetkilerin kapsamını ve nasıl kullanılacağını, aşağıdakilere bağlı olarak, Komisyon kendi takdirine göre belirleyebilir. İki hükümet kendi aralarındaki ortak anlaşma ile bu yetkilere ne tür bir sınırlama veya denetim getirileceğini belirleyebilir.”*³⁹

Bu ifadelerle, Almanya-ABD Komisyonu’nun kendisini kuran Berlin Anlaşması gereği bazı doğal yetkilere sahip olduğu belirtilmiştir. Bu yetkiler kurucu anlaşmanın Komisyonu oluşturma amacı ve ona verdiği görevlerden kaynaklandığı için Komisyonun doğası gereği mevcuttur. Aynı zamanda, bu doğal yetkiler kurucu anlaşmada açıkça belirtilmediği için yalnızca olağanüstü durumlarda ortaya çıkıp kullanılabilir. Yetkilerin olağanüstü olması ancak istisnai ve zorlayıcı durumlarda kullanılabilir olması ifade etmektedir.

Milletlerarası bir yargı kurumu olan Lübnan ile Birleşmiş Milletler (BM) arasındaki anlaşma ile kurulan Lübnan Özel Mahkemesi⁴⁰ de hâkimlerin doğal yetkilerine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Lübnan Özel Mahkemesi Temyiz Dairesi, doğal yetki kavramını, Mahkemenin sahip olduğu yargı yetkisinin doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkan ve arızı hukuki sorunların değerlendirilmesini sağlayan yetkiler olarak açıklamıştır.⁴¹ Mahkemenin birincil yargı yetkisine sahip olduğu konunun hâkimlerin önüne getirildiği andan itibaren çeşitli konularda hâkimlerin doğal yetkisi

37 Anlaşmanın tam adı ABD ve Almanya Arasında Barış Antlaşması olup Komisyonun kurulmasını sağlayan Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya Arasında, 25 Ağustos 1921’de Yapılan Antlaşma Kapsamında Almanya’nın Mali Yükümlülüklerini Karşılama İçin Almanya Tarafından Ödenecek Tutarı Tespit Eden Karma Bir Komisyon Kurulması Anlaşması’nın da temelini oluşturmuştur. Bu Anlaşma’nın 1. maddesi taraflar arasında kurulacak tahkim komisyonunu ve yapılacak yargılamanın kapsamını belirlemiştir. Bkz <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uiug.30112098452177&view=1up&seq=4> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

38 Almanya-ABD Komisyonu’nun yaptığı yargılamalardan olan Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and various Underwriters v. Almanya davasında yukarıda belirtilen açıklamalar yapılmıştır. Bkz www.legal.un.org Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

39 Rosenfeld, *The Inherent Powers of International Adjudicators to Reconsider and Revise Their Decisions* (n29) 396.

40 Mahkeme, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 30 Mayıs 2007 tarih ve 1757 sayılı Kararı ile kurulmuştur. Kararın ekinde Mahkeme’nin Statüsü’nü belirleyen Lübnan Özel Mahkemesi Tüzüğü bulunmakta olup, Mahkemenin çalışmasıyla ilgili yargı yetkisini, yapısını ve diğer önemli hususlar burada tanımlanmıştır. Bkz <https://www.stl-tsl.org> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

41 Lübnan Özel Mahkemesi, Temyiz Dairesi, Ön Yargılama Hâkiminin Yetki ve Göreve İlişkin Kararının Temyizine İlişkin Karar, Dava No. CH/AC/2010/2, Karar, 10/11/2010, para 45 <https://www.stl-tsl.org> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

ortaya çıkar. Mahkemenin açıklamasına göre, bu nedenlerle, doğal yetki, birincil yargı yetkisine bağlı ve ikincildir, ayrıca, hukuka uygun bir yargılamanın gerçekleştirilmesini sağlamak için gereklidir.

İran-ABD İhtilafları Tahkim Mahkemesinin 2011 yılında verdiği bir kararında kabul ettiği üzere uluslararası hakem mahkemeleri “kendilerine açık olarak verilmemiş olan ancak uyumsuzluğun taraflarının devlet mahkemelerinde olduğu gibi yargısal, adli nitelikte bir kurum oluşturma niyetlerinin zorunlu bir sonucu” olan doğal yetkilere sahiptirler. “Uluslararası mahkeme ve tahkim heyetlerinin doğal yetkilerinin kaynağının bu mahkeme ve heyetlerin görevlerini yerine getirebilmesini sağlama amacı” olduğu da kararda belirtilmiştir.⁴²

Milletlerarası yatırım uyumsuzluklarının tahkim yoluyla çözülmesinde de hakemlerin doğal yetkilerine başvurması söz konusu olmuştur. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes / ICSID) nezdinde görülen *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Mısır (SPP)* davasında hakem mahkemesi “her mahkemenin, adil bir karar verme bakımından gerekli olduğunda yargılamayı durdurma konusunda doğal yetkisi (olduğu) ve bu hakem mahkemesinin de bu yönde karar vermesinin ICSID Anlaşması’nın 44. maddesiyle de kabul edildiği” sonucuna varmıştır.⁴³ Hakem mahkemesinin 44. maddeye atıf yapması kullandığı yetkinin doğal yetki olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.⁴⁴ Zira, adil yargılama ilkelerine uyum sağlanması amacıyla ve hukuki düzenlemelerle açık olarak belirlenmeyen bir yetkiye dayanılarak yargılamanın durdurulması yönünde kullanılan yetki niteliği ve içeriği itibarıyla doğal yetkiye karşılık gelmektedir.

ICSID tahkimindeki *Hrvatska ve Siag* kararlarında da ‘hakem heyetlerinin doğal yetkilerinin kısmen de olsa ICSID Anlaşması’nın 44. maddesi metninden bir dayanak bulduğu’ görüşü benimsenmiştir.⁴⁵ *RSM Production Corporation v Grenada*⁴⁶ davasında

42 Iran v ABD (İran-ABD Heyeti, İran’ın Değişiklik Talebi Hakkında Karar, 01/07/2011, Karar No DEC 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT), para 59.

43 Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Mısır, ICSID Dava no ARB/84/3, Yetki Hakkında Karar, 27/11/1985, para 87. Bu karar kamuya açık olarak yayınlanmamıştır. Karar hakkında söz konusu bilgiler için bkz Paparinskis, *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So* (n21) 4.

44 Bu durum aslında doğal yetkilerin tahkim kanunları ve kuralları ile açık veya zımni olarak da belirlenebileceğini öne süren görüşün bir yansımasıdır. Özellikle Paparinskis tarafından milletlerarası yatırım tahkimine yönelik olarak ifade edilen bu görüş uyarınca söz konusu düzenlemelerde hakemlerin doğal yetkilere sahip olduğu açık veya zımni olarak ifade edilebilir. Bkz Paparinskis, *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So* (n21) 4. Bu görüşün dikkatli değerlendirilmesi gerekir, zira doğal yetkilerin özelliği tahkim anlaşması ve diğer düzenlemelerde açıkça belirtilmemesidir. Tahkim anlaşması ve diğer düzenlemeler ile hakemlerin doğal yetkilerinin olduğunun yalnızca kabul edilmesi durumunda hakemlerin bu düzenlemelere dayanarak aldığı kararlar da doğal yetkileri kapsamında alınmıştır. Buna karşılık, doğal yetkilerin müferit olarak neler olduğu, içeriklerinin açık olarak tespit edilmesi mümkün değildir. Herhangi bir yetki kullanım hâlinin, örneğin hakemlerin kendi yetkilerine karar verebilmesi olan *kompetenz-kompetenz*, açıkça tahkim anlaşması veya diğer düzenlemelerde yer alması durumunda artık hakemler doğal yetkilerine değil açıkça yetkilendirildikleri bu hâle dayanarak ilgili kararı alabilirler.

45 Hrvatska Elektroprivreda v Slovenia, ICSID Dava No ARB/05/24, David Mildon QC’nin Yargılamanın İlerleyen Aşamalarına Katılmasıyla İlgili Karar, 06/05/2008, s10 para 33; Waguib Elie George Siag ve Clorinda Vecchi v Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/05/15, Karar, 01.06.2009, para 366.

46 RSM Production Corporation v Grenada, ICSID Dava No. ARB/05/14, Ön Karar Verilmesi Başvurusu Hakkında Karar, 07/12/2009, para 16-26.

ise hakem mahkemesi, hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi bağlamında davanın reddi kararını doğal yetkisine dayandırmıştır. ICSID Sözleşmesi'nde, hakem mahkemesine hakkın kötüye kullanılması nedeniyle davayı reddetme yetkisi veren açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, hakem mahkemesi kendi yargısal faaliyetinin bütünlüğünü korumak için bunu yapma yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir.⁴⁷ Bazı hakem heyetleri ise, doğal yetki ifadesini açıkça zikretmemekle birlikte ICSID Anlaşması'nın 44. maddesine⁴⁸ atıf yapmışlar veya hakemlerin “*usule ilişkin genel yetkilerine*”⁴⁹ dayanmışlardır.

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Temyiz Organının *Meksika-Soft Drinks*⁵⁰ kararı ise, diğer tüm uluslararası yargı organları gibi, DTÖ panellerinin de doğal yetkilere sahip olduğunu belirtmesi bakımından önemlidir. Temyiz Organı, DTÖ panellerinin yargı işlevine sahip olmasından dolayı doğal yargı yetkisinin bu işlevin doğasından kaynaklandığını açıklamıştır. Ayrıca, Temyiz Organının kendi yetkisi ile ilgili geçmişteki uygulamalarının da gösterdiği üzere, panellerin doğal yetkilerinin mevcudiyeti, Uyuşmazlık Çözümü Belgesi (Dispute Settlement Understanding / DSU) veya DTÖ Anlaşması gibi panelleri ve Temyiz Organını oluşturan metinlerdeki hükümlere bağlı değildir.⁵¹

Yukarıda saydığımız hem milletlerarası tahkim hem de devlet mahkemesi uygulamaları göz önüne alındığında kavramın Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Doğal yetki, özellikle Avustralya, Kanada, Singapur ve Yeni Zelanda dâhil Anglo-Amerikan hukuk sisteminin geçerli olduğu birçok devletteki mahkemelerde hâlen yaygın olarak başvurulmuş bir yetki çeşididir.⁵² Anglo-Amerikan hukuk sistemlerindeki hukuk yapım tekniğinin Kıta Avrupası hukuk sistemlerine kıyasla daha fazla içtihadı dayalı olması, kanunların daha az olması nedeniyle Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki mahkeme kararlarında doğal yetkinin daha fazla işlendiği ortadadır. Ancak, bu durum Kıta Avrupası hukuk sistemleri bakımından hakemlerin doğal yetkisinin önemini azaltmamaktadır. Benzer gerekçeler ve benzer durumlar için Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki devlet mahkemeleri ile

47 RSM Production Corporation v Grenada, ICSID Dava No. ARB/05/14, Ön Karar Verilmesi Başvurusu Hakkında Karar, 07/12/2009, para 20.

48 SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A. v Filipinler, ICSID Dava No. ARB/02/6, Yetkiye Dair İtirazlar Hakkında Hakem mahkemesi Kararı, 29.01.2004, para 173; Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA, Vivendi Universal SA v Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/19, Yetki Hakkında Karar, 03.08.2006, para 17; ADC Affiliate Limited, ADC & ADMC Management Limited v Macaristan, ICSID Dava No. ARB/03/16, Karar, 02.10.2006, para 64-68; Noble Energy Inc, MachalaPower Cia Ltda v Ekvador, Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Dava No ARB/05/12, Yetki Hakkında Karar, 05.03.2008, para 188-194; Jan de Nul N.V. ve Dredging International N.V. v Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava no ARB/04/13, Karar, 06.11.2008, para 261.

49 Jan de Nul N.V. ve Dredging International N.V. v Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava no ARB/04/13, Karar, 06.11.2008, para 261.

50 DT  Uyuşmazlık Çözüm Organı Kararı, Meksika – Alkolstüz ve Diğer İçecekler Hakkında Vergi Yükümlülükleri Davası, No. WT/DS308/AB/R, 06.03.2006.

51 Andrew D. Mitchell, David Heaton, ‘The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function’ (2010) 31(3) *Michigan Journal of International Law*, 568.

52 *ILA Report* (n10) 3.

hakem heyetlerinin aynı şekilde doğal yetkilerine başvurmaları mümkündür. Kökleri Anglo-Amerikan hukuk sistemine dayanan doğal yetki, artık Kıta Avrupası hukuk sistemi etkisi altında olan ve bu hukuk sistemiyle bağlantısı bulunan milletlerarası tahkim yargılamalarında da kullanılmaktadır. Yukarıda kısaca örnek olarak bahsedilen Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin etkili olduğu milletlerarası tahkim uygulamaları da bu durumu ortaya koymaktadır.

Sonuç itibariyle, yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, milletlerarası tahkim uygulamasında doğal yetki kullanım hâlleri zaman zaman farklı isimlerle anılmaktadır.⁵³ Özellikle ICSID tahkiminde bazı hakem heyetleri doğal yetki ifadesini⁵⁴ kullanmakla birlikte bazıları hakem mahkemesinin genel usulî yetkileri ifadesini⁵⁵ kullanırken bazıları aynı işlevi görecektir şekilde yetki kullanımı yapmalarına rağmen yalnızca ICSID Sözleşmesi’nin 44. maddesine atıf yapmakla⁵⁶ yetinmiştir. Birçok hakem kararı ve teorik çalışmada da hakemlerin yetkileri yönünden ayrımlara hiç girmeden farklı yetki çeşitleri ile doğal yetki kavramlarını ifade etmek üzere takdir yetkisine atıf yapılmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, hakemlere tahkim anlaşmasında veya tahkimin tâbi olduğu kurallarda açıkça veya zımnen verilmemesine rağmen kullanımı hukuka aykırılık teşkil etmeyen bütün yetkilerin “doğal yetki” niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

II. Doğal Yetkinin Önemi ve Amaçları

Doğal yetki, hem tahkimin bir yargılama olmasıyla hem de tarafların iradeleriyle yakın ilgilidir. Bir açıdan, doğal yetkinin temelinde, tahkim yargılamasında tüm tarafların beklentilerinin sağlanması yatmaktadır.⁵⁷ Uyuşmazlığın hem usulüne uygun hem de genel olarak hukuka uygun bir şekilde çözülmesi beklentisinin karşılanmasında doğal yetkinin önemli bir rolü vardır. Bunun yanında, tahkim yargılamasının ve hakemlerin yargılama içerisindeki niteliği de doğal yetki üzerinde etkilidir. Hakemlerin bir sözleşmeye dayanarak tahkim yargılamasını gerçekleştirmekte olmaları, tahkimdeki sözleşmesel bir hizmet görme niteliğini ortaya koymaktadır. Hakemler aynı zamanda

53 Páparinskis, *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So* (n21) 9; Amerasinghe, *Incidental Jurisdiction: Intervention and Interim Measures* (n16) 151.

54 Hrvatska Elektroprivreda v Slovenya, ICSID Dava No. ARB/05/24, David Mildon QC’nin Yargılamanın İlerleyen Aşamalarına Katılmasıyla İlgili Karar, 06/05/2008, s10 para 33; Waguih Elie George Siag ve Clorinda Vecchi v Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/05/15, Karar, 01.06.2009, para 366.

55 Jan de Nul N.V. ve Dredging International N.V. v Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava no ARB/04/13, Karar, 06.11.2008, para 261; Noble Energy Inc, MachalaPower Cia Ltda v Ekvador, Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Dava No. ARB/05/12, Yetki Hakkında Karar, Tarih 05.03.2008, para 190.

56 SGS Soci t  G n rale de Surveillance S.A. v Filipinler, ICSID Dava No. ARB/02/6, Yetkiye Dair İtirazlar Hakkında Hakem mahkemesi Kararı, 29.01.2004, para 173; Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA, Vivendi Universal SA v Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/19, Yetki Hakkında Karar, 03.08.2006, para 17; ADC Affiliate Limited, ADC & ADMC Management Limited v Macaristan, ICSID Dava No. ARB/03/16, Karar, 02.10.2006, para 64-68; Noble Energy Inc, MachalaPower Cia Ltda v Ekvador, Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Dava No. ARB/05/12, Yetki Hakkında Karar, 05.03.2008, para 188-194; Jan de Nul N.V. ve Dredging International N.V. v. Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava no ARB/04/13, Karar, 06.11.2008, para 261.

57 Julien Fouret ve diğ rleri, *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary* (Edward Elgar Publishing, 2019) 390 vd; Bjorklund, Brosseau, *Sources of Inherent Powers* (n7) 46.

birer karar verici olarak yargılama yapmaktadırlar. Bu da tahkimde hakemlerin rolünün yalnızca bir hizmet görmekten öte yargılama yapma mercii olduğunu göstermektedir. Hakemler, bu görevleri aynı anda yerine getirirken doğal yetkilerine başvurabilirler. Her iki görev bakımından da doğal yetkiler aynı işlevi yerine getirmektedir.

Doğal yetkiler, önceden düzenlenmeyen durumların hakemlerce değerlendirilmesi gerektiğinde hakemlerin yetkilerinin yetersiz kalmasını önlemek için devreye girer.⁵⁸ Profesör Wälde tarafından bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Doğal yetkiler, (hakemlerin) pro-aktif olarak silahların eşitliğini yeniden tesis etme görevini yerine getirmesini sağlayan temel kavramdır. Bu kavrama dayanarak (hakemler) yargı sürecinin adalet ve bütünlüğünü korumak için elinin altında yeterli araçlara sahiptir.”*⁵⁹

Tahkime uygulanacak hukuki düzenlemelerde açıkça belirleme yapılmaması nedeniyle boşluklar bulunsa bile hakemler bu görevlerini yerine getirirken doğal yetkilerine dayanabilirler.⁶⁰ Bu boşlukların doldurulması hakemlerin görevi olmasının yanında, aynı zamanda, onların yetkileri kapsamındadır. Hakemlerin doğal yetkisi konusunda kapsamlı ve milletlerarası tahkim literatüründe sıkça başvuru alan eserleri bulunan Profesör Brown tarafından da ifade edildiği üzere, doğal yetki doktrini, uluslararası yargı organlarının kurucu belgelerindeki boşlukları doldurmalarına imkân veren uygun bir hukuki yapı oluşturur.⁶¹ Prof. Brown’un doğal yetki konusundaki açıklamaları kısaca şu şekildedir:

*“Bu tür belgeler, usul hukuku veya bu tür mahkemelerin usul yetkileri için mutlaka kapsamlı hükümler getirmez ve boşluklar içerebilir. (...) Yargılamanın usulü ve verilecek kararlara ilişkin kurucu belgelerinde boşluklarla karşı karşıya kalan [mahkeme ve hakemler], uluslararası mahkemelerin içtihatları, uluslararası teamüller ve genel hukuk ilkeleri gibi diğer hukuk kaynaklarına, kurucu belgeleriyle çelişmemesi nispetinde, başvururlar. Usule ilişkin bu kural incelemesine ek olarak, uluslararası mahkemeler ayrıca usule ilişkin daha tartışmalı bir hukuk kaynağını da dikkate alabilirler. Bu da, kurucu belgeleri tarafından kendilerine verilmeyen yetkilerin kullanılmasıdır. Bu durum, doğal yetkiler olarak bilinen yetkileri ifade etmektedir.”*⁶²

Doğal yetki kullanımları bakımından önemli olan, geçerli ve icra edilebilir bir karar elde edilmesi için hakemlerin yetkilerini aşmamalarıdır. Hakemlerin açıkça

58 Margaret L. Moses, *Inherent and Implied Powers of Arbitrators* (Loyola University Chicago School of Law, 2014) 3; Bjorklund, Brosseau, *Sources of Inherent Powers* (n7) 11. Bu tespit tahkimin pratik ihtiyaçlarına dönük olup evrensel bir kabule sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, her bir tahkim yargılamasının ve farklı tahkim alanlarına dönük olarak çeşitli pratik ihtiyaçlar nedeniyle farklı tespitler de yapılmaktadır. Mesela, yatırım tahkiminde Paparinskis tarafından doğal yetkilerin zimni veya açık olarak belirlenmesinin yapılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Paparinskis, *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So* (n21) 4.

59 Thomas Wälde, ‘Equality of Arms in Investment Arbitration: Procedural Challenges’, in Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide To The Key Issues* (2010) 182. Ayrıca, aynı yönde açıklamalar için bkz. Bjorklund, Brosseau, *Sources of Inherent Powers* (n7) 31.

60 William W. Park, ‘National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration’ (1989) 63 *Tulane Law Review* 647, 653; Amerasinghe, *Incidental Jurisdiction: Intervention and Interim Measures* (n16) 151.

61 Brown, *Inherent Powers in International Adjudication* (n21) 832.

62 Brown, *Inherent Powers in International Adjudication* (n21) 832.

yetkilendirilmedikleri konularda karar alabilmeleri, bu konuların genel olarak yetki aşımı teşkil etmemesi hâlinde mümkündür. Hakemler, açıkça yetkilendirilmedikleri konularda doğal yetkilerine başvurarak karar alabilecek, uyumsuzluğun adil bir kararla sonuçlanması amacıyla bu şekilde ulaşabileceklerdir.⁶³ Zira doğal yetki kullanılması hâli de hakemlerin aslında yetkileri dâhilinde karar verdikleri durumlardan bir tanesidir.

Doğal yetkinin kavramsal içeriği ve sınırları konusunda ilk bölümde bahsedilen çerçevede genel bir anlayışın olduğunu söylemek mümkündür.⁶⁴ Öbür taraftan, ILA Raporu’nda da belirtildiği üzere hangi kararların ve yetki kullanımlarının doğal yetkiyi oluşturduğu konusunda bir fikir birliği yoktur.⁶⁵ Ne tür kararların hakemler tarafından doğal yetki gerekçe gösterilerek açıkça yetkilendirme olmasa dahi verilebileceği hakem ve devlet mahkemesi kararlarında da tartışmalıdır. Bu yetkilerin uygulandığı birçok tahkim davası olmakla birlikte özellikle ticari tahkimdeki gizlilik nedeniyle kararların tamamına erişilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, birçok milletlerarası yatırım tahkimi davasında da kararın kamuya açıklanmaması durumunda doğal yetki kullanımlarına ilişkin gerekçeler ve karar türleri tespit edilememektedir.

Doğal yetkilerin kullanıldığı durumlarda hakemler bu yetkileri birçok farklı şekilde kullanmıştır. Mesela, bir milletlerarası ticari tahkim davasında hakemler, davacı lehine ne miktarda tazminat verileceğine karar vermek için, tarafların iddia ve savunmalarını dikkate almadan, yalnızca doğal yetkilerine başvurmuşlardır.⁶⁶ Ayrıca, kötü niyetli davranışlara yaptırım uygularken⁶⁷, yargılamada taraflara ceza niteliğinde kararlar verirken⁶⁸, belgelerin ibrazını emrederken⁶⁹ ve davayı reddederken⁷⁰ hakemler doğal yetkilerine başvurabilmektedir. Bunların haricinde, tahkimde taraflara veya avukatlara yönelik yaptırım kararlarını uygulamak ve yargılamaları yönetmek, yargılamayı usul ve esas olarak ayırmak⁷¹ (*bifurcation*), eş zamanlı olarak devam eden paralel yargılamaları durdurmak, tahkim dışında bir dava açılmasını önlemek üzere karar almak (*anti-suit injunction*), yargılamaya yeni hukuki meseleleri dâhil etmek veya tarafların haklarının

63 Aynı yönde bkz. Paola Gaeta, ‘Inherent Powers of International Courts and Tribunals’ in Lal Chand Vohrah et al (eds), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (Kluwer Law International, 2003) 364, 365; Inka Hanefeld, Aaron de Jong, ‘Inherent Powers to Streamline the Proceedings’ in Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019) 247.

64 Mitchell, Heaton, *Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals* (n51) 562.

65 Castagna, *Inherent Powers* (n7) 409.

66 Karaha Bodas Co LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, in Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook of Commercial Arbitration* (2008) 33, 575 www.kluwerarbitration.com Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

67 Certain underwriters at Lloyd’s, London v. Argonaut Ins. Co., ABD Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi, Dava No. 264 F.Supp.2d 926, 13.05.2003 www.casetexcom Erişim Tarihi 1 Kasım 2022; ReliaStar Life Insurance Company of New York v EMC National Life Company (National Travelers Life Company), ABD Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesi, Dava No. 564 F3d 81, 09.04.2009.

68 Denis Bensaude, ‘S.A. Otor Participations v. S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings I: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration’ (2005) 22(4) *Journal of International Arbitration*, 357-362, 361 www.kluwerarbitration.com Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

69 ICC Dava No.11770, Karar, 2011, ICC Arbitration Bulletin.

70 ICC Dava No.12297, 1 No’lu Usuli Karar, 22.08.2003, ICC Arbitration Bulletin, Özel Ek (2010) 38.

71 Massimo Benedettelli, ‘To bifurcate or not to bifurcate? That is the (Ambiguous) Question’ (2013) 29 *Arbitration International* 493, 505.

korunması için çeşitli tedbirlere karar vermek şeklinde olmak üzere de doğal yetki kullanımları kabul edilmektedir.⁷²

III. Doğal Yetkinin Kaynakları

A. Genel Olarak

Hakem mahkemesinin tahkim yargılamasında kullanabileceği bazı doğal yetkilerinin olup olmadığının belirlenmesinde bu yetkilerin kaynağının belirlenmesi önem arz eder.⁷³ Zira her bir hakem mahkemesi farklı durum ve ihtiyaçlara yönelik olarak doğal yetkiye başvurarak farklı sonuçlara varabilir.⁷⁴ Bununla birlikte, doğal yetkilere başvurulduğu durumlarda bu yetkilerin kaynaklarının belirli veya belirlenebilir olması tahkim hukukunda öngörülebilirliğin sağlanması açısından gereklidir. Kaynağın açıklanmasının bir diğer nedeni ise hakem kararının iptali veya tanınması-tenfizi davalarında devlet mahkemelerinin denetimine tâbi olduğu durumlarda hakem kararının hâkimler nezdinde meşruiyetini temin etmektir.

Bir konuda karar vermesi gerektiği durumlarda, uluslararası bir uyuşmazlığı yargılayan hakem mahkemesinin ilk başvuru noktası her zaman tahkimi düzenleyen ilgili kaynaklar, yani tahkim anlaşması, tahkimin tâbi olduğu usul kuralları ve uyuşmazlığın esasına uygulanan maddî hukuk kuralları olmalıdır.⁷⁵ Hakemler tahkim yargılamasını yürütmek üzere yetkilerini, uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilmiş olan tahkim anlaşmasından doğrudan alırlar.⁷⁶ Tarafların tahkim anlaşmasında atıfta bulunduğu ayrı belge veya kurallar da hakemlerin yargılamaya ilişkin çeşitli yetkilerini belirler. Ayrıca, tahkim yeri hukuku da hakem mahkemesinin sahip olduğu yetkileri belirlemektedir. Anılan kaynaklar hakemlerin doğal yetkileri bakımından da öneme sahiptir.

Uluslararası nitelikteki birçok davada, hakem mahkemeleri verdikleri kararlarda doğal yetkinin varlığını savunarak çeşitli şekillerde uygulamasını göstermişlerdir.⁷⁷ Bu uygulamalara ve hem yerel mahkemeler hem de ulusal ve uluslararası tahkim yargılamalarında doğal yetkiye sıkça başvurulmasına rağmen, bu yetkilerin kaynağı

⁷² Castagna, *Inherent Powers* (n7) 410.

⁷³ Aynı yönde bkz. Hanefeld, Jong, *Proceedings* (n63) 250.

⁷⁴ Aynı yönde bkz. *ILA Report* (n10) 3.

⁷⁵ *ILA Report* (n10) 6.

⁷⁶ Gary Born, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer, 2014) 1531; Alan Redfern ve diğerleri, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th edn, Oxford University Press, 2015) 308; Carlevaris, *Inherent Powers of Arbitrators* (n16) 59; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003) 2.

⁷⁷ Çeşitli örnekler için bkz. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Filipinler, ICSID Dava No. ARB/02/6, Yetkiye Dair İtirazlar Hakkında Hakem mahkemesi Kararı, 29.01.2004, para 173; Aguas Argentina SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA, Vivendi Universal SA v Arjantin, ICSID Dava No. ARB/03/19, Yetki Hakkında Karar, 03.08.2006, para 17; ADC Affiliate Limited, ADC & ADMC Management Limited v Macaristan, ICSID Dava No. ARB/03/16, Karar, 02.10.2006, para 64-68; Noble Energy Inc, MachalaPower Cia Ltda v Ekvador, Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Dava No. ARB/05/12, Yetki Hakkında Karar, 05.03.2008, para 188-194; Jan de Nul N.V. ve Dredging International N.V. v Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava no ARB/04/13, Karar, 06.11.2008, para 261.

konusunda bir fikir birliği oluşmamıştır.⁷⁸ Genel bir görüşü yansıtmaması açısından Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) bir kararına değinmekte yarar görüyoruz. UAD, Nükleer Test davasındaki bir kararında doğal yetkinin kaynaklarına şu ifadelerle işaret etmiştir:

“Mahkemenin (belirlenmiş yargısal) amaçları için gerekli olabilecek her türlü tespiti yapıp karar alabilmek için tamamen yetkilendirilmiş olduğu temeline dayanan doğal yargı yetkisi, Devletlerin rızasıyla kurulan bir yargı organı olarak Mahkemenin salt varlığından kaynaklanmakta olup temel yargısal işlevlerinin korunması için kendisine verilmiştir.”⁷⁹

UAD’ın doğal yargı yetkisi olarak ifade ettiği kavram aslında hâkimlerin ve hakemlerin de sahip olduğu doğal yetkiden farklı bir husus değildir. Mahkemenin ifadeleri, doğal yetkinin kaynaklarının belirlenmesinde özellikle yargısal işleve vurgu yapmasına ek olarak, bir yargı kurumunun doğal yetkilerinin kaynağının bütüncül olarak gösterildiği bir metni de oluşturmuştur.⁸⁰ Doğal yetkinin incelenmesinde referans olarak kullanılan kararlardan olan Nükleer Test davasındaki bu ifadelerden doğal yetkinin bazı kaynaklarının tespit edilmesi mümkündür. Buna göre, mahkemenin veya hakem mahkemesinin bir yargısal organ olarak görev yapıyor olması ilk ve en temel kaynaktır.⁸¹ Bunun yanında, hukukun genel prensiplerinin de bir kaynak olarak sayılması mümkündür. Zira kararda temel yargısal işlevler ile kastedilenler aslında adil yargılanma hakkı ve savunma hakkının korunması gibi genel prensiplerdir. Ayrıca, mahkemenin ‘yetkilendirilmiş’ olması da kararda vurgulanmıştır. Mahkemenin bu özelliği de, tarafların anlaşmasını doğal yetkinin kaynağı olarak kategorize etmemizde etkili olmuştur. Tüm bunlar değerlendirildiğinde, milletlerarası tahkim bakımından hakemlerin doğal yetkisinin kaynakları olarak; yargılama faaliyeti, tahkim anlaşması ve *lex arbitri* sayılabilir.

B. Yargılama Faaliyeti

Hakemler, tarafların uyuşmazlığını yargısal bir faaliyet neticesinde çözmeye konusunda taraflarca yetkilendirilmiştir. Bu yargı yetkisi, onların rolünün temel özelliğidir.⁸² Tahkimin yargısal niteliğe sahip bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak görülmesinin sebebi, tahkimde tarafların yargılanıyor olmasıdır.⁸³ Bu husus, Avrupa Adalet Divanı’nın bir kararında; “*hakemin hizmetleri(nin), esas olarak, iki veya*

78 Brown, *Inherent Powers in International Adjudication* (n21) 833; *ILA Report* (n10) 3. Tahkim sürecinin bütünlüğü, yargılama usulünde adil ve eşit muamele ilkesi, tarafların menfaatleri, hukuka ve adalete uygun karar verilmesi yönündeki menfaatler gibi birçok farklı prensip ve hukuk kuralı doğal yetkinin kaynakları arasında gösterilmektedir. Bkz Paporinskis, *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So* (n21) 10.

79 Nükleer Test Davası (Avustralya v. Fransa), Karar, 20/12/1974, ICJ Raporları 253, s 259-60.

80 Çalışmamızda belirlediğimiz kaynaklar yalnızca UAD’ın bu karardan alınmış olmayıp farklı hukuki metinler ile düzenlemeler de dikkate alınmıştır. UAD’ın kararı doğal yetkiye bakışı bir bütün olarak yansıttığı için burada kullanılmıştır.

81 Aynı yönde bkz. Mitchell, Heaton, *Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals* (n51) 562.

82 Gaillard, Savage, *International Commercial Arbitration* (n16) 560.

83 Ali Yeşilirmak, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha Yayınları, 2011) 77.

daha fazla taraf arasındaki bir uyuşmazlığı çözmeye yönelik” olduğu şeklinde ifade edilmiştir.⁸⁴ Bu nitelemeye göre yargı yetkisi devlete ait olmakla birlikte tahkimde bu yetki hakemler ile paylaşılmıştır. Hakemin bu bakımdan kamusal görev icra ettiği kabul edilmektedir.⁸⁵

Yargılama faaliyetinin ve hakemlerin yargısal rolünün olmasının iki unsuru vardır.⁸⁶ Bunlardan biri hakemlerin bir yargılama faaliyeti sonucunda uyuşmazlığı çözmeleridir. Diğeri ise hakem kararının tahkimin tarafları arasında kesin ve bağlayıcı olması, nihai bir hakem kararı ile uyuşmazlığın sona erdirilmiş olmasıdır.⁸⁷ 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme’nin (New York Sözleşmesi)⁸⁸ II(1) ve III. maddelerinde yer alan “*tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götürecekleri*” ve “*(s)özleşmeye taraf devletlerin, hakem kararlarını bağlayıcı kabul edecekleri*” yönündeki ifadeleri sayesinde de bu unsurlar doğrulanabilir. Tahkimin yargısal niteliğini ifade etmek üzere kullanılan bir diğer özellik ise tahkimin bir usulî yöntem olması ve tahkim kurallarının usulî kurallar olmasıdır.⁸⁹ Tahkimde, uyuşmazlığın yargılama başlangıcından yürütülmesine ve sonlandırılmasına kadar iddia ve savunmaların öne sürülme şekli, zamanlaması ve hakem mahkemesinin oluşturulması kapsamında çeşitli usulî kurallar uygulanır.

Hakemlerin belirli uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmek üzere görevlendirilmesi sonucunda tahkimin yargısal niteliğe sahip olması hakemlerin doğal yetkilerine kaynaklık etmektedir.⁹⁰ Uluslararası mahkeme ve tahkim içtihatlarında da hâkimlerin ve hakemlerin doğal yetkileri yargılama faaliyetine binaen kabul edilmektedir. Zira doğal yetki kullanma ihtiyacı çoğu durumda yargılama yapan kurumların işlevlerinin yerine getirilmesini sağlama gerekliliğinden ortaya çıkmıştır.⁹¹ Bu nedenle, farklı uluslararası mahkemeler ve hakem heyetleri de tahkimin yargısal niteliğinin hakemlere doğal yetki kullanımı gücü verdiği karar vermiştir.⁹² Avustralya Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiş kararda bahsettiğimiz görüş şu şekilde özetlenmiştir:

84 Bernd von Hoffmann v Finanzamt Trier, Avrupa Birliği Adalet Divanı 6. Dairesi Kararı, No. C-145/96, 16.09.1997, para 17, 18 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0145> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

85 Ömer Faruk Petek, ‘Hakem Sözleşmesi Uyarınca Hakemin Hak ve Yükümlülükleri’ (2015), 8 Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

86 Gaillard, Savage, *International Commercial Arbitration* (n16) 12; Yeşilirmak, *Tahkim* (n83) 77.

87 Piotr Wilinski, *Excess of Powers in International Commercial Arbitration: Compliance with the Arbitral Tribunal’s Mandate in a Comparative Perspective* (Eleven International Publishing, 2020) 4; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *the Arbitration Agreement* (United Nations, 2005) 22; Muharrem Balci, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim* (Danışman Yayınları, 1999) 151.

88 RG 25 Eylül 1991 / 21002

89 Yeşilirmak, *Tahkim* (n83) 77, 78.

90 Mitchell, Heaton, *Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals* (n51) 560; Hanefeld, Jong, *Proceedings* (n63) 252-254; Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi* (n4) 411.

91 Hanefeld, Jong, *Proceedings* (n63) 252; Carlevaris, *Inherent Powers of Arbitrators* (n16) 59.

92 Nükleer Test Davası (Avustralya v. Fransa), 1974, ICJ Rep 253, 259-60. Bu yöndeki çeşitli kararlar için bkz Brown, *Inherent Powers in International Adjudication* (n21) 829; Pedro J. Martinez-Fraga, ‘Developing Equipose between Party-Autonomy and the Inherent Power of Arbitrator Discretion in the Gathering of Evidence in International Arbitration’, in Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld (eds) *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019).

“Taraflar uyuşmazlıklarını özel bir hakem mahkemesine sunduklarında, aksi yönde niyetlerinin olduğu açıkça anlaşılmıyorsa, karara varmada izlenecek prosedür konusunda bu hakem mahkemesine bir takdir yetkisi verdikleri de genel olarak kabul edilir. Hiç şüphe yoktur ki, bu yetkinin hakem mahkemesine verilmesi, hakem mahkemesine sunulan uyuşmazlığı çözmek için kendilerine verilen yetkinin doğal bir sonucudur.”⁹³

ICSID tahkimindeki pek çok örnekte olduğu gibi *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v Mısır Arap Cumhuriyeti* davasında da hakem mahkemesi doğal yetki konusunda şu açıklamaları yapmıştır:

“Uluslararası bir hakem mahkemesinin kendi yetki alanına giren konuların çözülmesi için gerekli olan herhangi bir meseleyi değerlendirerek karar alma konusunda doğal yetkisi vardır. Bu yetki, herhangi bir yasal referanstan bağımsız olarak mevcuttur. Mevcut davanın özel koşullarına göre, yargılamanın devamlılığını ve adil olmasını sağlamak için doğal yetki sayesinde karar almak hem gerekli hem de uygundur.”⁹⁴

RSM Production Corporation v Grenada davasında ICSID hakem mahkemesi, doğal yetkilerin yalnızca “açıkça verilmiş görevlerin yerine getirilmesini sağlamak için gerekli” olduklarında kullanılabileceğini belirtmiştir.⁹⁵ *Libananco Holdings Co. Limited v Türkiye Cumhuriyeti* davasındaki hakem mahkemesinin belirttiği gibi, “Hakem mahkemesi, diğer tüm uluslararası mahkemeler gibi, kendi yargılama sürecinin bütünlüğünü korumak için gereken doğal yetkilere sahip olduğundan bir an için dahi olsa tereddüt etmemektedir.”⁹⁶ Hakem mahkemesinin yargılama faaliyeti kapsamında “yargılamanın usulüne ilişkin adalet, gizliliğe ve yasal ayrıcalıklara saygı (ICSID Sözleşmesinin 21 ve 22. maddeleri uyarınca taraflara, onların avukatlarına ve tanıklarına tanınan dokunulmazlıklar), tarafların hukuki yardım alma ve kendi davalarını serbestçe ve müdahale olmaksızın ortaya koyabilme hakkı” gibi temel prensiplere dikkat ederek doğal yetkilerini kullandığını açıklamıştır.⁹⁷ Bu sayede, hakem mahkemesinin doğal yetkilerine başvurarak usulî kararlar alabileceği ifade edilmiştir.

UAD’ın 1974 tarihli Nükleer Test davasında verdiği karar uyarınca: “Mahkeme, bir yandan, uyuşmazlığın esası hakkında hüküm kurabilmek üzere gerekli kararları alabilme yetkisinin zarar görmesini engellemek ve öbür taraftan da, uyuşmazlığı ve yargılamayı ilgilendiren tüm usulî hususlarda gecikmeksizin karar alabilmek şeklinde

93 [https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--\(1995\)_128_ALR_391.html](https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--(1995)_128_ALR_391.html) Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

94 *Waguih Elie George Siag ve Clorinda Vecchi v Mısır Arap Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/05/15, Karar, 01.06.2009, para366, s99.

95 *RSM Production Corporation v Grenada*, ICSID, Ön Karar Verilmesi Başvurusu Hakkında Karar, ARB/05/14, 29/10/2009, para20, s10.

96 *Libananco Holdings Co. Limited v Türkiye Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/06/8, Önsorunlar Hakkında Karar, 23.06.2008, para 78.

97 *Libananco Holdings Co. Limited v Türkiye Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/06/8, Önsorunlar Hakkında Karar, 23.06.2008, para 78.

*tüm gerekli kararları almasına imkân veren doğal bir yargı yetkisine sahiptir.*⁹⁸ UAD, yargı yetkisinin ve doğal yetkilerin “*temel yargı işlevlerinin korunabilmesi için kendisine verildiğini*” belirtmiştir.⁹⁹ Bununla benzer şekilde, DTÖ Temyiz Organı da Paneller için “*yargısal faaliyete dönük işlevlerinin doğasında bulunan*” belirli doğal yetkilerin varlığını onaylamıştır.¹⁰⁰

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, hakem mahkemesinin usule ilişkin yetkisinin geçerli hukuki düzenlemelerde açıkça tanınmadığı durumlarda bile, bu yetkinin varlığı konusunda şüphe yoktur.¹⁰¹ Tahkim sürecinin doğal bir özelliği olarak, tarafların uyuşmazlığını çözmek için gerekli prosedürleri oluşturma ve uygulama hakem mahkemesinin yargısal rolü içerisinde ve onların sorumluluğundadır. Hakem mahkemesinin yargılamanın yürütülmesine dair yetkisi, yargılama faaliyetinin etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi kapsamında tahkimin doğası gereği olarak mevcuttur.¹⁰²

Tahkimin yargısal niteliğinin ortaya çıkardığı başka özellikler de hakemlerin doğal yetkisine kaynaklık eder. Tahkimde, yargı yetkisini kullanan hakemlerin başta adil yargılama olmak üzere, tarafların eşitliği, tahkim yargılamasının süresi, kararın icrası gibi konularda otorite kanunlarında yer alan düzenlemelere uygun hareket etmeleri beklenmektedir.¹⁰³ Bu prensiplerin uygulanması, hakemlerin yargılamanın ihtiyaçlarına göre farklı kararlar alabilmelerini gerektirmektedir. Yargılama faaliyeti gerçekleştiren hakem mahkemesi bu özelliğini ve amacını korumak için gerekli olan doğal yetkilerle donatılmıştır.¹⁰⁴ Kendi özelliğinin doğası gereği sahip olduğu bu yetkiler hukuka uygun bir yargılamanın gerçekleştirilmesi için hakem mahkemesinin önemli araçlarındandır.

Bununla benzer şekilde Higgins, UAD’ın *Sırbistan Karadağ v. Belçika* kararında şu açıklamayı yapmıştır: “*Mahkemenin doğal yetkisi, yargısal karakterinden ve yargılamanın adil bir şekilde idare edilmesine duyulan ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır.*”¹⁰⁵ Singapur Yüksek Mahkemesi’nin de *Maybank Kim Eng Securities Pte Ltd v Lim Keng Yong ve diğerleri* davasında belirttiği üzere mahkemenin yargılamayı yürütme konusunda, kanunlarda hüküm bulunmayan hâller bakımından, doğal yetkileri vardır.¹⁰⁶

98 Nükleer Test Davası (Avustralya v Fransa), 1974, ICJ Rep 253, 259-60.

99 Nükleer Test Davası (Yeni Zelanda v Fransa), Karar, ICJ Reports, 20/12/1974, 457-478, s476.

100 DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Organı Kararı, Meksika – Alkolsüz ve Diğer İçecekler Hakkında Vergi Yükümlülükleri Davası, No. WT/DS308/AB/R, 06.03.2006, para 45.

101 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration 2*, (2nd edn, Wolters Kluwer, 2014) 2146.

102 Hakemin yargı yetkisinin doğal olarak bazı yetkilere kaynaklık oluşturduğu ve hukuk kurallarına bağlı olarak bu yetkinin kullanılacağı hk. bkz. Wiliński, *Excess of Powers* (n87) 117.

103 Petek, *Hakem Sözleşmesi Uyarınca Hakemin Hak ve Yükümlülükleri* (n85) 7.

104 Mitchell, Heaton, *Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals* (n51) 560; Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi* (n4) 413.

105 Sırbistan Karadağ v Belçika, Güç Kullanımının Hukukiliği Kararı, Hâkim Higgins’in Ayrı Görüşü, 15/12/2004, ICJ Rep 279, 1999, s 338-339.

106 Maybank Kim Eng Securities Pte Ltd v Lim Keng Yong ve diğerleri, Singapur Yüksek Mahkemesi, Dava No SGHC 68, 2016 https://www.elitigation.sg/gdviewer/s/2016_SGHC_68 Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

Mahkemeye göre, “bir mahkemenin yargılama süreçlerini yönetme konusundaki doğal yetkisi, sürecin kötüye kullanılmasını önlemek ve uyuşmazlıkların verimli ve adil bir şekilde çözülmesini sağlama amacından gelmektedir.”¹⁰⁷

Tahkimin yargısal niteliğinin devlet mahkemelerinin bazı özelliklerine benzemesinin yanında devlet yargısından farkları da vardır. Bu farklar da, benzerlikler kadar, hakemlerin doğal yetkilerine kaynaklık oluşturmaktadır. Tahkimin sözleşmesel niteliği bu farklardan en önemlisini oluşturmaktadır. Bununla ilgili olarak da hakemin rolünün hâkimin rolünden farkına dikkat etmek gerekir. Hakemleri tarafların seçtiği göz önünde bulundurulduğunda onların kişiliği, tecrübesi ve uyuşmazlık konusu hakkında bilgisinin olması tahkim yargılamasının merkezinde hakemlerin bulunduğunu ortaya koyar.¹⁰⁸ Yargılamayı gerçekleştirecek olan hakemler sahip oldukları yetkilerle usulî kuralları bazı koşullarda değiştirebilirler. Tahkimin irade özerkliği ve tarafların zaman, şekil ve içerik bakımından hakem kararlarından beklentilerini önceleyen özelliği gereği hakemler tahkimin seyrini belirlemede hâkimlerden daha çok söz sahibidir.¹⁰⁹ Bunun sonucu olarak da tahkim yargılamasının başarıya ulaşmasında ve istenen sonucu sağlamasında hakemlerin önemli bir rol üstlendiği söylenebilir.¹¹⁰

Sonuç olarak, sözlük tanımlarıyla da uyumlu bir şekilde, doğal yetkinin tahkimin yargısal bir kurum olmasından dolayı bu kurumun doğası gereği var olan bir yetki olduğu söylenebilir.¹¹¹ Bu yetki veya güç herhangi başka bir metinden referans almak zorunda olmadan bulunmaktadır.¹¹² Hakem mahkemesinin yalnızca uyuşmazlığın çözülmesi için oluşturulan ve görevlendirilen bir birliklilik olarak tahkim kurumunu meydana getirmesi bu yetkilerin dayanağıdır.¹¹³ Tahkim anlaşmasında veya hukuk kurallarında bu yetkiler sayılmamasına rağmen, bu yetkiler hakemlerin görevlerini yerine getirebilmeleri için gereklidir.¹¹⁴ Bu bakımdan, hakemin doğal yetkisi, yargısal

107 Maybank Kim Eng Securities Pte Ltd v Lim Keng Yong ve diğerleri, Singapur Yüksek Mahkemesi, Dava No SGHC 68, 2016, para21.

Buna ek olarak, İskoçya'daki yerel bir kararda da mahkemenin hiçbir kanun veya düzenlemeden kaynak almamakla birlikte yalnızca mahkemenin kendi varlık sebebinden, yani ruhundan gelen doğal yetkileriyle yargılamada çeşitli usulî kararlar alabileceği belirtilmiştir. Bkz Newman Shopfitters Limited v. M J Gleeson Group plc, Sheriff Principal, Karar, 04.03.2003, para24 <https://www.scotcourts.gov.uk/search-judgments/judgment?id=a9ca86a6-8980-69d2-b500-f0000d74aa7> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

108 Aynı yönde bkz. Petek, *Hakem Sözleşmesi Uyarınca Hakemin Hak ve Yükümlülükleri* (n85) 2.

109 Belirtmek gerekir ki, devlet mahkemelerine tanınan tüm yetkiler hakem heyetlerine tanınmamıştır. Uyuşmazlık tahkim yargılamasında görülmekte olsa dahi bazı hususlarda yalnızca mahkemelerin karar verebileceği kabul edilmiş olup bu hususlarda hakemlerin karar vermesine izin verilmemiştir. Özellikle hakemlerin cebri icra yetkilerinin oldukça sınırlı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bu konuda ayrıca bkz Nuray Ekşi, ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme’ (2003) 23(1) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 297.

110 Aynı yönde bkz Lew, Mistelis, Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (n76) 223; Yeşilirmak, *Tahkim* (n83) 90; Petek, *Hakem Sözleşmesi Uyarınca Hakemin Hak ve Yükümlülükleri* (n85) 2.

111 Garner, *Black’s Law Dictionary* (n5) 1358.

112 Black, *Black’s Law Dictionary* (n5) 921.

113 Ali Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* (Queen Mary College University of London, 2003) 98; Carlevaris, *Inherent Powers of Arbitrators* (n16) 73; Daniel Haue Jakobsson, ‘Inherent Powers of Arbitrators to Deal with Guerrilla Tactics’, in Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld (eds) *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019) 148; Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda Irade Serbestisi* (n4) 411.

114 Carlevaris, *Inherent Powers of Arbitrators* (n16) 59.

bir kurumun unsuru olarak, kendi özelliğinde doğal ve zaruri olarak var olan nitelikleri ile ilgilidir. Taraflar arasında yapılmış anlaşma ile açıkça kaldırılmaz ise, yargılama faaliyeti gerçekleştiren hakem mahkemesi, işlevlerini yerine getirmek için gerekli olan doğal yetkilere sahiptir.

C. Tahkim Anlaşması

Tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı bağımsız üçüncü kişiler olan hakemlerin çözmesine rıza gösterdikleri bir anlaşma neticesinde gerçekleşir.¹¹⁵ Tahkim yargılamasına yönelik tarafların rızasının varlığı tahkimin temelini ve şartını oluşturmaktadır.¹¹⁶ Tarafların rızasının bulunmaması durumunda tahkimin, kural olarak, gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır.¹¹⁷ Geçerli bir tahkim anlaşması bulunması sayesinde, tahkim yargılamasının gerçekleştirilmesine yönelik hakemlerin yetkisi tesis edilmiş olacaktır.¹¹⁸

Tahkim anlaşmasının içeriği hakemlerin yetkilerini belirleyerek söz konusu tahkimde hakemlerce kullanılacak yetkileri de gösterir.¹¹⁹ Bu noktada, hakemlerin yetkilerinin istisnai olduğu ve ancak tahkim anlaşmasıyla kendilerine verildiği müddetçe kullanılabileceği akla gelebilir. Genel kural olarak değerlendirildiğinde doğru olan bu çıkarım tahkimin özelliklerine uygun sonuçlar ortaya çıkarılmasını engelleyebilir. Milletlerarası tahkimde, tarafların, vekillerinin veya bunların dışındaki kişilerin işlemlerinden dolayı yargılamaya devam edilmesini engelleyen, nihai karara ulaşılmasını güçleştiren durumlar meydana gelebilir. Böyle durumlar önceden öngörülerek bunlara yönelik kuralların ve yetkilerin tespiti mümkün değildir. Netice itibariyle böyle durumlarda hakemlerce açıkça yetkilendirilmeme nedeniyle karar alınmaması durumunda da tahkim gerçekleştirilemez veya uyuşmazlığın çözülmesi zorlaşabilir. Bu da tahkimden beklenen faydanın elde edilememesi anlamına gelebileceği gibi tarafların uyuşmazlığın çözülmesi yönündeki iradesine

115 Gaillard, Savage, *International Commercial Arbitration* (n16) 29; İlhan Postacioğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (7th edn, Vedat Kitapçılık, 2015) 1026; Petek, *Hakem Sözleşmesi Uyarınca Hakemin Hak ve Yükümlülükleri* (n85) 12.

116 Franco Ferrari, 'Preface', in Franco Ferrari (ed) *Limits to Party Autonomy* (JurisNet, 2016) xvii; *Roses v Moller ve Cie.*, D.P., Pt. I, s. 25, 1938 (Gaillard, Savage, *International Commercial Arbitration* (n16) 29 atfıyla). Tahkim yargılamasında rıza, tahkim anlaşması ile sağlanır ve tahkim anlaşmasının tahkim yargılamasının temel taşı, varlık sebebi olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Aynı yönde bkz. Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili* (Beta, 2008) 7-9; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin Yayınları, 2013) 39; Bilgin Tiryakioğlu, 'Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali' in Bilgin Tiryakioğlu ve diğerleri (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin Yayınları, 2016) 301-321; Lütfi Göktaş, 'Who Decides the Arbitrator's Jurisdiction in International Commercial Arbitration: The Competence-Competence Doctrine from a Transnational Perspective' (2017) 6(1) *UTTDER*, 149, 152.

117 Tarafların rızasının varlığı hem *ad hoc* hem de kurumsal tahkimde zorunlu olmakla birlikte tarafların tahkime rızasının tahkimin ön şartını oluşturduğunu belirtmek gerekir. Aynı yönde bkz M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (3th edn, Cambridge University Press, 2010), 306; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (n116) 39; Frank Spoorenberg, Isabelle Fellrath, 'Consent to Arbitrate: A Prerequisite to Arbitration' (2012) 1(2) *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 241-252.

118 Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (n116) 39; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (6th edn, Vedat Kitapçılık, 2021) 485; Esen, *Teşmil* (n116) 9; Yeşilırmak, *Tahkim* (n83) 77.

119 Postacioğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (n115) 1033.

de aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu nedenle, milletlerarası tahkim uygulamasında taraflarca açıkça yetkilendirme bulunmaması hâli hakemlere getirilen bir yasaklama hâli değil, aksine, hakemlerce gerekli işlemlerin yapılabilmesi için açık kapı bırakan yetkilendirme olarak kabul edilebilir.¹²⁰

Tahkim anlaşmasının hakemlerin doğal yetkilerine kaynaklık etmek bakımından iki görünümü vardır. Bunlardan birincisi, tarafların, irade özerkliği prensibi sayesinde yapabildikleri tahkim anlaşması ile hem tahkimi başlatma hem de onu şekillendirme imkânına sahip olmalarını ifade eder. Yargılamanın başından sonuna kadar pek çok konuda tarafların belirlemesine göre hareket edilir. Bu anlaşmada hakemlere verilen yetkilerin doğal yetkileri de kapsayacak şekilde yorumlanması bu görünümü ifade eder. Tahkim anlaşmasının ikinci görünümü ise tarafların bu anlaşmasıyla *pacta sunt servanda* ilkesiyle ifade edebileceğimiz şekilde bağlı olması, yani, uyumsuzluklarını ancak tahkime götürebilmeleridir.¹²¹ Bu ilke hakemlerin doğal yetki kullanımlarına kaynaklık oluşturan tahkim anlaşması neticesinde verilen kararların taraflar açısından bağlayıcı olmasına sebep olur.

Milletlerarası tahkimde taraflar, yargılamanın yürütülmesini şekillendirmede irade özerkliğine sahiptir.¹²² Birçok hukuki düzenleme, bu kapsamda hakemlerin yetkilerinin belirlenmesinde tahkim anlaşmasının öncelikli önemini vurgulamaktadır. Tahkim anlaşmasında hüküm bulunmadığı durumlarda ise hakemlerin ilgili konularda karar alabileceği genel olarak kabul edilmiştir.

New York Sözleşmesi yabancı hakem kararlarının mahkemelerce tanınması ve tenfizinin sağlanmasını amaçlamakla birlikte tanıma ve tenfiz taleplerinin reddedileceği hâlleri de saymıştır. Tarafların iradesine verilen önem ve etki de New York Sözleşmesi'nin bu hâlleri düzenleyen maddelerinden tespit edilebilir. Madde V(1)(d) uyarınca, tahkim yargılamaının gerçekleştirilmesi kapsamında hakem mahkemesinin kurulması ve tahkim usulünün belirlenmesinin taraflarca yapılabileceği burada kabul edilmiştir.¹²³ BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law / UNCITRAL) Model Kanunu madde 19(1) hükmü de hakem mahkemesi tarafından tahkimin yürütülmesinde uygulanacak usulî kuralların ve düzenlemelerin taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceğini öngörmektedir.

120 Carlevaris, *Inherent Powers of Arbitrators* (n16) 59.

121 Gaillard, Savage, *International Commercial Arbitration* (n16) 382.

122 Yeşilirmak, *Tahkim* (n83) 104.

123 “Hakem kararının tanınması ve tenfizi, yalnızca aleyhine hüküm verilmiş olan tarafın tanıma ve tenfiz talebi ile hakem mahkemesinin kurulmasının veya tahkim usulünün tarafların anlaşmasına uygun olmadığını veya, böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması durumunda, tahkimin gerçekleştiği ülkenin hukukuna uygun olmadığını ispat etmesi halinde reddedilebilir.”

Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce / ICC) Tahkim Kurallarının¹²⁴ 19. maddesine göre ise tahkim yargılaması öncelikle bu kurallardaki hükümlere göre gerçekleştirilir. Ancak bu kurallarda bir boşluk olması durumunda taraflarca kararlaştırılacak düzenlemeler tahkim usulüne uygulanacaktır. Ayrıca, ICC Tahkim Kuralları madde 22(2) uyarınca, hakemlerin tarafların görüşlerini aldıktan sonra karar verecek olması da taraf iradesinin etkisinin görülebileceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.¹²⁵ ICSID Tahkim Kuralları da milletlerarası yatırım tahkimi yargılamalarında tarafların irade özerkliğinin korunmasına özel önem vermiştir.¹²⁶ Bu kuralların 20(1). maddesine göre hakem mahkemesinin oluşturulmasının hemen akabinde başhakem tarafların tahkim usulüne ilişkin seçim ve görüşlerini almak zorundadır. Hakemlerin toplantılarındaki toplantı yeter sayısı, yargılamanın dili, sunulacak dilekçelerin sayısı ve verilmesinin ne kadar sürede olacağı, duruşmaların kaydının tutulması gibi çeşitli hususlarda tarafların görüşleri başhakem tarafından alınacaktır. Ayrıca, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, ICSID Sözleşmesi ve Tahkim Kuralları ile ilgili kurallarda aksi belirtilmedikçe, hakem mahkemesi, yargılamanın yürütülmesinde usule ilişkin herhangi bir konuda taraflar arasında anlaşma bulunması hâlinde bu anlaşmayı uygulamak zorundadır.

Bu düzenlemelerden de görüldüğü üzere, tahkim anlaşması tahkimin yürütülmesinde hakemlerin yetkilerine kaynaklık etme bakımından açık öneme sahiptir. Ayrıca, hakem sözleşmesinin de hakemlerin yetkilerini ortaya çıkardığı ve düzenlediği de bir gerçektir.¹²⁷ Hakem sözleşmesinde yer alan açık ifadelerin hakemlerin yetkilerini belirlemesinin yanında, hakem sözleşmesi genel olarak amacı ve kapsamı itibariyle de hakemlerin doğal yetkilerine kaynaklık etmektedir.

Taraflarca veya ilgili atama kurumu tarafından yapılan hakem seçimleri her bir hakem tarafından kabul edildiğinde, hakem mahkemesinin oluşumu tamamlandığı¹²⁸ gibi hakemlerin hem açık ve doğrudan yetkilere hem de doğal yetkilere sahip olması da gerçekleşir. Hakemler, taraflar arasındaki uyuşmazlığı nihai olarak çözmek ve geçerli bir hakem kararına ulaşmak için en iyi çabayı ve özeni içeren hizmetleri sağlamayı kabul ettiklerinden dolayı, açıkça yetkilendirilmedikleri konularda da doğal yetkilere sahip olurlar.¹²⁹ Yargılama sırasında sürelerin belirlenmesi, belge taleplerinin karşılanması veya davacı ve davalı dilekçelerinin isimlendirilmesi gibi konularda doğal yetkilere dayalı olarak hakemlerce kararlar verilecektir.

124 ICC Tahkim Kuralları (2021), https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_19 Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

125 “Etikili dava yönetimini sağlamak için, taraflara danıştıktan sonra, hakem mahkemesi, tarafların herhangi bir anlaşmasına aykırı olmamak kaydıyla, uygun gördüğü şekilde usule ilişkin önlemleri alacaktır.”

126 Julien Fouret ve diğerleri, *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary* (n57) 1063.

127 Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (n115) 1033.

128 Gaillard, Savage, *International Commercial Arbitration* (n16) 601, 606.

129 Diego P. Fernandez Arroyo, ‘Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?’, in Franco Ferrari (ed) *Limits to Party Autonomy* (JurisNet, 2016) 209; Carlevaris, *Inherent Powers of Arbitrators* (n16) 59; Born, *International Commercial Arbitration 2* (n101) 2146.

Tarafların aralarındaki tahkim anlaşmasıyla hakemlerin tarafsız ve bağımsız davranması beklentisi de ortaya konulmuştur.¹³⁰ Yargılama sırasında hakemlerin tarafsızlığından şüphe etmeyi gerektirecek davranışlar bu şekilde yasaklanmakla birlikte, hakem mahkemesinin kurum olarak da bu tarzda davranışları yasaklamasının mümkün olması gerekir. Bununla benzer şekilde, adil yargılanma hakkının tahkimde kabul edilmesi sayesinde de hakemler yargılamanın makul süre içerisinde ve adil bir şekilde sona erdirilmesi için kendilerine açıkça yetki verilmemiş şekillerde karar alabilirler.¹³¹ Bir tarafın doğrudan yalnızca bir hakemle iletişim kurması, belge ve bilgi paylaşımı yapmasının engellenmesi veya bu davranışların hakemlerce yaptırımı tâbi tutulması, bu kapsamda hakemlerin doğal yetkisinin gereğidir. Bundan başka, uyuşmazlığı kamuya açık devlet mahkemelerine götürmek yerine gizlilik prensibinin hâkim olduğu tahkim yargılamasına müracaat edilmesi de hakemlerin gizliliğin korunması için çeşitli kararlar alabileceğini göstermektedir.

Doğal yetkinin tarafların iradeleriyle bir diğer ilişkisi ise, doğal yetki ile hakemlerin sahip oldukları tüm yetkilerin taraflarca sınırlanmasının mümkün olmayacağıdır. Hakemlerin bazı konulardaki doğal yetkileri taraflarca sınırlanabilirken bazı doğal yetkiler ise taraflarca dahi sınırlandırılmaz.¹³² Çünkü bunlar, uluslararası olarak icra edilebilir bir hüküm kurmakla görevlendirilmiş hakemlere, tarafların tahkimi kabul etmesi sonucunda ve tahkimin niteliği gereği verilmiştir.¹³³ Tarafların iradelerinin sonucu olarak kullanılacak bu yetkiler hakemlerde öyle güçlü şekilde ortaya çıkmaktadır ki bu yetkilerin taraf iradelerinin önüne geçmesi dahi söz konusu olabilir. Öyle ki, taraf iradesinin çok açık bir görünümü olan vekile temsil yetkisinin verilmesini dahi hakemler doğal yetkileriyle sınırlayabilir. Hakem heyetleri doğal yetkileri sayesinde bir avukatın duruşmada veya farklı aşamalarda temsil işlemlerini gerçekleştirmesini engelleyebilir.¹³⁴ Taraflardan herhangi birinin talebi olmasa bile bir tarafın yargılama esnasındaki davranışlarına yönelik yaptırım uygulanması¹³⁵ veya tarafların tahkim maliyetlerini eşit olarak paylaşma yönündeki anlaşmasına rağmen kötü niyetle hareket ettiği tespit edilen bir tarafın masrafların çoğunluğunu veya tamamını ödemesine karar verilmesi¹³⁶ hakemlerin bu kapsamdaki doğal yetki kullanımlarıdır.

130 Yeşilirmak, *Tahkim* (n83) 99.

131 Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi* (Güncel Hukuk Yayınları, 2008) 166; Yeşilirmak, *Tahkim* (n83) 104.

132 Waincymer, *Procedure and Evidence* (n14) 74.

133 *ILA Report* (n10) 20; Arroyo, *Procedural Powers* (n129) 212; Carlevaris, *Inherent Powers of Arbitrators* (n16) 59. Bu özellik ve sonuçlar uluslararası tahkim heyetleri tarafından da kabul edilmiştir. Bkz İran İslam Cumhuriyeti v Amerika Birleşik Devletleri, İran-ABD İhtilafları Tahkim Heyeti (IUSCT), Karar, Dava No A3, A8, A9, A14, B61, Karar No DEC 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, 01/07/2011, para 59 www.iusct.com Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

134 Hrvatska Elektroprivreda v Slovenya, ICSID Dava No ARB/05/24, Bir Avukatın Yargılamaya Katılımıyla İlgili Karar, 06/05/2008.

135 Arroyo, *Procedural Powers* (n129) 214.

136 ReliaStar Life Insurance Company of New York v EMC National Life Company (National Travelers Life Company), ABD Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesi, Dava No 564 F3d 81, 09.04.2009.

D. *Lex Arbitri*

Tahkim yeri hukuku¹³⁷, yani *lex loci arbitri*¹³⁸ veya *lex arbitri*, usul kanunları aracılığıyla tahkimin yürütülmesinde önemli bir etkiye sahiptir.¹³⁹ Tahkim yargılamasının yapıldığı ülke hukukunu ifade eden *lex loci arbitri*, hakemlerin yargılamayı gerçekleştirirken uygulayacakları usulî kuralları belirler. Bunu yaparken de irade özerkliği ve kurumsal tahkim kurallarını da sınırlayabilir. *Lex arbitri* bir otorite kanun olarak tahkim usulünü düzenleyen emredici kurallarının tarafların anlaşmalarının aleyhine dahi olsa uygulanması durumu hakemlerin doğal yetkileri bakımından önemli sonuçlar doğurur. Taraflar ister kuralları kendileri yazmış olsun ister yerel veya uluslararası tahkim merkezlerinin kurallarına veya tahkim kanunlarına atıf yapmış olsunlar, *lex arbitri* olarak otorite kanunların emredici kurallarına uymak zorundadırlar.¹⁴⁰ Bu zorunluluk elbette ki hakemlerin yetkilerinin kullanılmasında da geçerlidir.

*Lex arbitri*de hakemlerin yetkileriyle ilgili açıkça düzenlemeler olmaması veya hakemlere herhangi bir konuda takdir yetkisi verilmemesi söz konusu olabilir. Bu durumda, hakemlerin açıkça yetkilendirilmedikleri için karar alamayacakları akla gelebilir. Ancak, yukarıda tahkim anlaşması bahsinde de ifade edildiği üzere, bu yasaklamanın tahkimin ve uyuşmazlığın özelliklerine ve amaçlarına uygun olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Doğal yetki kapsamındaki bazı durumlarda *lex arbitri*de böyle bir düzenleme bulunmamasını bir yasaklama olarak yorumlamak milletlerarası tahkimde hakemlerin yargılamayı gerçekleştirebilmesi bakımından elverişsiz sonuçlar ortaya çıkarabilir. Bu nedenle, kanunlarda açıkça yetkilendirme bulunmamasını bir yasaklama değil, hakemlerin gerekli tedbirleri alabilmesi, işlemleri

137 *Lex arbitri*nin tahkim yeri hukuku olduğu hem uygulamada hem doktrinde geniş kabul görmektedir. Burada, *lex arbitri*nin tespitinde mülkîlik ilkesi uygulanmaktadır. Bkz Jean François Poudret, Sebastian Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2007) 84; Gabrielle Kaufmann-Kohler, 'Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure-The Role of the Law of the Place of Arbitration', in Albert van den Berg (ed) *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, 9 (ICCA Congress Series, 1999), 336; Musa Aygül, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, On İki Levha Yayınları, 2014) 30; Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (n76) 172; William W. Park, *Arbitration of International Business Disputes* (2006) 159; Margaret L. Moses, *The Principle and Practice of International Commercial Arbitration* (2nd edn, Cambridge University Press, 2012), 64; Peter Turner, Reza Mohtashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules* (2009) 114. Ayrıca, tarafların tahkim yerinden başka bir ülke hukukunu *lex arbitri* olarak belirleyemeyecekleri de mülkîlik prensibi gereğince kabul edilmektedir. Bu konuda ve *lex arbitri* bakımından *depeçage* (parçalanma) mümkün olmayacaktır. Aynı yönde bkz Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration* (2004), 205, 206; Aygül, *Tahkim Usulü* (n137) 40.

138 Türkçede *lex loci arbitri* kavramının kullanılması bakımından bkz Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal Yayıncılık, 2008) 59; Aygül, *Tahkim Usulü* (n137) 29; Bilgehan Yeşilova, 'Lex (Loci) Arbitri ve Tahkim Yeri Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m. I/II)' (2013) 2(1) *UTTDER* 99, 111; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Yayınları, 2019) 347, 348; İnci Ataman-Figanmeşe, 'Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolde Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri' (2011) 31(2) *Public and Private International Law Bulletin* 35, 44.

139 Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Beta, 2018) 18; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta, 2021) 773; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n118) 79-80, 275-277; Aygül, *Tahkim Usulü* (n137) 5; Stacie I. Strong, 'Limits of Procedural Choice of Law' (2014) 39 *Brooklyn Journal of International Law*, 1027, 1030.

140 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler* (n138) 431.

yapabilmesi için kendilerine doğal yetki tanıyan düzenlemeler olarak değerlendirmek de mümkündür.¹⁴¹

Bu hukuki düzenlemelerde yer alan hükümlerin amacı gereği doğal yetkilere kaynaklık etmesi mümkündür. Özellikle taraflarca kararlaştırılan kurallarda hüküm bulunmaması hâlinde *lex arbitrinin* düzenlemeleri tahkimde usulî konuların çözülmesinde kullanılacaktır.¹⁴² Birçok devletin hukuk kuralları, genel olarak hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmak kaydıyla, taraflar arasında anlaşma olmadığında tahkim usulünü yönetme ve düzenleme konusunda hakem mahkemesine önemli ölçüde yetki verir.¹⁴³ Tahkimin istenen sonuçları ortaya çıkarır şekilde sonuçlanması için hakemlerin gerekli kararları alabileceği, yargılamayı adil ve eşit muameleyi gözetir şekilde yürütebilecekleri şeklinde hükümler bu düzenlemelerde yer alabilir.¹⁴⁴ Hakemler de bu prensiplere dayanarak kendilerinde doğal yetki bulunduğunu kabul ederek uyuşmazlığın yürütülmesine dönük tedbirler alabilirler.

Yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya uygulanmasının taraflar ya da hakem mahkemesi tarafından seçildiği uyuşmazlıklar hakkındaki tahkim yargılamalarında 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)¹⁴⁵ *lex arbitri* sıfatıyla otorite kanun olarak uygulama alanı bulacaktır.¹⁴⁶ Tahkim yerinin Türkiye olduğu yabancı unsurlu tahkim yargılamaları, MTK'nın uygulanmayacağı açıkça kararlaştırılmamışsa, hangi usul kurallarına teb'an icra edilirse edilsin MTK'nın emredici hükümleri ile bağlıdır.¹⁴⁷ Dolayısıyla, hakem mahkemesi alacağı kararlarda MTK'nın ilgili hükümlerini de gözetmek zorundadır. Emredici hükümlerin hakemlerce uygulanmasının zorunluluğu bir tarafa, emredici olmayan hükümler de hakemler tarafından dikkate alınabilir. MTK madde 8(A)(2), taraflar arasında bir anlaşma yoksa hakemlerin tahkim yargılamasını MTK hükümlerine göre yürüteceğini belirterek bu durumu ortaya koymuştur. MTK madde 8(B)(1)'de yer alan, tarafların tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip oldukları, taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağının tanınması gerektiği kuralı hakemlerin doğal yetkisinin kaynağını oluşturur.¹⁴⁸ Bu kural uyarınca, hakemler tarafların eşitliğini sağlamak, iddia ve savunmalarını ortaya koymalarını sağlamak için doğal yetkilerine başvurabilirler.

141 Carlevaris, *Inherent Powers of Arbitrators* (n16) 59.

142 Ali Yeşilirmak, *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması* (On İki Levha Yayınları, 2018) 96.

143 Born, *International Commercial Arbitration 2* (n101) 2146.

144 Bkz HMK madde 423; MTK madde 8; UNCITRAL Model Kanunu madde 18.

145 RG 05/07/2001 / 24453

146 MTK madde 8: “Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler.”

147 Türkiye’de milletlerarası tahkimin tâbi olduğu hukuk rejimi ve MTK’nın uygulama alanı bunu gerektirmektedir. Aynı yönde bkz Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler* (n138) 431; Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku 1* (5th edn, Beta, 2016) 46.

148 İç tahkim açısından HMK madde 423 de aynı konuda örnek gösterilebilir. İlgili maddeye göre “Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkânı tanınır.”

Lex arbitride yer alan silahların eşitliği ilkesinin korunması hükümleri de bu kapsamda dikkat çekicidir. Bu hükümler çerçevesinde hakemler bir tarafın kullandığı iddia ve savunma yöntemlerini çeşitlendirebilecekleri gibi bunlara sınırlama da getirebilirler. Hukuki dinlenilme hakkı da bu kapsamda sayılabilecek ilkelerden biridir. Nitekim taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağının tanınması gereğince tahkimde tarafların hukuki dinlenilme hakkına uyulması bir zorunluluktur.¹⁴⁹ Hakemler de bu kuralın gereğini yerine getirebilmek için yargılamanın özelinde farklı kararlar alabilirler. Tarafların yargılamanın esası ve usulü hakkında bilgilendirilmesi, duruşma esnasında açıklama yaparak iddia ve savunmalarının dikkate alınması gibi haklarının yerine getirilmesi için bu kapsamda doğal yetkiye başvurulabilir. Tarafların uyuşmazlığa ilişkin daha önceden öngörülmemiş bir delili getirmesine izin verilip verilmeyeceği bu kapsamda hakemlerce değerlendirilebilir. Aynı şekilde, tarafların yargılama masraflarına ilişkin açıklamaları sonrasında hakemlerce verilecek kararın tarafların eşit haklara sahip olması kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Hakemlerin taraflarla iletişiminin düzenlenmesi, taraf vekillerinin duruşmalara katılmaktan engellenmesi gibi hususlar da bu kapsamda hakemlerce doğal yetkiye dayalı olarak çözümlenebilecektir. Anılan hükümler sayesinde hakemlere tahkim davasının özelliklerine ve tarafların taleplerine göre yargılamanın şekillendirilmesinde önemli yetkiler verilmiştir.¹⁵⁰

Lex arbitri olarak geçerli olan bir devletin kanunu UNCITRAL Model Kanununu esas almışsa buradaki düzenlemeler de hakemlerin doğal yetkisinin durumu bakımından incelemeye değerdir.¹⁵¹ Model Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrası uyarınca taraflar, tahkim yargılama usulüne uygulanacak kuralları belirlemede, Model Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, özgürdür. Tarafların tahkim anlaşmasıyla hakemlere herhangi bir konuda yetki vermiş olmaları durumunda hakem mahkemesi, kural olarak, bu yetkiye sahip olarak bu yetkisini ilgili durumda kullanabilecektir. Ancak, Model Kanunun emredici düzenlemelerinde hakem mahkemesinin söz konusu yetkiye sahip olmadığı sonucu kabul edilmişse ya da ilgili yetkinin kullanılmasında bir sınırlama öngörülmüşse *lex arbitri* olarak Model Kanun hükümleri uygulanacaktır. Model Kanunun 19. maddesinin 2. fıkrasında ise, hakem mahkemesine geniş bir yetki ve

149 HMK'nın 423. maddesi de aynı husus düzenlemiştir.

150 Aynı yönde bkz Yeşilirmak, *Tahkim* (n83) 103-105.

151 Dünyada birçok tahkim kanunu UNCITRAL Model Kanunu'nu temel alarak veya ondan esinlenilerek oluşturulmuştur. UNCITRAL tarafından yayınlanan raporda 2021 yılı itibarıyla 85 ülke ve 118 farklı yargı çevresinde UNCITRAL Model Kanunu temel alınarak tahkime ilişkin kanuni düzenlemelerin yapıldığı belirtilmektedir. Rapor için bkz https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status Erişim Tarihi 1 Kasım 2022. UNCITRAL Model Kanunu'nun farklı ülkelerde ortaya çıkardığı uygulamalar için ayrıca bkz *ILA Report* (n10) 15; Gaillard, Savage, *International Commercial Arbitration* (n16) 36 ve devamı; Emre Esen, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götüürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri' (2011) 10(1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 355, 365 vd. Ayrıca belirtmek gerekir ki, MTK büyük oranda UNCITRAL Model Kanunu hükümleri kullanılarak oluşturulmuştur. Yeşilirmak, *Tahkim* (n83) 122; Nuray Ekşi, 'Legal Framework of Commercial Arbitration in Turkey', in Nuray Ekşi, Pedro J. Martinez-Fraga, William K. Sheehy (eds) *International Commercial Arbitration: A Comparative Survey* (ICOC Publication, 2007) 95; Aygül, *Tahkim Usulü* (n137) 402; Tiryakioğlu, *Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali* (n116) 303.

çeşitli konularda karar alabilme yetkisi verilmiştir.¹⁵² Buna göre hakem mahkemesi, tahkim anlaşmasında hüküm bulunmayan hâllerde tahkimin yürütülmesiyle ilgili gerekli durumlarda usule ilişkin karar alabilecek ve bunun için tarafların onayına ihtiyaç duymayacaktır.¹⁵³ Hakem mahkemesi, tarafların belirlediği tahkime ilişkin kurallarda bulunan boşluğu kendisi karar alarak dolduracaktır.¹⁵⁴

MTK veya UNCITRAL Model Kanunu gibi otorite kanun olmasa da New York Sözleşmesi’ndeki düzenlemeler de özellikle tenfiz davalarında mahkemelerin yapacağı inceleme bakımından hakemlerin doğal yetkilerinin milletlerarası tahkimde kabul edilmesi konusunu açıklamada kullanılabilir. Hakemlerin yargılamayı yürütmesine dair yetkiler konusu altında New York Sözleşmesi’nin dolaylı olarak hakemlerin çeşitli yetkilere sahip olduğunu kabul ettiğini söylemek mümkündür. New York Sözleşmesi hakem mahkemesinin yargılamaları yürütme yetkisine doğrudan atıfta bulunmamakta, yalnızca V(1)(b) ve V(1)(d) maddelerinde¹⁵⁵ bu tür yetkileri dolaylı olarak kabul etmektedir. Aynı zamanda, New York Sözleşmesi’nin II(3) maddesi, tarafların tahkim anlaşmasına uygun hareket edilmesini gerektirir. Tahkim anlaşmasının temel bir unsuru olarak da hakemlere tahkim yargılamasını en iyi gördükleri şekilde yürütmeleri için yetki verilmiştir. Buna göre, New York Sözleşmesi de hakem mahkemesinin tahkim usulünü belirlemede açıkça yetkilendirilme olmasa dahi doğal yetkilerine dayanarak karar alabileceğini kabul etmiştir.¹⁵⁶

Sonuç olarak, tahkim usulüne ilişkin belirleme yapan anılan kanuni düzenlemeler de göstermektedir ki tahkimin usulüne uygulanan otorite kanunlar hakemlerin doğal yetkilerinin bir kaynağını oluşturmaktadır. Açıkça düzenleme olmasa dahi bu düzenlemelerde yer alan hükümler hakemlerin yargılamada karşılaşılan sorunları çözmeye sahip olacakları doğal yetkilerini ortaya çıkarmaktadır. Hakemler, emredici hükümleriyle bağlı oldukları *lex arbitri*nin kurallarını ve bunların arkasındaki anlayış ve amaçları yerine getirmek için doğal yetkilerine başvurabileceklerdir.

152 “Böyle bir anlaşma yoksa, hakem mahkemesi, bu Kanun hükümlerine tabi olarak, uygun gördüğü şekilde tahkimi yürütebilir. Hakem mahkemesine verilen yetki, herhangi bir delilin kabul edilebilirliğini, uygunluğunu, önemini ve ağırlığını belirleme yetkisini de içerir.”

153 Aynı yönde bkz. Born, *International Commercial Arbitration* 2 (n101) 2146.

154 Hakem mahkemesinin bu şekilde karar almasının takdir yetkisine dayanmasının sonucu olduğu hk bkz Ekin Hacıbekiroğlu, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi* (On İki Levha, 2012) 33. Tahkim anlaşmasında hüküm bulunmayan söz konusu hâlde hakem mahkemesinin karar almasının takdir yetkisi veya doğal yetki ayrımı olarak nitelendirilmesinin uygulama şekli ve sonuçları bakımından bir farkı yoktur. Hakem mahkemesi elbette ki, bu boşluğu doldururken boşluğun varlığını ve alacağı kararı takdiri olarak değerlendirmektedir. Ancak, hakem mahkemesinin bu yetkisinin varlığının kaynağı tahkim yargılamasının amaçladığı şekilde gerçekleştirilmesi anlayışından, yani doğal yetkisinden, kaynaklanmaktadır.

155 New York Sözleşmesi madde (V)(1)(b) ve madde (V)(1)(d):

“1. Kararın tanınması ve tenfizi, aleyhine talepte bulunulan tarafın talebi üzerine, ancak bu taraftan iması ve tenfizin istendiği yerde yetkili makama aşağıdaki kanıtları sunduğu takdirde reddedilebilir: (...)

(b) Aleyhinde kararın talep edildiği tarafa, hakemin atanması veya tahkim yargılaması hakkında uygun bir bildirim yapılmamış veya bu taraf bir şekilde iddia veya savunmalarını öne sürememişse; veya (...)

(d) Hakem Heyetinin oluşumu veya tahkim usulü tarafların anlaşmasına uygun değilse veya böyle bir anlaşmanın olmaması halinde tahkim yargılaması yapıldığı ülkenin kanunlarına uygun değilse (...).”

156 Born, *International Commercial Arbitration* 2 (n101) 2146.

Sonuç

Uyuşmazlıkların çözülmesinde devlet yargısı yerine tahkimin seçilmesinin birçok nedeni vardır. Bunlardan çalışmamız kapsamında önemli olanlar, tahkimde hakem mahkemesinin hızlı bir şekilde nihai karara ulaşabilmesi ve usulî düzenlemeler bakımından esnekliğe izin verilmesidir. Hakem mahkemesi yargılamanın yürütülmesi sırasında, hakemlerin bağlı olduğu kurallar, kanunlar ve taraf anlaşmaları çerçevesinde çeşitli konuları düzenlemede serbestiye sahiptir. Bu özelliklerle uyumlu olarak hakemlerin açıkça yetkilendirilmemelerine rağmen alabilecekleri kararların olup olmadığı ve bunların kavramsal temellendirmesinin nasıl olması gerektiği çalışmamızda cevabı aranan temel sorudur. Bu sorunun cevabını oluştururken kullandığımız kavram ise doğal yetkidir (*inherent power*).

Doğal yetkinin incelenmesi için öncelikle, hakemlerin genel olarak tüm yetkilerinin kaynaklarının tarafların anlaşması, tahkim kanunları, tahkim kuralları veya uluslararası anlaşmalar olduğunu belirtmek gerekir. Hakem mahkemesinin tahkim yargılamasını gerçekleştirirken alacakları tüm kararların bu kaynaklardan yetki alıyor olması genel kuraldır. Söz konusu kaynaklarda hakemlerin alabilecekleri kararlar açıkça belirtilmişse hakemlerin açık yetkilerinin olduğundan bahsedilir. Ancak hakemlerin tahkim yargılamasında alacakları kararlara dair yetkileri yalnızca açıkça verilen yetkilerden oluşmamaktadır. Yine sayılan kaynaklardan ve tahkim yargılamasının doğasından ortaya çıkan fakat açıkça zikredilmeyen yetkiler de vardır.

Bu yetkilerden olan hakemlerin doğal yetkileri, genel olarak, tahkim yargılamasında açık yetkilerin düzenlemediği alanlarda olmak üzere uygulanacak esasa ve usule dair kurallardaki boşlukları doldurma işlevini gerçekleştirmektedir. Ancak, bu yetkinin tek işlevi ve temel amacı söz konusu boşlukların doldurulması değildir. Aynı zamanda doğal yetkiler, tahkimin yürütülmesinde karşılaşılan çeşitli sorunların çözümlenmesinde kullanılmak üzere hakemlerin başvurabileceği birer imkândır. Hakemler çözmeleri gereken sorun itibarıyla ilgili konuda bu yetkilerinden dayanak olarak belirli yönde karar alabileceklerdir.

Doğal yetkilerin herhangi bir kaynaktan açıkça anlaşılabilmesi nedeniyle bu yetkilerin varlığı ve kaynaklarının tespit edilmesi zorlaşmaktadır. Birçok farklı devlet hukukunun tahkimde etki sahibi olması nedeniyle bu hukukların tahkimin niteliğine bakışları da hakemlerin doğal yetkilerinin kaynaklarını tespit etmekte zorlayıcı etkenlerdendir. Tüm bunlarla birlikte, yalnızca tahkimin genel ve bir bütün olarak değerlendirilmesiyle bu kaynakların tespit edilebilmesi ve anlaşılabilmesi mümkündür. Belirtmek gerekir ki, hakemlerin doğal yetkilerinin kaynakları bakımından üzerinde fikir birliği olan bir liste yoktur. Birçok hakem kararında doğal yetkiye referans yapılmasına rağmen bunun kaynağına değinilmemesinin nedenleri arasında bu yetkilerin tahkimin zaten doğasında var olan bir yetki çeşidi olduğu kabulü vardır. Daha detaylı açıklamalar içeren hakem ve

mahkeme kararlarından tespit ettiğimiz kaynak ise tahkimin yargılama faaliyeti olması ve uyuşmazlığın çözülmesinin amaçlanması özelliklerinden temel olarak hakemlerin doğal yetkilere sahip olmasıdır. Buna göre, bir yargılamanın yapılarak uyuşmazlığın tüm yönleriyle ve kendisinden beklenen hızda ve sonuçlarla tamamlanabilmesi için hakemlerin doğal yetkilerini kabul etmek gerekir. UAD’ın Nükleer Test kararında da mahkemenin kendisine yargılamayı yapabilmek için yetki veren anlaşmalardan güç olarak yargılama faaliyeti yapılabilmesi amaçlarının hakemlerin doğal yetkilerinin kaynağı olduğu vurgulanmıştır. Doğal yetkilerin kaynağı olarak saydığımız diğer husus ise tahkim anlaşmasıdır. Tahkim anlaşmasının hakemlere verdiği uyuşmazlığı çözme görev ve yetkisi hakemlerin doğal yetkilerine imkân tanımaktadır. Tarafların iradesine uygun olarak hakemler çeşitli konularda bu doğal yetkilerine başvurabilmektedirler. Tahkim anlaşmasında olduğu gibi *lex arbitri* de tahkim yargılamasına verdiği izin ve yetkiyle hakemlerin doğal yetkilerine kaynaklık eder.

Hakemlerin doğal yetkileri tahkimin varlığından kaynaklanmaktadır. Bir uyuşmazlığın, devlet mahkemeleri yerine, tahkime getirilmesi başlı başına hakemlerin doğal yetkilerine kaynaklık oluşturmaktadır. Hakemlerin yetkilerinin kaynağını oluşturan düzenlemelerde izin verici veya hakemlere talimat şeklinde anlaşılabilen bir hüküm bulunmamasına rağmen hakemlerin doğal yetkileriyle bazı kararları alması mümkündür.

Bir yetki kullanımının doğal yetki çerçevesinde olabilmesi için herhangi bir hukuk düzenlemesinin açık ifadesinde yer almamasının yanında, düzenlemelerde zımnen dahi kastedilmiyor olması gerekir. Yani, tahkimi düzenleyen ve hakemlere yetki veren düzenlemelerde anlam itibarıyla kapalı, zımni olarak ifade edilen bir durumun hakemlere bir yetki bahşettiği söylenebiliyorsa bu durum onun bir başka yetki çeşidi olmasına neden olabilir. Bir başka ifadeyle, doğal yetki bu düzenlemelerin cümleler hâlinde ifadelerinden değil, bunun yerine, doğrudan varlıklarından güç almaktadır. Bu hukuki dayanakların var olması, yani uyuşmazlığın tahkime getirilmiş olması hakemlerin ilgili konudaki doğal yetkisine işaret eder. Sonuç itibarıyla, buradan güç alan hakemlerin, usule ve esasa dair hukuk düzenlemelerinde, taraf anlaşmalarında veya herhangi bir kaynakta kendilerinin belirli bir olay veya sorun hakkında nasıl karar vereceklerinin düzenlenmediği durumlarda başvurabilecekleri yetki doğal yetki doktrini çerçevesinde incelenebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: A.D., E.E.; Veri Toplama: A.D., E.E.; Veri Analizi /Yorumlama: A.D., E.E.; Yazı Taslağı: A.D., E.E.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: A.D., E.E.; Son Onay ve Sorumluluk: A.D., E.E.

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: A.D., E.E.; Data Acquisition: A.D., E.E.; Data Analysis/Interpretation: A.D., E.E.; Drafting Manuscript: A.D., E.E.; Critical Revision of Manuscript: A.D., E.E.; Final Approval and Accountability: A.D., E.E.

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*, (6th edn, Vedat Kitapçılık, 2021).
- Amerasinghe, CF, *Incidental Jurisdiction: Intervention and Interim Measures* (2011) *International Arbitral Jurisdiction*.
- Arroyo, DPF, ‘Arbitrator’s Procedural Powers: The Last Frontier of Party Autonomy?’, in Franco Ferrari (ed) *Limits to Party Autonomy* (JurisNet, 2016) 199-232. [Procedural Powers]
- Ataman-Figanmeşe İ, ‘Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolle Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri’ (2011) 31(2) *Public and Private International Law Bulletin* 35-81.
- Aygül M, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, On İki Levha Yayınları, 2014). [Tahkim Usulü]
- Balcı M, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim* (Danışman Yayınları, 1999).
- Başaran HR, *Uluslararası Tahkim* (On İki Levha Yayınları, 2014).
- Benedettelli M, ‘To bifurcate or not to bifurcate? That is the (Ambiguous) Question’ (2013) 29 *Arbitration International* 493-506. [To bifurcate or not to bifurcate?]
- Bensaude D, ‘S.A. Otor Participations v. S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings 1: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration’ (2005) 22(4) *Journal of International Arbitration*, 357-362 www.kluwerarbitration.com.
- Bjorklund AK and Brosseau J, ‘Sources of Inherent Powers’, in Franco Ferrari and Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019), 1-58.
- Black HC, *Black’s Law Dictionary* (4th edn, West Publishing 1968).
- Born G, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer, 2014).
- Born G, *International Commercial Arbitration 2*, (2nd edn, Wolters Kluwer, 2014).
- Brown C, ‘Inherent Powers in International Adjudication’ in Cesare P. R. Romano, Karen J. Alter, Yuval Shany (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (Oxford University Press, 2013) 829-848.
- Carlevaris A, ‘Inherent Powers of Arbitrators and Interim Measures’ in Franco Ferrari and Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019), 59-84. [Inherent Powers of Arbitrators]
- Castagna S, ‘Inherent and Implied Powers of International Arbitral Tribunals: Characteristics and Limits’, in Michael O’Reilly (ed), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* (Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Sweet & Maxwell, Cilt 82 Sayı 4, 2016) 409-414.

- Celikel A, Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta, 2021).
- Ekşi N, ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme’ (2003) 23(1) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 295-338.
- Ekşi N, ‘Legal Framework of Commercial Arbitration in Turkey’, in Nuray Ekşi, Pedro J. Martinez-Fraga, William K. Sheehy (eds) *International Commercial Arbitration: A Comparative Survey* (ICOC Publication, 2007).
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin Yayınları, 2013).
- Esen E, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili* (Beta, 2008).
- Esen E, ‘Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensi’ (2011) 10(1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 355-380. [Kompetenz-Kompetenz]
- Ferrari F, ‘Preface’, in Franco Ferrari (ed) *Limits to Party Autonomy* (JurisNet, 2016).
- Fouret J ve diğerleri, *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary* (Edward Elgar Publishing, 2019).
- Gaeta P, ‘Inherent Powers of International Courts and Tribunals’ in Lal Chand Vohrah et al (eds), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (Kluwer Law International, 2003) 353-372.
- Gaillard E and Savage J, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999). [International Commercial Arbitration]
- Gifis SH, *Law Dictionary* (4th edn, Barron’s 1996).
- Göktaş L, ‘Who Decides the Arbitrator’s Jurisdiction in International Commercial Arbitration: The Competence-Competence Doctrine from a Transnational Perspective’ (2017) 6(1) *UTTDER*, 149-210. [Competence-Competence Doctrine]
- Hacıbekiroğlu E, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi* (On İki Levha, 2012). [Deliller]
- Hanefeld I, Jong A, ‘Inherent Powers to Streamline the Proceedings’ in Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019), 247-268. [Proceedings]
- Jakobsson DH, ‘Inherent Powers of Arbitrators to Deal with Guerrilla Tactics’, in Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld (eds) *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019), 133-166. [Guerrilla Tactics]
- Kaufmann-Kohler G, ‘Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure-The Role of the Law of the Place of Arbitration’, in Albert van den Berg (ed) *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, 9* (ICCA Congress Series, 1999), 336-365. [Arbitration Procedure]
- Lew JDM, Mistelis LA, Kröll S, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003).
- Martinez-Fraga PJ, ‘Developing Equipose between Party-Autonomy and the Inherent Power of Arbitrator Discretion in the Gathering of Evidence in International Arbitration’, in Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld (eds) *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019), 209-246.
- Middleditch H, ‘The Use of Inherent Powers by Arbitrators to Protect the Public at Large’ in Franco Ferrari and Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019), 327-362.

- Mitchell AD, Heaton D, 'The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function' (2010) 31(3) *Michigan Journal of International Law*, 559-619. [Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals].
- Moses ML, *Inherent and Implied Powers of Arbitrators* (Loyola University Chicago School of Law, 2014). [Inherent Powers]
- Moses ML, *The Principle and Practice of International Commercial Arbitration* (2nd edn, Cambridge University Press, 2012)
- Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Beta, 2018).
- Nomer E, Ekşi N, Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku 1* (5th edn, Beta, 2016).
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal Yayıncılık, 2008).
- Paparinskis M, 'Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So', in Laird & Weiler (eds) *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Cilt 5, (2011) 4. Bkz <http://ssrn.com/abstract=1876705> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.
- Park WW, 'National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration' (1989) 63 *Tulane Law Review* 647-709.
- Park WW, *Arbitration of International Business Disputes* (2006)
- Petek ÖF, 'Hakem Sözleşmesi Uyarınca Hakemin Hak ve Yükümlülükleri' (2015), 8 Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.
- Petrochilos G, *Procedural Law in International Arbitration* (2004).
- Postacıoğlu İ, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (7th edn, Vedat Kitapçılık, 2015).
- Poudret JF, Besson S, *Comparative Law of International Arbitration* (2007).
- Redfern A ve diğerleri, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th edn, Oxford University Press, 2015).
- Rosenfeld F, 'The Inherent Powers of International Adjudicators to Reconsider and Revise Their Decisions', in Franco Ferrari and Friedrich Rosenfeld (eds), *Inherent Powers of Arbitrators* (JurisNet, 2019), 393-417.
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (3th edn, Cambridge University Press, 2010).
- Spoorenberg F, Fellrath I, 'Consent to Arbitrate: A Prerequisite to Arbitration' (2012) 1(2) *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 241-252.
- Strong SI, 'Limits of Procedural Choice of Law' (2014) 39 *Brooklyn Journal of International Law*, 1027-1121.
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Yayınları, 2019). [Uluslararası Ticari Akitler]
- Şanlı C, Esen E, Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta, 2021).
- Takavut İD, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İrade Serbestisi* (On İki Levha Yayınları, 2021).
- Tiryakioğlu B, 'Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali' in Bilgin Tiryakioğlu ve diğerleri (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin Yayınları, 2016), 301-321.

- Turner P, Mohtashami R, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules* (2009).
- van den Berg AJ, *Yearbook of Commercial Arbitration* (2008) 33, 575 www.kluwerarbitration.com
Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.
- Waincymer J, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Wolters Kluwer Law International, 2012). [Procedure and Evidence]
- Wälde T, 'Equality of Arms in Investment Arbitration: Procedural Challenges', in Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide To The Key Issues* (2010)
- Wiliński P, *Excess of Powers in International Commercial Arbitration: Compliance with the Arbitral Tribunal's Mandate in a Comparative Perspective* (Eleven International Publishing, 2020) [Excess of Powers]
- Yeşilirmak A, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha Yayınları, 2011). [Tahkim]
- Yeşilirmak A, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* (Queen Mary College University of London, 2003). [Provisional Measures]
- Yeşilirmak A, *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması* (On İki Levha Yayınları, 2018).
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi* (Güncel Hukuk Yayınları, 2008).
- Yeşilova B, 'Lex (Loci) Arbitri ve Tahkim Yeri Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m.1/II)' (2013) 2(1) *UTTDER* 99-163.



Uluslararası Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanı

Third-Party Funding in International Investment Arbitration

Adnan Tarık Doğan*

Öz

Uluslararası yatırım tahkiminde üçüncü kişi finansmanından yararlanma, son yıllarda gittikçe artmaktadır. Üçüncü kişi finansmanında finansör, tarafı olmadığı bir uyuşmazlığın taraflarından birini finanse ederek yargılamanın sonucunda elde edilecek meblağdan pay almayı hedeflemektedir. Bu sayede kendisine fon sağlanan taraf, tahkim masraflarını ödemekten kurtulmaktadır. Davayı kaybettiği takdirde de finansöre herhangi bir geri ödeme yapması gerekmemektedir. Tahkim masrafları, finansör tarafından karşılanacağından dolayı finanse edilen tarafın adalete erişim hakkı tesis edilmiş olacaktır. Bunun yanında üçüncü kişi finansmanı, yargılama sırasında oluşabilecek masraflara ilişkin riskin, finansör ile paylaşılması noktasında da önemli katkılar sağlamaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki finansörler, uyuşmazlıkları finanse etme konusunda oldukça seçici davranmakta ve yüksek başarı şansı görmediği başvuruları -yaklaşık %90 oranında- reddetmektedir.

Finansmanın sağlanması için finansör ile kendisine finansman sağlanan taraf arasında bir finansman sözleşmesinin akdedilmesi gerekmektedir. Bu sözleşmenin niteliği doktrinde tartışmalı olsa da *sui generis* olarak değerlendirilmesinde fayda olduğu çıkarımında bulunulmuştur.

Uluslararası yatırım tahkiminde üçüncü kişi finansmanının yargılamaya olumsuz etkileri de bulunmaktadır. Bunların başında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına halel getirilmesi hususu gelmektedir. ICSID Tahkim Kuralları Temmuz 2022 değişiklikleri ile bu konuda önemli bir adım atılmış ve üçüncü kişi finansörün kimliğinin bildirilmesi düzenleme altına alınmıştır. Finansörün tahkim yargılamasına oluşturabileceği olumsuz etkilerden bir diğeri de davaya etkin müdahale etmesi olacaktır. Çalışmanın son bölümünde finansörün oluşturabileceği bu gibi menfi zararlara değinilip son olarak masraflar için teminat yatırma yükümlülüğünün finansörün varlığı durumunda ne şekilde ele alınması gerektiği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Üçüncü Kişi Finansmanı, Uluslararası Yatırım Tahkimi, ICSID, Dava Sonucundan Pay Alma Yasağı, Finansörün Kimliğinin Açıklanması

Abstract

The use of third-party funding in international investment arbitration has increased significantly in recent years. In third-party funding, funders finance a legal claim in which they have no pre-existing interest with the aim of receiving financial benefit. In this way, the funded party avoids paying arbitration costs. If the case is lost, the funded party additionally doesn't have to make any repayments to the funder. The right to access to justice is established because of the arbitration costs covered by the funder. Third-party funding also provides significant contributions with regard to sharing with the funder the risks of costs that may arise during the tribunal. One should note that funders are very selective about financing disputes and reject 90% of applications if they don't see a high chance of success.

In order to provide funding, a funding agreement must be signed between the funded party and the third-party funder. Although the legal character of this agreement is controversial in terms of doctrine, considering it as *sui generis* has been concluded to be beneficial.

* Sorumlu Yazar: Adnan Tarık Doğan (Yüksek Lisans Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: dogan.adnant@gmail.com ORCID: 0000-0002-4970-3220

Atf: Dogan AT, "Uluslararası Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanı" (2022) 42(2) PPIL 713.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1139500>



Third-party funding also has negative effects on the tribunal process in international investment arbitration. The presence of a third-party funder can raise doubt as to the impartiality and independence of the arbitrators. With the 2022 Amendment of the ICSID Arbitration Rules, a major step has been taken by making a new rule about disclosure of third-party funding. Another negative effect of third-party funding is that the funder may want to take full control over the arbitral proceeding. The last part of the study evaluates security for costs when a third-party funder is present.

Keywords

Third-Party Funding, International Investment Arbitration, ICSID, Maintenance and Champerty, Disclosure of Third-Party Funding

Extended Summary

This study examines third-party funding in international investment arbitration. Third-party funding has become increasingly popular in international arbitration; however, no universally accepted definition of third-party funding has yet to occur. This study describes third-party funding as the practice where one of the parties' arbitration costs is financed by a third-party funder who has no pre-existing interest regarding the trial and who aims to receive financial benefit by funding. With the presence of this third-party funder, the funded party is not required to pay the arbitration cost, so this can be said to be a win-win situation for both sides. Third-party funding began as a litigation funding practice that then went on to become popular in international arbitration. During England's Middle Ages, third-party litigation funding was prohibited due to the doctrine of maintenance and champerty, while no doubt currently exists that third-party funding has had a growing positive impact on international arbitration. 2017 in particular was a very important year that saw a milestone regarding the regulation of third-party funding. Singapore and Hong Kong pioneered new legislation that permitting third-party funding in arbitration. This study also examines third-party funding in terms of Turkish law and has found no regulation to be present in regard to prohibiting third-party funding.

Funder is a term that refers to a natural or legal person who has no pre-interest in a dispute and who finances a party's costs either partially or in full. A funder may be a bank, insurance firm, law firm, or other entity particularly dedicated to funding disputes. Lastly, non-governmental organizations may also be funders. To provide funding, a funding agreement must be signed between the funded party and the third-party funder. No common acceptance of any legal character exists in this agreement with regard to legal doctrine, and as such this study concludes that benefit to be had in considering this agreement to be *sui generis*.

Disclosure of third-party funding has been one of the most discussed issues in third-party funding, with scholars having discussed this issue in the scope of the importance of transparency in arbitration proceedings as well as with regard to the impartiality and independence of arbitrators. Disputes in international investment arbitration are also

related to public interests, so this study indicates that tribunal proceedings should be more transparent. Disclosure of the third-party funding is an important circumstance for providing transparency in the arbitral process. In order to determine whether the arbitrators are acting independently and impartiality during the arbitration proceeding, one must know whether any relationships exist between the arbitrators and the funder. With the 2022 Amendment of the ICSID Arbitration Rules, a major step has been taken by making a new rule regarding third-party funding, with Rule 14 clearly regulating the disclosure of third-party funding. That the scope of third-party funding disclosures are limited to the name and address of the funder may be considered a good step. Confidentiality between the parties of the funding agreement must be taken seriously. Also, no obligation exists to disclose a third-party funding agreement with regard to ensuring the transparency of proceedings or impartiality and independence of the arbitrators. However, an important exception does occur in the last paragraph of Rule 14. The tribunal may order the disclosure of further information such as the funding agreement and other evidence. One should always take into consideration that a funder may choose how to keep some important parts confidential, such as sensitive information about the proceedings or trade secrets.

Third-party funding in international investment arbitration also has negative effects on the tribunal process, one of these being that the funder may want to take full control of the arbitral proceedings. Due to their financial power, a funder has an advantageous position and may use this power to impose unfair terms to the funding agreement, such as having to make a decision on every strategic step during the tribunal proceeding. This is a serious problem that parties should resolve while negotiating the funding agreement. During the proceedings, funders will additionally want to learn comprehensive information about the procedure. Attorney-client confidentiality might face certain issues on this point. From the beginning to the end of the arbitration process, funders may request privileged information about the claim be disclosed based on due diligence. To avoid any possible problems that may occur in the future, parties should execute a confidentiality agreement within the due diligence process. Conflicts of interest may also arise during the arbitration due to the presence of a third-party funder. For example, an arbitrator may perform their due diligence before the case or the funder may consult the arbitrator regarding decisions on how to fund the claim. Therefore, the disclosure of third-party funding is vital. Another issue regarding third-party funding is whether or not funding agreements should be taken into account when making a decision about security for costs. This study has concluded that third-party funding should not be a factor when determining the security for costs, because third-party funding does not automatically reveal the claimholder as being impecunious. In addition, determining the security for costs in every third-party funding circumstance would delay the arbitration process.

Uluslararası Yatırım Tahkiminde Üçüncü Kişi Finansmanı

Giriş

Yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların tahkim aracılığı ile çözülmesi genelde tercih edilen bir uygulamadır. Alanında uzman hakemler aracılığıyla uyuşmazlıkların daha hızlı çözüme bağlanmasından dolayı tahkim, yaygınlık kazanmaktadır. Hakem heyetlerinin herhangi bir devlet otoritesine bağlı bir yargılama makamı niteliğinde olmaması da devlet mahkemelerine nazaran tercih edilmesindeki sebeplerden bir diğeridir. Ancak uluslararası yatırım tahkimine gelindiğinde bir dezavantajla karşılaşmaktadır. Bir uyuşmazlık yöntemi olarak tahkim, pahalı bir yoldur. Kurum masrafı, hakem ücreti, keşif ve uzman/bilirkişi raporları gibi kalemler, tahkim yargısının masrafını arttırmaktadır. Bu sebeplerden dolayı uygulamada yatırım tahkiminde finansman kullanımı gittikçe yaygınlaşmaktadır¹. Üçüncü kişi finansmanının hem yatırımcılar için adalete erişimin sağlanmasında yararları bulunmakta hem de bu yol, finansör açısından kârlı bir yatırım aracı olarak görülmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde üçüncü kişi finansmanının tanımı yapılacaktır. Bu tanım bağlamında tahkimde üçüncü kişi finansmanının ortaya çıkışı ve çeşitli devlet hukuklarındaki üçüncü kişi finansmanına dair hukukî düzenlemelere değinilecektir. Ardından finansman kurumunun Türk hukukuna yansımaları irdelenecektir. Sonrasında üçüncü kişi finansmanının tahkimdeki yararları açıklanacaktır. Burada adalete erişim, kapsamlı durum değerlendirmesi yapılması, tarafların sulhe teşviki ve risk paylaşımı ile ilgili olarak açıklamalarda bulunulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde finansör ve finansman sözleşmesine odaklanılacaktır. İlk olarak finansörlerin kimler olabileceği açıklanacaktır. Sonrasında finansman sözleşmesi üzerinde durulacaktır. Finansör ile yatırımcı arasında akdedilen finansman sözleşmesi; hukukî niteliğinin ne olduğu, diğer finans yöntemlerinden ayrıştığı noktalar ve sözleşmeye uygulanacak hukuk açısından değerlendirilecektir. Ardından doktrinde üçüncü kişi finansmanı hakkında en çok tartışılan konu olan finansörün kimliğinin açıklanması meselesi üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda ilk olarak finansörün kimliğinin açıklanmasının tahkim sürecinin şeffaflaşmasına ve hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarının tesisine olan katkısı irdelenecektir. Akabinde ICSID Tahkim Kuralları'nda yapılan Temmuz 2022 değişikliklerine değinilip finansörün bildirilmesine dair olan maddeye ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise finansmanın yatırım tahkimine etkileri üzerinde durulacaktır. Öncelikle finansörün davaya etkin müdahalesi hususuna değinilecektir. Ardından avukat-müvekkil gizliliğinin finansör varlığında ne şekilde

1 Süheyla Balkar Bozkurt, 'Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları' (2015) 10(129-130) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 151; Valentina Frignati, 'Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration' (2016) 32 Arbitration International 505, 506.

ele alınması gerektiği meselesi açıklanıp menfaat çatışmasından bahsedilecektir. Tahkimde üçüncü kişi finansmanı kullanılmasının masraflar için teminat yatırma yükümlülüğü doğurup doğurmadığı hususu, doktrinde en çok tartışılan hususlardan bir diğeridir. Bu konu hakkında ICSID hakem kararları esas alınarak değerlendirilmede bulunulacaktır.

I. Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Ortaya Çıkışı, Tanımı ve Sağladığı Avantajlar

A. Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Ortaya Çıkışı

Üçüncü kişi finansmanı, Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkmış olup ilk olarak devlet mahkemelerinde görülmekte olan davalarda kullanılmış bir yöntemdir². Deniz ticaretinde yaşanan gelişmeler ile birlikte risklerin artmasıyla bu kuruma ihtiyaç duyulmuştur³. Ancak üçüncü kişi finansmanı kurumu Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde bulunan *maintenance* ve *champerty* doktrini (davanın satın alınması yasağı) neticesinde sekteye uğramıştır⁴. *Maintenance*, başka birinin davasını sürdürmesine malî destek sağlayarak yardımcı olmak şeklinde tanımlanabilir. *Champerty* ise sonucunda ekonomik bir kazanç elde etme amacıyla davanın sürdürülmesinin sağlanmasıdır⁵.

Orta çağ İngiltere’inde davaların güçlü Lordlar aracılığı ile finanse edilmesi yasaklanmış ve bu sayede mahkemeler üzerindeki meydana gelebilecek baskıların engellemesi amaçlanmıştır⁶. Böylece *maintenance* ve *champerty* doktrini doğmuştur. Davanın satın alınması kamu düzenine aykırı bulunmuştur⁷. Daha sonrasında hukukun üstünlüğünün tesisi, mahkemelerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması ile bu yasak önemini yitirmeye başlamıştır. Adaletin tesis edilememesi veya yargılamanın yozlaşması gibi endişeler geçerliliğini kaybetmiştir. Hatta sonraki dönemde davada üçüncü kişi finansmanının adalete erişimin ve silahların eşitliğinin sağlanması

2 Didem Kayalı, ‘Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı’ (2019) 8(1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 83, 87.

3 Noor Kadhim, ‘Whose Line of Credit is it Anyway? Third Party Funding Issues in Arbitration’ (Kluwer Arbitration Blog, 17 July 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/17/whose-line-credit-anyway-third-party-funding-issues-arbitration/>> Erişim Tarihi 18 April 2022; Baver Mazlum Mert, ‘Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı’ (Master thesis, İstanbul Üniversitesi 2019), 4.

4 Maya Steinitz, ‘Whose Claim is This Anyway? – Third Party Litigation Funding’ (2011) 95(4) Minnesota Law Review 1268, 1286.

5 Burford Capital- Legal Finance 101, 4 <<https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/legal-finance-101/>> Erişim Tarihi 2 May 2022, 56; Can Eken, ‘Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı’ (Master thesis, Dokuz Eylül Üniversitesi 2018) 34-35.

6 Burcu Osmanoğlu, ‘Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest’ (2015) 32(3) Journal of International Arbitration 325, 328.

7 Oliver Gayner and Susanna Khouri, ‘Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding’ (2017) 40(3) Fordham International Law Journal 1033, 1034.

açısından önemli bir uygulama olduğu görüşü savunulmuştur⁸. Sonuç olarak davanın finanse edilmesinin yasaklanmasına sebebiyet veren hususlar ortadan kalkmıştır.

Yaşanan gelişmeler neticesinde 1966 yılında Hukuk Komisyonu tarafından İngiliz Parlamentosu'na sunulan Davanın Satın Alınması Yasağına İlişkin Kanun Değişikliği Önerisi'nde bu yasağın yıllardır uygulanmadığı ifade edilmiştir⁹. Ardından 1967 yılında ceza kanununda yapılan değişiklik ile İngiliz hukukunda davanın satın alınması bir suç olmaktan çıkartılmıştır¹⁰. Söz konusu değişiklikler neticesinde İngiliz hukukunda üçüncü kişi finansmanının geçerliliğine ilişkin bir tartışma artık söz konusu değildir¹¹.

B. Üçüncü Kişi Finansmanının Tanımı ve Kapsamı

Üçüncü kişi finansmanının tanımı hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamakla beraber ağırlıklı olarak şu şekilde bir tanım yapılmaktadır: uyumsuzlukla herhangi bir ilgisi olmayan üçüncü kişinin, mahkeme veya tahkim sürecindeki masrafları rücu talebi olmaksızın dava sonucundan pay elde etme amacıyla karşılamasıdır¹². Doktrinindeki bir başka görüş ise bu tanımı, üçüncü kişinin dava sonucundan pay elde etmek dışında önceden kararlaştırılan başkaca değerleri talep edebileceği şekilde genişletmektedir¹³. Uygulamadan bir örnek vermek gerekirse, S&T Oil şirketi, Romanya'ya karşı başlatmış olduğu Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Uluslararası Merkez¹⁴ (ICSID) bünyesindeki tahkim yargılamasının¹⁵ finansmanı için Juridica adlı finansör ile anlaşmıştır. Finansör, ICSID tahkim masrafları ile avukat masraflarının bir kısmını karşılamayı taahhüt etmiş ve karşılığında tahkimden elde edilecek tazminatın bir kısmı ile Romanya'daki şirketin hissesinden pay talep etmiştir¹⁶.

8 Gian Marco Solas, *Third Party Funding, Law, Economics and Policy*, (1st edn, Cambridge University Press 2019) 26; Caroline Kenny, 'A Comparison of Singapore and Hong Kong's Third Party Funding Regimes to England and Australia' (2021) 87(2) *The International Journal of Arbitration, Mediation and Disputes Management* 170, 172.

9 The Law Commission Proposals for Reform of the Law Relating to Maintenance and Champerty, para 7 <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxou24uy7q/uploads/2016/08/LC_-007-PROPOSALS-FOR-REFORM-OF-THE-LAW-RELATING-TO-MAINTENANCE-AND-CHAMPERTY.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2022.

10 Kenny (n 8) 172.

11 Varun Mansinghka, 'Third Party Funding in International Commercial Arbitration and its Impact on Independence of Arbitrators: An Indian Perspective' (2017) 13(1) *Asian International Arbitration Journal* 97, 99.

12 Williem H. van Boom, *Third-Party Financing in International Investment Arbitration*, (1st edn, Erasmus Universiteit 2011) 25; Frignati (n 1) 508; Brooke Guven and Lise Johnson, *The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*, (1st edn, Columbia Center on Sustainable Investment-Working Paper, 2019) 3; 'Report Of The International Council for Commercial Arbitration (ICCA)-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration' (2018) The ICCA Report No 4, 39 (ICCA Report); Antje Baumann and Michael M. Singh, 'New Forms of Third Party Funding in International Arbitration: Investing in Case Portfolios and Financing Law Firms' (2019) 7(2) *Indian Journal of Arbitration Law* 29, 30; Eric De Brabandere, 'Mercantile Adventurers?' The Disclosure of Third Party Funding in Investment Treaty Arbitration' (2017) Grotius Centre Working Paper 2016/059, 4, <<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=39011400612209909606907910610506411205605006502703905107809800006706508311207212110900503510700506102504407407003012611507208103803707805200008610502409600810702509003303307808212408008308102202302010809400212211200308408011712200511509001112081064098&EXT=pdf&INDEX=TRUE>> Erişim Tarihi 28 May 2022.

13 Balkar Bozkurt (n 1) 151.

14 International Centre for Settlement of Investment Disputes.

15 *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd v Romania*, Case No. ARB/07/13 (ICSID 2 November 2007) <<https://www.italaw.com/cases/967>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

16 Yusuf Çalıskan, 'Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı' (2016) 22(3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 645, 655.

Üçüncü kişi finansmanı doktrinde geniş anlamda üçüncü kişi finansmanı ile dar anlamda üçüncü kişi finansmanı olarak ikili bir ayrıma gidilerek de ele alınmaktadır¹⁷. Hemen belirtmek gerekir ki doktrinde bir tanım birliğinin sağlanamamış olması, üçüncü kişi finansmanının her daim aynı biçimde gerçekleşmemesi ve farklı finansman yöntemlerinin bulunmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumun bir yansıması olarak önem atfedilen finansman yöntemine göre üçüncü kişi finansmanı tanımı değişiklik göstermektedir.

Dar anlamda üçüncü kişi finansmanı, uyuşmazlığın tarafı olmayan profesyonel bir kişi veya kurumun, taraflardan birinin kendilerine başvuru öncesinde mevcut bir ilgisi olmaksızın dava sonucundan maddî çıkar elde etme maksadıyla dava masraflarını üstlenmesi şeklinde tanımlanabilir¹⁸. Finansör, yargılamada taraflardan birinin yasal temsilini bir kâr karşılığında finanse etmektedir. Dolayısıyla dava kazanıldığı takdirde finansör, dava sonucu elde edilen gelirden belirli bir yüzde alma konusunda ilgili taraf ile anlaşma yapmaktadır. Dava kaybedildiği takdirde ise herhangi bir kazanç elde edemeyecek ve yaptığı masrafların karşılığını alamayacaktır¹⁹.

Geniş anlamda üçüncü kişi finansmanına gelindiğinde ise, burada da uyuşmazlık ile ilgisi olmayan bir finansörün dava masraflarını üstlenmesi söz konusudur. Dar anlamda üçüncü kişi finansmanı ile farkı ise dava sonucundan maddî çıkar elde etme amacının görülmemesidir²⁰. Bu bakımdan finansörün kim olabileceği sorusuna verilen yanıt dar anlamdaki tanımdan daha kapsayıcıdır. Kimi durumlarda finansörlerin kâr amacı gütmekten ziyade belli yönde bir karar çıkması, yürürlükteki yasaların değişmesi gibi motivasyonlarla fon sağlamaları söz konusu olabilmektedir²¹. Bu bağlamda Avustralya devletinde Katolik Kilisesi, Anti-Kanser Konseyi gibi kuruluşların da davalara fon sağladığı görülmüştür²². Bir başka örnek olarak Clinton v. Jones²³ davası ele alınacak olursa, bu davada bir çalışanı eski Birleşik Devletler başkanı Bill Clinton'a karşı cinsel taciz suçlamasıyla dava açmak istemiş ve özel bir finansör davanın açılması ve sürdürülmesi için gerekli finansmanı sağlamıştır. Bu dava bakımından fon sağlayan kişi muhalefet partisinin varlıklı bir destekçisidir²⁴. Görüldüğü üzere bu

17 Fatih Işık and Hande Pat, 'Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı' in Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu and Ece Uyanık (eds), *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı Sempozyumu* (Seçkin 2018) 94, 96; Kayalı (n 2) 86-87; ICCA Report (n 12) 39; Duarte Gorjao Henriques, 'Arbitrating Disputes in Third Party Funding: A Parallel with Arbitration in The Financing Sector' (SSRN, 10 December 2018) 6 <<https://ssrn.com/abstract=3285723>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

18 Derric Yeoh, 'Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field' (2016) 33(1) *Journal of International Arbitration* 115, 116; van Boom (n 12) 25.

19 Victoria Sahani, 'Third Party Funding in Dispute Settlement in Africa' (2016) 110 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 90, 90.

20 Mert (n 3) 11.

21 ICCA Report (n 12) 109.

22 Jasminka Kalajdzic, Peter Cashman and Alana Longmoore, 'Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding' (2013) 61(1) *The American Journal of Comparative Law* 93, 99.

23 520 US 681 (1997).

24 Steinitz (n 4) 1269.

olay bakımından finansörün doğrudan bir kâr amacı bulunmamaktadır. Kanaatimizce geniş anlamda üçüncü kişi finansmanını tanımının kabulü daha uygun olacaktır. Zira finansman tanımını daha kapsayıcı şekilde ele almak, çalışmanın ilerleyen kısımlarında incelenecek olan finansörün kimliğinin açıklanması ve bu sayede yargılamanın bağımsızlığının ve şeffaflığının sağlanmasında yararlı olacaktır.

C. Üçüncü Kişi Finansmanının Uluslararası Yatırım Tahkimindeki Görünümü

Uluslararası ticarete yaşanan gelişmeler neticesinde uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak tahkim genelde tercih edilen bir yöntem olagelmıştır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı devlet yargısına taşımak yerine hakemler önünde çözülmesini kararlaştırabilmektedir²⁵. Yatırım uyuşmazlıkları bakımından da yabancı yatırımcı gerçek veya tüzel kişi ile ev sahibi devlet arasındaki ihtilafların çözüme kavuşturulması için Türkiye'nin de taraf olduğu Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma²⁶ ile Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Uluslararası Merkez kurulmuştur. Merkez bünyesinde de kurumsal bir tahkim olan ICSID tahkimi faaliyet göstermektedir²⁷.

Bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim, hakem ücretleriyle birlikte kuruma belirli bir harç ödenmesi durumu göz önüne alındığında, pahalı bir yöntemdir²⁸. Bununla beraber yatırım tahkimi bakımından taraflardan birinin yatırımcı gerçek veya tüzel kişi diğerinin ise devlet olmasından dolayı tarafların söz konusu pahalılığın bilincinde olduğu ve bunu göze aldıkları varsayılabilir. Ancak tarafların, özellikle de yatırımcının, sonrasında malî dengesinde bozulma, ödeme güçlüğü hâli söz konusu olabilir²⁹.

Tahkimin özellikle de yatırım uyuşmazlıklarındaki yaygınlığının yanı sıra söz konusu pahalılığı, kurumun en büyük dezavantajlarından biri olarak değerlendirilmektedir. Doktrinde Balkar Bozkurt, tahkim yargılamaşının sanal ortamda gerçekleştirilmesiyle masrafların azaltılabileceği yorumunda bulunmaktadır³⁰. Kanaatimizce tahkim masraflarından dolayı oluşabilecek zararların önüne geçilmesi adına üçüncü kişi finansmanından yararlanılması makul bir yoldur. Bununla beraber maddî dengesi

25 Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, (2nd edn, Cambridge University Press 2012) 18; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (6th edn, Vedat 2021) 7.

26 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (1965, Washington). Türkiye, ICSID Konvansiyonu'na 3460 sayılı Onaylamayı Uygun Bulma Kanunu ile taraf olmuştur. (RG 19830/06.12.1988).

27 M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, (3th edn, Cambridge University Press 2012) 299; Julian D. M. Lew, 'ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments' (2004) 19 *Arbitrating Foreign Investment Disputes, Studies in Transnational Economic Law* 265, 268; İnci Ataman-Figanmeşe, 'Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar' (2012) 31(1) *PPIL* 91, 95; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (7th edn, Beta 2019) 391; Akıncı (n 25) 39; Noah Rubins and N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, (1st edn, Oceana 2005) 315.

28 Akıncı (n 25) 5.

29 Balkar Bozkurt (n 1) 121.

30 ibid 150.

sarsılmış yatırımcıya vatandaşı olduğu Devletin sahip çıkması, yatırımcısının davasını fonlaması da dikkate değer bir alternatif yöntemdir.

Üçüncü kişi finansmanı, her ne kadar uluslararası tahkimde yeni bir olgu olsa da sürekli büyüme hâlinindedir. Zira tahkimde finansmana ilişkin günbegün artan bir talep söz konusudur. Bunun bir ayağını küresel ekonomide yaşanan durgunlaşma neticesinde yeni yatırım alanları arayan finansman kuruluşlarının tahkim finansmanına olan ilgisi oluşturmaktadır. Diğer ayağını ise iddialarını tahkime götürmek isteyen tarafın, ödeme güclüğü içerisinde olması, kendi içerisindeki nakit akışına halel getirmek istememesi, riski paylaşmak istemesi gibi sebeplerle finansörlere duyduğu ihtiyaç oluşturmaktadır³¹.

ICSID tahkimine gelindiğinde ise Giovanni Alemanni and Others v The Argentine Republic kararı³² incelenecek olursa; bu kararda hakem heyeti, üçüncü kişi finansmanının ulusal veya uluslararası hukukî düzenlemelerdeki yerine ya da olumlu-olumsuz yanlarına bakmaksızın uygulama noktasında tahkim talebinin kabul edilebilirliğine dair bir beis çıkarmayacağına karar vermiştir³³. Nitekim ICSID'in Temmuz 2022'de değişikliğe uğrayan Tahkim Kurallarına bakıldığı takdirde de üçüncü kişi finansmanına ilişkin doğrudan düzenlemeye yer verildiği görülmektedir³⁴.

D. Farklı Ulusal Düzenlemelerde Üçüncü Kişi Finansmanı

1. Anglo-Sakson Hukukundaki Durum

a. Genel Bilgi

Üçüncü kişi finansmanı ilk olarak Anglo-Sakson hukukunun hakim olduğu devletlerde davanın satın alınması yasağının kimi ülkelerde kaldırılmaya başlanmasıyla gelişim göstermiştir. Doktrinde bu durumun sebebi: Kıta Avrupa'sı devletlerine nazaran Anglo-Sakson hukukunda devlet yargısına başvuruların pahalı olması, adli yardım mekanizmalarının yeterince gelişmemesi, cezaî tazminatın uygulanıyor oluşu olarak gösterilmektedir³⁵. Anglo-Sakson ülkelerine bakıldığı zaman üçüncü kişi finansmanı hakkında birbirlerinden farklı düzenlemelere tabi oldukları görülmektedir. Bu ülkelerde ortak olan nokta ise davanın satın alınması yasağını uygulama noktasındaki katı tutumlarından zamanla vazgeçmeleridir.

b. Avustralya, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'deki Durum

Üçüncü kişi finansmanı, 1993 yılında kimi eyaletlerinde davanın satın alınması yasağının kaldırılmasının ardından ilk olarak Avustralya devletinde etkin bir şekilde

31 Frignati (n 1) 506.

32 *Giovanni Alemanni and Others v The Argentine Republic*, Award, Case No ARB/07/8 (ICSID 17 November 2014) <<https://www.italaw.com/cases/2783>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

33 İbid para 278.

34 Bkz II. Bölüm C.3

35 Balkar Bozkurt (n 1) 207.

kullanılmaya başlanmış ve Avustralya 1990'ların sonundan itibaren en köklü finansman piyasalarından biri hâlinde gelmiştir³⁶. Üçüncü kişi finansmanına dair yasal düzenleme bulunmamasına ve mahkemelerin müdahale etmemesine rağmen Avustralya'da önemli bir finansman piyasası gelişmiştir³⁷. Bununla birlikte Avustralya devletinde 2006 yılında üçüncü kişi finansmanına yönelik önemli bir gelişme gerçekleşmiştir. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin Campbells Cash and Carry Pty Ltd v Fostif Pty Limited kararında davanın satın alınması yasağının bulunmadığı eyaletlerde üçüncü kişi finansmanına izin verildiği açıkça ifade edilmiştir³⁸. Geçmişteki ihtiyaçlar neticesinde ortaya çıkan bu yasağın günümüzde modern bir bakış açısıyla tekrardan ele alınması gerektiği Yüksek Mahkeme tarafından dile getirilmiştir³⁹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) başta davanın satın alınması ve avukatların avukat olmayanlarla ücret paylaşımı yasaklarından dolayı üçüncü kişi finansmanı söz konusu değildi⁴⁰. ABD'de bu yasaklardan dolayı üçüncü kişi finansmanı yerine bir başka finansman yöntemi olan avukatların yalnızca davayı kazanmaları hâlinde ücrete hak kazanacağı sözleşmeler uygulanmaktaydı. Ancak bu finansman yönteminde avukatların çok fazla risk üstlenmesi ve hukuk firmalarının sermayelerinde problemlere yol açması gibi sorunlar sebebiyle ABD'de üçüncü kişi finansmanına olan ilgi gün geçtikçe artmaktadır⁴¹.

Amerikan hukukunda davanın satın alınması yasağının ne tamamen kaldırıldığına ne de katı bir şekilde uygulandığını söylemek mümkün değildir⁴². ABD'de üçüncü kişi finansmanına ilişkin düzenlemelerde yeknesaklık bulunmamaktadır. Kimi eyaletlerde davanın satın alınması yasağı devam ederken kimi eyaletlerde sınırlı bir şekilde üçüncü kişi finansmanı kabul edilmektedir⁴³. Kabul edilen eyaletlerde ise üçüncü kişi finansmanı; doğrudan davacıya verilen geri ödemesiz krediler, avukatlara ya da hukuk firmalarına verilen krediler veya ticarî alacağın finansmanı şeklinde uygulanmaktadır⁴⁴.

Birleşik Krallık bakımından davanın ve tahkimin finansmanına dair hukukî bir engel bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra Dava Finansörleri Birliği (ALF) adında bir birlik

36 Douglas S. Jones, 'Third Party Funding in International Arbitration: Useful Experience from Australia' (2018) 5(2) BCDR International Arbitration Review 335, 338; Gayner and Khouri (n 7) 1035; Detlev Kühner, 'Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany' (2014) 31(6) Journal of International Arbitration 807, 813.

37 Gayner and Khouri (n 7) 1039.

38 Campbells Cash and Carry Pty Ltd v Fostif Pty Limited (2006) High Court of Australia 41, para 124 <<http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/sign.cgi/au/cases/cth/HCA/2006/41>> Erişim Tarihi 20 September 2022

39 İbid para 125.

40 Steinitz (n 4) 1286.

41 Jason Lyon, 'Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation' (2010) 58 UCLA Law Review 571, 571; Kalajdzic, Cashman and Longmoore (n 22) 127-128.

42 Lyon (n 41) 583.

43 İbid 575.

44 Kalajdzic, Cashman and Longmoore (n 22) 128-129.

dahi kurulmuştur⁴⁵. Birleşik Krallık örneğinde self-regülasyon yolu tercih edilmiş ve bu bağlamda Birlik, ALF Etik Kuralları'nı düzenlemiştir⁴⁶. Sonuç olarak finansman hususunda iki prensip bulunmaktadır; ilki Birlik'e üye olmak, ikincisi ise Birlik'in oluşturmuş olduğu Etik Kurallar'a uymaktır. Hemen belirtmek gerekir ki söz konusu kurallar sadece üyeler bakımından bağlayıcıdır⁴⁷. Kurallarda finansörler için sermaye yeterliliği, menfaat çatışması, gizlilik, finansman anlaşmalarına ilişkin temel şartlar düzenlenmektedir⁴⁸.

b. Singapur ve Hong Kong Hukukundaki Durum

2017 yılında tahkimde üçüncü kişi finansmanı ile alakalı önemli gelişmeler yaşanmıştır. Singapur, ek bir finansman ve risk yönetim aracı olarak üçüncü kişi finansmanına ilişkin kendi mevzuatındaki hukukî engelleri kaldırma yoluna gitmiştir⁴⁹. Bu adım ile dünyada tahkim merkezi olarak önemini korumayı ve gelişmeleri takip etmeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişi finansmanı ilk olarak Avustralya'da etkin bir şekilde kullanılmaya başlanmış olsa da tahkimde üçüncü kişi finansmanı hususunu kendi mevzuatında doğrudan düzenleme yoluna giden ilk devlet Singapur olmuştur⁵⁰. Singapur öncelikle *maintenance* ve *champerty* doktrinini sınırlı olarak kaldırmış ardından finansörlerin kimler olabileceğine ilişkin kanunî düzenlemeler yapmıştır⁵¹. İlgili düzenlemede üçüncü kişi finansmanı dar anlamıyla ele alınmakta, finansörün kim olabileceğine dair sınırlı bir çerçeve çizilmektedir. Singapur hukukunda finansörler sadece bu işle ilgilenen finansman kuruluşları olabilecek ve sermayesi 5 milyon Singapur dolarının altında olamayacaktır⁵². Üçüncü kişi finansmanı Singapur özelinde sadece uluslararası tahkim için geçerli olan bir kurumdur⁵³. Ulusal tahkimde finansmana izin verilmemektedir⁵⁴.

Singapur'u, Çin'in Hong Kong özerk bölgesi takip etmiş ve üçüncü kişi finansmanına ilişkin mevzuatında doğrudan düzenleme yapmıştır. 2017 yılında Tahkim

- 45 Association of Litigation Funders of England and Wales (ALF) <<https://associationoflitigationfunders.com/about-us/litigation-finance/>> Erişim Tarihi 20 April 2022
- 46 ALF Etik Kuralları madde 3 gereğince finansörün söz konusu kuralları kabul etmiş sayılacağı düzenlenmektedir. Kuralların tam metni: <<https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>> Erişim Tarihi 20 April 2022.
- 47 Rachael Mulheron, 'England's Unique Approach to the Self-Regulation of Third Party Funding: A Critical Analysis of Recent Developments' (2014) 73(3) Cambridge Law Journal 570, 571.
- 48 Gayner and Khouri (n 7) 1039.
- 49 Michael Hwang and Yin Wai Chan, 'Leading The Way: Third Party Funding in International Arbitration in Singapore' (2018) 5(2) BCDR International Arbitration Review 353, 358.
- 50 Kenny (n 8) 170.
- 51 Republic of Singapore Government Gazette Acts Supplement No 8-2017 <<https://sso.agc.gov.sg/Acts-supp/2-2017/>> Erişim Tarihi 20 April 2022.
- 52 Chiann Bao, 'Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter' (2017) 34 (Special Issue) Journal of International Arbitration 387, 396.
- 53 Civil Law Third Party Funding Regulations No S 68-2017 <<https://sso.agc.gov.sg/SL/CLA1909-S68-2017>> Erişim Tarihi 20 April 2022.
- 54 Hwang and Chan (n 49) 359.

Yönetmeliği'nde üçüncü kişi finansmanını tahkim, arabuluculuk ve ilgili işlemlerde serbest kılan bir yasa değişikliğine gitmiştir⁵⁵. Yasa değişikliği ile Hong Kong'un uluslararası tahkim merkezleri arasındaki konumunu korumak, küresel bir tahkim merkezi olmak ve Hong Kong'daki üst düzey hukuk ve finans şirketlerinin bir arada çalışmalarını sağlamak amaçlanmaktadır⁵⁶. Belirtmekte yarar vardır ki Hong Kong Tahkim Yönetmeliği hem ulusal hem de uluslararası tahkim için uygulanmaktadır. Dolayısıyla Singapur'un aksine tahkimde üçüncü kişi finansmanı sadece uluslararası tahkimde değil ulusal tahkimde de uygulama alanı bulacaktır⁵⁷.

2. Kıta Avrupası Hukukundaki Durum

Kıta Avrupası incelenecek olursa üçüncü kişi finansmanı burada da yaygınlaşmaya başlamaktadır. Foris AG (Almanya), La Française IC Fund (Lüksemburg), Nivalion (İsviçre), Omni Bridgeway (Hollanda) Kıta Avrupası hukukunun uygulandığı ülkelerdeki önde gelen finansörlere örnek olarak gösterilebilir⁵⁸. Avrupa Parlamentosu Dava Finansmanında Sorumluluğa Dair Komisyona Tavsiyeler Taslak Raporuna⁵⁹ (Taslak Rapor) göre Avrupa Birliği'nde hâlihazırda 45'e yakın finansörün faaliyet gösterdiği ve buna rağmen bu hususun büyük ölçüde düzenleme altına alınmadığı ifade edilmektedir⁶⁰. Örneğin Polonya'da hususî bir düzenleme mevcut olmamakla beraber tahkimde üçüncü kişi finansmanı, sözleşme özgürlüğü kapsamında serbesttir⁶¹. Hollanda devleti, tahkimde üçüncü kişi finansmanı kurumunun gelişme kaydettiği sayılı ülkeler arasında bulunmaktadır. Hollanda'da da benzer şekilde sözleşme hukukunun sınırları dahilinde üçüncü kişi finansmanına geçerlilik tanınmaktadır⁶².

Avrupa Birliği hukukunda uyumsuzlukların finansmanına dair önemli bir düzenleme olarak Taslak Rapor'un ayrıca incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Taslak Rapor'un giriş kısmı incelendiği takdirde bu çalışmada ayrı başlıklarda ele alınan şeffaflığın sağlanması, menfaat çatışmalarının önüne geçilmesi, davaya etkin müdahalenin önlenmesi gibi konular hakkında endişelerin olduğu ifade edilmektedir⁶³. Özellikle "Etik

55 Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017 <<https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>> Erişim Tarihi 20 April 2022.

56 Hou Peng, 'Using Shields as Weapons: Third Party Funding Assisting China-Related Arbitration under Belt and Road Investment' (2019) 14(2) *Frontiers of Law in China* 274, 281.

57 Kim M. Rooney, 'Third Party Funding of Arbitration and Alternative Dispute Resolution in Hong Kong' (2018) 5(2) *BCDR International Arbitration Review* 369, 374.

58 Ayrıntılı bilgi için bkz: <<http://third-party-funding.org/list-of-funders/>> Erişim Tarihi 23 June 2022.

59 Draft Report 2020/2130 (INL) with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation (17.6.2021) orijinal metin için bkz: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_EN.pdf> Erişim Tarihi 21 June 2022

60 ibid 4.

61 Grzegors Pobożniak and Kamil Zawicki, 'Three's a crowd? Third-Party arbitration funding' (*Internaional Law Office* 10.08.2017) <<https://www.kkg.pl/wp-content/uploads/2017/08/International-Law-Office-G.-Pobożniak-K.-Zawicki-Threes-a-crowd-Third-party-arbitration-funding.pdf>> Erişim Tarihi 23 June 2022

62 Joep Wolfhagen and Sandra Coelen, 'Three's a crowd? Third-party arbitration funding' (*Lexology* 14.09.2017) <<https://www.lexology.com/commentary/arbitration-adr/threes-a-crowd-third-party-arbitration-funding/netherlands/freshfields-bruckhaus-deringer-llp>> Erişim Tarihi 23 June 2022

63 Draft Report (n 59) 10.

Konular” başlığı altında finansörün fon sağladığı tarafın yararını en iyi şekilde gözetmesi ve belirli durumlar dışında fon sağlamaktan vazgeçmemesi gerektiği ile menfaat çatışmalarının önüne geçilmesinin sağlanması meseleleri üzerinde durulmaktadır⁶⁴. Rapor kapsamında, güçlü bir şekilde finansmanın varlığının, adaletin tesisinde olumsuz bir etkisinin olmaması gerektiği vurgusu yapılmaktadır. Şöyle ki, maddî açıdan güçsüz olan davacının bu durumundan yararlanarak finansörün sadece kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmesinin önüne geçilmesi hedeflenmektedir⁶⁵. Zaten Rapor’un amacı da birinci madde kapsamında, üçüncü kişi finansmanına dair üye devletler arasında uyumun sağlanması ve finansmandan yararlanan davacının korunmasında asgarî standartların belirlenmesi şeklinde açıklanmaktadır. Aynı zamanda finansörlerin orantısız bir tazminat elde etmesinin önüne geçilmesi de hedeflenmektedir⁶⁶. Taslak Rapor kapsamında üye devletlere finansörler üzerinde denetimin sağlanması hususunda da geniş yetkiler tanınmaktadır. Şeffaflığın sağlanmasında düzenlemeler yapma, belirli sermaye yeterliliği sağlama, finansörleri denetleyecek bağımsız kamu denetim makamı atama bunlara örnek olarak gösterilmektedir⁶⁷.

Taslak Rapor, fon sağlanan davacıyı koruma noktasında önemli hükümler içermektedir. Bu bağlamda sadece davacı açısından tek taraflı bir korumanın sağlandığı yorumunda bulunulabilir. Zira Rapor kapsamında amaç her daim davacıyı finansörlerden koruma olarak belirlenmiştir⁶⁸. Finansörler, sadece kâr amacı güden ve adeta davacıyı kullanan (bu noktada finansörlerin aldıkları %300 hatta %3000’e varan kâr oranları örnek verilmektedir) kurumlar olarak gösterilmektedir⁶⁹. Dava üzerindeki aşırıya kaçan kontrolleri, kârlarını maksimize etmek için her yolu denemeleri uygulamadaki olumsuz yansımalar olarak ifade edilmektedir⁷⁰. Bu noktada Taslak Rapor, kanaatimizce AB hukuku çerçevesinde konunun düzenleme altına alınması yönünde önemli bir gelişme olarak kaydedilmelidir. Lakin sadece tek taraflı bir bakış açısı ile tamamen fon sağlanan davacıyı korumaya yönelik hükümlerin getirilmiş olmasının bir eleştiri konusu olarak gündeme geleceği kanaatindeyiz. Finansman sözleşmesinin her iki tarafını eşit şekilde gözetilen hükümlerin düzenlenmesi daha yerinde bir uygulama olabilir.

3. Türk Hukukundaki Durum

Tahkimde üçüncü kişi finansmanı Türk hukuku açısından değerlendirilecek olursa, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak davanın satın alınması yasağı hukukumuzda

64 Draft Report (n 59) 5.

65 ibid 7-8.

66 ibid 13.

67 ibid 15-16.

68 ibid 13.

69 ibid 26.

70 ibid 26.

hiçbir zaman yer almamıştır. Ancak üçüncü kişi finansmanın geçerli olduğuna dair bir mevzuatımız söz konusu değildir. Taraflar arasında akdedilecek olan finansman sözleşmesi, borçlar hukukunda sözleşme yapma özgürlüğü çatısı altında değerlendirilir. Taraflar, akdedecekleri sözleşme konusunu istedikleri gibi belirleyecekleri gibi herhangi bir sözleşme tipine de uymak zorunda değildirler⁷¹. Ancak Türk Borçlar Kanunu'na⁷² göre; tarafların ehil olması, sözleşmenin konusunun emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlaka aykırı olmaması, sözleşmenin konusunun imkânsız olmaması, irade beyanlarının sağlıklı alınmış olması gibi bütün sözleşmeler için aranacak olan geçerlilik şartları finansman sözleşmeleri için de aranacaktır⁷³.

Türkiye'de, bu çalışmanın yazıldığı an itibarıyla tahkimdeki uyuşmazlıkları finanse eden bir finansör bulunmamaktadır. Bununla beraber Türk yatırımcıların ICSID tahkimindeki uyuşmazlıkları için yabancı finansörler ile anlaştığı gözlemlenmektedir. Örneğin devam eden bir yargılama olan Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan⁷⁴ davasında hakem heyeti, finansörün varlığına ilişkin iddiaların yatırımcı tarafından reddedilmemesi üzerine bu davadaki üçüncü kişi finansörün kimliğinin açıklanması gerektiğine karar vermiştir⁷⁵.

Üçüncü kişi finansmanından yararlanmak isteyen uyuşmazlık tarafının yüksek ihtimalle ödeme güclüğü içerisinde olduğu daha öncesinde ifade edilmişti⁷⁶. Doğal olarak bu noktada, üçüncü kişi finansmanından yararlanmak isteyen bir şirketin iflas etmiş olması pekâlâ mümkündür. Asliye ticaret mahkemesi tarafından verilen iflas kararının ardından müflise ait olan haczi kabil tüm mal ve hakları, iflas masasını oluşturur ve müflisin tasarruf yetkisi ortadan kalkar⁷⁷. Dolayısıyla müflis şirketin tahkimden alacağı öngörülen miktar, iflas masasına dahil olacaktır. Müflis şirketin alacağına ilişkin tasarruf yetkisi, iflas masasının kanunî temsilcisi olan iflas idaresine geçecektir. Eğer iflas kararından önce tahkim yargılamasına başvurulmamışsa bu durumda iflas idaresinin tahkim yargılamasına başvurması ve müflis şirketin alacağını tahsil etmesi gerekmektedir. İcra İflas Kanunu⁷⁸ (İİK) madde 229'a göre iflas idaresinin masanın vadesi gelmiş alacaklarını tahsil etmesi ve gerekli görmesi hâlinde ise takip ve dava etmesi gerekmektedir. Bu durumda müflis şirketin ev sahibi devletten bir alacağı olduğunu ve bunu şu anki imkânlarıyla gerçekleştirilememesine rağmen üçüncü kişi

71 M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (17th edn, Vedat 2019) 24.

72 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 04.02.2011/27836.

73 Mert (n 3) 63.

74 *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan*, Procedural Order No 3, Case No ARB/12/6 (ICSID 12 June 2015) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

75 İbid para 8.

76 Bkz I. Bölüm C

77 Murat Atah and İbrahim Ermenek and Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2019) 564-569; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Sungurtekin Özkan and Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku* (7th edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 416.

78 İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 9.6.1932, RG 19.06.1932/2128.

finansmanından yararlanarak tahkim yargılaması aracılığı ile gerçekleştirebileceğini ifade etmesi ve iflas idaresinin de bu durumu kabul etmesi gerekmektedir⁷⁹. İflas idaresi eğer bu takibin yapılmasını iflas masasının yararına görmez ise İİK madde 245 uyarınca talep olması hâlinde alacaklılardan biri de bu takibi yapabilecektir. Takip hakkını devralan alacaklı, tahkim yargılamasının ardından masraflar çıkartıldıktan sonra kendi alacağını alır ve kalanını iflas masasına yatırır⁸⁰.

E. Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanın Sağladığı Avantajlar

1. Hak Arama Hürriyetine Etkisi

Yatırım tahkimi uygulamasında çoğunlukla davacı-yatırımcının üçüncü kişi finansmanından yararlandığı görülmekte ise de ev sahibi devletlerin finansmandan yararlanması konusunda bir engel bulunmamaktadır⁸¹. Finansmanın özellikle yatırımcı bakımından büyük yararları bulunmaktadır. Üçüncü kişi finansmanı sayesinde finansmandan yararlanan taraf, tahkim masraflarını ödemekten kurtulmaktadır. Böylece tahkim önüne gelme konusundaki adaletsizlik ya da sadece zenginlerin adalete erişebilmesi gibi bir sonuç ortadan kalkmış olacaktır⁸².

Tahkime gitmek için yeterli meblağa sahip olmayan taraf, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, hakkını devlet yargısında arama yolunu seçebilir. Nitekim devletler, diğer devletler ile akdettikleri ikili yatırım anlaşmalarında devlet mahkemelerine müracaat yolunu açık tutabilmektedir⁸³. Bu takdirde tahkime gidemeyen taraf, iddiasını devlet mahkemesi önünde dile getirme yolunu seçebilecektir. Ancak devlet yargısına başvuru imkânının olmadığı durumda tahkime başvurulması gerekecektir. Bu hâllerde devlet yargısına başvurulduğu takdirde “tahkim itirazı” kavramı ile karşılaşılabılır. Örneğin Türk hukuku açısından, Milletlerarası Tahkim Kanunu⁸⁴ madde 5 fıkra 1 hükmü gereğince tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkla ilgili dava, devlet mahkemesinde açılmışsa karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilecektir⁸⁵. Aynı

79 Işık and Pat (n 17) 128-129.

80 Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 77) 578.

81 Çalışkan (n 16) 647.

82 Frignati (n 1) 507.

83 Örneğin Türkiye'nin akdettiği şu ikili yatırım anlaşmalarında devlet mahkemelerine müracaat yolu açık tutulmuştur: Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması Madde 7/4, Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 4023, Kabul Tarihi: 15.9.1994, RG 22.9.1994/22059; Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması Madde 7/3, RG 4.6.1995/22303; Türkiye Cumhuriyeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 4026, Kabul Tarihi: 15.9.1994, RG 22.9.1994/22059.

84 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.6.2001, RG 05.07.2001/24453.

85 Balkar Bozkurt (n 1) 198; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Savaş Yayınevi 2021) 165; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23th edn, Beta Yayıncılık 2021) 562; Hacı Can and Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Kanunu* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2021) 246; Akıncı (n 25) 43; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 781; Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021) 830.

maddeye göre tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder. Buradaki sorun maddî durumu el vermediği için tahkime gidemeyen bir tarafın, talebini devlet yargısına götürdüğü takdirde tahkim itirazıyla karşılaşması sonucunda adalete erişiminin kısıtlanmasıdır⁸⁶.

Kimi devlet hukuklarında, bir tarafın ödeme güçlüğü içerisinde olması sebebiyle tahkim anlaşmasının uygulanmasının geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁸⁷. Bu görüş çerçevesinde ilgili taraf, hak arama hürriyetinin korunması için devlet yargısına başvurabilecektir. Burada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁸⁸ madde 6⁸⁹ kapsamında bir değerlendirme yapılabilir. Madde hükmünde belirtilen mahkeme kavramının geniş yorumlanması gerektiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 1984 tarihli bir kararında⁹⁰ belirtilmiştir: kararda AİHM, önüne gelen ihtilafta İngiliz hukukunda bulunan Ziyaretçi Kurulu'nu (*Board of Visitors*) yorumlarken “mahkeme” kavramı ile anlaşılması gerekenin yalnızca klasik anlamda kurulmuş bir mahkeme olmadığını ifade etmiştir⁹¹. Buna göre mahkemeye erişim ile anlaşılması gereken sadece devlet yargısı değildir. Mahkeme kavramı geniş anlamda ele alınmalı ve tahkim yargılamasını da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır⁹².

Tahkim anlaşmasının uygulanmasının imkânsız olduğu görüşü tahkim heyeti ya da mahkeme tarafından kabul edilirse devlet mahkemeleri önünde ihtilaf görülebilecektir⁹³. Ancak tahkim anlaşmasının uygulanmasının imkânsız olmadığı kabul edilirse burada karşı taraf tahkim itirazında bulunabilecek ve sonuç olarak ihtilaf tahkim önünde görülmek durumunda kalacaktır⁹⁴. Bu durum yatırım tahkimi açısından değerlendirilecek olursa; bir tarafın devlet diğer tarafın yatırımcı olduğu bir tahkim anlaşmasının ödeme güçlüğü sebebiyle uygulanmasının imkânsız olduğunun kabulü kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Zira tarafların maddî durumlarında meydana gelebilecek değişiklikleri öngörmeleri ve buna göre davranmaları gerekmektedir. Kaldı ki taraflardan birinin hele ki -iflas ve konkordato durumu hariç olmak üzere- tacir olduğu ihtimalde ödeme güçlüğü içerisinde olduğunun tespiti kolay bir iş değildir ve bu sebeple adalete erişimin sağlanmasının arkasına sığınarak tahkimden kaçınma gibi bir durum meydana gelebilir. Sonuç olarak tahkim anlaşması uygulanmaya devam edilmeli

86 Victoria Shannon Sahani, 'Rethinking the Impact of Third Party Funding on Access to Civil Justice' (2020) 69 (2) DePaul Law Review 611, 619.

87 Bu devletlere örnek olarak doktrinde İtalya gösterilmektedir. Mülga İsviçre Kantonlar Arası Tahkim Kanunu'nda da benzer bir düzenleme olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz Balkar Bozkurt (n 1) 200.

88 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR)

89 “Madde 6- Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili nizalar ... konusunda ... mahkeme tarafından davasının ... görülmesini isteme hakkını haizdir...”

90 *Campbell and Fell v UK* App no 7819/77; 7878/77 (ECHR, 28 June 1984).

91 İbid para 76.

92 Akıncı (n 25) 153.

93 Kühner (n 36) 815-816.

94 Mert (n 3) 36.

ve finansal açıdan zorluk çeken taraf üçüncü kişi finansmanına başvurarak adalete erişim sağlamalıdır⁹⁵. Ödeme gücünü çeken yatırımcının tahkim önünde iddialarını öne sürebilmesi açısından finansman, tarafların tahkim önünde eşitliğinin sağlanması açısından da önemli ve yararlı bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁶.

Uygulamadan bir örnek vermek gerekirse, Petersen Group adlı bir yatırımcı, Arjantin devletinin kontrolünde bulunan YPF enerji şirketinin hisselerini satın almıştır⁹⁷. Arjantin devleti, şirket yeniden kamulaştırılacak olursa hissedarlara adil bir tazminat vereceğini garanti etmiştir. Ancak gelişen olaylar neticesinde Arjantin devleti bu sözüne uymayıp tazminat ödemeksizin kamulaştırma kararı almıştır. Petersen Group, bu olay sonucunda iflasın eşiğine gelmiştir. Daha sonrasında yatırımcı, davasını sürdürebilmek için gerekli sermayeden yoksun kalmış ve ardından üçüncü kişi finansmanı yoluyla bir finansör ile anlaşıp sürdürülmesini sağlamıştır⁹⁸.

2. Durum Tespiti

Finansörler, önlere gelen davayı finanse etmeye karar vermeden önce kapsamlı bir durum tespiti yapmaktadır⁹⁹. Zira üçüncü kişi finansmanında finansör, davanın kaybedilmesi hâlinde herhangi bir meblağ elde edememe ve tahkim masraflarının kendi üzerine kalması riskini üstlenmektedir¹⁰⁰. Durum tespitinde finansörler şu hususları dikkate almaktadır: davanın başlatılacağı/başlamış olduğu tahkim kurumu, hakem heyetinde bulunan hakemler, davanın başarılı olma ihtimali, davaya uygulanacak hukuk, finansman sağlanan tarafın avukatlarının kimler olduğu, söz konusu uyuşmazlığın konusu, delillerin neler olduğu, dava sonucundan elde edilecek tahmini alacak miktarı, karşı tarafın tazminatı ödeme noktasındaki tutumu veya politikası, taraflar arasındaki tahkim anlaşması ya da bunun yerini tutan milletlerarası antlaşmanın içeriği, yatırımın karşılığının alınabileceği tahmini süre¹⁰¹. Durum tespitinde finansörler genelde iki aşamalı bir inceleme yapmaktadır. İlk olarak davacının talepleri, tahkim kurumu, uygulanacak hukuk gibi daha genel bir incelemede bulunurlar. Davanın

95 Çalışkan (n 16) 649.

96 Caroline Dos Santos, 'Third Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing?' (2017) 35 (4) Association Suisse de l'Arbitrage 918, 921; Metin Berat Ataseven, 'Third Party Funding in International Arbitration' (Master thesis, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2019) 31.

97 Burford Case Study: Single Case and Secondary Market Transaction, para 1, <<https://www.burfordcapital.com/how-we-work/case-studies/case-studies-container/case-study-secondary-market-transaction/>> Erişim Tarihi 30 April 2022.

98 İbid para 2-3.

99 Eric De Brabandere and Julia Lepeltak, 'Third Party Funding in International Investment Arbitration' (2012) Grotius Centre for International Legal Studies Working Paper Leiden University No 2012/1, 7 <<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=4871230031220661050281081260810190090380800400080740850870090310750900780730851200761030570230251100111811210309112702711400900708707302802902510207608010200111808802802903708412600310509209808811116113116004099122002067115105123121067074120082089065&EXT=pdf&INDEX=TRUE>> Erişim Tarihi 28 May 2022.

100 Ataseven (n 96) 37.

101 Cento Veljanovski, 'Third Party Litigation Funding in Europe' (2012) 8(3) Journal of Law, Economics & Policy 405, 439; ICCA Report (n 12) 17; Frignati (n 1) 509.; Çalışkan (n 16) 650 vd.

kapsamına göre bu süre 6-7 günü bulabilir¹⁰². Eğer finanse etmeye değer bulurlarsa yukarıda açıklanan detaylı incelemeye geçilir. Bu aşama ise 30-60 gün sürmektedir¹⁰³.

Finansman sağlanmasına karar verilebilmesi için finansörlerin ya doğrudan ya da harici danışmanlar, teknik uzmanlar ile yapacağı değerlendirme sonrasında, yönetim kurulu veya yatırım komiteleri tarafından fon sağlanmasına ilişkin kararın onaylanması gerekmektedir¹⁰⁴. Finansörlerin uzman kadrolar aracılığı ile durum tespiti yapmaları, tahkim yargılaması sürecini hızlandırmaktadır¹⁰⁵. Yapılan durum tespitinin masraflarının kimin üzerinde olacağı bir başka soru işaretidir. Eğer davanın kazanılma olasılığı yüksek ve kârlı bir sonuç doğuracaksa finansörler durum tespiti masraflarını üstlenebilmektedir¹⁰⁶. Objektif olarak yapılan durum değerlendirmesinin ardından kazanma şansının yüksek olduğuna kanaat getirildiği takdirde finansman sağlanabilecektir¹⁰⁷. Uygulamada genelde %70 ve üzerinde başarı şansının olduğu davaların finanse edildiği bilinmektedir¹⁰⁸. Üçüncü kişi finansmanından yararlanmak isteyen kişi durum tespitinin ardından davanın başarı şansına ilişkin daha detaylı bilgileri haiz olabilecek ve böylece iddialarını tahkime taşıırken öngörülü hareket edebilecektir.

3. Sulhe Teşvik

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının tarafların arasındaki ihtilafın bir an önce çözüme kavuşturulmasında önemli yararı bulunmaktadır. Tarafların tahkim önünde temsil edilmelerinde eşitliğin sağlanması bakımından üçüncü kişi finansmanı, etkili bir kurumdur. Yatırım tahkimi ele alınacak olursa, devlet karşısında finansal açıdan genelde daha zayıf konumda olan yatırımcı taraf, üçüncü kişi finansmanı sayesinde konumunu güçlendirebilecektir¹⁰⁹. Zira artık davacı tarafta yatırımcıya hem finansal hem hukukî açıdan destek sağlayan bir finansör bulunmaktadır. Finansörün varlığı aynı zamanda davacı tarafın davayı kazanma ihtimalinin yüksek olduğuna delalet etmektedir. Davalı ev sahibi devletin ise yargılama stratejisini, buna göre değiştirmesi gerekecektir. Karşısında eskisinden daha iyi bir konumda bulunan yatırımcıyı gören devlet, davacı ile erkenden çözüm masasına oturmak isteyebilecektir¹¹⁰.

102 Ines Nasr, 'Third Party Funding in International Arbitration' (*Academia*, 2014-2015) 103 <https://www.academia.edu/36235593/Third_Party_Funding_in_International_Arbitration> Erişim Tarihi 1 May 2022.

103 Mark Kantor, 'Third Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments' (2009) 24(1) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 65, 69.

104 ICCA Report (n 12) 17.

105 Yeoh (n 18) 119.

106 Maxi Scherer, Aren Goldsmith and Camille Flechet, 'Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1- Funders' Perspectives' (2013) Queen Mary University of London School of Law Legal Studies Research Paper No 164, 215, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2348737> Erişim Tarihi 28 May 2022.

107 Giorgio F. Colombo and Dai Yokomizo, 'A Short Theoretical Assessment on Third Party Funding in International Commercial Arbitration' (2018) (280) Nagoya University Journal of Law and Politics 109, 111.

108 Veljanovski (n 101) 425.

109 Steinitz (n 4) 1272.

110 Marie Stoyanov and Olga Owczarek, 'Third Party Funding in International Arbitration: Is it Time for Some Soft Rules?' (2015) 2(1) BCDR International Arbitration Review 171, 192.

4. Risk Paylaşımı

Üçüncü kişi finansmanının bir diğer yararı hiç şüphesiz ki risk paylaşımıdır. Finansman sağlanan taraf, tahkim masraflarının öngörülemeyen şekilde ciddi boyutlara ulaşma riskiyle karşılaşabilecek ve üçüncü kişi finansmanı ile bu maliyetlerden korunabilecektir. Örneğin bir finansman şirketi olan Burford Capital, finansman sağladığı tarafı, tahkimin potansiyel risklerinden koruduğunu belirtmektedir¹¹¹. Zira tahkim yargılamasında, özellikle de yatırım tahkiminde, ek masraflar meydana gelebilmekte ve süreç öngörülemeyen şekilde pahalılabilmektedir. Bu duruma özellikle hazırlanan raporlar, durum tespiti sırasında yapılan araştırmalar yol açmaktadır. Üçüncü kişi finansmanının, fonlanan taraf için yargılama sırasında meydana gelebilecek öngörülemeyen masraf kalemlerinin üstlenilmesinin yanında bir diğer yararı; mevcut sermayesini tahkim yargılamasında harcamak yerine yeni yatırımlar için kullanabilmesidir. Şirket, böylece bünyesindeki nakit akışı sorunundan kurtulmuş olacaktır¹¹².

II. Uluslararası Yatırım Tahkiminde Finansör ve Finansman Sözleşmesi

A. Finansörün Tanımı

Finansör, tarafı olmadığı bir davadan maddî çıkar sağlamak amacıyla ihtilafın taraflarından birine, yargılama sırasında oluşabilecek masrafların tamamı ya da bir kısmına ilişkin olarak, finansman sağlayan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır¹¹³. Finansörler, hukuk firmaları, sigorta şirketleri, bankalar olabileceği gibi bu alana özgülenmiş finans şirketleri de olabilir¹¹⁴. Burford Capital, Juridica Investments, Omni Bridgeway, Woodsford şirketleri hususî olarak finansmana özgülenmiş şirketlere örnek olarak gösterilebilir. Finansörler, davalarını seçerken oldukça titiz bir inceleme gerçekleştirmekte ve kendilerine gelen tekliflerin %90'nını reddetmektedir¹¹⁵. Kabul edilen uyuşmazlıklarda ise finansörler genelde 3 milyon ile 10 milyon Amerikan doları arasında yatırım yapmaktadır¹¹⁶.

Daha öncesinde üçüncü kişi finansmanının tanımı yapılırken dar ve geniş anlamda olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmişti¹¹⁷. Dar anlamda finansmanda kâr amacı ön planda iken geniş anlamda üçüncü kişi finansmanında ise maddî kazanç elde etmekten

111 Risk Management and Insurance <<https://www.burfordcapital.com/how-we-work/expertise/risk-management-insurance/>> Erişim Tarihi 1 May 2022.

112 Abimanyu Kadarisman, 'Disclosure of Third Party Funding Arrangements and the Existence of Third Party Funders in International Investment Arbitration' (2019) 17(1) Indonesian Journal of International Law 91, 102.

113 ICCA Report (n 12) 50.

114 Julien Chaisse and Can Eken, 'The Monetization of Investment Claims Promises and Pitfalls of Third Party Funding in Investor-State Arbitration' (2020) 44(2-3) Delaware Journal of Corporate Law 113, 117.

115 ICCA Report (n 12) 17.

116 Chaisse and Eken (n 114)118.

117 Bkz I. Bölüm B.

ziyade başka amaçlar güdülebileceği ifade edilmişti. Geniş anlamda üçüncü kişi finansmanının etkisi, finansör açısından da görülmektedir. Finansör, maddî çıkar sağlamak zorunda olmayacağı gibi, finansörün bir finansman şirketi, banka veya sigorta şirketi olması da gerekmemektedir. Philip Morris Brands Sarl v. Oriental Republic of Uruguay¹¹⁸ davası geniş anlamda finansör kavramına iyi bir örnektir. Latin Amerika'nın en çok sigara tüketen ülkesi olan Uruguay'ın, sigara paketleri üzerindeki uyarının boyutunu %50'den %80'e çıkarma kararı sonrasında gelişen olaylar neticesinde Philip Morris isimli yabancı yatırımcı ICSID tahkimine başvurmuştur¹¹⁹. Bloomberg Vakfı ve yürüttüğü Tütünsüz Çocuklar Kampanyası, Uruguay devletine malî destek sağlamıştır¹²⁰. Görüldüğü üzere burada üçüncü kişi finansmanının kâr elde etmekten ziyade toplum sağlığını korumaya yönelik bir amacı bulunmaktadır. Finansörün burada elde edebileceği maksimum gelir, yargılama sonucunda davanın kazanılması ihtimalinde, yaptığı masrafları geri almak olacaktır.

B. Finansman Sözleşmesi Akdedilmesi

1. Genel Bilgi

Üçüncü kişi finansmanında, finansör ile finanse edilen taraf arasında bir finansman sözleşmesi akdedilmektedir. Bu sözleşme, tahkim yargılaması başlamadan önce veya tahkim yargılamasının her aşamasında akdedilebilir¹²¹. Finansman sözleşmesi ile ihtilafla herhangi bir bağı olmayan finansör, tahkim masraflarını üstlenme borcu altına girip tahkim yargılamasının ardından belirli bir pay alarak kâr elde etmeyi amaçlamaktadır¹²². Tahkimde üçüncü kişi finansmanı ile temelde tek bir davanın finansmanı kastedilse de farklı finansman yöntemlerine olan ilgi de artmaktadır. Finansörler, sadece bir davaya bel bağlamak istememekte ve bu sebeple dava portföylerini genişletmekte ya da hukuk firmalarını finanse etmeye yönelmektedir¹²³. Böylece finansörler, tek bir davaya finansman sağlayarak kendi sermayelerini riske atmaktan kurtulmaktadır. Birden çok davaya finansman sağlayarak hem yatırım aktivitelerini arttırmakta hem de üstlendikleri riskleri minimize etmektedirler¹²⁴.

118 *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay*, Award, Case No ARB/10/7 (ICSID 2 July 2013) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1531.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

119 'Case Summaries: International Investment Law' (2017) 16(3) World Trade Review 551, 552.

120 ICCA Report (n 12) 38.

121 Catherine A. Rogers, 'Gamblers, Loan Sharks & Third Party Funders' (2014) Ethics in International Arbitration Penn State Law Research Paper No 51-2013, 9. <<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=114069009009103114031020107082010106004049020088012091073071103111008114067010103024018110017063062049097118004104026125123006008043088026052069103127091090012108055015054081105064127002007118001092090005069101077090126093112092005099103101025090029&EXT=pdf&INDEX=TRUE>> Erişim Tarihi 28 May 2022.

122 Victoria Shannon Sahani, 'Judging Third Party Fundig' (2016) 63 UCLA Law Review 389, 392.

123 Baumann and Singh (n 12) 31

124 Ibid 32.

Finansörlerin, finansman sözleşmesi akdetmeden önce kapsamlı bir durum tespiti yaptıkları, %70 başarı oranının altında olan ihtilafları finanse etmekten kaçındıkları ve önlerine gelen davaların %90'nını reddettikleri daha öncesinde ifade edilmişti¹²⁵. Kendisine finansman sağlamak isteyen tarafın da finansman sözleşmesi akdetmeden evvel birtakım hususları kontrol etmesi gerekmektedir. Fon sağlanan taraf, finansmanın tahkim masraflarının ne kadarını karşıladığı, avukatlık ücretleri ile araştırma ve keşif masraflarının dahil olup olmadığı, finansör şirketin alanındaki uzmanlığı gibi unsurları dikkate almalıdır¹²⁶.

2. Sözleşmenin Hukukî Niteliği ve Diğer Sözleşmelerden Farkı

Finansman sözleşmelerinin niteliğine dair doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır¹²⁷. Bu durumun, üçüncü kişi finansmanının tanımının zorluğundan ve düzenlemelerdeki eksikliklerden kaynaklandığı ifade edilmektedir¹²⁸. Finansman sözleşmelerinin hukukî niteliği hakkında doktrinde bir görüş, bu sözleşmeleri atipik gizli adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirmektedir¹²⁹. Gizli adi ortaklıkta ortaklık, dışı karşı hukuken bulunmamakla beraber, iç ilişkide varlığını sürdürmektedir. Burada elindeki sermayesini finansman aracılığı ile kullanmak isteyen taraf (finansör), geri planda kalmayı, dolayısıyla gizli ortak olmayı kabul etmektedir. Aktif ortak ise (finansman sağlanan davacı) davanın yürütülmesi ile ilgilenecektir¹³⁰. İç ilişkide finansör, finanse ettiği dava hakkında bilgi alıp yönlendirmeler yapabilecektir. Kanaatimizce finansman sözleşmesi için atipik gizli adi ortaklık demek pek mümkün gözükmemektedir. Zira uygulamada finansörler, davanın işleyişine aktif katılım sağlamakta, davaya katılacak olan avukatlardan, davaya bakan hakemlere kadar detaylı analiz yapmaktadırlar.

Sonuca katılmalı sözleşme açısından değerlendirme yapılacak olursa, bir sözleşmenin sonuca katılmalı sözleşme mi yoksa ortaklık sözleşmesi mi olduğunun tespit edilmesi, sözleşmenin yorumuna ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecek bir meseledir. Temel ölçüt ise taraflar arasında ortaklık iradesinin olup olmadığıdır¹³¹. Bir sonuca katılmalı sözleşmeden bahsedebilmek taraflar arasında ortaklık iradesi olmamalı lakin menfaat birliği bulunmalıdır¹³². Ancak üçüncü kişi finansmanı için sonuca katılmalı sözleşme tanımı yapmak da pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim doktrinde finansman sözleşmesinin hukukî niteliği ne gizli adi ortaklık ne de sonuca katılmalı sözleşme

125 Bkz I. Bölüm E.2.

126 Çalışkan (n. 16) 653.

127 ICCA Report (n 12) 38; Mert (n 3) 20; Katerina Zabloudivlova, 'Third-Party Funding in International Commercial Arbitration' (Diploma thesis, Masaryk University 2018) 24.

128 Ryan Smith, 'Tempering The Gambler's Nirvana' (Master's thesis, Uppsala University 2018) 7.

129 Mert (n 3) 20 naklen atf; Jonas von Goeler, 'Third Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure' (2016) 35 International Arbitration Law Library 60.

130 Emrehan İnal, *Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesi* (2nd edn, On İki Levha 2011) 72 vd.

131 ibid 117.

132 İbid 84 vd.

olarak kabul edilmektedir¹³³. Zira sonuca katılnmalı sözleşme olarak kabul edilebilmesi için finansörün sadece finansman sağlayıp tahkim yargılamasının sonucunu beklemesi gerekmektedir. Gizli adi ortaklık için belirtilen görüşler burada da geçerli olabilir. Kanaatimizce finansör davaya aktif katılım ve etkin müdahale içerisinde olacağından finansman sözleşmesi sonuca katılnmalı sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir.

Doktrinde finansman sözleşmesinin *sui generis* nitelikte olduğunu belirten görüş de yer almaktadır¹³⁴. Bizce de finansman sözleşmeleri ve genel itibariyle tahkimde üçüncü kişi finansmanı gelişmekte olan bir alan olduğundan uygulamada yaşanan/yaşanacak problemler neticesinde şekillenmesi gereken kendine özgü bir kurumdur. Finansman sözleşmeleri de çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkmakta ve farklı görünüş biçimleri bulunmaktadır. Uygulamada finansör sadece sermayesini ortaya koyup davanın sonucunu bekleyen bir aktör konumunda bulunmamaktadır. Daha finansmana karar vermeden evvel ayrıntılı araştırma yapmakta ve tüm yargılama sürecini titizlikle takip etmektedir. Zira finansör de belirli riskler almakta ve aldığı bu risklerin sonucunda önemli kârlar elde etmeyi hedeflemektedir. Sonuç olarak bu sözleşmelerin *sui generis* olarak nitelendirilmesi hukuka uygun olacaktır.

3. Diğer Finans Yöntemleri ile Karşılaştırılması

Tahkim masraflarının finanse edilmesinde akla gelebilecek finans yöntemlerinden ilki kredi sözleşmesidir. Bir banka aracılığı ile sağlanan kredide, vadesi geldiği takdirde belirtilen oranda, verilen meblağın geri ödenmesi gerekmektedir. Yapılacak olan geri ödemenin tahkim yargılamasının olumlu ya da olumsuz sonuçlanması ile herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır¹³⁵. Ancak üçüncü kişi finansmanında finansör, davanın kaybedilme riskini kendisi üstlenmektedir. Dava kazanıldığı takdirde davanın sonucundan pay elde edecek iken dava kaybedildiğinde herhangi bir ödemeye hak kazanamayacaktır. Yapmış olduğu masrafları finanse ettiği davacıdan geri talep edemeyecektir¹³⁶.

Geniş anlamda tahkim düşünüldüğü vakit, burada finansörün doğrudan bir kâr elde etme amacı gütmeyeceği belirtilmişti¹³⁷. Nitekim bağışlama sözleşmesinde de bağışlayan taraf, sağlar arası sonuç doğurmak üzere karşı tarafa malvarlığından karşılıksız bir kazandırmada bulunmaktadır¹³⁸. Bu bağlamda eğer finansör, davanın finansmanı için yapmış olduğu masrafları, davanın kazanılmasının ardından talep etmeyecek olur ise buradaki finansmanın bir bağış olarak nitelendirilmesi mümkün olabilecektir¹³⁹.

133 Mert (n 3) 22.

134 Balkar Bozkurt (n 1) 207.

135 Ataseven (n 96) 27.

136 Burford Capital- Legal Finance 101 (n 5) 4.

137 Bkz I. Bölüm B.

138 Fahrettin Aral and Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (13th edn, Yetkin 2020) 241.

139 ICCA Report (n 12) 39.

Bir finans yöntemi olarak sigorta sözleşmeleri de gündeme gelebilir. Sigorta şirketi ile yasal temsil masrafları ve/veya yargılama sonucunda hükmedilecek tazminat riskine ilişkin sözleşme akdedilebilir¹⁴⁰. Sigorta sözleşmelerinde sigortacının bir prim ödemesi gerekmektedir. Ancak üçüncü kişi finansmanında ise finansör, finansman öncesinde herhangi bir meblağ talep etmemektedir. Bununla beraber *After the Event* (ATE) sigortasının, üçüncü kişi finansmanı ile bir benzerlik gösterdiği ifade edilmektedir. Zararın gerçekleşmesi ile sigortacı bu zararı karşılamayı taahhüt etmekte ve sadece davanın kazanılması ile alacak hakkı doğmaktadır¹⁴¹. *Before the Event* (BTE) sigorta tipi ise sigortalının dava sonundaki olası zararları için önceden prim ödeyerek yapılan klasik anlamda bir sigorta sözleşmesidir¹⁴². Burada sigortacı, davanın olumlu ya da olumsuz sonuçlanması ile ilgilenmemektedir. Bu yönüyle üçüncü kişi finansmanından ayrılmaktadır. Genel itibarıyla benzerlik gösterdikleri alanlar olsa da sigorta ile finansman birbirinden farklı kurumlardır. Finansör, dava sonucundan elde edeceği tutarı göz önünde bulundurarak risk altına girip kâr elde etmeyi amaçlamakta iken sigortacı ise; bir zararın doğumuna ilişkin riski üstlenmektedir¹⁴³.

Finans yöntemlerinden bir diğeri olarak alacağın temlik değeri değerlendirilebilir. Alacağın temlikinde alacak, alacaklı tarafından bir başkasına devredilmektedir¹⁴⁴. Alacağın devri ile devredilen alacak, devralanın malvarlığına dahil olmaktadır. Artık eski alacaklı, söz konusu alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmekte ve bu yetki devralan tarafa geçmektedir¹⁴⁵. Bu noktada alacağın temlik ile üçüncü kişi finansmanı arasındaki farkın tespiti kolay olacaktır. Zira alacağın temlikinde davanın kendisinden feragat edilirken finansmanda davanın sonucundan belli oranda feragat edilmektedir¹⁴⁶. Bununla beraber alacağın temlikinde davacının, aldığı meblağ karşılığında dava ile bağı tamamen kopmakta ve bundan sonraki süreç tamamen davanın yeni tarafı aracılığı ile sürdürülmektedir. Dava sonucundan elde edilecek meblağ da alacağın temlik edildiği tarafa kalmaktadır¹⁴⁷. Dolayısıyla alacağın temlik, üçüncü kişi finansmanı ile büyük farklılıklar göstermektedir. Finansör ile finanse edilen tarafın davayı nasıl sürdüreceği aralarında akdedecekleri finansman sözleşmesi ile belirlenmekte; ancak hiçbir zaman finansör davanın tarafı hâline gelmemektedir. Aynı zamanda dava sonucundan elde edilecek meblağ, tarafların aralarında akdetmiş oldukları sözleşmeye göre paylaşılmaktadır.

140 Sai Ramani Garimella, 'Third Party Funding of Arbitral Claims' in Leila Choukroune and Rahul Donde (eds), *Adjudicating Global Business in and with India* (Routledge 2021) 202, 206.

141 Baumann and Singh (n 12) 31-32.

142 George R. Barker, 'Third Party Litigation Funding in Australia and Europe' (2012) 8(3) *Journal of Law, Economics & Policy* 451, 517.

143 Charles Silver, 'Litigation Funding versus Liability Insurance: What's the Difference?' (2014) 63(2) *DePaul Law Review* 617, 621.

144 M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2* (14th edn, Vedat 2018) 581.

145 ibid 581; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin 2020) 1373.

146 Bernardo M. Cremades Jr., 'Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration' (2011) 8(4) *Transnational Dispute Management* 1, 11.

147 Thibault De Boule, 'Third Party Funding in International Commercial Arbitration' (Master thesis, Ghent University 2013-2014) 21; van Boom (n 12) 25-26.

Son olarak değinilmesi gereken bir başka finans yöntemi ise avukatların yalnızca davanın kazanılması şartıyla ücrete hak kazanacağı sözleşmelerdir. Üçüncü kişi finansmanında da finansörler ancak lehlerine sonuçlandığı takdirde davadan pay alabilmektedir ve bu bakımdan iki kurum birbirine benzerlik göstermektedir. Ancak üçüncü kişi finansmanı ile direkt olarak göze çarpan fark; süjelerden kaynaklanmaktadır. Zira finansörler bir finans şirketi olarak varlık göstermekte ve çoğu alanda avukatlardan ayrılmaktadır. Finansörler, yatırım odaklı düşünmekte ve kâr sağlamayı hedeflemektedir. Tâbi oldukları düzenlemeler bakımından da önemli farklılıkları bulunmaktadır. Avukatlar ise müvekkillerin meşru çıkarlarını koruma gayesi ile meslek etiğine uymak durumundadır¹⁴⁸.

4. Finansman Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Finansman sözleşmesine uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹⁴⁹ (MÖHUK) ilgili hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Finansman sözleşmesinin *sui generis* nitelikte olduğu daha önceden belirtildiği için MÖHUK madde 24 kapsamında uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Hüküm kapsamında sözleşmeye uygulanacak hukuk, ilk olarak tarafların seçtiği hukuktur. Finansman sözleşmesinin hükümlerinden ya da hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılacak hukuk seçimine de geçerlilik atfedilecektir. Ancak taraflar hukuk seçimi yapmamışlar ise hükmün 4. fıkrasında sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, objektif bağlama kuralı olarak düzenlenmektedir. Bu hukuk ise ticarî veya mesleki sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, yoksa yerleşim yeri, birden çok işyeri varsa sözleşme ile sıkı ilişkide bulunan işyeri hukukudur. Karakteristik edim ise akdi karakterize eden, akde adını veren, daha rizikolu konumdaki edim olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰.

Finansman sözleşmelerinde rizikoyu üstlenen tarafın finansör olduğunun kabulü gerekir ve uygulanacak hukuk buna göre tespit edilmelidir. Dolayısıyla taraflar, finansman sözleşmelerinde hukuk seçimi yapmışlar ise bu hukuk, yapmadıkları takdirde ise finansörün işyeri, yoksa yerleşim yeri, birden çok işyeri var ise sözleşme ile en sıkı ilişkide bulunan işyeri hukukunun uygulanması gerekmektedir. Ancak hâlin tüm şartları göz önüne alındığında sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ilgili hukuk uygulanır. Finansman sözleşmesi bakımından sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun bulunması pekâlâ mümkündür. Bu hukuklara örnek olarak, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen imtiyaz sözleşmesinde kararlaştırılan hukuk, tarafların tahkimde irade serbestisi kapsamında uyuşmazlığın

148 Lyon (n 41) 608; Steinitz (n 4) 1293.

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

150 Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 85) 308; Çelikel and Erdem (n 85) 400 vd; Nomer (n 85) 335; Doğan (n 85) 413; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk* (13th edn, Vedat Yayıncılık 2020) 286 vd.

esasına uygulanmak üzere belirlendiği hukuk¹⁵¹, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun seçilmediği durumda kurumsal tahkim mahkemelerinin kendi kurallarından hareketle tespit ettikleri hukuk gösterilebilir¹⁵². ICSID Anlaşması'nın 42.maddesi gereği taraflar arasında bir hukuk seçimi bulunmadığı durumda; kanunlar ihtilafı da dahil olmak üzere ev sahibi devletin hukuku ile uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarının dikkate alınması gerekmektedir¹⁵³.

C. Finansörün Kimliğinin Açıklanması

1. Tahkim Yargılamasının Şeffaflığı

Üçüncü kişi finansmanına dair doktrinde en çok tartışılan konuların başında finansörün kimliğinin açıklanması meselesi gelmektedir¹⁵⁴. Finansörün açıklanması, yatırım tahkiminde şeffaflığın ve hakemlerin tarafsızlık ile bağımsızlıklarının sağlanması bakımından önem arz etmektedir¹⁵⁵. Şeffaflık ele alınacak olursa, yatırım tahkiminde uyuşmazlıkların kamu yararı, çevre hakları, işçilerin haklarının korunması gibi meselelerle yakından ilişkili olmasından dolayı şeffaflığa önem verilmesi ve taraf olmayan kişilerin erişimine müsaade edilmesi gerekmektedir. Zira bu yargılamalarda yatırımcıların ticarî çıkarlarının yanında, ev sahibi devlet vatandaşlarının kamu yararı bulunmaktadır¹⁵⁶. Şeffaflığın sağlanması adına Yatırımcı-Devlet Tahkiminde UNCITRAL Şeffaflık Kuralları¹⁵⁷ 2014 yılında yürürlüğe girmiştir.

Yatırım tahkiminde finansöre ilişkin bilgilerin açıklanması ile şeffaflığın sağlanması arasında bir denge gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim ICSID hakem heyetinin finansör ile fon sağlanan taraf arasında imzalanmış olan finansman sözleşmesini inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Finansman sözleşmesi, her ne kadar tahkim yargılaması ile yakından ilgili olsa da hakem heyetinin yetkisi, bu sözleşmeyi kapsamamaktadır¹⁵⁸. Bu

151 Cemal Şanlı, *Millîlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 123.

152 Akıncı (n 25) 232.

153 ibid; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 85) 855.

154 Juan Antonia Cremades, 'Adapting Disclosure Obligations to the Realities of Modern Third Party Funding' (2019) 6(1) BCDR International Arbitration Review 5; Antonio Crivellaro and Lorenzo Melchionda, 'Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third Party Funding' (2018) 5(2) BCDR International Arbitration Review 281; Nadia Darwazeh and Adrien Leleu, 'Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third Party Funding' (2016) 33(2) Journal of International Arbitration 125; Kadarisman (n 112); Sarah E. Moseley, 'Disclosing Third Party Funding in International Investment Arbitration' (2019) 97(6) Texas Law Review 1181.

155 Agata Zwolankiewicz, 'Third Party Funding in International Investment Arbitration: A Dire Need of Disclosure' (2019) 18(2) Warsaw University Law Review 5, 5.

156 Brabandere (n 12) 7.

157 Tam metin için bkz: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

158 ICSID Anlaşması madde 25/1 kapsamında yetki: "Merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek tarafı olarak geri alamaz." şeklinde ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere yatırımcı ile finansör arasındaki finansman sözleşmesi bu yetkinin kapsamında değildir.

nedenle şeffaflığın tesisi ile finansman sözleşmesinin tarafları arasındaki ticarî sırların korunması arasında denge sağlanmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki finansman sözleşmesinin, tarafların rızası ile açıklanmasında bir yasak bulunmamaktadır. Nitekim devletler de aralarında akdedecekleri yatırım anlaşmalarına üçüncü kişi finansmanının açıklanmasını zorunlu kılacak hükümler koyabilmektedir¹⁵⁹.

2. Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Üçüncü kişi finansmanının açıklanmasındaki bir diğer fayda ise hakemlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının tesisidir. Tahkim prosedüründe hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaları temel bir ilkedir¹⁶⁰. Bu bağlamda tahkim yargılamasında üçüncü kişi finansörün varlığı, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarına menfi etkide bulunabilir. Bu etkiyi en aza indirmek adına finansörün kimliğinin açıklanması gerektiği doktrinde tartışılmaktadır¹⁶¹. Olası menfaat çatışmalarının tespiti ve önüne geçilebilmesi adına finansörün kim olduğunun bilinmesi önem arz etmektedir. Aynı şekilde tahkim yargılamasındaki uzman görüşü ve bilirkişi raporlarında; bu raporları hazırlayan kişi veya kurumların dava sonucundan çıkacak karar ile bir menfaat çatışması durumunun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁶².

Üçüncü kişi finansmanında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin ilk uluslararası düzenleme, 2014 yılında revizyona uğrayan Uluslararası Barolar Birliği Milletlerarası Tahkimde Menfaat Çatışmasına İlişkin Kılavuz İlkeler’de¹⁶³ (IBA İlkeleri) yer almıştır¹⁶⁴. Söz konusu IBA İlkeleri’nde hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıklarından ne anlaşılması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmemektedir. Doktrinde bu durumun sebebi, kavramların tanımları yapılmayarak daha kapsayıcı bir şekilde yorumlanmasının önünü açmak ve farklı hukuk sistemlerince benimsenmesini sağlamak şeklinde yorumlanmaktadır¹⁶⁵.

IBA İlkeleri madde 6(b) kapsamında tahkimde verilecek karara ilişkin olarak doğrudan ekonomik menfaati haiz olan gerçek veya tüzel kişilerin, tahkimde hakkında karar verilen tarafın kimliğini taşıdığı kabul edilmektedir. Madde metninin açıklamasında da bu kişilerin üçüncü kişi finansör olabileceği, zira karara ilişkin doğrudan ekonomik menfaatlerinin olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁶. Belirtmek gerekir ki

159 Brabandere (n 12) 8-9.

160 Cremades (n 154) 8.

161 Frignati (n 1) 512 vd; Cremades (n 154) 14 vd; Crivellaro and Melchionda (n 154) 283vd; Darwazeh and Leleu (n 154) 132 vd; Kadarisman (n 112) 108.

162 Işık and Pat (n 17) 132.

163 International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (IBA İlkeleri) tam metin için bkz: <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

164 Cremades (n 154) 11.

165 Süheylâ Balkar Bozkurt, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2016) 90

166 ibid 204, IBA İlkeleri (n 163) 23.

IBA İlkeleri'ne göre finansörden bahsedebilmek için finansörün karara ilişkin doğrudan ekonomik menfaati bulunmalıdır. Ancak geniş anlamda üçüncü kişi finansmanından bahsederken finansörün tahkim yargılamasından çıkacak karara ilişkin doğrudan bir maddi çıkarı olmayabileceğinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla IBA İlkeleri'ndeki tanım yalnızca dar anlamda üçüncü kişi finansörleri kapsamaktadır.

IBA İlkeleri madde 7(a) hükmünde finansörün kimliğinin açıklanması düzenlenmektedir. Buna göre taraflar, hakem ile tahkimde verilecek karara ilişkin doğrudan ekonomik menfaate sahip ya da tahkimdeki tarafa karşı tazmin etme yükümlülüğü altında olduğu herhangi kişi arasındaki bağlantıyı hakeme, hakem heyetine, diğer tarafa, tahkim kurumuna bildirimde bulunmalıdır¹⁶⁷. Taraflar bildirim yükümlülüğünü en kısa sürede yerine getirmelidir. Bu bildirim yükümlülüğü sayesinde hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı tehlikeye girmemiş olacak ve böylece gereksiz yere hakemin reddi gündeme gelmeyecektir.

ICSID Tahkim Kuralları bakımından konu değerlendirilecek olursa, hakemlerin tahkim yargılamasına başlamadan önce bağımsız ve tarafsızlıklarına ilişkin bir form doldurmaları gerekmektedir (ICSID Tahkim Kuralları Temmuz 2022 Değişiklikleri madde 19/3/b¹⁶⁸). Hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaması hâlinde hakem kararının iptali gündeme gelecektir Zira ICSID Anlaşması'nın 52/d maddesine göre hakem kararı, mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu veya 52/a hükmüne istinaden heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı gerekçesiyle iptal edilebilecektir. Dolayısıyla hakemlerin, yargılamaya başlamadan önce bağımsızlık ve tarafsızlıklarına ilişkin formu doğru bilgileri içerecek ve dürüst şekilde doldurmuş olmaları halinde, bağımsız ve tarafsız olunmayan bu yargılamada mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu veya hakem heyetinin uygun bir şekilde oluşturulmadığı gerekçesiyle hakem kararının iptali gündeme gelebilecektir.

3. ICSID Tahkim Kuralları Temmuz 2022 Değişiklikleri

ICSID tahkiminde üçüncü kişi finansörünün kimliğinin açıklanması kimi davalarda hakemler tarafından talep edilmektedir. Örneğin EuroGas Inc. And Bellmont Inc. v. The Slovak Republic¹⁶⁹ davasında, davacı kendisinin üçüncü kişi finansör tarafından finanse edildiğini belirtmiştir. Hakem heyeti, daha sonrasında finansörün kimliğinin açıklanmasını talep etmiştir¹⁷⁰. Bir başka ICSID kararı olan Muhammet Çap & Sehil

167 Balkar Bozkurt (n 165) 205.

168 Proposals For Amendment Of The ICSID Rules tam metin için bkz: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/amended_rules_en.pdf> Erişim Tarihi 20 September 2022

169 *EuroGas Inc. and Bellmont Resources Inc. v. The Slovak Republic*, Award, Case No ARB/14/14, (ICSID 20 January 2015) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3604/DC6411_En.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2022.

170 ibid 145.

İnşaat Endüstri v. Turkmenistan¹⁷¹ kararında hakem heyeti, yargılamada bütünlüğün sağlanması, hakemlerin finansörden etkilenip etkilenmediğinin tespiti ve şeffaflığın tesisinde finansörün varlığı sebeplerinden dolayı finansörün kimliğinin açıklanmasına karar vermiştir¹⁷². Ancak hakem heyeti burada, eğer taraflar finanse ediliyorsa bunun açıklanması, ardından finansörlerin isimlerinin açıklanması ve üçüncü kişi finansmanı hakkında detayların yanında finansman şartlarının da açıklanmasına karar kılmıştır¹⁷³.

Görüldüğü üzere ICSID tahkiminde hakem heyeti, üçüncü kişi finansörünün kimliğinin açıklanmasına ilişkin kararlar verebilmektedir. Ancak bu zamana kadar finansörün kimliğinin açıklanmasına dair bir düzenleme bulunmamaktaydı. Temmuz 2022 değişikliği ile ICSID Tahkim Kuralları madde 14'te üçüncü kişi finansmanın bildirilmesine ilişkin bir madde eklenmiştir. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(1) Taraflardan biri, dava takibi için doğrudan ya da dolaylı olarak bağış, hibe veya dava sonucuna göre geri ödeme şeklinde fon sağlıyor ise, bu kişinin adını ve adresini açıklayan yazılı bir bildirimde bulunacaktır. Şayet finansör tüzel kişi ise yapılacak olan bildirimde tüzel kişiyi ve tüzel kişiyi kontrol eden gerçek kişi ve kurumların isimleri yer alacaktır.

(2) 1. fıkrada belirtilen bildirim tahkim talebiyle birlikte, şayet finansman anlaşması tahkim talebinden sonra akdedilmiş ise bildirim gecikmeksizin Genel Sekreterliğe yapılacaktır. Söz konusu taraf, yapmış olduğu bildirimde değişiklik olduğu vakit derhal Genel Sekreterliğe bu durumu bildirecektir.

(3) Genel Sekreter, üçüncü kişi finansmanı bildirimini ile bu bildirimdeki değişiklikleri taraflara ve görevlendirme için önerilen ya da görevlendirilen hakemlere Madde 19(3)(b) hükmü kapsamında hakem beyanının tamamlanması için ileticektir.

(4) Hakem heyeti, Madde 36(3) kapsamında üçüncü kişi finansmanı anlaşmasına ve finansöre ilişkin daha fazla bilginin açıklanmasını emredebilir.”¹⁷⁴

Maddeyi yorumlayacak olursak, öncelikle madde başlığı olarak İngilizce metinde *disclosure* (ifşalamak) yerine *notice* (bildirim) ifadesinin kullanılması, yerinde bir tercih olmuştur. Maddenin ilk fıkrasında finansörün isminin ve adresinin açıklanmasının

171 *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan*, Procedural Order No 3, Case No ARB/12/6, (ICSID 12 June 2015) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

172 *ibid* para 8.

173 *ibid* para 9.

174 *“(1) A party shall file a written notice disclosing the name and address of any non-party from which the party, directly or indirectly, has received funds for the pursuit or defense of the proceeding through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding (“third-party funding”). If the non-party providing funding is a juridical person, the notice shall include the names of the persons and entities that own and control that juridical person.*

(2) A party shall file the notice referred to in paragraph (1) with the Secretary-General upon registration of the Request for arbitration, or immediately upon concluding a third-party funding arrangement after registration. The party shall immediately notify the Secretary-General of any changes to the information in the notice.

(3) The Secretary-General shall transmit the notice of third-party funding and any notification of changes to the information in such notice to the parties and to any arbitrator proposed for appointment or appointed in a proceeding for purposes of completing the arbitrator declaration required by Rule 19(3)(b).

(4) The Tribunal may order disclosure of further information regarding the funding agreement and the non-party providing funding pursuant to Rule 36(3).”

yeterli olduğu görülmektedir. Dolayısıyla Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri v. Turkmenistan kararında olduğu gibi finansman anlaşmasına ilişkin bilgilerin istenmesi, üçüncü kişi finansörün kimliğinin açıklanmasını aşan bir fiil olduğu değerlendirmesinde bulunabilir. Kanaatimizce düzenleme kapsamında finansöre ilişkin verilecek bilgilerin isim ve adresle sınırlı tutulması yerinde olmuştur. Zira finansör ile taraf arasında imzalanan finansman sözleşmesi, hakem heyeti yetkisi dışında kalan bir belge olup taraflar arasında ticarî sırların olması pekâlâ mümkündür. Sözleşmede tarafların davada uygulayacakları strateji gibi kritik bilgiler de yer alabilir. Dolayısıyla gerekmedikçe daha fazla bilginin açıklanmaması yerindedir.

Maddenin ikinci fıkrasında zaman açısından bir hüküm yer almaktadır. Çalışmamızın önceki kısımlarında finansman sözleşmesinin yargılamanın öncesinde veya yargılama aşamasında akdedilebileceği ifade edilmişti. Burada da buna paralel bir düzenleme getirilerek finansman sözleşmesi akdedildiği takdirde zaman kaybetmeksizin ilgililerin haberdar edilmesi amaçlanmıştır.

Üçüncü fıkrada daha önce de belirttiğimiz üzere hakemin bağımsızlığı, tarafsızlığı, yargılamanın gizliliğine ilişkin taahhüdü için dolduracakları formun tamamlanması için finansöre ilişkin bildirim hakemlere de gönderileceği ifadesi yer almaktadır. Özellikle hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının sağlanması için söz konusu uyumsuzluğa kimin fon sağladığının hakemlerce bilinmesi çok önemlidir.

Son fıkra delil teminine ilişkindir. Hakem heyeti, yargılamanın her aşamasında gerekli gördüğü takdirde taraflardan birinden belge veya delil talep edebilecektir. Bu maddenin kapsamı üçüncü kişi finansörleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Buna göre hakemler, tarafların aralarındaki finansman sözleşmesine veya finansörün kendisine ilişkin daha fazla bilgi talep edebilecektir. Bu madde delil teminini sağlamak açısından şüphesiz ki önemli bir düzenlemedir. Ancak burada hakemlerin sağlayacakları bilgi, tahkim yargılamasının karşı tarafının elini kuvvetlendirecek veriler içerebilir. Burada hakemlerin elde edebilecekleri bilginin sınırının iyi belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim finansör, hakemin daha fazla bilgi talebine karşılık, verilmemesi gerektiğini düşündüğü bilgileri saklama yolunu da seçebilecektir. Finansörün davanın kazanılmasında menfaati olduğu göz önünde bulundurulacak olursa, hakem heyetinin istediği bilgileri vermediği takdirde bunun sonuçlarına da katlanması gerekecektir.

III. Üçüncü Kişi Finansmanının Yatırım Tahkimine Olası Etkileri

A. Davaya Etkin Müdahale Bakımından

Üçüncü kişi finansmanında finansör ile finanse ettiği taraf arasındaki ilişkinin sınırlarının iyi çizilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde finanse edilen taraf, dava

üzerindeki hakimiyetini finansör lehine kaybedecektir. Nitekim finansör de finanse ettiği davanın seyrine dair ayrıntılı bilgiler talep edebilir veya davada uygulanan strateji üzerinde kontrol sağlamak isteyebilir¹⁷⁵. Davayı yürütecek avukatların kim olacağından, hakem seçimine, davada sunulacak delillere kadar kendi denetimi altında işlemlerin gerçekleşmesini talep edebilir. Finansörün, bu davaya kâr elde etme amacıyla girdiği için kendi yetkisini aşarak adeta ihtilafın bir tarafı gibi hareket etmesi, olası bir durumdur. Sürdürülen yargılama ile ilgili olarak alınacak kritik kararlarda finansör; son söz sahibi olmaya çalışabilir ve zaten maddî açıdan sıkıntıda olduğu için üçüncü kişi finansmanına başvuran taraf, daha da zor durumda kalabilir¹⁷⁶. Zira anlaşamama hâlinde finansörün davayı finanse etmeyi durdurması, örneğine rastlanmış bir durumdur¹⁷⁷.

Finansörler, yetkilerini sınırlayacak hükümleri finansman sözleşmesine eklemek konusunda çekimser davranmaktadır¹⁷⁸. Çünkü finansörün, sözleşmenin diğer tarafına göre eli daha güçlü durumdadır ve kendi yetkilerini sınırlandırmak istemeyebilir. Dolayısıyla kendisine finansman sağlanan taraf, finansörün baskısı altında kalacaktır.

Üçüncü kişi finansmanının davaya etkin müdahalesinin sonuçları bakımından *Teinver S.A., v. The Argentine*¹⁷⁹ kararı incelenebilir. Bu davada yatırımcı, Burford Capital finans şirketinden finansman sağlamıştır. Arjantin devleti; finansman sözleşmesinin *champerty* ve *maintenance* (davanın satın alınması yasağı), uluslararası hukuk ve ICSID Kuralları gereğince işlemin kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Davalı taraf, tarafların aralarındaki finansman sözleşmesi neticesinde aslında davanın tarafının Burford olduğunu dile getirmiştir¹⁸⁰. Hakem heyeti ise Arjantin devletinin iddialarını reddetmiştir¹⁸¹. Zira taraflar arasındaki sözleşme kapsamında finansörün davacının tahkimdeki iddialarını üstlendiği anlamı çıkmamaktadır¹⁸².

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının yararlarından bahsedilirken tarafları sulhe teşvik ettiğini belirtmiştik¹⁸³. Ancak üçüncü kişi finansmanının tam tersi yönde de etkisi olabilir. Şöyle ki üçüncü kişi finansmanından yararlanan taraf, tahkim yargılamasının sonunda daha çok tazminata hak kazanabileceği düşüncesi ile karşı taraf ile masaya

175 Duarte Gorjao Henriques, 'Third Party Funding: A Protected Investment' (2017) 2017(30) Spain Arbitration Review 100, 116.

176 Santos (n 96) 923.

177 *S&T Oil Equipment v Romania* (n 15), Darwazeh and Leleu (n 155) 130.

178 Henriques (n 17) 17.

179 *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA and Autobuses Urbanos del Sur SA v The Argentine Republic*, Decision on Argentina's Application for Annulment, Case No ARB/09/1 (ICSID 29 May 2019) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10552.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

180 ibid para 183.

181 ibid para 185.

182 Sai Ramani Garimella, 'Interrogating Third Party Funding in Investment Arbitration: The Need for Regulation in the UK and India' (2019) 16(2) Manchester Journal of International Economic Law, 213, 222-223.

183 Bkz I. Bölüm E. 3.

oturmamak istemeyebilir. Zira dava sonucunda hak kazanacağı meblağdan önemli bir kısmını finansöre vermesi gerekecektir¹⁸⁴. Bu sebeple elde edebileceği en yüksek tazminat için çabalayacak ve böylece finansörün alacağı payın zararını azaltmaya gayret gösterecektir. Bu da doktrininde sürecin bilerek uzatılarak kötü yönetilmesi olarak yorumlanmaktadır¹⁸⁵.

B. Avukat-Müvekkil Gizliliği Bakımından

Avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin temeli karşılıklı güvene dayanmaktadır. Bu güvenin tesisi için ise aralarındaki ilişkinin gizliliğinin sağlanması gerekmektedir. Özellikle müvekkilinin kişisel ilişkileri, üçüncü kişiler hakkındaki değer yargıları, ticarî sırları, buluşları veya buna ilişkin sırları bu gizliliğin kapsamındadır¹⁸⁶. Sonuç olarak avukatın müvekkiline karşı sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁸⁷. Avukatlık Kanunu¹⁸⁸ madde 36'da da avukatın sır saklama yükümlülüğü düzenleme altına alınmaktadır.

Üçüncü kişi finansmanına gelindiğinde ise avukat ile müvekkil arasındaki gizlilik, tartışılması gereken bir konuyu oluşturur. Zira finansörlerin daha en başından, davaya fon sağlayıp sağlamayacağına karar verebilmek için uyumsuzluk ile ilgili bilgileri elde etmesi gerekmektedir. İlk başta yapılacak durum tespitinde; dava ile alakalı kapsamlı bir araştırma yürütülerek davanın başarıyla sonuçlanma olasılığı tespit edilmeye çalışılacak ve buna göre fon sağlanıp sağlanmayacağına karar verilecektir¹⁸⁹. Yapılacak bu durum değerlendirmesinin ardından finansman sözleşmesi akdedilecektir. Ancak hem bu aşamada hem de davanın işleyişi sırasında finansör, dava ile alakalı kritik bilgileri öğrenmek isteyecektir. Dava sonucundan kâr elde etmeyi amaçladığı için tahkim yargılamasını devam ederken finansman sağladığı kişiden ve avukatından gerekli bilgi ve belgeleri talep etmesi çok doğal bir durumdur¹⁹⁰. Bu durumda kendisine finansman sağlanan taraf, finansörün istediği unsurları bizzat kendisi vermektedir. Müvekkilin bu bilgileri paylaşmasında meşru menfaati bulunmaktadır¹⁹¹. Dolayısıyla burada bir avukat ile müvekkil gizliliğinin ihlalinden söz edilmemektedir.

184 Uygulamada genelde bu oranın %20 ile %40 arasında belirlendiği ifade edilmektedir, Çalışkan (n 16) 651.

185 Brabandere and Lepeltak (n 99) 8.

186 Özcan Günergök, 'Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü' (2003) 7(1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 655, 655

187 ibid 656.

188 Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.3.1969, RG 07.04.1969/13168.

189 Andreas Frischknecht and Vera Schmidt, 'Privilege and Confidentiality in Third Party Funder Due Diligence: The Positions in the United States and Switzerland and the Resulting Expectations Gap in International Arbitration' (2011) 8(4) Transnational Dispute Management 1, 1.

190 Frignati (n 1) 511.

191 Jonas von Goeler, 'Show Me Your Case and I'll Show You the Money- How to Balance Conflicts Between Third Party Funding and Confidentiality in Arbitration Proceeding' (*Kluwer Arbitration Blog*, 21 July 2016) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/21/show-case-ill-show-money-balance-conflicts-third-party-funding-aand-confidentiality-in-arbitration-proceedings/>> Erişim Tarihi 18 May 2022.

Avukat ile müvekkil arasındaki gizliliğin ihlal edilebileceği bir durum olarak avukatın finansöre, müvekkilin izni olmadan yaptığı bilgilendirmeler ele alınabilir. Avukat ile müvekkil arasında gizli kalması gereken bilgilerin finansör ile paylaşılması durumunda avukatın sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiğinden bahsedilebilecektir¹⁹². Bu sorunun çözülebilmesi için taraflar aralarında akdedecekleri finansman sözleşmesine bir gizlilik kaydı ekleyebilirler. Aynı bir gizlilik sözleşmesi de pekâlâ imzalanabilir¹⁹³. Nitekim uygulamada Burford Capital finansman şirketi, bir davaya finansman sağlamadan önce durum tespiti aşamasında, davacı ile bir gizlilik sözleşmesi imzaladıklarını ifade etmektedir¹⁹⁴.

C. Menfaat Çatışması Bakımından

Tahkimde üçüncü kişi finansmanının olası etkilerinden bir diğeri de finansman sözleşmesinin tarafları arasında bir menfaat çatışması yaşanmasıdır. Doktrinde tahkimde üçüncü kişi finansmanının sebep olacağı menfaat çatışması, finansör ile hakem arasında meydana gelebilecek sorunlar bakımından ele alınmaktadır¹⁹⁵. Bu bağlamda uluslararası tahkimde görev alan hakemlerin finansörler ile beraber çalışması uygulamada karşılaşılan bir durumdur. Hakem, söz konusu finansör ile daha önceden çalışmış, finansman sözleşmesinin akdedilmesinden evvel danışmanlık vermiş veya söz konusu finansman şirketinin ortağı durumunda olabilir. Bir başka oluşabilecek durum ise finansörün davaya fon sağlamadan önce uyuşmazlığa bakacak hakemden durum tespiti yapmasını talep etmiş olmasıdır¹⁹⁶. Bu gibi durumlar neticesinde hakem ile finansör arasındaki ilişkideki problemlerden dolayı menfaat çatışmaları yaşanabilecektir. Bu sorunun önlenmesi ve tahkimde hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının sağlanması adına finansörün kimliğinin açıklanması gerektiği¹⁹⁷ önem teşkil etmektedir.

Doktrinin üzerinde pek durmadığı konu ise finansman sözleşmesi tarafları arasında bir menfaat çatışması yaşanması durumudur. Örneğin finansör, uyuşmazlık sonucunda bir emsal karar çıkmasında kendi menfaati olduğunu düşünebilir. Emsal karar ile ileride yapacağı veya hali hazırda fon sağladığı uyuşmazlıklar bakımından elinin güçlenmesini hedefleyebilir. Ancak kendisine fon sağlanan uyuşmazlığın tarafı olan kişi bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa; uyuşmazlığın erkenden sonuçlanması, yani tarafların yargılamanın sonuçlanmasını beklemeden aralarında anlaşmaları durumu, ilgili tarafın menfaatine olabilir. Özetle finansör tahkim yargılaması sonucunda emsal

192 ICCA Report (n 12) 117; Frignati (n 1) 511; Çalışkan (n 16) 652.

193 Serhat Celen, 'Third Party Funding in Arbitration: Everyone Deserves a Chance' (2012) 25 <https://www.academia.edu/7312617/Third_Party_Funding_in_International_Arbitration> Erişim Tarihi 28 May 2022; ICCA Report (n 12) 29.

194 Burford Capital- Legal Finance 101 (n 5) 55.

195 Chaisse and Eken (n 114) 119; Colombo and Yokomizo (n 107) 111.

196 Crivellaro and Melchionda, (n 154), 288-289; Osmanoğlu (n 6) 334; Moseley (n 154) 1189-1190.

197 Arman Sarvarian, 'Problems of Ethical Standarts for Representatives before ICSID Tribunals' (2011) 10 The Law and Practice of Internationals Courts and Tribunals 67, 95.

karar elde edilmesini, fon sağlanan taraf ise uyuşmazlığın en kısa sürede çözülmesini amaçlayabilir. Bu noktada taraflar arasında bir menfaat çatışması durumundan bahsedilebilir.

Örnek vermek gerekir ise, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Merkezi'nde görülmüş olan Quasar de Valors SIVAC S.A. et. al. v. Russian Federation kararı¹⁹⁸ incelenebilir. Bu uyuşmazlıkta yatırımcıyı, Rus finansör Menatep finanse etmiştir. Hakem heyeti, her ne kadar böyle bir amacı ispatlayamamış¹⁹⁹ olsa da bu ihtilafta finansörün asıl amacının, Rusya devletine karşı yürütülecek benzer davalar için emsal karar elde etme olduğu ifade edilmektedir²⁰⁰.

D. Masraflar İçin Teminat Yatırma Yükümlülüğü Bakımından

Tahkimde üçüncü kişi finansmanından yararlanılması durumunda masraflar için teminat yatırma yükümlülüğünün doğup doğmadığı, tahkim yargılamalarında ve doktrinde tartışılmaktadır²⁰¹. Uluslararası tahkimde masraflar, hakem ücretlerini, tahkim kurumunun giderlerini, atanan uzman kişilerin ücretleri ile davayı kazanan tarafın vekâlet ücretini kapsamaktadır²⁰². Maddi durumu kötü olduğu düşünülen davacıdan talep edilen teminat, söz konusu masrafların aleyhine karar çıktığı takdirde davalıya ödeneceğine dair bir geçici hukukî koruma tedbiridir²⁰³.

Yatırım tahkiminde ise bu husus üçüncü kişi finansmanından yararlanan tarafın ödeme güçlüğü içerisinde olduğuna dair bir kanıt teşkil etmesi ve dolayısıyla masraflar için teminat yatırıp yatırmaması gerektiği üzerinden tartışılmaktadır²⁰⁴. Uluslararası yatırım tahkiminde masraflar için teminat talebi genelde reddedilmektedir²⁰⁵. Bu talebin kabul edildiği ilk karar RSM Production Corporation v. Saint Lucia²⁰⁶ olmuştur²⁰⁷. Kararda hakem heyeti, Saint Lucia devletinin talebi üzerine RSM Production'nın 30

198 *Quasar de Valors SIVAC SA et al (Formerly Renta 4 SVSA et al) v Russian Federation*, SCC No. 24/2007 (11 September 2014) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4239.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

199 ibid 39.

200 Mert (n 3) 14.

201 Ataseven (n 96) 81 vd; Mert (n 3) 102 vd; Ceyda Süral Efeçinar, 'Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri' (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33; Darwazeh and Leleu (n 154); Christine Sim, 'Security for Costs in Investor-State Arbitration' (2017) 33(3) *Arbitration International* 427.

202 Jennifer A. Trusz, 'Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising From Third Party Funding in International Commercial Arbitration' (2013) 101(6) *Georgetown Law Journal* 1649, 1677.

203 Efeçinar (n 201) 38.

204 Ataseven (n 96) 82 vd; Efeçinar (n 201) 44; Friedrich Jakob Rosenfeld, 'Security for Costs in ICSID Arbitration: RSM Production Corporation v. Saint Lucia' (2016) 32(1) *Arbitration International* 157, 162; ICCA Report (n 12) 170; Miriam K. Harwood, Simon N. Batifort and Christina Trahanas, 'Third-Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues' (2017) 2 *The Investment Treaty Arbitration Review* 103, 107.

205 Xuan Shao, 'Disrupt The Gambler's Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third Party Funding' (2021) 12 *Journal of International Dispute Settlement* 427, 428; Sim (n 203) 429; Mert (n 3) 117; Efeçinar (n 201) 44.

206 *RSM Production Corporation v Saint Lucia*, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, Case No ARB/12/10 (ICSID 13 August 2014) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

207 Rosenfeld (n 204) 158.

gün içerisinde 750.000 ABD doları değerinde teminat göstermesi kararı almıştır²⁰⁸. Bu kararda hakem heyeti, ilk olarak teminat yatırılmasına ilişkin karar verme yetkilerinin olup olmadığını tartışmış ve sonuç olarak böyle bir yetkiyi haiz oldukları kararını vermiştir²⁰⁹. Ardından hakem heyeti talebi değerlendirmeye aldığı davacı yatırımcının ciddi finansal sorunlar yaşadığını ve davasının sürdürülebilmesi için üçüncü kişi finansmanından yararlandığını tespit etmiştir. Hakem heyetinin tespit ettiği bir diğer husus ise aynı davacının Grenada devletine karşı olan davalarında da tahkim masraflarını ödeyememiş olduğudur²¹⁰. Tüm bu hususların değerlendirilmesinin ardından hakem heyeti, davacının masraflar için teminat yatırması gerektiğine hükmetmiştir²¹¹.

EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. The Slovak Republic²¹² kararında hakem heyeti, ICSID Anlaşması madde 47 ve ICSID Tahkim Kuralları madde 39 kapsamında masraflar için teminat kararı verme yetkisinin olduğunu dile getirmiştir²¹³. Bu kararda hakem heyeti, masraflar için teminat talebinin kabulü için çok istisnaî olayların meydana gelmesi gerektiğini ifade edip örnek olarak kötü idare etme ya da suiistimalin meydana geldiğinin kanıtlandığı durumları göstermiştir²¹⁴. Hakem heyeti kararında; RSM v. Saint Lucia kararına atıf yapmış ve burada teminat talebinin kabulünde sadece davacının ödeme gücünde olması ve üçüncü kişi finansmanından yararlanıyor oluşunun yeterli olmadığını, geçmişte diğer ihtilaflar için masrafları karşılayamadığının ispatlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu hususlar kümülatif değerlendirmeye alınmıştır²¹⁵.

Doktrindeki görüşlere değinilecek olursa; bir görüş masraflar için teminat yatırılmasında bir tarafın üçüncü kişi finansmanından yararlanıyor oluşunun dikkate alınmaması gerektiğini savunmaktadır²¹⁶. Nasıl ki fon sağlanan tarafın davayı kaybetmesi hâlinde kendisine yükletilecek olan dava masraflarına karar verilirken finansörün varlığı dikkate alınmıyor ise masraflar için teminat yatırılmasında da dikkate alınmamalıdır. Finansörün bulunduğu her dava için teminat talep edilmesi süreci yavaşlatacaktır. Bununla beraber masraflar için teminat talepleri, üçüncü kişi finansmanına başvuruları azaltıcı etkisi olacaktır²¹⁷.

208 *RSM v Saint Lucia* (n 208) para 90.

209 Anna Joubin-Bret, 'Spotlight on Third Party Funding in Investor-State Arbitration' (2015) 16(4) *Journal of World Investment & Trade* 727, 728-729.

210 *RSM v Saint Lucia* (n 208) para. 78.

211 *ibid* para 90.

212 *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. The Slovak Republic*, Procedural Order No 3 Decision On The Parties' Requests For Provisional Measures, Case No ARB/14/14 (ICSID 23 June 2015) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6272_0.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2022.

213 *ibid* para 110.

214 *ibid* para 121.

215 *ibid* para 123.

216 William Kirtley and Koralie Wietrzykowski, 'Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant is Relying upon Third Party Funding?' (2013) 30(1) *Journal of International Arbitration* 17, 21

217 *ibid* 22.

Herzig v. Turkmenistan²¹⁸ davası üçüncü kişi finansmanının teminata etkisi bakımından önem arz eden ve henüz sonuçlanmamış bir davadır. Davacı, iflas etmiş bir şirketin yöneticisi olup davasını sürdürebilmek için üçüncü kişi finansmanından yararlanmaktadır. Türkmenistan devleti, bu yargılamada teminat talebinde bulunmuştur. Hakem heyeti talebi dikkate alırken; davacının iflas etmiş olması, üçüncü kişi finansmanından yararlanıyor oluşu ve yararlandığı finansör La Française şirketinin böylesine büyük tazminatları ödeme noktasında açıkça sorumlu olmadığı unsurlarını gözetmiştir²¹⁹. Hakem heyeti, finansörün davanın kaybedilmesi durumunda hiçbir risk almıyor oluşunu dikkate almış ve masraflar için teminat yatırmasına karar vermiştir²²⁰. Ancak daha sonrasında heyet, davacının teminatı karşılama noktasında aşılamaz engellerle karşılaşmasından dolayı adalete erişim hakkını sağlamak adına 9 Haziran 2020’de yeni bir karar vererek masraflar için teminat yatırma kararını iptal etmiştir²²¹.

Kanaatimizce bir tarafın üçüncü kişi finansmanından yararlanıyor oluşu tek başına masraflar için teminat yatırılması kararı alınmasına sebebiyet vermemelidir. Bu hem üçüncü kişi finansmanından yararlanmayı zorlaştıran bir uygulama olur hem de tahkim sürecini gereksiz yere uzatır. Kaldı ki bir tarafın üçüncü kişi finansmanından yararlanıyor oluşu, o tarafın ödeme güçlüğü içerisinde olduğuna dair her zaman için karine teşkil etmemektedir. Şirket bünyesindeki nakit akışının bozulmasını istemeyen taraf da üçüncü kişi finansmanına başvurabilir. ICSID Tahkim Kuralları Temmuz 2022 Değişiklikleri’ne bakıldığında teminat yatırılmasına ilişkin 53. maddede, üçüncü kişi finansmanının varlığının masraflar için teminat yatırılması kararına etkisine dair düzenleme yapılmıştır. İlgili maddenin 4. fıkrasına göre hakem heyeti, üçüncü kişi finansmanının varlığında masraflar için teminat kararı verirken; ilgili tarafın kararın aleyhe olduğu durumda masrafları ödeme kabiliyeti, yine ilgili tarafın masrafları ödemeye yönelik istekliliği, teminat kararı verdiği takdirde bunun sonuçları, tarafların davranışlarını dikkate alacak ve bunların yanında ek olarak finansmanın varlığını değerlendirecektir²²². Sonuç olarak üçüncü kişi finansmanının varlığı tek

218 *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v Turkmenistan*, Case No ARB/18/35, (ICSID, 19 February 2019) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11243.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2022.

219 *ibid* para 57.

220 *ibid* para 62.

221 Shao (n 207) 431.

222 “Rule 53
Security for Costs

...

(3) *In determining whether to order a party to provide security for costs, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:*

(a) *that party’s ability to comply with an adverse decision on costs;*

(b) *that party’s willingness to comply with an adverse decision on costs;*

(c) *the effect that providing security for costs may have on that party’s ability to pursue its claim or counterclaim; and*

(d) *the conduct of the parties.*

(4) *The Tribunal shall consider all evidence adduced in relation to the circumstances in paragraph (3), including the existence of third-party funding.*

...

başına bir teminat yatırma sebebi olarak nitelendirilemeyecektir²²³. Diğer tüm durumlar değerlendirilecek ve bu değerlendirme yapılırken üçüncü kişi finansmanının varlığı da göz önünde bulundurulabilecektir.

Sonuç

Bu çalışma kapsamında yatırım tahkiminde üçüncü kişi finansmanı incelenmiştir. İlk bölümde üçüncü kişi finansmanının tanımı yapılmış olup kanaatimizce geniş anlamda üçüncü kişi finansmanı tanımının daha uygun olacağı belirtilmiştir. Zira finansmanın geniş anlamda ele alınmasıyla finansör tanımı daha kapsayıcı değerlendirilebilecektir. Finansörün tanımının kapsayıcı bir şekilde ele alınması kanaatimizce finansörün kimliğinin açıklanması hususunda da yararlı olacaktır. Ardından finansman kurumu Türk hukuku bakımından ele alınmış ve hukukumuzda üçüncü kişi finansmanını yasaklayıcı bir hükmün bulunmadığı tespiti yapılmıştır.

Finansman sözleşmesinin hukukî niteliği tespit edilirken gizli adi ortaklık veya sonuca katılmalı sözleşme olmadığı tespiti yapılmıştır. Kanaatimizce tarafların aralarında akdetmiş olduğu finansman sözleşmesi *sui generis* niteliktedir. Bu bağlamda sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK madde 24'e göre tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Tahkimde finansörlerin kimliğinin açıklanması hususuna gelindiği takdirde; kanaatimizce tahkim sürecinin şeffaflaşması ile hakemlerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının tespitinde finansörün kim olduğunun bilinmesi önem arz etmektedir. Bu bakımdan ICSID Tahkim Kuralları'nda meydana gelen değişikliği önemli görüyoruz. Temmuz 2022 değişiklikleri ile üçüncü kişi finansörün bildirilmesi ayrıca düzenlenmiş ve bildirim kapsamı belirlenmiştir. Finansörün isminin ve adresinin bildirilmesinin hüküm altına alınmış olması kanaatimizce yeterli bir düzenlemedir. Bununla beraber delil temini için finansörden daha fazla bilginin talep edilebileceği de düzenlenmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde finansörün tahkim yargılamasına olası etkilerinden bahsedilmiştir. Burada avukat ile müvekkil gizliliği kapsamındaki bilgilerin finansör ile paylaşılmasında müvekkilinin meşru bir menfaati olduğu dile getirilmiştir. Lakin yine de gelecekte doğabilecek sorunların önüne geçebilmek adına finansman sözleşmesinin taraflarının durum tespitine başlamadan evvel müstakil bir gizlilik sözleşmesi akdetmelerinin yararlı olacağını düşünmekteyiz. Taraflar finansman sözleşmesine de elbette gizlilik kaydı ekleyebilirler. Masraflar için teminat yatırılması hususuna gelindiği takdirde ise; tahkimde bir tarafın finansmandan yararlanıyor oluşunun ödeme gücüne delalet gösterdiği ve masraflar için teminat yatırması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Yatırım tahkiminde bir tarafın üçüncü kişi finansmanından yararlanıyor olması kanaatimizce o kişinin teminat yatırması için tek başına yeterli bir sebep teşkil etmemelidir.

223 Kirstin Dodge, Jonathan Barnett, Lucas Macedo and Patryk Kulig, 'Third-Party Funding and Reform of the ICSID Arbitration Rules' (2021) 15(3) Romanian Arbitration Journal/ Revista Romana de Arbitraj 15, 32.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, (6th edn, Vedat 2021)

Aral F and Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (13th edn, Yetkin 2020)

Atalı M and Ermenek İ and Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2019)

Ataman-Figanmeşe İ, 'Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar' (2012) 31(1) PPIL 91-152.

Ataseven MB, 'Third Party Funding in International Arbitration' (Master thesis, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2019)

Balkar Bozkurt S, 'Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları' (2015) 10(129-130) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-222.

Balkar Bozkurt S, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2016)

Bao C, 'Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter' (2017) 34 (Special Issue) Journal of International Arbitration 387-400.

Barker GR, 'Third Party Litigation Funding in Australia and Europe' (2012) 8(3) Journal of Law, Economics & Policy 451-524.

Baumann A and Singh MM, 'New Forms of Third Party Funding in International Arbitration: Investing in Case Portfolios and Financing Law Firms' (2019) 7(2) Indian Journal of Arbitration Law 29-44.

Brabandere ED, 'Mercantile Adventurers?' The Disclosure of Third Party Funding in Investment Treaty Arbitration' (2017) Grotius Centre Working Paper 2016/059, <<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=39011400612209909606907910610506411205605006502703905107809800067065083112072121109005035107005061025044074070030126115072081038037078052000086105024096008107025090033033078082124080083081022023020108094002122112003084080117122005115090011112081064098&EXT=pdf&INDEX=TRUE>> Erişim Tarihi 28 May 2022.

Brabandere ED and Lepeltak J, 'Third Party Funding in International Investment Arbitration' (2012) Grotius Centre for International Legal Studies Working Paper Leiden University No 2012/1, <<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=48712300312206610502810812608101900903808004000807408508700903107509007807308512007610305702302511001111811210309112702711400900708707302802902510207608010200111808802802903708412600310509209808811116113116004099122002067115105123121067074120082089065&EXT=pdf&INDEX=TRUE>> Erişim Tarihi 28 May 2022.

Burford Capital- Legal Finance 101, 4 <<https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/legal-finance-101/>> Erişim Tarihi 2 May 2022.

- Burford Case Study: Single Case and Secondary Market Transaction, <<https://www.burfordcapital.com/how-we-work/case-studies/case-studies-container/case-study-secondary-market-transaction/>> Erişim Tarihi 30 April 2022.
- Campbell and Fell v UK* App no 7819/77; 7878/77 (ECHR, 28 June 1984).
- Can H and Tuna E, *Milletlerarası Tahkim Kanunu* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2021).
- ‘Case Summaries: International Investment Law’ (2017) 16(3) World Trade Review 551-555.
- Chaisse J and Eken C, ‘The Monetization of Investment Claims Promises and Pitfalls of Third Party Funding in Investor-State Arbitration’ (2020) 44(2-3) Delaware Journal of Corporate Law 113-166.
- Colombo GF and Yokomizo D, ‘A Short Theoretical Assessment on Third Party Funding in International Commercial Arbitration’ (2018) (280) Nagoya University Journal of Law and Politics 109-124.
- Cremades JA, ‘Adapting Disclosure Obligations to the Realities of Modern Third Party Funding’ (2019) 6(1) BCDR International Arbitration Review 5-26.
- Cremades Jr. BM, ‘Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration’ (2011) 8(4) Transnational Dispute Management 1-41.
- Crivellaro A and Melchionda L, ‘Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third Party Funding’ (2018) 5(2) BCDR International Arbitration Review 281-306.
- Çalışkan Y, ‘Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 645-658.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021)
- Darwazeh N and Leleu A, ‘Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third Party Funding’ (2016) 33(2) Journal of International Arbitration 125-150.
- De Boule T, ‘Third Party Funding in International Commercial Arbitration’ (Master thesis, Ghent University 2013-2014)
- Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assests of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v Turkmenistan*, Case No ARB/18/35 (ICSID, 19 February 2019).
- Dodge K, Barnett J, Macedo L and Kulig P, ‘Third-Party Funding and Reform of the ICSID Arbitration Rules’ (2021) 15(3) Romanian Arbitration Journal/ Revista Romana de Arbitraj 15-32.
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Savaş Yayınevi 2021)
- Efeçinar CS, ‘Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri’ (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-62.
- Eken C, ‘Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı’ (Master thesis, Dokuz Eylül Üniversitesi 2018).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Yetkin 2020).
- EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. The Slovak Republic*, Award, Case No ARB/14/14 (ICSID 20 January 2015).
- EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. The Slovak Republic*, Procedural Order No 3 Decision On The Parties’ Requests For Provisional Measures, Case No ARB/14/14 (ICSID 23 June 2015).
- Frignati V, ‘Ethical Implications of Third Party Funding in International Arbitration’ (2016) 32 Arbitration International 505-522.

- Frischknecht A and Schmidt V, 'Privilege and Confidentiality in Third Party Funder Due Diligence: The Positions in the United States and Switzerland and the Resulting Expectations Gap in International Arbitration' (2011) 8(4) *Transnational Dispute Management* 1-35.
- Garimella SR, 'Third Party Funding of Arbitral Claims' in Leila Choukroune and Rahul Donde (eds), *Adjudicating Global Business in and with India* (Routledge 2021) 202-220.
- Garimella SR, 'Interrogating Third Party Funding in Investment Arbitration: The Need for Regulation in the UK and India' (2019) 16(2) *Manchester Journal of International Economic Law*, 213-233.
- Gayner O and Khouri S, 'Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding' (2017) 40(3) *Fordham International Law Journal* 1033-1046.
- Giovanni Alemanni and Others v The Argentine Republic*, Award, Case No ARB/07/8 (ICSID 17 November 2014)
- Günergök Ö, 'Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü' (2003) 7(1-2) *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 655-669.
- Güven B. and Johnson L., *The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*, (1st edn, Columbia Center on Sustainable Investment-Working Paper, 2019)
- Harwood MK, Batifort SN and Trahanas C, 'Third-Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues' (2017) 2 *The Investment Treaty Arbitration Review* 103-121
- Henriques DG, 'Third Party Funding: A Protected Investment' (2017) 2017(30) *Spain Arbitration Review* 100-140.
- Henriques DG, 'Arbitrating Disputes in Third Party Funding: A Parallel with Arbitration in The Financing Sector' (*SSRN*, 2018) <<https://ssrn.com/abstract=3285723>> Erişim Tarihi 19 May 2022.
- Hwang M and Chan YW, 'Leading The Way: Third Party Funding in International Arbitration in Singapore' (2018) 5(2) *BCDR International Arbitration Review* 353-368.
- Işık F and Pat H, 'Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı' in Ceyda Süral Efeçinar, Ekin Ömeroğlu and Ece Uyanık (eds), *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı Sempozyumu* (Seçkin 2018) 94-134.
- 'International Arbitration Report' (2016) 7 *Norton Rose Fulbright*
- İnal E, *Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi* (2nd edn, On İki Levha 2011)
- Jones DS, 'Third Party Funding in International Arbitration: Useful Experience from Australia' (2018) 5(2) *BCDR International Arbitration Review* 335-352.
- Joubin-Bret A, 'Spotlight on Third Party Funding in Investor-State Arbitration' (2015) 16(4) *Journal of World Investment & Trade* 727-733.
- Kadarisman A, 'Disclosure of Third Party Funding Arrangements and the Existence of Third Party Funders in International Investment Arbitration' (2019) 17(1) *Indonesian Journal of International Law* 91-112.
- Kadhim N, 'Whose Line of Credit is it Anyway? Third Party Funding Issues in Arbitration' (*Kluwer Arbitration Blog*, 17 July 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/17/whose-line-credit-anyway-third-party-funding-issues-arbitration/>> Erişim Tarihi 18 April 2022
- Kalajdzic J, Cashman P and Longmoore A, 'Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party Litigation Funding' (2013) 61(1) *The American Journal of Comparative Law* 93-148.

- Kantor M, 'Third Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments' (2009) 24(1) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 65-79.
- Kayalı D, 'Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı' (2019) 8(1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 83-117.
- Kenny C, 'A Comparison of Singapore and Hong Kong's Third Party Funding Regimes to England and Australia' (2021) 87(2) The International Journal of Arbitration, Mediation and Disputes Management 170-190.
- Kirtley W and Wietrzykowski K, 'Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant is Relying upon Third Party Funding?' (2013) 30(1) Journal of International Arbitration 17-30.
- Kühner D, 'Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany' (2014) 31(6) Journal of International Arbitration 807-818.
- Lew JDM, 'ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments' (2004) 19 Arbitrating Foreign Investment Disputes, Studies in Transnational Economic Law 265-283.
- Lyon J, 'Revolution in Progress: Third Party Funding of American Litigation' (2010) 58 UCLA Law Review 571-609.
- Mansinghka V, 'Third Party Funding in International Commercial Arbitration and its Impact on Independence of Arbitrators: An Indian Perspective' (2017) 13(1) Asian International Arbitration Journal 97-112.
- Mert BM, 'Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı' (Master thesis, İstanbul Üniversitesi 2019).
- Moseley SE, 'Disclosing Third Party Funding in International Investment Arbitration' (2019) 97(6) Texas Law Review 1181-1203.
- Moses ML, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, (2nd edn, Cambridge University Press 2012).
- Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan*, Procedural Order No 3, Case No ARB/12/6 (ICSID 12 June 2015).
- Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan*, Procedural Order No 3, Case No ARB/12/6 (ICSID 22 October 2012).
- Mulheron R, 'England's Unique Approach to the Self-Regulation of Third Party Funding: A Critical Analysis of Recent Developments' (2014) 73(3) Cambridge Law Journal 570-597.
- Nasr I, 'Third Party Funding in International Arbitration' (*Academia*, 2014-2015) <https://www.academia.edu/36235593/Third_Party_Funding_in_International_Arbitration> Erişim Tarihi 1 May 2022.
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (23th edn, Beta Yayıncılık 2021).
- Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (17th edn, Vedat 2019).
- Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2* (14th edn, Vedat 2018).
- Osmanoğlu B, 'Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest' (2015) 32(3) Journal of International Arbitration 325-350.
- Pekcanitez H, Atalay O, Özkan S and Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku* (7th edn, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Peng H, 'Using Shields as Weapons: Third Party Funding Assisting China-Related Arbitration under Belt and Road Investment' (2019) 14(2) Frontiers of Law in China 274-303.

Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay, Award, Case No ARB/10/7 (ICSID 2 July 2013).

Quasar de Valores SIVAC SA et al (Formerly Renta 4 SVSA et al) v Russian Federation, SCC No. 24/2007 (SCC 11 September 2014).

Pobożniak G and Zawicki K, 'Three's a crowd? Third-Party arbitration funding' (*International Law Office* 10.08.2017) <<https://www.kkg.pl/wp-content/uploads/2017/08/International-Law-Office-G.-Pobożniak-K.-Zawicki-Threes-a-crowd-Third-party-arbitration-funding.pdf>> Erişim Tarihi 23 June 2022.

'Report Of The International Council for Commercial Arbitration (ICCA)-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration' (2018) The ICCA Report No 4, 109 (ICCA Report)

Risk Management and Insurance <<https://www.burfordcapital.com/how-we-work/expertise/risk-management-insurance/>> Erişim Tarihi 1 May 2022.

Rogers CA, 'Gamblers, Loan Sharks& Third Party Funders' (2014) Ethics in International Arbitration Penn State Law Research Paper No 51-2013, <<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=1140690090910311403102010708201010600404902008801209107307110311100811406701010302401811001706306204909711800410402612512300600804308802605206910312709109001210805501505408110506412700200711800109209000506910107-7090126093112092005099103101025090029&EXT=pdf&INDEX=TRUE>> Erişim Tarihi 28 May 2022

Rooney KM, 'Third Party Funding of Arbitration and Alternative Dispute Resolution in Hong Kong' (2018) 5(2) BCDR International Arbitration Review 369-388.

Rosenfeld FJ, 'Security for Costs in ICSID Arbitration: RSM Production Corporation v. Saint Lucia' (2016) 32(1) Arbitration International 157-166.

RSM Production Corporation v Saint Lucia, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, Case No ARB/12/10 (ICSID 13 August 2014)

Rubins N and Kinsella NS, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, (1st edn, Oceana 2005)

S&T Oil Equipment and Machinery Ltd v Romania, Case No. ARB/07/13 (ICSID 2 November 2007).

Sahani V, 'Third Party Funding in Dispute Settlement in Africa' (2016) 110 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 90-92.

Sahani VS, 'Judging Third Party Fundig' (2016) 63 UCLA Law Review 389-450.

Sahani VS, 'Rethinking the Impact of Third Party Funding on Access to Civil Justice' (2020) 69 (2) DePaul Law Review 611-632.

Santos CD, 'Third Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing?' (2017) 35 (4) Association Suisse de l'Arbitrage 918- 936.

Sarvarian A, 'Problems of Ethical Standarts for Representatives before ICSID Tribunals' (2011) 10 The Law and Practice of Internationals Courts and Tribunals 67-134.

Scherer M, Goldsmith A and Flechet C, 'Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1- Funders' Perspectives' (2013) Queen Mary University of London School of Law Legal Studies Research Paper No 164, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2348737> Erişim Tarihi 28 May 2022

- Serhat Celen, 'Third Party Funding in Arbitration: Everyone Deserves a Chance' (2012) <https://www.academia.edu/7312617/Third_Party_Funding_in_International_Arbitration> Erişim Tarihi 28 May 2022.
- Shao X, 'Disrupt The Gambler's Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third Party Funding' (2021) 12 Journal of International Dispute Settlement 427-447.
- Silver C, 'Litigation Funding versus Liability Insurance: What's the Difference?' (2014) 63(2) DePaul Law Review 617-654.
- Sim C, 'Security for Costs in Investor-State Arbitration' (2017) 33(3) Arbitration International 427-495.
- Smith R, 'Tempering The Gambler's Nirvana' (Master's thesis, Uppsala University 2018).
- Solas GM, *Third Party Funding, Law, Economics and Policy*, (1st edn, Cambridge University Press 2019).
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment*, (3th edn, Cambridge University Press 2012).
- Steintz M, 'Whose Claim is This Anyway? – Third Party Litigation Funding' (2011) 95(4) Minnesota Law Review 1268-1338.
- Stoyanov M and Owczarek O, 'Third Party Funding in International Arbitration: Is it Time for Some Soft Rules?' (2015) 2(1) BCDR International Arbitration Review 171-200.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020).
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (7th edn, Beta 2019).
- Teinver SA, Transportes de Cercanías SA and Autobuses Urbanos del Sur SA v The Argentine Republic*, Decision on Argentina's Application for Annulment, Case No ARB/09/1 (ICSID 29 May 2019).
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk* (13th edn, Vedat Yayıncılık 2020).
- The Law Commission Proposals for Reform of the Law Relating to Maintenance and Champerty, para 7 <<https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/LC.-007-PROPOSALS-FOR-REFORM-OF-THE-LAW-RELATING-TO-MAINTENANCE-AND-CHAMPERTY.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2022.
- Trusz JA, 'Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising From Third Party Funding in International Commercial Arbitration' (2013) 101(6) Georgetown Law Journal 1649-1682.
- Van Boom WH, *Third-Party Financing in International Investment Arbitration*, (1st edn, Erasmus Universiteit 2011).
- Veljanovski C, 'Third Party Litigation Funding in Europe' (2012) 8(3) Journal of Law, Economics & Policy 405-451.
- Von Goeler J, 'Show Me Your Case and I'll Show You the Money- How to Balance Conflicts Between Third Party Funding and Confidentiality in Arbitration Proceeding' (*Kluwer Arbitration Blog*, 21 July 2016) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/21/show-case-ill-show-money-balance-conflicts-third-party-funding-aand-confidentiality-iin-arbitration-proceedings/>> Erişim Tarihi 18 May 2022.

- Wolffhagen J and Coelen S, ‘Three’s a crowd? Third-party arbitration funding’ (*Lexology* 14.09.2017) <<https://www.lexology.com/commentary/arbitration-adr/threes-a-crowd-third-party-arbitration-funding/netherlands/freshfields-bruckhaus-deringer-llp>> Erişim Tarihi 23 June 2022.
- Yeoh D, ‘Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field’ (2016) 33(1) *Journal of International Arbitration* 115-122.
- Zabloudilova K, ‘Third-Party Funding in International Commercial Arbitration’ (Diploma thesis, Masaryk University 2018).
- Zwolankiewicz A, ‘Third Party Funding in International Investment Arbitration: A Dire Need of Disclosure’ (2019) 18(2) *Warsaw University Law Review* 5-17.



Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 25.01.2022
Revision Requested: 17.03.2022
Last Revision Received: 22.10.2022
Accepted: 01.11.2022
Published Online: 16.12.2022

Pandemics That Generate a New Grotian Moment in International Law

Uluslararası Hukukta Pandemilerce Oluşturulan Yeni Grotian Moment

Sezai Çağlayan*

Abstract

Pandemics, as international health crises, impact the world like the two great wars that the international community faced last century. This has been confirmed by Covid-19 once again for the last two and half years. Individuals, states, societies, and sectors across the world have been seriously impacted in many ways. International law has also inevitably had its share of this. The UN Security Council, the special body of the UN, has technically recognised pandemics threats to international peace and security (IPaS) since 2000. Accordingly, UN peacekeeping missions in the field have been employed to eliminate the effects of pandemics in conflict and post-conflict zones where pandemics occur or cannot be prevented. Additionally, the UN Secretary-General exceptionally established a health mission, namely UNMEER for the first time in the Organisation's history in the fight against the Ebola pandemic, which requires a speciality beyond the capacity of classical UN missions in 2014. Presumably, this trend commenced by the Secretary-General will continue through the Council's authorisation against future pandemics. Recognition of pandemics as IPaS threats and missions' response to pandemics on the ground are significant developments which can be accepted as a turning point for the collective security system (CSS) of the UN and, thus, for international law. This paper argues that the transformation of international law due to pandemics is a new Grotian Moment, which is uniquely used to name transformative changes in international law in the scholarly literature.

Keywords

International law, Grotian Moment, pandemics, Covid-19, Security Council, international peace and security

Öz

Uluslararası sağlık krizleri olarak pandemiler, uluslararası toplumun geçen yüzyılda karşılaştığı iki büyük savaş gibi dünyayı etkilemektedir. Son iki buçuk yıldır devam Covid-19 ise bu durumu bir kez daha doğrulamıştır. Pandemiler, dünya genelinde bireyleri, devletleri, toplumları ve sektörleri birçok yönden ciddi şekilde etkilemektedir. Uluslararası hukuk da kaçınılmaz olarak pandemilerin etkilerinden payını almıştır. BM'nin özel yetkili organı olan BM Güvenlik Konseyi, 2000 yılından bu yana pandemileri uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditler olarak tanımaktadır. Buna bağlı olarak da pandemilerin ortaya çıktığı veya önlenemediği çatışma bölgelerinde veya çatışma sonrası bölgelerde, pandemilerin etkilerini giderme adına ilgili bölgedeki BM barışı koruma misyonları görevlendirilmektedir. Öyle ki, pandemilerin klasik BM barış misyonları ile giderilemeyecek boyutta olması BM Genel Sekreterini harekete geçirmiş, Örgüt'ün tarihinde bir ilk olan (şimdilik tek) UNMEER sağlık misyonu, 2014 Ebola salgını ile mücadele adına kurulmuştur. Genel Sekreter tarafından başlatılan bu trendin, Konsey yetkilendirmesi ile gelecek pandemilere karşı devam ettirilmesi ihtimal dahilindedir. Pandemilerin uluslararası barış ve güvenlik tehditleri olarak kabul edilmesi ve misyonların pandemilere karşı sahada verdiği mücadele, BM'nin kolektif güvenlik sistemi ve dolayısıyla uluslararası hukuk için bir dönüm noktası olarak kabul edilebilecek mahiyette gelişmelerdir. Bu makale, uluslararası hukukun pandemiler vasıtasıyla dönüşümünün, yeni bir Grotian Moment olduğunu savunmaktadır. Akademik literatürde, uluslararası hukukun geçirdiği dönüştürücü nitelikteki değişiklikleri adlandırmak için kullanılan Grotian Moment konsepti, bu makalede pandemilerin meydana getirdiği yeni bir uluslararası hukuk değişimi olarak kabul edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası hukuk, Grotian Moment, pandemiler, Covid-19, Güvenlik Konseyi, uluslararası barış ve güvenlik

* **Correspondence to:** Sezai Çağlayan (Asst. Prof. Dr.), Ondokuz Mayıs University Law Faculty, Department of International Law, Samsun, Türkiye. E-mail: sezai.caglayan@omu.edu.tr ORCID: 0000-0002-8101-4660

To cite this article: Çağlayan S, "Pandemics That Generate a New Grotian Moment in International Law" (2022) 42(2) PPII 757.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.927100>



Introduction

Have pandemics caused a new Grotian Moment? To answer this question, one should first define what a Grotian Moment is. The concept coined by Richard Falk expresses, so to speak, transformative changes in international law.¹ Yet, there are different discourses about the scope of the concept in scholarly literature.² This article adopts that the Grotian Moment means transformative changes in international law hinging on developments such as the rise of the modern era in international law some three and half-century ago with the birth of the Westphalian peace,³ the establishment of the UN in 1945, the creation of international criminal law with the Nuremberg Trials⁴ making individuals subjects of international law and so on. The concept connotes transformative changes, yet such changes may vary over time. For example, Humanitarian Intervention that brings a new dimension to the CSS, which fails to function due to the veto power of the Security Council's permanent members, is also a discussed and accepted a Grotian Moment over the last three decades.⁵

Distinctively, pathogens have turned into new actors and accordingly the pandemics have become new non-traditional IPaS threats like international terrorism and weapons of mass destruction since 2000. This has been recently shown by Covid-19. Depending on this new threat category, the activities carried out by the UN peacekeeping missions in the field in order to combat pandemics, and especially the establishment of a health mission, the UN Mission for Ebola Emergency Response (UNMEER) by the Secretary-General for the first time,⁶ are significant changes. Therefore, this paper argues that the recognition of pandemics as a *sui generis* non-traditional threat category and changes in the *modus operandi* of the missions in the field to combat pandemics indicate that international law is facing a new Grotian Moment. This new Grotian Moment did not appear suddenly with the outbreak of Covid-19, yet it has been affirmed by Covid-19. These changes, which have occurred in the normative and practical aspects of the CSS through pandemics, will be discussed in three parts throughout the paper. The first part will discuss the concept of Grotian Moment in the era of pandemics. The second will draw attention to the cost of pandemics and the need for change. Lastly, the third part will discuss how pandemics have become a new Grotian Moment during the last two decades.

1 Richard Falk, 'Some Thoughts on the Decline of International Law and Future Prospects' (1981) 9 Hofstra Law Review 399, 407–409.

2 Milena Sterio, 'A Grotian Moment: Changes in the Legal Theory of Statehood' (2011) 39 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 209, 211.

3 Boutros Boutros-Ghali, 'A Grotian Moment' (1995) 18 Fordham International Law Journal 1609, 1609.

4 Milena Sterio, 'Humanitarian Intervention Post-Syria: A Grotian Moment' (2014) 20 ILSA Journal of International and Comparative Law 343, 344.

5 *ibid.*

6 UN, 'UN Mission for Ebola Emergency Response (UNMEER)' (*Global Ebola Response*) <<https://ebolaresponse.un.org/un-mission-ebola-emergency-response-unmeer>> accessed 13 January 2022.

I. Grotian Moment in the Era of Pandemics

Dutch thinker Hugo Grotius, who contributed to the formation of the classical period of international law, is known as the “*father of international law*”.⁷ The concept of Grotian Moment that is identified with Grotius’s name describes the milestones of international law. There are also alternative terms like Constitutional Moment and International Constitutional Moment to express what Grotian Moment proposes to tell. For international law, however, Grotian Moment is more appropriate since the others mainly point out changes related to American constitutional law rather than international law.⁸

In 1985, the notion of the Grotian Moment was first coined by Richard Falk, who employed the term to articulate the ineffectiveness of the existing world order in solving global problems and the emergence of a new era in international law accordingly.⁹ The concept grew into a popular conceptualisation among legal scholars in the following periods. The end of the Cold War constituted initial examples of academic works that utilised the term for defining significant changes in international law. In 1993, Samuel Murumba expressed that a Grotian Moment meant an introduction of a new era in international law.¹⁰ Guiding international law through human rights was a new Grotian Moment, Murumba added.¹¹ In 1995, the UN Secretary-General Ghali described the post-cold war era as a new Grotian Moment.¹² Ghali drew attention to the fact that ethnic conflicts suppressed during the bipolar Cold War period began to have a place in the aftermath of the Cold War in terms of posing a threat to IPaS.¹³

Breathtakingly, the interest in the concept has increased in the 21st century. The 9/11 attacks and the US-led invasion of Iraq kindled the discussion on the Grotian Moment in the literature of international law.¹⁴ Michael Scharf has held an important place among the names engaging the phenomenon over the last decade.¹⁵ According to Scharf, Grotian Moment amounts to “*a paradigm-shifting developments in which*

7 Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace* (Archibald Colin Campbell tr, Batoche Books 2001); Hugo Grotius, *The Free Sea* (David Armitage ed, Richard Hakluyt tr, Liberty Fund 2004).

8 Bruce A Ackerman, *Reconstructing American Law* (Harvard University Press 1984); Mark Tushnet, ‘Living in A Constitutional Moment?: Lopez and Constitutional Theory’ (1996) 46 Case Western Reserve Law Review 845; Anne-Marie Slaughter and William W. Burke-White, ‘An International Constitutional Moment’ (2002) 43 Harvard International Law Journal 1; Leila Nadya Sadat, ‘Extraordinary Rendition, Torture, and Other Nightmares from the War on Terror’ (2007) 75 George Washington Law Review 1200.

9 Richard Falk, *International Law: A Contemporary Perspective* (Richard Falk, Friedrich Kratochwill, and Saul H Mendlovitz eds, Westview Press 1985) 10.

10 Samuel K Murumba, ‘Grappling with A Grotian Moment: Sovereignty and the Quest for a Normative World Order’ (1993) 19 Brook. J. Int’l L. 829, 832.

11 *ibid* 831.

12 Boutros Boutros-Ghali (n 3) 1609.

13 *ibid* 1610.

14 Ibrahim J Gassama, ‘International Law at a Grotian Moment: The Invasion of Iraq in Context’ (2004) 18 Emory Int’l L. Rev. 1, 31.

15 See the first monography on the concept Michael P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change Recognizing Grotian Moments* (Cambridge University Press 2013).

*new rules and doctrines of customary international law emerge with unusual rapidity and acceptance.*¹⁶ Scharf has evaluated current developments like the practice of humanitarian interventions by exercising his own test of Grotian Moment.¹⁷ Milena Sterio also employed the phenomenon in her works in the same vein as Scharf. She, who exercises Scharf's theory, argues that humanitarian interventions in Syria,¹⁸ and changes in the legal theory of statehood¹⁹ are both paradigm-shifting developments that constitute a Grotian Moment.

Overall, the concept is seemingly employed to express the changes in a different context in international law. Some developments such as the establishment of the Westphalia System and the UN system that the concept represents do not cause controversy. These developments as Grotian Moment are the results of serious international crises. Whether such major crises (i.e., third world war) will occur is not something that can be known, at least for now. Therefore, events causing partial changes can also be called Grotian Moment. The establishment of the International Criminal Court (ICC) that imposes international criminal responsibility on individuals, the development of air and space law with the moon landing and, some similar progress can be called new Grotian Moments. Furthermore, the events that cause the unwritten rules of international law to take shape can also be called Grotian Moment, as pointed out by Scharf and Sterio.²⁰

Agreeably, the Grotian Moment is a sign of a great change stemming from a need. The main reason behind this need, and naturally the change, is the ineffectiveness of the current international law system at the time in question. Departing from this point, it can be said that international law is insufficient to eliminate international health crises, particularly pandemics today. The need deriving from this inadequacy will result in a new Grotian Moment in the end. Even though this inadequacy had been voiced especially during the 1990s in terms of human security,²¹ the starting point for the change became possible when the UN Security Council adopted its first pandemic resolution (Resolution 1308 on HIV/AIDS) in 2000. However, this is a process which has not been ended yet. Put differently, we are still living in a Grotian Moment. The Council's pandemic resolutions generate the normative basis for a new Grotian Moment. The activities of UN peace missions in the field constitute the other part of this unfinished Grotian Moment. In this paper, the Security Council's corpus on

16 Michael P. Scharf, 'Seizing the Grotian Moment: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change' (2010) 43 Cornell International Law Journal 440, 440.

17 Michael P. Scharf, 'Striking a Grotian Moment: How the Syria Airstrikes Changed International Law Relating to Humanitarian Intervention' (2019) 19 Chicago Journal of International Law 586.

18 Milena Sterio, 'Humanitarian Intervention Post-Syria: A Grotian Moment' (n 4).

19 Milena Sterio, 'A Grotian Moment: Changes in the Legal Theory of Statehood' (n 2).

20 Michael P. Scharf, 'Seizing the Grotian Moment: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change' (n 16); Milena Sterio, 'Humanitarian Intervention Post-Syria: A Grotian Moment' (n 4).

21 UNDP, 'Human Development Report 1994: New Dimensions of Human Security' (1994) <<http://www.hdr.undp.org/en/content/human-development-report-1994>> accessed 6 December 2021.

pandemics and the adaptation of UN peacekeeping to pandemics including the potential to build a *sui generis* health mission will be expressed as a new Grotian Moment.

II. The Cost of Pandemics and the Need for A Change

The world is facing severe biological threats in this century. The majority of these threats stem from worldwide infectious diseases called pandemics.²² In fact, pandemics posed threats to humanity in previous centuries as well. However, the diversification and increase of the reasons accelerating the spread of pandemics naturally cause them to become much more dangerous for all in this century. Epidemiologists, who study the distribution and control of diseases, suggest that global trade, travel, and the mobilisation of military troops,²³ accelerate the transmission of viruses due to developments in related fields. This serious cycle has frequently been recurring in the last few decades. The ones from the previous century, like HIV/AIDS and Ebola, as well as novel ones such as Sars-CoV, Mers-CoV, Zika and Swine Flu, have threatened human health in the last twenty years.²⁴ The said pandemics have all been severe health crises, only three of which namely HIV/AIDS, Ebola, and Covid-19 have been tackled by the Security Council in terms of IPaS threats. Therefore, we will concentrate on the Council's resolutions and peacekeeping activities combating the three pandemics.

The pandemics undoubtedly affect every single person, state, sector, etc. Yet, people, essentially, have taken their share of the three pandemics. HIV/AIDS has been the most fatal instance with forty million death tools over the last forty years.²⁵ It does not only cause deaths or acute physical deficiencies but also reduces people's mental realisations. Likewise, the current example, Covid-19, follows HIV/AIDS in terms of deaths it has caused. According to WHO's figures, as of August 2022, there are nearly six hundred million cases and about six and a half million deaths around the world.²⁶ Lastly, Ebola has killed fifteen thousand people since 1976.²⁷ Even though Ebola has caused comparatively fewer deaths, it is scientifically the most severe pandemic type that has a very high fatality rate of 50%.²⁸

22 Diseases are called by different names according to the region they affect. Pandemics means an outbreak of a disease that affects the whole globe. For similar terms, see Dara Grennan, 'What Is a Pandemic?' (2019) 321 JAMA: The Journal of the American Medical Association 910, 910.

23 Jocelyne Piret and Guy Boivin, 'Pandemics Throughout History' (2021) 11 Frontiers in Microbiology 1, 2–8.

24 For detailed information on pandemics, see Robert David Siegel, 'Classification of Human Viruses' (2018) Principles and Practice of Pediatric Infectious Diseases 1044, 1044–1046.

25 UNAIDS, 'Global HIV & AIDS Statistics' (2020) <<https://www.unaids.org/en/resources/fact-sheet>> accessed 1 September 2021.

26 WHO, 'WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard' (30 August 2021) <<https://covid19.who.int>> accessed 01 September 2022.

27 WHO, 'Ebola Virus Disease' (23 February 2021) <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ebola-virus-disease>> accessed 1 September 2021.

28 Ibid

Moreover, the pandemics have exacerbated the situation all over the world. Most importantly, Covid-19 has been by far the most effective one during the last two and half years. The United Nations Development Program (UNDP) warns that Covid-19 is more than a health crisis since it worsens societies, economies, etc.²⁹ For example, the economy is one of the areas affected by Covid-19. Lockdowns implemented by governments made economic facilities unable to function their economic circulations and naturally led to economic recession.³⁰ This has reduced the tax revenue of states accordingly.³¹ Depending on the lockdowns, the states lost their incomes and had to make additional precautionary expenditures. Allocating special funds for vaccination and subsidizing those who cannot meet their basic needs have imposed extra burdens on states.³² Furthermore, HIV/AIDS and Ebola have had deteriorating effects so far. HIV/AIDS, for instance, has caused a stigma in society. Those who are infected by HIV are facing segregation which consequently leads to systematic human rights violations.³³ The same is, unfortunately, true for Ebola,³⁴ which has negatively impacted weak government structures and their industries.

Furthermore, the pandemics have undoubtedly exacerbated relationships among states, and international organisations. For example, Covid-19 has regenerated an old-fashioned discussion related to the sovereignty of states. The US and China, two significant powers of today's world, fell into a dispute as to the emergence and spread of the virus. The US's accusation of China being negligent in the creation and the spread of the virus resulted in a legal investigation against China before American courts based on the Justice Against Sponsors of Terrorism Act (JASTA) in 2016, which may lead to a violation of *state immunity*, one of the main principles of international law.³⁵ This dispute prevented WHO from being mentioned in the Security Council's binding resolution that unfortunately has interrupted a fight against Covid-19.³⁶

29 UNDP, 'Covid-19: Socio-Economic Impact' <<https://www.undp.org/coronavirus/socio-economic-impact-covid-19>> accessed 10 December 2021.

30 OECD, 'The Territorial Impact of COVID-19: Managing the Crisis across Levels of Government' (2020) OECD 2 <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128287-5agkkoojaa&title=The-territorial-impact-of-covid-19-managing-the-crisis-across-levels-of-government> accessed 11 January 2022.

31 *ibid.*

32 *ibid.*

33 Peter Aggleton, Kate Wood, and Anne Malcolm, 'HIV - Related Stigma, Discrimination and Human Rights Violations' (UNAIDS 2005) <https://data.unaids.org/publications/irc-pub06/jc999-humrightsviol_en.pdf> accessed 15 February 2022.

34 Allison Aiello, 'Ebola as an Instrument of Discrimination' (*Culture of Health Blog*, 21 November 2014) <https://www.rwjf.org/en/blog/2014/11/ebola_as_an_instrume.html> accessed 18 February 2022.

35 Department of Justice, 'Harvard University Professor and Two Chinese Nationals Charged in Three Separate China Related Cases' (28 January 2020) <<https://www.justice.gov/opa/pr/harvard-university-professor-and-two-chinese-nationals-charged-three-separate-china-related>> accessed 12 January 2022; Angela Huyue Zhang, 'Coronavirus-Related US Lawsuits against China Risk a Further Worsening of Relations, and Could Backfire' (*South China Morning Post*, 11 May 2020) <<https://www.scmp.com/comment/opinion/article/3083504/coronavirus-related-us-lawsuits-against-china-risk-further>> accessed 12 January 2022.

36 UNSC Res 2532 (1 July 2020) UN Doc S/RES 2532. Unarguably, WHO, the responsible agency of the UN for championing health, is a significant actor that determines whether a health crisis becomes a PHEIC. Once it declares a health crisis a PHEIC situation, it obtains information about cases in member countries and coordinates pandemic responses via country teams.

Similarly, HIV/AIDS pandemic worsens relations among states, particularly during UN peacekeeping interventions. Failure to respond to haemorrhagic accidents and injuries in missions due to HIV concerns may cause tensions between host states and troop-contributing countries (TCCs). Even though it was not a classical UN peacekeeping, such a situation was witnessed in a mission carried out by ECOMOG (Economic Community of West African States Monitoring Group) in West Africa. Sierra Leone, the host country, blamed Nigerian peacekeepers on the ground for bringing HIV to their country. In response to this, Nigeria argued that its peacekeepers were not HIV infected before their deployment.³⁷ Although not all of them can be mentioned due to the limitations of the study, examples of the negative effects of pandemics in different areas can be multiplied.

III. The UN Security Council, The CSS, and the Birth of a New Grotian Moment

With the catalytic role of Covid-19, the pandemics cumulatively play a greater role in reshaping the CSS. The Security Council's approach regarding pandemics for the last two decades has begun to extend the scope of the IPaS threat category. Yet, before moving into detail about how the Council has extended the IPaS threat category, it would be useful to briefly discuss how the CSS works.

A. The Essence of the CSS

The CSS, established by the UN, has an extensive historical background. However, in essence, this system is intended to preserve IPaS. In other words, the asset protected through this CSS is the maintenance of IPaS. Technically, the UN sets a formula for its CSS in the UN Charter. To this end, the Security Council, as a special organ, shoulders the primary responsibility under Chapter V of the Charter. The rules and procedures the Council follows are specified under Chapter VII. In this context, Article 39 is the critical enabler of the CSS that consists of three parameters, namely "threat to peace", "breach of peace" and "act of aggression". Once the Council determines a particular event as a "threat to peace", which the Council has mostly employed since its establishment,³⁸ "breach of peace" or "act of aggression" under Article 39, then it applies enforcement actions expressed under Article 41 and Article 42.

On the other hand, the Charter does not set any threshold for determining the said three situations. The Council has discretion in making such determinations as it is the

37 Duane Bratt, 'Blue Condoms: The Use of International Peacekeepers in the Fight against AIDS' (2002) 9 *International Peacekeeping* 67, 75.

38 Malcolm N. Shaw, *International Law* (8th edn, Cambridge University Press) 948.

political organ of the UN.³⁹ In practice, the Council interprets this grey zone of Art 39,⁴⁰ which causes the adoption of resolutions that may not be linguistically compatible with each other because each time the sponsor(s) of the resolutions vary, and the UN has no procedure in determining the use of words. In terms of enforcement, the Council calls the member states and then authorises them or international organisations pursuant to Chapter VIII because it has no military forces unless otherwise planned under Article 43.

Conventionally, the Council has considered state-related situations, including inter-state and intra-state situations in making determinations under Article 39. That the UN was a product of World War II (WWII) and the great majority of provisions in the UN Charter regulate state relations are the reasons why the Council has mainly handled such situations. Wars, invasions, and armed attacks are examples of inter-state situations, while civil wars, which damage the interests of states and harm people and societies, constitute intra-state situations. The Arab-Israel Conflicts,⁴¹ the Korean War,⁴² the Falkland Islands conflicts,⁴³ the Gulf Wars,⁴⁴ hostile acts of South Africa⁴⁵ and South Rhodesia⁴⁶ towards their neighbouring countries are the cases of inter-state situations about which the Council has introduced resolutions. On the other hand, the Angolan Civil War,⁴⁷ conflicts in the Former Yugoslavia,⁴⁸ conflicts in the Caucasus⁴⁹ and lastly, the civil war in Syria⁵⁰ constitute samples of intra-state threat situations determined as such by the Council. The involvement of non-state actors, particularly terrorist groups, as in the case of the Syrian Civil War in the equation may take threats to another dimension.

The end of the Cold War caused essential changes in the *modus operandi* of the Council. The main reason was the change in the balance of power in international politics. International terrorism and weapons of mass destruction, the non-traditional threat categories, have attracted the attention of the Council. The Council made threat determination as to international terrorism in the case of the Lockerbie disaster in 1988,⁵¹ and the 9/11 attacks in 2001⁵² under Article 39, and employed enforcement

39 Nicholas Tsagourias and Nigel D. White, *Collective Security: Theory, Law and Practice* (Cambridge University Press 2013) 28.

40 Karel Wellens, 'The UN Security Council and New Threats to the Peace: Back to the Future' (2003) 8 *Journal of Conflict & Security Law* 15, 17.

41 UNSC Res 54 (15 July 1948) UN Doc S/RES 54.

42 UNSC Res 82 (25 June 1950) UN Doc S/RES 82; UNSC Res 83 (27 June 1950) UN Doc S/RES 83.

43 UNSC Res 502 (3 April 1982) UN Doc S/RES 502.

44 UNSC Res 598 (20 July 1987) UN Doc S/RES 598; UNSC Res 674 (29 October 1990) UN Doc S/RES 674.

45 UNSC Res 393 (30 July 1976) UN Doc S/RES 393.

46 UNSC Res 424 (17 March 1978) UN Doc S/RES 424.

47 UNSC Res 864 (15 September 1993) UN Doc S/RES 864.

48 UNSC Res 713 (25 September 1991) UN Doc S/RES 713.

49 UNSC Res 858 (24 August 1993) UN Doc S/RES 858.

50 UNSC Res 2165 (14 July 2014) UN Doc S/RES 2165.

51 UNSC Res 731 (21 January 1992) UN Doc S/RES 731.

52 UNSC Res 1368 (12 September 2001) UN Doc S/RES 1368; UNSC Res 1373 (28 September 2001) UN Doc S/RES 1373.

actions accordingly. Usage of weapons of mass destruction in Kuwait by Iraq and currently in Syria by the Assad regime were accepted as threats by the Council too.⁵³

B. Recognising Pandemics as Non-Traditional IPaS Threats

Recognition of the non-traditional threats by the Council shows the Council's willingness to discuss further issues. Some positive developments during the early 1990s encouraged the Council in this direction. To this end, the Council gathered its first summit, entitled *Responsibility of the Security Council in the Maintenance of International Peace and Security*.⁵⁴ It was acknowledged in the summit that the absence of wars itself does not constitute a sole threat category; importantly, non-traditional threats stemming from socio-economic, ecologic, and humanitarian issues now pose formidable challenges to IPaS.⁵⁵ In 1992, Secretary-General Ghali addressed new problems like disease, poverty, famine, and forced migration as new types of threats in his famous report titled *An Agenda for Peace*.⁵⁶ In 1994, the UNDP published the *Human Development Report* which raised the matter of health security.⁵⁷ The report mainly gave place to the threat HIV/AIDS poses for humanity.⁵⁸ Shortly after, the Economic and Social Council (ECOSOC) took HIV/AIDS one step further by establishing the *Joint United Nations Programme on HIV/AIDS* (UNAIDS) which proposes ending the pandemic by means of incorporating people with HIV in the decision-making process.⁵⁹

The year 2000 was the year when the first fruits of the efforts of the last decade were felt. The Council addressed a new situation that poses a threat to IPaS. On July 17, 2000, the Security Council discussed the impact of HIV/AIDS in the 4172nd meeting and adopted Resolution 1308 as the first resolution in its history which recognised a disease as a threat to IPaS.⁶⁰ It was *stressed* in the resolution that the “*HIV/AIDS pandemic, if unchecked, may pose a risk to stability and security*”. Even though the language explicitly mentions neither “threat” nor “international peace and security”, it is a threat determination under Article 39, which authorises the Council to invoke its unique power to end the threat in question. Passing this resolution was not an unexpected development at all. Richard Holbrooke, who was the US Ambassador to the UN at the time, played a key role in persuading Secretary-General Kofi Annan

53 UNSC Res 2118 (27 September 2013) UN Doc S/RES 2118.

54 ‘United Nations: Security Council Summit Statement Concerning the Council’s Responsibility in the Maintenance of International Peace and Security’ (1992) 31 International Legal Materials 758.

55 *ibid* 761.

56 Boutros Boutros-Ghali, ‘An Agenda for Peace Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-Keeping’ (1992) A/47/277-S/24111 13,22,26 <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A_47_277.pdf> accessed 6 December 2021.

57 UNDP (n 21).

58 *ibid* 28.

59 UNAIDS, ‘About’ <<https://www.unaids.org/en/whoweare/about>> accessed 7 December 2021.

60 UNSC Res 1308 (17 July 2000) UN Doc S/RES 1308

to make the call for the Council to add HIV/AIDS to the Council's agenda.⁶¹ The delegates taking part in the meeting all agreed on the fact that HIV/AIDS negatively impacted IPaS.⁶²

The adoption of Resolution 1308 was a significant event in terms of changing the threat perception of the Council. The Council's attention towards the disease has commenced a new process while HIV/AIDS has been the concern of international society since the 1980s. In this process, pandemics through HIV/AIDS have started to be a new non-traditional threat category same as international terrorism and weapons of mass destruction. In 2011, the Council passed another specific HIV/AIDS resolution, Resolution 1983. This second resolution, which recognised HIV's effects on development, stability and progress, and underlines the role of other UN mechanisms, shows that the Council (will) follow the path set in 2000.⁶³

Apart from HIV/AIDS, another pandemic that the Council focuses on is Ebola, which has been becoming a severe health crisis with high mortality, particularly in Africa, since 1976.⁶⁴ Upon the spread of the virus in 2014, the Council issued Resolution 2177 in an emergency meeting.⁶⁵ This was the third of its kind following two resolutions adopted for HIV/AIDS. However, one thing made this resolution different from its predecessors: The Council explicitly determined that the "*unprecedented extent of the Ebola outbreak in Africa constitutes a threat to international peace and security*". This determination is precise enough in a way that leaves no room for discussion for the activation of the Council's powers. It is because the Council's practices suggest that such a clear determination leads to a launch of concrete action like establishing a peace mission in the field where pandemics occur but cannot be prevented. However, the Council has not initiated any mission so far though it has issued some mandates for the missions already in the field to eliminate the effects of pandemics, as will be discussed below. Despite the Council's silence, the Secretary-General launched a health mission, namely UNMEER, as the first-ever UN emergency health mission that operated between 2014 and 2015.⁶⁶

In 2017, the Democratic Republic of Congo (DRC) announced that Ebola reappeared in the Country and reported the cases to WHO.⁶⁷ In 2018, the Council passed Resolution 2439, the second Ebola resolution, because of the severity of the situation.⁶⁸ Just as in

61 Colin McInnes and Simon Rushton, 'HIV, AIDS and Security: Where Are We Now?' (2010) 86 *International Affairs* 225, 227–228.

62 UNSC '4172nd Meeting Record' (17 July 2000) UN Doc S/PV.4172.

63 UNSC Res 1983 (7 June 2011) UN Doc S/RES 1983.

64 WHO, 'Ebola Virus Disease' (n 27).

65 UNSC Res 2177 (18 September 2014) UN Doc S/RES 2177.

66 UN, 'UN Mission for Ebola Emergency Response (UNMEER)' (n 6).

67 WHO, 'Overview' (*Ebola*, 2017) <<https://www.who.int/emergencies/situations/ebola-outbreak-2017---drc>> accessed 13 January 2022.

68 UNSC Res 2439 (30 October 2018) UN Doc S/RES 2439.

Resolution 1983, the second resolution for HIV/AIDS, the Council did not make any threat determination in Resolution 2439, nor did it establish a mission for the current outbreak. Instead, it refers to the role of MONUSCO, the existing UN peace mission in Congo, in controlling Ebola in the region.⁶⁹

Lastly, Covid-19 has confirmed the fact that pandemics constitute a unique non-traditional threat category to IPaS. The UN, with its principal organs, funds, and specialist agencies, has tried to seek a way to eliminate the virus and its detrimental effects. The first organ that drew attention to the pandemic was the Secretary-General. Following the WHO's declaration of Covid-19 as a pandemic,⁷⁰ Secretary-General Antonio Guterres called for a "global ceasefire" for the ongoing conflicts taking place in various parts of the world.⁷¹ Based on the UN Charter's authorisation, Guterres brought the issue to the agenda of the Security Council. He spoke at the Security Council meeting on July 2, 2020,⁷² and tried to mobilise the Council's members in combating the pandemic. Publishing a report titled "*Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to the Socio-Economic Impacts of Covid-19*", which aims to prevent the transmission of the virus; protecting people's lives and livelihoods by sustainable solutions;⁷³ and setting up a recovery fund in this regard was another initiative of the Secretary-General.⁷⁴ Concurrently, the General Assembly adopted many resolutions regarding Covid-19. Some directly addressed Covid-19 whereas the majority pointed to the harmful effects of the pandemic on the General Assembly's agenda items. The ones that directly emphasise Covid-19 have multiple purposes: enhancing global solidarity,⁷⁵ building international cooperation to ensure global access to vaccines and other medical equipment,⁷⁶ and protecting vulnerable groups such as women and girls during the pandemic.⁷⁷

The eyes of the international community have turned to the Security Council since the outbreak of Covid-19. The Council's pace of acting against Covid-19, which received a lot of criticism, was relatively slow compared to the pandemic's spread.

69 *ibid.*

70 WHO, 'Listings of WHO's Response to COVID-19' (29 June 2020) <<https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline>> accessed 13 January 2022.

71 Daniel Dickinson, 'COVID-19: UN Chief Calls for Global Ceasefire to Focus on "the True Fight of Our Lives"' (*UN News*, 23 March 2020) <<https://news.un.org/en/story/2020/03/1059972>> accessed 13 January 2022.

72 Antonio Guterres, 'Profoundly Affecting Peace across the Globe', Says Secretary-General, in Address to Security Council' (*UN*, 2 July 2020) <<https://www.un.org/press/en/2020/sc14241.doc.htm>> accessed 13 January 2022.

73 'Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to The Socio-Economic Impacts of Covid-19' (UN 2020) Official <<https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-03/SG-Report-Socio-Economic-Impact-of-Covid19.pdf>> accessed 13 January 2022.

74 'The Secretary-General's UN COVID-19 Response and Recovery Fund' (UN 2020) Official <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2021-01/COVID19-Response-Recovery-Fund-Documents_2.pdf> accessed 13 January 2022.

75 UNGA Res 74/270 (2 April 2020) UN Doc A/RES/74/270; UNGA Res 74/307 (11 September 2020) UN Doc A/RES/74/307.

76 UNGA Res 74/274 (20 April 2020) UN Doc A/RES/74/274.

77 UNGA Res 75/156 (16 December 2020) UN Doc A/RES/75/156; UNGA Res 75/157 (16 December 2020) UN Doc A/RES/75/157.

France and Tunisia proposed a draft resolution for the cessation of hostilities during the pandemic, yet the draft was suspended for a long time due to the debate between the USA and China over the role of WHO.⁷⁸ The US claimed that WHO was not effective in combating the pandemic and cut financial support to the agency. On the other hand, China supported WHO. This opposition prevented the adoption of a resolution. After long discussions in the Council, the Security Council introduced Resolution 2532, which does not contain any statements about WHO on July 1, 2020.⁷⁹ This unanimously adopted resolution called for a 90-day global ceasefire.⁸⁰ This call, however, excluded military operations launched to combat terrorist groups including ISIS and Al-Qaeda.⁸¹ Understandably, the Council, by this resolution, tried to strike a balance between human health and conflict prevention. That is why it excluded missions' fight against terrorist groups from the ceasefire. Importantly, Resolution 2532 considered "*unprecedented extent of the COVID-19 pandemic is likely to endanger the maintenance of international peace and security*". We know that this is a threat determination under Article 39. The vagueness in this statement reminds us of the reason why the Council did not employ a clearer language.

On February 18, 2021, another draft resolution was introduced and passed on February 26, 2021.⁸² Compared to the first Covid-19 resolution, what accelerated the adoption of Resolution 2565 was Guterres's call for vaccination on February 17, 2021.⁸³ Like Resolution 2532, this was also adopted under the heading of "international peace and security". Similarly, the same indirect threat determination was made in this resolution too. Yet, unlike the previous one, Resolution 2565, which reiterated the need for cooperation against the pandemic and a call for the cessation of hostilities with the same exceptions,⁸⁴ emphasised that WHO has a crucial role in contending the pandemic, particularly in the supply and coordination of vaccines.⁸⁵

Overall, the Security Council has passed six resolutions as responses to HIV/AIDS, Ebola, and Covid-19 since 2000. The Council recognised HIV/AIDS as a threat to peace for the first time in Resolution 1308 though it employed indirect referrals in the resolution. However, the Council preferred a much more familiar usage in addressing Ebola as a threat to peace in Resolution 2177. It was also noticed that the second resolutions of each of the two pandemics namely, Resolution 1983

78 UNSC, Draft Resolution 607 2020.

79 UNSC Resolution 2532 (n 36).

80 *ibid* 2.

81 *ibid* 3.

82 UNSC Res 2565 (26 February 2021) UN Doc S/RES/2565.

83 António Guterres, 'Remarks to the Security Council Open Meeting on Ensuring Equitable Access to COVID-19 Vaccines in Contexts Affected by Conflict and Insecurity' (*UN Secretary-General*, 17 February 2021) <<https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2021-02-17/ensuring-equitable-access-covid-19-vaccines-contexts-affected-conflict-and-insecurity-remarks-security-council>>.

84 UNSC Resolution 2565 (n 82) 2,3,5.

85 *ibid*.

and Resolution 2439, did not even make any threat determination in the context of Article 39. However, we know that it is adequate for the Council to make a threat determination only once. The Council is then able to invoke its enforcement actions. Unlike its predecessors, both resolutions adopted for Covid-19 made the same reference to the issue of posing a threat to IPaS, which helps in strengthening UN missions in the field to combat pandemics and gives momentum to the idea of establishing a special health mission.

C. Developing Peacekeeping Practices Against Pandemic Threats

The inadequacy of the CSS during pandemics forced the Security Council to pass *sui generis* resolutions recognising pandemics as threats to IPaS. This has made it possible for a new Grotian Moment to be commenced. In other words, recognition of pandemics as threats to IPaS constituted the first stage of the emergence of a Grotian Moment. Completion of this process, however, requires the Council to act decisively in the field as well as at the table. UN peace missions operating in the field for about the last three quarters are prominent tools of implementation, which have been working towards the maintenance of IPaS.⁸⁶ Updating and revising peace missions -and establishing a new one when conditions are suitable- is the second phase for generating a new Grotian Moment.

UN peacekeeping is a tool for implementation working towards the elimination of threats in conflict zones pursuant to the Council's mandates.⁸⁷ UN peacekeeping was not envisaged in the UN Charter by the founders of the organisation. Rather, it has been developed through time and reshaped when necessary by the Council and also the Secretary-General, who assesses the need in the field, reports to the Council, and conceptualises the type of missions by means of relevant doctrines and guidelines.⁸⁸ Since 1948, there have been seventy peacekeeping missions, twelve of which are still ongoing in the field.⁸⁹ The missions have mainly realised tasks regarding protecting civilians, preventing conflicts, building rule of law and security institutions, promoting human rights, empowering women, and delivering field support.⁹⁰

UN peacekeeping missions started to make a considerable effort to eliminate pandemic threats immediately after the first pandemic resolution, and in this context, they expanded the scope when each mandate arrived. So far, mandates have been

86 UN, 'Our History' (*UN Peacekeeping*) <<https://peacekeeping.un.org/en/our-history>> accessed 7 August 2022.

87 UN, 'What Is Peacekeeping' (*United Nations Peacekeeping*) <<https://peacekeeping.un.org/en/what-is-peacekeeping>> accessed 7 August 2022.

88 see UNSG, 'United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines' (2008) <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/united-nations-peacekeeping-operations-principles-and-guidelines-the-capstone-doctrine/>> accessed 9 August 2022.

89 UN, 'Our History' (n 86).

90 UN, 'What We Do' <<https://peacekeeping.un.org/en/what-we-do>> accessed 2 September 2022.

issued for the three pandemics, and precautions have been taken accordingly. For HIV/AIDS, it was required by Resolution 1308 and 1983 to set up new HIV units, develop regular training, and circulate information cards containing brief information regarding the pandemic among peacekeeping staff.⁹¹ UNAMSIL, UNMIL, and MINUSTAH were the main actors in anti-HIV activities in the field.⁹² In the Ebola case, the Council learning lessons from the HIV experience concentrated not only on the protection of mission staff but also on the local population. Resolution 2177 in the first outbreak and Resolution 2439 in the second one offered a broader approach to help the advancement of national health systems, providing necessary medical equipment, and realising public awareness campaigns. MONUSCO, UNMIL, and UNMISS tried to conduct such activities within the bounds of possibility.⁹³ In addition to the Council mandates, the Secretary-General initiated UNMEER as Ebola became a very serious multidimensional threat during the 2014-2015 period.⁹⁴ In this last instance, it has been very difficult for the missions to combat the Covid-19 pandemic. Resolution 2532, which was hardly passed due to the disagreement between the US and China as explained above, entitled missions like MONUSCO, UNAMID, MINUSMA, and UNMISS to carry out anti-pandemic activities such as the delivery of medical services in the field hospitals and public awareness along with their military activities against terrorist groups.⁹⁵ Resolution 2565, the last resolution for Covid-19, on the other hand, focused on the distribution of Covid-19 vaccines in conflict and post-conflict areas. This task requires due care and cannot be like the distribution of condoms in the HIV case. It requires sustaining temperature requirements for vaccines, which were produced by different providers with unique procedures, and therefore necessitates the collaboration of professional partners.⁹⁶ The UN, during the vaccine distribution, was aware of the fact that the protection of mission staff is a pre-condition for the protection of locals where the missions operate.⁹⁷ Based on these premises, Covid-19 vaccines, of which the first batch was distributed to MINUSCA in Central Africa, started to be distributed in April 2021.⁹⁸

91 Sara E Davies and Simon Rushton, *Healing Or Harming?: United Nations Peacekeeping and Health* (International Peace Institute New York 2015) 9–10; Paolo Tripodi and Preeti Patel, 'HIV/AIDS, Peacekeeping and Conflict Crises in Africa' (2004) 20 *Medicine, Conflict and Survival* 195, 202.

92 Roxanne Bazergan and Philippa Easterbrook, 'HIV and UN Peacekeeping Operations' (2003) 17 *Aids* 278, 1; Global Peace Operations Review, 'Timor-Leste' (2014) <https://peaceoperationsreview.org/wp-content/uploads/2014/10/2008_timor_leste_mission_reviews.pdf> accessed 15 August 2022.

93 Sara E Davies and Simon Rushton, 'Public Health Emergencies: A New Peacekeeping Mission? Insights from UNMIL's Role in the Liberia Ebola Outbreak' (2016) 37 *Third World Quarterly* 419, 419–420.

94 UN, 'UN Mission for Ebola Emergency Response (UNMEER)' (n 6).

95 El Mostafa Rezrazi, 'Peacekeeping Missions in the Time of Coronavirus: New Configurations and New Challenges' (2020) Policy Center for the New South 1, 5.

96 DSV, 'A Life-Saving Operation for the UN' <<https://edit.www.dsv.com/en-in/insights/case-studies/un/>> accessed 1 September 2022.

97 UN, 'Arrival of Covid-19 Vaccines for UN Personnel in the Central African Republic' (15 April 2021) <<https://peacekeeping.un.org/en/arrival-of-covid-19-vaccines-un-personnel-central-african-republic>> accessed 2 September 2022.

98 *ibid.*

Apparently, the devoted works of the UN missions in the field to the extent permitted by the Council's mandates in the fight against pandemics show how the missions are evolving into health providers. This indisputably contributes to broadening the multidimensional structure of the missions. However, limited mandates in terms of pandemic response sometimes put these missions in a difficult position because the current type of UN missions still mainly consists of staff other than health professionals, or those familiar with healthcare interventions. Therefore, a limited number of healthcare professionals in the current missions remain incapable of facing pandemics. Available medical staff in the field hospital, which was transformed into a referral point in South Sudan during Covid-19, had rotation problems due to the travel bans, and have therefore been mentally exhausted.⁹⁹ This is one of the examples of the current type of UN mission hardships against pandemics. It is therefore significant and necessary to speed up the adaptation of UN missions to pandemic response or establish a health mission.

Concluding Remarks

Pandemics, such as Covid-19, have confirmed the fact that the international community has entered into a new Grotian Moment. This is the shortest answer to the question asked at the outset of this article. No one denies that the establishment of the UN was the clearest example of a Grotian Moment in this modern age. However, expecting such a change in the institutional apparatus of international law in the UN system is an old-fashion discourse, as well as a waste of time. Instead, the updates to the existing system are and should be welcomed as Grotian Moments. Pandemics have been causing a new Grotian Moment for the last twenty years. The reasons why pandemics have created a Grotian Moment within these two decades are the change in the Council's perception of threats, change in the modus operandi of the existing practical tools, namely UN peacekeeping, and the concretisation of the possibility of developing new missions in this regard.

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.

⁹⁹ Yongxue Zhang, D Xiang and N Alejok, 'Coping with COVID-19 in United Nations Peacekeeping Field Hospitals: Increased Workload and Mental Stress for Military Healthcare Providers' (2021) 167 *BMJ Mil Health* 229, 229.

Bibliography

- Ackerman BA, *Reconstructing American Law* (Harvard University Press 1984)
- Aggleton P, Wood K, and Malcolm A, 'HIV - Related Stigma, Discrimination and Human Rights Violations' (UNAIDS 2005) <https://data.unaids.org/publications/irc-pub06/jc999-humrightsviol_en.pdf> accessed 15 February 2022.
- Aiello A, 'Ebola as an Instrument of Discrimination' (Culture of Health Blog, 21 November 2014) <https://www.rwjf.org/en/blog/2014/11/ebola_as_an_instrume.html> accessed 18 February 2022.
- Bazergan R, Easterbrook P, 'HIV and UN Peacekeeping Operations' (2003) 17 *Aids* 278
- Bratt D, 'Blue Condoms: The Use of International Peacekeepers in the Fight against AIDS' (2002) 9 *International Peacekeeping* 67-88.
- Davies SE, Rushton S, *Healing Or Harming?: United Nations Peacekeeping and Health* (International Peace Institute New York 2015)
- Davies SE, Rushton S, 'Public Health Emergencies: A New Peacekeeping Mission? Insights from UNMIL's Role in the Liberia Ebola Outbreak' (2016) 37 *Third World Quarterly* 419-435.
- Department of Justice, 'Harvard University Professor and Two Chinese Nationals Charged in Three Separate China Related Cases' (28 January 2020) <<https://www.justice.gov/opa/pr/harvard-university-professor-and-two-chinese-nationals-charged-three-separate-china-related>> accessed 12 January 2022
- Dickinson D, 'COVID-19: UN Chief Calls for Global Ceasefire to Focus on "the True Fight of Our Lives"' (*UN News*, 23 March 2020) <<https://news.un.org/en/story/2020/03/1059972>> accessed 13 January 2022
- DSV, 'A Life-Saving Operation for the UN' <<https://edit.www.dsv.com/en-in/insights/case-studies/un>> accessed 1 September 2022.
- Falk R, 'Some Thoughts on the Decline of International Law and Future Prospects' (1981) 9 *Hofstra Law Review* 399-409.
- , *International Law: A Contemporary Perspective* (Richard Falk, Friedrich Kratochwill, and Saul H Mendlovitz eds, Westview Press 1985)
- Gassama IJ, 'International Law at a Grotian Moment: The Invasion of Iraw in Context' (2004) 18 *Emory Int'l L. Rev.* 1-52.
- GAVI, 'What Is COVAX?' <<https://www.gavi.org/covax-facility#what>> accessed 11 December 2021.
- Ghali BB, 'A Grotian Moment' (1995) 18 *Fordham International Law Journal* 1609-1616.
- , 'An Agenda for Peace Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-Keeping' (1992) A/47/277-S/24111 <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A_47_277.pdf> accessed 6 December 2021
- Global Peace Operations Review, 'Timor-Leste' (2014) <https://peaceoperationsreview.org/wp-content/uploads/2014/10/2008_timor_leston_mission_reviews.pdf> accessed 15 August 2022
- Grennan D, 'What Is a Pandemic?' (2019) 321 *JAMA: The Journal of the American Medical Association* 910.
- Grotius H, *On the Law of War and Peace* (Archibald Colin Campbell tr, Batoche Books 2001).
- , *The Free Sea* (David Armitage ed, Richard Hakluyt tr, Liberty Fund 2004).
- Guterres A, 'Profoundly Affecting Peace across the Globe', Says Secretary-General, in Address to Security Council' (*UN*, 2 July 2020) <<https://www.un.org/press/en/2020/sc14241.doc.htm>> accessed 13 January 2022

- , 'Remarks to the Security Council Open Meeting on Ensuring Equitable Access to COVID-19 Vaccines in Contexts Affected by Conflict and Insecurity' (*UN Secretary-General*, 17 February 2021) <<https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2021-02-17/ensuring-equitable-access-covid-19-vaccines-contexts-affected-conflict-and-insecurity-remarks-security-council>>
- Koskenniemi M, 'The Place of Law in Collective Security' (1996) 17 *455-489*.
- McInnes C and Rushton S, 'HIV, AIDS and Security: Where Are We Now?' (2010) 86 *International Affairs* 225-245.
- Murumba SK, 'Grappling with A Grotian Moment: Sovereignty and the Quest for a Normative World Order' (1993) 19 *Brook. J. Int'l L.* 829-869.
- OECD, 'The Territorial Impact of COVID-19: Managing the Crisis across Levels of Government' [2020] OECD <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128287-5agkkojaa&title=The-territorial-impact-of-covid-19-managing-the-crisis-across-levels-of-government> accessed 11 January 2022
- Piret J and Boivin G, 'Pandemics Throughout History' (2021) 11 *Frontiers in Microbiology* 1
- Rezrazi EM, 'Peacekeeping Missions in the Time of Coronavirus: New Configurations and New Challenges' (2020) *Policy Center for the New South*.
- Sadat LN, 'Extraordinary Rendition, Torture, and Other Nightmares from the War on Terror' (2007) 75 *George Washington Law Review* 1200-1248.
- Scharf MP, 'Seizing the Grotian Moment: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change' (2010) 43 *Cornell International Law Journal* 440-469.
- , 'Striking a Grotian Moment: How the Syria Airstrikes Changed International Law Relating to Humanitarian Intervention' (2019) 19 *Chicago Journal of International Law* 586-614.
- , *Customary International Law in Times of Fundamental Change Recognizing Grotian Moments* (Cambridge University Press 2013).
- Shaw MN, *International Law* (8th edn, Cambridge University Press).
- Siegel RD, 'Classification of Human Viruses' [2018] *Principles and Practice of Pediatric Infectious Diseases* 1044-1048.
- Slaughter AM and Burke-White WW, 'An International Constitutional Moment' (2002) 43 *Harvard International Law Journal* 1-21.
- Sterio M, 'A Grotian Moment: Changes in the Legal Theory of Statehood' (2011) 39 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 209-237.
- , 'Humanitarian Intervention Post-Syria: A Grotian Moment' (2014) 20 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 343-356.
- Tripodi P, Patel P, 'HIV/AIDS, Peacekeeping and Conflict Crises in Africa' (2004) 20 *Medicine, Conflict and Survival* 195-208.
- Tsagourias N and White ND, *Collective Security: Theory, Law and Practice* (Cambridge University Press 2016)
- Tushnet M, 'Living in A Constitutional Moment?: Lopez and Constitutional Theory' (1996) 46 *Case Western Reserve Law Review* 845-875.
- UN, 'Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to The Socio-Economic Impacts of Covid-19' (UN 2020) Official <<https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-03/SG-Report-Socio-Economic-Impact-of-Covid19.pdf>> accessed 13 January 2022.

- UN, 'Arrival of Covid-19 Vaccines for UN Personnel in the Central African Republic' (15 April 2021) <<https://peacekeeping.un.org/en/arrival-of-covid-19-vaccines-un-personnel-central-african-republic>> accessed 2 September 2022.
- , 'The Secretary-General's UN COVID-19 Response and Recovery Fund' (UN 2020) Official <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2021-01/COVID19-Response-Recovery-Fund-Document_2.pdf> accessed 13 January 2022.
- , 'UN Mission for Ebola Emergency Response (UNMEER)' (*Global Ebola Response*) <<https://ebolaresponse.un.org/un-mission-ebola-emergency-response-unmeer>> accessed 13 January 2022.
- , 'United Nations: Security Council Summit Statement Concerning the Council's Responsibility in the Maintenance of International Peace and Security' (1992) 31 International Legal Materials 758.
- UNAIDS, 'About' <<https://www.unaids.org/en/whoweare/about>> accessed 7 December 2021
- , 'Global HIV & AIDS Statistics' (2020) <<https://www.unaids.org/en/resources/fact-sheet>> accessed 8 December 2021.
- UNDP, 'Covid-19: Socio-Economic Impact' <<https://www.undp.org/coronavirus/socio-economic-impact-covid-19>> accessed 10 December 2021.
- , 'Human Development Report 1994: New Dimensions of Human Security' (1994) <<http://www.hdr.undp.org/en/content/human-development-report-1994>> accessed 6 December 2021.
- UNGA Res 74/270 (2 April 2020) UN Doc A/RES/74/270.
- Res 74/274 (20 April 2020) UN Doc A/RES/74/274.
- Res 74/307 (11 September 2020) UN Doc A/RES/74/307.
- Res 75/156 (16 December 2020) UN Doc A/RES/75/156.
- Res 75/157 (16 December 2020) UN Doc A/RES/75/157.
- UNSC '4172nd Meeting Record' (17 July 2000) UN Doc S/PV.4172.
- Draft Res 607 (1 July 2020) UN Doc Draft Res 607.
- Res 1308 (17 July 2000) UN Doc S/RES 1308.
- Res 1368 (12 September 2001) UN Doc S/RES 1368.
- Res 1373 (28 September 2001) UN Doc S/RES 1373.
- Res 1983 (7 June 2011) UN Doc S/RES 1983.
- Res 2118 (27 September 2013) UN Doc S/RES 2118.
- Res 2165 (14 July 2014) UN Doc S/RES2165.
- Res 2177 (18 September 2014) UN Doc S/RES 2177.
- Res 2439 (30 October 2018) UN Doc S/RES 2439.
- Res 2532 (1 July 2020) UN Doc S/RES 2532.
- Res 2565 (26 February 2021) UN Doc S/RES 2565.
- Res 393 (30 July 1976) UN Doc S/RES 393.
- Res 424 (17 March 1978) UN Doc S/RES 424.
- Res 502 (3 April 1982) UN Doc S/RES 502.
- Res 502 (3 April 1982) UN Doc S/RES 502.
- Res 54 (15 July 1948) UN Doc S/RES 54.
- Res 598 (20 July 1987) UN Doc S/RES 598.

----- Res 674 (29 October 1990) UN Doc S/RES 674.

----- Res 713 (25 September 1991) UN Doc S/RES 713.

----- Res 731 (21 January 1992) UN Doc S/RES 731.

----- Res 82 (25 June 1950) UN Doc S/RES 82.

----- Res 83 (27 June 1950) UN Doc S/RES 83.

----- Res 858 (24 August 1993) UN Doc S/RES 858.

----- Res 864 (15 September 1993) UN Doc S/RES 864.

UNSG, 'United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines' (2008) <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/united-nations-peacekeeping-operations-principles-and-guidelines-the-capstone-doctrine/>> accessed 9 August 2022.

Wellens K, 'The UN Security Council and New Threats to the Peace: Back to the Future' (2003) 8 *Journal of Conflict & Security Law* 15-70.

WHO, 'Ebola Virus Disease' (23 February 2021) <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ebola-virus-disease>> accessed 9 December 2021.

-----, 'Listings of WHO's Response to COVID-19' (29 June 2020) <<https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline>> accessed 13 January 2022.

-----, 'Overview' (*Ebola*, 2017) <<https://www.who.int/emergencies/situations/ebola-outbreak-2017--drc>> accessed 13 January 2022.

-----, 'WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard' (9 December 2021) <<https://covid19.who.int>> accessed 9 December 2021.

Zhang AH, 'Coronavirus-Related US Lawsuits against China Risk a Further Worsening of Relations, and Could Backfire' (*South China Morning Post*, 11 May 2020) <<https://www.scmp.com/comment/opinion/article/3083504/coronavirus-related-us-lawsuits-against-china-risk-further>> accessed 12 January 2022.

Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Procedural Aspects of the European Court of Human Rights' Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Geri Göndermeye İlişkin Davalarda Sözleşme'nin 3. Maddesi Kapsamındaki Değerlendirmesinin Usuli Boyutu

Saadet Yüksel* 

Abstract

The European Court of Human Rights has developed important procedural protections under Article 3 of the European Convention of Human Rights in the context of removal cases. Alongside the substantive aspects of the Court's assessment under Article 3, these procedural aspects are crucial for the maintenance of the absolute character of the prohibition of treatment contrary to Article 3 of the Convention.

In tracing the notable evolution of the procedural aspects of Article 3 in removal cases within the Court's case-law, it is argued that this can be understood by reference to three main phases. The first phase involved the commencement of the Court's engagement with procedural aspects of Article 3 in the removal context, which established foundations within the jurisprudence for procedural protections in this area. During the second phase, the Court harnessed *M.S.S. v. Belgium and Greece* to robustly adopt a multi-dimensional and structural approach towards procedural protections under Article 3 in cases concerning removal. Finally, the most recent and third phase of this evolution has witnessed the application of the developed jurisprudence to contemporary issues and contexts, which underline emerging areas of the case-law.

Keywords

European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Article 3, Removal

Öz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi geri göndermeye ilişkin davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesi kapsamında önemli usuli güvenceler geliştirmiştir. AİHM'in Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki değerlendirmesinin maddi boyutunun yanı sıra, usuli boyuta ilişkin geliştirdiği bu yaklaşım, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamele yasağını mutlak niteliğinin korunması açısından son derece önem arz etmektedir.

Geri göndermeye ilişkin davalarda Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3. maddesinin usuli boyutu altında geliştirdiği yaklaşım üç ana safhada ele alınarak incelenebilir. İlk aşama, Mahkeme'nin geri gönderme bağlamında Sözleşme'nin 3. maddesinin usuli boyutunu inceleme altına almaya başlamasıdır. İkinci aşamada Mahkeme'nin, *M.S.S. / Belçika ve Yunanistan* içtihadı ile geri göndermeye ilişkin davalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin usuli boyutu altında geliştirdiği bu korumayı çok boyutlu ve yapısal bir çerçeveye oturttuğu gözlemlenmektedir. Son olarak, bu evrimsel gelişimin üçüncü aşamasında ise, Mahkeme'nin bu alanda geliştirdiği içtihadını yenilik arz eden güncel meselelere uyguladığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 3.Madde, Yer Değiştirme

* **Correspondence to:** Saadet Yüksel (Assoc. Prof. Dr., Judge), European Court of Human Rights, Strasbourg. ORCID: 0000-0002-9454-4740

To cite this article: Yüksel S, "Procedural Aspects of the European Court of Human Rights' Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases" (2022) 42(2) PPIL 777. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.011001>

I. Introduction

This article seeks to provide some insight into the Convention jurisprudence regarding the procedural aspects of the European Court of Human Rights' assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in removal cases, and the manner of its development. In doing so, it will firstly address the general principles which provide the very justification for procedural obligations under Article 3. Secondly, and for the main part, the article will address the evolution of the case-law in this area. It will divide the evolutionary trajectory into three phases, namely: (i) the commencement of the Court's engagement with procedural aspects of Article 3 in the removal context, and the establishment of foundations within the jurisprudence for procedural protections; (ii) the turning point of *M.S.S.* and the consequently emboldened structural approach; and finally (iii) the recent application of established principles to contemporary issues and contexts.

II. General principles and overview

Before tracing the evolution of the Court's case-law, it would be worth outlining some general principles that structure this body of jurisprudence and illuminate its importance as an integral aspect of Article 3. The Court reiterates that although Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens, expulsion, extradition or any other measure to remove an alien may give rise to an issue under Article 3 of the Convention, and hence engage the responsibility of the expelling State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country.¹ It has been said that the 'claim of absoluteness' underpinning the prohibition of removals contrary to Article 3 is necessarily accompanied by the requirement that any procedure used to decide the question of whether a removal is compliant with Article 3 must be 'extremely robust'.² In other words, the absolute character of Article 3 in the removal context turns on both substantive³ and procedural dimensions. Thus, under Article 3 itself the Court has concluded that where there is a

1 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (No. 27765/09, 23 February 2012), paras. 113-114. For a recent reiteration of this principle in a case concerning expulsion, see *M.A. and Others v. Lithuania* (No. 59793/17, 11 December 2018), para. 102, stating that 'the expulsion of an alien by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3 of the Convention where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faces a real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment of punishment in the receiving country.'

2 Marie-Bénédicte Dembour, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint* (OUP 2015), 403.

3 The Court has recently in *Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom* (No. 22854/20, 3 November 2022), while emphasising that the prohibition of Article 3 ill-treatment remained absolute, held that in extradition cases, the applicant must firstly adduce evidence capable of proving there are substantial grounds for believing there is a real risk of being given a sentence of life imprisonment without parole upon extradition, which constitutes treatment contrary to Article 3. See *Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom*, paras. 97-99.

‘lack of legal framework providing adequate safeguards’ in the domain of examining whether an individual’s return would put them at risk of treatment prohibited under Article 3, there are substantial grounds for believing they risk a violation of their rights under Article 3 - such that an expulsion would actually be in breach of Article 3.⁴ Additionally, the Court has taken Article 13 in conjunction with Article 3 to include a right to an effective remedy for potential breaches of the prohibition of returns contrary to Article 3, which ‘imperatively requires ... independent and rigorous scrutiny that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3’.⁵

It has been stated that the strength of this aspect of the Court’s jurisprudence is the ability of the Court to find a violation of Article 13 when taken in conjunction with Article 3, without finding a violation of the substantive aspect of Article 3.⁶ In the case of *Mwanje v. Belgium*, the Court found a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3,⁷ but rejected the complaint that the substantive aspect of Article 3 would be violated if the applicant were to be removed to Cameroon.⁸ The operation of Article 13 in this manner has been welcomed on account of the influence of such complaints on domestic procedures and future cases, as well as the importance of ensuring these procedures do not go without scrutiny.⁹

III. Evolution of the case-law

A. Commencing engagement with procedural aspects of Article 3

The first phase of the evolution of the Court’s case-law in respect of procedural aspects under Article 3 in removal cases may be characterised generally as a period of commencing engagement with these aspects and establishing jurisprudential foundations under the Convention for procedural protections. The landmark judgment and apt starting point in this regard is *Chahal v. the United Kingdom*, decided in 1996. In that case, the Court found a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3, primarily due to the absence of possibility of review of the relevant removal

4 *Auad v. Bulgaria* (No. 46390/10, 11 October 2011), paras. 106-107. It may be important to note that while the Court has stated that decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens, as well as asylum proceedings, do not concern the determination of an applicant’s civil rights or obligations or of a criminal charge against him, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, it has developed ‘minimum guarantees in non-refoulement procedures at the national level’ under Article 3 of the Convention. See *Maaouia v. France* (No. 39652/98, 5 October 2000), paras. 38-40; and *Onyiejekwe v. Austria* (dec.) (No. 20203/11, 9 October 2012), para. 34. For more information see Nuray Eksi, ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu’ [Application of Article 6 of the Human Rights Convention to the Expulsion Cases], 2009 29(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 121, 121-141; Fanny de Weck, *Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture: The Assessment of Individual Complaints by the European Court of Human Rights under Article 3 ECHR and the United Nations Committee against Torture under Article 3 CAT* (Brill Nijhoff 2017), 271.

5 *M.S.S. v. Belgium and Greece* (No. 30696/09, 21 January 2011), para. 293.

6 *Dembour* (n 2) 426.

7 *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium* (No. 10486/10, 20 December 2011), para. 107.

8 *Ibid.*, paras. 78-86.

9 *Dembour* (n 2) 425-426.

decision ‘with reference solely to the question of risk, leaving aside national security considerations’, leaving Mr. Chahal without an effective remedy for his Article 3 complaint.¹⁰ The decisive importance of the lack of domestic review which focused exclusively on the applicant’s risk of exposure to treatment contrary to Article 3 should be seen as testament to the absolute character of that provision. While noting that its own assessment of the risk of treatment contrary to Article 3 must be ‘rigorous’,¹¹ the Court in *Chahal* established the principle that an effective remedy under Article 13 with Article 3 requires ‘independent scrutiny’ by the removing state of a claim that there are substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3.¹²

A few years after *Chahal*, the Court in *Jabari v. Turkey* strengthened this position, through observing that under the heads of Article 3,¹³ and Article 13 taken with Article 3, there must be an ‘independent *and rigorous* scrutiny [emphasis added]’ of an individual’s claim that there exist substantial grounds for fearing a risk of treatment contrary to Article 3 upon removal.¹⁴ In a further show of the firmly principled approach demonstrated in *Chahal*, the Court in *Jabari* stated: ‘the automatic and mechanical application of such a short time-limit [of five days] for submitting an asylum application must be considered at variance with the protection of the fundamental value embodied in Article 3’.¹⁵ Shortly after *Jabari*, the 2002 case of *Čonka v. Belgium* has been noted as marking another milestone, whereby the Court found a violation for a procedural reason in an asylum-related case under Article 13, but in this instance taken with Article 4 of Protocol No. 4.¹⁶

The Court continued to manifest the sensitivity demonstrated in *Jabari* towards the particular difficulties faced by asylum seekers towards the end of its first phase of case-law evolution. This is evinced by the 2009 case of *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, where the Court found that while a temporary asylum procedure had been provided for in law, in practice the national authorities prevented the applicants raising Article 3 allegations within that framework.¹⁷ This was because they failed to consider the applicants’ requests for temporary asylum, to notify them of reasons for not taking into consideration their asylum requests, and to authorise access to legal assistance.¹⁸ Significantly, in finding that there was a lack of ‘rigorous scrutiny’,

10 *Chahal v. the United Kingdom* (No. 22414/93, 15 November 1996), paras. 153-155.

11 *Ibid.*, para. 96.

12 *Ibid.*, para. 151.

13 *Jabari v. Turkey* (No. 40035/98, 11 July 2000), para. 39. In relation to an alleged violation of Article 3, the Court ‘observes that, having regard to the fact that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of a democratic society ... a rigorous scrutiny must necessarily be conducted of an individual’s claim that his or her deportation to a third country will expose that individual to treatment prohibited by Article 3.’

14 *Jabari v. Turkey*, para. 50.

15 *Ibid.*, para. 40.

16 *Čonka v. Belgium* (No. 51564/99, 5 February 2002), para. 85; see also *Dembour* (n 2) 428.

17 *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* (No. 30471/08, 22 September 2009), para. 115.

18 *Ibid.*

the Court stated it was ‘struck by the fact that both the administrative and judicial authorities remained totally passive’ in the face of the applicants’ serious Article 3 allegations.¹⁹ This illustrates the firm stance taken by the Court towards the end of its first phase of engagement with procedural protections in removal cases under Article 3, and its readiness to trace barriers to the implementation of these protections all the way to the attitudes of domestic authorities. Through judgments like *Abdolkhani*, the Court sowed the seeds for the innovative and wide-ranging analysis that became emblematic of its next phase of case-law development.

B. A new phase of engagement: *M.S.S* onwards

Following what has been described so far as the first phase in the Court’s development of minimum procedural obligations under Article 3 in removal cases, the Court in 2011 decided a case that definitively signalled a new phase: *M.S.S. v. Belgium and Greece*. The case was also undoubtedly a turning point for case-law development on substantive aspects of Article 3 in removal cases, although this is beyond the scope of this article. The case has been described as notable for the Court’s questioning of the Dublin II²⁰ mechanism in a way which ‘brought most significant innovations to ECHR law’.²¹ It has also been viewed to demonstrate ‘in an exemplary way which kind of deficiencies can contravene Article 13 in the context of refoulement procedures, specifically for asylum seekers’.²² To understand the pivotal nature of the *M.S.S.* judgment, and what has been termed its ‘resolutely human rights approach’ that dealt with key EU legislation,²³ it is instructive to gain an idea of the prior position of the Court’s jurisprudence in relation to Dublin transfers. The Court had unanimously decided the lead case of *K.R.S. v. the United Kingdom* in 2008, concerning an asylum-seeker from Iran whom the U.K. wanted to transfer to Greece, their first country of arrival. The applicant argued that such a transfer would be in breach of Article 3, citing the UNHCR’s advice that Member States should refrain from returning asylum seekers to Greece. Declaring the case inadmissible, the Court held that the ‘presumption must be that Greece will abide by its obligations’, and that any application about the applicant’s possible expulsion to Iran should be lodged with the Court following his return to Greece.²⁴ This reasoning followed that of *T.I. v. the United Kingdom*, where in respect of the transfer to Germany, the Court held that it was ‘satisfied by the German Government’s assurances that the applicant would not

19 Ibid, para. 113.

20 For the Dublin II Regulation see Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national, OJ L 50 25.2.2003, 1-10.

21 Dembour (n 2) 403.

22 De Weck (n 4) 281.

23 Dembour (n 2) 412.

24 *K.R.S. v. the United Kingdom* (dec.) (No. 32733/08, 2 December 2008).

risk immediate or summary removal to Sri Lanka'.²⁵ Owing to the inadmissibility of these cases that preceded *M.S.S.*, it is argued that the protections for an applicant in the same position as *M.S.S.* were not extensively developed within the case-law till that case came to be decided.²⁶

Turning back to *M.S.S.*, the case concerned an Afghan national who had fled Kabul and applied for asylum in Belgium following his arrival.²⁷ It transpired that the first EU country he had entered was Greece,²⁸ and subsequently Belgium expelled him there,²⁹ where the applicant's asylum request had been left unexamined by the Greek authorities.³⁰ In the Court's view, the applicant had an arguable claim that his removal to Afghanistan would infringe Article 3 of the Convention.³¹ Under the main concern of whether effective guarantees existed in Greece against arbitrary *refoulement* to Afghanistan,³² and whether the applicant had an effective remedy against his expulsion order in Belgium,³³ the Court found that both Greece and Belgium were in violation of Article 13 taken with Article 3.³⁴ The Court comprehensively outlined the requirements of an effective remedy under Articles 13 and 3, stating that this 'imperatively requires' the following: close scrutiny by a national authority; independent and rigorous scrutiny of a claim of substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3; a particularly prompt response; and access to a remedy with automatic suspensive effect.³⁵ Under this framework of procedural protections under Article 13 taken in conjunction with Article 3, the Court in an innovative and thorough manner was able to examine the shortcomings in the Greek asylum procedures from a structural perspective. Thus, the Court noted the following shortcomings: insufficient information for asylum-seekers about procedures to be followed; no reliable system of communication between authorities and asylum-seekers; a shortage of interpreters and lack of training of staff for individual interviews; a lack of legal aid and consequently legal counsel; and excessively length delays in receiving a decision.³⁶ Enriching this structural approach, the Court noted its concern that almost all first-instance decisions were negative and drafted in a stereotyped manner,³⁷ and took note of the extremely low rate of asylum and subsidiary protection granted by Greek authorities compared

25 *T.I. v. the United Kingdom* (dec.) (No. 43844/98, 7 March 2000).

26 *Dembour* (n 2) 404.

27 *M.S.S. v. Belgium and Greece* (No. 30696/09, 21 January 2011), para. 11.

28 *Ibid.*, para. 12.

29 *Ibid.*, paras. 17 and 33.

30 *Ibid.*, para. 310.

31 *Ibid.*, paras. 295-297.

32 *Ibid.*, para. 286.

33 *Ibid.*, para. 369.

34 *Ibid.*, paras. 267-322, 369-397.

35 *Ibid.*, para. 293.

36 *Ibid.*, para. 301.

37 *Ibid.*, para. 302.

with other EU member states.³⁸ This constituted an important recognition in the case-law that while the ‘effectiveness’ of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome,³⁹ statistics still hold value in other respects when assessing compliance with Article 13 taken together with Article 3 in removal cases – such as in the present case, where they indicated the strength of the applicant’s argument concerning a loss of faith in the asylum procedure.⁴⁰

Thus, *M.S.S* invigorated the sensitivity developed by the Court towards asylum-seekers in its first phase of case-law, such as in *Jabari*, with a novel multidimensionality. In turn, this emboldened the protective rigour of procedural obligations under Article 3 in removal cases. This is demonstrated by the subsequent cases of *I.M. v. France* and *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. In *I.M. v. France*, the applicant was only able to register for a priority asylum procedure after receiving a deportation order and being placed in administrative detention.⁴¹ In response, the Court took a broad-brushed approach in examining the obstacles encountered within asylum determination procedures, especially for asylum-seekers detained in immigration centres. Conducting a multi-dimensional analysis, it has been argued that the judgment demonstrated a well-placed scepticism towards the rejection of asylum-seekers on purely procedural grounds, which manifested in the finding that the accessibility in practice of legal remedies that had been available in theory were limited by several factors essentially linked to the automatic closure of the relevant application under the priority procedure.⁴² This was in light of factors including the impossibility of gathering the supporting elements of an asylum application while in detention,⁴³ and the short period of time the applicant had to prepare an appeal⁴⁴ - broadly, the material and procedural difficulties stemming from the applicant being in detention.⁴⁵

The holistic approach of *I.M. v. France* manifested again within the same month in *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. As is well-known, that case concerned applicants on intercepted vessels who were handed over to Libyan authorities after heading towards the Italian coast. The Court reiterated the importance under Article 13 taken with Article 3, as well as Article 4 of Protocol No. 4 in that case, of guaranteeing the right to obtain sufficient information for effective access to asylum procedures.⁴⁶ It also noted the requirement under Article 13 taken in conjunction with Article 3 of the possibility

38 Ibid, para. 313.

39 Ibid, para. 289.

40 Ibid, para. 313.

41 *I.M. v. France* (No. 9152/09, 2 February 2012), paras. 137-143.

42 *I.M. v. France*, para. 154; see also De Weck (n 4) 273.

43 *I.M. v. France*, para. 146.

44 Ibid, para. 150.

45 Ibid, para. 154.

46 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, paras. 201-207.

of remedies with suspensive effect.⁴⁷ Therefore, among many other noteworthy contributions, it has been stated that the case confirmed a ‘core problem’ regarding push-backs - a phenomenon which recent case-law indicates the Court is having to deal with increasingly - is ‘precisely the unavailability of remedies aboard ships operating on the high seas’.⁴⁸ In this way, it may be said that *Hirsi Jamaa* embedded within the case-law of procedural aspects under Article 3 in removal cases the clearly established general principle that the ‘special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law’ where individuals are devoid of the protection of the Convention.⁴⁹ In the next year, the Court clarified in *M.E. v. France* that the mere fact an asylum application is dealt with under a priority procedure and therefore within a limited time period is not in itself incompatible with Article 13 taken with Article 3,⁵⁰ for example where an applicant has made a particularly late application for asylum;⁵¹ or, as noted in *Mohammed v. Austria*, where an asylum claimant had access to a substantive examination of their claim in the first instance, given the need for EU Member States to ease the strain of the number of asylum applications received.⁵² Indeed, these refinements illustrate the capacity of the jurisprudence, in line with the principle of subsidiarity, to withstand the impact of changing contexts within Member States, a theme that pervades the most recent developments in the Court’s case-law.

As a final observation within this second phase of case-law evolution, it is worth noting the development of a related line of case-law during this period that demonstrates a similar level of robustness. Thus, there have been a series of cases occurring around the time of *M.S.S.* that have developed the procedural aspect of Article 3 independently of the right to an effective remedy under Article 13. Accordingly, in *Khaydarov v. Russia*, decided in 2010, the Court held that it was ‘unable to conclude that the Russian authorities duly addressed the applicant’s concerns with regard to Article 3 in the domestic extradition proceedings.’⁵³ This was in light of the fact that the domestic courts had failed to study carefully the documents relating to the applicant’s extradition case, to the extent that they claimed to have been provided with assurances against ill-treatment when it was clear from the documents that no such assurances were given.⁵⁴ The Court more explicitly adopted a focus on procedural obligations under Article 3 in the 2011 case of *Auad v. Bulgaria*, decided after *M.S.S.* It held that ‘the lack of a legal framework providing adequate safeguards in this domain allows the

47 Ibid, para. 198.

48 Violeta Moreno-Lax, ‘*Hirsi Jamaa and Others v Italy* or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?’ (2012) 12(3) HRLRev 574, 591.

49 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, para. 178; *Medvedyev and Others v. France* (No. 3394/03, 29 March 2010), para. 81.

50 *M.E. v. France* (No. 50094/10, 6 June 2013), para. 67.

51 Ibid, paras. 69-70.

52 *Mohammed v. Austria* (No. 2283/12, 6 June 2013), paras. 79-80.

53 *Khaydarov v. Russia* (No. 21055/09, 20 May 2010), para. 114; see also *Abdulkhakov v. Russia* (No. 14743/11, 2 October 2012), para. 148.

54 *Khaydarov v. Russia*, para. 113.

Court to conclude that there are substantial grounds for believing that the applicant risks a violation of his rights under Article 3⁵⁵, and in the same breath reiterated that the ‘grave and irreversible’ consequences of this therefore ‘call for rigorous scrutiny’.⁵⁵ Thirdly, in *Mamazhonov v. Russia* the Court expanded upon the rationale behind finding violations of the procedural aspect of Article 3 itself, without taking Article 13 in conjunction, by explaining that a failure to ‘rigorously review serious and reasoned claims of the applicant ... is in itself an affront to the protection mechanism established under the Convention’, given that this failure ‘even taken alone is sufficient for finding a violation of Article 3’.⁵⁶

The development of this case-law has been especially important in embedding a fundamental principle within this area of jurisprudence: namely that the absolute character of obligations under Article 3 depend on both its substantive *and procedural* dimensions. Its impact continues to manifest and proves significant for novel scenarios. This can be seen in *O.M. and D.S. v. Ukraine*, which dealt with scenario of an applicant’s removal at a transit zone of an international airport and held that the removal of the first applicant without any assessment of their alleged risks of ill-treatment amounted to a violation of Article 3 in itself.⁵⁷

C. Recent Developments and Contemporary Issues

In recent developments of its case-law involving procedural aspects of its assessment under Article 3 in removal cases, the Court has had to apply the principles established in the first and second phases hitherto discussed in relation to contemporary contexts and issues, which as ever pose both opportunities and challenges.

The first contemporary issue is that of preventions of entry into a territory, as well as summary returns at the border or shortly after entry into a territory (otherwise known as “push-backs”). In 2018, the Court decided *M.A. and Others v. Lithuania*, which concerned a complaint by a family of Chechen origin that the refusal of Lithuanian border guards to accept their asylum application and initiate asylum proceedings on three occasions exposed them to a real risk of ill-treatment in Russia. In that case, the Court found that Article 13 had been violated, by holding that the appeal before an administrative court against refusal of entry, that had been adduced by the Lithuania, did not constitute an effective remedy because it did not have automatic suspensive effect.⁵⁸ This was in light of Court’s finding that Article 3 had been violated, following the approach in *Hirsi Jamaa and Others*, due to the failure to allow the applicants to submit asylum applications; and their removal to Belarus, without any examination

⁵⁵ *Auad v. Bulgaria*, para. 107.

⁵⁶ *Mamazhonov v. Russia* (No. 17239/13, 23 October 2014), para. 161.

⁵⁷ *O.M. and D.S. v. Ukraine* (No. 18603/12, 15 September 2022), paras. 97-100.

⁵⁸ *M.A. and Others v. Lithuania*, para. 119.

of their claim that they would face a real risk of return to Chechnya and ill-treatment there.⁵⁹

The Court decided a similar issue in *M.K. and Others v. Poland* in 2020, namely that the lack of automatic suspensive effect of an appeal against refusal of entry constituted a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3, as well as Article 4 of Protocol No. 4 in that case.⁶⁰ That case concerned decisions refusing the applicants with arguable claims of risk under Article 3, again of Chechen origin, entry into Poland at the border crossing point and receipt of their asylum applications. The Court has continued to be sensitive towards the particular difficulties faced by asylum seekers in alleged pushback contexts,⁶¹ demonstrated by the 2021 case of *D.A. and Others v. Poland* concerning Syrian nationals. In that case, the Court found a breach of Article 13 taken together with Article 3 (and Article 4 of Protocol No. 4) not only because of the lack of automatic suspensive effect of appeal to administrative courts; but in addition, by establishing that the applicants' claims concerning risk of treatment in breach of Article 3 were disregarded by border control authorities and the applicants' personal situation was not taken into account in their removal to Belarus.⁶² The finding of a violation of Article 13 taken with Article 3 in *D and Others v. Romania*, based on the lack of suspensive effect of appeal against deportation orders in Romanian law, corroborates these findings because it flows from the same procedural deficiency - the lack of suspensory effect of appeals in removal cases.⁶³ This corroboration is especially helpful given that cases decided in the prevention of entry and summary return context deal with transposing established principles, such as the requirement of remedies with automatic suspensive effect, into an emerging and pertinent area of case-law. While the Convention jurisprudence on prevention of entry and summary returns is still in its initial stages, it is clear that procedural obligations under Article 3 established in the removal context apply in these situations – the question rather is *how* they will apply.

The two most recent cases in the area of summary returns, *Akkad v. Turkey* and *D v. Bulgaria*, affirm the broader trend that while the jurisprudence concerning “push-backs” is still evolving, the procedural protections provided for under Article 3 in removal cases do apply in principle. Accordingly, in *D v. Bulgaria*, the Court noted from the perspective of procedural safeguards that the applicant did not benefit from the assistance of an interpreter or translator, receive information on his rights as an asylum seeker, or have access to a lawyer or other assisting representatives.⁶⁴ It also noted that the haste with which the removal order was implemented rendered existing

59 Ibid, paras. 114-115; see also, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, para. 147.

60 *M.K. and Others v. Poland* (Nos. 40503/17, 42902/17, and 43643/17, 23 July 2020), paras. 219-220.

61 *D.A. and Others v. Poland* (No. 51246/17, 8 July 2021), para. 1.

62 Ibid, paras. 89-90.

63 *D and Others v. Romania* (No. 75953/16, 14 January 2020), paras. 129-130.

64 *D v. Bulgaria* (No. 29447/17, 20 July 2021), paras 132-133.

remedies ineffective and therefore unavailable in practice,⁶⁵ and ultimately found a violation of Articles 3 and 13.⁶⁶ In this way, the *D v. Bulgaria* establishes that in the context of summary returns, states still need to ensure their removal procedures are not overly formalistic, and instead apply a holistic and sensitive approach towards examining the risk of treatment contrary to Article 3 faced by asylum-seekers upon removal, such that legal remedies against such removals remain effective and available to them.

The Court embarked on a similar refinement of how the established principles fall to be applied to this first contemporary issue in *Akkad v. Turkey*. The case concerned the return of the applicant to Syria two days after his arrest at the Turkish border with Greece, under the guise that this was a ‘voluntary return’. While the case dealt with the issue of summary returns, similarly to *D v. Bulgaria*, it also entailed a novel feature, in that the applicant held “temporary protection” status.⁶⁷ This is significant for two reasons: firstly, the summary return occurred in a scenario where an individual had been living on Turkish territory for a substantial period of time before being returned to Syria and had acquired a legal residence permit, rather than being returned shortly after entry.⁶⁸ This semblance of ties with the removing state distinguished the applicant from other asylum-seekers who are usually affected by summary returns. Secondly, the granting of “temporary protection” status indicated in the Court’s view that the authorities had already considered that the applicant might face certain risks contrary to the provisions of the Convention in the event of refoulement to Syria.⁶⁹ In order to prevent abusive applications, the system under Turkish law of ending “temporary protection” status through voluntary return for Syrians requires a UNHCR representative to sign an individual’s voluntary return form.⁷⁰ This requirement is a key part of the system, because as noted by the Court it constitutes a ‘formal and legal guarantee against any attempt by State agents to misuse their power’.⁷¹ In other words, the status of the applicant in *Akkad* meant that there were a set of specific procedural safeguards provided for by law in the event of his removal or return.

The Court held that there had been a violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3, and in doing so made important rulings on the disparity between the safeguards provided for in law under the “temporary protection” system as opposed to in practice. For example, the Court noted that the requirement in Turkish law that a

65 Ibid, para. 134.

66 Ibid, para. 137.

67 *Akkad v. Turkey* (No. 1557/19, 21 June 2022), see paras. 31-33. Temporary protection is regulated in Turkish law by Article 91 of the Law No 6458 on Foreigners and International Protection (Official Gazette Dated 4.11.2013 Number 28613) and Directive on the Temporary Protection (Official Gazette Dated 22.10.2014 Number 29153).

68 *Akkad v. Turkey*, para. 4.

69 Ibid, para. 70.

70 Ibid, para. 33.

71 Ibid, para. 86.

voluntary return form be signed by a UNHCR representative had not been fulfilled.⁷² The domestic authorities also failed to apply other legal safeguards – the applicant received no copies of their signed documents or documents attesting to their removal procedure, whereas those subject to a removal were legally meant to be informed of the possibility of challenging their removal and the relevant time-limits.⁷³ Ultimately, the Court found that the applicant’s exercise of the remedies available under Turkish law was hindered by hasty and misleading acts of the authorities; and that the failure to apply all the legal guarantees provided for in Turkish law impeded the conformity of the removal procedure with the Convention.⁷⁴ In finding that Article 13 taken in conjunction with Article 3 is violated where domestic authorities deprive individuals of availing themselves of remedies to which they were entitled in law, the Court made clear the inadequacy of a purely positivistic approach towards procedural obligations in the removal context.⁷⁵

The second contemporary issue is that of terrorism, which surfaced in the 2021 case of *K.I. v. France*. In that case, concerning a Russian national of Chechen origin, France had proposed the expulsion of the applicant on the basis of public safety following the ending of his refugee status in domestic law upon further to his conviction on terrorism charges.⁷⁶ The Court found that there would be a violation of Article 3 in its procedural aspect if the applicant were returned to Russia without an *ex nunc* assessment by the French authorities of the risk of treatment contrary to Article 3 he claims to face if deported.⁷⁷ It is notable that the principle of *ex nunc* assessment of risk under Article 3 was upheld in a situation where the applicant alleged they would be at risk of treatment contrary to Article 3 on account of their criminal conviction for acts of terrorism in the removing State, and where their refugee status had been revoked.⁷⁸ Overall, this approach in the area of removal cases can be seen as part of the broader effort of the European Court of Human Rights to uphold human rights standards under the Convention in the sensitive area of counter-terrorism.

IV. Conclusion

In conclusion, the Court has been at the forefront of developing the backbone of protection in Europe for individuals in removal cases. This article has sought to shine a

72 Ibid.

73 Ibid, para. 87.

74 Ibid, para. 90.

75 Ibid, para. 92.

76 International Treaties (for example Article 1F of the Geneva Convention on the Legal Status of Refugees) and national legislations (for example Article 64 of Law No 6458 and Article 8 of the Directive on the Temporary Protection) exclude individuals from refugee or temporary protection where there are serious reasons to consider that they have committed certain serious crimes. For more information see Nuray Ekşi, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması* [Exclusion of Criminals from Asylum System in the Light of Court Decisions], (1st edn, Beta 2015), 1 et seq.

77 *K.I. v. France* (No. 5560/19, 15 April 2021), para. 146.

78 Ibid, para. 129.

light upon this trailblazing role of the Court in relation to the development of procedural protections under Article 3 of the Convention in removal cases, by delineating and traversing three key evolutionary phases. To recount, these are: (i) the establishment of jurisprudential foundations in the first phase, (ii) the multi-dimensional and structural approach following *M.S.S.*, and (iii) recent developments that have applied established principles to contemporary issues. The robust intentionality underpinning these three phases of development has ultimately been driven by an astute sensitivity towards the grave difficulties faced by individuals in removal cases, as well as a discerning eye for the structural changes needed to address these. Furthermore, through unravelling the way in which the Court's case-law on procedural aspects of Article 3 in removal cases has evolved, it becomes clear that the Court has oriented its development of procedural protections towards ensuring that Article 3's claim of absoluteness is not empty. The Court's case-law therefore provides optimism that it will continue to uphold the Convention's protective rigour in respect of ever-changing challenges in the relevant context.

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.

Bibliyografya/Bibliography

Articles and Books

De Weck F, *Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture: The Assessment of Individual Complaints by the European Court of Human Rights under Article 3 ECHR and the United Nations Committee against Torture under Article 3 CAT*, (Brill Nijhoff 2017).

Dembour MB, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint* (OUP 2015).

Ekşi N, 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu' [Application of Article 6 of the Human Rights Convention to the Expulsion Cases], 2009 29(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 121-141.

Ekşi N, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması [Exclusion of Criminals from Asylum System in the Light of Court Decisions]*, (1st edn, Beta 2015).

Moreno-Lax V, 'Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?' (2012) 12(3) HRLRev 1-25.

Decisions and Judgments

- Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* App no 30471/08 (ECtHR, 22 September 2009).
- Abdulkhakov v. Russia* App no 14743/11 (ECtHR, 2 October 2012).
- Akkad v. Turkey* App no 1557/19 (ECtHR, 21 June 2022).
- Auad v. Bulgaria* App no 46390/10 (ECtHR, 11 October 2011).
- Chahal v. the United Kingdom* App no 22414/93, (ECtHR, 15 November 1996).
- Čonka v. Belgium* App no 51564/99 (ECtHR, 5 February 2002).
- D and Others v. Romania* App no 75953/16 (ECtHR, 14 January 2020).
- D v. Bulgaria* App no 29447/17 (ECtHR, 20 July 2021).
- D.A. and Others v. Poland* App no 51246/17 (ECtHR, 8 July 2021).
- Hirsi Jamaa and Others v. Italy* App no 27765/09 (ECtHR, 23 February 2012).
- I.M. v. France* App no 9152/09 (ECtHR, 2 February 2012).
- Jabari v. Turkey* App no 40035/98 (ECtHR, 11 July 2000).
- K.I. v. France* App no 5560/19 (ECtHR, 15 April 2021).
- K.R.S. v. the United Kingdom* App no 32733/08 (ECtHR, 2 December 2008).
- Khaydarov v. Russia* App no 21055/09 (ECtHR, 20 May 2010).
- M.A. and Others v. Lithuania* App no 59793/17 (ECtHR, 11 December 2018).
- M.E. v. France* App no 50094/10 (ECtHR, 6 June 2013).
- M.K. and Others v. Poland* App nos 40503/17, 42902/17, and 43643/17 (ECtHR, 23 July 2020).
- M.S.S. v. Belgium and Greece* App no 30696/09 (ECtHR, 21 January 2011).
- Maaouia v. France* App no 39652/98, (ECtHR, 5 October 2000).
- Mamazhonov v. Russia* App no 17239/13 (ECtHR, 23 October 2014).
- Medvedyev and Others v. France* App no 3394/03 (ECtHR, 29 March 2010).
- Mohammed v. Austria* App no 2283/12 (ECtHR, 6 June 2013).
- Mwanje v. Belgium* App no 10486/10 (ECtHR, 20 December 2011).
- O.M. and D.S. v. Ukraine* App no 18603/12 (ECtHR, 15 September 2022).
- Onyejekwe v. Austria* App no 20203/11 (ECtHR, 9 October 2012).
- T.I. v. the United Kingdom* App no 43844/98 (ECtHR, 7 March 2000).
- Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom* App no 22854/20 (ECtHR, 3 November 2022)
- Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium* App no 10486/10 (ECtHR, 20 December 2011).



Küresel Mülteci Mutabakatı Türkiye’deki Suriyeliler için Kalıcı Çözümler Sunabilir mi?

Can the Global Compact on Refugees Provide Durable Solutions for Syrians in Turkey?

Esra Yılmaz Eren*

Öz

Uluslararası mülteci hukuku rejimi, mülteciliğin tanımını, unsurlarını ve mültecilere tanınacak hakları düzenlemekte ancak mültecilerin etkili bir biçimde korunmasını sağlamak için kritik bir öneme sahip olan “*öngörülebilir ve adil bir yük ve sorumluluk paylaşımı sistemi*” öngörmemektedir. Özellikle 2015 sonrası yaşanan Suriye kaynaklı mülteci akını ve milyonlarca kişinin coğrafi olarak yakın oldukları bölgelere sığınması ile yük paylaşımına ilişkin bu eksiklik çok daha belirgin hale gelmiştir. Bu boşluğun giderilmesi amacıyla BM Genel Kurulu mültecilere ev sahipliği yapan ülkelerin yüklerinin paylaşılması için uluslararası bir sistem kurmayı amaçlayan “Küresel Mülteci Mutabakatı”nı kabul etmiştir.

Öte yandan Türkiye, iç savaş ve insan hakları ihlalleri nedeniyle ülkelerini terk eden ve Ekim 2022 tarihi itibarıyla sayıları 3.7 milyonu aşan Suriyeliye geçici koruma statüsü altında ev sahipliği yapmaktadır. Geçici koruma statüsü, acil koruma ihtiyacı bulunan ve kitleler halinde ülkelerini terk eden kişilere bürokratik usullere tabi olmaksızın grup temelli olarak koruma sağlayan bir statüdür. Türkiye, Suriyelilere koruma ihtiyacının kısa süreli olacağı öngörüsüyle geçici koruma statüsü tanıması olsa da, ilk kabullerin gerçekleştiği 2011 yılından bu güne menşe ülkedeki şartlar geri dönüşe uygun hale gelmemiştir. Bu durumda Türkiye’nin uluslararası hukuka uygun olarak tanıdığı ve pek çok hizmet sağladığı geçici koruma statüsünün makul süre aşıldığı için sona erdirilmesi ve Türkiye’deki Suriyelilerin kalıcı çözüme ulaştırılması gerekmektedir. Uluslararası mülteci hukuku bağlamında gündeme gelebilecek kalıcı çözümler; menşe ülkeye geri dönüş, yeniden yerleştirme ve yerel entegrasyon olarak şekillenmektedir. Bu çalışma kapsamında mülteci hukuku rejiminde yeni bir yük paylaşımı sistemi oluşturmayı amaçlayan “Küresel Mülteci Mutabakatı ve beraberinde getirdiği mekanizmalar Türkiye’deki Suriyeliler için kalıcı çözümler sunabilir mi?” sorusuna yanıt aranmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Küresel Mülteci Mutabakatı, Türkiye’deki Suriyeliler, kalıcı çözüm, yük paylaşımı, gönüllü geri dönüş, yeniden yerleştirme, yerel entegrasyon, geçici koruma

Abstract

The international refugee law regime envisages *no predictable or fair burden and responsibility-sharing system*, and this has pivotal importance for the protection of refugees. This shortcoming has become more evident, especially with the influx of refugees originating from Syria, with millions of people taking refuge in geographically close regions. The Global Compact on Refugees was signed to remedy this gap with the aim of establishing an international system to share the burdens of the states that are hosting the world’s refugees.

Meanwhile, Turkey is currently hosting 3.7 million Syrians under temporary protective status, which provides group-based protections to persons who have left their state *en masse* and are in urgent need of protection. Turkey granted temporary protection status to Syrians with the foresight that the civil war would end soon; however, no improvement has occurred regarding the conditions in Syria even after a decade, nor is it expected in the foreseeable future. Accordingly,

* **Sorumlu Yazar:** Esra Yılmaz Eren (Dr. Öğr. Üyesi), Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: eren@tau.edu.tr ORCID: 0000-0001-5422-9247

Atf: Yılmaz Eren E, “Küresel Mülteci Mutabakatı Türkiye’deki Suriyeliler için Kalıcı Çözümler Sunabilir mi?” (2022) 42(2) PPII 791. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1084338>



the temporary protection status that Turkey had applied in accordance with international standards and that provides many services should be terminated due to a reasonable period of time having been exceeded, and durable solutions should be provided, such as returning them to their country of origin, resettling them, or integrating them locally. This paper focuses on the question of whether the Global Compact on Refugees, which is dedicated to create a new burden-sharing framework regarding the refugee law regime, and its accompanying mechanisms are adequate for providing efficient long-term solutions for Syrians in Turkey.

Keywords

Global Compact on Refugees, Syrians in Turkey, durable solutions, burden-sharing, voluntary return, resettlement, local integration, temporary protection

Extended Summary

The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (hereon referred to as the 1951 Convention) and the Protocol Relating to Status of Refugees (hereon referred to as the 1967 Protocol) that supplements the 1951 Convention constitute the main legal bases for international refugee law. They provide a common definition for refugee status and catalog the rights to which refugees are entitled, and these can be regarded as two pivotal features for ensuring an effective international protection regime. However, neither impose any legal duty on member states to support the refugee-hosting states.

Even though several legal texts highlight the importance of burden-sharing and solidarity, no clear international structure exists that determines the nature or scope of responsibility and burden-sharing at the international level. Notwithstanding, the size of global human mobility has highlighted the importance of international cooperation more than ever before. The mass influx experienced after 2015 in particular and the dramatic events experienced along asylum routes have urged the international community to take concrete steps in this regard. In 2016, the UN Summit for Refugees and Migrants was organized, with the New York Declaration for Refugees and Migrants was adopted to address major refugee and migrant movements. Accordingly, the UN prepared two separate texts (i.e., the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration [GCSORM] and the Global Compact on Refugees [GCR]). While GCSORM aims to address the migration phenomenon at the international level, GCR endeavors to establish an international system for predictable and fair burden-sharing.

GCR mainly aspires to reduce “pressure on host countries, strengthen refugees’ self-reliance, expand access to third-country solutions, and support conditions in the countries of origin for a safe and dignified return” (GCR, 2016, para 7). GCR consists of four parts: The Introduction sets out GCR’s background, guiding principles, and objectives, while the Comprehensive Refugee Response Framework (CRRF) as an annex to the New York Declaration constitutes GCR’s second part. The third part introduces the Program of Action, which sets out devices to help states achieve GCR’s goals (paras 11–13). Finally, the fourth part provides individual and collective responsibility mechanisms for monitoring the implementation and enforcement of

provisions, such as the Global Refugee Forum as well as support platforms and solidarity conferences for special cases.

GCR targets maintaining strong cooperation with host states and developing refugees' self-reliance. However, the implementation of these principles depends on states' voluntary contributions. In other words, GCR (para 4) does not envisage a binding burden-sharing scheme. Hence Hathaway and Siegfried claimed that the current form of GCR does not foresee any clear and effective burden-sharing system for the host countries, and thus a historical opportunity has been missed. On the flip side, Aleinikoff approaches this debate from a different attitude, stating that compacts are designed to encourage international cooperation through the ecosystems or structures they bring with, and innovative ways should be found to strengthen the GCR.

The compact as a whole is built on common goals and interests, and the Program of Action (Part III) offers useful techniques and opportunities for interstate collaborations. However, this program lacks any comprehensive strategy and structure regarding global responsibility. Furthermore, although GCR was concluded during the period when thousands of people had lost their lives in the Mediterranean while seeking asylum, it makes no mention of strengthening international protections, reinforcing the right to seek asylum, or ending *non-entrée* practices by imposing responsibilities on states, nor does GCR provide any procedures or solutions for asylum seekers rescued at sea. Thus, the established structure has been criticized for being weak and ineffective.

In general terms, GCR offers new policies and tools for states that already want to contribute to refugee-hosting states. In addition, no mention is made of any mechanism or comprehensive strategy for establishing global responsibility for states that view refugees as a problem for border states and that do not want to assist. Despite all these criticisms, GCR reflects the best level that can be achieved under current political conditions. Hence, to make the current achievements more effective, GCR's strengths and weaknesses must be identified, and the available opportunities must be used more efficiently.

New attempts to establish a fair burden-sharing system have pivotal importance for Turkey, which has been hosting the largest refugee population under temporary protection status for more than a decade. In this process, Turkey has demonstrated itself as an exemplar of international protection and offered many services such as health, education, and access to the labor market. However, the temporary protection status, having provided urgent protection to people in need without getting them stuck in bureaucratic obstacles, has completed its duty, and Syrians now need durable solutions. International refugee law envisages three traditional durable solutions: voluntary return, resettlement, and integration. By regulating these models, GCR introduces two additional methods: complementary ways of admission to third countries (paras 94–96)

and other local solutions (para 100). Currently, Turkey is faced with the requirement of providing durable solutions to millions of Syrians in a political environment where resettlement opportunities are very limited and the conditions for returning are still insufficient. Therefore, this study attempts to find an answer to the following question: Can the Global Compact on Refugees and the new mechanisms it brings along provide durable solutions for Syrians in Turkey? Accordingly, the study suggests that GCR and its new tools have the potential to provide durable solutions as long as they (i.e., GCR Section IV on Global Refugee Forums and their potential to attract the attention of the whole world) are used more actively. Last but not least, when considering the size of the influx, Turkey should activate a support platform and mobilize the international community to find durable and sustainable solutions for the Syrians it hosts.

Küresel Mülteci Mutabakatı Türkiye'deki Suriyeliler için Kalıcı Çözümler Sunabilir mi?

I. Giriş

Mültecilerin hukuki statülerini düzenleyen “1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi”¹ (1951 Cenevre Sözleşmesi) ve “1967 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair New York Protokolü”² (New York Protokolü) aradan geçen zamana ve değişen şartlara rağmen uluslararası mülteci hukukunun temel metinlerini oluşturmaktadır.³ Bu iki metin pek çok bakımdan eleştirilse bile *Hathaway*, mülteciler bakımından bağlayıcı ve güçlü bir sistemin korunması için gerekli olan üç unsurdan ikisi olan mültecilik statüsünün ortak bir tanımı ve mülteci haklarına ilişkin bir katalogun sağlandığını, ancak bu ikisi kadar önemli olan üçüncü unsurun, devletler arasında sorumluluk ve yükün adil olarak paylaşımını sağlayacak ortak bir icrai mekanizmanın, Sözleşme’de yer almadığını ifade etmektedir.⁴ 1951 Sözleşmesi’nin başlangıç bölümünde sadece mültecilere ev sahipliği yapan ülkeler bakımından yük paylaşımının önemine değinilmekte⁵ ve sığınma sağlamanın belli devletler bakımından zorluklar oluşturacağı, dolayısıyla söz konusu devletlerin uluslararası toplum tarafından desteklenmesine ihtiyaç bulunduğu ve mültecilere ilişkin hususların uluslararası düzeyde ele alınması gereken hususlar olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Ancak ne 1951 Cenevre Sözleşmesi ne de 1967 New York Protokolü mültecilere kapılarını açan devletlerin yük ve sorumluluklarının paylaşılması noktasında bağlayıcı bir düzenleme öngörmemektedir.⁶ Sürdürülebilir bir uluslararası mülteci koruma mekanizması için kritik öneme sahip olan adil yük paylaşımının sağlanabilmesi amacıyla bu koruma

1 Convention relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137; Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme, Kanun Numarası: 359, Kabul Tarihi: 29.08.1961, RG 05.09.1961/10898.

2 Protocol on the Legal Status of Refugees Supplementing the 1951 Convention (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267; Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol, Bakanlar Kurulu Kararı Numarası: 6/10266, Kabul Tarihi: 1.7.1968, RG 05.08.1968/12968.

3 Jane McAdam, ‘The Enduring Relevance of the 1951 Refugee Convention’ (2017) 29(1) IJRL 1, 1.

4 James Hathaway, ‘The Global Cop-Out on Refugees’ (2018) 30(4) IJRL 591, 591. “Yük paylaşımı” kavramı, mültecileri bir yük olarak yansıttığı için doktrinde eleştirilmektedir. Ancak Mutabakat kapsamında yük paylaşımı kavramı kullanıldığı için bu çalışma kapsamında da “sorumluluk ve yük paylaşımı” terimlerinin kullanılması tercih edilmiştir. Krş “Mültecilerin devletler topluluğu üzerinde bir yük olduğunu ima eden ‘yük paylaşımı’ yerine ‘sorumluluk paylaşımı’ ifadesinin tercih edilmesi gerektiğini baştan belirtmek gerekir.” Catherine Phuong, ‘Identifying States’ Responsibilities towards Refugees and Asylum Seekers’ <<https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Phuong.pdf>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022. Vibeke-Egglı, “yük” teriminin, sığınmacıların insani değerlerini kaybederek pazarlık edilebilir ve devredilebilir haline geldiklerini ima eden bir kullanım olduğuna dikkat çekmektedir Bkz Ann Vibeke-Egglı, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law* (Martinuss Nijhoff, 2002) 36. Öte yandan Inder, “sorumluluk-paylaşımı”nı “yük-paylaşımı” anlamında kullanmanın daha fazla kafa karışıklığına yol açacağını iddia etmektedir Bkz Claire Inder, ‘The Origins of ‘Burden Sharing’ in the Contemporary Refugee Protection Regime’ (2017) 29 (4) IJRL 523, 527. Thielemann ve Dewan ise yük paylaşımı kavramının devletler arasında “sorumluluk paylaşımı” veya “eşit çaba dengesi” gibi kavramlarla karşılanması çabasının mevcut tartışmalar için bir önemi olmadığını beyan ederler Bkz Eiko R. Thielemann and Torun Dewan, ‘Why States Don’t Defect: Refugee Protection and Implicit Burden-Sharing’ (2013) <<https://personal.lse.ac.uk/thielema/Papers-PDF/Thielemann-Dewan-WEP.pdf>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

5 1951 Cenevre Sözleşmesi Başlangıç Bölümü, para 4: “Sığınma hakkını tanımanın, bazı ülkelere son derece ağır yük yükleyebileceğini ve uluslararası kapsamı ile niteliği Birleşmiş Milletlerce kabul edilmiş bulunan bir sorunun, uluslararası iş birliği olmaksızın tatmin edici bir şekilde çözümlenemeyeceğini dikkate alarak (...)”

6 Hathaway, ‘The Global Cop-Out’ (n 4) 591.

boşluğu (*protection gap*)⁷ 1969 tarihli Afrika Mülteci Sözleşmesi⁸ ve 1984 Cartagena Mülteciler Bildiris⁹ gibi bölgesel nitelikte hukuki metinler ile desteklenmiş ve pek çok uluslararası metinde¹⁰ de “yük paylaşımı” (*burden-sharing*) ilkesine yer verilmiştir. Ayrıca BM Genel Kurul Kararları¹¹ ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) İcra Komitesi kararlarında da yük paylaşımı ve dayanışmaya atıfta bulunulmuş ve devletlere, mültecilere ev sahipliği yapan ülkelere yardımda bulunmaları çağrısı yapılmıştır.¹² Ancak tüm bu literatüre rağmen yük ve sorumluluk paylaşımının niteliği ve içeriğine ilişkin somut ve bağlayıcı bir uluslararası çerçeve oluşturulamamıştır.¹³

1951 Cenevre Sözleşmesi'nin oluşturduğu yük paylaşımına ilişkin boşluk devam ederken özellikle 2015 sonrası süreçte sığınma arayanların küresel hareketliliklerinin kapsamı ve büyüklüğü uluslararası işbirliğinin önemini daha önce olmadığı kadar bariz hale getirmiştir. BMMYK, tüm dünyada 89.3 milyon zorla yerinden edilmiş kişi (mülteciler, sığınma arayanlar, mülteci benzeri durumda bulunanlar ve ülke içi yerinden

- 7 Volker Türk and Rebecca Dowd, 'Protection Gaps' in Elena Fiddian-Qasimiyeh, Gil Loasher, Katy Long, Nando Sigona (eds) *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (OUP 2014) 278. Türk ve Dowd, koruma boşluğunu (*protection gap*) ‘mültecilere ve diğer zorla yerinden edilmiş kişilere sağlanan korumadaki yetersizlikler’ olarak tanımlamaktadır. Yük ve sorumluluk paylaşımına ilişkin uluslararası bir sistem olmayışı normatif boşluk başlığı altında ele alınmaktadır. Ayrıca Bkz Alexander Betts, *Protection by Persuasion: International Cooperation in the Refugee Regime* (Cornell University Press 2009) 3-12; Patrick Wall, ‘A New Link in the Chain: Could a Framework Convention for Refugee Responsibility Sharing Fulfill the Promise of the 1967 Protocol?’ (2017) 29 IJRL 201, 207-08, 224.
- 8 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (adopted 10 September 1969, entered into force 20 June 1974) 1001 UNTS 45, <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022. Afrika Birliği Örgütü (ABÖ) Mülteci Sözleşmesi, bağlayıcı bir dayanışma sistemi öngörmektedir Bkz m. 2(4): “Bir üye devletin mültecilere sığınma hakkı tanımaya devam etmekte güçlük çekmesi halinde, söz konusu üye devlet, doğrudan veya ABÖ aracılığıyla diğer üye devletlere başvuruda bulunabilir ve bu diğer üye devletler, Afrika dayanışması ve uluslararası işbirliği ruhu içinde, (sığınma sağlayan üye devletin) yükünü hafifletmek için uygun önlemleri alacaklardır.”
- 9 Cartagena Declaration on Refugees, adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, Cartagena de Indias, Colombia, 22 November 1984, <<https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc19084/cartagena-declaration-refugees-adopted-colloquium-international-protection.html>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- 10 “Bir Devletin sığınma hakkı tanımakta veya vermeyi sürdürmekte güçlük çekmesi durumunda, devletler tek başına veya müştereken veya Birleşmiş Milletler aracılığıyla, uluslararası dayanışma ruhuyla, bu Devletin üzerindeki yükü hafifletmek için uygun önlemleri değerlendireceklerdir”. UNGA Res 2312 (XXII) ‘Declaration on Territorial Asylum’ (14 December 1967), m. 2(2); UNGA Res 55/2 ‘United Nations Millennium Declaration’ (18 September 2000) para 26.
- 11 UNHCR, *Thematic Compilation of General Assembly & Economic and Social Council Resolutions* (2015) 36–37; Bkz UNGA Res 74/131 (18 December 2019) preamble, paras 4, 24, 34, 37, 38; UNGA Res 74/130 (18 December 2019) paras 6, 15, 18, 19, 21, 22, 23, 52, 59, 62; UNGA Res 73/150 (17 December 2018) preamble, paras 22, 31, 34, 35.
- 12 Bkz UNHCR Executive Committee Conclusion No 22 (XXXII), ‘Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx’ (1981) para I.3 ve IV.1.; UNHCR Executive Committee Conclusion No 52 (XXXIX), ‘International Solidarity and Refugee Protection’ (1988) para 3 ve 4; UNHCR Executive Committee General Conclusion on International Protection No 77 (XLVI), 1995, para (o); UNHCR Executive Committee Conclusion on International Protection No 87 (L) (1999) para (I); UNHCR Executive Committee Conclusion No 100 (LV), ‘International Cooperation and Burden and Responsibility sharing in Mass Influx Situations’ (2004) preambular recitals 1, 2, 3, ve 5, para k; UNHCR Executive Committee Conclusion No 112 (LXVII), ‘International Cooperation from a Protection and Solutions Perspective’ (2016) para 1.
- 13 Betts, *Protection by Persuasion* (n 7) 3, 12 (“Yük paylaşımı için açıkça belirlenmiş bir yapı bulunmamaktadır”); Volker Türk and Madeline Garlick, ‘From Burdens and Responsibilities to Opportunities: The Comprehensive Refugee Response Framework and a Global Compact on Refugees’ (2016) 28(4) IJRL 656, 660 (“Sözleşme’de veya başka bir şekilde özel bir detaylandırmanın yokluğunda, söz konusu işbirliğinin tam olarak hangi biçim ve içeriğe sahip olacağı ve Devletlerin buna katkılarının ne olması gerektiğini belirlemede önemli bir zorluk ortaya çıkmaktadır”); Wall (n 7) 224 (“Sadece bir gereklilik mi yoksa yasal bir içeriği var mı? Eğer öyleyse, bunun uluslararası örf ve adet hukukunun bağlayıcı bir kuralı olduğunu, yoksa bağlayıcı olmayan bir hukuk ilkesi olduğunu söyleyecek kadar ileri gidebilir miyiz?”) (Tercümeleler tarafımıza aittir).

edilenler) olduğunu açıklamıştır.¹⁴ Bu rakamlar tarihin kaydettiği en yüksek rakamlar olarak karşımızda durmaktadır. Ayrıca söz konusu kişilerin büyük çoğunluğuna ev sahipliği yapan ülkeler arasında dünyanın gelir düzeyi en düşük ülkelerinin bulunması tabloyu daha da kötü hale getirmektedir.¹⁵ BMMYK mültecilere ilişkin uluslararası dayanışmayı kolaylaştırmayı hedefleyerek kitlesel akınlara yönelik “Çinli Mültecileri için Kapsamlı Eylem Planı” (CPA)¹⁶ ve “Uluslararası Orta Amerika Mültecileri Konferansı” (CIREFCA)¹⁷ gibi olay bazlı başarılı çözümler üretmiş olsa da¹⁸ genel bir yük ve sorumluluk paylaşımı sistemi kurulması mümkün olmamıştır.

Eski Yugoslavya, Kosova ve Vietnam gibi kitlesel akınlardan edinilen tecrübe, sığınmacılara kapılarını açan devletlerin başlangıçta sağlanan kısmi ekonomik yardım sonrası genellikle yalnız bırakıldığını göstermiştir. Suriye krizi sonrası da benzer şekilde sığınmacıların özellikle coğrafi olarak yakın oldukları Libya, Türkiye, Ürdün gibi ülkelere sığındıkları¹⁹ ve birçoğunun Avrupa topraklarına deniz yoluyla ulaşmaya çalıştıkları gözlemlenmiştir.²⁰ Özellikle 2015 sonrası yaşanan kitlesel akınlara ve göç yolunda yaşanan insanlık dramı uluslararası kamuoyunu bu konuda somut adımlar atmaya itmiş²¹ ve BM Genel Kurulu, büyük mülteci ve göçmen hareketlerini daha insancıl ve koordineli bir yaklaşımla ele almak için devletleri bir araya getirerek “Göçmen ve Mülteci Hareketlerine Yönelik BM Zirvesi”ni düzenlemiştir. Bu zirvede

- 14 UNHCR, ‘UNHCR Figures at a Glance’, <<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>> (16 Haziran 2022) Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.
- 15 Dünyanın en fazla mülteciye ev sahipliği yapan 10 ülkesi arasında yer alan Uganda aynı zamanda dünyanın en düşük gelirlili ekonomisine sahip ülkelerindendir Bkz The World Bank, ‘World Bank Country and Lending Groups’ <<https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519-world-bank-country-and-lending-groups>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.
- 16 The Comprehensive Plan of Action for Indochinese Refugees (CPA), Haziran 1989’da Cenevre’de Uluslararası Hint-Çinli Mülteciler Konferansında kabul edilen bir programdır. Çinli tekne halkının devam eden akını durdurmak ve Güneydoğu Asya’daki ilk sığınma ülkelerinin sığınma sağlama konusundaki isteksizliklerini azaltmak için oluşturulmuştur. Detaylı bilgi için Bkz Türk and Garlick, ‘From Burdens to Responsibilities’ (n 13) 665; W Courtland Robinson, ‘The Comprehensive Plan of Action for Indochinese Refugees, 1989-1997: Sharing the Burden and Passing the Buck’ (2004) 17 JRS 319; Astri Suhrke, ‘Burden-sharing during Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action’ (1998) 11 Journal of Refugee Studies 396.
- 17 The International Conference on Central American Refugees (CIREFCA) (1989) Latin Amerika ülkelerinde yaşanan mülteci akını sonrası mültecilere kalıcı çözümler bulmak için geliştirilen 7 ülkenin dahil olduğu bir girişimdir. Detaylı bilgi için Bkz Alexander Betts, *Comprehensive Plans of Action: Insights from CIREFCA and the Indochinese CPA* (UNHCR Working Paper 20, January 2006) <<https://www.unhcr.org/research/working/43eb6a152/comprehensive-plans-action-insights-cirefca-indochinese-cpa-alexander-betts.html>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.
- 18 UNHCR, *Towards a Global Compact on Refugees: Thematic Discussion 1 Past and Current Burden- and Responsibility Sharing Arrangements- Concept Paper* (10 July 2017) <<https://www.unhcr.org/59525f887.pdf>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- 19 UNHCR, Syria Regional Refugee Response <<https://data.unhcr.org/en/situations/syria>> (8 Eylül 2022) Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.
- 20 BMMYK tarafından yapılan çalışmada komşu ülkelere sığınan Suriyelilerin tehlikeli yollarla Avrupa’ya ulaşmaya çalışmalarının altından savaşın biteceğine ilişkin umutlarının kalmamış olması, yaşam koşullarının pahalılaşması ve yoksulluğun artması, iş ve geçim imkanlarının sınırlı olması, yardımlara ilişkin kesintiler, yasal ikameti yenilemenin önündeki engeller, yetersiz eğitim imkanları ve güvensiz hissedilmesi olmak üzere 7 sebep yattığı ifade edilmektedir. Ariane Rummery, ‘Loss of hope and deepening poverty driving Syrians to seek refuge in Europe’ (UNHCR, 25 September 2015) <<https://www.unhcr.org/news/latest/2015/9/560558b06/loss-hope-deepening-poverty-driving-syrians-look-refuge-europe.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022; Ariane Rummery, ‘Worsening conditions inside Syria and the region fuel despair, driving thousands towards Europe’ (UNHCR, 8 September 2015) <<https://www.unhcr.org/news/latest/2015/9/55eed5d66/worsening-conditions-inside-syria-region-fuel-despair-driving-thousands.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- 21 Matthew J Gibney, ‘Has the World Learned the Lessons of the 2015 Refugee Crisis?’ (World Politics Review, 31 March 2020) <<https://www.worldpoliticsreview.com/articles/28644/has-the-world-learned-the-lessons-of-the-2015-refugee-crisis>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

193 BM üyesi devlet büyük mülteci ve göçmen hareketlerini ele almak için “New York Deklarasyonu”nu kabul etmişlerdir.²² Geniş bir katılımı ile imzalanan bu metinde devletler “dünyadaki mültecilere ev sahipliği yapmanın ve onları desteklemenin yükünün ve sorumluluğunun daha adil bir şekilde paylaşılmasını sağlamayı” taahhüt etmişlerdir.²³ Bu taahhüt kapsamında gerçekleştirilen çalışmanın ardından BM “Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat” ve “Küresel Mülteci Mutabakatı” olmak üzere iki ayrı metin hazırlamıştır. İlk metin, göç olgusunun uluslararası düzeyde ele alınmasını hedefleyen bir metin iken Küresel Mülteci Mutabakatı (buradan itibaren KMM veya Mutabakat) özellikle mültecilere ev sahipliği yapan ülkelerin yüklerinin paylaşılması için uluslararası bir sistem kurmayı amaçlamaktadır.

Bu çalışma kapsamında KMM ve öngördüğü sistem dört bölüm bağlamında ele alınacaktır. İlk bölümde Küresel Mülteci Mutabakatı; içeriği, hukuki niteliği ve getirdiği yük paylaşımı sistemi incelenecektir. İkinci bölümde mülteci hukuku korumasının en kadim meselelerinden biri olan yük paylaşımına değinilecek ve KMM'nin bu soruna çözüm sunup sunmadığı hususu değerlendirilecektir. Üçüncü bölümde KMM'nin yük ve sorumluluk paylaşımına ilişkin getirdiği sistemin Türkiye’de bulunan Suriyeliler için kalıcı çözümler sunma potansiyeli ele alınacak ve son bölümde ise değerlendirmelere yer verilecektir.

II. Küresel Mülteci Mutabakatı

A. Göçmenler ve Mülteciler için New York Deklarasyonu

2015 yılında Orta Doğu’dan Avrupa’ya kadar geniş bir coğrafyayı etkisi altına alan kitlesel mülteci akını, özellikle yeni medya araçlarının da kullanımıyla yaşanan insanlık dramının dünya kamuoyu önünde çok daha görünür hale gelmesiyle devletleri uluslararası mülteci rejimini gözden geçirmeye sevk etmiştir.²⁴ 2016 yılında “*New York Mülteciler ve Göçmenler Zirvesi*” düzenlenmiş ve Zirvede 193 devletin daha adil bir sorumluluk ve yük paylaşımı oluşturmayı ve dünyanın her yerindeki mültecilere yardım etmeyi taahhüt ettikleri²⁵ “*Göçmenler ve Mülteciler için New York Deklarasyonu*” imzalanmıştır.²⁶ Deklarasyon’un kabul edilmesiyle birlikte devletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ve BM Şartında yer alan ilkelerin yanı sıra bir dizi temel insan haklarını düzenleyen

22 UNGA Res A/RES/71/1 ‘New York Declaration for Refugees and Migrants’ (19 September 2016) (New York Deklarasyonu).

23 New York Deklarasyonu (n 22) para 68.

24 Uluslararası mülteci hukuku rejiminde kapsamlı bir değişikliğe duyulan ihtiyaç sıklıkla dile getirilmektedir. Irial Glynn, ‘The Genesis and Development of Article 1 of the 1951 Refugee Convention’ (2012) 25(1) Journal of Refugee Studies 134; Seyla Benhabib, ‘The End of the 1951 Refugee Convention? Dilemmas of Sovereignty, Territoriality, and Human Rights’ (2020) 2 Jus Cogens 75; Gillian Parekh, ‘Is There Refuge for People with Disabilities Within the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees?’ (2009) 1 Critical Disability Discourses 9.

25 “Eşi benzeri görülmemiş düzeyde bir güç ve yankıya sahip siyasi bir taahhüt ve mültecilerin korunmasına ilişkin sistemde uzun süredir var olan bir açığı, BM Tüzüğü’nün ruhuna uygun şekilde mülteciler için sorumluluğun gerçek anlamda paylaşılması açığını kapatıyor” BM Mülteciler Yüksek Komiseri Filippo Grandi’nin BM Genel Kurulunda yaptığı açılış konuşması (19 Mayıs 2016) <<https://www.unhcr.org/tr/13196-unhcr-new-york-bildirisinin-esi-benzeri-gorulmemis-gucve-yankisini-memnuniyetle-karsiliyor.html>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.

26 New York Deklarasyonu (n 22) para 68.

antlaşmayı da teyit etmişlerdir. Bu husus Deklarasyon'un en önemli adımlarından birini oluşturmaktadır. Devletler, bu deklarasyon kapsamında hak temelli bir bakış açısıyla statülerine bakılmaksızın tüm mülteciler ve göçmenlerin insan haklarının korunmasını, özellikle kadınlar ve çocuklara yönelik özel önlemler alınmasını (eğitim, iş imkanı), güvenliklerini, onurlarını korumayı taahhüt etmiş ve ulusal mevzuatı dikkate alarak geri dönüş ve geri kabul de dahil olmak üzere güvenli, sistemli ve düzenli göçün sağlanması için ortak çalışmayı taahhüt etmişlerdir.²⁷ Aynı zamanda büyük çaplı mülteci ve göçmen hareketlerinde, tüm uluslararası toplumun ortak sorumluluğu bulunduğu da kabul edilmiş olmaktadır.²⁸ Bu bağlamda çok sayıda mülteci ve göçmeni kabul eden ve ev sahipliği yapan ülkelere destek verilmesi de kararlaştırılmıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; Deklarasyon'da yer alan en önemli hususlardan birini “önleyici tedbirler” oluşturmaktadır. Uluslararası literatürde ve basında sıklıkla “mülteci sorunu-problemi” olarak ifade edilen husus kendisi bizzatı bir sorun değil; çoğu zaman iç savaş, yaygın şiddet, iklim değişikliği veya doğal afetler gibi temel sorunların sonucudur. Başka bir deyişle uluslararası camia kahir ekseriyette sorunlar derinleşip mülteci akını sonucunu meydana getirdikten sonra konuya dahil olup, çözüm üretmeye çalışmaktadır. Ancak insanlar yaşadıkları yerleri terk ettikten sonra ileri sürülen çözümler genellikle kısa vadeli ve büyük maliyetli olmaktadır. Oysa dünya siyasetine bakıldığında göç hareketine neden olabilecek faktörler genellikle önceden fark edilebilmektedir. Dolayısıyla bu faktörlere ilişkin erken ve önleyici nitelikte tedbirler alınması ve sığınma ihtiyacı ortaya çıkmadan önce harekete geçilmesi daha etkili çözümler bulunmasını sağlayacaktır. Bu noktada *Goodwin-Gill ve McAdam* BM Şartı uyarınca²⁹ devletlerin birbirleriyle işbirliği yapma sorumluluğu altında olduklarına dikkat çekerek “devletlerin mülteci oluşturmama yükümlülüğü” (*the duty not to create refugees*) ilkesinin de bu bağlamda yol gösterici olacağına işaret etmektedir.³⁰ Her ne kadar uygulamada somut bir yansıması olmasa da Deklarasyon metninde de önleyici diplomasi temelinde kriz durumlarının erken önlenmesine yönelik çabaların arttırılmasına değinilmesi bu anlamda önemli bir gelişmedir. Buna ek olarak büyük mülteci ve göçmen hareketlerinin temel nedenlerinin ele alınmasına karar verilmesi, çatışmaların önlenmesi ve barışçıl çözümü, daha fazla insani yardım sağlanması, ulusal ve uluslararası düzeylerde hukukun üstünlüğünün geliştirilmesi ve insan haklarının korunması yanında yoksulluk, istikrarsızlık, marjinalleşme ve dışlanmanın neden olduğu hareketleri ve kalkınma ve ekonomik fırsatların eksikliğinin ele alınması ve kapasitelerinin güçlendirilmesi için menşe ülkelerle ortak çalışmalar yürütülmesinin

27 Elspeth Guild and Stefanie Grant, *Migration Governance in the UN: What is the Global Compact and What does it mean?* (Queen Mary University of London, Legal Studies Research Paper 252, 2017) 2.

28 New York Deklarasyonu (n 22) para 11. Mülteci hususunun hem yapı hem de kapsam olarak uluslararası nitelikte olduğu BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmektedir Bkz UNGA Res A/45 (12 February 1946).

29 Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945); Birleşmiş Milletler Antlaşması, Kanun Numarası: 4801, Kabul Tarihi: 15.08.1945, RG 24.8.1945/6902, madde 1(3).

30 Guy S Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (4. edn, CUP 2021) 3.

kararlaştırılması da esasen insan hareketliliğine sebep olan kök unsurları ortadan kaldırmaya yönelik girişimler olarak dikkat çekmektedir.³¹

Deklarasyon, uluslararası mülteci koruması rejiminin 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'ne dayandığını belirterek,³² rejimin temel unsurlarını oluşturan *non-refoulement* ilkesi ve sığınma arama hakkının³³ önemine değinmekte ve tüm ihtiyacı olanlara uluslararası korunma sağlanacağını taahhüt etmektedir.³⁴ Ayrıca mültecilerin ve göçmenlerin statü farkı gözetmeksizin sahip oldukları insan haklarına vurgu yapılarak³⁵ yerinden edilmiş kişilerle dayanışma içinde olunacağı belirtilmektedir.³⁶

Deklarasyon kapsamında göçmen ve mültecilere yönelik çalışmaların iki ayrı süreç olarak yürütülmesi kararlaştırılmıştır.³⁷ İlk etapta kitlesel akınlara yönelik kapsamlı bir yaklaşımın önemini altını çizerek statülerine bakılmaksızın hem mültecilere hem de göçmenlere yönelik taahhütler sıralanmıştır.³⁸ Bu bağlamda üye devletlere gelen tüm kişilerin -özellikle mülteci veya göçmen olmalarına bakılmaksızın kitleler halinde gelen kişilerin- insan merkezli bir bakış açısıyla toplumsal cinsiyete duyarlı ve hızlı bir şekilde kabul edileceği ve insan haklarına ve temel özgürlüklerine tam saygı gösterileceği taahhüt edilmiştir.³⁹ Sonraki bölümde sadece göçmenlere yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.⁴⁰ “*Statülerine bakılmaksızın tüm göçmenlerin güvenliğini, onurunu ve insan haklarını ve temel özgürlüklerini her zaman korumaya kararlı olduğu*” ifade edilerek; ulusal mevzuatın dikkate alınacağı, geri dönüş ve geri kabul dahil olmak üzere güvenli, düzenli ve düzenli göçü kolaylaştırmak ve sağlamak için yakın işbirliği yapılacağı belirtilmiştir.⁴¹ VI. Bölüm ise sadece mültecilere yönelik taahhütlere ayrılmıştır.⁴² Bu bölüme; büyük mülteci hareketlerine yol açan faktörler arasında terör dahil silahlı çatışma, zulüm ve şiddetin bulunduğu ifade edilerek, bu tür kriz durumlarının temel nedenlerini ele almak ve çatışmaları barışçıl yollarla önlemek veya çözmek için çalışılacağı taahhüdü ile başlanmıştır.⁴³

31 New York Deklarasyonu (n 22) para 12.

32 ibid, para 65.

33 ibid, para 67.

34 ibid, para 66.

35 ibid, para 5, 6, 19, 24, 26.

36 ibid, para 8.

37 ibid, para 21. Özellikle kitlesel akın hallerinde grubu oluşturan kişiler arasında mülteci, göçmen gibi farklı statülere sahip kişiler bulunmakta ve çoğu zaman ortak sorunlarla mücadele etmektedirler. Bu nedenle sürecin 2 farklı statü üzerinden ayrı olarak yürütülmesinin çalışmaları aksatacağı, etkisini azaltacağı ve koruma boşlukları (*protection gaps*) oluşturacağı doktrinde ifade edilmiştir Bkz Türk and Dowd (n 7) 278; Madeline Garlick and Claire Inder, ‘Protection of Refugees and Migrants in the Era of the Global Compacts- Ensuring Support and Avoiding Gaps’ (2021) 23(2) International Journal of Postcolonial Studies 207, 207; Cathryn Costello, ‘Refugees and (Other) Migrants: Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?’ (2018) 30(4) IJRL 643, 643.

38 New York Deklarasyonu (n 22) para 22-41.

39 ibid, para 22.

40 ibid, para 41- 63.

41 ibid, para 41.

42 ibid, para 64-88.

43 ibid, para 64.

Bu bağlamda en önemli taahhütlerden birini büyük mülteci hareketi veya uzun süreli mülteci durumlarında Üye Devletlerin, sivil toplum ortaklarının ve BM sisteminin sorumluluğunu belirleyen “*Kapsamlı Mülteci Müdahale Çerçevesi*”nin (KMMÇ) temel unsurları üzerinde anlaşmaya varılması oluşturmaktadır.⁴⁴ KMMÇ, çok sayıda mülteciye ev sahipliği yapan ülkeleri ve toplulukları desteklemenin, mültecilerin ev sahibi topluluklara dahil edilmesini teşvik etmenin, kalkınma aktörlerinin erken aşamada yük paylaşımı sürecine katılımını sağlamanın ve böylece “bütüncül toplum” yaklaşımı geliştirmenin önemine odaklanmaktadır ve Deklarasyon metninin eki olarak üye devletler tarafından imzalanmıştır.

Yukarıda sayılan tüm bu taahhütlerin somutlaştırılarak hayata geçirilmesi için ise biri güvenli, düzenli ve sistemli bir göç için diğeri ise mültecilere ilişkin olmak üzere iki farklı küresel mutabakatın akdedilmesi için müzakerelerin başlatılması kararlaştırılmıştır. Bu taahhüt uluslararası ve yeknesak kurallarla düzenlenmemiş olan göç hususunun küresel düzeyde ele alınması açısından önemli bir adımdır.⁴⁵ Ayrıca tüm dünyada mültecilere ev sahipliği yapan ülkelerin desteklenmesi ve yüklerinin adil bir biçimde paylaşılmasının sağlanması amacıyla mülteciler konusunda da küresel bir sözleşme akdedilmesi için de çalışmalara başlanmış ve nihai metin 17 Aralık 2018’de kabul edilmiştir.⁴⁶ KMM en temel haliyle uluslararası iş birliği olmadan mülteci sorunlarına sürdürülebilir bir çözümün sağlanamayacağını teyit ederek, daha öngörülebilir ve adil sorumluluk paylaşımı için bir çerçeve oluşturmaktadır.⁴⁷ Bir sonraki bölümde Mutabakat metninin içeriği ve getirdiği sistem incelenecektir.

B. Küresel Mülteci Mutabakatı’nın İçeriği

KMM, uluslararası mülteci hukuku rejiminde öngörülebilir ve eşitlikçi bir yük paylaşım sistemi temeli oluşturmayı amaçlamaktadır.⁴⁸ Uluslararası hukuk düzenlemelerine bakıldığında mültecilik statüsünün net kurallarla düzenlenmiş olduğu görülürken⁴⁹ yük paylaşımı büyük oranda devletlerin takdirine bırakılmıştır. Benzer

44 Kapsamlı Mülteci Müdahale Çerçevesi (The Comprehensive Refugee Response Framework), New York Deklarasyonu (n 22) Ek II.

45 Bu çalışma kapsamında göç hususu ele alınmayacaktır. “Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat” hakkında bilgi için Bkz Esra Yılmaz Eren, ‘Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat Üzerine Bir Değerlendirme’ (2021) 3(1) TAUHFD 65-122.

46 UNGA Res 73/151 (17 December 2018). BM Genel Kurulu’na sunulan metin için Bkz UNGA, Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, UN doc A/73/12, Part II: Global Compact on Refugees (2 August 2018). “*Mülteci Mutabakatı, mülteci rejimine on yıllardır yapılan en önemli eklemelerden biri gibi görünüyor*” Bkz James Cantor, ‘Fairness, Failure, and Future in the Refugee Regime’ (2018) 30 IJRL 627, 627.

47 KMM, para 2, 3.

48 KMM, para 3.

49 1951 Cenevre Sözleşmesi (n 1) madde 1A (2): “*İşbu Sözleşme’nin amaçları bakımından “mülteci” kavramı: (...) (2) 1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır.*”

şekilde devletlerin kendi ülkelerinde bulunan mültecilere yönelik sorumlulukları uluslararası normlara konu olurken, farklı coğrafyalardaki mültecilere olan sorumluluk çoğu zaman göz ardı edilmiş, süreç donör/bağışçı devlet olarak adlandırılan devletlerin takdir yetkileri oranında sağladıkları maddi yardımlarla yönetilmeye çalışılmıştır.⁵⁰ Bu noktada özellikle BMMYK yeknesak normlar oluşturmak için girişimlerde bulunmuş olsa da⁵¹ daha çok olay bazlı veya bölgesel mülteci durumlarına yönelik çalışmaların başarılı olduğu söylenebilir.⁵² Sürecin kontrolü ve Mutabakat'ın hazırlanması sürecini yöneten BMMYK tüm bu geçmiş başarılı organizasyonlardan edinilen deneyimleri bir araya getirerek Mutabakat'ı hazırlamayı başarmıştır. Bu noktada özellikle dönemin mülteci karşıtı politikaları, ana donör ülkelerin yardım bütçelerini azaltmaları gibi olumsuz bir siyasi ortam karşısında Komiserlik pek çok hususu kapsam dışında tutmak zorunda kalmıştır.⁵³ Aynı zamanda hem amaç hem de içerik bakımından oldukça sınırlı bir tutum izlendiğini söylemek doğru olacaktır.

Genel hatlarıyla bakıldığında, KMM'nin dört bölümden oluşmakta olduğu görülmektedir: Mutabakat'ın giriş bölümü; mutabakatın akdedilmesinin arka planını, yol gösterici ilkelerini ve hedeflerini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda mülteciliğin kapsam ve ölçek olarak çok ciddi artış gösterdiğine dikkat çekilerek daha önce örneği görülmemiş biçimde ihtiyaçlar ile insani yardım fonları arasındaki farkın açıldığı kaydedilmiş ve yük ve sorumluluğun acilen daha adil paylaşılmasına duyulan ihtiyaç vurgulanmıştır. Uluslararası sorunların çözümünde uluslararası iş birliğinin sağlanmasının Birleşmiş Milletler'in de temel amacı olduğu vurgulanarak ilgili tüm paydaşların sürece dahil edildiği, bağlayıcı olmayan ancak gönüllü katkılar yoluyla işlevsel hale getirilecek olan bir sistem kurulmasının amaçlandığı belirtilmiştir. "Yol Gösterici İlkeler" başlığı altında Mutabakat'ın *non-refoulement* ilkesi bağlamında 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne ve ayrıca bu alandaki uluslararası insan

50 Alexander Betts, 'The Global Compact on Refugees: Towards a Theory of Change?' (2018) 30(4) IJRL 623, 623.

51 Bu bağlamda BMMYK Yürütme Kurulu 1998 yılının konusunu "*Her yönüyle Dayanışma ve Yük Paylaşımı*" olarak belirlemiştir; 2004 tarihinde de "*Kitlesel Akın Hallerinde Uluslararası Dayanışma, Yük ve Sorumluluk Paylaşımına İlişkin Karar*" kabul edilmiştir. Bu noktada 2003-05 tarihleri arasında yürütülen "*Convention Plus Initiative*" olarak ifade edilen ve sorumluluk paylaşımının 3 anahtar boyutuna ilişkin (hedefe yönelik kalkınma yardımı- yeniden yerleştirme- ikincil hareketler) hükümetler arası mutabakat sağlamayı amaçlayan girişim bu noktada Mutabakat'ın en önemli halefini oluşturmaktadır. Söz konusu girişim ile belirlenen üç hususta genel nitelikte anlaşmalar oluşturulması ve Somali ve Afgan mültecileri örneklerinde olduğu gibi olay bazlı durumlara uygulanması kararlaştırılmıştır. Bu yaklaşım genel nitelikteki anlaşma olarak Küresel Mülteci Mutabakatı'nda hayata geçirilmiş ve olay bazlı çözümler mantığı ise Kapsamlı Mülteci Müdahale Çerçevesi ile somutlaşmıştır Bkz Betts, 'Theory of Change' (n 51) 624.

52 Bölgesel eylem planlarına Çinhindi Mültecileri için Kapsamlı Eylem Planı (*CPA-Comprehensive Plan of Action for Indochinese Refugees*) ve Orta Amerika'daki Mülteciler Üzerine Konferans (*CIREFCA- The International Conference on Central American Refugees*) örnek gösterilebilir. CPA ve CIREFCA hakkında detaylı bilgi için Bkz Alexander Betts, *Comprehensive Plans of Action: Insights from CIREFCA and the Indochinese CPA* (UNHCR Working Paper 20, January 2006) <<https://www.unhcr.org/research/working/43eb6a152/comprehensive-plans-action-insights-cirefca-indochinese-cpa-alexander-betts.html>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022; Robinson (n 16); Betts, *Protection by Persuasion* (n 7).

53 BMMY Komiseri Volker Türk, "*193 BM üyesi devletle hükümetler arası düzeyde tartışmak için ne hazırladığımıza dikkat etmek önemlidir, çünkü günün sonunda bir uzlaşma belgesi sumamız gerekecek. Küresel Mutabakatın ana teması olan sorumluluk paylaşımı gibi daha fazla güçlendirilmesi gereken alanlara öncelik vermek bir strateji meselesidir. Bizim için zaten uluslararası hukuk ve uygulama niteliğinde olan hususlar üzerinde tartışmamak bilinçli bir tercihtir, bu yüzden bu konuda oldukça temkinli bir yaklaşım görüyorsunuz*". Charlotte Alfred, 'UN Official: Refugee Compact Will Meet Fear and Ignorance with Facts' (*The New Humanitarian*, 1 March 2018) <<https://deeply.thenewhumanitarian.org/refugees/community/2018/03/01/u-n-official-refugee-compact-will-meet-fear-and-ignorance-with-facts>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

hakları belgelerine dayalı olan uluslararası mülteci koruma rejimi üzerinde yükselen bir sistem oluşturduğu ifade edilmektedir.

Mutabakat'ın amaçları ise; “*ev sahibi ülkeler üzerindeki baskının azaltılması, mültecilerin kendi kendilerine yeterliliklerinin güçlendirilmesi, üçüncü ülke çözümlerine erişimin genişletilmesi ve güvenli ve insan onuruna yakışır bir şekilde geri dönüşe yönelik olarak kaynak ülkelerdeki koşulların desteklenmesi*” olarak belirlenmiştir. Giriş bağlamında ayrıca “kök nedenlere yönelik önleme ve müdahale” başlığı altında mülteci hareketlerinin oluşmadan önce fark edilerek müdahale edilmesinin önemine dikkat çekilirken, müdahalenin menşee ülkelerin sorumluluğunda olduğuna vurgu yapılmaktadır.

New York Deklarasyonu'nun eki olan “Kapsamlı Mülteci Müdahale Çerçevesi” (KMMÇ) ise KMM'nin ikinci bölümünü teşkil etmektedir. New York Deklarasyonu kapsamında “büyük çaplı mülteci hareketleri ve sürüncemede kalan mülteci durumları” için hazırlanması taahhüt edilen Müdahale Çerçevesi, Mutabakat metninin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiştir. Taraf devletler, New York Deklarasyonu ile kitlesel mülteci akınlarından etkilenen devletlerin kendi başlarına üstesinden gelemeyecekleri durumlar bağlamında aktif hale getirilecek müdahale çerçevesinin önemli unsurlarını belirlemiştir.⁵⁴ KMMÇ, Mutabakat'ın yürürlüğe girdiği dönem itibarıyla dünyanın farklı bölgelerinden 15 ülkede uygulanmakta olan bir sistemdir. Başarıyla devam eden bu sistem Müdahale Çerçevesi ile Mutabakat'ın da parçası haline getirilmiştir.⁵⁵ Bu bağlamda kendi kendine yetme (*self reliance*) bakış açısıyla mültecilerin iş piyasasına erişimlerinin sağlanması gibi hususlara ağırlık verilerek mültecilerin bizzat buldukları ortamda desteklenmelerini sağlamaktadır. “Uganda'nın kendi kendine yeterlilik modeli” olarak ifade edilen bu usulde, mültecilere çalışma hakkı ve hareket özgürlüğü sağlanması sonrası mültecilerin refah düzeyinde ciddi bir artışın meydana geldiği görülmüş ve sistemin işlevselliğinin kanıtlanması sonrası BMMYK'nın gündemine gelmiştir. Böylece söz konusu başarılı modelin KMMÇ kapsamında diğer mülteci durumlarına da uygulanabilmesi kararlaştırılmıştır.⁵⁶ Bu örnekler doğru planlama ve Dünya Bankası'nın sürece dahil edilmesi ile sistemin mülteciler kadar ev sahibi ülkeler bakımından da önemli değişiklikler yapabilme potansiyeline sahip olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda koruma arayan sığınmacıların ülkelere erişiminin sağlanması, *non-refoulement* ilkesine riayet edilmesi ve hassas durumda bulunan sığınmacılar bakımından gerekli önlemlerin alınması kararlaştırılmıştır.

54 Söz konusu unsurlar; alım ve kabul, acil ve devam eden ihtiyaçlar için destek, ev sahibi ülkeler ve toplulukların desteklenmesi ve kalıcı çözümler olarak belirlenmiştir Bkz New York Konvansiyonu (n 22), Ek I, para 5-17.

55 Filippo Grandi, ‘The Global Compact on Refugees: A Historic Achievement’ (2019) 57(6) International Migration 23, 24.

56 Alexander Betts, Imane Chaara, Naohiko Omata and Olivier Sterck, *Refugee Economies in Uganda: What Difference Does the Self-Reliance Model Make?* (Oxford University Refugee Studies Center 2019) <<https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/refugee-economies-in-uganda-what-difference-does-the-self-reliance-model-make>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

Üçüncü bölüm ise Mutabakat'ın hedeflerine ulaşmasına yardımcı olmak için somut önlemleri belirleyen bir "Eylem Programı"ndan oluşmaktadır. Bu program kapsamında belirli durumlar için ulusal ve bölgesel düzenlemeler ve bunların finansmanı, ortaklıklar ve veri toplama ve paylaşma araçları aracılığıyla yüklerin ve sorumlulukların paylaşılmasına ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bu kapsamda yük ve sorumluluk paylaşımının merkezinde yer alacak yapının ana katılımcıları da belirlenmektedir. Olağan hukuki metinlerden farklı olarak Mutabakat, hükümetler, iş dünyasından aktörler, insani yardım kuruluşları ve inanç temelli gruplar gibi klasik mülteci sisteminde yer almayan ancak yük paylaşımında rol alabilecek aktörlere de yer vermektedir. Kalkınma aktörlerinin mülteci yük paylaşımı sistemine dahil edilmesi Mutabakat kapsamındaki en önemli fırsatlardan biri olarak görülmektedir. Özellikle mültecilerin misafir ülke ekonomisine dahil edilerek kendi kendilerine yeterli hale getirilebilmeleri için BMMYK'nın son yıllarda geliştirdiği modeller Mutabakat kapsamına dahil edilerek, mültecilerin buldukları toplumla daha hızlı bütünleşmesi ve büyük çoğunluğu sınırlı ekonomik güce sahip ev sahibi toplulukların da desteklenmesi amaçlanmaktadır. Böylece, insani yardım ve kalkınma aktörleri birlikte çalışarak mülteciler için katılımcı ve hak temelli politikalar geliştirilmesine katkıda bulunabileceklerdir. Ayrıca bu aktörlerin katkıda bulunabilecekleri belirli alanlar ve prosedürler de detaylı olarak düzenlenmiştir. Mutabakat, yalnızca sorumluluk ve yük paylaşımını düzenlemekle kalmayıp, aynı zamanda uygulamalarını ve yaklaşımlarını da göstermektedir. Bu kapsamda, mali katkılar ve yeniden yerleşim olanakları, maddi ve teknik yardımın yanı sıra, özel sektör iş yatırım fırsatları, kadınlara yönelik özel önlemler, mülteci hareketlerinin temel nedenlerine yönelik önlemler (iklim, doğal afetler ve barışı tesis etme operasyonları) ve diğer katkı türleri düzenlenmiştir.

C. Mutabakat'ın Kişi ve Konu Bakımından Uygulama Alanı

KMM, mültecilerin "*insanlığın ortak bir endişesi*" olduğunu (KMM, para 1) açıkça beyan ederek uluslararası toplumun bir bütün olarak ev sahibi ülkelere yardım etmek için dayanışma içinde hareket etmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.⁵⁷ Ayrıca, "*etkin, etkili ve pratik*⁵⁸ *düzenlenmelerle ev sahibi ülkeler ve topluluklar ile daha eşitlikçi ve öngörülebilir yük ve sorumluluk paylaşımı sağlamayı*"⁵⁹ ve buna ek olarak "*ev sahibi ülkeler üzerindeki baskının azaltılması, mültecilerin kendi kendine yeterliliklerinin güçlendirilmesi, üçüncü ülke çözümlerine erişimin genişletilmesi ve güvenli ve insan onuruna yakışır bir şekilde dönüşe yönelik olarak kaynak ülkelerdeki koşulların desteklenmesi*"ni amaçlamakta olduğunu ifade etmektedir.⁶⁰ Mutabakatın kişi bakımından uygulanma kapsamına *rationae personae* bakıldığında uluslararası

57 KMM, para 4 ve 14. "*Sığınma sağlayan bir ülke, uluslararası toplum adına ve uluslararası etiğe uygun olarak hareket etmektedir*" Bkz Guy S Goodwin-Gill, 'The Language of Protection' (1989) 1(1) IJRL 6.

58 KMM, para 16.

59 ibid, para 15.

60 ibid, para 7.

toplumun bütünüyle yük ve sorumluluğun daha iyi paylaşılmasını sağlamak üzere harekete geçmesi gerektiği hususuna vurgu yapıldığı görülmektedir.⁶¹ Dolayısıyla Mutabakat maddeleri 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne taraf olsun olmasın Genel Kurul'da Mutabakat için olumlu oy kullanan tüm devletler bakımından uygulanabilir niteliktedir. Bu husus esasen 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olarak uluslararası mülteci hukuku rejimine tabi olmayan ancak öte yandan mülteci nüfusunun önemli bir bölümünü barındıran devletlerin de Mutabakat'ı kabul etmek suretiyle sisteme dahil olmalarını sağlamıştır.⁶² 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletlerin mültecilere yönelik uygulamaları genellikle belirsizdir ve bazı durumlarda sadece iç hukuk tarafından düzenlenmektedir⁶³ bu nedenle bu devletlerin Mutabakatı imzalayarak ek bir taahhütte bulunmaksızın ortak mülteci rejimine dahil edilmesi önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir.⁶⁴

Mutabakat'ın konu bakımından uygulama alanı *rationae materiae* incelendiğinde sadece mülteci durumlarına ilişkin uluslararası iş birliğini düzenlediği, diğer statüleri kapsam dışı bıraktığı görülmektedir.⁶⁵ Bu noktada KMMC kapsamında nüfus hareketlerinin her zaman homojen yapıda olmayacağı, kitleler halinde yer değiştiren kişiler arasında mülteciler yanında farklı statüde koruma arayanlar da olacağına dikkat çekilmektedir. Ayrıca ülke içi yerinden edilmiş kişiler yanında doğal afetler ve iklim değişikliği nedeniyle zorunlu yerinden edilmiş kişilerin de uluslararası toplumun korumasına ihtiyaç duyabileceğine vurgu yapılmaktadır.⁶⁶ Esasen Mutabakat metninin hazırlık çalışmalarında kitlesel akın hallerinde kitlenin karma statüde bulunan kişilerden oluşacağı kabul edildiği görülmektedir. Hatta sürecin iki ayrı metin üzerinden yürütülmesinin etkililiği azaltacağı ve istenen düzeyde koruma sağlamayacağı da ifade edilmiştir.⁶⁷ Ancak devletlerin talebi ile iki ayrı metin üzerinden sürdürülen süreçte KMM'nin sadece mülteci durumlarını içermesi kararlaştırılmıştır. Bu noktada Mutabakat, mülteci tanımlamasına ilişkin herhangi bir yenilik içermemesi noktasında eleştirilmektedir. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nün mülteci

61 ibid para 4, 14.

62 Yemen ve Lübnan 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmamalarına rağmen KMM için olumlu oy kullanmışlardır Bkz Elizabeth Kinsky, 'The Legal Relevance of the Global Compact on Refugees: Improving Refugee Rights in Lebanon and Jordan', AUB Working Paper (April 2020) 15 <https://www.aub.edu.lb/ifi/Documents/publications/working_papers/2019-2020/20200406_the_legal_elevance_of_the_global_compact_on_refugees.pdf> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.

63 Martin Jones, 'Expanding the Frontiers of Refugee Law: Developing a Broader Law of Asylum in the Middle East and Europe' (2017) 9(2) Journal of Human Rights Practice 212, 212; Maja Janmyr, 'No Country of Asylum: "Legitimizing" Lebanon's Rejection of the 1951 Refugee Convention' (2017) 27(3) IJRL 438, 438.

64 KMM, para 5 (Yol Gösterici İlkeler). Thomas Gammeltoft-Hansen, 'The Normative Impact of the Global Compact on Refugees' (2018) 30(4) IJRL 605, 607.

65 Mutabakat metninde mülteci durumları dışındaki ülke içi yer değiştirme veya doğal afet ve iklim değişikliği temelli yer değiştirmelerin dahil edilmesi mümkün olmamıştır. Mutabakat metninin taslak metinlerinde "*Nansen Koruma Ajansı*"na atıf yapılmış olsa ve bu bağlamda doğal afet kaynaklı mülteciliğe ilişkin düzenlemeler yer alsa da nihai metinde bu atıf yer almamıştır. Yalnızca 63. paragrafta "*doğal afetler nedeniyle yerinden edilmiş kişilere yardıma yönelik tedbirler alınabileceği*" belirtilmiştir Bkz Volker Türk and Madeline Garlick, 'Addressing Displacement in the Context of Disasters and the Adverse Effects of Climate Change: Elements and Opportunities in the Global Compact on Refugees' (2019) 31(2) IJRL 389, 390-91.

66 KMM, para 12.

67 Costello (n 37) 649.

tanımlaması⁶⁸ içinde yer almayan ve zaman içerisinde korunma ihtiyacı oluşturan hususlar BMMYK'nın çabalarıyla koruma kapsamına dahil edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, silahlı çatışma veya şiddet⁶⁹, cinsiyet kimliği veya cinsel yönelim temelinde zulüm görenler⁷⁰, örgütlü çeteler, kaçakçılar ve diğer sivil toplum aktörleri tarafından şiddete maruz kalmış kişiler⁷¹ ve insan ticareti mağdurları⁷² BMMYK'nın 1951 Sözleşmesi'ni dinamik yorumlamasıyla koruma altına alınmaktadır. Buna rağmen ülke içi yerinden edilmiş kişiler (IDPs) ya da iklim değişikliği ve doğal afetler gibi sebeplerle ülkelerini terk etmek zorunda kalan ve uluslararası korumadan yararlanamayan pek çok kişi bulunmaktadır. Tüm bu çalışmalar ve edinilmiş deneyim ışığında uluslararası mülteci hukukunda uzun yıllardır tek bağlayıcı metin olan 1951 Cenevre Sözleşmesi'nden yıllar sonra uzlaşma sağlanan bu nitelikteki bir metnin, 1951 Sözleşmesi'nin kapsamını değiştirmesi beklenmese de en azından yeni kavramlara yer vermesi ve 1951 Sözleşmesi'ne kıyasla daha geniş bir koruma çerçevesi belirlemesi beklenebilecektir.⁷³ Ancak Mutabakat metni 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamında sayılmayan ancak uluslararası koruma ihtiyacı olan kişilere ilişkin bir düzenleme veya mülteci kapsamının genişletilmesine ilişkin bir planlama öngörmemiştir.⁷⁴

- 68 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (n 1) madde 1(A)2: “(...) mülteci kavramı (...) ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet konusunu dışında bulunan, oraya dönmeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır.”
- 69 Silahlı çatışma ve yaygın şiddet nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda kalanların mülteci statüsünde değerlendirilmesine ilişkin Bkz UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 12 on claims for refugee status related to situations of armed conflict and violence under article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the regional refugees definitions* (02 December 2016) HCR/GIP/16/12 <<https://www.unhcr.org/publications/legal/58359afe7/unhcr-guidelines-international-protection-12-claims-refugee-status-related.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- 70 UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (23 October 2012) HCR/GIP/12/01 <<https://www.refworld.org/docid/50348afe2.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- 71 UNHCR, *Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from El Salvador* (March 2016) HCR/EG/SLV/16/01 <<https://www.refworld.org/pdfid/56e706e94.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- 72 UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 7: The Application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons At Risk of Being Trafficked* (7 April 2006) HCR/GIP/06/07 <<https://www.refworld.org/docid/443679fa4.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- 73 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nün orijinal metninde düzenlenen mülteci tanımında yer almayan unsurlar (Madde 1-A(2): “... ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan”) nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda kalanlar BMMYK'nın çabalarıyla korunmaktadır. Bu kapsamda silahlı çatışma veya şiddet nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda kalanlar veya organize çeteler, kaçakçılar ve diğer hükümet dışı aktörler tarafından şiddete maruz kalan kişiler BMMYK'nın 1951 Cenevre Sözleşmesi'ni dinamik yorumlamasıyla mülteci kapsamına dahil edilmektedir Bkz UNHCR, ‘Guidelines on International Protection No. 7’ (n 73).
- 74 Uluslararası korumaya ilişkin madde, Mutabakatın ilk taslak metninde “Uluslararası koruma ihtiyacı kişiler kendi ülkelerinin dışında bulunuyorlarsa ve orada tehlikeye olabilecekleri için geri dönmüyorlarsa ve menşei ülkeleri onları koruyamayacak durumda ise veya korumak istemiyorsa ortaya çıkacaktır” şeklinde oldukça net ve kapsayıcı bir düzenleme içermektedir Bkz The Global Compact on Refugees, Final Draft, 26 June 2018, para 52 <<https://www.unhcr.org/5b3295167.pdf>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2022. Ancak yapılan değişiklikler neticesinde nihai metin “Uluslararası koruma ihtiyaçlarının belirlenmesi” başlığı altında 61. paragrafta uluslararası korumayı açıkça tanımlamaktan kaçınan ve tüm takdir yetkisini de ilgili devlete bırakan bir usul ile düzenlenmiştir. “Bireysel uluslararası koruma taleplerinin adil ve etkin bir biçimde belirlenmesine yönelik mekanizmalar; Devletlerin koruma boşluklarını önleyen ve uluslararası koruma ihtiyacı bulunan herkesin buna ulaşarak bundan yararlanabileceği bir şekilde, geçerli uluslararası ve bölgesel yükümlülüklerine uygun olarak topraklarındaki kişilerin statüsünü gereğince belirlemeleri için bir olanak sağlamaktadır. Büyük ölçekli mülteci hareketleri bağlamında, gruba dayalı koruma (mülteci statüsünün ilk bakışta tanınması gibi), Devlet tarafından uygun bulunduğu takdirde, uluslararası koruma ihtiyaçlarına müdahale konusunda yardımcı olabilir”. Çeviri için Bkz İGAMDER, Küresel Mülteci Mutabakatı Türkçe Çevirisi (8 Ekim 2019) <https://igamder.org/uploads/belgeler/GCR_Turkish.pdf> Erişim Tarihi 5 Ekim 2022.

Yer değiştirmeye sebep olan en önemli etmenlerden biri olan iklim değişikliği ve doğal afetler hususları ise sadece “kök sebepler” bağlamında Mutabakat metninde yer almıştır. KMM, iklim, çevresel bozulma ve doğal afetleri doğrudan mülteciliğin sebepleri arasında saymamış, sadece bu hususların mülteci hareketliliğiyle etkileşim halinde olduğuna dikkat çekmiştir. “Temel sebeplere yönelik önleme ve müdahale” başlığı altında

“Ayrıca, kendileri mülteci hareketlerinin sebebi olmamakla birlikte; iklim, çevrenin bozulması ve doğal afetler de mülteci hareketlerinin itici güçleriyle artan oranda etkileşim içindedir. İlk olarak temel nedenlere müdahale etmek, mülteci hareketlerinin kaynağını oluşturan ülkelerin sorumluluğudur” düzenlemesiyle iklim değişikliği ve doğal afetler mülteci hareketlerinin asli sebebi değil, itici gücü olarak belirlenmiştir. Ancak bu hususların 1951 Cenevre Sözleşmesi veya ulusal hukuk düzenlemeleri bağlamında mültecilik (iklim mülteciliği) sebepleri arasında yer almasına ilişkin bir düzenleme de getirmemiştir. Mutabakat’ın ilerleyen bölümlerinde uzmanlığa sahip paydaşların doğal afetlere (iklim değişikliği maddede yer almamaktadır) bağlı yer değiştirmeye mücadele eden devletlere yardım edebileceği de hükme bağlanmıştır.⁷⁵ İklim değişikliğine bağlı yer değiştirme, devletlerin KMM’nin sadece mültecilik kapsamındaki hususları ele alması gerektiği yönündeki istekleri doğrultusunda “Küresel Göç Mutabakatı” kapsamında ele alınmıştır.⁷⁶ Bu tablo devletlerin iklim kaynaklı yer değiştirme hususunu, mültecilere yönelik sorumluluklarının normlar ve ilkelerle belirlenmiş olduğu mülteci hukuku rejimi kapsamında ele alma konusundaki isteksizliklerini ortaya koymaktadır. Ayrıca iklim değişikliği ve doğal afetlere ilişkin tartışmaların da büyük oranda “Küresel Göç Mutabakatı” ve göç ekseninde şekilleneceği izlenimini vermektedir.⁷⁷ Bu bakış açısı esasen KMM’nin çok önemli iki temel meseleyi kapsam dışı bırakmasıyla sonuçlanmıştır. Dünyada yer değiştiren kişilerin yarısından fazlası ülke içi yer değiştiren (IDP) iken⁷⁸ gelecekte iç savaş veya yaygın şiddetten daha çok iklim değişikliği nedeniyle ülkelerini terk edecekleri öngörülmektedir. Bu da gelecekteki sorunlara şimdiden çözüm üretilmesi imkanını ortadan kaldırmaktadır.⁷⁹

Öte yandan KMM isabetli bir biçimde mülteci hareketlerinin temel nedenlerine müdahale etmenin önemini vurgulamakta ve bu hususta menşe ülkelerin

75 KMM, para 63.

76 Walter Kälin, ‘The Global Compact on Migration: A Ray Hope for Disaster-Displaced Persons’ (2018) 30(4) IJRL 664-667; Yılmaz Eren, ‘Göç Mutabakatı’ (n 45) 90 vd.

77 Kälin (n 76) 667.

78 UNHCR, ‘Figures at a Glance’, <<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>> (16 Haziran 2022) Erişim Tarihi 19 Eylül 2022; Internal Displacement Monitoring Center, ‘Global Report on Internal Displacement’ <<https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2022/#part1>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

79 Öte yandan KMM’nin yük ve sorumluluk paylaşımını özellikle ve öncelikle mülteci durumları için düzenlediğini ancak devletlerin gönüllü yaklaşımlarına bağlı olarak diğer yerinden edilme halleri bağlamında uygulanması imkanını da sağladığı ifade edilmektedir Bkz Gillian D Triggs and Patrick CJ Wall, ‘The Makings of a Success: The Global Compact on Refugees and the Inaugural Global Refugee Forum’ (2020) 32(2) IJRL 283, 302.

sorumluluğunun bulunduğuna dikkat çekmektedir. Büyük ölçekli mülteci akınlarını önlemek ve çözmek için siyasi ve insani aktörler ile kalkınma ve barış aktörleri arasında iş birliği yapılması ihtiyacına da dikkat çekmektedir.⁸⁰ Ancak mülteci hareketlerinde dışsal faktörlerin rolü hususunda sessiz kalmaktadır. Son yıllarda yaşanan büyük mültecilerin hareketlerinin Afganistan, Irak, Libya ve Suriye’den kaynaklanmış olduğu ve bu ülkelerdeki silahlı müdahale ve koruma sorumluluğu (*responsibility to protect-R2P*) çalışmalarının etkisi göz önüne alındığında, dış faktörler söz konusu kitlesel akınlarda önemli bir etmen haline gelmektedir. Bu bağlamda Mutabakat’ın üçüncü ülkelerin etkisine değinmemesi bir eksiklik olarak görülmektedir.⁸¹

Mutabakat’a yönelik bir başka eleştiri, “sığınma hakkı”na doğrudan değinilmeyerek sadece beş numaralı dipnotta sığınma hakkının yer aldığı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne atıfta bulunmakla yetinmesidir. Mutabakat’ın binlerce insanın sığınma ararken Akdeniz’de yaşamlarını kaybettiği süreçte kabul edildiği göz önüne alındığında belki de en önemli amacın uluslararası korumanın güçlendirilmesi, sığınma arama hakkının pekiştirilmesi, *non-entrée* uygulamalarının sonlandırılması ve bu yönde devletlere sorumluluklar yüklenmesi olması gerekirken; sürekli artan mülteci hareketlerine yönelik herhangi bir taahhüt içermeyen metin, denizde alıkonulan veya kurtarılan sığınmacılar için prosedürler veya çözümler de sağlamamaktadır.⁸² Mutabakat’ın ilk amacının “*ev sahibi ülkeler üzerindeki baskının azaltılması*”⁸³ olarak belirlenmesi temel insan haklarının ikinci plana atıldığı izlenimini vermektedir.⁸⁴

Doktrinde Mutabakat’ın içeriğine ilişkin tüm bu hususlar dile getirilirken KMM’yi hazırlayanlar metnin, uluslararası mülteci hukukunun tüm eksik yönlerini telafi etmeyi veya rejimin tüm unsurlarını yeniden çerçevelemeyi amaçlamadığına dikkat çekmektedirler.⁸⁵ Özellikle Mutabakat’ın kabul edildiği dönemde artan mülteci karışıklığı⁸⁶, sürecin sağlıklı işlemesine yönelik tehlikeler barındırmaktadır. Bu nedenle daha fazla düzenleme veya tartışmaya yol açmadan; mevcut düzenlemelere dayanan, uygulamadaki mülteci korumasını güçlendirebilecek ve geliştirebilecek nitelikte pragmatik ve elverişli araçlara odaklanıldığı ifade edilmektedir.⁸⁷ Dolayısıyla KMM, II. Dünya Savaşı’ndan bu yana uluslararası mülteci rejiminin en zorlu ve

80 KMM, para 8.

81 Bhupinder S Chimni, ‘The Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back’ (2018) 30(4) IJRL 630, 631.

82 T Alexander Aleinikoff, ‘The Unfinished Work of the Global Compact on Refugees’ (2018) 30(4) IJRL 611, 611.

83 KMM, para 7.

84 Chimni (n 82) 631.

85 Alfred (n 54); Volker Türk, ‘Opening Remarks to the Formal Consultations for the Global Compact on Refugees’ (UNHCR, 13 February 2018) <<https://www.unhcr.org/admin/dipstatements/5ab0bb787/opening-remarks-second-formal-consultation-global-compact-refugees.html>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022; Betts, ‘Theory of Change’ (n 51) 626 (“KMM’nin mevcut tarihi dönemeçte mülteci sisteminin her yönüne değinmesi mümkün değildir. Odaklanabilmek için kaçınılmaz biçimde seçimler yapmak zorundaydık”) (tercüme tarafımıza aittir); Geoff Gilbert, ‘Indicators for the Global Compact on Refugees’ (2018) 30(4) IJRL 635-39, 638.

86 Wall (n 7) 214.

87 Volker Türk, ‘Prospects for Responsibility Sharing in the Refugee Context’ (2016) 4 Journal on Migration and Human Security 45, 46-47; Grandi (n 56) 24.

acil ihtiyacı olan adil bir yük ve sorumluluk paylaşımını işlevsel hale getirmeyi⁸⁸ ve sistemi değiştirmek yerine sisteme daha fazla kaynak aktarmayı öncelemekte,⁸⁹ uluslararası koruma rejiminin kapsamını değiştirmeyi ya da devletler bakımından yeni sorumluluklar ihdas etmeyi hedeflememektedir.

D. Mutabakat'ın Hukuki Niteliği

KMM, ev sahibi devletlerle güçlü bir iş birliğini sürdürmeyi ve mültecilerin kendi kendilerine yeterliliklerini geliştirmeyi amaçlamaktadır. Ancak söz konusu ilkelerin hayata geçirilmesi devletlerin gönüllü katkılarına bağlıdır; başka bir deyişle Mutabakat bağlayıcı bir yük paylaşımı düzeni öngörmemektedir.⁹⁰ Metnin hukuki niteliği incelenirken metnin başlığında kullanılan “mutabakat” kavramının ne ifade ettiğine bakmak faydalı olacaktır. “Mutabakat” (*compact*)⁹¹ kavramı ilk kez temel insan hakları, işçi hakları, yolsuzlukla mücadele ve çevre güvenliği alanlarında küresel bir kamu-özel ortaklığı kurmak amacıyla BM ile çok uluslu şirketler arasında imzalanan “*BM Küresel İlkeler Mutabakatı*” bağlamında gündeme gelmiştir.⁹² Bir konunun Mutabakat formunda düzenlenmiş olması yasal taahhütler yerine siyasi ve fiziksel iş birliğine odaklanmanın tercih edildiğini göstermektedir. Başka bir deyişle Mutabakat metinleri yasal bağlayıcılığı olan ve karşılıklı taahhütlerle kurumsal bir biçimde düzenleme yapılma imkanı olmayan hususlarda, iyi uygulamalar örnek alınarak farklı paydaşların sürece dahil edilmesiyle işbirliğinin amaçlandığı alanlarda başvurulan bir yöntem olarak görülmektedir.⁹³ Bu bağlamda mutabakatlar esnek hukuk kuralları (*soft law*) ihdas etmektedirler.

KMM metni incelendiğinde metnin hemen başlarında 4. paragrafta Mutabakat'ın uluslararası toplumun mülteciler ve mültecilere ev sahipliği yapan ülkelerle iş birliği ve dayanışma yapmalarına yönelik isteklerini yansıttığı ifade edilirken, hukuki olarak bağlayıcı olmadığı net bir biçimde vurgulanmaktadır. Öte yandan Mutabakat'ın “*Birleşmiş Milletler üye devletleri arasında öngörülebilir ve eşitlikçi bir yük ve sorumluluk paylaşımı temeli oluşturma*” şeklindeki taahhüdü;⁹⁴ 1951 Cenevre

88 Garlick and Inder (n 37) 212.

89 Betts, ‘Theory of Change’ (n 51) 625.

90 KMM, para 4.

91 New York Deklarasyonu'nun İngilizce versiyonunda *compact* kelimesi kullanılırken, Fransızca ve İspanyolca versiyonları *pacte mondiale* ve *pacto mundial* başka bir deyişle *pact* kavramı tercih edilmiştir.

92 “Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Mutabakatı”, sosyal açıdan sorumlu iş uygulamalarını teşvik etmeye yönelik küresel bir girişimdir Bkz John G. Ruggie, ‘Reconstituting the Global Public Domain- Issues, Actors, and Practices’ (2004) 10(4) European Journal of International Relations 499-531. Aynı kavram daha sonra Avrupa Birliği ile Lübnan arasında imzalanan mutabakat metni kapsamında da kullanılmıştır Bkz EU-Lebanon Compact, The Association Council, ‘Decision No 1/2016 of the EU-Lebanon Association Council agreeing on EU-Lebanon Partnership Priorities’, Brussels, 11 November 2016 (OR. en) UE-RL 3001/16 <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/system/files/2018-12/eu_lebanon_partnership_priorities_2016-2020_and_their_annexed_eu-lebanon_compact.pdf> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

93 Marion Panizzon, ‘The Global Migration Compact and the Limits of “Package Deals” for Migration Law and Policy’ in Elsebeth Guild, Isobel Roele, Marion Panizzon, Thomas Gammelthoft-Hansen and Violeta Moreno-Lax (eds) *What is a Compact? Migrants’ Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (Raoul Wallenberg Institute Working Paper 1, 2017) 22.

94 KMM, para 3.

Sözleşmesi'nin sadece başlangıç metninde yer alan uluslararası iş birliği vurgusundan bir adım daha öteye gidildiğini göstermektedir.⁹⁵ Buna rağmen söz konusu taahhüdün içeriği belirsiz ve normatif etkiden uzaktır. Metin genelde insan hakları, özelde mülteci hakları bakışıyla ele alındığında “*Yol gösterici ilkeler*” başlığı altında Mutabakat'ın BM Şartı'nın amaç ve ilkelerine uygun olduğu ve *non-refoulement* ilkesi temelinde 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nden oluşan uluslararası mülteci koruma rejimine dayandığı ifade edilmektedir.⁹⁶ Ayrıca bölgesel nitelikteki mülteci hukukuna ilişki belgelerin ve BM Genel Kurul kararlarının da Mutabakat'ın temel hukuki altyapısını oluşturduğu beyan edilmektedir.⁹⁷ Öte yandan eğitim, sağlık, kadınlar ve kız çocukları, çocuklar, ergenler ve gençler ve gıda güvenliği gibi bazı sosyal ve ekonomik hususlara da Mutabakat kapsamında yer verilmiş olduğu görülmektedir.⁹⁸ Ancak bu genel atıflar dışında metinde, mülteci haklarına ilişkin en temel meseleler olan yasadışı giriş nedeniyle cezalandırılmama, gözetim altına alınma ya da çalışma hakkı gibi hususlara ilişkin herhangi bir düzenleme göze çarpmamaktadır. Hatta hak temelli bir bakış açısının yansıtılmasından özellikle uzak durulduğu ve metnin devlet inisiyatifini ön plana alan bir dil ile kaleme alındığı söylenebilecektir.⁹⁹

Bu noktada 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin akdedildiği tarihten itibaren uluslararası mülteci rejiminde normatif boşluk olarak ifade edilen uluslararası bağlayıcı bir yük paylaşımı mekanizması oluşturulmasına ilişkin böyle bir fırsatın neden bağlayıcı olmayan bir metin ile kaçırıldığı sorusu gündeme gelmektedir.¹⁰⁰ Bu soruya verilebilecek olan ilk cevap esasen pragmatik nitelikte bir cevaptır: Zira devletlerin sahip oldukları sorumluluklara ek yeni sorumluluklar altına girme ve bağlayıcı bir yük ve sorumluluk paylaşımı mekanizması oluşturmaya yönelik iradeleri bulunmamaktadır.¹⁰¹ İkinci olarak, bağlayıcı nitelikte sözleşmeler sınırları iyi belirlenmiş ve sıkı sıkıya uygulanan normlara dayalı sistemlerdir ve değiştirilmesi de oldukça zor prosedürlere tabi kılınmıştır.¹⁰² Öte yandan bağlayıcı olmayan bir işbirliği yapısının, tüm katılımcılara esneklik sağlayarak devletlerin katkılarını kendi koşullarına göre belirlemelerine imkan sağlayacağı için yük ve sorumluluk paylaşımına ilişkin temel bir çerçeve belirlenmesinde ideal bir sistem sunacağı¹⁰³ ve bağlayıcı

95 1951 Cenevre Sözleşmesi, Başlangıç Metni, para 4: “*Sığınma hakkını tanımanın, bazı ülkelere son derece ağır yük yükleyebileceğini ve uluslararası kapsamı ile niteliği Birleşmiş Milletler’ce kabul edilmiş bulunan bir sorunun, uluslararası iş birliği olmaksızın tatmin edici bir şekilde çözümlenemeyeceğini dikkate alarak (...)*”

96 KMM, para 5.

97 ibid.

98 ibid, para 80-81.

99 Gammelthoft-Hansen, ‘The Normative Impact’ (n 65) 609.

100 Hathaway, ‘The Global Cop-Out’ (n 4) 593; Gammelthoft-Hansen, ‘The Normative Impact’ (n 65) 610.

101 Elizabeth Ferris, ‘The Global Summit on Refugees and Migrants: The Pesky Issue of Level of Ambition’ (*Andrew & Renata Kaldor Center for International Refugee Law*, 14 September 2016) <<https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/global-summit-refugees-and-migrants-pesky-issue-level-ambition>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

102 Jean-Pierre Fonteyne, ‘Burden-sharing: An Analyses of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees’ (1983) 8 *Australian Yearbook of International Law* 162, 184.

103 Gammelthoft-Hansen, ‘The Normative Impact’ (n 65) 607.

düzenlemelere göre daha kolay uzlaşmaya varılacağı ifade edilmektedir.¹⁰⁴ Hatta yasal olarak bağlayıcı olunan ve mümkün olduğunca düşük tutulan bir alt limit belirlemek yerine, bağlayıcı olmayan bir işbirliği çerçevesinin devletlere ulaşabilecekleri bir tavan hedef gösterdiği ve dolayısıyla normatif ve işlevsel hırsı tetiklediği ifade edilmektedir. Noll, devletlerin bağlayıcı bir yük ve sorumluluk paylaşımına zorlanması halinde en düşük seviyeyi hedefleyeceklerini ve böylece gerçek ihtiyacın karşılanmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedir.¹⁰⁵ Ayrıca KMM'nin bağlayıcı olmayan bir yapı kurmasının uluslararası dayanışma çabasına pek çok farklı paydaşın katılımını da kolaylaştırdığı ifade edilmektedir.¹⁰⁶

Mutabakat, esnek yapısıyla hükümetler, sivil toplum kuruluşları gibi klasik paydaşlar yanında yerel idareler, parlamentolar, iş dünyası, spor camiası gibi pek çok kesimi de sürece dahil etmiştir.¹⁰⁷ Bu sebeplerin yanında daha da öne çıkan husus, devletlerin kahir ekseriyetinin bu alanda bağlayıcı düzenlemeler yapmak gibi bir iradesi bulunmamasıdır. Bu noktada BMMYK'nın mevcut siyasi ortam büyük çaplı bir reforma elverişli olmadığı için “*thin approach*” olarak ifade edilen bir yaklaşımla mülteci rejimini düzenlemeyi hedeflediği ifade edilmektedir.¹⁰⁸ Benzer şekilde Ignatieff, “*Demokrasilerin çoğunda vatandaşlar, demokratik olarak seçilmiş çıkarlarının diğer ülkelerdeki insanların çıkarlarına üstün gelmesi gerektiğine inanırlar. Uzlaşmanın çoğulcu olabilmesi için zayıf olması gerekir*” diyerek bu konuda her devletin destekleyeceği genel kurallar üzerinde fikir birliği sağlanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁹ Buna karşılık Hathaway, zayıf bir yaklaşımın her ülkenin talep ve çıkarlarının farklılaştığı bir ortamda ortak bir noktada buluşmanın zorluğuna çözüm olmayacağını belirtmektedir. Tam aksine tüm uluslararası kamuoyuna iyi tasarlanmış ve öngörülebilir bir sorumluluk ve yük paylaşım mekanizmasının herkesin beklentileri karşılayacağını açık ve net bir biçimde gösterilmesi gerekmektedir.¹¹⁰ Bu noktada 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne sorumluluk ve yük paylaşımına ilişkin yapılacak ek bir protokolle çok daha etkili bir mülteci rejimi oluşturulabileceğini ifade eden yazar, KMM'nin mevcut haliyle mülteci rejiminin işlevsel açığına (*operational deficit*) ilişkin çözümler sunmadığını ve ev sahibi ülkelerin yük paylaşımına ilişkin net ve etkili bir paylaşım sistemi öngörmediğini¹¹¹ belirterek Mutabakat'ın devletlere

104 Alan Boyle, ‘Soft Law in International Law-Making’ in Malcolm Evans (ed) *International Law* (4th edn, OUP 2014) 120.

105 Gregor Noll, ‘Risky Games? A Theoretical Approach to Burden-Sharing in the Asylum Field’ (2003) 16 *Journal of Refugee Studies* 236, 246.

106 Gammelthoft-Hansen, ‘The Normative Impact’ (n 65) 607.

107 KMM, para 37-38, 39, 42, 44.

108 Volker Türk, Assistant High Commissioner for Protection: “(...) *Mevcut durumda biliyorum ki daha fazla yeniden yerleşim, daha iyi aile birleşimi ve daha fazla finansman olmasını diliyoruz. Küresel Mutabakat, zamanla daha iyi sonuçlar verecek olan bir istektir.*” Bkz Charlotte Alfred, ‘UN Official: Refugee Compact Will Meet Fear and Ignorance with Facts’ (*Refugees Deeply*, 1 March 2018) <<https://deeply.thenewhumanitarian.org/refugees/community/2018/03/01/u-n-official-refugee-compact-will-meet-fear-and-ignorance-with-facts>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

109 Michael Ignatieff, *The Ordinary Virtues: Moral Order in a Divided World* (Harvard University Press 2017) 47.

110 Hathaway, ‘The Global Cop-Out’ (n 4) 596.

111 *ibid* 594.

tanınan gönüllülük bağlamında sadece bitmeyecek tartışmalarla dolu konferanslar düzenlediğini belirtmektedir.¹¹² *Siegfried* de benzer şekilde Mutabakat'ın mevcut haliyle uluslararası mülteci rejiminin işlevsel boşluğuna ve ev sahibi devletlerin yükünün dağılımına açık ve etkili bir çözüm sağlayamadığına; dolayısıyla tarihi bir fırsatın kaçırıldığına dikkat çekmektedir.¹¹³ *Gammelthoft-Hansen*, ise bu tartışmaya farklı bir açıdan yaklaşarak, mutabakatların olağan antlaşmalar hukuku sisteminde yer aldığı şekliyle norm oluşturan metinler olmadığını, buna karşın oluşturulan ekosistemler veya yapılar aracılığıyla uluslararası işbirliğini teşvik etmeyi amaçlayan metinler olduğunu ve KMM'nin de bu bakışla ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda liberal insan hakları teorisi, yumuşak hukuk normlarının koruma standartları üzerinde geliştirici etkisi olduğuna dikkat çekerek ve bu normların koruma standardı oluşturduklarına ve gelecekte bağlayıcı düzenlemeler yapılmasına katkı sağladığını ileri sürmektedir.¹¹⁴ Bu bakış açısıyla Mutabakat'ın uluslararası mülteci hukuku rejiminin temel normlarını teyit ettiğini ve koruduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletlerin de mevcut kazanımlarla birlikte uluslararası mülteci koruma rejimine dahil edildiği göz önüne alınarak Mutabakat'ın oluşturduğu yapı ve kurumlar ile zaman içerisinde norm oluşturma rolünü de üstlenerek bağlayıcı nitelikte bir ek Protokol veya yük ve sorumluluk paylaşımına ilişkin sözleşmenin ilk adımını attığı iddia edilebilecektir.¹¹⁵

Metin bütünüyle ele alındığında yeni bir hukuki sistem oluşturmayı amaçlamadığı, sadece devletlerarası yük paylaşım sistemine yeni aktörler ve mekanizmalar getirmeyi hedeflemekte olduğu görülmektedir. Bu bağlamda “*geniş ve baskın bir desteği yansıtan*”¹¹⁶ metin, mevcut haliyle uluslararası mülteci hukukuna ilişkin mevcut düzenlemelerin ve ilkelerin içeriğinin doğru belirlenmesine ve yeknesak biçimde uygulanmasına hizmet ederek mevcut kazanımları koruma rolünü üstlenmektedir.¹¹⁷ İlerleyen süreçte nasıl bir etki oluşturacağı ise büyük oranda içeriğinin devletler tarafından nasıl somutlaştırılacağına bağlı olarak şekillenecektir.

E. Mutabakat'ın Öngördüğü İzleme Mekanizmaları

Mutabakat metni yeni paylaşım aktörlerini sürece dahil ederek başarılı tecrübeler ışığında oluşturduğu yapıyla etkili, sürdürülebilir ve adil bir yük paylaşımı rejimi oluşturmayı amaçlamaktadır. Mutabakat'ın 4 hedefine ulaşması noktasında gelinen

112 Hathaway, 'The Global Cop-Out' (n 4) 593.

113 Kristin Siegfried, 'Will the Refugee Summit be a Missed Opportunity?' (*The New Humanitarian*, 15 July 2016) <<https://www.thenewhumanitarian.org/analysis/2016/07/15/will-refugee-summit-be-missed-opportunity>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

114 Gammelthoft-Hansen, 'The Normative Impact' (n 65) 606. Benzer görüş için Bkz. Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, 'International Norm Dynamics and Political Change' (1998) 52 *International Organization* 887, 887.

115 *Türk ve Garlick* tarafından ifade edildiği üzere esasen uluslararası mülteci hukuku korumasındaki yük ve sorumluluk paylaşımına ilişkin boşluk uzun vadede en etkili biçimde 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne ek bir Protokol ile telafi edilebilecektir Bkz *Türk and Garlick* (n 13) 673.

116 Volker Türk, 'The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees' (2018) 30(4) *IJRL* 580, 582.

117 Gammelthoft-Hansen, 'The Normative Impact' (n 65) 610; Aleinikoff (n 83) 612.

aşamanın tespit edilebilmesi amacıyla 15 gösterge (*indicator*) belirlenmiş ve bunların düzenli raporlanması kararlaştırılmıştır.¹¹⁸ Bu raporlar, daha eşitlikçi ve öngörülebilir bir yük paylaşım rejimi oluşturularak mültecilerin barındırılması, korunması ve yardım sağlanması için bir temel teşkil edecektir.¹¹⁹ Bu bağlamda ilk Gösterge raporu 2021'de yayınlanmıştır. Raporda Mülteci Mutabakatı'nın 2016-2021 yılları arasındaki süreçte nasıl bir etki oluşturduğu değerlendirilmektedir.¹²⁰

Ayrıca mültecilere ev sahipliği yapan devletlere taahhüt edilen katkıların sağlanabilmesi için küresel düzeyde izleme ve gözden geçirme mekanizmaları öngörülmüştür. Bu bağlamda dört yılda bir düzenlenmesi planlanan “*Küresel Mülteci Forumu*”, özel durumlar için “*Destek Platformları*”¹²¹ ve “*Dayanışma Konferansları*”¹²² şeklinde yeni yük paylaşım imkanları ve mekanizmalar yanında iki yılda bir düzenlenmesi planlanan üst düzey yetkililer toplantısı ve BM Genel Kurul’una sunulacak olan yıllık rapor şeklinde takip ve gözden geçirme düzenlemelerine yer vermektedir.¹²³ Bir sonraki bölümde uluslararası işbirliğinin sağlanması için küresel düzeyde gerçekleşen bir düzenleme olan Küresel Mülteci Forumu ve bölge ve ülke bazlı olarak gerçekleştirilen özel mülteci durumlarına yönelik kapsamlı bir müdahaleyi desteklemek için gerçekleştirilecek olan düzenlemeler ele alınacaktır.

1. Küresel Mülteci Forumu

KMM, mültecilere ev sahipliği yapan ülkelere destek olunmasını sağlamak amacıyla devletlerin düzenli olarak bir araya gelerek yük ve sorumluluk paylaşımını gündeme alacakları Forumlar düzenlenmesini öngörmektedir.¹²⁴ “*Küresel Mülteci Forumları*”nın küresel düzeyde ve BM üyesi devletlerin ve ilgili tüm tarafların katılımıyla dört yılda bir gerçekleşmesi planlanmaktadır.¹²⁵ Söz konusu forumların KMM'nin hedeflerinin gerçekleştirilebilmesi için somut güvencelerin ve katkıların duyurulması ve yük ve sorumluluk paylaşımına ilişkin fırsatlar, zorluklar ve farklı yöntemlerin tartışılması için uygun bir zemin oluşturması hedeflenmiştir. Bu forumlar devletlerin ve diğer paydaşların gönüllü olarak belirleyecekleri finansal, maddi ve teknik destek yardımı gibi katkılarını sunabilecekleri uygun bir ortam sağlamaktadır.

118 UNHCR, ‘Global Compact on Refugees: Indicator Framework’ (July 2019) 5 “*Gösterge çerçevesi küresel bir genel taslak sunmaktadır ve zorunlu yer değiştirmenin her yönünü içermediği gibi sınırlı sayıda da belirlenmemiştir. Bu bağlamda tanımlayıcı ve örnek niteliğinde kabul edilmelidir*” (tercüme tarafımıza aittir).

119 KMM, para 48.

120 UNHCR, Global Compact on Refugees Indicator Report 2021, <https://www.unhcr.org/global-compact-refugees-indicator-report/wp-content/uploads/sites/143/2021/11/2021_GCR-Indicator-Report_spread_web.pdf> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

121 KMM, para 22 vd.

122 Betts, ‘Theory of Change’ (n 51) 625.

123 ibid.

124 T Alexander Aleinikoff and Susan Martin, *Making Global Compacts Work: What Future for Refugees Migrants?* (The University of New South Wales Policy Brief 6, April 2018) 8 <https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/sites/kaldorcentre.unsw.edu.au/files/Policy%20brief_6%20final.pdf> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

125 KMM, para 17.

Ayrıca devletler yeni yerleştirme kotaları veya belli mülteci gruplarına özel kabul gibi fiziksel paylaşım teklifleri de sunabileceklerdir.¹²⁶ Bu bağlamda KMM, devletlere geleneksel yük paylaşım modellerinin yanı sıra yeni modeller ve denenmiş başarılı örnekleri¹²⁷ de alternatif olarak sunmakta ve sisteme daha fazla kaynak aktarma hedefini gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.¹²⁸

Öte yandan, bu noktada belirtmek gerekir ki, forumlarda yer alan yük ve sorumluluk paylaşımı mekanizmalarına devletlerin katılımı tamamen gönüllü olarak düzenlenmiştir. Forumlarda devletler tarafından ileri sürülen taahhütlerin gerçekleşip gerçekleşmediği ancak bir sonraki Forum'da gündeme getirilebilecektir. Bu bağlamda BMMYK, devletler ve diğer paydaşlar tarafından verilen taahhütlerin takibi için bir mekanizma kuracak ve taahhütlerin ve katkıların gerçekleşmesi hakkında rapor verecektir.¹²⁹ Bu nitelikte bir gözden geçirme mekanizması, devletleri ve diğer paydaşları dayanışma taahhütlerini yerine getirmeye teşvik edebilecektir; ancak buna rağmen taahhüdünü yerine getirmeyen devletler veya diğer paydaşlar bakımından nasıl bir yol izleneceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu denetim mekanizmasının işlevinin ve yetkilerinin daha net bir biçimde belirlenmesi Forumların devletler gözündeki itibarını arttıracak gibi, yük ve sorumluluk paylaşımının da daha somut hale gelmesini sağlayacaktır.¹³⁰ Mutabakat kapsamında kararlaştırıldığı üzere ilk Küresel Mülteci Forumu 2019 yılında Kosta Rika, Etiyopya, Almanya, Pakistan, Türkiye ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından ortaklaşa düzenlenmiştir.¹³¹ İlk Forum, “yük ve sorumluluk paylaşımı, eğitim, iş ve geçim kaynakları, enerji ve altyapı, çözümler ve koruma kapasitesi” olmak üzere altı kilit alana odaklanmıştır.¹³² Foruma sadece devletler değil, aynı zamanda sivil toplum kuruluşları, özel sektör kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve hatta mültecilerin kendileri de iştirak etmiş bu bağlamda üçüncü ülke yerleştirmelerinin kapasitesini arttırmak, özel sektörün mülteci müdahalelerine katılımının sağlanması, mültecilerin eğitimine erişiminin artırılması ve “Küresel Akademik Disiplinlerarası Ağ” ve “Sığınma Kapasitesi Destek Grubu” kurulması¹³³ gibi pek çok yararlı taahhüt

126 ibid, para 18.

127 Kanada'nın uyguladığı “özel sponsorluk programları” (*private sponsorship programme*) önemli bir örnektir. 1978'den beri kullanılmakta olan bu modelde Kanada halkının mali ve kişisel desteğinden faydalanılarak mültecilerin yeniden yerleştirilmesi sağlanmaktadır. Örneğin sadece 2014-2015 yılları arasında özel sponsorluk programları 200.000'den fazla kişiye yardım etmiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz Matthew La Corte, ‘An Alternative Way to Resettle the Refugees’ (*Wall Street Journal-Opinion*, 10 September 2015) <<https://www.wsj.com/articles/an-alternative-way-to-resettle-the-refugees-1441928091>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022. Ayrıca Barbara Triviranus and Michael Casasola, ‘Canada’s Private Sponsorship of Refugees Program: A Practitioners Perspective of its Past and Future’ (2003) 4 *Journal of International Migration and Integration* 177.

128 Betts, ‘Theory of Change’ (n 51) 625.

129 KMM, para 101.

130 KMM, para 101-107.

131 UNHCR, Outcomes of the Global Refugee Forum 2019, <<https://www.unhcr.org/events/conferences/5ecd458c4/outcomes-global-refugee-forum-2019.html>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

132 Bkz UNHCR, ‘Summary of the First Global Refugee Forum by the co-convenors’, 18 December 2019. <<https://www.unhcr.org/5dfa70e24>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

133 ibid, para 6.

gündeme gelmiştir.¹³⁴ İlk Forum incelendiğinde devletlerin sığınmacıların doğrudan ülkelere kabulü, yeniden yerleştirme kotalarından çok maddi yük paylaşımı yönünde taahhütlerde buldukları görülmektedir.¹³⁵ Bununla birlikte forumların devletleri biraya getirerek mevcut sorunları her yönüyle ele almaları ve çözümler üretebilmeleri için uygun bir platform oluşturacağı ve böylece öngörülebilir ve doğrudan uygulamaya yönelik tedbirlerin alınmasının sağlanacağı da ifade edilmektedir.¹³⁶

2. Mülteci Durumu Temelli Bölge ya da Ülkeye Özgü Mekanizmalar

Küresel Mülteci Forumları dışında, KMM, büyük ölçekli bir akın veya ev sahibi devletin tek başına altından kalkamayacağı karmaşık bir mülteci hareketliliğinin varlığı halinde bölge veya ülke bazlı mekanizmaların işler hale getirilmesini de öngörmektedir. Ev sahibi ülkeler ve bazı hallerde kaynak ülkeler tarafından talep edilebilecek bu platformlar, ev sahibi ülkenin koruma sağlayamadığı veya sağladığı korumanın yetersiz kaldığı büyük ölçekli mülteci hareketleri veya ev sahibi ülke veya kaynak ülkenin ek desteğe ihtiyaç duyduğu ya da ciddi bir çözüm imkânının oluştuğu (kaynak ülkeye yüksek sayıda geri dönüş gibi) sürüncemede kalan mülteci durumlarında gündeme gelmektedir.¹³⁷ Destek platformları yalnızca mültecileri değil, aynı zamanda devletleri ve toplulukları da teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda ortak bir destek platform modeli öngörülmemiş; her bir münferit mülteci durumuna özgü olarak kurumsal, teknik, kaynak ve diğer destek biçimlerinin belirlenmesi öngörülmüştür. Bu konferanslar, iyi planlanmış politikalar uygulayarak bağışçı sayısını artırmayı ve acil mülteci durumlarına daha iyi karşılık verilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda ilgili kabul devleti, başarılı uygulamaları örnek alarak ulusal düzenlemeler (*national arrangements*) yapmak suretiyle ihtiyaç duyduğu operasyonel düzenleme ve mali ve teknik yardım için planlamalar gerçekleştirebileceği gibi,¹³⁸ gerekli şartların oluşması halinde “Destek Platformu” (*Support Platform*) ve “dayanışma konferansı”¹³⁹ kurulması için uluslararası kamuoyunu da harekete geçirebilecektir.¹⁴⁰ Bu konferanslar daha fazla bağışçıya ulaşılmasını sağlayarak, iyi planlanmış politikalarla mülteci acil durumlarına daha iyi karşılık verilmesini temin etmektedir.

Destek Platformları ev sahibi ülkeler ve topluluklar için mülteci durumuna özgü destek sağlamak üzere oluşturulmuşlardır.¹⁴¹

Bu bağlamda Destek Platformunun işlevleri;

134 İlk Küresel Mülteci Mutabakatı üzerine detaylı bir analiz için Bkz Triggs and Wall (n 80) 325.

135 UNHCR, Outcomes of the Global Refugee Forum 2019 (n 132) 23 vd.

136 Türk, ‘The Promise’ (n 117) 580.

137 KMM, para 24.

138 ibid, para 20-21.

139 ibid, para 27.

140 ibid, para 22-30.

141 ibid, para 24.

- “Önleme, koruma, müdahale ve çözümler için siyasi taahhüdü ve savunuculuğu harekete geçirmek
- Yeniden yerleştirme ve üçüncü ülkelere kabul için tamamlayıcı yollar yanında mali, maddi ve teknik yardımın harekete geçirilmesi,
- Ev sahibi toplulukları ve mültecileri desteklemek için kalkınma aktörlerinin erken ve sürekli katılımı da dahil olmak üzere uygun insani yardım ve kalkınma müdahalelerini kolaylaştırmak
- Ev sahibi ülkeler üzerindeki baskıyı hafifletmek, dayanıklılık ve özgüven oluşturmak için kapsamlı politika girişimlerini desteklemek ve çözümler bulmak şeklinde sayılmaktadır.¹⁴²”

Bu platformda yer alan işlevlerin gerçekleştirilmesi ve kapsamlı, etkili ve adil bir sorumluluk paylaşımı ile hiçbir ülkeye aşırı yük yüklenmeksizin milyonlarca mültecinin korunması mümkün olabilecektir. Halihazırda Küresel Mülteci Forumu çatısı altında Orta Amerika ve Meksika’daki “MIRPS Destek Platformu”, Doğu ve Afrika Boynuzu’nda IGAD tarafından yürütülen “Nairobi Süreci” ve Afgan Mülteciler için “SSAR Destek Platformu” olmak üzere üç Destek Platformu aktif haldedir. Bunlardan Orta Amerika ve Meksika için gerçekleştirilen Platform; Orta Amerika krizini görünür hale getirmek, MIRPS Ülkeleri olarak ifade edilen Meksika, Beliz, Honduras, Kosta Rika, Panama, Guatemala ve El Salvador ülkeleri için destek sağlamak ve iyi örneklerin ve tecrübelerin paylaşılmasının teşvik edilmesi amaçlanmaktadır. Afgan Mülteciler için Destek Platformu ise; gönüllü geri dönüş için ortamın uygun hale getirilmesi, dönüş ve yeniden entegrasyon bölgelerin yapılacak insani ve kalkınma ortaklıklarıyla sürdürülebilir bir yeniden entegrasyon temin etmek ve ev sahibi ülkelerde bulunan mültecilerin yeteneklerini ve dayanıklılıklarını arttırarak geri dönüş için gerekli şartları oluşturmayı hedef olarak belirlemektedir. Nairobi Destek Platformu ise Sudan, Güney Sudan, Etiyopya, Somali, Kenya, Uganda ve Cibuti ülkeleri için aktif hale getirilmiştir. Bu Platform Nairobi siyasi sürecinin devam etmesini ve pekişmesini sağlamayı, özellikle eğitim, sağlık ve geçim alanında desteği arttırmak, daha fazla devlet ve özel sektörü sürece dahil ederek bu paydaşların taahhütlerinin izlenmesini sağlamayı amaçlamaktadır.¹⁴³

Tüm bu hususlar dikkate alındığında BMMYK’nın bu Mutabakat çerçevesini, başarılı geçmiş deneyimlerin ortak özelliklerini esas alarak düzenlediği anlaşılmaktadır.¹⁴⁴ Yük paylaşımının sadece hükümetlerarası görüşmeler neticesinde gerçekleştiği

142 ibid, para 22.

143 Destek Platformları hakkında bilgi için Bkz. <<https://globalcompactrefugees.org/article/support-platforms-grf-anniversary>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

144 *Türk and Garlick*, önceki tüm dayanışma çabalarının ortak özelliklerini “işbirliği içinde olan ilgili Devletler arasında ortak çıkarlar bulunması”, “farklı coğrafi bölgelerdeki Devletlerin katkıda bulunma taahhütleri” ve “bir bölgenin veya duruma özel stratejilerin geliştirilmesine odaklanma” olarak belirlemektedir. Bu özelliklerin, sorumluluk paylaşımı konusunda öngörülebilir ve adil uluslararası işbirliği konusunda ortak bir anlaşmaya varılması için gerekli çerçeveyi oluşturduğunu ifade etmektedirler Bkz *Türk and Garlick* (n 13) 669.

geçmiş tecrübeler ek olarak günümüz dünyasında yük paylaşımında daha önce yer almayan Dünya Bankası ve iş dünyası gibi yeni aktörler bulunmaktadır. KMM tüm paydaşların sürece dahil olmasını sağlayarak daha yenilikçi mali destek imkanlarını sağlayabilecektir.¹⁴⁵

III. Mutabakat Yük Paylaşımına İlişkin Etkili bir Sistem Kurabilmiş Midir?

KMM, yukarıda da ifade edildiği üzere mültecilerin barındırılması ve desteklenmesine ilişkin yük ve sorumluluğun daha eşitlikçi bir biçimde paylaşılmasını amaçlamaktadır.¹⁴⁶ Mutabakat'ın bu amacı ne oranda yerine getirebildiğine karar verilebilmesi için öncelikle uluslararası mülteci hukuku bağlamında yük paylaşımı hususuna değinilmesinde fayda vardır. Kitlesel akın hallerinde veya acil insani durumlarda yük ve sorumluluk paylaşımı, yer değiştirmeden kaynaklanan bedellerin ve sorumlulukların ülkeler arasında nasıl paylaşılacağını ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁴⁷ Kavramsal olarak bakıldığında “yük paylaşımı” (*burden-sharing*), “sorumluluk paylaşımı” (*responsibility-sharing*), “uluslararası işbirliği” (*international cooperation*) ve “dayanışma” (*solidarity*) gibi pek çok terimin aynı ya da benzer hususları ifade etmek için birbirlerinin yerine kullanıldıkları görülmektedir.¹⁴⁸ Daha önce de ifade edildiği üzere 1951 Cenevre Sözleşmesi başlangıç bölümünde mültecilere ev sahipliği yapan ülkelerin ağır yüke maruz kaldıklarına dikkat çekse de¹⁴⁹ diğer devletlerin bu yükü paylaşmalarına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir.¹⁵⁰ Bu husus devletlerin mülteci hukuku sistemini oluştururken uluslararası nitelikte ve bağlayıcı bir paylaşım düzeni kurmaya ilişkin iradelerinin olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁵¹

Bu bağlamda uygulamada görülen ve başarılı olmuş yük paylaşım modelleri de devletlerin bağlayıcı mekanizmalar üzerinde herhangi bir uzun vadeli taahhütte

145 Betts, ‘Theory of Change’ (n 51) 624.

146 KMM, para 1.

147 Asha Hans and Astri Surkhe, ‘Responsibility Sharing’ in James C. Hathaway (ed) *Reconceiving International Refugee Law* (Martinus Nijhoff 1997) 103; Joanne Van Selm, *Refugee Protection in Europe: Lessons from the Yugoslavian Crisis* (Martinus Nijhoff 1998) 125.

148 “Uluslararası işbirliği” terimi daha çok uluslararası hukukla ilişkilendirilirken (Rüdiger Wolfrum, “cooperation” in Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (April 2010) <<https://opil.ouplaw.com/>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022); “dayanışma” bağlamında zorluklarla karşılaşan devletlere yardım etmek için oluşturulmuş normatif bir sorumluluğa atıfta bulunmaktadır (Rüdiger Wolfrum, “solidarity”, in Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (November 2006) <<https://opil.ouplaw.com/>>, Erişim Tarihi 2 Eylül 2022). 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde, kavramların anlamlarına veya aralarındaki ayrımlara ilişkin herhangi bir netlik bulunmadığı görülmektedir Bkz Inder (n 4) 527.

149 Bkz (n 5).

150 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları esnasında BM Genel Sekreterinin yük paylaşımına ilişkin bir madde eklenmesi talebi, işbirliğine ilişkin bağlayıcı bir düzenleme oluşturulmasına açık bir şekilde karşı çıkan devletlerce reddedilmiştir Bkz Guy S. Goodwin-Gill, *International Refugee Law—Yesterday, Today, but tomorrow?* (RLI Working Paper 16, 2016) 4 <<https://openreserch.lsbu.ac.uk/>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

151 Terje Einersen and Marthe Angedahl, *The universal asylum system and the 2016 New York Declaration: towards an improved 'global compact' on refugees?* (RLI Working Paper 17, 2016) 16 <https://rli.sas.ac.uk/sites/default/files/files/RLI_final.pdf> 16 Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

bulunmaksızın çoğunlukla *ad hoc* nitelikteki paylaşım modelleri olmuştur. Bu modellerden ilk değinilmesi gereken Uluslararası Mülteci Organizasyonu (*International Refugee Organization-IRO*) tarafından II. Dünya Savaşı sonrasında gerçekleştirilen yeniden yerleştirmedir. *Ad hoc* nitelikteki ve devletlere gelecekteki mülteci durumları ile ilgili bağlayıcı yükümlülük getirmeyen bu yük paylaşım modeli ile mülteci kamplarında bulunan yaklaşık 1.3 milyon mülteciye 1947 ve 1950 yılları arasında Batı Avrupa ülkelerine yerleştirilmesi ile kalıcı çözüm üretilmiştir.¹⁵²

“Bot insanları” olarak anılan yaklaşık 1.1 milyon Vietnamlı mültecinin ABD başta olmak üzere Batıdaki ülkelere yeniden yerleştirilmesi, ilk sığınma ülkeleri ve kabul ülkeleri arasında gerçekleşen anlaşmaya dayalı olarak gerçekleşen *ad hoc* sorumluluk ve yük paylaşımı planının bir başka örneğini teşkil etmektedir. Süreç, mültecilerin dünya savaşı sonrası dağılımında kurulan mekanizmaya benzer şekilde, göç endişeleri, insani yükümlülükler ve siyasi faktörler ile bağlantılı seçim kriterleri tarafından yönlendirilmiş; zaman içerisinde yeniden yerleşim planına verilen desteğin azalması ile BMMYK’nın önderliğinde menşe ülke, ilk sığınma ülkesi ve potansiyel yeniden yerleşim ülkeleri arasında yürütülen müzakereler sonucunda 1989’da Kapsamlı Eylem Planı (CPA) oluşturulmuştur.¹⁵³ CPA kapsamında sığınma ülkeleri artmakta olan caydırıcılık politikalarını durdurmayı ve bireysel sığınma değerlendirme prosedürlerini üstlenmeyi kabul ederken, yeniden yerleşim ülkeleri mülteci statüsünde bulunan kişileri yeniden yerleştirmeyi ve menşe ülke de mülteci statüsü kazanamayan ve gönüllü geri dönmek isteyenleri kabul etmeyi taahhüt etmiştir. Ayrıca mültecileri kabul eden ülkelere IRO modeline benzer şekilde tek taraflı seçim prosedürleri ve kabul kriterleri oluşturma konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Başarılı ve gönüllü *ad hoc* yük paylaşımı modellerine üçüncü bir örnek, eski Yugoslavya’daki uluslararası müdahalenin ardından Avrupa’da gerçekleşmiştir. 1999’da gerçekleşen NATO müdahalesi sonrası on binlerce mülteci kitleler halinde Makedonya ve Arnavutluk’a sığınmaya başlamış ve Makedonya’nın sınırı kapatması ile Yugoslavya ve Makedonya arasında yer alan bölgede mülteciler kötü koşullarda sıkışık kalmışlardır.¹⁵⁴ İnsani Tahliye Programı (HEP) ve İnsani Nakil Programı (HTP)

152 Suhrke (n 16) 404. Suhrke, bu planın başarısında mülteciler ve kabul devletleri arasındaki kültürel ve etnik bağlar; üçüncü ülkelerdeki işgücü ihtiyacı ve başlıca kabul devletlerinin savaşta taraf olmasından kaynaklanan ahlaki yükümlülük uygulamalarının rol oynaması şeklinde 3 önemli faktöre dikkat çekmektedir. Bu bağlamda kalıcı çözüme ihtiyaç duyan kişi sayısına denk kabul devleti bulunduğu için IRO yeniden yerleşimin kolaylaştırıcısı olarak işlev görmüş ve her bir kabul devleti kendi tercihlerine göre belirli alım kriterlerine karar verme konusunda özgür olmuştur.

153 CPA hakkında detaylı bilgi için Bkz Robinson (n 16) 319. CPA’nın başarılı olmasının altında yatan temel etmenin mültecilerin korunmasından çok güvenlik endişeleri olduğu da doktrinde ifade edilmiştir. “*Planın temelini, mültecilerin korunmasına yönelik bir endişe değil, ABD bölgesindeki jeopolitik güvenlik çıkarları ve kolektif bir çabaya doğru itici güç olarak BMMYK’nın oynadığı merkezi rol olduğu sonucuna varmak makuldür*” Bkz Alexander Betts, ‘Refugees in International Relations’, in Alexander Betts and Gil Loescher (ed), *Refugees in International Relations* (OUP 2011) 71; “(...) *İnsani zorunluluklar tek başına CPA’yı sürdürmeyi başaramazdı*” Bkz Suhrke (n 16) 406.

154 Sophia Benz and Andreas Hasenclever, ‘Global Governance of Forced Migration’ in Alexander Betts and Gil Loescher (eds), *Refugees in International Relations* (OUP 2010) 199.

bağlamında tüm mülteciler NATO tarafından inşa edilen kamplara taşınmıştır.¹⁵⁵ Dünya Bankası ve farklı ülkelerin finansal olarak katkıda bulunduğu program kapsamında mültecilere ABD ve 27 ülke ile yürütülen dağıtım planlarına bağlı olarak sınırlı bir süre kalmaları koşuluyla Makedonya'ya giriş imkanı sağlanmıştır. NATO'nun sürece dahil olması ve jeopolitik çıkarların süreçteki etkisi eleştirilse de¹⁵⁶ Kosova bağlamındaki bu *ad hoc* yük paylaşım modeli başarılı bir model olarak görülmektedir.

Uygulanmış bu modeller dışında kapsamlı ve etkili bir yük ve sorumluluk paylaşımı için doktrinde de ileri sürülen öneriler bulunmaktadır. *Grahl-Madsen*, sığınma arayanların ülkeler arasında ülkelerin gayri safi milli hasılasına göre oluşturulacak bir kota yardımıyla dağıtılmasını önermiştir.¹⁵⁷ Plan uyarınca; hiçbir ülkenin ulusal güvenlik veya kamu düzenine tehdit oluşturabilecek herhangi bir kişiyi kabul etmeye ve hiçbir mültecinin kendi isteği dışında bir ülkeye gönderilmeye zorlanmaması şartıyla ilk sığınma ülkelerindeki sığınmacılar aynı bölgedeki diğer ülkelere yeniden yerleştirileceklerdir. Her ülkenin mültecileri makul bir süre kabul etmesi öngörülmekte ve sayının tahminlerin ötesinde olması halinde *ad hoc* çözümlerin devreye girmesi gerekmektedir.¹⁵⁸

Schuck da ülke büyüklüğü ve nüfus yoğunluğuna dayalı olarak piyasa temelli bir yük paylaşımı modelini ileri sürmüştür.¹⁵⁹ Önerilen sistem, bir grup devletin katılmayı kabul ettiği ve bir kurumun her üye devlet için mülteci koruma kotasına karar vermesinin zorunlu olduğu gönüllü ve bağlayıcı bir kota sistemine dayanmaktadır. *Schuck*, ekonomik ve siyasi nedenlerle bölgesel veya alt-bölgesel düzeyde uygulamaların en verimli uygulama olacağını savunmaktadır.

Hathaway ve *Neve* de, “mültecilerin çözüm odaklı geçici korunması” adını verdikleri modelle mülteci hukukunun mevcut yasal çerçevesine uygun küresel bir yük paylaşımı sistemi önermektedirler.¹⁶⁰ İç ve dış çekirdek üye devletlerden oluşan, çıkar-yakınlaşma grupları adı verilen oluşumlar etrafında örgütlenen model, ilgili mültecilerin fiziksel güvenliğinin, mülteci nüfusu ile mülteci kabul eden devletler arasındaki kültürel uyumun ve son olarak, geri dönüşü müsait bir coğrafi yakınlığın değerlendirilmesine dayanmaktadır. Yazarlar ileri sürdükleri bu bağlayıcı sistemin devletler tarafından kabul edilebilmesini ise 4 faktöre dayandırmaktadırlar. Birincisi, caydırıcı politikalara odaklanmak uzun vadede uygulanabilir olmayacağından, bu model devletleri göçü

155 Michael Barutciski and Astri Suhrke, ‘Lessons from the Kosovo Refugee Crisis: Innovations in Protection and Burden-sharing’ (2001) 14 *Journal of Refugee Studies* 95, 98.

156 Barutciski and Suhrke (n 156) 99.

157 Atle Grahl-Madsen, ‘Further Development of International Refugee Law’ (1965) 35 *Nordic Journal of International Law* 159, 165.

158 *ibid*, 169.

159 Peter H. Schuck, ‘Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal’ (1997) 22 *The Yale Journal of International Law* 243.

160 James C Hathaway and R Alexander Neve, ‘Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection’ (1997) 10 *Harvard Human Rights Journal* 115; Hathaway, ‘The Global Cop-Out’ (n 4) 593.

kontrol etmek için daha sürdürülebilir bir yaklaşımla donatacaktır. İkincisi, önerilen sistem devletlerin jeopolitik ve ekonomik çıkarlarına da hizmet edecektir. İlk sığınma ülkeleriyle kültürel ve dini bağlar gibi çıkarlar da, devletleri yük paylaşım mekanizmasına bağlı kalmaya teşvik edecek üçüncü bir faktör olarak sunulmaktadır. Son olarak, mültecilerin korunması ve kalkınma konularına duyulan derin ilginin devletleri bağlayıcı yükümlülükleri kabul etmeye teşvik edeceğini ileri sürmektedirler.¹⁶¹

Hathaway ve Neve'in alt-küresel (*sub-global*) olarak ifade edilen bu modeline karşılık *Suhrke ve Hans*, devletlerin reelpolitik kaygılarının farklılaşması nedeniyle ayrıntılı ve evrenselleştirilmiş bir sorumluluk paylaşımı sisteminin uygulanamaz olduğunu iddia etmektedirler.¹⁶² Bu nedenle, tasarladıkları sorumluluk paylaşım sistemi, hem bölgesel hem de uluslararası nitelikte iki aşamalı bir nitelik taşımaktadır. Belirli bir mülteci grubu için fiziksel sorumluluk mültecinin menşe ülkesinin bulunduğu coğrafi alana yüklenirken, uluslararası toplum bir bütün olarak ekonomik destek vermekle yükümlü kılınmıştır. Sistematik ve uzun vadeli bir yük paylaşım planı yerine devletlerin mültecileri belirli bir bölge içinde bir ülkeden diğerine kaydırmaya yönelik bölgesel bir sistemi tercih edecekleri ve mültecilerin menşe ülkelerine yakın bölgede geçici koruma altına alınmasının geri dönüşü de kolaylaştıracağı ileri sürülmektedir.

Burton ise uluslararası toprak kiralama yoluyla tamamlayıcı bir mülteci koruma sisteminin geliştirilmesini önerdiği makalesinde¹⁶³ uluslararası toplum ile tek bir devlet arasında gerçekleştirilecek kiralama anlaşması ile mültecilerin halihazırda işgal ettiği belirli bir toprak parçasını kullanma hakkının uluslararası topluluğa verilmesini öngörmektedir. Bu bağlamda ev sahibi ülke, bir “uluslararası insan hakları izleme ekibinin” kiralanmış arazideki mülteci nüfusuyla engelsiz bir şekilde iletişim kurmasına da izin verecektir. *Burton*, bu çözümün tüm taraflar için, özellikle 1951 Sözleşmesini veya 1967 Protokolünü onaylamamış ülkelerde sığınma arayan kişiler için daha yüksek derecede hesap verebilirlik ile sonuçlanacağını, mültecileri kabul eden devletlerin yüklerinin de uluslararası toplum tarafından doğrudan karşılanacağını savunmaktadır.¹⁶⁴

161 Hathaway and Neve (n 161) 192-194. *Hathaway*, 2016 tarihli yeni bir öneride küresel bir sistem kurulması çağrısını yineleyerek yük paylaşımının önceden müzakere edilmiş sorumluluklar bağlamında daha etkin bir şekilde yönetilmesi için “ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar” rejimi önermektedir. Bu model bağlamında devletler “sorumluluk paylaşım kotaları” (Risk süresi boyunca koruma, acil istisnai kalıcı entegrasyon ve kalıcı yeniden yerleştirme) dahilinde koruma rollerine ilişkin düzenlemeler yapabilecekler ve buna göre tüm Devletlerden “hem (mali) yük paylaşımına hem de (insan sorumluluk paylaşımına)” katılmaları istenebilecektir Bkz James C. Hathaway, *A Global Solution to a Global Refugee Crisis* (European Papers 1, 2016) 97.

162 Astri Suhrke and Asha Hans, ‘Responsibility Sharing’ (1996) 15 *Refuge: Canada’s Journal on Refugees*, 12–13.

163 Eve Burton, ‘Leasing Rights: A New International Instrument for Protecting Refugees and Compensating Host Countries’ (1988) 19 *Columbia Human Rights Law Review* 307, 309.

164 *Einarsen* de benzer şekilde mülteci hareketliliğinin yaşandığı bölgelerde BM tarafından toprak kiralanarak “Uluslararası İltica Bölgeleri” (International Territories of Asylum-ITA) oluşturulmasını önermiştir. “*Tamamlayıcı bölgesel geçici koruma modeli*” olarak adlandırılan modelde Güvenlik Konseyi’nin desteğiyle dünya topluluğunun, kiralanmış topraklardaki mültecilerin korunması ve güvenlik konularında tam sorumluluk üstlenmesi öngörülmektedir. Bölgedeki ev sahibi ülkeler mültecilere geçici “uluslararası toprak” sağlarken diğer devletler de mali ve siyasi destek sağlayarak sorumluluğu küresel düzeyde paylaşacaklardır. Terje Einarsen, ‘Mass Flight: The Case for International Asylum’ (1995) 7 *IJRL* 552. Mültecilere özel bölge bağlamında doktrinde mültecilere özgü bir ülke kurulması önerisi de dile getirilmiştir Bkz Alexander Betts, ‘Is creating a new nation for the world’s refugees a good idea?’ (*The Guardian*, 4 August 2015) <www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/aug/04/refugee-nation-migration-jason-buzzi> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

Yük ve sorumluluk paylaşımına ilişkin önerilerden bir diğeri mültecilere kalkınma odaklı bir yaklaşımda bulunulmasını önermektedir.¹⁶⁵ *Betts* ve *Collier* ileri sürdükleri modelde mültecilere ev sahipliği yapan ülkelerde var olan veya kurulacak olan özel ekonomik bölgelerde ülkelerin tercihlerine göre belirli sayıda mülteciye istihdam sağlanmasını ve böylece mültecilerin kendi kendilerine yeterli hale getirilmesini önermektedir. Ekonomik bölgelerdeki iş fırsatlarına odaklanan bir bakış açısı hem mülteciler için daha iyi koşullar yaratacak hem de mülteci kabul eden ülkede ekonomik büyümeyi sağlayacaktır.¹⁶⁶

Yukarıda ifade edildiği üzere mülteci hukukuna ilişkin en temel meselelerden biri olan yük paylaşımının sağlanmasına ilişkin olarak doktrinde bir çok çözüm önerisi ileri sürülmüştür.¹⁶⁷ İleri sürülen tüm bu çözümler, daha adil ve etkili bir yük ve sorumluluk paylaşımı rejimi sağlamaya yönelik girişimlerdir. Çözümlerin içeriği yanında niteliği de tartışma konusu edilmiştir. *Guterres*¹⁶⁸, *Türk ve Garlick*¹⁶⁹, *Goodwin-Gill*¹⁷⁰, *Hathaway ve Neve*¹⁷¹, kapsamlı bir yük paylaşım sisteminin açık ve uygulanabilir yasal yükümlülükler yaratabilecek nitelikte 1951 Sözleşmesine ek bir protokol veya yeni bir bağlayıcı antlaşma yoluyla oluşturulmasını önermişlerdir. Ancak günümüzde devletlerin çoğu, önceden belirlenmiş bir yük ve sorumluluk paylaşım mekanizmasıyla bağlı olma ve uluslararası mülteci hukuku açısından halihazırda sahip olduklarına ek taahhütler altına girmek yönünde bir siyasi iradeye sahip değillerdir.¹⁷²

165 Alexander Betts and Paul Collier, 'Help Refugees Help Themselves: Let Displaced Syrians Join the Labour Market' (2015) 94 *Foreign Affairs* 84.

166 Bu model yazarların da sürece dahil olmasıyla Yemen'de uygulanmıştır Bkz Alexander Betts and Paul Collier, 'Jordan's Refugee Experiment. A New Model for Helping the Displaced' (*Foreign Affairs*, 28 Nisan 2016)

<www.foreignaffairs.com/articles/middle-east/2016-04-28/jordans-refugee-experiment> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

167 Bu çalışma kapsamında tüm yük paylaşım önerilerine yer verilmemiştir. Yukarıda sayılan öneriler dışında *Doyle* tarafından devletlerin yük ve sorumluluk paylaşımındaki rollerini "suçluluğa göre sorumluluk" ve "kapasiteye göre sorumluluk" olmak üzere iki tür hesap verebilirlik rejimi bağlamında tanımlayarak zorla yerinden edilmeden sorumlu olan hükümetlerin mal varlıklarına el konularak mültecilere yardım etmek için kullanılması gerektiğini ifade edilmiştir Bkz Michael W Doyle, 'Responsibility Sharing: From Principle to Policy' (2018) 30(4) *IJRL* 618, 620. *Goodwin-Gill ve Szak* da benzer bir öneri ile mültecilerin kaçmak zorunda kaldığı menşee ülkelerin çoğunun mültecileri desteklemekten mali olarak sorumlu tutulması ve yaptırımlara tabi olması gerektiğini ileri sürmektedirler Bkz Guy S Goodwin-Gill and Selim Can Szak, 'Footing the Bill: Refugee Creating State's Responsibility to Pay' (*Foreign Affairs*, 29 July 2015) <<https://www.foreignaffairs.com/articles/africa/2015-07-29/footing-bill>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022. Tüm AB ülkeleri için önceden belirlenmiş bir sorumluluk rejimine dayanan "AB Formülü" nün de küresel olarak uygulanması gündeme gelmiştir. Bu formül, nüfus, gayri safi yurt içi hasıla, işsizlik ve geçmişi mülteci yüklerine bağlı olarak devletler için özel bir sorumluluk kotası tasarlamakta ve aile birleşimi, çalışma ve öğrenci vizelerini kolaylaştıran nitelikte yeni yollarla mültecilere kalıcı çözümler bulmaları için devletleri teşvik etmektedir. Böylece söz konusu sistem devletlerin kapasitesini zorlamadan kalıcı çözümler bulunmasını sağlayacaktır. Ancak 2015 sonrası dönemde AB bağlamında uygulanması tartışılan AB Yük Paylaşım Formülünün uygulanması mümkün olmamıştır. Detaylı bilgi için Bkz Dan Bulley, 'Shame on EU? Europe, RtoP, and the Politics of Refugee Protection' (2017) 31 *Ethics & International Affairs* 51, 51.

168 "Tarihte kaydedilmiş en yüksek düzeyde zorla yerinden edilmeye karşı karşıya olduğumuz için, bununla başa çıkmanın en iyi yolunun gerçek uluslararası işbirliği ve adil yük ve sorumluluk paylaşımı yoluyla olduğuna inanıyorum. 1951 Sözleşmesini tamamlayıcı nitelikte hazırlanmış bir protokol olacaksa, o da uluslararası dayanışma ve yük paylaşımına ilişkin olmalıdır" Antonio Guterres, United Nations High Commissioner's Programme, Geneva, 5 Ekim 2015.

169 "Koruma alanı (...) ihtiyacı uzun vadede 1951 Sözleşmesi'ne ek bir Protokol aracılığıyla ele alınması ideal çözüm olacaktır" Türk ve Garlick (n 13) 670.

170 Goodwin-Gill, 'International Refugee Law—Yesterday' (n 151).

171 Hathaway and Neve (n 157) 115; Hathaway, 'The Global Cop-Out' (n 4) 593.

172 Bill Frelick, 'Political Realities Challenge Refugee Reform' (*Open Democracy*, 9 March 2016) <<https://www.opendemocracy.net/en/openglobalrights-openpage/political-realities-challenge-refugee-reform/>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

Bu nedenledir ki, yük ve sorumluluk paylaşımına ilişkin bu boşluk, KMM bağlamında bağlayıcı nitelikte olmayan ve rızaya dayalı bir düzen öngören yük paylaşım sistemi ile giderilmeye çalışılmıştır. Mültecilere ilişkin yük ve sorumluluk paylaşımının daha adil bir düzende gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin çağrı esasen 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne kadar götürülebilecek bir çağrıdır.¹⁷³ Ancak geçen yıllar boyunca mültecilerin korunması noktasında daha adil ve paylaşımcı bir sorumluluk ve yük paylaşımı modeline olan ihtiyaç hemen hemen her devlet tarafından ifade ediliyor olsa da sisteme ilişkin bu açık pek çok devletin ülkesel çıkarları ile örtüştüğü için sistematik bir düzenleme yapılması mümkün olmamıştır. Zira devletler çoğu zaman yerinden edilmiş kişilere ilişkin bir paylaşım planına dahil olmak yerine caydırıcı mekanizmalar uygulamak (vize, sınır güvenliğinin artırılması vb) veya sınır ülkelerine yakın kabul devletlerine mali yardımda bulunmak suretiyle daha etkili bir biçimde kendi çıkarlarını koruyabildiklerine inanmaktadırlar.¹⁷⁴ Üstelik gelişmiş ülkeler her yıl az gelişmiş ülkelerin ev sahipliği yaptığı dünya mültecilerinin %85'inin ihtiyaçlarının karşılanması için gerekli olan miktarın dört katından fazlasını sadece mülteci kabul işlemlerine ve prosedürlerine harcamaktadırlar.¹⁷⁵ Küresel bir Mülteci Mutabakatı'ndan asıl beklenen bu paylaşımı adil, somut ve öngörülebilir bir çerçeveye oturtması iken gelinen noktada “önemli bir adım”¹⁷⁶ hatta “küçük bir mucize” olarak değerlendirilen¹⁷⁷ Mutabakat, küresel sorumluluğa ilişkin kapsamlı bir strateji ve yapı kurmayı başaramamıştır. Hatta yukarıda bahsedilen pek çok formülden herhangi birinin somut olarak devletlerce kabul edilmesi dahi mümkün olmamıştır. KMM mevcut haliyle, yük ve sorumluluk paylaşımı için ilke ve araçlar öngörmekte, mültecilere ev sahipliği yapan devletlere daha fazla yardım edilmesini teşvik ederek iş birliğini sağlamak amacıyla çok paydaşlı bir yaklaşım ortaya koymakla yetinmektedir. Bu noktada getirilen sistemin halihazırdaki durumdan nasıl bir farklılık getirdiği sorusu akla gelmektedir. Örneğin yeniden yerleştirme kotası açıklayan devletler bakımından bu vadin gerçekleşmediği ya da beklenen sayıdan daha az imkan sağlandığı durumlarda Mutabakat devletleri ikna etmek için nasıl bir yenilik getirmektedir? Bu noktada kamuoyu baskısı veya farkındalık oluşturma dışında bir yaptırım mekanizması bulunmadığı göz önüne alındığında mevcut sistemden çok da uzağa gidilemediği ve amaçlanan etkili paylaşım sisteminin kurulamadığı söylenebilecektir.¹⁷⁸

Tüm bu eleştirilere rağmen Mutabakat, mevcut dünya siyaseti şartlarında, tüm dünyada yabancı karşıtlığının arttığı bir tarih kesitinde devletlerin mutabık kaldıkları

173 Inder (n 4).

174 Aleinikoff, ‘The Unfinished Work’ (n 83) 613.

175 Hathaway, ‘The Global Cop-Out’ (n 4) 595. Bkz OECD, ‘Who Bears the Cost of Integrating Refugees’ (January 2017) 13 Migration Policy Debates 1; <<https://reporting.unhcr.org/financial?year=2018>> Erişim Tarihi 4 Eylül 2022.

176 Doyle (n 168) 619.

177 Volker Türk, ‘A Minor Miracle: A New Global Compact on Refugees’ <<https://www.unhcr.org/admin/dipstate-ments/583404887/minor-miracle-new-global-compact-refugees.html>> (18 November 2016) Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

178 Hathaway, ‘The Global Cop-Out’ (n 4) 594; Chimni (n 82) 632.

asgari aşamayı temsil etmektedir. Bu nedenle mevcut sistemi daha etkili hale getirmek için Mutabakat'ın güçlü ve zayıf yönlerini tespit etmek ve eldeki imkanları daha verimli kullanmak gerekmektedir. Devletlerin mutabık kaldığı asgari aşamayı yansıtan bu metnin güçlü tarafları ön plana çıkarılarak mevcut ihtiyaçlara cevap vermesi sağlanabilir. KMM ile mülteci acil durumlarına ve uzun süreli çatışmalara yanıt verebilmek için ilgili tüm katılımcıları içeren kapsamlı ve kapsayıcı bir yaklaşım oluşturulması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, klasik paylaşım modellerinde yer almayan kalkınmaya yönelik paydaşların sürece dahil edilmesiyle, mültecilerin daha etkin korunmasının yanında Mutabakat'ın getirdiği sistemin gücü de artırılabilir. Ayrıca sadece maddi yardım değil, devletler ve ilgili katılımcıların, söz konusu devletlere kaynak ve deneyim sağlama, eğitim ve sağlık sistemi, kadınlar, çocuklar ve mülteci gençlere yönelik programlar, gıda güvenliği ve doğal kaynakların kullanımı gibi hususlarda yardımcı olmalarına ilişkin düzenlemeler de yapılmış durumdadır.¹⁷⁹

Öte yandan Mutabakat'ın devletlerin pratiklerini değiştirme potansiyeline sahip iki önemli aracı bulunmaktadır. Bunlardan ilki halihazırda denenmiş ve başarılı olmuş paylaşım modeli olan KMMÇ'dir.¹⁸⁰ Bu modeli farklı ülkeler bakımından uygulanabilir hale getirerek, kendi kendine yeterlilik, ekonomik katılım ve kalkınma paydaşlarının sürece katılımını sağlanarak hem mültecilerin hem de mültecilere sığınma sağlayan devletlerin desteklenmesi mümkün olabilir. Daha önce belirtildiği üzere, KMMÇ ilhamını Uganda gibi denemiş başarılı BMMYK uygulamalarından almaktadır.¹⁸¹ Benzer şekilde "Kalobeyi Anlaşması" ile Kenya'nın Kakuma kampındaki binlerce mülteci için kamp dışında hayatlarını sürdürebilecekleri yeni bir bölge belirlenmiş ve ilgili bölgeye yatırım yapılması planlanmıştır. Bu usulle, daha iyi koşullarda yaşama olanağına kavuşan mülteciler yanında ev sahibi devletler de kendi kendilerine yeterli hale gelebilmişlerdir.¹⁸² Öte yandan Etiyopya özelinde de mültecilere hareket özgürlüğü veya çalışma hakkı gibi somut haklar sağlanmasına ilişkin hükümetin sunduğu önerilerin¹⁸³ de halihazırdaki mülteci krizinde kullanılmak üzere KMM müzakerelerinde ele alınarak KMMÇ'ye eklenmesine karar verilmiştir. Ayrıca diğer başarılı paylaşım modelleri olan "Çinhindi Mültecileri için Kapsamlı Eylem Planı" (CPA)¹⁸⁴ ve "Uluslararası Orta Amerika Mültecileri Konferansı" (CIREFCA) da

179 KMM, para 18 ve 52.

180 "Küresel Mülteci Müdahale Çerçevesi" (Common Refugee Response Framework) bölgesel düzeyde Afrika'nın Doğusu ve Afrika Boynuzunda, Orta Amerika ve Meksika'da uygulanmış bir modeldir Bkz UNHCR, *From Commitment to Action: Highlights of Progress towards Comprehensive Refugee Responses since the Adoption of the New York Declaration* (August 2018) 3; UNHCR, *MIRPS [Comprehensive Regional Protection and Solutions Framework in Central America and Mexico] Quantification* (2019); UNHCR, *Comprehensive Regional Protection and Solutions Framework* (2017).

181 Bkz Betts (n 53) 12 vd.

182 Kalobeyi Settlement, <<https://www.unhcr.org/ke/kalobeyi-settlement>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022. Bkz Alexander Betts, Remco Geervliet, Claire MacPherson, Naohiko Omata, Cory Rodgers and Olivier Sterck, *Self-Reliance? Socio-Economic Outcomes for Refugees in North-West Kenya* (Oxford Refugee Studies Center 2018) <<https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/self-reliance-in-kalobeyi-socio-economic-outcomes-for-refugees-in-north-west-kenya>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

183 UNHCR, *Briefing Note on CRRF Ethiopia* (August 2018) <<https://data2.unhcr.org>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

184 CPA kapsamında 700,000 kişi üçüncü ülkelere yerleştirilmiş veya ayrıştı programlarından yararlanmışlardır. Bkz Türk and Garlick, 'From Burdens to Responsibilities' (n 13) 665. Ayrıca Bkz Robinson (n 16) 319; Suhrke (n 16) 396.

uygulanan modeller de ilkeler ve devletlere yönelik tavsiyeler olarak Mutabakat metninde yer almıştır.¹⁸⁵ Bu yük paylaşım metodlarının BMMYK'nın ilkelere dayalı ve devletlerin karşılıklı taahhütlerde bulunduğu pragmatik bir anlaşma zemini oluşturması nedeniyle başarılı olduğu görülmektedir.¹⁸⁶ Buna karşılık “Afrika'daki Mültecilere İlişkin Uluslararası Konferans” (ICARA I-II) veya “Uganda Mülteciler İçin Dayanışma Zirvesi”¹⁸⁷ gibi sadece devletlerden kaynak talep edilen dayanışma konferanslarının büyük oranda yük ve sorumluluk paylaşımının sağlanması noktasında başarısız olduğu görülmektedir. *Betts*'e göre bu iki tür sistem arasındaki temel farkı, devletlerin politik çıkarlarını belirleyip anlayabilme ve bu parametrelere bağlı olarak karşılıklı pragmatik anlaşmalar yapabilmeye ilişkin siyasi liderlik ve organizasyon kapasitesi oluşturmaktadır.¹⁸⁸ Dolayısıyla Mutabakat kapsamında gerçekleştirilecek yük paylaşım planlarının bu tecrübeler ve literatürdeki öneriler ışığında daha etkili hale getirilebilmesi mümkün olabilecektir.

Küresel Mülteci Forumları ve Destek Platformları gibi yeni yapılar Mutabakat'ın devletlerin pratiklerini değiştirebilecek diğer araçlarını teşkil etmektedir. Yük paylaşımının gerçekten eşitlikçi ve adil hale gelebilmesi, bağış ve yeniden yerleştirme vaatleri noktasında gözle görülür bir değişiklik oluşması için herşeyden önce devletlerde siyasi bir iradenin oluşması gerekmektedir. Devletlerin sadece yük paylaşımı ve dayanışma gündemiyle bir araya gelmelerini sağlayacak olan Forumlar bu siyasi iradeyi oluşturma potansiyeline sahiptirler. 2019'da gerçekleşen ilk Küresel Mülteci Forumu, resmi güvenceler ve katkılara hasredilmiş olsa da¹⁸⁹ sonraki Forumlarda yük ve sorumluluk paylaşımının geliştirilebileceği yeni yollar ve imkanların değerlendirilmesi kararlaştırılmıştır.¹⁹⁰ Bu bağlamda BMMYK, doktrinde ileri sürülen farklı modelleri veya devletler tarafından geliştirilecek uygulamaları devletlere seçenekler olarak sunarak, devletleri kendi özgün koşullarına en uygun seçeneği seçmeye teşvik etmelidir. Böylece sadece başarılı modellerin örnek alınması sağlanmakla kalmayıp aynı zamanda önceden belirlenmiş bu programların

185 *Betts*, ‘Comprehensive Plans of Action’ (n 53); A Aguilar Zinser, *CIREFCA: The Promises and Realities of the International Conference on Central American Refugees: An Independent Report* (Center for Immigration Policy and Refugee Assistance, Georgetown University, 1991); S Kneebone, ‘Comparative Regional Protection Frameworks for Refugees: Norms and Norm Entrepreneurs’ (2016) 20 *International Journal of Human Rights* 153.

186 *Betts*, ‘Theory of Change’ (n 51) 626.

187 Uganda Solidarity Summit on Refugees (2017), Detaylı bilgi için Bkz ECRE, ‘Uganda: Solidarity Summit on Refugees 2017’ (2017) <<https://ecre.org/uganda-solidarity-summit-on-refugees-2017/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

188 *Betts*, ‘Theory of Change’ (n 51) 626.

189 İlk Mülteci Forumunda sunulan güvence ve katkılara ilişkin olarak Bkz UNHCR, *Global Compact on Refugees Digital Platform, Pledges and Distributions Dashboard*, <<https://globalcompactrefugees.org/channel/pledges-contributions>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.

190 KMM, para 17, 19. *Dowd ve McAdam*, mevcut durumda mülteci rejiminde yeni bağlayıcı sorumluluklar ihdas edilmesi siyasi olarak mümkün olmadığı için KMM ve KMMC'yi ara çözüm olarak görülebileceğini ifade etmektedirler Bkz Rebecca Dowd and Jane McAdam, ‘International Cooperation and Responsibility-Sharing to Protect Refugees: What, Why, and How?’ (2017) 66 *International and Comparative Law Quarterly* 863.

kullanılması ile devletlerin faaliyetleri da yeknesak ve tutarlı hale getirilebilecektir.¹⁹¹ Bu noktada BMMYK'nin lider bir rol üstlenerek Forumlarda ileri sürülen katkıların yerine getirilmesini izleyip, devletleri teşvik edecek uygulamalar geliştirerek bu yeni platformların arzu edilen etkinliğe ulaşmasını sağlaması mümkün olacaktır.

IV. Küresel Mülteci Mutabakatı Türkiye'deki Suriyeliler için Kalıcı Çözümler Sunabilir mi?

Bir kimsenin vatandaşlığında bulunduğu devletin korumasından yararlanamadığı ve ülkesini terk etmek zorunda kaldığı hallerde oluşan koruma boşluğu; kişiye başka bir devletin koruma sağlaması başka bir deyişle ülkesine kabul etmesi halinde telafi edilmektedir.¹⁹² Marx, kabul devletinin, korumaya ihtiyacı olan bir kişiyi topraklarına kabul ettiği zaman uluslararası topluluk adına hareket ettiğini ifade ederken¹⁹³, benzer şekilde Weis da sığınma sağlayan devletlerin uluslararası insani yükümlülüklerle uygun olarak *civitas maxima*¹⁹⁴ adına hareket ettiklerini ifade etmektedir.¹⁹⁵ Böylece menşee devletin koruma sağlamadığı ya da sağlayamadığı durumlarda “vekil koruma” (*surrogate*) olarak ifade edilen uluslararası koruma şekli devreye girmektedir.¹⁹⁶ Bu bağlamda 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü ile getirilen mülteci koruma sistemi bu nitelikte özel bir uluslararası koruma sağlamaktadır.¹⁹⁷

Uzun yıllar verilen mücadeleler sonucu oluşturulmuş bu sistemde uluslararası koruma ihtiyacı içinde olan kişilere sığınma sağlanması ve kişilerin zulüm görecekleri yerlere geri gönderilmemesi mülteci hukukunun en temel ilkelerini teşkil etmektedir. Ancak fiziki zorunluluklar gereği sığınma arayanların büyük oranda coğrafi olarak en yakında bulunan ülkelere sığındıkları göz önüne alındığında; ulaşılabilen ilk sınır ülkesine tüm sorumluluğun yüklendiği bir sistemin etkili olmadığı aşıkardır. Milner, *non-refoulement* ilkesinin bazı ülkelerin diğer ülkelere göre çok fazla mülteciye ev sahipliği yapıyor olmaları nedeniyle “adil olmayan bir mülteci yükü” oluşturduğunu ileri sürmektedir.¹⁹⁸

191 KMM sistemini daha etkili hale getirmeye yönelik farklı öneriler için Bkz Türk ve Garlick (n 13) 673, 678; Doyle (n 168) 621-22; Meltem İneli-Ciğer, ‘The Global Compact on Refugees and Burden Sharing: Will the Compact Address the Normative Gap Concerning Burden Sharing?’ (2019) 38 Refugee Survey Quarterly 115, 132-37; Kevin Appleby, ‘Strengthening the Global Refugee Protection System: Recommendations for the Global Compact on Refugees’ (2017) 5(4) Journal on Migration and Human Security 780; Wall (n 7) 214-17; Alexander Betts, Cathryn Costello and Natascha Zaun, ‘A Fair Share: Refugees and Responsibility Sharing (Delmi Report 2017) 10 <<https://www.delmi.se/en/publications/report-and-policy-brief-2017-10-a-fair-share-refugees-and-responsibility-sharing/>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

192 UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant* (11 April 1986) <<https://www.refworld.org/docid/45139acfc.html>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2022. Para. 6: ‘once aliens are allowed to enter the territory of a state party they are entitled to the rights set out in the Covenant’.

193 Reinhard Marx, ‘Non-refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims’ (1995) 7(3) IJRL 383, 393.

194 Bu kavram ilk olarak Wolff (1676-1756) tarafından kullanılmış ve “bir birliklilik içerisinde organize olmuş devletler” olarak tanımlanmıştır. Bu birlikliliğin amacı *civil maximadan* kaynaklanan kurallar uyarınca işbirliği yoluyla devletlerin ortak faydalarının geliştirilmesidir Bkz Vibeke-Eggle (n 4) 31.

195 Paul Weis, ‘Territorial Asylum’ (1966) 6(1) Indian Journal of International Law 173, 193.

196 Goodwin-Gill and McAdam (n 30) 10.

197 Antonio Fortin, ‘The Meaning of “Protection” in the Refugee Definition’ (2000) 12(4) IJRL 548, 568.

198 James Milner, ‘Burden-Sharing’ in Matthew Gibney ve Randall Hansen (eds), *Immigration and Asylum: From 1900 to the Present* (ABC-CLIO, 2005) 56-57.

Adil ve öngörülebilir bir yük ve sorumluluk paylaşımı rejiminin kurulamamış olmasının etkisi, gelecekteki mülteci akınlarında koruma ihtiyacı içinde bulunanların zor durumda bırakılmasına da yol açmaktadır. Eski Yugoslavya ve Vietnam mülteci krizi örneklerinde ve son dönemde Suriye kaynaklı mülteci krizinde sınır devletleri olan Türkiye ve Lübnan (AB bağlamında Yunanistan, İtalya ve Macaristan) örneklerinde görüldüğü üzere, mültecileri açık kapı politikasıyla kabul ederek koruma konusunda büyük özveri gösteren, ancak yük paylaşımı açısından desteklenmeyen devletler, gelecekteki mülteci akınları karşısında çok daha isteksiz davranmakta ve sıkı sınır politikaları uygulamaktadırlar. Başka bir deyişle tüm uluslararası toplum adına dünyanın mültecilerine ev sahipliği yapan ülkelerin yükü paylaşılmadığında, gelecekteki koruma ihtiyacının karşılanması da engellenmiş veya sınırlandırılmış olmaktadır.¹⁹⁹ Afrika'nın bazı bölümleri, Orta Doğu, Güney Batı Asya'da güvenliğe ilişkin endişeler ve geçmiş mülteci akınlarının bıraktığı izler mülteci koruma alanının azalmasına neden olmaktadır. Zorlaştırılmış vize prosedürleri, sıkı caydırma politikaları, geri kabul anlaşmaları ve hatta duvarlar ile dünyanın belli bölgelerine sığınmak imkansız hale getirilmektedir. Suriye krizinde açık kapı politikası uygulayan ancak sonrasında gerekli yük paylaşımı desteğini göremeyen Türkiye'nin, Afganistan'dan gelen göç dalgası karşısında sınırların kapatılmasına ilişkin bir politika uygulaması bu hususu net bir biçimde göstermektedir.²⁰⁰ Başka bir deyişle etkili bir yük paylaşım sistemi sadece mevcut mültecilerin korunması açısından değil, aynı zamanda devletlerin gelecekte oluşabilecek mülteci akınları karşısında acil koruma ihtiyacına cevap vermelerini sağlamak açısından da hayati öneme sahiptir.

Esasen mülteci korumasına ilişkin en önemli sorunlardan biri mültecilerin yerinden edilmiş olma hallerine uzun vadeli bir çözüm bulunamıyor oluşudur. Mülteci hukuku bağlamında sağlanabilecek kalıcı çözümler geri dönüş, yeniden yerleştirme ve yerel entegrasyon olarak belirlenmiştir.²⁰¹ Mülteci hareketlerinin büyük oranda geriye dönüşü mümkün olmamakta ve gönüllü geri dönüşe imkan sağlayan ortamlar oluşturulamamaktadır. Öte yandan yeniden yerleştirme için bu imkanı sağlayan ülkeler (özellikle son yıllarda ABD'nin yeniden yerleştirme programında yaptığı kesintiler de göz önüne alındığında) her geçen gün mültecilere daha az yer imkanı sağlamakta ve son tercih olarak mültecilere ev sahipliği yapan ülkeler de yerel entegrasyona karşı isteksiz davranmaktadırlar. Tüm bu tablo mültecilerin büyük çoğunluğunun arafta hayatlar yaşamasına sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda KMM, mülteci meselesinin bir uluslararası mesele olduğunu teyit ederek ve ev sahibi ülkelerin maruz kaldıkları yükü tanıyarak, etkili bir yük paylaşımı sistemi öngörülemezse mültecilerin korunmasının da mümkün olmayacağına dikkat çekmek suretiyle²⁰² önemli bir adım

199 Geoff Gilbert, 'Not Bound but Committed: Operationalizing the Global Compact on Refugees (2019) 27(69) International Migration 27, 30; UNHCR ExCom No 52 (XXXIX) on International Solidarity and Refugee Protection (1998) para 3.

200 Daily Sabah, 'Turkey not Afghan refugees' safe haven: Erdoğan' (*Daily Sabah*, 19 August 2021) <<https://www.dailysabah.com/politics/diplomacy/turkey-not-afghan-refugees-safe-haven-erdogan>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

201 UNHCR, ExCOM No 89 Conclusion on International Protection (2000).

202 Türk and Garlick (n 13) 670.

atmıştır. Öte yandan Mutabakat metni mevcut haliyle uluslararası mülteci hukukundaki yük paylaşımına ilişkin boşluğu giderme yeteneğine sahip değildir.

Türkiye özelinde konu ele alındığında esasen Türkiye, ideal bir geçici koruma sistemini tüm unsurlarıyla büyük oranda hayata geçirmeyi başarmış ve geçici korunanlara uluslararası literatürde öngörülen hakları da imkanlar dahilinde sağlamıştır.²⁰³ Geçici koruma statüsü yapısı gereği kısa süreli uygulanması öngörülen bir statü olmasına rağmen özel şartlar gereği Türkiye bu statüyü 10 yılı aşkın süredir uygulamaktadır. Ayrıca ilk kitlesel sığınmanın yaşandığı 2011 yılından bugüne devam eden olumlu havanın, özellikle yük paylaşımının yeterli nitelikte olmaması nedeniyle mülteci karşıtlığına döndüğü gözlemlenmektedir.²⁰⁴ Türkiye'nin sayısı her geçen gün artan sığınmacıyı daha fazla barındırması da mümkün görünmemektedir.²⁰⁵ Bu süreçte Türkiye'nin tüm çabalarının doğru düzlemde devam edebilmesi için geçici koruma rejiminin sona ermesi ve Suriyeliler bakımından kalıcı çözümlerin tartışılması gerekmektedir.²⁰⁶

Mevcut durum her ne kadar olumsuz bir tablo çizse de KMM, uluslararası camiayı zorunlu yerinden edilmelerin önlenmesi hususunda önlem alınmasının, eğer yerinden edilme gerçekleşmişse bu duruma yönelik çözümler üretilmesinin sağlanması için yeni bir katalizör görevi görebilecektir. Mutabakat metninde uluslararası mülteci hukuku rejiminde yer alan klasik kalıcı çözümler²⁰⁷ kaynak ülkeye geri dönüş,²⁰⁸ yeniden yerleştirme²⁰⁹ ve yerel entegrasyon²¹⁰ şeklinde düzenlenmektedir.

Mutabakat bağlamında kalıcı çözümlerden ilki olan “geri dönüş”; güvenli ve insan onuruna yakışan geri dönüşün mülteciliğin sona ermesi bağlamında en çok arzu edilen çözüm olduğuna²¹¹ vurgu yapılarak ilk sırada yer verilmiştir.²¹² Gönüllü geri dönüşe uygun bir ortam hazırlamanın kaynak ülkenin sorumluluğu olduğuna vurgu yapılarak, “güvenli ve insan onuruna yakışır bir şekilde dönüşe yönelik olarak kaynak ülkelerdeki koşulların desteklenmesi”²¹³ ve şartların hazırlanmasında uluslararası toplumun da

203 Esra Yılmaz Eren, ‘Geçici Koruma Statüsü ve Türkiye’deki Suriyelilere Sağlanan Hizmetlere İlişkin Bir Değerlendirme’ (2016) 1(2) Middle East Journal of Refugee Studies 109.

204 Murat Erdoğan, *Syrians Barometer 2019- A Framework for Achieving Social Cohesion With Syrians in Turkey*, (2020) <<https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2020/09/SB2019-ENG-04092020.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

205 Özellikle son yıllardaki olumsuz yaklaşımlar ve Afganistan’dan gelen yeni göç dalgası ülkede sınırların kapatılması taleplerini arttırmaktadır.

206 Esra Yılmaz Eren, ‘Is Temporary Protection Eternal? The Future of Temporary Protection Status of Syrians in Turkey’ (2019) 9 Border Crossing 125-134.

207 UNHCR, *Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern* (May 2003); UNHCR & UN Development Group (UNDG) *Guidance Note on Durable Solutions for Displaced Persons (Refugees, Internally Displaced Persons and Returnees)* (UNDG, October 2004) (IOM/080/2004-FOM/082/2004).

208 KMM, para 87-89.

209 ibid, para 90-93.

210 ibid, para 97-99.

211 “... gönüllü geri gönderme, yerel entegrasyon ve yeniden yerleştirme geleneksel kalıcı çözümlerdir ve bunların hepsi geçerliliğini ve önemli etkilerini korumaktadır. Bunlar arasında gönüllü geri dönüş, çoğunlukla hâlâ en çok tercih edilen çözüm olarak kabul edilir.” UNHCR ExCom Conclusion No 104 (LVI) ‘Local Integration’ (2005).

212 UNGA Res 72/150 (19 December 2017) para 39.

213 KMM, para 7.

katkıda bulunması gerektiği ifade edilmektedir.²¹⁴ Bu noktada devletlerin, mültecilerin ülkelerini terk etmelerine yol açan kök sebeplerin ortadan kaldırılması için çalışmalar yapmaya, geri dönüşe ilişkin engelleri ortadan kaldırarak dönüşe elverişli bir ortam oluşturmaya teşvik edilmesi önem arz etmektedir.²¹⁵ Zira menşe ülkeye geri dönüşün sağlanabilmesi her şeyden önce insan hareketliliğine neden olan hususun -sıcak savaş, yaygın şiddet veya insan hakları ihlalleri- sona ermesi ve geri dönüşün güvenli ve insan onuruna yakışır şekilde gerçekleşmesi şartlarına bağlıdır. Ayrıca geri dönüşün gerçekleşebilmesi için geriye dönenlerin temel haklarını ve fiziksel güvenliklerini garanti altına alacak bir ortam bulunması, ayrımcılığa uğramamaları, geri dönüşün uluslararası camianın gözetimi altında olması ve gönüllülük esasının bulunması gibi ortak ilkelerin sağlanması gerekmektedir.²¹⁶ Bu hususların sağlanabilmesi ise siyasi girişimleri gerekli kılmaktadır. Bu hususta Mutabakat'ın vaat edebileceklerinin sınırlı olduğu düşünülse de başka bir yaklaşımla Mutabakat metninin insani yardım, kalkınma ve barış aktörlerinin bir araya gelerek daha yakın ve olay temelli çalışma yapmalarına yardımcı olacak bir platform olarak kullanılabilmesi mümkündür.²¹⁷ Bu bağlamda Türkiye'nin de çözüm olarak gördüğü seçeneklerden öne çıkanının gönüllü geri dönüş olduğu söylenebilecektir. Özellikle Fırat Kalkanı gibi operasyonlarla Suriye sınırları içerisinde güvenli bölgeler oluşturarak Suriyelilerin bir kısmının o bölgelere yerleştirilmesinin sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.²¹⁸ Son yıllarda yapılan kalıcı konut niteliğinde yapılar ve resmi kurumlarca yapılan geriye dönüşe ilişkin açıklamalar bu niyeti doğrular niteliktedir.²¹⁹ BMMYK da Türkiye'den Suriye'ye 2020'de 16.805, 2021'de 22.275, 2022'de ise 33.370 gönüllü geri dönüş gerçekleştiğini kaydetmektedir.²²⁰ Bu geri dönüşler Türkiye tarafından oluşturulan güvenli bölgelere gerçekleşmiştir. Ancak bu bölgelerin daha fazla dönüş için elverişli olmadığı resmi açıklamalarda ifade edilmekte ve yeni yerleşim yerleri inşa edilmektedir.²²¹ Başka bir deyişle gelinen noktada Türkiye'nin

214 James J. Hathaway, 'The Meaning of Repatriation' (1997) 9(4) IJRL 551, 555.

215 KMM, para 88, 8, 9.

216 UNHCR, Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It, 30 May 1997, EC/47/SC/CRP.27.

<<http://www.refworld.org/docid/4a54bc290.html>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

217 Triggs and Wall (n 80) 309.

218 "Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın Küresel Mülteci Forumu'nun Açılışında yaptığı konuşma (17 Aralık 2019) <<https://www.unhcr.org/5dfce7bc4.pdf>> 6 Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

219 İçişleri Bakanlığı Bakan Yardımcısı İsmail Çataklı aylık bilgilendirme toplantısında, gerçekleştirilen sınır ötesi operasyonlarla kurulan güvenli bölgeler sayesinde ülkesine dönen Suriyeli sayısının 521 bin 039 kişi olduğu belirtilmiştir Bkz Ayşe Şensoy Boztepe, 'İçişleri Bakanlığı Sözcüsü Çataklı Bilgilendirme Toplantısı Düzenledi', (AA, 3 Eylül 2022) <<https://www.haberler.com/guncel/son-dakika-haberi-catakli-agustos-ayinda-16-si-olu-60-i-sag-14-u-15239033-haberi/>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

220 UNHCR, Situation Syria Regional Refugee Response, Voluntary Syrian Refugee Returns (31 Ağustos 2022) <https://data.unhcr.org/en/situations/syria_durable_solutions> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

221 İç İşleri Bakanı Soylu, açıklamasında güvenli bölgelerde yeni kişiler için yer kalmadığını ifade etmiştir. "Şimdiye kadar 480 bin civarında gönüllü geri dönüş oldu peki niye durdu? Gidilecek yer sona erdi. Bizim 'güvenli bölge' dediğimiz yerlerden Türkiye'ye gelenlerin önemli bir bölümü oraya gittiler." Ömer Çetin, 'Bakan Soylu: 193 bin 293 Suriyeli Türk vatandaşı oldu' (Sabah, 17 Şubat 2022) <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2022/02/17/bakan-soylu-193-bin-293-suriyeli-turk-vatandasi-oldu>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022. Ahmet Sertan Usul, 'İçişleri Bakanı Soylu: Suriye'nin kuzeyinde 59 bin 679 briket ev tamamlandı' (AA, 1 Haziran 2022) <<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/iscisleri-bakani-soylu-suriyenin-kuzeyinde-59-bin-679-briket-ev-tamamlandi/2603019>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

tek başına güvenli bölgeler oluşturmasının yeterli olmadığı görülmektedir. Tıpkı Eski Yugoslavya örneğinde olduğu gibi²²² BM Ortak müdahalesi ile mülteci akımına yol açan savaşın ortadan kaldırılması ve Suriye'deki durumun geri dönüşü imkanı sağlayacak bir ortama kavuşturulması gerekmektedir.²²³ Ancak bu güvenli ortam sağlandıktan sonra Suriyelilerin geri dönüşleri kalıcı çözüm için bir seçenek olarak kabul edilebilecektir. İnsan hakları kuruluşlarının raporları mevcut ortamın geri dönüş için uygun olmadığını belirtmektedir.²²⁴ Suriye'deki ortamın mülteciler bakımından güvenli, insan onuruna saygılı ve sürdürülebilir bir geri dönüşü uygun hale gelmesinden önce gerçekleşecek dönüşler erken nitelikte olacak ve hak ihlallerine yol açabilecektir.

Bu noktada “*Kaynak ülke için destek ve ülkeye gönüllü dönüş*” başlığı altında yer alan “*Mültecilerin kendi ülkelerine dönme haklarını kullanmalarını engellemek amacıyla, gönüllü dönüşün mutlaka kaynak ülkede siyasi çözümlerin sağlanması koşuluna dayandırılmasının gerekli olmadığı göz önünde tutulmaktadır*” ibaresinin gönüllü geri dönüşü zayıflatan bir nitelik arz etmekte olduğuna mutlaka dikkat çekilmelidir. Zira madde düzenlemesine bakıldığında kişilerin menşe ülkelerine geri gönderilmesi için menşe ülkedeki durumun düzelmesi ve güvenli ve insan onuruna saygılı bir geri dönüşü uygun ortamın sağlanması²²⁵ gibi şartlar aranmamakta olduğu izlenimi edinilebilmektedir. Ancak bu husus mültecilerin korunması noktasında en temel güvencelerden birini sağlayan *non-refoulement* ilkesinin ihlaline kapı aralayabilecektir.²²⁶

Türkiye, yukarıda bahsedilen hususları dikkate alarak Suriye'ye geri dönüşü yönelik şartların sağlanabilmesi için devletlerin bir araya geldiği Forumları etkili bir biçimde kullanmalıdır. Daha önceki Forumda sunulan taahhütlerin yerine getirilmesini gözlemleyerek²²⁷, 2023'te gerçekleşecek olan yeni Küresel Mülteci Forumu'nu siyasi

222 United Nations Protection Force, Former Yugoslavia UNPROFOR, <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/unprof_b.htm> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

223 Eski Yugoslavya bağlamında geri dönüşün şartları ve gerçekleşme usulü hakkında bilgi için Bkz Khalid Koser, Martha Walsh and Richard Black, ‘Temporary Protection and the Assisted Return of Refugees from the European Union’ (1998) 10(3) IJRL 444; Simon Begshaw, ‘Benchmarks or Deutchmarks? Determining the Criteria for the Repatriation of Refugees to Bosnia and Herzegovina’ (1997) 9(4) IJRL 566; Bhupinder S Chimni, ‘The Meaning of Words and the Role of UNHCR in Voluntary Repatriation’ (1993) 5(3) IJRL 442; Hathaway ‘The Meaning of Repatriation’ (n 211) 551; Amnesty International, ‘Bosnia-Herzegovina: All the way home: Safe “minority returns” as a just remedy and for a second future’ (1998) <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur63/002/1998/en/>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.

224 ECRE, ‘Syria Conference: Funds Pledged Fall Short of Humanitarian Needs – Syria is Not Safe for Returns’, April 2021 <<https://ecre.org/syria-conference-funds-pledged-fall-short-of-humanitarian-needs-syria-is-not-safe-for-returns/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022; EASO, *Syria Situation of returnees from abroad- Country of Origin Information Report*, June 2021, <https://coi.easo.europa.eu/administration/easo/PLib/2021_06_EASO_Syria_Situation_returnees_from_abroad.pdf> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

225 UNHCR, Handbook on Voluntary Repatriation (1996) <<https://www.unhcr.org/publications/legal/3bfe68d32/handbook-voluntary-repatriation-international-protection.html>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2022, 11-12; UNHCR, Note on the Cessation Clauses, Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, 8. Meet. U.N. Doc. EC/47/SC/CRP.30 (1997) para 23; International Law Association, *Report of the Committee on Refugee Procedures of the International Law Association (Delhi Conference, 2002). Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection*, (2002) <<https://www.refworld.org/docid/428090994.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022, madde 13.

226 Chimni (n 82) 631.

227 Geri dönüşü yönelik taahhütler ve istatistikler için Bkz UNHCR, Global Compact on Refugees Indicator Report 2021, <https://www.unhcr.org/global-compact-refugees-indicator-report/wp-content/uploads/sites/143/2021/11/2021_GCR-Indicator-Report_spread_web.pdf> 60 vd, Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

çözümlerin ve barış için müdahale planlarının da masaya yatırılabilceği bir platform olarak kullanılmalıdır. Birden fazla devletin güvenli ve insan onuruna uygun geri dönüş için şartların sağlanması yönünde hareket etmesiyle bu çözüm somutlaştırılabilecektir.

Mülteci hukuku bağlamında düzenlenen bir diğer kalıcı çözüm ise “yeniden yerleştirme”dir. Üçüncü bir ülkeye yerleştirme, mültecileri mensup oldukları coğrafyadan uzağa taşıdığı için genellikle en az tercih edilen kalıcı çözüm olsa da bazı hallerde gerekli hale gelmektedir. Eğer kişilerin menşe ülkelerine dönmeleri mümkün değilse, buldukları ülkede entegre olma imkanları da bulunmuyorsa yeni bir ülkeye yerleştirme kişilerin kalıcı bir statüye kavuşması için uygun bir yöntem haline gelmektedir. Ayrıca kabul ülkeleri bakımından bazı kişilerin farklı ülkelere gönderilmesi yük paylaşımını sağlayarak kalan kişiler bakımından yerel entegrasyonu da kolaylaştırmaktadır. Bu bağlamda Mutabakat yeni kotalar oluşturmak, mevcut yeniden yerleştirme programlarının kapsamını ve niteliğini genişletmek için devletleri ve diğer paydaşları birlikte çalışmaya teşvik etmektedir. 2019’da gerçekleştirilen “*BMMYK Yeniden Yerleşime İlişkin Üçlü İstisare*”de uygun yeniden yerleştirme imkanlarının artırılması ve 10 yıllık süre içerisinde üç milyon mültecinin yeniden yerleştirilebilmesi için 3 yıllık bir plan oluşturulması öngörülmüştür.²²⁸ Ancak bu planlamalara rağmen üçüncü ülkelerin belirlediği kotalar ihtiyacın çok altındadır.²²⁹ Bu noktada Türkiye, özellikle Forumlarda, kamuoyu farkındalığını arttıracak girişimlerle ülkelerin kendi vatandaşları nezdinde bir baskı oluşmasını ve söz konusu kotaların arttırılmasını sağlayacak çalışmalar yapmalıdır.

Uluslararası mülteci hukuku bağlamında bir diğer kalıcı çözüm olan “yerel entegrasyon” konusu ise, dünyanın mültecilerine ev sahipliği yapan devletlerin taşıdıkları yük dikkate alınarak Mutabakat kapsamında sınırlı olarak düzenleme alanı bulmuştur. Mutabakat yerel entegrasyonun “bağımsız bir karar” olduğuna vurgu yaparak²³⁰ ev sahibi devletin bu kararı kendi şartlarına göre alacağını ve karar sonrası uyumun sağlanması için uluslararası toplumun nasıl katkıda bulunacağını düzenleme altına almıştır.²³¹ Türkiye bağlamında ilk iki çözüm yoluyla birlikte paralel şekilde uygulanması gereken bu kalıcı çözümün etkili olabilmesi için entegrasyon sürecinin nasıl gerçekleşeceği, süresi, usulü ve kimlerin bu sürece dahil edileceğine ilişkin kriterlerin şeffaf ve yeknesak bir biçimde belirlenmesi gerekmektedir.²³²

228 UNHCR, The Three Year (2019-2021) Strategy on Resettlement and Complementary Pathways (2019) 8-9.

229 2014-2022 tarihleri arasında hem yeniden yerleştirme (19bin 628) hem de birebir formülü kapsamında (34 bin 843) sadece 54 bin 471 Suriyeli farklı ülkelere yerleşmiştir. Göç İdaresi Başkanlığı, Geçici Korumaya İlişkin İstatistik Veriler, <<https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>> (15 Eylül 2022) Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

230 KMM, para 97.

231 ibid, para 98-99.

232 Suriyelilerin vatandaşlığa alınmasına ilişkin resmi veri bulunmamaktadır. İçişleri Bakanlığı belli dönemlerde vatandaşlık verilen Suriyelilere ilişkin rakamları kamuoyu ile paylaşmakta ancak bu kişilerin hangi usul ile ve hangi şartlara bağlı olarak vatandaşlık kazandıkları hususunda açıklama yapılmamaktadır. İçişleri Bakanı Süleyman Soylu konuya ilişkin olarak yaptığı 18 Ağustos 2022 tarihli son beyanatında 90 bin çocuk, 60 küsur bin erkek 55 küsur bini kadın olmak üzere 211 bini Suriyeli’ye vatandaşlık verildiğini belirtmiştir. İçişleri Bakanlığı, ‘Bakanımız Sn. Süleyman Soylu NTV’de Gündeme İlişkin Soruları Yanıtladı’ (18 Ağustos 2022) <<https://www.icisleri.gov.tr/bakanimiz-sn-suleyman-soylu-ntvde-gundeme-iliskin-sorulari-yanitladi-19-08>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

Klasik kalıcı çözümler olarak ifade edilen bu üç yöntemden başka KMM, “*üçüncü ülkelere kabul edilmeye yönelik tamamlayıcı yollar*”²³³ ve “*diğer yerel çözümler*”²³⁴ olmak üzere 2 farklı yol daha öngörmektedir. Bu çözümler kalıcı nitelikte sayılmasa da bir geçiş çözümü öngörmekte ve kalıcı çözüm bulunması için de temel oluşturmaktadırlar.²³⁵ Özellikle Kanada tarafından uygulanan topluluk sponsorluk programı (*community sponsorship programme*) uygulaması iyi bir örnek olarak diğer ülkelere de tavsiye edilmektedir.²³⁶ Doğrudan bireylerin, ailelerin ya da sivil toplum kuruluşları veya dini kurumların yeniden yerleştirilecek kişilere sponsor oldukları bu uygulamada Kanada’ya gelecek kişilere sadece maddi destek değil, kültürel ve sosyal alanlarda da destek olunması amaçlanmıştır. Hatta kendisi daha önce göçmen olarak Kanada’ya yerleşmiş olan kişilerin kendi tecrübelerini aktarmak suretiyle yeni gelenlerin çok daha kolay topluma uyum sağlamalarının sağlandığı da ifade edilmektedir.²³⁷ 2019’da gerçekleşen ilk Küresel Mülteci Forumunda Brezilya, Belçika, Malta ve Portekiz bu programları deneyeceklerini beyan etmişlerdir. Bu programların dolayısıyla bu özel usuller yanında insani vizeler, insani yardım koridorları gibi insani yardım programları veya hükümetler ve akademik kurumlar arasında ortaklıklar gibi usullerle yeni kotalar oluşturulması Türkiye açısından kalıcı çözüm üretilmesine katkıda bulunabilecektir.

Ancak bu noktada en çok mülteciye ev sahipliği yapan ülke konumundaki Türkiye’nin benzersiz durumu, geçmiş başarılı tecrübeler ışığında düzenlenecek olan özel bir yük paylaşımı metodunu gerekli kılmaktadır. Tüm bu kalıcı çözümlerin gündeme gelip makul bir ortamda tartışılabilmesi için Türkiye’nin KMM’nin öngördüğü sistemlerden biri olan “*Destek Platformları*”nı da aktif hale getirmesi gerekmektedir. Destek Platformları ev sahibi ülkeler ve topluluklar için mülteci durumuna özgü destek sağlamak üzere oluşturulmuşlardır. Türkiye kaynaklarını oldukça zorlayan ve sürüncemede kalmış bir mülteci durumu ile karşı karşıya olması hasebiyle Destek Platformlarının aktif hale getirilmesine ilişkin şartları karşılamaktadır.²³⁸

Halihazırda Küresel Mülteci Forumu çatısı altında yürütülen “*MIRPS Destek Platformu*”, “*Nairobi Süreci*” ve “*SSAR Destek Platformu*”ndan edinilen tecrübeler Türkiye’deki Suriyelilere kalıcı çözümler sağlanması için yol gösterici nitelikte olacaktır. Tüm bu platformların amaçlarına bakıldığında Suriyeliler için kalıcı çözüm olarak gündeme gelen kalıcı barışın sağlanması için çalışmalar yapılması, geri dönüş

233 KMM, para 94-96.

234 ibid, para 100.

235 Triggs and Wall (n 80) 310.

236 Nicholas Feith Tan, ‘Community Sponsorship in Europe: Taking Stock, Policy Transfer and What the Future Might Hold’ (*Frontiers in Human Dynamics*, 21 April 2021) <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fhumd.2021.564084/full>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.

237 UNHCR, *Complementary Pathways for Admission of Refugees to Third Countries: Key Considerations*, April 2019, <<https://www.refworld.org/docid/5ceb3fc4.html>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.

238 KMM, para 24. Bkz s 22 vd.

uygun şartların sağlanması için insani yardım ve kalkınma imkanlarının sürece dahil edilmesi, mültecilerin kendilerine yeterli hale getirilmesi gibi esasen Türkiye’deki Suriyeliler için de son derece gerekli olan unsurların uygulamaya konulduğu görülmektedir.

2019 yılında gerçekleşen 1. Küresel Mülteci Forumu’nda devletler mülteciler ve onları barındıran devletlerle dayanışmalarını göstermişler ve yük paylaşımına katkıda bulunmak için vaatlerde bulunmuşlardır.²³⁹ Ayrıca KMM’nin daha etkili olarak uygulanabilmesini sağlayacak iyi örnekler ve ilham verici projelerin sunulması da teşvik edilmiştir. Sadece devletlerin değil, sivil toplum kuruluşları, dini organizasyonlar ve özel sektörün de dahil edildiği bu forumlar kapsamında olağan yük paylaşımı yöntemlerinden daha yaratıcı ve etkili yöntemler bulunması mümkün olabilecektir. Bu noktada ilk forumun düzenleyicilerinden olan Türkiye, bundan sonra gerçekleşecek forumlarda, daha önce ileri sürülen vaatlerin gerçekleşip gerçekleşmediğini etkin bir biçimde takip etmeli ve kalıcı çözümler için uluslararası kamuoyunu harekete geçirmelidir. Bugüne kadar kullanılmayan “Destek Platformu” da Türkiye’de bulunan Suriyelilere kalıcı çözüm bulunması için mutlaka işler hale getirilmelidir.

V. Sonuç ve Değerlendirme

Tüm dünyada sığınmacılara karşı caydırıcı tedbirlerin artırıldığı, sınırların sağlamlaştırıldığı ve hatta duvarların örüldüğü mevcut siyasi ortamda, KMM, devletlerin uluslararası mülteci hukukunda daha adil ve öngörülebilir bir yük ve sorumluluk paylaşım rejimi oluşturma iradelerini gösteren önemli bir adımdır. Uluslararası korumaya ilişkin standartları teyit ederek koruyan²⁴⁰ ve mevcut siyasi ortamda elde edilen kazanımların gerilemesine engel olan Mutabakat²⁴¹, yük paylaşımını daha eşitlikçi ve adil hale getirmeyi amaçlayarak, yeni yöntemler önermekte ve farklı paydaşları sürece dahil etmektedir. Bu bağlamda Mutabakat, dünyanın mültecilerine ev sahipliği yapan ülkelere destek olmak isteyen devletler için daha önce denenmiş etkili usul ve araçlar içermektedir. Ayrıca üçüncü ülkeye yerleşme ve geri dönüşlerin sağlanması noktasında tüm uluslararası camianın sorumluluğu bulunduğu dikkat çekmektedir. Ancak bu sorumluluğu somutlaştırmamakta, yaptırıma bağlamamakta veya yük paylaşımına ilişkin belirgin bir usul öngörmemektedir. Başka bir deyişle süreç tamamen devletlerin takdir yetkileri ve gönüllü katkıları üzerinden ilerlemektedir. Bu bağlamda Mülteci Mutabakatı, uluslararası toplum olarak günümüzün en büyük sorunlarından biriyle başa çıkma çabasının başlangıcını teşkil etmektedir ve devletlere kendi hedeflerine ve durumlarına en uygun olanı tercih edebilecekleri yöntemler ve yol haritaları sunmaktadır. Devletler, Mutabakat’ın amacını ve ruhunu kullanarak,

239 İlk Forumun detaylı bir değerlendirmesi için Bkz Triggs ve Wall, (n 80) 325. Forumda ileri sürülen taahhüt ve katkılar için Bkz <<https://globalcompactrefugees.org/channel/pledges-contributions>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

240 Gammelthoft-Hansen, ‘The Normative Impact’ (n 65) 610.

241 Aleinikoff, ‘The Unfinished Work’ (n 83) 612.

sürdürülebilir ve daha iyi yönetilen bir mülteci rejimi oluşturmak için bu fırsatı kullanabilirler. KMM bağlayıcı bir sistem çerçevesinde somut değişiklikler öngörmese de önerdiği işbirliği mekanizmaları ile uzun vadede farklı kazanımların kapısını aralayabilecektir. Son tahlilde süreç, devletlerin mevcut uluslararası taahhütlerini yerine getirme istekleri ve çabaları ile şekillenecektir. Bu aşamada devletlerin ve ilgili paydaşların, uzun vadeli bir vizyon ile mutabık kalınan bu metni daha somut hale getirerek pratiğe dökmenin yollarına odaklanmaları gerekmektedir.

Öte yandan Türkiye, ciddi bir uluslararası koruma örneği sergileyerek uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma nedeniyle ülkelerini terk etmek zorunda kalan Suriyelilere uluslararası hukuka uygun bir biçimde geçici koruma statüsü tanımış ve sağlık, eğitim, iş piyasasına erişim gibi pek çok hizmet sunmuştur. Acil korunma ihtiyacı olan kişilere bürokratik engellere takılmaksızın hızlıca sığınma imkanı tanıyan ve bu aşamada kabul devletine de kalıcı çözüm üretme için gerekli süreyi sağlayan geçici koruma statüsü, aradan geçen 10 yılın sonunda artık görevini tamamlamıştır. Bu süreçte Türkiye, Suriye'deki sıcak çatışmanın uluslararası toplumun müdahalesi ile kısa sürede sona ereceği ve kişilerin menşe ülkelerine geri dönüşünün sağlanacağı ön kabulüyle hareket etmiştir. Ancak geline nokta geri dönüşü elverişli bir ortam henüz sağlanamamıştır. Öte yandan neredeyse tüm dünyada yabancı düşmanlığı arttığı ve yeniden yerleştirme imkanlarının her zamankinden daha kısıtlı hale geldiği görülmektedir. Ayrıca ev sahipliği yapılan milyonlarca insanın tamamının yerel entegrasyona tabi tutulamayacağı aşikardır. Geline nokta milyonlarca Suriyeliye kalıcı çözüm sunma zorunluluğu ile karşı karşıya kalan Türkiye, tüm hazırlık sürecinde aktif olarak yer aldığı KMM'yi ve yük paylaşımına ilişkin yeni araçları etkin bir biçimde kullanmalıdır. Yaşanılan akının boyutu göz önüne alındığında Mutabakat kapsamında Türkiye, bir “Destek Platformu” aktive ederek, ev sahipliği yaptığı Suriyelilere kalıcı çözümler bulunması için uluslararası toplumu harekete geçirmelidir. Ayrıca tüm dünyanın dikkatini çekme potansiyeline sahip olan Küresel Mülteci Forumları daha aktif kullanılarak Suriye'deki silahlı çatışmaya yönelik barışçıl çözümler üretilmesi suretiyle hem gelecekteki akınların engellenmesi hem de mevcut mültecilerin kalıcı çözümlere kavuşturulması için uluslararası kamuoyunda farkındalık oluşturulmalıdır. Bu noktada bağlayıcı olmayan nitelikte kaleme alınan ve büyük oranda teknik yöntemleri içeren Mutabakat'ın sunduğu yeni yöntemler ve süreç dahil olan paydaşlar ve özellikle küresel nitelikteki Forumlar, Türkiye'de bulunan Suriyelilere kalıcı çözümler üretilebilmesi için yeni fırsatlar sunmaktadır. Türkiye'nin bu yeni Forumları etkili bir biçimde kullanması gerekmektedir.

“Pasif bir biçimde menşe ülkedeki şartların düzelmesini ve mültecilerin gönüllü olarak dönmelerini beklemek yerine aktif olarak çalışarak bu güvenli şartların oluşmasını sağlamalıyız. Bu nedenle de kişilerin dönüş iradelerinin gönüllü olarak ifade edip etmediklerini yorumlamaktan ibaret koruma tartışmamızı artık mülteci

*kampları, kabul merkezleri ve menşe ülkelerdeki şartların güvenli hale getirilmesi şekline getirmeliyiz”.*²⁴²

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

Bölgesel ve Uluslararası Belgeler/ Regional and International Documents

Afrika Birliği Örgütü (ABÖ), ‘Afrika’daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen ABÖ Sözleşmesi’, *Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, 10 Eylül 1969, 1001 U.N.T.S. 45, <<https://www.refworld.org/docid/3ae6b36018.html>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

Birleşmiş Milletler Antlaşması, Kanun Numarası: 4801, Kabul Tarihi: 15.08.1945, RG 24.8.1945-6902 (United Nation Charter, adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945).

Cartagena Declaration on Refugees, adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, Cartagena de Indias, Colombia, 22 November 1984, <<https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc19084/cartagena-declaration-refugees-adopted-colloquium-international-protection.html>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.

EU-Lebanon Compact, The Association Council, ‘Decision No 1/2016 of the EU-Lebanon Association Council agreeing on EU-Lebanon Partnership Priorities’, Brussels, 11 November 2016 (OR. en) UE-RL 3001/16 <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/system/files/2018-12/eu_lebanon_partnership_priorities_2016-2020_and_their_annexed_eu-lebanon_compact.pdf> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

Global Compact on Refugees, UN doc A/73/12 (Part II) (2 August 2018).

International Law Association, *Report of the Committee on Refugee Procedures of the International Law Association (Delhi Conference, 2002). Final Report and Draft Guidelines on Temporary Protection (2002)* <<https://www.refworld.org/docid/428090994.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

İGAMDER, Küresel Mülteci Mutabakatı Türkçe Çevirisi (8 Ekim 2019) <https://igamder.org/uploads/belgeler/GCR_Turkish.pdf> Erişim Tarihi 5 Ekim 2022.

Kalobeyi Settlement, <<https://www.unhcr.org/ke/kalobeyi-settlement>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme, RG. 05.09.1961-10898. (Convention relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137) (1951 Cenevre Sözleşmesi).

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol, RG. 05.08.1968-12968. (Protocol on the Legal Status of Refugees Supplementing the 1951 Convention (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267) (New York Protokolü).

New York Declaration for Refugees and Migrants UN Doc A/RES/71/1 (19 September 2016).

²⁴² Opening Statement by UN High Commissioner for Refugees at the 46th Session of the Executive Committee of the UN High Commissioner’s Programme, UN Doc. A/AC. 96/860.

- UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant (11 April 1986) <<https://www.refworld.org/docid/45139acfc.html>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2022.
- UNGA Res A/45, 12 February 1946.
- UNGA Res 2312 (XXII) 'Declaration on Territorial Asylum' (14 December 1967).
- UNGA Res 55/2 'United Nations Millenium Declaration' (18 September 2000).
- UNGA Res 72/150 (19 December 2017).
- UNGA Res 73/150 (17 December 2018).
- UNGA Res 73/151 (17 December 2018).
- UNGA, Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, UN doc A/73/12, Part II: Global Compact on Refugees (2 August 2018).
- UNGA Res 74/130 (18 December 2019).
- UNGA Res 74/131 (18 December 2019).
- UNHCR ExCOM No 22 (XXXII) 'Protection of Asylum-Seekers in Situations of of Large-Scale Influx' (1981).
- UNHCR ExCOM No 52 (XXXIX), 'International Solidarity and Refugee Protection' (1988).
- UNHCR ExCOM No 77 (XLVI) on International Protection (1995).
- UNHCR ExCOM No 87 (L) on International Protection (1999).
- UNHCR, ExCOM No 89 Conclusion on International Protection (2000).
- UNHCR ExCOM No 100 (LV) 'International Cooperation and Burden and Responsibility-Sharing in Mass Influx Situations' (2004).
- UNHCR ExCOM No 104 (LVI) 'Local Integration' (2005).
- UNHCR ExCOM No 112 (LXVII) 'International Cooperation from a Protection and Solutions Perspective' (2016).
- UNHCR, 'Handbook on Voluntary Repatriation' (1996).
- —, Note on the Cessation Clauses, Executive Committee of the High Commissioner's Programme, 8. Meet. U.N. Doc. EC/47/SC/CRP.30 (1997).
- —, 'Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It' (30 May 1997) EC/47/SC/CRP.27, <<http://www.refworld.org/docid/4a54bc290.html>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- —, 'Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern' (May 2003).
- —, Guidelines on International Protection No. 7: The Application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons At Risk of Being Trafficked, 7 April 2006, HCR/GIP/06/07, <<https://www.refworld.org/docid/443679fa4.html>> Erişim Tarihi: 3 Eylül 2022.
- —, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 23 October 2012, HCR/GIP/12/01, <<https://www.refworld.org/docid/50348afc2.html>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- —, *Thematic Compilation of General Assembly & Economic and Social Council Resolutions* (June 2013) <<https://www.refworld.org/docid/4e9683242.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

- —, ‘Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from El Salvador’ (March 2016) HCR/EG/SLV/16/01, <<https://www.refworld.org/pdfid/56e706e94.pdf>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- —, ‘Guidelines on International Protection No. 12 on claims for refugee status related to situations of armed conflict and violence under article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the regional refugees definitions’, 02 December 2016, HCR/GIP/16/12, <<https://www.unhcr.org/publications/legal/58359afe7/unhcr-guidelines-international-protection-12-claims-refugee-status-related.html>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- —, ‘Comprehensive Regional Protection and Solutions Framework’ (2017).
- —, ‘Towards a Global Compact on Refugees: Thematic Discussion 1 Past and Current Burden and Responsibility Sharing Arrangements- Concept Paper’, 10 July 2017 <<https://www.unhcr.org/59525f887.pdf>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- —, ‘From Commitment to Action: Highlights of Progress towards Comprehensive Refugee Responses since the Adoption of the New York Declaration’ (August 2018).
- —, ‘Global Compact on Refugees: Indicator Framework’ (July 2019).
- —, ‘MIRPS [Comprehensive Regional Protection and Solutions Framework in Central America and Mexico] Quantification’ (2019).
- —, The Three Year (2019-2021) Strategy on Resettlement and Complementary Pathways (2019).
- —, Complementary Pathways for Admission of Refugees to Third Countries: Key Considerations, April 2019, <<https://www.refworld.org/docid/5cebf3fc4.html>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- —, ‘Summary of the First Global Refugee Forum by the co-convenors’ (18 December 2019) <<https://www.unhcr.org/5dfa70e24>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- —, Outcomes of the Global Refugee Forum 2019, <<https://www.unhcr.org/events/conferences/5ecd458c4/outcomes-global-refugee-forum-2019.html>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- —, Global Compact on Refugees Indicator Report 2021, <https://www.unhcr.org/global-compact-refugees-indicator-report/wp-content/uploads/sites/143/2021/11/2021_GCR-Indicator-Report_spread_web.pdf> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- —, Global Compact on Refugees Digital Platform, Pledges and Distributions Dashboard, <<https://globalcompactrefugees.org/channel/pledges-contributions>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022
- —, ‘UNHCR Figures at a Glance’, <<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- —, Syria Regional Refugee Response <<https://data.unhcr.org/en/situations/syria>> (8 Eylül 2022) Erişim Tarihi 19 Eylül 2022
- —, Situation Syria Regional Refugee Response, Voluntary Syrian Refugee Returns (31 Ağustos 2022) <https://data.unhcr.org/en/situations/syria_durable_solutions> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.
- UNHCR & UN Development Group (UNDG) *Guidance Note on Durable Solutions for Displaced Persons (Refugees, Internally Displaced Persons and Returnees)* (UNDG, October 2004) (IOM/080/2004-FOM/082/2004).

Kitaplar/Books

- Benz S and Hasenclever A, ‘Global Governance of Forced Migration’ in Alexander Betts and Gil Loescher (eds), *Refugees in International Relations* (OUP 2010).

- Betts A, *Protection by Persuasion: International Cooperation in the Refugee Regime* (Cornell University Press 2009).
- —, 'Refugees in International Relations', in Alexander Betts and Gil Loescher (eds), *Refugees in International Relations* (OUP 2010).
- Benz S and Hasenclever A, 'Global Governance of Forced Migration' in Alexander Betts and Gil Loescher (eds), *Refugees in International Relations* (OUP 2010).
- Boyle A, 'Soft Law in International Law-Making' in Malcolm Evans (ed), *International Law* (4th edn, OUP 2014).
- Goodwin-Gill GS and McAdam J, *The Refugee in International Law* (4th, CUP 2021).
- Hans A and Surkhe A, 'Responsibility Sharing' in James C. Hathaway (ed), *Reconceiving International Refugee Law* (Martinus Nijhoff 1997).
- Ignatieff M, *The Ordinary Virtues: Moral Order in a Divided World* (Harvard University Press 2017).
- Milner J, "Burden-Sharing" in MJ Gibney and R Hansen (eds), *Immigration and Asylum: From 1900 to the Present* (ABC-CLIO, 2005).
- Panizzon M, 'The Global Migration Compact and the Limits of "Package Deals" for Migration Law and Policy' in T Gammelthoft-Hansen et al. (eds), *What is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (Raoul Wallenberg Institute Working Paper 1, 2017).
- Türk V and Dowd R, 'Protection Gaps' in E Fiddian-Qasmiyeh, G Loescher, K Long and N Sigona (eds), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies* (OUP, 2014).
- Van Selm J, *Refugee Protection in Europe: Lessons from the Yugoslavian Crisis* (Martinus Nijhoff 1998).
- Vibeke-Eggli A, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law* (Martinus Nijhoff, 2002).

Makaleler/Articles

- Aleinikoff TA, 'The Unfinished Work of the Global Compact on Refugees' (2018) 30(4) IJRL 611-17.
- Aleinikoff TA and Martin S, *Making Global Compacts Work: What Future for Refugees Migrants?* (The University of New South Wales Policy Brief 6, April 2018) <https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/sites/kaldorcentre.unsw.edu.au/files/Policy%20brief_6%20final.pdf> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- Appleby K, 'Strengthening the Global Refugee Protection System: Recommendations for the Global Compact on Refugees' (2017) 5(4) Journal on Migration and Human Security 780-99.
- Barutciski M and Suhrke A, 'Lessons from the Kosovo Refugee Crisis: Innovations in Protection and Burden-sharing' (2001) 14 Journal of Refugee Studies 95-134.
- Begshaw S, 'Benchmarks or Deutschmarks? Determining the Criteria for the Repatriation of Refugees to Bosnia and Herzegovina' (1997) 9(4) IJRL 566-92.
- Benhabib S, 'The End of the 1951 Refugee Convention? Dilemmas of Sovereignty, Territoriality, and Human Rights' (2020) 2 Jus Cogens 75-100.
- Betts A, *Comprehensive Plans of Action: Insights from CIREFCA and the Indochinese CPA* (UNHCR Working Paper 20, January 2006) <<https://www.unhcr.org/research/working/43eb6a152/comprehensive-plans-action-insights-cirefca-indochinese-cpa-alexander-betts.html>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

- —, ‘The Global Compact on Refugees: Towards a Theory of Change’ (2018) 30(4) IJRL 623-26.
- — and Paul Collier, ‘Help Refugees Help Themselves: Let Displaced Syrians Join the Labour Market’ (2015) 94 Foreign Affairs 84–92.
- —, Geervliet R, MacPherson C, Omata N, Rodgers N and Sterck O, *Self-Reliance in Kalobeyei? Socio-Economic Outcomes for Refugees in North-West Kenya* (Oxford Refugee Studies Center 2018) <<https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/self-reliance-in-kalobeyei-socio-economic-outcomes-for-refugees-in-north-west-kenya>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- —, Costello C and Zaun N, ‘A Fair Share: Refugees and Responsibility Sharing (Delmi Report, 2017) < <https://www.delmi.se/en/publications/report-and-policy-brief-2017-10-a-fair-share-refugees-and-responsibility-sharing/>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.
- —, Chaara I, Omata N and Sterck O, *Refugee Economies in Uganda: What Difference Does the Self-Reliance Model Make?* (Oxford University Refugee Studies Center, 2019) <<https://www.rsc.ox.ac.uk/publications/refugee-economies-in-uganda-what-difference-does-the-self-reliance-model-make>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- Bulley D, ‘Shame on EU? Europe, RtoP, and the Politics of Refugee Protection’ (2017) 31 Ethics & International Affairs 51-70.
- Burton E, ‘Leasing Rights: A New International Instrument for Protecting Refugees and Compensating Host Countries’ (1988) 19 Columbia Human Rights Law Review 307–32.
- Cantor DJ, ‘Fairness, Failure, and Future in the Refugee Regime’ (2018) 30(4) IJRL 627-29.
- Chimni BS, ‘The Meaning of Words and the Role of UNHCR in Voluntary Repatriation’ (1993) 5(3) IJRL 442-60.
- — ‘Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back’ (2018) 30(4) IJRL 630-34.
- Costello C, ‘Refugees and (Other) Migrants: Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?’ (2018) 30(4) IJRL 643-49.
- Dowd R and McAdam J, ‘International Cooperation and Responsibility-Sharing to Protect Refugees: What, Why, and How?’ (2017) 66 International and Comparative Law Quarterly 863-892.
- Doyle MW, ‘Responsibility Sharing: From Principle to Policy’ (2018) 30(4) IJRL 618-22.
- Einarsen T, ‘Mass Flight: The Case for International Asylum’ (1995) 7 IJRL 552–78.
- — and Marthe Angedahl, *The universal asylum system and the 2016 New York Declaration: towards an improved ‘global compact’ on refugees?* (RLI Working Paper 17, 2016) 16 <https://rli.sas.ac.uk/sites/default/files/files/RLI_final.pdf> 16 Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- Feller E, ‘Carrier Sanctions and International Law’ (1989) 1(1) IJRL 48-66.
- Ferris E, ‘The Global Summit on Refugees and Migrants: The Pesky Issue of Level of Ambition’ (Andrew & Renata Kaldor Center for International Refugee Law (14 September 2016) <<https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/global-summit-refugees-and-migrants-pesky-issue-level-ambition>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- Finnemore M and Sikkink K, ‘International Norm Dynamics and Political Change’ (1998) 52 International Organization 887-917.
- Fonteyne JP, ‘Burden-sharing: An Analyses of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees’ (1983) 8 Australian Yearbook of International Law 162-188.
- Fortin A, ‘The Meaning of “Protection” in the Refugee Definition’ (2000) 12(4) IJRL 548-76.
- Garlick M and Inder C, ‘Protection of Refugees and Migrants in the Era of the Global Compacts-

- Ensuring Support and Avoiding Gaps' (2021) 23(2) International Journal of Postcolonial Studies 207-26.
- Gammelthoft-Hansen T, 'The Normative Impact of the Global Compact on Refugees' (2018) 30(4) IJRL 605-10.
- Gilbert G, 'Indicators for the Global Compact on Refugees' (2018) 30(4) IJRL 635-39.
- —, 'Not Bound but Committed: Operationalizing the Global Compact on Refugees (2019) 27(69) International Migration 27-42.
- Glynn I, 'The Genesis and Development of Article 1 of the 1951 Refugee Convention' (2012) 25(1) Journal of Refugee Studies 134-48.
- Goodwin-Gill GS, 'The Language of Protection' (1989) 1(1) IJRL 6-19
- —, *International Refugee Law—Yesterday, Today, but Tomorrow?* (RLI Working Paper Series 16, 2016) <[https://rli.sas.ac.uk/sites/default/files/files/WPS%20Special%20Edition%201st%20Annual%20Conference\(2\).pdf](https://rli.sas.ac.uk/sites/default/files/files/WPS%20Special%20Edition%201st%20Annual%20Conference(2).pdf)> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.
- Grahl-Madsen A, 'Further Development of International Refugee Law' (1965) 35 Nordic Journal of International Law 159-80.
- Grandi F, 'The Global Compact on Refugees: A Historic Achievement' (2019) 57(6) International Migration 23-26.
- Guild E and Grant S, *Migration Governance in the UN: What is the Global Compact and What does it mean?*, (Queen Mary University of London, Legal Studies Research Paper 252, 2017).
- Hathaway JC, 'The Meaning of Repatriation' (1997) 9(4) IJRL 551-58.
- — 'A Global Solution to a Global Refugee Crisis' (2016) 1(1) European Papers 93-99.
- — 'The Global Cop-Out on Refugees' (2018) 30(4) IJRL 591-604.
- — and Neve RA, 'Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection' (1997) 10 Harvard Human Rights Journal 115-211.
- Inder C, 'The Origins of 'Burden Sharing' in the Contemporary Refugee Protection Regime' (2017) 29(4) IJRL 523-54.
- İneli-Ciğer M, 'The Global Compact on Refugees and Burden Sharing: Will the Compact Address the Normative Gap Concerning Burden Sharing?' (2019) 38 Refugee Survey Quarterly 115-138.
- Janmry M, 'No Country of Asylum: 'Legitimizing' Lebanon's Rejection of the 1951 Refugee Convention' (2017) 29(3) IJRL 438-65.
- Jones M, 'Expanding the Frontiers of Refugee Law: Developing a Broader Law of Asylum in the Middle East and Europe' (2017) 9 Journal of Human Rights Practice 212-15.
- Kälin W, 'The Global Compact on Migration: A Ray Hope for Disaster-Displaced Persons' (2018) 30(4) IJRL 664-67.
- Kinsky E, 'The Legal Relevance of the Global Compact on Refugees: Improving Refugee Rights in Lebanon and Jordan', AUB Working Paper (April 2020) <https://www.aub.edu.lb/ifi/Documents/publications/working_papers/2019-2020/20200406_the_legal_relevance_of_the_global_compact_on_refugees.pdf> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- Kneebone S, 'Comparative Regional Protection Frameworks for Refugees: Norms and Norm Entrepreneurs' (2016) 20 International Journal of Human Rights 153-72.
- Koser K, Walsh M and Black R, 'Temporary Protection and the Assisted Return of Refugees from the European Union' (1998) 10(3) IJRL 444-61.

- Marx R, 'Non-refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims' (1995) 7(3) *IJRL* 383-406
- McAdam J, 'The Enduring Relevance of the 1951 Refugee Convention' (2017) 29(1) *IJRL* 1-9.
- Noll G, 'Risky Games? A Theoretical Approach to Burden-Sharing in the Asylum Field' (2003) 16 *Journal of Refugee Studies* 236-252.
- Parekh G, 'Is There Refuge for People with Disabilities Within the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees?' (2009) 1 *Critical Disability Discourses*, 9.
- Phuong C, "Identifying States' Responsibilities towards Refugees and Asylum Seekers." <<https://esil-sedi.eu/wpcontent/uploads/2018/04/Phuong.pdf>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.
- Robinson WC, 'The Comprehensive Plan of Action for Indochinese Refugees, 1989-1997: Sharing the Burden and Passing the Buck' (2004) 17 *JRS* 319-33.
- Ruggie JG, 'Reconstituting the Global Public Domain- Issues, Actors, and Practices' (2004) 10(4) *European Journal of International Relations* 499-531.
- Schuck PH, 'Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal' (1997) 22 *The Yale Journal of International Law* 243-97.
- Suhrke A, 'Burden-Sharing during Refugee Emergencies: The Logic of Collective versus National Action' (1998) 11 *JRS* 396-415.
- Suhrke A and Hans A, 'Responsibility Sharing' (1996) 15 *Refuge. Canada's Journal on Refugees*, 12-13.
- Thielemann, ER and Dewan T, 'Why States Don't Defect: Refugee Protection and Implicit Burden-Sharing' (2013) <<https://personal.lse.ac.uk/thielema/Papers-PDF/Thielemann-Dewan-WEP.pdf>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.
- Triggs GD and Wall PCJ, 'The Makings of a Success: The Global Compact on Refugees and the Inaugural Global Refugee Forum' (2020) 32(2) *IJRL* 283-339.
- Triviranus B and Casasola M, 'Canada's private sponsorship of refugees program: A practitioners perspective of its past and future' (2003) 4 *Journal of International Migration and Integration* 177-202.
- Türk V, 'Prospects for Responsibility Sharing in the Refugee Context' (2016) 4 *Journal on Migration and Human Security* 45-59.
- —, 'The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees' (2018) 30(4) *IJRL* 575-83.
- — and Garlick M, 'From Burdens and Responsibilities to Opportunities: The Comprehensive Refugee Response Framework and a Global Compact on Refugees' (2016) 28(4) *IJRL* 656-78.
- — and Garlick M, 'Addressing Displacement in the Context of Disasters and the Adverse Effects of Climate Change: Elements and Opportunities in the Global Compact on Refugees' (2019) 31(2) *IJRL* 389-99.
- Wall P, 'A New Link in the Chain: Could a Framework Convention for Refugee Responsibility Sharing Fulfill the Promise of the 1967 Protocol?' (2017) 29(2) *IJRL* 201-37.
- Weis P, 'Territorial Asylum' (1966) 6(1) *Indian Journal of International Law* 173.
- Yılmaz Eren E, 'Geçici Koruma Statüsü ve Türkiye'deki Suriyelilere Sağlanan Hizmetlere İlişkin Bir Değerlendirme' (2016) 1(2) *Middle East Journal of Refugee Studies* 109-39.
- — 'Is Temporary Protection Eternal? The Future of Temporary Protection Status of Syrians in Turkey' (2019) 9 *Border Crossing* 125-134.

— ‘Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat Üzerine Bir Değerlendirme’ (2021) 3(1) TAUHFD 65-122.

Zinser AA, *CIREFCA: The Promises and Realities of the International Conference on Central American Refugees: An Independent Report* (Center for Immigration Policy and Refugee Assistance, Georgetown University 1991).

İnternet Kaynakları/Online Resources

Alfred C, ‘UN Official: Refugee Compact Will Meet Fear and Ignorance with Facts’ (*The New Humanitarian*, 1 March 2018) <<https://deeply.thenewhumanitarian.org/refugees/community/2018/03/01/u-n-official-refugee-compact-will-meet-fear-and-ignorance-with-facts>> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

Amnesty International, ‘Bosnia-Herzegovina: All the way home: Safe “minority returns” as a just remedy and for a second future’ (1998) <<https://www.amnesty.org/en/documents/eur63/002/1998/en/>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.

Betts A, ‘Is creating a new nation for the world’s refugees a good idea?’ (*The Guardian*, 4 August 2015) <www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/aug/04/refugee-nation-migration-jason-buzi> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

Boztepe AŞ, ‘İçişleri Bakanlığı Sözcüsü Çataklı Bilgilendirme Toplantısı Düzenledi’, (*AA*, 3 Eylül 2022) <<https://www.haberler.com/guncel/son-dakika-haberi-catakli-agustos-ayinda-16-si-olu-60-i-sag-14-u-15239033-haberi/>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın Küresel Mülteci Forumu’nun Açılışında yaptığı konuşma” 17 Aralık 2019 <<https://www.unhcr.org/5dfce7bc4.pdf>> 6 Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

Çetin Ö, ‘Bakan Soylu: 193 bin 293 Suriyeli Türk vatandaşı oldu’ (*Sabah*, 17 Şubat 2022) <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2022/02/17/bakan-soylu-193-bin-293-suriyeli-turk-vatandasi-oldu>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022

Daily Sabah, ‘Turkey not Afghan refugees’ safe haven: Erdoğan’ (*Daily Sabah*, 19 August 2021) <<https://www.dailysabah.com/politics/diplomacy/turkey-not-afghan-refugees-safe-haven-erdogan>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

EASO, *Syria Situation of returnees from abroad- Country of Origin Information Report* (June 2021) <https://coi.easo.europa.eu/administration/easo/PLib/2021_06_EASO_Syria_Situation_returnees_from_abroad.pdf> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

ECRE, ‘Uganda: Solidarity Summit on Refugees 2017’ (2017) <<https://ecre.org/uganda-solidarity-summit-on-refugees-2017/>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2022.

ECRE, *Syria Conference: Funds Pledged Fall Short of Humanitarian Needs – Syria is Not Safe for Returns* (April 2021) <<https://ecre.org/syria-conference-funds-pledged-fall-short-of-humanitarian-needs-syria-is-not-safe-for-returns/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

Erdoğan MM, *Syrians Barometer 2019- A Framework for Achieving Social Cohesion With Syrians in Turkey*, (2020) <<https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2020/09/SB2019-ENG-04092020.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

Frelick B, ‘Political Realities Challenge Refugee Reform’ (*Open Democracy*, 9 March 2016) <<https://www.opendemocracy.net/en/openglobalrights-openpage/political-realities-challenge-refugee-reform/>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.

- Gibney M J, ‘Has the World Learned the Lessons of the 2015 Refugee Crisis?’ (*World Politics Review*, 31 March 2020) <<https://www.worldpoliticsreview.com/articles/28644/has-the-world-learned-the-lessons-of-the-2015-refugee-crisis>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.
- — and Sazak SC, ‘Footing the Bill: Refugee Creating States’s Responsibility to Pay’ (*Foreign Affairs*, 29 July 2015) <<https://www.foreignaffairs.com/articles/africa/2015-07-29/footing-bill>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- Göç İdaresi Başkanlığı, Geçici Korumaya İlişkin İstatistiki Veriler, <<https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>> (15 Eylül 2022) Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.
- Internal Displacement Monitoring Center, ‘Global Report on Internal Displacement’ <<https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2022/#part1>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.
- İçişleri Bakanlığı, ‘Bakanımız Sn. Süleyman Soylu NTV’de Gündeme İlişkin Soruları Yanıtladı’ (18 Ağustos 2022) <<https://www.icisleri.gov.tr/bakanimiz-sn-suleyman-soylu-ntvde-gundeme-iliskin-sorulari-yanitladi-19-08>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.
- La Corte M, ‘An Alternative Way to Resettle the Refugees’ (*Wall Street Journal- Opinion*, 10 September 2015) <<https://www.wsj.com/articles/an-alternative-way-to-resettle-the-refugees-1441928091>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- OECD, ‘Who Bears the Cost of Integrating Refugees’ (January 2017) 13 Migration Policy Debates 1; <<https://reporting.unhcr.org/financial?year=2018>> Erişim Tarihi 4 Eylül 2022.
- Rummery A, ‘Loss of hope and deepening poverty driving Syrians to seek refuge in Europe’ (UNHCR, 25 September 2015) <<https://www.unhcr.org/news/latest/2015/9/560558b06/loss-hope-deepening-poverty-driving-syrians-seek-refuge-europe.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- — ‘Worsening conditions inside Syria and the region fuel despair, driving thousands towards Europe’ (UNHCR, 8 September 2015) <<https://www.unhcr.org/news/latest/2015/9/55eed5d66/worsening-conditions-inside-syria-region-fuel-despair-driving-thousands.html>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- Siegfried K, “Will the refugee summit be a missed opportunity?” (*The New Humanitarian*, 15 July 2016) <<https://www.thenewhumanitarian.org/analysis/2016/07/15/will-refugee-summit-be-missed-opportunity>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.
- Tan NF, ‘Community Sponsorship in Europe: Taking Stock, Policy Transfer and What the Future Might Hold’ (*Frontiers in Human Dynamics*, 21 April 2021) <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fhumd.2021.564084/full>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- The World Bank, ‘World Bank Country and Lending Groups’ <<https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519-world-bank-country-and-lending-groups>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.
- Türk V, ‘A Minor Miracle: A New Global Compact on Refugees’ <<https://www.unhcr.org/admin/dipstatements/583404887/minor-miracle-new-global-compact-refugees.html>> (18 November 2016) Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.
- —, ‘Opening Remarks to the Formal Consultations for the Global Compact on Refugees’ (UNHCR, 13 February 2018) <<https://www.unhcr.org/admin/dipstatements/5ab0bb787/opening-remarks-second-formal-consultation-global-compact-refugees.html>> Erişim Tarihi 3 Eylül 2022.
- United Nations Protection Force, Former Yugoslavia UNPROFOR, <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/past/unprof_b.htm> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

Uşul AS, 'İçişleri Bakanı Soylu: Suriye'nin kuzeyinde 59 bin 679 briket ev tamamlandı' (AA, 1 Haziran 2022) <<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/icisleri-bakani-soylu-suriyenin-kuzeyinde-59-bin-679-briket-ev-tamamlandi/2603019>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

Wolfrum R, 'Cooperation' in Rüdiger Wolfrum (ed) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (April 2010) <<https://opil.ouplaw.com/>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022

—, 'Solidarity' in Rüdiger Wolfrum (ed) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (November 2006) <<https://opil.ouplaw.com/>> Erişim Tarihi 2 Eylül 2022.



Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 03.11.2022
Revision Requested: 18.11.2022
Last Revision Received: 23.11.2022
Accepted: 05.12.2022
Published Online: 27.12.2022

International Jurisdiction at the Place of Performance of a Contract in Civil (EU) Law: A Jurisdiction Rule Stuck Between the *Common Law* Perspective and Conflict of Laws Terminology

Kıta Avrupası (AB) Hukukunda Sözleşmenin İfa Yeri Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi: Common Law Bakış Açısı ile Kanunlar İhtilâfı Terminolojisi Arasında Sıkışmış Bir Yetki Kuralı

Banu Şit Köşgeroğlu*

Abstract

The place of performance rule is characterized by its belonging to the European (civil law) legal system. The rule has preserved its existence as a classic rule from Roman law to the present day regarding which local courts will hear the disputes arising from the contracts. Problems related to the interpretation of the place of performance rule, which is also taken as a basis of international jurisdiction, especially in the practice of European Union (EU) law, have emerged since the 1970s; the EU Court of Justice has held that the rule should point to the most closely connected court under the effect of a common law perspective. The closest connection test, which cannot only be seen as a common law effect, also bears traces of the conflict of laws terminology. In this article, it is found that the place of performance rule does not have the function of indicating the most closely connected court, at least in the context of civil law; on the contrary, the rule should be interpreted from the perspective of legal certainty and predictability.

Keywords

International judicial jurisdiction, jurisdiction rule of the place of performance, the closest connection, the most appropriate court, legal certainty and predictability

Öz

İfa yeri yetki kuralı özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemine aidiyeti ile karakterize olan bir kuraldır. Kural, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların hangi yer mahkemelerince görüleceğine ilişkin olarak Roma hukukundan bugüne klasikleşmiş bir kural olarak varlığını korumuştur. Milletlerarası yetki tesisinde de esas alınan ifa yeri kuralının, özellikle Avrupa Birliği (AB) hukukuna ait uygulamada yorumlanması ile ilgili sorunlar 1970'li yıllardan beri baş göstermiş; AB Adalet Divanı tarafından common law etkisi ile kuralın en yakın ilişkili mahkemeye işaret etmesi gerektiği yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. Sadece common law etkisi olarak görülemeyecek olan en yakın ilişki testi, aynı zamanda kanunlar ihtilâfı terminolojisinin izlerini taşımaktadır. Bu çalışmada ifa yeri yetki kuralının en yakın ilişkili mahkemeyi gösterme işlevinin en azından Kıta Avrupası sistemi dikkate alındığında bulunmadığı; aksine kuralın hukukî kesinlik ve öngörülebilirlik perspektifinden yorumlanması gerektiği ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası yetki, ifa yeri yetki kuralı, en yakın ilişki, en uygun mahkeme, hukukî kesinlik ve öngörülebilirlik

* Correspondence to: Banu Şit Köşgeroğlu (Assoc. Prof. Dr.), Hacettepe University, Faculty of Law, Department of Private International Law, Ankara, Türkiye. E-mail: banusit@hacettepe.edu.tr ORCID: 0000-0001-8407-9446

To cite this article: Sit Kosgeroglu B, "International Jurisdiction at the Place of Performance of a Contract in Civil (EU) Law: A Jurisdiction Rule Stuck Between the *Common Law* Perspective and Conflict of Laws Terminology" (2022) 42(2) PPIL 845.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1198960>



International Jurisdiction at the Place of Performance of a Contract in Civil (EU) Law: A Jurisdiction Rule Stuck Between the Common Law Perspective and Conflict of Laws Terminology

Introduction

There is a profound difference between the civil law (European) system's approach to the jurisdiction of the courts and the common law approach to it.¹ When the civil law – common law² interaction³ – is examined regarding the place of performance rule, which is a jurisdiction rule historically belonging to civil law historically, it is seen that a common law wind is effective on this rule within the framework of the *forum (non) conveniens* doctrine. This effect is particularly noteworthy in the interpretation of the rule under the Brussels I Regulation⁴ and Brussels I Recast⁵ in European Union law and in the Convention of 2 July 2019 *on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*⁶ (2019 Judgments Convention). In this article, the civil law - common law distinction is analyzed from the perspective of the place of performance rule and it is demonstrated that the place of performance rule should not be interpreted under the common law as 'the most appropriate court' or 'the most closely connected court' ('the closest connection') approach.

It is also clear that place of performance has also been recognized in the past as a connecting factor in the conflict of laws. The interrelation and at the same time the difference between the place of performance in the conflict of laws and the place of

1 See Ralf Michaels, 'Two Paradigms of Jurisdiction' 27 Michigan Journal of International Law 1003–1027.

2 In this study, the term *common law* is used in the context of jurisdiction, as it encompasses the traditional common law principles adopted in English and United States law. Basically, the effect of the *forum (non) conveniens* principle and the approach of determining the most appropriate court in English law on the interpretation of the place of performance rule of civil law is analyzed.

3 While discussing the impact of the *common law* jurisdictional understanding on the interpretation of the place of performance rule, which is a civil law jurisdictional rule, on the basis of the *forum (non) conveniens* doctrine, it is observed that the civil law jurisdictional principles have also had an impact on the legislative jurisdiction rules in English and US law. The assumed jurisdiction rules, called the English Civil Procedure Rules - CPR, were introduced; Practice Direction 6B Art 3.1 (6) and (7), which are applied by reference to CPR 6.36, include jurisdiction rules for contractual disputes. Of these, Practice Direction 6B Art 3.1(7), the fact that the contract has been breached in England is sufficient for the English courts to have jurisdiction. To the extent that this rule requires consideration of the place of performance, it is close to the place of performance rule in civil law. See Paul Torremans and others, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law* (15th edn, Oxford University Press 2017) 334ff. Adrian Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgments* (Informa Law from Routledge) 475ff. Similarly, in US law, under long-arm statutes, the defendant's activities within the scope of the principles of transacting business or causing an effect allows for the establishment of jurisdiction, and some states have adopted more specific jurisdiction rules for contractual disputes. Eg, New York Statute Art 3 para 302 provides that if the place of delivery of the goods or the place of performance of the work is New York, the courts of New York shall have jurisdiction. See the text of New York Statute at <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/CVP/302>. See also Hélène van Lith, *International Jurisdiction and Commercial Litigation* (TMC Asser Press The Hague 2009) 276–288. In this sense, an interaction can be mentioned.

4 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2001] OJ L 12 (Brussels I Regulation).

5 Council Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (recast) [2012] OJ L 351/1 (Brussels I Recast).

6 For the full text of the Convention see < <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137> > accessed 10 October 2022.

performance as a jurisdictional rule is remarkable. Recently, a return to the place of performance rule in the field of conflict of laws has been advocated.⁷ Also it has been argued that the place of performance rule as a rule of jurisdiction can be considered within the framework of the considerations in the field of conflict of laws and that these two may overlap.⁸ However, the place of performance as a jurisdictional rule is in fact completely independent from the conflict of laws, both historically and in terms of the purpose and function of the rule. Nevertheless, it should also be noted that the place of performance as a jurisdiction rule has followed a course of development towards the place of performance of the characteristic obligation (not the habitual residence of the performer of the characteristic obligation as in the conflict of laws field) with considerations completely different from the field of conflict of laws.

In this article, in the first part (I), firstly, the roots of the place of performance rule in the civil law system and the necessity to consider the rule in the light of the basic paradigm of the civil law (legal certainty and predictability) are identified. Then the impact of the common law approach of determining ‘the most appropriate or most closely connected court’ in EU law is discussed.

In the same vein, the place of performance jurisdiction filter under the 2019 Judgments Convention is examined and the common law effect on recognition and enforcement is also pointed out. In the second part (II), firstly, the historical relationship between the place of performance jurisdiction rule and the place of performance rule in the conflict of laws is determined; then the different courses of development of the two categories of rules are revealed and it is demonstrated that the place of performance criterion is evolving towards the place of performance of the characteristic obligation as a jurisdictional rule. This section explains why the place of performance as a jurisdictional rule and the place of performance as a conflict of laws rule do not coincide.

I. PLACE OF PERFORMANCE RULE IN CIVIL (EU) LAW and COMMON LAW CLOUDS AROUND IT

A. Roots of Place of Performance As a Ground of Jurisdiction: Its Way to International Jurisdiction

Justinian’s Code (Code of Justinian 3.13.2) stipulates that the action must be brought to the court where the defendant resided at the time the action was filed or the contract was concluded (*actor sequitur forum rei*).⁹ This rule is based on the understanding

7 See Chukwuma Okoli, *Place of Performance: A Comparative Analysis* (Hart Publishing 2020) 120ff.

8 See Daria Levina, ‘Jurisdiction at the Place of Performance of a Contract Revisited: A Case for Theory of Characteristic Performance in EU Civil Procedure’ (2022) 18 280ff..

9 See L. Wenger, *Institutes of Roman Law of Civil Procedure* (Otis H. Fisk tr, Veritas Press, 1940) 46.

that a case should be filed in a place connected with the case.¹⁰ At that time, with the increase in migration and the expansion of trade, the parties had often separated from the place where the dispute arose, and the need to file a case in a place connected to the dispute arose.¹¹ Thus, the understanding of the protection of the defendant formed the basis of the jurisdiction rules that stipulate the filing of a lawsuit in a place connected with the lawsuit. Later exceptions to the rule of *actor sequitur forum rei*, namely special jurisdiction rules, were formulated in connection with the place of performance of the contract, the place of tortious act and the property situs.¹² Thus, the place of performance rule constitutes one of the most well-established jurisdictional rules in civil law with a history dating back to Roman law.

In this sense, the place of performance indicates the competent court(s) in relation to the contract. Considering the various civil law countries, the place of performance rule has appeared together with the place of conclusion of the contract in procedural laws and regulations from past to present.¹³ However, in time, the place of conclusion of the contract was abandoned and only the place of performance rule was retained.¹⁴ This rule was included in the first European procedural laws¹⁵ as a domestic jurisdiction rule. The place of performance rule became functional as an international jurisdiction rule only after the 1900s. This is because the same (domestic/venue) jurisdiction rules were applied to all kinds of disputes, whether or not they had a foreign element, in the civil law legal systems. In this sense, no distinction was made between disputes with foreign elements and disputes without foreign elements in terms of the determination of the competent courts. However, since the mid-1900s, the establishing jurisdiction for disputes with a foreign element started to be addressed as a separate issue.

10 Friedrich Juenger, 'Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: A Comparison' (1984) 82 Michigan Law Review 1195, 1203–1204.

11 Albert A Ehrenzweig, 'The Transient Rule of Personal Jurisdiction: The 'Power' Myth and Forum Conveniens' (1956) 65 The Yale Law Journal 289, 297.

12 Ehrenzweig (n 11) 297.

13 Articles 41 and 52 of the Law of 25 March 1876 and Art 624 of Judicial Code in Belgian law; Italian Code of Civil Procedure 1942 (Codice di procedura civile), Art 4 and 20; French Code of Civil Procedure Art 59(3) and 420; German Code of Civil Procedure Art 29. See Report on the Convention on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Jenard Report), [1979] OJ C 59 22-23; See also Peter Mankowski, 'Special Jurisdictions, Article 5', *Brussels I Regulation – European Commentaries on Private International Law* (European Law Publishers 2007) 77, 91.

14 In the view that the approach based on Roman law regarding the jurisdiction of the court where the contract is concluded, ie. where the obligation arises, has lost its effect over time and the place of performance has come to the forefront in determining the competent court, see FC von Savigny, *Private International Law, A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*, (William Guthrie tr, T. & T. Clark/Stevens & Sons, 1869) 153-154.

15 See, eg, German Code of Civil Procedure 1879 (Zivilprozessordnung) Art 29; Italian Code of Civil Procedure 1942 (Codice di procedura civile), Art 4, Art 20; French Code of Civil Procedure 1806 (Code de procédure civile), Art 59(3). For historical explanations see Sereni Angelo Piero, 'Basic Features of Civil Procedure in Italy: A Comparative Study' (1952) 1 The American Journal of Comparative Law 373; Mauro Cappelletti and Joseph M Perillo, *Civil Procedure in Italy* (Springer Dordrecht 1965) 88; Christof von Dryander, 'Jurisdiction in Civil and Commercial Matters under the German Code of Civil Procedure' (1982) 16 The International Lawyer 671, 684–685. See also Justin Newton, *The Uniform Interpretation of the Brussels and Lugano Conventions* (Hart Publishing 2002) 124ff.

Indeed, the distinction between domestic and international jurisdiction has been made by German jurists since the middle of the 20th century,¹⁶ and the *Bundesgerichtshof* emphasized the importance of this distinction in a decision rendered in 1965.¹⁷ Today, in German law (in cases which do not fall within the scope of EU Regulations and international agreements containing jurisdictional rules) it is accepted that the jurisdiction rules in the German Civil Procedure Code incorporate both domestic and international jurisdiction. This is referred to as the ‘double function of the rules of jurisdiction in terms of venue’ (*Doppelfunktionalität*) in German doctrine.¹⁸ Currently, the ‘place of performance of the obligation in dispute’ rule under Article 29 of the German Code of Civil Procedure is taken as basis both in domestic and international jurisdiction.

Similarly, in French law, the place of performance as a jurisdictional rule dating back to the 1600s.¹⁹ In French law, the distinction between domestic and international jurisdiction is relatively recent. Firstly, in the 1959 *Pelassa* case, the *Cour de cassation* accepted the application of the rules of domestic jurisdiction to disputes of an international character and used the term ‘extension’ of the domestic jurisdiction rules to disputes of an international character.²⁰ Today, the place of performance rule (place of delivery of goods and place of provision of services) in Article 46(2) of the French Code of Civil Procedure is taken as basis to establish both domestic and international jurisdiction (in cases not falling within the scope of EU Regulations and international treaties containing jurisdictional rules).

In Swiss law, inter-cantonal jurisdiction rules established international jurisdiction as well.²¹ Until 1989, international jurisdiction and conflict of laws issues were handled within the framework of inter-cantonal principles. However, from the 1970s, studies for a separate private international law and international procedural law started²² and finally the Federal Code on Private International Law (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht - IPRG*), which is still in force today, was passed in 1989. Thus, it is determined that the international jurisdiction in Swiss law was initially based

16 Arthur Taylor von Mehren and Eckart Gottschalk, *Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study* (Martinus Nijhoff Publishers 2007) 124ff.

17 See BGH NJW 1965, 1665.

18 Abbo Junker, *Internationales Zivilprozessrecht* (5th edn, CH BECK 2020) 68; Eckart Brödermann and Joachim Rosengarten, *Internationales Privat- Und Zivilverfahrensrecht* (8th edn, Vahlen 2019) 187.

19 In 1673, French (commercial) law recognized the principle of the (commercial) creditor bringing an action in the court of the place of payment. Newton (n 15) 129 fn 827; J Roussel, ‘Les Clauses Attributives de Compétence’ (Doctoral Thesis, Université de Lille 1933) 75–77.

20 Cass civ (1) 19 October 1959, Bull 416 no 416 344; See Dominique Bureau and Horatia Muir Watt, *Droit International Privé. I, Partie Générale*, vol 1 (Presses universitaires de France 2007) 130–142; Paul Lagarde and Henri Batiffol, *Droit International Privé*, vol 2 (Librairie générale de droit et de jurisprudence 1983) 448–450, 456. and 456. The practice was later confirmed in the *Scheffel* case. See Cass civ (1) 30 October 1962, Bull no 449.

21 Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou ensejournés (CH); Bundesgesetz vom 25 Juni 1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (CH). This Act of 1891 contained jurisdictional rules mainly in the field of inheritance and family law. The practice had also developed in the field of contracts and torts through court decisions.

22 Expertenkommission, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz): Gesetzentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht 1978 59.

on the principles of domestic (federal) jurisdiction, and relatively recently, international jurisdiction rules were regulated by a separate law. The place of performance rule was also adopted in Swiss law, and while the first text of the IPRG was based on the place of performance of the obligation in dispute²³ with the effect of the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels Convention)²⁴, the rule of the place of performance of the characteristic obligation (Art. 113) was adopted with the amendment made in 2009.²⁵

In Italian law, international jurisdiction is separately regulated by the new Private International Law of 31 May 1995. Prior to the entry into force of this law, it is understood that international jurisdiction (pursuant to the place of performance rule) was established in accordance with the rules of domestic jurisdiction (Art. 4(1)(2) of the Code of Civil Procedure). International jurisdiction rules are in Articles 2 to 11 of the new Private International Law. While Article 3(1) of the law introduces a general rule of jurisdiction, Article 3(2) of the law regulates the special jurisdiction with reference to the Brussels Convention. Therefore, in accordance with Article 5(1) of the Brussels Convention, the court of the place of performance of the obligation in dispute has international jurisdiction. Also, the general jurisdiction rule establishes international jurisdiction.²⁶

Based on the examples, it is determined that in the civil law system, the place of performance rule was actually adopted as a domestic jurisdiction rule. Over time, the rules of domestic jurisdiction have also functioned as rules of international jurisdiction, or separate rules of international jurisdiction have been introduced, as in Swiss law.

It should be mentioned that, in addition to the domestic jurisdiction rules being the basis for establishing international jurisdiction, cross-border jurisdiction rules were formulated in the 1960s under the umbrella of the European Economic Communities (EEC). In the Brussels Convention, which today has been transformed into Brussels I Recast,²⁷ uniform rules of jurisdiction were introduced in order to facilitate the recognition and enforcement of court judgments between EEC countries (in order to prevent the establishment of excessive jurisdiction). Among these, Art. 5 (1) includes the rule of ‘place of performance of the obligation in dispute’. It is accepted that this rule is based on Art. 29 of the German Code of Civil Procedure, which entered into force in 1879.²⁸

23 See ‘Switzerland: Statute On Private International Law’ (1990) 29 Cambridge University Press 1274.

24 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters [1972] OJ L 299, 31/12/1972 0032-0042.

25 See <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en> accessed 22 October 2022.

26 See Legge 31 Maggio 1995 no 218 Riforma del sistema Italiano di diritto internazionale (IT). For the text in English see Andrea Giardina, ‘Italy: Law Reforming The Italian System Of Private International Law’ 35 International Legal Materials 760, 760–782. As Brussels Convention was replaced by regulations, Brussels I Recast Art 7 is the current provision referred by Italian law.

27 Brussels I Regulation entered into force in 2001 before Brussels I Recast which entered into force in 2015. See fn 4.

28 Newton (n 15) 124-125. See also Jenard Report (n 13) 22.

As can be seen, the place of performance rule, which is a rule of international jurisdiction in national legal systems and is now a rule of cross border jurisdiction in EU law, is based on the place of performance as a domestic jurisdiction rule. It should be noted at this point that the scope of application of the place of performance rule as a rule of international jurisdiction for EU Member States has been narrowed due to the Brussels I Recast. This is because only in cases that are not covered by the Brussels I Recast, the rules of international jurisdiction in their national legal systems are applicable. As for Switzerland, since Switzerland is a party to the Lugano Convention,²⁹ the Swiss Federal Code on Private International Law Art. 113 will be applicable for cases falling outside the scope of the Lugano Convention.

As a result, it is clear that the place of performance rule has been adopted in the civil law since Roman law. In addition, it is observed that the concept of international jurisdiction is a relatively new concept for civil law; until the 19th century, national laws did not make a distinction in terms of jurisdiction regarding disputes that have a foreign element; each national law determined the jurisdiction of its courts with criteria such as the place of residence of the defendant or place of performance.³⁰

B. Place of Performance Rule: Its Versions in Civil Law and Problems Associated with the Place of Performance Rule in EU Law

Although the place of performance rule is recognized in various national laws, it has actually been subject to different regulations. In this respect, the rule is an evolving rule on which no consensus has been reached.

1. Different Versions of the Rule in Civil Law

As pointed out above, although the place of performance rule has a long history, there are different regulations in terms of the obligation to be performed. To summarize briefly,

- German Code of Civil Procedure Art. 29 and Brussels (Lugano) Convention Art. 5(1) - ‘place of performance of the obligation in dispute’;
- Brussels I Regulation Art. 5(1)(a) and Brussels I Recast Art. 7(1)(a) - ‘place of performance of the obligation in dispute’

²⁹ Twenty years after the Brussels Convention, the Lugano Convention, which contains the same provisions as the Brussels Convention, was signed in 1988 between 12 member states of the European Economic Communities (EEC) and 6 member states of the European Free Trade Area (EFTA) (Austria, Finland, Iceland, Norway, Sweden and Switzerland) and entered into force on January 1, 1992. See Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Lugano Convention) [1988] OJ L319/9.

Following the adoption of the Brussels I Regulation in 2001, the Lugano Convention was re-signed in 2007 between the European Communities and three EFTA member states (Iceland, Norway and Switzerland) in line with the provisions of the Regulation and entered into force on January 1, 2010, repealing the 1988 Lugano Convention as of May 1, 2011. See Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters [2009] OJ L52/5 (Lugano Convention). The relationship between the Brussels I Recast and the 2007 Lugano Convention is set out in Article 73(1) of the Regulation.

³⁰ eg see Cappelletti and Perillo (n 15) 85ff.

- French Code of Civil Procedure Art. 46(2) - ‘place of delivery of goods in contracts of sale and place of provision of service in service contracts’;
- Swiss IPRG Art. 113 - ‘place of performance of the characteristic obligation’;³¹
- Brussels I Regulation Art. 5(1)(b) - ‘place of delivery of goods in contracts of sale and place of provision of service in service contracts’;
- Brussels I Recast Art. 7(1)(b) - ‘place of delivery of goods in contracts of sale and place of provision of service in service contracts’

can be singled out.

As can be seen, basically, a classification can be made considering the obligation in dispute and characteristic obligation with respect to the place of performance rule in jurisdiction law. In Swiss law, the rule of the place of performance of the characteristic obligation is adopted without making a distinction on the basis of contracts.

On the other hand, in French law and in the Brussels I Regulation, the place of performance of the characteristic obligation is autonomously determined for sale and service contracts. In these contracts, the performance based on the place of performance is the characteristic performance. Thus, it is noteworthy that the tendency of taking the characteristic obligation as the basis of jurisdiction has been gaining strength. However, the rule of the place of performance of the obligation in dispute, which originates from German law, has led to intense debates both in German law and in the Brussels regime. In addition, the place of delivery of the goods and place of provision of service rules adopted by the Brussels I Regulation in the Brussels regime also have controversial aspects. In the following sections, these problems, which have become more visible in the Brussels regime, will be pointed out and it will be analyzed how the common law effect is embodied in the place of performance rule.

2. Problems Associated with the Place of Performance Rules in EU Law

a. *Lex Causae* Formula and *Forum Actoris* Problem

The rule of the place of performance of the obligation in dispute in German law has also affected the EU regime;³² the Brussels and Lugano Conventions are based on the place of performance of the obligation in dispute. This adaptation has been subjected

31 Article 31 of the Swiss Federal Code of Civil Procedure includes the rule of place of performance of the characteristic obligation as a domestic jurisdiction rule.

32 Problems regarding Article 5(1) of the Brussels Convention had previously manifested themselves as a result of the German courts’ interpretation of Article 29 of the German Code of Civil Procedure. See Newton (n 15) 126. It is also noted that German court decisions referring to the ‘obligation in dispute’ date back to the early 1900s and that the distinction between ‘independent’ and ‘secondary’ obligations in relation to contractual obligations was also made by the ECJ years later in Case C-14/76 *A. De Bloos, SPRL v Société en commandite par actions Bouyer* [1976] ECR 1497.

to intense criticism. Starting from the 1970s, the main criticism is that the place of performance is determined subject to different *lex causae* and has the potential to designate the court of the plaintiff's own domicile (*forum actoris*).³³ The ECJ set forth the *lex causae* formula in the *Tessili*³⁴ decision.³⁵ Since the place of performance of monetary obligations in various national laws is the place of domicile of the creditor, filing a case in the court of the plaintiff's own domicile (*forum actoris*) has emerged as a problem of international jurisdiction.³⁶ The *forum actoris* criticism points to the need to prevent exorbitant jurisdiction decisions, which are contrary to the purpose of the Brussels Convention.³⁷

The determination of the place of performance of the obligation in dispute according to the *lex causae* is not the only problem caused by the place of performance rule. Some other problems formulated in connection with the determination of the place of performance based on the *lex causae* have been expressed especially from a common law perspective.

b. Proximity: An Interpretation under Common Law Perspective

In some decisions of the ECJ and in the doctrine, 'the close connection' has been considered to be the specific purpose of the special jurisdiction rules; in this regard, determination of the close, most closely connected³⁸ or the most appropriate place is considered to be the purpose of the place of performance rule.³⁹ Accordingly, in the Brussels regime, the claim that the rule of the place of performance of the obligation in dispute in the Brussels regime does not, in all cases, select the court that is close

33 Georges AL Droz, *Compétence Judiciaire et Effets Des Jugements Dans Le Marché Commun (Étude de La Convention de Bruxelles Du 27 Septembre 1968)* (Daloz 1972) 56ff; Newton (n 15) 125–129.

34 Case C-12/76 *Industrie Tessili Italiana Como v Dunlop AG* [1976] ECR 1491, Opinion of AG Mayras.

35 There have also been subsequent judgments in the same direction. See Case C-288/92 *Custom Made Commercial Ltd v Stawa Metallbau GmbH* [1994] ECR I-2913 (Custom Made Commercial).

36 It is clear that the court designated pursuant to Art 5(1) in respect of monetary obligations will generally be the court of the domicile (place of business) of the claimant or the defendant. In fact, Brussels Convention Art 5(1) is meaningless when coupled with the court of the defendant's domicile; on the other hand, when it gives rise to *forum actoris*, it clearly loses its legitimacy due to excessive jurisdiction. See Newton (n 15) 160; Georges AL Droz, 'Delendum Est Forum Contractus? : (Vingt Ans Après Les Arrêts "De Bloos" et "Tessili" Interprétant l'article 5.1 de La Convention de Bruxelles Du 27 Septembre 1968)' [1997] Recueil Daloz 351–355.

37 Jonathan Hill, 'Jurisdiction in Matters Relating to a Contract under the Brussels Convention' (1995) 44 *The International and Comparative Law Quarterly* 591, 595–596.

38 In the *Besix* decision, the ECJ emphasised that the place of performance rule should point at the court which has the closest connection with the case: '...it appears that Article 5(1) of the Brussels Convention is not apt to apply in a case such as that in the main proceedings, where it is not possible to determine the court having the closest connection with the case...'. See Case C-256/00 *Besix SA v Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG), Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & Co. KG (Plafog)* [2002] ECR I-01699 para 48 (*Besix*).

39 In the ECJ's decisions on the subject, the close connection has been considered to be the specific purpose of the special jurisdiction rules and the determination of the close or most closely connected place has been considered to be the purpose of the place of performance rule. See Case C-266/85 *Hassan Shenavai v Klaus Kreischer* [1987] ECR 251 paras 6-18; *Besix* (n 38) paras 31-32; Case C-386/05 *Color Drack GmbH v Lexx International Vertriebs GmbH* [2007] ECR I-03699 para 40 (*Color Drack*); Case C-19/09 *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v Silva Trade SA* [2010] ECR I-2161. See also Hill (n 37) 594ff; Arthur Poon, 'Determining the Place of Performance under Article 7(1) of the Brussels I Recast' 70 *International & Comparative Law Quarterly* 635, 661–662.

or most closely connected to the dispute has been the basis for criticism.⁴⁰ However, when the Brussels Convention (and the superseding Regulations) are examined from a purposive point of view, it seems difficult to conclude that the special jurisdiction rules (in this context, the place of performance rule in particular) select the court most closely connected to the dispute.

Indeed, the Report on the Brussels Convention states that ‘[a]doption of the special rules of jurisdiction is also justified by the fact that there must be a close connection factor between the dispute and the court with jurisdiction to resolve it’.⁴¹ Likewise, in the Preamble of the Brussels I Recast (para. 12), it was expressed that ‘[i]n addition to the defendant’s domicile, there should be alternative grounds of jurisdiction based on a close link between the court and the action or in order to facilitate the sound administration of justice’. ‘A close link’ is again included as the basis for the special jurisdiction rules; the purpose of the special jurisdiction rules to designate the court with the closest connection is not mentioned. On the contrary, as is clear from the Jenard Report, the rules of special jurisdiction hypothetically indicate the court with a close connection.⁴² The main function of the Brussels regime and civil law jurisdiction rules in general, as will be discussed below, is to ensure that the courts with jurisdiction are foreseeable for the parties, especially for defendants. Therefore, special jurisdiction rules, such as the place of performance rule, are not rules to be interpreted on a case-by-case basis. In other words, it is contrary to the nature of the jurisdiction rules in civil law to make an assessment in each case by taking into account whether the place of performance is indeed closely connected to the dispute.

As a matter of fact, the assessments that the place of performance of the obligation in dispute is not closely connected to the dispute in all cases are mostly put forward under the *forum conveniens* doctrine of the common law. The common law perspective has been reflected in the ECJ judgements, especially in the reports submitted by the United Kingdom, formerly one of the member state governments. Accordingly, the ECJ pointed out the need for a close connection or the closest connection in interpreting the place of performance rule.⁴³ In *Shenavai v Kreischer*, the United Kingdom argued that the purpose of Brussels Convention Art. 5(1) is to give jurisdiction to the court most closely connected with the contract;⁴⁴ also referring to the considerations regarding the applicable law under the Rome Convention,⁴⁵ ‘...it is to be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to perform

40 Hill (n 37) 594ff; Poon (n 39) 639; Briggs (n 3) 32.

41 See Jenard Report (n 13) 22.

42 In *Color Drack* (n 39), the ECJ stated that court is presumed to have a close link to the contract. See *Color Drack* (n 39) para 23.

43 However, it can be said that the ECJ does not have a consistent approach on this issue. In some other decisions, the ECJ has favoured legal certainty and predictability over proximity. See *Custom Made Commercial* (n 35) para 13.

44 Report for the Hearing delivered in Case 266/85 243.

45 1980 Rome Convention on the Applicable Law to Contractual Obligations [1980] OJ C 27 26.1.1998 34-53.

the obligation which is characteristic of the contract'.⁴⁶ In the same vein, the ECJ in *Shenavai v Kreischer* stated that '[t]he place in which that obligation is to be performed usually constitutes the closest connecting factor between the dispute and the court having jurisdiction over it'.

Also, the *Besix* decision states that '...[t]he court of the place where the contractual obligation giving rise to the action is to be performed will normally be the most appropriate for deciding the case, in particular on the grounds of proximity and ease of taking evidence'.

The *common law* influence on ECJ judgements has led to the search for the most closely connected or the most appropriate court. This is because the common law concept of jurisdiction is based on the need to identify the most appropriate court. As will be discussed below, there is a fundamental difference between the civil law and the common law in this respect. In civil law, the competent court is predetermined in accordance with the jurisdiction rules introduced by the legislature. However, the jurisdiction in common law is based on the determination of the most appropriate court on a case-by-case basis. Indeed, in English law, Graveson put forward the proper court theory with the analogy of proper law of the contract.⁴⁷ Another common law writer, Hill, referred to Graveson as '*Graveson had argued that English private international law was based on the principles of 'justice' and 'convenience'.* In connection with the notion of the proper court, Graveson repeated that the relevant jurisdiction principles 'must be found in the philosophical foundations of private international law, the framework of justice, necessity and convenience'.⁴⁸ It is seen that the search for a proper court and the search for the most appropriate court overlap in common law in the framework of justice, necessity and convenience. The *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd.*⁴⁹ decision, which is the basis of the *forum (non) conveniens* doctrine, points out the need to determine the most appropriate court. Accordingly, the *forum (non) conveniens* doctrine enables the appropriate court for the trial to be identified, that is to say '*that with which the action [has] the most real and substantial connection*'.⁵⁰ In other words, according to Hill the '*...overriding goal of the forum non conveniens doctrine is to direct litigation to the appropriate forum rather than to an appropriate forum*'.⁵¹ The appropriate court in this sense is the forum

46 Report for the Hearing delivered in Case 266/85 244.

47 Ronald H. Graveson, *Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law* (Volume 109) (Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1963) 1.

48 Jonathan Hill, 'The Exercise of Jurisdiction in Private International Law', *Asserting Jurisdiction International and European Legal Perspectives* (Hart Publishing 2003) 41–42.

49 *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd.*, [1987] AC 460.

50 Jonathan Hill, 'Jurisdiction in Civil and Commercial Matters: Is There a Third Way?' (2001) 54 *Current Legal Problems* 439–445.

51 Hill (n 50) 462.

which has the closest connection with the dispute.⁵² It has even been proposed to take into account the center of gravity of the dispute in determining the closest connection under Brussels Convention Art.5(1).⁵³

On the other hand, Hill pointed out that courts exercise jurisdiction in civil law if they are a connected forum though not necessarily the most closely connected forum.⁵⁴ The Brussels regime, in this sense, does not aim to allocate jurisdiction to the most closely connected court.⁵⁵ This interpretation is in line with the civil law paradigm. In civil law and in the Brussels regime, it is not the most appropriate or the most closely connected court that is important when establishing the jurisdiction of the courts. On the contrary, what is important is the predetermination of the courts of the place that are presumed to be closely connected under the rules of jurisdiction.

Thus, it is seen that the aim of determining the most convenient or the most closely connected court, which is taken into account in the ECJ decisions, is not an aim to be referred to in the civil law system or the Brussels regime. As a matter of fact, it has been historically established that the doctrine of *forum (non) conveniens* is not suitable for the Brussels regime. This point was emphasized in a report on the accession of Denmark, Ireland and the United Kingdom to the Brussels Convention. According to the report, predictability should be understood as the plaintiff's certainty of the court in which to bring the action and the defendant's predictability of the court in which to follow the case. The plaintiff's time and money should not be wasted because a court considers itself less competent than another one, and the plaintiff's right to determine the court should not be undermined by the *forum (non) conveniens* doctrine.⁵⁶

Despite these findings, as seen above, the ECJ, in its various decisions, has sought to identify the court that is closely connected or the most closely connected court. As will be seen below, determining the most closely connected court has also found its expression in the framework of the fragmentation of jurisdiction under the place of performance rule.

c. Fragmentation Problem and Common Law Clouds Around Its Solution

Another problem with Brussels Convention Art. 5(1) is related to the problem of multiple obligations in dispute. Although it has been accepted in ECJ decisions⁵⁷ that

52 Hill (n 50) 446.

53 Hill (n 50) 598.

54 Hill (n 48) 58.

55 Hill (n 50) 444.

56 Peter Schlosser, 'Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters and to the Protocol on Its Interpretation by the Court of Justice' (1979) OJ 1979 C 59 97 para 78.

57 See *Shenavai v Kreischer* (n 39) para 19; Case C-420/97 *Leathertex Divisione Sintetici SpA v Bodeltex BVBA* [1999] ECR I-6779.

the place of performance of the principal obligation should be used as the basis for jurisdiction in the event of more than one obligation being the subject of dispute, it has been seen that this is not a complete solution. This is because it is possible that the two different obligations breached are of equal weight, or the same obligation may be performed in different countries. In both cases, it is not possible to determine the principal obligation.⁵⁸ In this sense, it has been seen that taking the principal obligation as a basis cannot prevent the fragmentation of jurisdiction, and the Brussels I Regulation aims to solve this problem by introducing a different jurisdiction rule at least for sale and service contracts.⁵⁹ Regulations laid down state that the obligation in dispute for sale and service contracts is the characteristic obligation.⁶⁰ However, as mentioned below, it was observed that the fragmentation problem could not be solved in cases where the place of performance of the characteristic obligation (i.e., places of delivery in sales contracts and places of provision of service in service contracts) is located in more than one country, and this time, the concept of ‘principal place of performance’⁶¹ was introduced. This tendency is based on ‘the closest connection’ approach as seen in the ECJ decisions. Thus, the place of performance rule is once again confronted with the common law perspective.

aa. Brussels I Regulation Art. 5(1)(b) and Brussels I Recast Art. 7(1)(b)

As seen above, pursuant to Brussels Convention Art. 5(1) of the Brussels Convention, firstly, the *forum actoris* problem was discussed because of the issue of determining the place of performance of the obligation in dispute pursuant to the *lex causae*, and afterwards a solution was sought for the fragmentation problem. The final solution to these problems was brought by the Brussels I Regulation, and the obligation in dispute was designated as the performance of the seller and the performance of the contractor, especially for contracts of sale and service (Brussels Regulation Art. 5(1)(b)).⁶²

In addition, the place of performance of the seller and the contractor is also designated autonomously, in order to eliminate the need for a reference to the *lex causae*. Under Brussels I Regulation Art. 5(1)(b), the place of performance of the seller is determined as the place of delivery of the goods and the place of performance of the contractor is determined as the place of provision of service. In this way, the need to refer to the *lex causae* for determination of the place of performance has been

58 In fact, according to Briggs, also a *common law* writer, the logic of the place of performance rule is based on the close connection between the dispute and the court, and if there is no principal obligation, there should be no court to establish jurisdiction over its connection with the dispute. See Briggs (n 3) 227–228.

59 The rule on the place of performance of the obligation in dispute is retained in Brussels I Regulation Art 5(1)(a) for contracts other than contracts of sale and service. Brussels I Recast Art 7(1)(a) retains the same provision.

60 Mankowski (n 13) 136; Andrew Dickinson and Eva Lein, *The Brussels I Regulation Recast* (Oxford University Press 2015) 153.

61 The ECJ has held that the place of performance in a dispute where there is more than one place of delivery of the goods is the place of actual delivery. See *Color Drack* (n 39) paras 40–45.

62 Mankowski (n 13); Dickinson and Lein (n 60) 153.

eliminated. In the same vein, the possibility of multiple obligations being the subject of dispute has been excluded for sale and service contracts. This provision has been retained in Brussels I Recast Art. 7(1)(b). This provision, due to its characterization of the obligation in dispute as the characteristic obligation in contracts of sale and service and its autonomous determination of the place of performance, has remedied to a great extent the problems that arose from Article 5(1) of the Brussels Convention to a great extent. However, this time, the fragmentation problem arises due to the fact that the place of delivery or the place of provision of service is spread over more than one country. In cases where there is more than one place of delivery or place of provision of service, the search for the principal place of performance by determining the predominant place of performance in each dispute evokes exactly the search for *forum conveniens*, which is the prevailing common law approach.

bb. The ‘Principal Place of Performance’ and *Forum (Non) Conveniens*

In *Color Drack*,⁶³ the ECJ determined the ‘principal place of delivery’ in cases where the place of delivery of the goods is more than one; similarly, in *Wood Floor*,⁶⁴ the ECJ determined the ‘principal place of performance’ in cases where the work is performed in more than one country. It has been stated that the principal place of performance indicates the court most closely connected to the contract, and the most closely connected court is to be determined through a rating between the places of performance.⁶⁵ Indeed, the *Color Drack* decision states that ‘*place of performance must be understood as the place with the closest linking factor between the contract and the court having jurisdiction*’.⁶⁶ In the *Wood Floor* decision, it is stated that ‘... concerning the provision of services, when there are several places of delivery of the goods the ‘*place of performance*’ must be understood as the place with the closest linking factor, which, as a general rule, will be at the place of the main provision of services’.⁶⁷ This statement demonstrates that the place of performance is considered to be the place most closely connected to the contract. Thus, the dominance of the common law understanding of jurisdiction is also felt here.

The principal place of performance is determined on the basis of economic criteria.⁶⁸ However, it is not clear which economic criteria will be decisive,⁶⁹ and it is accepted that the court will determine whether it is competent or not in the light of the evidence

63 See *Color Drack* (n 39) [40].

64 See *Wood Floor* (n 39) [33].

65 *Color Drack* (n 39) [40].

66 *Wood Floor* (n 39) para 31.

67 *Wood Floor* (n 39) para 33.

68 *Color Drack* (n 39) paras 40-41; *Wood Floor* (n 39) para 31.

69 Dickinson and Lein (n 60) 153-154.

presented in each case.⁷⁰ In other words, if the court, within the framework of its discretionary power, reaches the conclusion that another place of performance carries weight, it may decide that it is not competent on the grounds that the principal place of performance is that place. This approach is undoubtedly close to the *forum (non) conveniens* doctrine. This is because, pursuant to the *forum (non) conveniens* doctrine, the court where the case is filed may decide that it does not have jurisdiction on the grounds that another forum more closely connected to the dispute is competent.⁷¹

3. Common Law Influence on the Place of Performance Rule and its Incompatibility with Civil Law

In the civil law system, jurisdiction is established based on predetermined rules. In this respect, the civil law prioritizes the predictability of the competent courts for the parties and thus aims to ensure legal certainty.⁷² The most typical examples of hard and fast rules adopted from Roman law are *actor sequitur forum rei*, the general jurisdiction rule, and *forum contractus*, a special jurisdiction rule. These jurisdiction rules are based on the connection with the parties or the dispute. Hard and fast rules refer *ex ante* to the courts of the place closely connected to the parties or the subject matter of the dispute.⁷³ The court does not investigate whether these local courts are the most closely connected or the most appropriate local court in each dispute. In other words, the court has no discretionary power with respect to the jurisdiction rules.⁷⁴ In some of its judgments, the ECJ has also clearly stated that there is no room for discretion in establishing jurisdiction.⁷⁵

In the civil law system, the plaintiff's right to sue is protected at the constitutional level and a balance is maintained by the predictability of the competent courts for the defendant category.⁷⁶ Namely, predictability and legal certainty are preserved for the defendant against the guarantee of the plaintiff's right of access to the court.⁷⁷ The defendant is in a position to know in advance in which local courts a case can be filed against him. Proximity, in this balance, is an inherent feature of the rules of jurisdiction. It is not the main or specific purpose of the jurisdiction rules. The main purpose is to ensure predictability and legal certainty by designating the rules

70 *Color Drack* (n 39) para 41; *Wood Floor* (n 39) para 40. See also Poon (n 39) 649.

71 *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* (n 49) 477-478 para (d).

72 Ulrich Magnus, 'Introduction', *Brussels I Regulation* (European Law Publishers 2007) 8; Peter F Schlosser, 'Lectures on Civil-Law Litigation Systems and American Cooperation with Those Systems' (1996) 45 *Kansas Law Review* 9, 19; Michaels (n 1) 1008.

73 Michaels (n 1) 1039; Pietro Franzina, 'Jurisdiction, Contracts and Torts', *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 1032; van Lith (n 3) 317.

74 Magnus (n 72) 8; Brussels Regulation (n 4) para 14; van Lith (n 3) 332; Ralf Michaels and Pietro Franzina, 'Jurisdiction Foundation', *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing) 1045.

75 *Shenavai v Kreischer* (n 39) para 19.

76 Michaels (n 1) 1053-1054.

77 van Lith (n 3) 318-320.

of jurisdiction based on proximity. In other words, a jurisdiction rule is presumed to point to a closely connected court, i.e., jurisdiction rules hypothetically point to closely connected courts.⁷⁸ The common law, on the contrary, recognizes the close connection to be tested by the court in each dispute.⁷⁹ The rules of jurisdiction, which are presumed to indicate the closely connected court, are not established in advance as a rule.

As a matter of fact, both the civil law and the common law recognize that the appropriate or the most appropriate court should be competent and that the jurisdiction should be established through the close or closest connection.⁸⁰ However, what the two legal systems understand from the concept of ‘most appropriate court’ is essentially different. The civil law envisages that the most appropriate court among the courts of various countries is determined in advance by jurisdiction rules.⁸¹ Since the most appropriate court is predetermined by the legislature, there is no need for the courts to exercise discretion on a case-by-case basis. On the other hand, the common law requires the determination of the most appropriate court in each case, especially considering the defendant.⁸² Therefore, it should be taken into consideration that the concepts of close connection and the most appropriate court do not actually mean the same thing in these two systems and that these issues are examined at different levels.⁸³

The incompatibility of the common law influence on the place of performance rule of the civil law system should also be considered in the light of these differences. Especially under the Brussels regime, the common law winds affecting the place of performance rule resulted in the interpretation of the place of performance of the obligation in dispute to determine the ‘most closely connected court’ or the ‘most appropriate court’. Moreover, in the Brussels regime, the search for the principal place of performance, in cases where there is more than one place of performance of the characteristic obligation, can be seen as an importation of the doctrine of *forum (non) conveniens*, which does not belong to civil law.

However, as seen above, the purpose of hard and fast jurisdiction rules in civil law is not to determine the most closely connected court, but to indicate the courts of the place that are considered to be closely connected and thus to ensure legal certainty and predictability by determining the competent courts in advance. It is the duty of the legislators to determine the closely connected court, and the rules of jurisdiction in the relevant regulations, based on criteria such as place of performance, indicate the competent courts. In this sense, civil law jurisdiction rules do not give much discretion

78 van Lith (n 3) 325; See also Jenard Report (n 13) 15.

79 Michaels and Franzina (n 74) 1049; van Lith (n 3) 315ff.

80 Jenard Report (n 13) 15; van Lith (n 3) 316.

81 Michaels (n 1) 1043.

82 Michaels (n 1) 1029; Hill (n 48) 57.

83 van Lith (n 3) 311ff; Michaels (n 1) 1027ff.

to the judge. In common law, on the other hand, the close connection underlying the establishment of jurisdiction is examined by the courts and the court determines whether it has jurisdiction in each case under traditional common law standards such as presence or jurisdiction rules designated in related regulations such as English Civil Procedure Rules or American long-arm statutes.⁸⁴

4. The Hague Conference on Private International Law and Place of Performance Rule

The differences between the civil law and common law systems are deemed to be responsible for the failure of uniformization of jurisdiction rules to date.⁸⁵ However, within the framework of the Hague Conference Jurisdiction Project, the principles of indirect jurisdiction limited to recognition and enforcement are included. *The Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters* (2019 Judgments Convention) should be considered especially as it introduces a jurisdiction filter referring to the place of performance rule. The 2019 Judgments Convention includes the place of performance rule within the scope of the indirect jurisdiction rules; however, it subjects recognition and enforcement to the minimum contact test of United States law. As such, a specific filter has been introduced for judgments relating to contractual obligations, combining the civil law system and the Anglo-American system's approach to specific jurisdiction.

Pursuant to 2019 Judgments Convention Art. 5(1)(g), judgments rendered by the court 'at the place of performance of the obligation in dispute' may be recognized and enforced. This part of the rule reflects the perspective of the civil law system. Nevertheless, the last sentence of this provision demonstrates that the Anglo-American approach is also harmonized. Accordingly, a judgment rendered by the court of the place of performance of the obligation in dispute cannot be recognized and enforced unless the defendant's contractual activities do not constitute a conscious and substantial connection with the country of performance.⁸⁶ This gives effect to the US approach that jurisdiction can only be established if there is a meaningful relationship ('minimum contact') between the defendant and the court.⁸⁷ Thus, it is stated that a balance has been achieved between the European and the US jurisdiction system.⁸⁸

84 See fn 3.

85 Michaels (n 1) 1009.

86 Article 5(1)(g) of the 2019 Judgments Convention contains the following statement:

'the judgment ruled on a contractual obligation and it was given by a court of the State in which performance of that obligation took place, or should have taken place, in accordance with

(i) the agreement of the parties, or

(ii) the law applicable to the contract, in the absence of an agreed place of performance,

unless the activities of the defendant in relation to the transaction clearly did not constitute a purposeful and substantial connection to that State;'

87 Michiel Poesen, 'Is Specific Jurisdiction Dead and Did We Murder It? An Appraisal of the Brussels Ia Regulation in the Globalizing Context of the HCCH 2019 Judgments Convention' (2021) 26 Uniform Law Review 1, 10.

88 Poesen (n 87) 11.

In addition to the 2019 Judgments Convention, a working group was established in 2021 in the framework of the Hague Conference Jurisdiction Project. This Working Group conducts a study for an international instrument containing jurisdictional rules for parallel and related cases. In the report prepared in February 2022, a parallel provision to the 2019 Judgments Convention was proposed for contractual disputes.⁸⁹ Indeed, Article 9(1)(d), within the scope of the draft jurisdiction rules included in the February 2022 Report of the Working Group, aims to harmonize the jurisdiction between the civil law and the Anglo-American system by taking the place of performance rule in the 2019 Judgments Convention for contractual obligations. This draft is open to criticism: First of all, the place of performance rule is reduced to the place of performance of the obligation in dispute and, e.g., the place of performance of the characteristic obligation, which is widely accepted today, is not included. In addition, the fact that the place of performance rule is laid down in such a way that only the court of the place of performance of the obligation in dispute has jurisdiction is actually a result of the predominance of Anglo-American influence in the scope of this work (and in the 2019 Judgments Convention). This is because, in the draft text, before the place of performance rule, jurisdiction rules are introduced, which stipulate that the activities of the defendant leading to the dispute must be directed to the place where the court is located. Accordingly, disputes arising out of a contractual relationship and not related to the performance of an obligation may be brought to court at the place of business, provided that dispute arises out of the activities of the defendant in that place. Thus, it can be said that the tendency to limit the place of performance rule to the place of performance of the obligation in dispute is a concrete indicator of the approach to the Anglo-American system within the Hague Conference.

As a result, it can be said that the place of performance rule has been under the influence of the Anglo-American perspective within the Hague Conference. As it is known, the Hague Conference is a structure open to the participation of various states. The Conference contains elements of civil law and common law together. Within the scope of the Jurisdiction Project, the place of performance rule alone was not deemed sufficient both in terms of recognition - enforcement and as a direct jurisdiction rule. Accordingly, the requirement that the defendant must have directed the relevant activities to the place of performance was added to this rule. Such a provision may be deemed appropriate for common law countries to become parties to the 2019 Judgments Convention. However, limiting the function of the place of performance rule only to disputes regarding contractual obligations in an international instrument that is planned to introduce direct jurisdiction rules is not in accordance with the history and function of the rule in civil law. In this way, the introduction of an additional criterion

⁸⁹ 'Report of the Working Group on Jurisdiction' (Hague Conference on Private International Law) Prel Doc No 7 of February 2022, Annex 1 5 para 13 <<https://assets.hcch.net/docs/d05583b3-ec71-4a5b-829c-103a834173bf.pdf>> accessed 30 October 2022.

that brings the place of performance rule closer to the Anglo-American system and the jurisdiction of the courts of the defendant's place of business for disputes that are not related to the performance of an obligation may lead to undesirable consequences such as the fragmentation of jurisdiction for contractual disputes. Civil law principles of jurisdiction and common law or Anglo-American principles of jurisdiction are consistent in themselves; however, combining the elements of these two systems in the place of performance rule may lead to the emergence of new problems that cannot be foreseen today.

II. PLACE OF PERFORMANCE RULE and CONFLICT OF LAWS TERMINOLOGY

A. Place of Performance: Jurisdictional Foundations of the Seat Theory in Conflict of Laws

As seen above, jurisdiction rule of the place of performance dates back to Roman law, and the jurisdiction of courts has been considered to be a matter of domestic law for centuries. A historical point of view reveals that the issue of jurisdiction was not subject to serious discussions in Roman law. The main argument was the issue of which of the laws of different city-states, i.e., statutes, should be applied in cross-border disputes, and the solution to this was largely based on the nature of the statutes at that time.⁹⁰ In fact, some of the classical principles that have survived until today were put forward during the period of the statist theory. For instance, the principles that the form is subject to *lex loci actus*; *lex fori* governs the conduct of the proceedings; the law of the place where the contract was concluded for disputes arising at the time of the conclusion of the contract, and the law of the place of performance for problems arising later, such as non-performance or delay in performance, were formulated in this period.⁹¹ In the same period, within the scope of the *lex fori* principle, the courts dealt with the disputes falling within their jurisdiction according to their own law; in this sense, jurisdiction was not a matter of dispute. Namely, local courts were considered competent for disputes that were somehow related to their territorial jurisdiction.⁹² It is also observed that foreigners may come within the jurisdiction of the courts by transferring their residence to the place where the court is located or paying taxes in this place.⁹³ However, it is understood that the establishment of jurisdiction was

90 Alberto-Horst Neidhart, 'The Transformation of European Private International Law, A Genealogy of the Family Anomaly' (Unpublished Doctoral Thesis, European University Institute 2018) 83. <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/60158/Neidhardt_2018-_LAW.pdf> accessed 30 October 2022. See also Hessel E Yntema, 'The Historic Bases of Private International Law' 2 *The American Journal of Comparative Law* 297, 303–304.

91 Similarly, *lex rei sitae* for the questions arising out of things, *lex loci delicti* for tortious acts or personal law for matters relating to personal status, belong to this period. Yntema (n 90) 304.

92 See Neidhart (n 90) 84 fn 128.

93 In fact, it is seen that in this way, individuals became the subjects of that city-state and therefore courts became competent. See Neidhardt (n 90) 84 fn 129 cited in: Breve del Consiglio di Genova 1143, Statuto di Nizza 1162. See Giuseppe Saggio, *Saggio Sulla Storia Del Diritto Internazionale Privato* (G Pellas 1873) 80.

largely arbitrary. In other words, in this period, the main issue discussed in cross-border disputes was how these disputes would be resolved, rather than which courts would hear these disputes, and the statist theory tried to solve this problem based on the nature of the statutes.

In the 19th century, the classical period started with Savigny who, with a different theoretical approach, tried to determine the most appropriate law based on the nature of legal relations and for this purpose, he introduced the concept of seat - the place where legal relations are localized. Savigny himself stated that it is difficult to determine the place of localization of contractual relations due to the abstract character of obligations, the fact that contractual obligations involve at least two persons and generally show reciprocity.⁹⁴ However, Savigny concluded that the obligations are localized at the place of performance taking some factors into consideration. He attributed a special importance to the fact that the place of performance has determined the court for contracts since Roman law⁹⁵ and stated that the competent court that coincides with the place of performance of the obligation reflects the will of the parties (voluntary submission). According to Savigny, the considerations that justify the competence of the court of the place of performance with an understanding dating back to Roman law are also valid for the application of the place of performance law.⁹⁶

As can be seen, the place of performance has served as a criterion determining the competent court; and with the development of the conflict of laws methodology, it has been used in the field of conflict of laws to determine the place where the obligation is localized. In this sense, the place of performance connecting factor in conflict of laws has become independent from the place of performance, which is the criterion of jurisdiction, and has developed as a connecting factor indicating the place where the obligations are localized.⁹⁷ In German law, in line with Savigny's opinion, it is accepted that every obligation to be performed in different countries is subject to the law of the country where it is to be performed.⁹⁸ Similarly, in English law, the place of performance is one of the factors taken into consideration in determining the most closely connected law, if the parties have not made a choice of law.⁹⁹

94 Savigny (n 14) 149-150.

95 Savigny (n 14) 150. It should be noted that before Savigny, Story considered the place of performance in determining the law applicable to the contract. However, Story stated that the contract is primarily governed by the law of the place of its formation; if this place is different from the place of performance, the law of the place of performance may be taken into account as an element indicating the will of the parties. Savigny, on the other hand, stated that the application of the law of the place of performance is in accordance with the expectations of the parties in cases where the parties have not made a choice of law. See Okoli (n 7) 22-23.

96 Savigny (n 14) 175-176.

97 At this point, Savigny argues that the jurisdiction of the court of the place of performance as the court of special jurisdiction continues as well as the jurisdiction of the court of the defendant's domicile as the court of general jurisdiction; the plaintiff has a choice to file a case in one of these two courts; however, he cannot make such a choice regarding the applicable law and the law of the place of performance should be applied in any case. See Savigny (n 14) 176.

98 See Okoli (n 7) 24-25.

99 See Okoli (n 7) 23-24.

The place of performance has also been a problematic connecting factor in conflict of laws as it requires to designate the place of performance under substantive rules. In order to find a solution, first the place of performance of the characteristic obligation, and then the connecting factors such as the place of business and habitual residence of the debtor of the characteristic obligation were used as a basis. In this sense, it can be said that place of performance in the field of conflict of laws has evolved towards the contacts based on the characteristic obligation and the performer of the characteristic obligation.¹⁰⁰ The place of performance in establishing the jurisdiction, on the other hand, has maintained its existence in national procedural laws, apart from the considerations regarding the determination of the applicable law.

Thus, it is seen from a historical point of view that the use of the place of performance in determining both the competent court and the applicable law does not arise from a necessary connection.¹⁰¹ As a matter of fact, conflict of laws rules and international jurisdiction rules do not necessarily interact, and the functions of these two fields are quite different. However, it is clear that the place of performance was fundamentally determinant in establishing jurisdiction long before the development of the conflict of laws methodology and was taken as a basis by Savigny in designating the place where the obligations are localized.

Savigny's methodology is based on the determination of the law applicable to each legal relationship based on the seat of that legal relationship. The place where legal relations are localized has been subject to different classifications by various authors over time and the need to determine the law with which the legal relationship is most closely connected has been emphasized by terms such as the most closely connected law, the most appropriate law, the center of gravity, etc. For instance, Westlake used the term 'closest and most real connection' under the influence of Savigny, while Dicey used the term 'proper law'.¹⁰²

B. Conflict of Laws Perspective: The Closest Connection

As seen above, especially in ECJ decisions, determining the most appropriate court or the most closely connected court is considered to be the specific purpose of the special jurisdiction rules. It is clear that notions of 'most appropriate' or 'most closely connected' reflect the common law understanding of jurisdiction.

It should also be noted that these notions are mainly used in the conflict of laws methodology. Indeed, Savigny's concept of 'seat' has given rise to the 'closest connection' approach and the 'proper law' doctrine or the 'center of gravity' approach

¹⁰⁰ Okoli (n 7) 25-27.

¹⁰¹ See von Mehren (n 16) 127-129.

¹⁰² See Okoli (n 7) 23 fn 7: John Westlake, *A Treatise on Private International Law* (6th edn, Sweet and Maxwell 1922) 227-231; Okoli (n 7) 23 fn 9: AV Dicey, *Conflict of Laws* (2nd edn, Sweet and Maxwell 1908) Rule 146 529-556.

have been developed in determining the most closely connected law.¹⁰³ In the field of conflict of laws, the aim is to determine the most closely connected or most appropriate law by taking into account the characteristics of legal relations. However, the function of the closest connection in conflict of laws and the function of the closest connection in jurisdiction law are completely different. Conflict of laws aims to designate the law¹⁰⁴ of the most closely connected (country) and the closest connection refers to the closest connection with the legal relationship. In the field of jurisdiction on the other hand, determining the court most closely connected to the legal relationship is not a direct objective. It is possible to establish jurisdiction for the courts that are closely connected to the parties or to the subject matter of the dispute, as in special jurisdiction rules.

Moreover, since the most closely connected law in conflict of laws should be determined to be a specific national law, the meaning of ‘the most closely connected’ notion is compatible with its purpose. On the other hand, ‘the closest connection’ in the law of jurisdiction is incompatible with the meaning of this concept because it is possible that there may be more than one closely connected court and accordingly more than one competent court. This result demonstrates that the concept that should be taken as a basis in jurisdiction law is not ‘the closest connection’, but the concept of ‘a close connection’.

Thus, it should be taken into account that the jurisdiction rules and conflict of laws rules have different objectives; although it is sometimes argued that these two may overlap, it should be taken into consideration that jurisdiction rules may establish jurisdiction for more than one court; in this respect, they indicate closely connected courts; whereas the conflict of laws rules indicate the most closely connected law, i.e., the law of a particular country, to be applied.

The transformation of the place of performance rule in the field of conflict of laws over the last century supports this conclusion. In determining the applicable law, especially in civil law, the place of performance rule first evolved into the place of performance of the characteristic obligation and then into the habitual residence - place of business of the characteristic performer.¹⁰⁵ In other words, the conflict of laws rules, which claim to determine the most closely connected law, have departed from the place of performance rule over time and followed a course based on the characteristic performer.¹⁰⁶ On the other hand, the place of performance rule in jurisdiction law has

103 Volker Triebel, ‘The Choice of Law in Commercial Relations: A German Perspective’ (1988) 37 *The International and Comparative Law Quarterly* 935, 942ff; Peter Hay, ‘Reflections on Conflict-of-Laws Methodology’ (1981) 32 *Hastings Law Journal* 1644, 1669–1670; Okoli (n 7) 24–31. For a detailed analysis of close connection approach in contractual obligations in conflict of laws see Gülin Güngör, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin Hukuk Yayınları 2004).

104 For the distinction between the law of the most closely connected country or the most closely connected law, see Güngör (n 103) 98-99.

105 Okoli (n 7) 26ff; Güngör (n 103) 83ff.

106 Okoli (n 7) 26ff; Güngör (n 103) 83ff.

remained both as domestic and international or cross-border jurisdiction rules. Even in jurisdiction law, due to the fragmentation problems arising on the basis of performance, the place of performance of the characteristic obligation has gained weight; however, the court of the habitual residence or place of business of the characteristic performer has not been adopted.

III. Conclusion

In the interpretation of the place of performance jurisdiction rule, the doctrine of *forum (non) conveniens* and the understanding that the court most closely connected to the dispute is competent is particularly noteworthy in the Brussels regime. The common law understanding of jurisdiction has given rise to criticisms that the place of performance of the obligation in dispute (and even the place of performance of the characteristic obligation) is not in all cases closely connected to the dispute, and it has been argued that the place of performance rule should establish jurisdiction on the basis of closest connection. With this understanding, again in the Brussels regime, the tendency has emerged to determine the court of the place of performance as the most closely connected court in cases where the place of performance of the characteristic obligation is spread over more than one country in contracts of sale and service. When this approach is taken as a whole, it is found contrary to the understanding of jurisdiction in the civil law system. This is because the civil law understanding of jurisdiction is based on the *a priori* determination of closely connected courts with hard and fast rules within the framework of legal certainty and predictability. In this system, the courts do not establish jurisdiction by exercising discretionary power as in the common law system. Therefore, it is not compatible with the basic structure of the civil law system to investigate whether the place of performance rule points to the most closely connected court through interpretation. As a matter of fact, in a recent decision of the Swiss Federal Court, in cases where there is more than one place of performance of the characteristic obligation, the jurisdiction of each place of performance court is established; in other words, the Swiss Federal Court did not investigate the principal place of performance of the characteristic obligation in order to determine the most closely connected court.¹⁰⁷ In this decision, the Swiss Federal Court expressly stated that the test of the closest connection, which is taken as a basis in determining the applicable law, cannot be applied in the field of jurisdiction. Based on this, subjecting the place of performance rule of civil law to the closest connection test should also be questioned in relation to the ‘closest connection’ test of the conflict of laws. This is because the closest connection test, which serves the purpose of determining the

¹⁰⁷ Swiss Federal Supreme Court 13 March 2019, 4A_444/2018. For an evaluation on the decision see Valentina Hirsiger-Meierand Lukas Innerebner ‘Swiss Federal Court: A contract with several characteristic performances can be enforced at each place of characteristic performance’ (Global Litigation News by Baker McKenzie 3 June 2019) <<https://globallitigationnews.bakermckenzie.com/2019/06/03/swiss-federal-court-a-contract-with-several-characteristic-performances-can-be-enforced-at-each-place-of-characteristic-performance/>> accessed 1 November 2022.

most closely connected law in conflict of laws, is *de facto* imported to the field of jurisdiction in the Brussels regime. However, the development, origin, purpose and function of the conflict of laws and jurisdiction law are different. Therefore, it does not seem possible to address the place of performance in a way that overlaps in the fields of conflict of laws and procedural law, nor is it appropriate to take the concept of the closest connection as a basis for the interpretation of the place of performance jurisdiction rule.

In terms of the place of performance jurisdiction rule, the rule should be interpreted in a way to serve legal certainty and predictability. The rule of the place of performance of the obligation in dispute or the place of performance of the characteristic obligation should not be interpreted for the purpose of determining the court most closely connected to the dispute. What is important is that the competent courts should be foreseeable, especially for the defendant. Otherwise, it is unrealistic to expect the courts to determine in each and every dispute whether they are indeed the court of the most closely connected place. As a matter of fact, in the Brussels regime, the rule of place of performance of the characteristic obligation for sale and service contracts was introduced in order to find a solution to the problem of fragmentation based on performance. Thus, the EU legislature recognizes that the place of performance of the characteristic obligation determines the competent court for any dispute arising out of the contract. In other words, the EU legislator has, in fact, regulated in line with legal certainty and predictability in solving the problems related to the place of performance rule. It is confirmed that it is not necessary for the place of performance rule to point to the closely connected court for each dispute. This is because contractual disputes may not always be related to the performance of obligations; e.g., the court of the place of performance of the characteristic obligation is also competent for a case regarding the invalidity of the contract. Therefore, it should be accepted that the place of performance jurisdiction rule hypothetically points to closely connected courts; the rule should not be attributed the function of indicating the most closely connected court.

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.

Bibliyografya/Bibliography

Books and articles

Angelo Piero S, 'Basic Features of Civil Procedure in Italy: A Comparative Study' (1952) 1 The American Journal of Comparative Law

- Briggs A, *Civil Jurisdiction and Judgments* (Informa Law from Routledge 2015)
- Brödermann E and Rosengarten J, *Internationales Privat- Und Zivilverfahrensrecht* (8th edn, Vahlen 2019)
- Bureau D and Muir Watt H, *Droit International Privé. 1, Partie Générale*, vol 1 (Presses universitaires de France 2007)
- Cappelletti M and Perillo JM, *Civil Procedure in Italy* (Springer Dordrecht 1965)
- Dacey AV, *Conflict of Laws* (2nd edn, Sweet and Maxwell 1908)
- Dickinson A and Lein E, *The Brussels I Regulation Recast* (Oxford University Press 2015)
- Droz GAL, *Compétence Judiciaire et Effets Des Jugements Dans Le Marché Commun (Étude de La Convention de Bruxelles Du 27 Septembre 1968)* (Daloz 1972)
- Droz GAL, ‘Delendum Est Forum Contractus? : (Vingt Ans Après Les Arrêts “De Bloos “ et “Tessili” Interprétant l’article 5.1 de La Convention de Bruxelles Du 27 Septembre 1968)’ [1997] Recueil Dalloz
- Ehrenzweig AA, ‘The Transient Rule of Personal Jurisdiction: The “Power” Myth and Forum Conveniens’ (1956) 65 *The Yale Law Journal*
- Franzina P, ‘Jurisdiction, Contracts and Torts’, *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017)
- Giardina A, ‘Italy: Law Reforming The Italian System Of Private International Law’ 35 *International Legal Materials* 760
- Güngör G, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin Hukuk Yayınları 2004)
- H. Graveson R, *Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law (Volume 109)* (Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1963)
- Hay P, ‘Reflections on Conflict-of-Laws Methodology’ (1981) 32 *Hastings Law Journal* 1644
- Hill J, ‘Jurisdiction in Matters Relating to a Contract under the Brussels Convention’ (1995) 44 *The International and Comparative Law Quarterly* 591
- Hill J, ‘Jurisdiction in Civil and Commercial Matters: Is There a Third Way?’ (2001) 54 *Current Legal Problems*
- Hill J, ‘The Exercise of Jurisdiction in Private International Law’, *Asserting Jurisdiction International and European Legal Perspectives* (Hart Publishing 2003)
- Jenard P, ‘Report on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters’
- Juenger F, ‘Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: A Comparison’ (1984) 82 *Michigan Law Review*
- Junker A, *Internationales Zivilprozessrecht* (5th edn, CH BECK 2020)
- Lagarde P and Batiffol H, *Droit International Privé*, vol 2 (Librairie générale de droit et de jurisprudence 1983)
- Levina D, ‘Jurisdiction at the Place of Performance of a Contract Revisited: A Case for Theory of Characteristic Performance in EU Civil Procedure’ (2022) 18 *Journal of Private International Law*
- Magnus U, ‘Introduction’, *Brussels I Regulation* (European Law Publishers 2007)
- Mankowski P, ‘Special Jurisdictions, Article 5’, *Brussels I Regulation – European Commentaries on Private International Law* (European Law Publishers 2007)

- Michaels R, 'Two Paradigms of Jurisdiction' 27 Michigan Journal of International Law
- Michaels R and Franzina P, 'Jurisdiction Foundation', *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017)
- Neidhart A-H, 'The Transformation of European Private International Law, A Genealogy of the Family Anomaly' (Doctoral Thesis, European University Institute 2018)
- Newton J, *The Uniform Interpretation of the Brussels and Lugano Conventions* (Hart Publishing 2002)
- Okoli C, *Place of Performance: A Comparative Analysis* (Hart Publishing 2020)
- Place of Performance*
- Poesen M, 'Is Specific Jurisdiction Dead and Did We Murder It? An Appraisal of the Brussels Ia Regulation in the Globalizing Context of the HCCH 2019 Judgments Convention' (2021) 26 Uniform Law Review 1
- Poon A, 'Determining the Place of Performance under Article 7(1) of the Brussels I Recast' 70 International & Comparative Law Quarterly 635
- Roussel J, 'Les Clauses Attributives de Compétence' (Doctoral Thesis, Université de Lille 1933)
- Saggio G, *Saggio Sulla Storia Del Diritto Internazionale Privato* (G Pellas 1873)
- Schlosser P, 'Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters and to the Protocol on Its Interpretation by the Court of Justice' (1979) OJ 1979 C 59
- Schlosser PF, 'Lectures on Civil-Law Litigation Systems and American Cooperation with Those Systems' (1996) 45 Kansas Law Review 9
- 'Switzerland: Statute On Private International Law' (1990) 29 Cambridge University Press 1244
- Torremans P and others, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law* (15th edn, Oxford University Press 2017)
- Triebel V, 'The Choice of Law in Commercial Relations: A German Perspective' (1988) 37 The International and Comparative Law Quarterly 935
- van Lith H, *International Jurisdiction and Commercial Litigation* (TMC Asser Press The Hague 2009)
- von Dryander C, 'Jurisdiction in Civil and Commercial Matters under the German Code of Civil Procedure' (1982) 16 The International Lawyer
- von Mehren AT and Gottschalk E, *Adjudicatory Authority in Private International Law : A Comparative Study* (Martinus Nijhoff Publishers 2007)
- Wenger L, *Institutes of Roman Law of Civil Procedure* (Veritas Press 1940)
- Westlake J, *A Treatise on Private International Law* (6th edn, Sweet and Maxwell 1922)
- Yntema HE, 'The Historic Bases of Private International Law' 2 The American Journal of Comparative Law 297

Other

- Expertenkommission, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz): Gesetzentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht 1978.

‘Report of the Working Group on Jurisdiction’ (Hague Conference on Private International Law) Prel Doc No 7 of February 2022. Annex I 5 para 13 <<https://assets.hcch.net/docs/d05583b3-ec71-4a5b-829c-103a834173bf.pdf>> accessed

Report on the Convention on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Jenard Report), [1979] OJ C 59



Türkiye’de Düzensiz Göçmen Olarak Bulunan Afganların Hukuki Statülerine İlişkin Değerlendirmeler

Assessments Regarding the Legal Status of Afghans Who are Irregular Migrants in Turkey

Sema Çörtoğlu Koca*

Öz

Çalışmada, Afganistan’daki olaylar sebebiyle ülkemizde düzensiz göçmen olarak bulunan Afgan vatandaşlarının Türkiye’deki hukuki statülerine ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır. Öncelikle uluslararası koruma türlerinden mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statülerinden hangisini alıp alamayacakları yargı kararları örneklendirmeleriyle birlikte belirlenmeye çalışılmıştır. Bu tespit yapılırken, uluslararası koruma başvuru usulü de ele alınmıştır. Türkiye’de bulunan uluslararası koruma başvuru sahipleri ve uluslararası koruma statüsü sahipleri incelendiğinde görülmektedir ki, bu grupların büyük çoğunluğunu Afganistan’dan gelen kişiler oluşturmaktadır. Uluslararası koruma statüleri verilirken idarenin her bir başvurucu bakımından yaptığı bireysel değerlendirmelerde dikkat edilmesi gereken hususlar da çalışmada ele alınmaktadır. Yine başvurucu bakımından yapılan değerlendirmelere ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Türk mahkeme kararlarına yer verilmiştir. Çalışmamızda, bu koruma türleri dışında Afgan vatandaşlarının geçici koruma statüsü ile göçmen statüsü alıp alamayacakları da değerlendirilmiştir. Daha önce, Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti’nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları geçici koruma altına alınmışlardır. Afganistan’dan gelen Afgan vatandaşları hakkında da geçici koruma kararının alınmasının hangi hallerde mümkün olabileceği çalışmamızda değerlendirilmektedir. Yine geçmiş dönemlerde Türk soylu Afgan vatandaşlarına göçmen statüsü verilmesi nedeniyle, bu kişilerin göçmen olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı çalışmamızda ele alınan bir diğer konudur. Son olarak çalışmada, ülkemizde düzensiz göçmen olarak bulunan Afgan vatandaşlarının Türkiye’de yasal olarak ikamet edebilmeleri için alabilecekleri ikamet izni türlerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Afganlar, Geçici Koruma, Göçmen, İkincil Koruma, Mülteci, Şartlı Mülteci, Uluslararası Koruma

Abstract

In this study, the legal statuses of Afghans who are irregular migrants in our country, due to the events in Afghanistan, have been explored. To begin with, it has been attempted to determine which of the international protection types such as refugee, conditional refugee and subsidiary protection statuses can or cannot be obtained, as well as the examples of judicial decisions. The international protection application procedure has also been discussed while making this determination. When the international protection applicants and international protection status holders in Turkey are examined, it is discovered that the majority of these groups are Afghans. The issues to be considered in the individual evaluations of the administration in terms of each applicant while granting international protection status are also discussed. Moreover, regarding the evaluations made in terms of the applicant, the decisions of the European Court of Human Rights and the Turkish court decisions are included. Our study has also evaluated whether Afghan citizens can get temporary protection status and immigrant status. Citizens of the Syrian Arab Republic who came to or crossed our

* **Sorumlu Yazar:** Sema Çörtoğlu Koca (Doç. Dr.), Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: sema@baskent.edu.tr ORCID: 0000-0001-6464-9034

Atf: Cortoglu Koca S, “Türkiye’de Düzensiz Göçmen Olarak Bulunan Afganların Hukuki Statülerine İlişkin Değerlendirmeler” (2022) 42(2) PPIL 873. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1188148>



borders from Syria for temporary protection as a result of the events in Syria have been granted temporary protection. In our study, the case in which it is possible to grant Afghan citizens temporary protection has been evaluated. Moreover, it has been discussed whether it is possible to grant immigrant status to Afghan citizens of Turkish origin in the past. Finally, in the study, the types of residence permit that Afghan citizens who are irregular immigrants in the country can obtain in order to legally reside in Turkey are mentioned.

Keywords

Afghans, Conditional Refugee, Immigrant, International Protection, Refugee, Subsidiary Protection, Temporary Protection

Extended Summary

Turkey has the world's largest population of people seeking temporary and international protection. In Turkey, international protection applicants and status holders come from various nationalities, with the largest populations hailing from Afghanistan, Iraq and Iran.

Since the Taliban took over in August 2021, armed resistance movements and armed conflict situations have continued in different regions of Afghanistan. According to the UN report dated January 22, 2022, one of the most important situations that increase the need for displacement and asylum in a safe country shortly is the threat posed by armed organizations, especially the Taliban, on the geography of Afghanistan.

When the number of Afghan citizens apprehended as illegal immigrants in our country was examined, it was discovered that 100.841 Afghan citizens were apprehended in 2018, with the figure more than doubling to 201.437 in 2019. In 2020, 50.161 Afghan citizens were arrested and in 2021, 70.252 Afghan citizens were arrested in Turkey. According to a report dated 8 December 2022, it was determined that 110.283 Afghan citizens were arrested in our country as irregular migrants.

This study is about the status of Afghan citizens who have been in Turkey as irregular immigrants, particularly in recent times, as a result of the armed conflicts that occurred before and after the Taliban's takeover of Afghanistan's national administration. In this context, evaluations will be made in terms of temporary protection status, immigrant status and residence permit after examining the situation of Afghan citizens who are irregular immigrants in our country following international protection law.

By the end of the year 2021, the number of Afghan citizens in Turkey applying for international protection status is 21.926. When the applicants to the Presidency of Migration Management are examined, it was observed that the highest number of applications were made by Afghan citizens.

It is impossible for the citizens of Afghanistan who came to the country to get refugee status, both in line with the geographical limitation imposed by Turkey on the Convention Relating to the Status of Refugees and in line with the Law on Foreigners

and International Protection (LFIP) article 61 issued in parallel with the Convention. According to Turkish law, the primary condition for granting refugee status is that the person seeks international protection from our country as a result of events in European countries.

In LFIP, the concept of conditional refugee, which is used for the first time in our legislation, is included instead of the concept of an asylum seeker. Provided that Afghan citizens arrived in the country as a result of an event outside of European countries and are unable to seek protection in their home country, they may be granted conditional refugee status. However, in order for an Afghan national to qualify for conditional refugee status, the applicant must have a well-founded fear of persecution because of his race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion (LFIP article 62). In this context, whether the fear of persecution of Afghans is based on a just cause should be evaluated separately for each applicant and the just cause should be proved by the applicant.

Article 63 of the LFIP allows asylum seekers who are not qualified as refugees or conditional refugees to be granted subsidiary protection status in certain exceptional circumstances. For this reason, for an Afghan citizen to benefit from subsidiary protection in Turkey, this person must first not meet the conditions for conditional refugee status. The possibility that individuals, particularly activists, journalists and women, who lead lives incompatible with the Taliban’s political regime, may be subjected to torture, inhuman or degrading punishment or treatment, more importantly, the death penalty should be considered while determining subsidiary protection status.

In the individual evaluations of these people, both the Presidency of Migration Management and the Turkish courts try to comply with the principles accepted in international law and the decisions of the ECtHR in the international protection applications made by Afghan citizens who came from Afghanistan as irregular immigrants in Turkey.

Although the number of Afghans crossing our borders has increased significantly since the withdrawal of international forces from Afghanistan and the Taliban’s invasion of the country, this estimate is not yet considered a mass influx. There will be no mass influx as long as Turkey has the authority to receive and individually review the international protection applications of each Afghan citizen. Temporary protection decision shall be taken by the President of the Republic of Turkey upon the Ministry of Interior’s proposal. Since there is no such decision at the moment, Afghan citizens do not have temporary protection status under all circumstances.

If there are Turkish ancestors and adherents to Turkish culture among Afghan citizens who come to our country, the President of the Republic of Turkey might

grant them immigrant status. In previous dates, these people were accepted in Turkey as immigrants.

It is also believed that Afghans who cannot be returned to their home country under the principle of non-refoulment even if their international protection status is denied can remain in the country under the terms of a humanitarian residence permit (LFIP article 46).

Türkiye’de Düzensiz Göçmen Olarak Bulunan Afganların Hukuki Statülerine İlişkin Değerlendirmeler

I. Giriş

Ülkemiz, dünyanın en fazla geçici ve uluslararası koruma sağlanan nüfusuna ev sahipliği yapmaktadır. Geçici koruma sağlanan kişiler ve uluslararası koruma başvuru ve statü sahiplerinin sayısı zaman zaman kamu hizmeti sağlayıcılarının kapasitelerini zorlayabilmektedir. Mevcut durum, ev sahibi toplum ile sayılan bu topluluklar arasında çeşitli sebeplere dayalı olarak sosyal gerilim potansiyeli de yaratabilmektedir. Türkiye’de bulunan uluslararası koruma başvuru sahipleri ve uluslararası koruma statü sahipleri incelendiğinde görülmektedir ki, bu grupların büyük çoğunluğunu Afganistan, Irak ve İran’dan gelen kişiler oluşturmaktadır¹.

Afganistan’da bulunan Birleşmiş Milletler (BM) Yardım Misyonu (*United Nations Assistance Mission in Afghanistan – UNAMA*) verileri uyarınca, 1 Ocak 2021 ile 20 Haziran 2021 tarihleri arasında Afganistan’da öldürülen ve yaralanan sivillerin toplam sayısı 5.183’tür. Bu sayının 2020’nin ilk yarısına oranla %47 oranında artış gösterdiğini söylemek mümkündür². Sivil kayıpların %64’ünün sebebini, rejim karşıtı gruplar oluşturmaktadır. Taliban, rejim karşıtı unsurların oluşturduğu bu oranın büyük çoğunluğuna (%39’na) karşılık gelmektedir³. Bununla beraber, 22 Ocak 2022 tarihli BM raporuna göre, Taliban’ın Ağustos 2021’de hâkimiyeti eline almasının ardından Afganistan’ın farklı bölgelerinde silahlı direniş hareketleri ile silahlı çatışma durumlarının devam ettiği görülmektedir⁴. UNAMA verileri doğrultusunda, başta Taliban olmak üzere silahlı örgütlerin Afganistan coğrafyası üzerinde oluşturduğu tehdit, yakın süreç içerisinde yerinden edilme ve güvenli ülkeye sığınma zaruretinin arttıran en önemli durumlardan biridir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Taliban’ın iktidara gelmesinden bu yana, Afganistan’daki kız çocuklarının ve kadınların, onlarca yıldır elde ettikleri hakları kullanma konusunda çok hızlı kayıplar yaşadıklarını ifade etmiştir. Uluslararası toplum, kadın ve kız çocuklarının giderek kamusal alandan dışlanmasına, kurumsallaşmış ve sistematik baskılarına tanık olmaktadır. Taliban, kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırma ve kadınların siyaset ve karar alma mercileri dâhil olmak

1 UNHCR, ‘Turkey Country Chapter 2021-2022’ (UNHCR, 26 Temmuz 2021) 4, 26 <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2021/03/3RP-Turkey-Country-Chapter-2021-2022_EN-opt.pdf> Erişim Tarihi 15 Eylül 2022.

2 UNAMA, ‘Protection of Civilians in Armed Conflict Mid-Year Update: 1 January to 30 June 2021’ (UNAMA, 26 Temmuz 2021) 1 <https://unama.unmissions.org/sites/default/files/unama_poc_midyear_report_2021_26_july.pdf> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.

3 UNAMA, ‘Protection of Civilians in Armed Conflict Mid-Year Update: 1 January to 30 June 2021’ (UNAMA 26 Temmuz 2021) 3-5, <https://unama.unmissions.org/sites/default/files/unama_poc_midyear_report_2021_26_july.pdf> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.

4 United Nations, ‘General Assembly Security Council, The Situation in Afghanistan and Its Implications for International Peace and Security’ (UNAMA, 28 Ocak 2022) <https://unama.unmissions.org/sites/default/files/sg_report_on_afghanistan_january_2022.pdf> Erişim Tarihi 14 Eylül 2022.

üzere sivil ve kamusal yaşama eşit katılım hakkını sağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere, Afganistan'ın uluslararası anlaşmalar kapsamındaki yasal yükümlülükleri yerine getirme açısından temel sorumludur. Afganistan'dan gelen raporlar, insan haklarının, özellikle kadın ve kız çocuklarının durumunun, bugün dünyanın herhangi bir yerinden daha kötü olduğunu göstermektedir⁵.

Bununla birlikte, son dönemde ülkemize Afganistan'dan gelen düzensiz göçmenlerin çoğunluğunu erkeklerin oluşturduğu görülmektedir. Öncelikle bunun sebebi, Afgan vatandaşlarının çok tehlikeli bir yolculuk yaparak, sert coğrafi koşulların yanı sıra pek çok sömürü ve şiddetin yaşandığı bir süreç geçirerek Türkiye'ye gelmeleridir. Çocukların ve kadınların bu yolculuğa dayanmaları çok zordur. Düzensiz göçmenlerin oransal olarak büyük yüzdeyi erkeklerin oluşturmasının bir diğer sebebi, Afgan erkeklerin hem Taliban hem de rejim tarafından savaşmaya zorlanmalarıdır. Taliban'a katılmak istemeyen Afgan erkekler kaçarak Türkiye'ye gelmektedirler. Yine Afganistan'daki ekonomik sorunlar da önemli bir etkidir. Afgan erkekleri Türkiye'ye çalışmak için gelmektedirler. Bunların bir kısmı, Türkiye'de mevsimlik işçi olarak çalışmaktadırlar. Ailenin erkekleri ülkeyi terk ederek asgari yaşam standartlarını elde ettikten sonra aile bireylerini de yanına almaktadırlar⁶.

Ülkemizde düzensiz göçmen olarak yakalanan Afgan vatandaşlarının sayıları incelendiğinde, 2018 yılında 100.841 Afgan vatandaşının yakalandığı, 2019 yılında bu rakamın iki kat artarak 201.437'ye çıktığı görülmektedir. 2020 yılında 50.161 Afgan vatandaşının, 2021 yılında 70.252 Afgan vatandaşının, 08.12.2022 tarihi itibarıyla 110.283 Afgan vatandaşının düzensiz göçmen olarak ülkemizde yakalandığı tespit edilmiştir⁷.

Bu çalışma, Taliban'ın Afganistan'da ülke genelindeki yönetimi ele geçirme aşamasının öncesi ve sonrasında gerçekleşen silahlı çatışma olayları nedeniyle, özellikle son zamanlarda her geçen gün artarak Türkiye'de düzensiz göçmen olarak bulunan Afgan vatandaşlarının statüsü ile ilgilidir⁸. Bu kapsamda ülkemizde düzensiz göçmen olarak bulunan Afgan vatandaşlarının durumu, uluslararası koruma hukuku

5 United Nations Human Rights Office of The High Commissioner, 'Human Rights Council Holds Urgent Debate on the Human Rights of Women and Girls in Afghanistan' (OHCHR, 1 Temmuz 2022) <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/human-rights-council-holds-urgent-debate-human-rights-women-and-girls>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2022.

6 Karar, 'Afganistan Büyükelçisi yanıtladı: Afgan erkekler Türkiye'ye neden geliyor?' (Karar, 13 Ağustos 2021) <<https://www.karar.com/guncel-haberler/afganistan-buyukelcisi-yanitladi-afgan-erkekler-turkiyeye-neden-geliyor-1628440>> Erişim Tarihi 13 Kasım 2022; Duygu Ayber Gültekin, '10 soruda Afganistan'dan göç gerçeği | Kim, neden geliyor, geri dönecekler mi?' (Evrensel, 14 Ağustos 2021) <<https://www.evrensel.net/haber/440254/10-soruda-afganistandan-goc-gercegi-kim-neden-geliyor-geri-donecekler-mi>> Erişim Tarihi 13 Kasım 2022.

7 Göç İdaresi Başkanlığı, 'Düzensiz Göç' (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, 8 Aralık 2022) <<https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler>> Erişim Tarihi 9 Aralık 2022.

8 Türkiye'deki Afgan vatandaşlarının seyahatlerine göç yoluyla devam etme veya ülkede kalma kararlarını etkileyen faktörler üzerine çalışmalar için bkz. Katie Kuschminder, 'Afghan Refugee Journeys: Onwards Migration Decision-Making in Greece and Turkey' (2018) 31(4) Journal of Refugee Studies 566, 566-587; Sayed Rafee Hasemi and Mehmet Ünlü, 'An Analysis of Opportunities and Challenges Towards the Afghan Immigrants in Turkey' (2021) (43) International Journal of Geography and Geography Education 159, 159-172.

kapsamında incelendikten sonra, geçici koruma statüsü, göçmen statüsü ve ikamet izni bakımından değerlendirilmelerde bulunulacaktır.

A. Uluslararası Koruma Statüsü

Türkiye’de bulunan Afgan vatandaşlarından 2021 yılı sonu itibariyle uluslararası koruma statüsüne başvuranların sayısı 21.926’dır. Göç İdaresi Başkanlığı’na⁹ yapılan başvurular incelendiğinde görülmektedir ki, en yüksek başvuruyu Afgan vatandaşları yapmıştır¹⁰.

Uluslararası koruma başvuru sahiplerinden talebi uygun görülenlere 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu¹¹ (YUKK) uyarınca mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü verilmektedir. Uluslararası korumaya başvuran kişilerin belirtilen statülerden hangisini alabileceğini belirleme yetkisi Göç İdaresi Başkanlığı’na aittir.

1. Uluslararası Koruma Çeşitleri

Çalışmamızın bu kısmında, YUKK’da düzenlenen uluslararası koruma yollarından hangilerine Afgan vatandaşlarının sahip olabilecekleri tartışılmaktadır.

a. Mülteci Statüsü

Mülteci statüsünün Türk hukukunda kimlere tanınabileceğini belirtmeden önce, mülteci ve sığınmacı kavramlarının farkına değinmek daha uygun olacaktır¹².

Sığınmacı kavramı, mülteci kavramına göre daha üst bir kavram olarak kabul edilmektedir¹³. Gerekli şartların varlığı hâlinde, yabancı olarak bulunduğu ülkede mülteci statüsünde kabul edilmek için başvuruda bulunan bir yabancı, başvurusu kabul edilene kadar kavramsal şekilde sığınmacı olarak ifade edilir¹⁴. Diğer bir deyişle uluslararası koruma başvurusunda bulunulan ülkede sığınmacı geçici nitelik

9 Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün adı, 29.10.2021 tarihli 31643 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 85)” ile Göç İdaresi Başkanlığı olarak değiştirilmiştir.

10 Uluslararası koruma başvurusu yapan Irak vatandaşlarının sayısı, 4.961, İran vatandaşlarının sayısı 1.032, diğer kişilerin sayısı ise, 1.337’dir. Göç İdaresi Başkanlığı, ‘Uluslararası Koruma’ (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, Aralık 2021) <<https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-istatistikler>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2022.

11 RG 11/04/2013-28615

12 Tarihsel olarak mülteci kavramı ve uluslararası mülteci hukukunun gelişim süreci için bkz. Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The International Refugee in International Law*, (4th edn, Oxford University Press 2021), 1, 1-62; Nasıh Sarp Ergüven and Beyza Özturanlı, ‘Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye’ (2012) 62(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1007, 1010-1018.

13 Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (5th edn, Savaş Kitabevi 2020), 140.

14 Rona Aybay, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010), 25; Ergüven and Özturanlı (n 12) 1020.

taşırken, mülteci kalıcı olarak bir statüye sahip olur¹⁵. Burada ifade ettiğimiz kalıcı olma durumu, statünün sona erme sebepleri oluşana veya kalıcı çözüm bulunana kadar olan süreci kapsamaktadır¹⁶.

Türk hukukunda mülteci kavramı ilk kez 2510 sayılı mülga İskân Kanunu'nda¹⁷ tanımlanmıştır.

Mülteci kavramı, 1951'de Cenevre'de imzalanan ve 1961 tarihinde Türkiye'nin de taraf olduğu Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'de¹⁸ (Cenevre Sözleşmesi) tanımlanmıştır¹⁹. Sözleşmedeki tanım uyarınca, bir kimsenin kendi ülkesinden potansiyel bir sığınma ülkesine kaçmak zorunda hissetmesi Sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanmak için yeterli değildir²⁰. Türkiye, Cenevre Sözleşmesini, 1. maddesindeki mekân bakımından öngörülen seçme hakkını kullanarak “Coğrafi Kısıtlama” ile kabul etmiştir. Bu nedenle mülteci statüsü sadece “Avrupa’da meydana gelen olaylar sonucunda” ülkemize sığınmak zorunda kalan kişilere verilebilecektir. Ayrıca Türkiye, 1967 yılında imzaladığı ek protokol kapsamında, “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda” ibaresi metinden çıkarılmıştır. Böylece zaman bakımından sınırlamaya tabi olmaksızın Sözleşmede mülteci statüsünün tanınması kabul edilmiştir²¹.

Türkiye'nin uyguladığı coğrafi sınırlamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 14’de yer alan ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiası A.G. ve Diğerleri v. Türkiye davasında²² ileri sürülmüş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından, sığınma hakkının AİHS’de düzenlenen bir hak olmadığı gerekçesiyle esaslanıncılemeye alınmamıştır²³.

15 Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2016) 239; Işıl Özkan, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku* (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2018), 74.

16 Mülteci statüsünün sona ermesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Neva Övünç Öztürk, ‘1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi’ (2016) 65(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 393, 393-448 (Mülteci Statüsünün Sona Ermesi).

17 RG 21/06/1934-2733. Bu Kanun uyarınca mülteci, “Türkiye’de yerleşmek maksadı ile olmayıp, bir zaruretle muvakkat oturmak için sığınanlar” şeklinde kaleme alınmıştır.

18 RG 05/09/1961-10898. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://www.unhcr.org/3b66c2aa10>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2021.

19 Sözleşme uyarınca, mülteci, “1 Ocak 1951 den evvel cereyan eden hâdiseler neticesinde ve ırkı, dini, tâbiyeti, muayyen bir içtimai gruba mensubiyeti veya siyasi kanaatleri yüzünden takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memleket dışında bulunan ve işbu memleketin himayesinden istifade edemeyen veya mezkûr korkuya binaen istifade etmek istemeyen, yahut tâbiyeti yoksa ve bahis konusu hâdiseler neticesinde evvelce müteden ikamet ettiği memleket dışında bulunuyorsa, oraya dönmeyen veya mezkûr korkuya binaen dönmek istemeyen şahıs” olarak tanımlanmıştır. Avrupa ülkelerinden ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesi nedeniyle kaçarak Türkiye’ye mülteci gelmesinin olasılığının çok mümkün olmadığı ifade edilmektedir: B Bahadır Erdem, ‘Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye’deki Durumları’ (2017) 37(2) Public and Private International Law Bulletin 332, 335.

20 Daniel J Steinbock, ‘Interpreting The Refugee Definition’ (1998) 45 Ucla Law Review 733, 738.

21 RG 05/08/1968-12968. Protokolün İngilizce metni için bkz. <<https://www.unhcr.org/3b66c2aa10>> Erişim Tarihi 15 Kasım 2021.

22 Case of A.G. and Others v. Turkey, 40229/98, J. 15.06.1999, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-4856>>, Erişim Tarihi 16 Ekim 2022.

23 Sibel Özel, ‘Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi’, (2018) 37(2) B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 249, 276 (Uluslararası Koruma).

Dolayısıyla Türk hukukunda mülteci statüsü Cenevre Sözleşmesi’nde garanti altına alınan coğrafi sınırlama kapsamında uygulanacak, uluslararası koruma başvuruları ve uygulamaları tümüyle iç hukuk düzenlemeleri çerçevesinde gerçekleştirecektir²⁴.

1994 tarihli Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik²⁵ (İltica ve Göç Yönetmeliği) m. 3’te de mülteci kavramı, Türkiye’nin Cenevre Sözleşmesi’ne koyduğu coğrafi sınırlamaya paralel şekilde ifade edilmiştir²⁶. Göç ve İltica Yönetmeliği, 2014 yılında yürürlükten kaldırılmıştır²⁷.

Son olarak, Türk hukukunda mülteci statüsü, Türkiye’nin koyduğu coğrafi sınırlama doğrultusunda Cenevre Sözleşmesi’ne ve 1994 tarihli Yönetmeliğe uygun olarak, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda²⁸ düzenlenmiştir²⁹. YUKK m. 61 uyarınca mülteci statüsü “*Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye*” verilecektir. İlgili hükümde belirtilen “mülteci” tanımına Avrupa Konseyi Üyesi ülkelerden gelecek, ülkemizde uluslararası koruma talep eden kişiler girebilmektedir³⁰.

24 Özel, Uluslararası Koruma (n 23) 276.

25 RG 30/10/1994-22127.

26 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ile Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol gereğince ülkemize münferiden iltica eden veya başka ülkelere iltica etmek üzere ülkemizden ikamet izni talep eden yabancılar ile topluca iltica veya sığınma amacıyla sınırlarımıza gelen yabancılar ve olabilecek nüfus hareketlerine uygulanacak usul ve esasların tespiti ile görevli kuruluşların belirlenmesi amacıyla bu Yönetmelik düzenlenmiştir. Yönetmelik uyarınca mülteci, Avrupa’da meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye’den koruma talep etmektedir. Yönetmelikte, mülteci kavramı, sığınmacı kavramından tek farkı olan “*Avrupa’da meydana gelen olaylar*” sınırlamasına tabi olmaksızın tanımlanmıştır. Yukarıda bahsedildiği üzere, Türkiye’nin kabul ettiği coğrafi kısıtlama doğrultusunda Cenevre Sözleşmesi uyarınca mülteci statüsünde kabul ettiği kişiler ile Yönetmelik uyarınca mülteci kabul ettiği kişiler aynıdır Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (3rd edn, Beta Yayınları 2015), 48-49 (*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*); Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (25th edn, Beta Yayınları 2020), 22.

27 Bkz. Geçici Koruma Yönetmeliği, m. 61 (RG 22/10/2014-29153).

28 RG 11/09/2013 – 28615.

29 Çelikel and Öztekin Gelgel (n 26) 22.

30 YUKK’un 3(1/b) maddesine göre, Avrupa ülkeleri, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Cumhurbaşkanınca belirlenecek diğer ülkeleri ifade etmektedir. Avrupa Konseyi’nin 46 üye ülkesi bulunmaktadır. Bu ülkeler; Almanya, Andorra, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek Bulgaristan Çek Cumhuriyeti Danimarka Ermenistan Estonya Finlandiya Fransa, G. Kıbrıs Rum Yönetimi, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Karadağ, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Monako, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, San Marino, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Türkiye, Ukrayna ve Yunanistan’dır.

Önemle belirtmek gerekir ki, mülteci statüsü, bireysel nitelikte olup, kitlesel akın durumlarında uygulanmamaktadır³¹.

Gerek Cenevre Sözleşmesi'ne Türkiye'nin getirdiği coğrafi sınırlama doğrultusunda, gerekse de Sözleşmeye paralel olarak düzenlenen YUKK doğrultusunda Afganistan'dan kaçarak ülkemize gelen Afgan vatandaşlarının mülteci statüsü alması mümkün değildir. Zira Türk hukuku bakımından mülteci statüsünün verilebilmesi için öncelikli şart, kişinin Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle ülkemizden uluslararası koruma talep etmesidir³². Bu kişilere şartları taşıması hâlinde, uluslararası koruma statülerinden şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünün verilmesi tartışılabilir.

b. Şartlı Mülteci Statüsü

Mülteci ve sığınmacı ayrımının 1994 tarihli İltica ve Göç Yönetmeliği'ne paralel olarak YUKK'ta da korunduğu görülmektedir. Bununla beraber, YUKK'ta sığınmacı kavramı yerine mevzuatımızda ilk kez kullanılan şartlı mülteci kavramına yer verilmiştir³³. Şartlı mülteci, YUKK m. 62'de "*Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişi*" olarak ifade edilmiştir.

Şartlı mülteci statüsünün Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle verilmesi, mülteci statüsünden en önemli farkıdır³⁴. Öte yandan, YUKK m. 4'te düzenlenen geri gönderme yasağı sınırları içerisinde, şartlı mültecilerin güvenli üçüncü ülkeye³⁵ yerleştirilene kadar Türkiye'de kalmalarına izin verilmekle bu statünün kalıcı

31 Doğan (n 13) 48; Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 160.

32 Suriye'den gelen kitlelerin hem Avrupa ülkesi dışından gelmeleri hem de mülteci tanımındaki kısıtlara uygun olmamaları sebebiyle mülteci statüsünden faydalanamayacaklarına ilişkin bkz. Sibel Özel, "Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü" (2020) 17(2) YÜHFD 709, 717 (Suriyelilerin Hukuki Statüsü). Avrupa Birliği başta olmak üzere pek çok ülke, Türkiye'nin çekince olarak beyan ettiği coğrafi sınırlamayı kaldırması için baskı yapmaktadır; Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 46; Özellikle 2011 yılından beri Suriye'deki iç karışıklıktan dolayı ülkemize gelen Suriye vatandaşlarına mülteci statüsünün verilmemesi ve bu nedenle bu kişilerin ülkemizi transit geçit ülkesi olarak kullanarak batıya yönelmeleri, batı ülkelerini rahatsız etmektedir; Doğan (n 13) 12, dn. 11.

33 Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku* (7th edn, Seçkin Yayıncılık 2021), 280; Çelikel and Öztekin Gelgel (n 26) 23; Çiçekli (n 15) 244; Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 49, 160.

34 Asar (n 33) 282.

35 Bir ülkenin güvenli ülke olarak kabul edilebilmesi için gerekli şartlar, YUKK m. 74(2)'de belirlenmiştir:

"Aşağıdaki şartları taşıyan ülkeler güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirilir:

a) Kişilerin hayatının veya hürriyetinin, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle tehdit altında olmaması

b) Kişilerin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı ülkelere geri gönderilmemesi ülkesinin uygulanıyor olması

c) Kişinin mülteci statüsü talep etme ve mülteci olarak nitelendirilmesi durumunda Sözleşmeye uygun olarak koruma elde etme imkânının bulunması

ç) Kişinin ciddi zarar görme riskinin olmaması"

nitelikte olmadığı kabul edilmektedir³⁶. İfade edilmelidir ki, güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilebileceklerinin bir garantisi bulunmamaktadır³⁷.

YUKK hükümleri gereği, mülteci statüsünde olduğu gibi şartlı mülteci statüsü de bireysel niteliktedir, toplu olarak verilmesi mümkün değildir. Kitlesele akın hâlinde sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen kişiler, şartlı mülteci statüsünün sağladığı korumadan yararlanamazlar.

Afgan vatandaşlarının da Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen bir olaydan dolayı ülkemize sığındığı ve kendi vatandaşı oldukları ülkenin (Afganistan’ın) korumasından yararlanamadıkları ya da yaşadıkları korku nedeniyle yararlanmak istemedikleri takdirde, kendilerine şartlı mülteci statüsü verilebilecektir. Ancak bir Afgan vatandaşının şartlı mülteci statüsünü alabilmesi için, zulüm ihtimalinin başvuranın bir kısım özellikleri ile bağlantılı olmalıdır, kendisinin dini, tabiiyeti, ırkı, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti ya da siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeple korkması gerekmektedir³⁸. Bu kapsamdaki Afganların zulüm korkusunun haklı sebebe dayanıp dayanmadığının her bir başvuru için ayrı ayrı değerlendirilmesi ve haklı sebebin başvuru tarafından da ispatlanabilmesi şarttır.

Ankara 1. İdare Mahkemesinin 2015 tarihli kararı³⁹, Afganistan vatandaşı olan davacının Şii olduğu ve Taliban tarafından Şii ve Hazara etnik kökenlilere karşı olumsuz davranışların sergilenmesi sebebiyle Türkiye’den talep ettiği uluslararası koruma talebine idarenin ret kararı vermesi ve davacının bu kararın iptalini istemesine ilişkindir. Mahkeme kararda, uyumsuzluğun değerlendirilmesinde, YUKK sistematigine uygun olarak, davacının durumunu öncelikle mülteci, sonra şartlı mülteci ve her iki statüden faydalanamayacağını anlaşılmaması hâlinde ise ikincil koruma statüsü açısından ele alınacağını vurgulamıştır. Mahkeme bu incelemeyi yaparken zulüm korkusunun haklı sebeplerine ilişkin olarak; yaşam, ayrımcılık, özgürlük gibi kişinin hayatını çekilmez hâle getiren durumları kapsadığını; haklı sebebe dayanan zulüm korkusunun değerlendirilmesinin nesnel ve öznel olarak incelenmesi gerektiğini, ayrıca nesnel unsurların başvuruçunun menşee ülkesindeki koşulların somut olarak tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu bu nesnel unsurlar, başvuruçunun öznel unsurlardaki korkusunun saptanmasında önem arz etmektedir. Belirli olaylar

36 Francesco Cherubini, *Asylum Law in the European Union*, (1st edn, Routledge 2015), 33, 34. Çelikel and Öztekin Gelgel (n 26) 24; Doğan (n 13) 146; Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 161; Neva Övünç Öztürk, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2015), 441-444 (*Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*). Uygulamada güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilen şartlı mültecilerin sayısının oldukça az olmasından dolayı, bu statüye sahip kişilerin, Türkiye’de kalıcı olduklarının ifade edilmesinin yanlış olmayacağı hakkında bkz. Doğan (n 13) 147.

37 Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 162.

38 Cenevre Sözleşmesi’nde ve YUKK’ta, mülteci statüsünün verilmesine ilişkin yabancıların ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesi sebeplerinin tahdidi olduğunun kabul edildiği ancak bu sebeplerin muhtevasının ve yorumlanmasının hukuk anlayışlarına göre ülkeden ülkeye değişebileceği kabul edilir: Bkz. Doğan (n 13) 144.

39 Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2014/2070, K. 2015/2630, T. 30/11/2015. Aynı yönde kararlar için bkz. Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/1210, K. 2016/51, T. 15/01/2016; Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2014/2158; K. 2015/823, T. 21/04/2015; Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2014/2068, K. 2015/849, T. 22/04/2015.

karşısında kişilerin aynı davranmasını beklemenin imkânsız olacağından, başvuruçunun olaylar karşısındaki durumunun dikkate alınması gerekmektedir. Kararda da yapılacak mülakatlarda ilgililerin söz konusu zulüm korkusunun, makul bir düzeyde ortaya koyabilmeleri gerektiği; yapılan mülakat sonucunda elde edilen verilerin yeteri kadar açık olmaması hâlinde bir inanılabilirlik değerlendirmesinin yapılması; kişinin içinde bulunduğu korkunun makul olup olmadığının ve buna bağlı bir risk değerlendirmesinin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, davacının iddiaları yönünden yeterince bir inceleme ve araştırma yapılmadığından, davacının ülkesine geri gönderilmesi durumunda zulme uğrama durumunun olup olmadığı konusunun netleştirilmediği ve davacının ülkesinde güvenli bölgelerin var olup olmadığının YUKK m. 78/4 uyarınca değerlendirme yapılmaksızın, davacının uluslararası koruma talebinin reddedildiği sonucuna vararak, idarenin dava konusu işleminin iptaline karar vermiştir.

Göç İdaresi Başkanlığı'ndan alınan bilgiler doğrultusunda; Afganistan'da Taliban'ın yönetimde kontrolü ele geçirmesi ile oluşan gelişmelerin öncesinde ve sonrasında dini, tabiiyeti, ırkı, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için ülkemize yakın zamana kadar sığınan Afgan vatandaşlarına, idare tarafından yapılan değerlendirmeler sonucunda şartlı mülteci statüsü verildiği belirlenmiştir. Göç İdaresi Başkanlığı sayı paylaşmamıştır.

c. İkincil Koruma Statüsü

YUKK kapsamında, mülteci ve şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen ve bazı özel durumlardaki sığınmacıların ikincil koruma statüsüne sahip olabileceği düzenlenmektedir. YUKK m. 63'te tanımlanan bu uluslararası koruma türü, "tamamlayıcı koruma" olarak da anılmaktadır⁴⁰.

"Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir." Görüldüğü üzere ikincil koruma, acil ve geçici bir koruma değildir⁴¹. YUKK'taki düzenleme biçimiyle ikincil koruma statüsü, Cenevre Sözleşmesi m. 33 ve YUKK m. 4'te yer alan geri gönderilmeme (*non-refoulement*) ilkesiyle paralellik taşımaktadır⁴².

40 Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 52; Sibel Safi, *Mülteci Hukuku*, (1st edn, Legal Yayınevi 2018), 355.

41 Erdem (n 19) 336.

42 Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 53; Çiçekli (n 15) 271.

İkincil koruma statüsünün belirlenmesinde, haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu bir kriter değildir. Bu statü bakımından kriter, yaşam hakkı ve işkence yasağıdır. Aynı zamanda, ikincil koruma statüsüne sahip olabilecek kişinin koruma talebiyle ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesi arasında bir bağlantı gerekli değildir. Bu nedenle, ikincil koruma statüsü, mülteci ve şartlı mülteci statüsüne nazaran daha kapsayıcıdır⁴³. Bununla beraber, mülteci ve şartlı mülteci statüsünden yararlananlarda olduğu gibi ikincil koruma statüsü de bireysel koruma sağlamaktadır.

Danıştay 10. Dairesinin 2018 tarihli kararına⁴⁴ konu olan uyuşmazlıkta, Afganistan uyruklu davacının YUKK çerçevesinde, başvurduğu uluslararası koruma talebi Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından reddedilmiştir. Davacı tarafından, uluslararası koruma talebinin reddine dair idarenin kararının iptali istemiyle Ankara 1. İdare Mahkemesi’nde dava açılmıştır. Mahkeme, Afganistan genelindeki silahlı çatışma sebebiyle, ayırım gözetmeyen şiddet hareketlerine maruz kalma riskinden bahseden davacının uluslararası koruma talebinin, ikincil koruma statüsü açısından menşe ülke hakkında ulusal, uluslararası kuruluşlar (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) vs.) ve sivil toplum örgütleri ile ülkemizin Afganistan’da bulunan Büyükelçiliği veya konsolosluklarınca hazırlanan raporlar dikkate alınarak değerlendirilmediğini belirterek idarenin verdiği kararın iptaline hükmetmiştir. Davalı idarenin temyiz istemi üzerine anılan uyuşmazlık Danıştay’ın önüne gelmiştir. Danıştay kararında, Afganistan’ın Avrupa ülkeleri arasında bulunmadığından söz konusu davacının mülteci sıfatını kazanamayacağını belirtmiştir. Ayrıca kararda, mülakatında, menşe ülkesinde savaş durumu olduğu yönünde herhangi bir iddiası bulunmayan ve sağlık sorunları sebebiyle ülkesini terk ettiğini beyan eden davacının sonradan dava dilekçesinde menşe ülkesinde savaş olduğunu iddia etmesinin tutarlı olmadığına; herhangi bir dini, siyasi veya sosyal gruba mensubiyetinin bulunmadığı, hayatı boyunca herhangi bir kötü muameleye maruz kalmadığına, aile üyelerinden herhangi birinin yetkililerle sorun yaşamadığına dikkat çekilmiştir. Ayrıca mahkeme, davacının sağlık sorunlarına ve maddi sıkıntılara ilişkin öne sürdüğü iddialarının hiçbirinin ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağını haklı kılacak sebepler olarak değerlendirilemeyeceğine; İran üzerinden ülkemize gelen ve 24 yıl boyunca İran’da herhangi bir kötü muameleye maruz kalmadan yaşayan davacının, İran’da zulme uğradığına ilişkin somut bir bilgi ve belge de sunmadığını belirterek dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Ankara 10. İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur. Danıştay kararı verirken, somut olay ve kişi bazında YUKK’ta yer alan uluslararası koruma statülerini tek tek değerlendirdiği görülmektedir. Danıştay değerlendirmesini, Afganistan’ın Avrupa ülkeleri arasında yer almadığından, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü kapsamında yapmıştır. Yabancıya

43 Çelikel and Öztekin Gelgel (n 26) 25; Öztürk, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (n 36) 403.

44 Danıştay 10. Dairesi, E. 2016/2270 K. 2018/716 T. 19/2/2018, Erişim Tarihi 22 Aralık 2021.

şartlı mülteci statüsünün verilebilmesi için, haklı sebeple zulüm korkusunun kişinin ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesinden kaynaklanması gerekmektedir. Sağlık sorunu ve maddi sıkıntılar, tahdidi olarak belirtilen bu kategorilerin kapsamında olmadığından şartlı mülteci kapsamında değerlendirilmemesi isabetlidir. Diğer yandan kanaatimizce, davacının sunduğu somut bilgi ve belgeler ışığında, Türkiye'ye gelmeden önce yaşadığı yer olan İran'da herhangi bir tehdiye maruz kalmadığı veya kalma riski bulunmadığı anlaşıldığından, ikincil koruma statüsü içerisinde ele alınmaması da uygun bir değerlendirmedir. Zira YUKK m. 74 güvenli üçüncü ülkeden gelenleri düzenlemekte ve YUKK m.74(2)'de hangi ülkelerin güvenli üçüncü bölge olabileceği sayılmaktadır⁴⁵. Somut olayda da Afganistan uyruklu kişinin Türkiye'ye gelmeden önce yaşadığı yer olan İran'da herhangi bir tehdiye maruz kalmadığı veya kalma riski bulunmadığı anlaşıldığından başvurusunun kabul edilemez olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Özellikle İran ve Pakistan'dan üzerinden Türkiye'ye gelen Afgan vatandaşlarının ülkemizde yaptıkları uluslararası koruma başvuruları kabul edilemez başvuru olarak değerlendirilebilmektedir. İlk iltica ülkesinden gelen ya da güvenli üçüncü ülkeden gelen Afgan vatandaşları, bu geldikleri ülkede Afganistan'a geri göndermeme ilkesini de içeren yeterli bir korumadan yararlanmaktaysalar ve bu ülkede herhangi bir tehdiye maruz kalmadıkları anlaşılırsa, başvuruları kabul edilemez olarak değerlendirilir. Ancak ilgilinin, ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülke olarak nitelenen ülke tarafından kabul edilmemesi hâlinde, uluslararası koruma başvurusuna ilişkin işlemlere devam edilir.

*Ekşi'*ye göre, Türkiye'de bulunan Afgan vatandaşlarının Pakistan ve İran üzerinden Türkiye'ye giriş yapmaları nedeniyle, güvenli üçüncü ülke ve ilk iltica ülkesi olan İran ve Pakistan'a geri gönderilmesi gerekmektedir. Pakistan ile Türkiye arasında 2016 yılında geri kabul anlaşması⁴⁶ yapılmıştır. Bu nedenle de Pakistan üzerinden yasadışı yollarla Türkiye'ye giriş yapan Afgan vatandaşları bu anlaşma kapsamında Pakistan'a geri gönderilebilecektir. Ancak Türkiye, İran ile geçmişte geri kabul anlaşması yapmak istemişse de hali hazırda iki ülke arasında geri kabul anlaşması bulunmamaktadır⁴⁷.

Afganistan'da uluslararası güçlerin yönetimden çekilmesi ve Taliban'ın yönetimde kontrolü ele geçirmesi ile oluşan gelişmelerin hemen öncesinde ve sonrasında ülkelerindeki silahlı çatışma nedeniyle şiddete uğrayacağı korkusuyla ülkemize sığınan çok sayıda Afgan vatandaşının, geri gönderme yasağına da paralel olarak ülkemizde ikincil koruma statüsünden yararlanabilecekleri değerlendirilebilir.

45 YUKK m. 74 uyarınca, "Başvuru sahibinin, Sözleşmeye uygun korumayla sonuçlanabilecek bir uluslararası koruma başvurusu yaptığı veya başvurma imkânının olduğu güvenli üçüncü bir ülkeden geldiğinin ortaya çıkması durumunda başvuru kabul edilemez olarak değerlendirilir ve güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesi için işlemler başlatılır." YUKK m. 74(2) için bkz. dipnot 32.

46 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İzinsiz İkamet Eden Şahısların Geri Kabulüne Dair Anlaşmanın İlişkili Beyanlarla Onaylanması Hakkında Karar, RG 14/5/2016-29712.

47 Nuray Ekşi, 'Milletlerarası Hukuk Açısından Dünden Bugüne Taliban ve Taliban'ın Hükümet Olarak Tanınıp Tanınmayacağı Meselesi' (2022) 42(1) Public and Private International Law Bulletin 53, 77 (Dünden Bugüne Taliban).

Özellikle, Taliban’ın siyasi rejimiyle bağdaşmayacak şekilde yaşam süren kişilerin, aktivistlerin, gazetecilerin ve kadınların insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve muameleyle veya işkenceye daha da önemlisi ölüm cezasına maruz kalabilme ihtimali oldukça yüksektir⁴⁸. Göç İdaresi Başkanlığı ile yapılan görüşmeler sonucunda, Afganistan’daki mevcut durum sürecinde, yukarıda bahsettiğimiz kriterlere uyan Afgan vatandaşlarına, idarenin yaptığı değerlendirmeler neticesinde ikincil koruma statüsü verildiği öğrenilmiştir. Göç İdaresi Başkanlığı tarafından sayı paylaşılmamıştır.

2. Uluslararası Koruma Statülerinin Belirlenmesine İlişkin Usulü Esaslar

Çalışmamızın bu kısmında, öncelikle uluslararası koruma statüsüne başvuru usulü ele alındıktan sonra Afgan vatandaşlarının başvurularının değerlendirilmesine ilişkin esaslar mahkeme kararlarından da yararlanılarak anlatılacaktır. Bu kısımda ayrıca dâhili koruma alternatifini hakkında bilgi verilerek, uluslararası koruma başvurusunun olumlu veya olumsuz sonuçlanmasına ilişkin bilgi verilecektir.

a. Uluslararası Koruma Başvuru Usulü

Türk hukukunda uluslararası koruma statülerinin belirlenmesinde uygulanacak usul, tüm statüler için aynıdır.

Devletlerin genel olarak yabancıları ülkeye kabulü konusunda bir yükümlülüklerinin bulunmamasına karşın, yabancılara en azından adil ve etkin sığınma usullerine erişim sağlaması amacıyla ülkeden sığınma talep edecek yabancıların bu konuda bir istisna teşkil ettiği söylenebilir⁴⁹. Kural olarak, yabancıların ülkeye sınır kapılarından giriş yaparken, geçerli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgelerini ve vize muafiyeti kapsamında olanlar hariç, amaçlarını uygun aldıkları vizeyi göstermeleri gerekmektedir (YUKK m. 5, 6, 7, 11, Pasaport Kanunu m. 1, 2). Bu koşullar, uluslararası koruma başvuru yapmaya engelleyici şekilde yorumlanamaz (YUKK m. 8(1)). Ülkeye usulüne uygun giriş yapmamış ancak makul süre içerisinde uluslararası koruma talebinde kendiliğinden valiliklere başvuruda bulunacak yabancılar hakkında, yasa dışı girişlerini ya da kalışlarını geçerli nedenlerle açıklamak şartıyla, usulsüz giriş gerekçesiyle işlem yapılmayacaktır (YUKK m. 65(4)). Bu düzenleme, usulüne uygun giriş yapmayan kişilerin, Kanunda tespit edilmiş müeyyide ile karşılaşacağına istisnasıdır⁵⁰.

Uluslararası koruma başvurusu valiliklere yapılmaktadır (YUKK m. 65(1)). Başvurunun ülke içinde veya sınır kapılarında kolluk birimlerine yapılması hâlinde,

48 Fundanur Öztürk, ‘Taliban rejiminden Türkiye’ye kaçan Afgan kadınlar anlatıyor: ‘Kimse bu kez kadınlara zulmetmeyeceklerine inanmasın’ (BBC, 18 Ağustos 2021) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-58250917>> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2022; Deeplina Banerjee, ‘Afganistan’da kadınların ve cinsel azınlıkların güvenliği tehdit altında’ (Gazete Duvar, 20 Ağustos 2021) <<https://www.gazeteduvar.com.tr/afganistanda-kadinlarin-ve-cinsel-azinliklarin-guvenligi-tehdit-altinda-haber-1532285>> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2022.

49 Çiçekli (n 15) 321.

50 Doğan (n 13) 153.

başvuru valiliğe bildirilmektedir (YUKK m. 65(2)). Yapılan uluslararası koruma başvuruları valiliklerce kaydedilmektedir. Kayıt esnasında, başvuru sahibi kimliğine ilişkin bilgileri doğru olarak aktarmak ve varsa kimliğini ispatlayacak belge ve dokümanlarını yetkili makamlara ibraz etmekle sorumludur⁵¹. Söz konusu bilgi ve belgelerin alınması, mülakat sırasında örneğin mülakatçının veya tercümanın cinsiyeti konusunda başvuranın kendisini daha iyi ifade edebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Özellikle Afganistan’da cinsel şiddet veya travma mağduru kadınlar veya çocuklar için gereken hassasiyetin gösterilmesi bakımından önemlidir⁵². Yine Afganistan’ın çok etnikli karakteri nedeniyle çok dillilik yaygındır⁵³. Bu sebeple bu dillere ve lehçelere hâkim bir tercümanın mülakat esnasında hazır bulunması başvurunun doğru bir şekilde değerlendirilmesi bakımından elzemdir.

Başvuru sahibinin, farklı bir gerekçe sunmadan başvuruyu yenilemesi; kendi adına başvuruya muvafakat verdikten sonra, başvurusunun herhangi bir aşamasında haklı bir gerekçe sunmadan veya başvurusu reddedildikten sonra farklı bir gerekçe ileri sürmeden ayrı bir başvuru yapması; ilk iltica ülkesinden gelmesi (YUKK m. 73) veya güvenli üçüncü ülkeden (YUKK m. 74) gelmesi kabul edilemez başvuru olarak değerlendirilir (YUKK m. 72(1)).

Uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişiler için etkin ve adil karar verebilmek amacıyla, kayıt tarihinden itibaren otuz gün içinde bireysel mülakat yapılır (YUKK m. 75). Yapılan mülakat sonucunda toplanan bilgilerin değerlendirilmesinin yapılması ve kişinin içinde bulunduğu ya da yaşadığı korkunun, makul olup olmadığının tespit edilmesi ve buna bağlı bir risk değerlendirmesinin yapılması gereklidir⁵⁴.

Valiliklerce kayıt işlemleri tamamlanmasının ardından başvuru sahibine (varsa birlikte geldiği aile üyelerine) “*Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi*” verilir (YUKK m. 76(1)). Bu belge ikamet izni yerine geçmektedir (YUKK m. 76(4)). Başvuru sahipleri, başvuru tarihinden 6 ay sonra, çalışma izni almak için başvurabilirler (YUKK m. 89(4/a)).

Diğer yandan, uluslararası koruma talebinde bulunan yabancı, mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi olma niteliğinde olsa bile, YUKK m. 64’te tahdidi olarak sayılan kişiler, bütün uluslararası koruma türlerinden hariç tutulmuştur. Başvuru sahibi Afgan vatandaşının, BMMYK dışında, diğer bir BM organı veya örgütünden

51 YUKK m. 69(4) uyarınca; “*Kayıt esnasında; başvuru sahibinin menşe veya ikamet ülkesini terk etme sebepleri, ülkesini terk ettikten sonra başından geçen ve başvuru yapmasına neden olan olaylar; Türkiye’ye giriş şekli, kullandığı yol güzergâhları ve vasıta bilgileri, daha önceden başka bir ülkede uluslararası korumaya başvurmuş veya korumadan yararlanmışsa, bu başvuru veya korumaya ilişkin bilgi ve belgeleri alınır.*”

52 Öztürk, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (n 36) 446-447.

53 Resmi dilleri; Darice ve Peştuca’dır. Bölgesel olarak Özbekçe, Türkmence, Beluçça, Peşeyice, Hazaragi, Nuristanice konuşulmaktadır. Azınlık olarak Arapça, Urduca, İngilizce, Kırgızca, Tacikçe, Sindhî dilleri kullanılmaktadır. Ayrıca Afganistan’da yaklaşık 200 farklı lehçe kullanılmaktadır. Bu konuda bkz.: Afganistan’da Konuşulan Diller, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Afganistan%27da_konu%C5%9Fulan_diller#cite_note-6> Erişim Tarihi 3 Temmuz 2022.

54 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2021/1998, K. 2022/676, T. 28/2/2022.

halen koruma veya yardım görmesi ya da ikamet ettiği ülke makamlarınca, o ülke vatandaşlarının sahip buldukları hak ve yükümlülüklerle sahip olarak tanınması ya da Cenevre Sözleşmesi’nin 1. maddesinin (F) fıkrasında belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaat varsa (barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç gibi suçlar için hükümler içeren uluslararası belgelerde tanımlanan bir suç işlediğine, mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığındığı ülkenin dışında ağır bir siyasi olmayan suç işlediğine, BM’in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaatin olması durumunda) ilgili kişi uluslararası koruma dışında tutulacaktır. Uluslararası koruma talebinde bulunan Afgan vatandaşlarının terör örgütüne üye olması, terör faaliyetlerinde bulunması ve terör örgütüne destek vermesi Cenevre Sözleşmesi’nin 1. maddesinin F fıkrası kapsamına girmektedir⁵⁵. Uluslararası koruma haricinde tutulmaya sebep olan fiillerin değerlendirilmesinde, istihbarat ve güvenlik birimlerince edinilen bilgiler, menşe ülke bilgilerinin yer aldığı kaynaklar, insan hakları izleme örgütlerinin ve uluslararası kuruluşların raporları, medyada yer alan haberler dikkate alınmaktadır⁵⁶. Uluslararası koruma haricinde tutulmanın sonuçları, cezaların şahsiliği ilkesi gereği, aile üyelerini etkilemeyecektir (YUKK m. 64(6)).

b. Başvurunun Değerlendirilmesi

Afganistan’daki siyasi durumun belirsizliği ve yaşanan karışıklıklar bu kişilere statü verilmesinde değerlendirme konusu olmaktadır. İdare, uluslararası koruma statüsü verirken Afganistan’da meydana gelen olayları ve bölgesel bazlı riskleri de değerlendirmektedir. Bu belirleme sırasında her başvuru bakımından bağımsız bir değerlendirme yapılarak, Afganistan’daki olayların her bir birey bakımından farklı etkileri dikkate alınmaktadır. Bu araştırmayı hem uluslararası koruma statüsü verilmesine ilişkin kararlarda hem de bu kişilerin sınır dışı edilme kararlarının uygulanması konusunda yapılan değerlendirmelerde görebilmekteyiz.

AİHM’in verdiği kararlarda da uluslararası koruma statüsü verilirken her bir birey bakımından somut olaya göre değerlendirme yapıldığını görmekteyiz.

AİHM’e göre, üye ülkeden gönderilmesi durumunda AİHS’nin 2. veya 3. maddesini ihlal eden bir muameleye maruz kalacağına ilişkin delilleri gösterebilmek, başvuru sahibinin sorumluluğunda bulunmaktadır. Böyle kanıtlar gösterildiğinde, bunlarla ilgili şüpheleri ortadan kaldırmak görevi ise, hükümetindir⁵⁷. AİHM, sığınmacıların

55 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Meltem İneli Çiğner, ‘Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Terörizm ile İlişkili Olan Kişilerin Mülteci Statüsünden Hariç Bırakılması’ (2018) 76/2 İstanbul Hukuk Mecmuası 667, 667-690.

56 Nuray Ekşi, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması*, (1st edn, Beta Yayınevi 2017), 190 (*İltica Sistemi Dışında Bırakılması*); Gökçe Arıkan, *Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma*, (T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi 2020), 120-121;

57 Case of Saadi v. Italy, 37201/06, J. 28.02.2008, paragraf 129, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85276>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2022.

beyanlarının ve ibraz ettikleri destekleyici belgelerin doğruluğunu değerlendirilirken, bu kişilerin buldukları özel durum nedeniyle, çoğunlukla, bunların doğru olduğunu kabul etmektedir⁵⁸. Bununla birlikte, verilen bilgilerin eksik olması veya kişinin iddialarının güvenilirliğini sorgulamak için önemli bir sebebin olması durumunda, başvurunun tatmin edici bir açıklamada bulunması gerektiği AİHM kararlarından⁵⁹ da anlaşılmaktadır⁶⁰.

AİHM'in *H. ve B. v. Birleşik Krallık* davası⁶¹, Birleşik Krallık'ta yapılmış olan uluslararası koruma başvurularına ilişkindir. Afganistan vatandaşı olan iki başvurandan, birinci başvuran Birleşmiş Milletler adına şoförlük ve ikinci başvuran Amerika Birleşik Devletleri adına tercümanlık yapmıştır. Bu görevlerini yerine getirirken, uluslararası toplum için Afganistan'da gerçekleştirdikleri çalışmalar nedeniyle Taliban tarafından kötü muameleye uğrama korkusuyla, Birleşik Krallığa sığınma başvurusunda bulunmuşlardır. Birleşik Krallık yetkililerinin, başvuranların her hâlükârda güvenli bir şekilde başkent Kabil'e ulaşabileceklerine yönelik düşüncesi ve aynı zamanda güvenilirlik sebebiyle başvuruda bulunan Afgan vatandaşlarının talebi reddedilmiştir. AİHM'in yaptığı hukuksal değerlendirmeye göre, başvuru tarihinde Afganistan'da, bir bireyin geri gönderilmesi halinde kötü muameleye maruz kalma konusunda ciddi bir riskle karşılaşacağı türden genel bir durum bulunmamaktadır. Başvuranlar da bu tür bir riskin bulunduğunu iddia etmemişlerdir. Fakat başvuranlar uluslararası topluma verdikleri destekten ötürü Taliban tarafından kötü muameleye maruz kalma riskinden bahsetmişlerdir. Hükümet'in başvuranları Kabil'e göndermeyi teklif etmiş olmasından ve iki başvuranın da buraya kabul edilmeyeceklerine ya da yerleşemeyeceklerine dair herhangi bir görüş belirtmemiş olmasından dolayı, ülkenin herhangi bir diğer bölümünde risk bulunup bulunmadığı konusunun incelenmesine gerek görülmemiştir⁶².

58 Case of J.K. and Others v. Sweden, 59166/12, J. 23/08/2016, paragraf 93, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165442>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2022; Case of M.A. v. Switzerland, 52589/13, J. 18/11/2014, paragraf 55, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148078>>, Erişim Tarihi 16 Eylül 2022; Case of R.C. v. Sweden, 41827/07, 9/03/2010, paragraf 50, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97625>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2022; Case of Salah Sheekh v. The Netherlands, 1948/04, J. 11/01/2007, paragraf 148 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78986>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2022.

59 A.A.M. v. Sweden, 68519/10, J. 03/2014, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142085>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2022; Collins and Akaziebie v. Sweden, 23944/05, J. 08/03/2007, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79864>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2022; Matsiukhina and Matsiukhin v. Sweden, 31260/04, J. 21/06/2005, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69745>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2022.

60 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law Relating to Asylum, Borders and Immigration*, (3rd edn, Publications Office of the European Union 2020) 117-118.

61 Case of H. and B. v. The United Kingdom, 70073/10 and 44539/11, J. 9.04.2013, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-118339>> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2022.

62 Kabil'deki risklere ilişkin olarak, BMMYK 2010 tarihli kılavuzunda, silahlı ve hükümet karşıtı grupların gerçekleştirdiği hedefli saldırıların ve suikastların çoğunun, bu gruplar tarafından iyi korunan bölgelerde meydana geldiğinin gösterilmiş olması önemlidir. Ayrıca Landinfo Raporu'nda dikkat çekmeyen görevlilerin, söz konusu grupların Kabil gibi denetime sahip olmadıkları bölgelerde öldürüldüğünün bildirilmediği belirtilmiştir. Dolayısıyla hedefli suikastların sayısının, önceden daha güvenli olarak değerlendirilen bölgelerde arttığına yönelik iddialara rağmen Mahkeme, Taliban'ın Kabil'de veya denetim altında olmayan diğer bölgelerde, söz konusu görevlileri takip etme isteği veya imkânı olduğunu ortaya koyan yeterli delillerin bulunmadığı kanaatine varmıştır. Bununla birlikte uluslararası topluma destek verdiği düşünülen belirli kişilerin, Kabil'de Taliban tarafından gerçek ve kişisel bir risk altında bulduklarını ispatlamaları gerekmektedir, bu gereklilik Birleşmiş Milletler veya Birleşik Devletler kuvvetleriyle bağlantısı olan herkes için geçerli olmayıp, davanın kendine özgü şartlarına, kişilerin uluslararası toplumla ilişkilerine ve kişilerin profillerine bağlıdır: <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-118339>> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2022.

AİHM’in *S.H.H. v. Birleşik Krallık davasında*⁶³ da aynı yaklaşım uygulanmıştır. Afgan vatandaşı olan başvuru, 2006 yılında Afganistan’da bir roket fırlatılması sonucu engelli hale gelmiştir. 2010 yılında Birleşik Krallık’a gelmiş ve sığınma başvurusunda bulunmuş, ancak başvurusu reddedilmiştir. Bay S.H.H, AİHM önünde, Afganistan’a gönderilmesinin AİHS’nin 3. maddesini ihlal edeceğini, çünkü engelliliğinden kaynaklanan daha yüksek şiddet riskine maruz bırakılabileceğini iddia etmiştir. Ayrıca destek eksikliği ve genel ayrımcılıkla karşı karşıya kalacağını belirtmiştir. Mahkeme, üçe karşı dört oyla, Bay S.H.H’nin Afganistan’a geri gönderilmesi halinde 3. maddenin ihlal edilmeyeceğini, çünkü Afganistan’daki şiddet düzeyinin 3. maddenin ihlalini gerektirecek düzeyde olmadığını belirtmiştir. Ayrıca Bay S.H.H, engelliliğinin kendisini daha fazla şiddet riski altına sokacağını ve yoksulluğa düşeceğini kanıtlayamamıştır. Mahkeme bu bağlamda, kaza ile Birleşik Krallık’a yaptığı seyahat arasındaki dört yıl boyunca, başvuranın tıbbi tedavi ve destek gördüğünü ifade etmiştir. Bu davada da, başvuru sahibi, Birleşik Krallık’tan gönderilmesini önleyecek türde, Afganistan’da karşılaşacağı “oldukça istisnai koşulları” kanıtlayamamıştır.

*Singh ve diğerleri v. Belçika davasında*⁶⁴ ise, AİHM, yetkili Belçika makamlarının Afgan vatandaşlarının sığınma başvurusu için sundukları destekleyici belgeleri kabul etmediğini belirtmiştir. Yetkililer konuyu yeterince soruşturmadan, başvuru sahibinin belgelerini ikna edici bulmamışlardır. Özellikle, başvuru sahiplerine mülteci statüsü veren Yeni Delhi’deki BMMYK Ofisi tarafından verilen belgelerin kopyalarının gerçek olup olmadığını, bu doğrulama Belçika makamları tarafından kolaylıkla yapılabilecekken, kontrol edilmemiştir. Bu nedenle, AİHS’nin 13. maddesi gereğince sığınma başvurusunu titiz ve dikkatli bir şekilde incelemeyerek Belçika makamları, 3. maddedeki hükümlere aykırı davranmışlardır⁶⁵.

AİHM içtihadı uyarınca, risk, sadece münferit faktörlere dayanarak değil, bir bütün olarak ele alınmalıdır⁶⁶. Değerlendirmeler, tüm kanıtlar incelenerek duruma ve bireye özel olarak yapılmalıdır⁶⁷. Kişinin geçmişte zulme veya ayrımcılığa uğramış olması, gelecekte de bu riski taşıyabileceğini gösteren güçlü bir delil olabilecektir⁶⁸.

Geri dönüşün doğuracağı risk değerlendirilirken, AİHM ülkedeki genel durumu gösteren kanıtların yanı sıra bireye özgü belirli bir riske ilişkin kanıtları da dikkate

63 Case of S.H.H. v. The United Kingdom, 60367/10, J. 29/01/2013, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116123>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2022.

64 Case of Singh and Others v. Belgium, 33210/11, J. 2/10/2012, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113660>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2022.

65 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (n 60) 118.

66 Case of S.F. and Others v. Sweden, 52077/10, J. 15/05/2012, paragraf 68-69, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110921>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2022.

67 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (n 60) 119.

68 Case of R.C. v. Sweden, 41827/07, J. 9/03/2010, paragraf 51, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97625>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2022; Case of N. v. Sweden, 23505/09, J. 20/07/2010, paragraf 52, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99992>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2022.

almaktadır. AİHM, ülkedeki koşulları değerlendirme aşamasında, uluslararası insan hakları örgütlerinin ve BMMYK raporları gibi, güvenilebilecek belgeleri dikkate almaktadır⁶⁹. Mahkeme, kaynağı bilinmeyen ya da vardığı sonuçlar diğer güvenilir raporlar ile uyumsuz olan raporları dikkate almamaktadır⁷⁰

AİHM'in birçok kararında da (*A.W.Q./D.H. v. Hollanda*⁷¹, *S.D.M./diğerleri v. Hollanda*⁷², *S.S. v. Hollanda*⁷³) Afganistan'daki genel güvenlik durumu değerlendirilmiştir.

Kişi henüz sınır dışı edilmediyse, AİHM'nin davayı incelediği tarih, riskin değerlendirileceği tarihtir⁷⁴. Başvuru sahibi zaten sınır dışı edilmiş ise, AİHM kişinin kötü muamele görüp görmediğini veya ülkeye ait bilgilerin başvuru sahibinin kötü muamele görme ihtimaline ilişkin güçlü veriler sunup sunmadığını değerlendirecektir⁷⁵.

Uluslararası koruma başvuruları, bireysel olarak değerlendirilmektedir. Ancak, uluslararası korumanın haricinde tutulanlar dışında, aile adına yapılan başvurular bir bütün olarak değerlendirilir ve karar tüm aileyi kapsar (YUKK m. 78(2)). Başvuru değerlendirilirken, başvuru sahibinin kişisel ve menşee veya önceki ikamet ülkesinin şartları dikkate alınmaktadır (YUKK m. 78(3)). Zira kişinin, uluslararası korumaya muhtaç olup olmadığı değerlendirilirken, zulüm veya ciddi zarar görme riskine karşı tabiiyetindeki ülke veya önceki ikamet ülkesinin belirli bir bölgesinde koruma sağlanıp sağlanmadığını, bu bölgeye güvenli bir şekilde seyahat edebilecek ve yerleşebilecek olup olmadığına bakılabilmektedir (YUKK m. 78(4)). Başvuru, kayıt tarihinden itibaren en geç 6 ay içinde Göç İdaresi Başkanlığı'na⁷⁶ sonuçlandırılır (YUKK m. 78(1)).

Anayasa Mahkemesi'nin *Abdolghafoor Rezaei* kararından⁷⁷ da idarenin her bir uluslararası koruma başvurusunu tek tek ele aldığı, her bir birey açısından geldiği ülkedeki şartları kişi bakımından değerlendirdiği görülmektedir. Somut olayda,

69 Case of N.A. v. the United Kingdom, 25904/07, J. 17 /07/2008, paragraf 118–122, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87458>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2022.

70 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (n 60) 119.

71 Case of A.W.Q. and D.H. v. The Netherlands, 25077/06, J. 12/01/2016, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159805>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2021.

72 Case of S.D.M. and Others v. The Netherlands, 8161/07, J. 12/01/2016, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159807>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2021.

73 Case of S.S. v. The Netherlands, 39575/06, J. 12/01/2016, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159806>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2021.

74 Case of Saadi v. Italy, 37201/06, J. 28.02.2008, paragraf 129, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85276>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2022.

75 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (n 60) 119.

76 İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İdare Dava Dairesi E. 2020/598, K. 2020/673, T. 10/6/2020 kararından “Uluslararası koruma başvurusunun reddi” kararını verme yetkisinin İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Uluslararası Koruma Dairesi Başkanlığının 81 İl Valiliğine dağıtımına ilişkin 31/12/2019 tarih ve 39265563-E.78114 sayılı ve 27/12/2019 tarih ve E77760 sayılı yazılarından İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Uluslararası Koruma Dairesi Başkanlığı'nın 03/12/2019 tarih ve E.72605 sayılı işlemi ve aynı günlü Genel Müdür Olur'u ile Valiliklere yetki devri yapıldığı anlaşılmıştır.

77 Abdolghafoor Rezaei Başvurusu, T.C. Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2015/17762, Karar Tarihi: 6/12/2017, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/17762>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2021.

başvurucu Afgan vatandaşıdır. Başvurucu yaşadığı ekonomik sorunlar sebebiyle 2004 yılında ailesiyle birlikte ülkesinden ayrılmış ve yasa dışı yollardan İran’a gitmiştir. Başvurucu, İran’da yaşadığı bölgede mezhep farklılıklarından dolayı bazı problemlerle karşılaşması üzerine bu kez 2013 yılında ailesiyle birlikte kaçak yollardan Türkiye’ye giriş yapmıştır. Başvurucu, yukarıda belirtilen gerekçelerle ülkesine geri dönmek istemediğini ifade ederek, 24/10/2013 tarihinde BMMYK’ya başvurarak sığınma talebinde bulunmuştur. Başvuru, değerlendirilmek üzere Erzincan Valiliği Yabancılar Şube Müdürlüğü’ne yönlendirilmiştir. Başvurucuya, belirli aralıklarla imza atma ve Erzincan ilinde ikamet etme şartıyla başvurusu sonuçlanıncaya kadar geçici ikamet izni verilmiştir. Başvurucu, sığınma müracaat formunda, kendisinin hayatı boyunca kötü muameleye maruz kalmadığını ve aile üyelerinden herhangi birisinin de yetkililerle bir sorun yaşamadığını belirtmiştir. Başvuruda, herhangi bir siyasi ya da dini grupla bağı olmadığını, ekonomik sıkıntılardan dolayı ülkesini terk ettiğini ve ardından 9 yıl tabiiyetinde olduğu ülke dışında (İran’da) yaşadığını, ailesinin eşiyle olan mezhep farklılığı bulunduğundan anılan ülkeyi de terk ettiğini ifade etmiştir. İdarenin yaptığı değerlendirmelerde, başvurucunun dava dilekçesindeki iddialarının⁷⁸, yurda girişte verdiği beyanlarla açık çelişki taşıdığı ve somut belgeye dayanmadığı hususu da dikkate alınmıştır. YUKK’un 77/ç maddesine açıkça aykırı hareket etmek suretiyle ikamet yerini izinsiz terk etmesine bağlı imza bildirim yükümlülüğünü ihlal ettiği açık olan başvurucunun uluslararası koruma başvurusu Erzincan Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü’nce geri çekilmiş sayılmış ve ardından hakkında sınır dışı kararı verilmiştir. İdare mahkemesi, ihtilaf konusu davalı idare işleminde mevzuata aykırılık bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi de başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Sonuç olarak, ülkemizde düzensiz göçmen olarak bulunan Afgan vatandaşlarının Türkiye’de yapmış oldukları uluslararası koruma başvurularında hem Göç İdaresi Başkanlığı’nın hem de Türk mahkemelerinin bu kişiler hakkında yaptığı bireysel değerlendirmelerde uluslararası hukukta kabul edilen ilkelere ve AİHM kararlarına uyulmaya çalışıldığı görülmektedir.

c. Dâhili Koruma Alternatifi

Ülke uygulamalarındaki genel yaklaşıma göre, uluslararası koruma başvurusunda bulunan bireyin, menşe ülkesi içerisinde güvende olabileceği herhangi bir bölge bulunuyorsa ve bireyin buraya ulaşabilmesi mümkünse, yetkili makamlar, başvuranın iddiasına kaynak teşkil eden zulüm ihtimalinin haklı nedenlere dayanmadığı sonucuna ulaşmaktadır⁷⁹.

78 Dava dilekçesinde özetle başvurucunun Erzincan’da bakıma muhtaç beş çocuğuyla birlikte ikamet ettiği, herhangi bir adli veya idari tahkikata karışmadığı, ülkesinde Taliban terör örgütünün faaliyetlerinin devam ediyor olması nedeniyle can ve mal güvenliğinin bulunmadığı, sınır dışı edilmesi hâlinde aile bütünlüğünün bozulacağı bilgilerine yer verilmiştir.

79 Öztürk, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (n 36) 512.

AİHM kararları⁸⁰ da bu doğrultudadır. Bir devlet tarafından yapılmış olan ülke içinde yer değiştirme önerisi, geri dönüş noktasından gidilecek yere kadar detaylı bir şekilde yapılmış bir incelemeye tabi olmalıdır. Söz konusu inceleme, geri dönüş noktasının güvenliğini, güzergâh üzerinde barikatın olup olmadığının veya gidilecek yere ulaşmak için geçilmesi gereken belirli bölgelerin söz konusu kişi bakımından güvenliğinin değerlendirilmesini de kapsamaktadır. Ayrıca kişisel durumların da araştırılması elzemdir⁸¹.

YUKK'un 78(4). maddesinde⁸² de dâhili koruma alternatifi düzenlenmiş ve dâhili korumanın başvuran bakımından uluslararası koruma statüsünün kabul edilmesini engelleyebileceği ifade edilmiştir. Bu konuda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Dâhili koruma yönteminin uygulanabilmesi somut başvuru bakımından yapılacak değerlendirmeye bağlıdır. Bu nedenle, bireyin güvenli bir şekilde korumanın sağlanabileceği yere ulaşabilmesi yeterli değildir, ayrıca burada sağlanabilecek olan korumanın etkin ve sürekli olması, başvuran bireye özgü durumların irdelenmesi ve söz konusu bölgenin özellikle başvuran için güvenli olması gerekmektedir⁸³.

Afgan vatandaşlarının da Afganistan'ın çeşitli bölgelerinde koruma sağlanmasının mümkün olması ve bu bölgelerde güvenli olarak yerleşebilecek olması ihtimalinde, bu kişilere idare tarafından uluslararası koruma statüsü verilmemektedir. Uygulamada da, idare tarafından yapılan araştırmalar neticesinde Afganistan'ın çeşitli bölgelerinin başvuru bakımından güvenli kabul edilmesi durumunda, YUKK m. 78(4) gereği başvuru sahibi Afgan vatandaşlarına uluslararası korumaya muhtaç olmadığına ilişkin kararlar verilmektedir.

d. Başvurunun Sonuçlandırılması

Uluslararası koruma başvurusu idare tarafından kabul edilen ve kendisine uluslararası koruma sağlanan Afgan vatandaşlarına "uluslararası koruma statüsü kimlik belgesi" verilmektedir.

Uluslararası koruma başvurusunda bulunan Afgan vatandaşlarının talepleri idare tarafından olumlu sonuçlandırılabilirdiği gibi, çoğu zaman da idare bu başvurular hakkında çeşitli sebeplere bağlı olarak olumsuz bir karar alabilmektedir. Başvurucu, idarenin verdiği olumsuz kararlara karşı yargı yoluna başvurabilmektedir.

Ülkemizde bulunup, uluslararası koruma başvurusunda bulunan Afgan vatandaşlarının bir kısmının yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmaları nedeniyle

80 A.A.M. v. Sweden, 68519/10, J. 03/04/2014, paragraf 73, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142085>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2022; Case of J.K. and Others v. Sweden, 59166/12, J. 23/08/2016, paragraf 96, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165442>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2022.

81 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (n 60) 123.

82 YUKK'un 78(4). maddesine göre; "*Başvuru sahibine, zulüm veya ciddi zarar görme tehdidine karşı vatandaşı olduğu ülke veya önceki ikamet ülkesinin belirli bir bölgesinde koruma sağlanabiliyorsa ve başvuru sahibi, ülkenin o bölgesine güvenli bir şekilde seyahat edebilecek ve yerleşebilecek durundaysa, başvuru sahibinin uluslararası korumaya muhtaç olmadığına karar verilebilir.*"

83 Öztürk, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (n 36) 512.

başvurularını geri çekmiş kabul edilmektedirler⁸⁴. Anayasa Mahkemesi’nin *Mir Ahmed* kararına⁸⁵ konu olan olayda, başvuru Afganistan İslam Cumhuriyeti vatandaşı olup, uluslararası koruma talebinde bulunmuştur. Başvurucuya geçerli ikamet tezkeresi verilmiştir. İzmir’de meydana gelen göçmen kaçakçılığı suçundan başvuru hakkında adli işlem yapılmış; sonrasında başvuru, geri gönderme merkezinde tutulmuştur. Başvurucunun, izinsiz ikametini terk etmesi ve on beş gün içinde sevk edildiği şehre gitmemesi sebebiyle YUKK’un 77. maddesi uyarınca uluslararası koruma başvurusundan vazgeçmiş sayılarak aynı Kanun’un 54(1/i) maddesine göre sınır dışı edilmesine karar verilmiştir⁸⁶. Yine Anayasa Mahkemesi’nin *Alireza Naseri* kararına⁸⁷ konu olan olayda, başvuru Afganistan İslam Cumhuriyeti vatandaşı olup, ülkesindeki iç savaş nedeniyle Türkiye’de uluslararası koruma talebinde bulunmuştur. Başvurucunun “mazeretsiz olarak; bildirim yükümlülüğünü üç defa üst üste yerine getirmemesi, belirlenen ikamet yerine gitmemesi, ikamet yerini izinsiz terk etmesi” hükmünü ihlâl etmesi nedeniyle İstanbul Valiliği’nin 1/2/2016 tarihli kararıyla uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmiş sayılmasına karar verilmiştir.

Uluslararası koruma başvurusu sonucunda idare yabancı hakkında, idari gözetim altına alınmasına ilişkin karar⁸⁸, YUKK m. 72 uyarınca başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin karar veya YUKK m. 79 çerçevesinde hızlandırılmış değerlendirme ile bir karar vermiş olabilir, bu durumlarda başvuru sahibi sadece yargı yoluna başvurabilir⁸⁹. Bu üç hâl dışındaki kararlara karşı ise, ilgili kişi veya yasal temsilcisi

84 YUKK m. 77 uyarınca: “Başvuru sahibinin; başvurusunu geri çektiğini yazılı olarak beyan etmesi, mazeretsiz olarak mülakata üç defa üst üste gelmemesi, idari gözetim altında bulunduğu yerden kaçması, mazeretsiz olarak; bildirim yükümlülüğünü üç defa üst üste yerine getirmemesi, belirlenen ikamet yerine gitmemesi veya ikamet yerini izinsiz terk etmesi, kişisel verilerinin alınmasına karşı çıkması, kayı ve mülakattaki yükümlülüklerine uymaması hâllerinde başvurusu geri çekilmiş kabul edilecek değerlendirme durdurulur.”

85 Mir Ahmed Başvurusu, T.C. Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2015/8021, Karar Tarihi: 23/10/2019, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/8021>> Erişim Tarihi 25 Ocak 2022.

86 Somut olayda başvuru: İdare Mahkemesine sunduğu dava dilekçesinde yaşam koşulları, genel karışıklık ve terör saldırıları sebebiyle Afganistan’dan kaçtığı beyan etmiştir. Başvurucunun dile getirdiği hususlar, ülkesinin genel durumuna işaret etmektedir. Başvurucu söz konusu durumdan nasıl etkilendiğini açıklamamış, ülkesinden ayrılmaya zorlayan şartlara ve ne gibi sorunlar yaşadığına dair somut bilgiler ve (varsa) belgeler ortaya koymamıştır. Bunlara ilaveten başvuru, Afganistan’ın hangi bölgesinden geldiği ya da geri gönderilmesi hâlinde ülkesinin hangi bölgesinde yaşamak zorunda kalacağı konusunda da herhangi bir bilgi sunmamıştır. Tüm bu nedenlere dayanarak Anayasa Mahkemesi, ölümlü veya kötü muameleyle maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlâl edildiği iddiasını kabul edilemez bulmuştur.

87 Alireza Naseri Başvurusu, T.C. Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2016/9956, Karar Tarihi: 10/3/2020, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/9956>> Erişim Tarihi 25 Aralık 2021.

88 Başvuru sahibi, uluslararası koruma başvurusunda bulunduğundan dolayı, YUKK m. 68/1’de açıkça belirtildiği üzere, idari gözetim altına alınmaz. Başvuru sahibinin idari gözetim altına alınması istisnai nitelikte olup, bu hâller YUKK m. 68/2’de açık olarak tespit edilmiştir: Doğan (n 13) 155. AİHM’in *M. ve diğerleri v. Bulgaristan davasında*, benzer bir anlayışa göre karar verilmiştir. Afgan vatandaşı başvuranın 2005 Aralık ayında Afganistan’a gönderilecek şekilde sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Ancak, makamların sınır dışı etme işlemini kolaylaştırmak amacıyla kendisi için kimlik belgesi almak için gerçekleştirdikleri ilk girişim 2007 yılının Şubat ayında olmuştur. Bu talep 19 ay sonra tekrarlanmıştır. Bu süre boyunca başvuran gözetim altında tutulmuştur. Bulgaristan makamları ayrıca onu başka bir ülkeye göndermeye çalışmışlar; ancak, bu çabaların kanıtlanamamışlardır. Bu itibarla, gözetim altına alma yasa dışıdır ve gerekli özenin gösterilmemesinden dolayı AIHS’nin 5. maddesini ihlâl etmiştir: *Case of M. and Others v. Bulgaria*, 41416/08, J. 26/10/2011, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-105788>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2022; European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (n 60) 210.

89 Başvuru sahibi, başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin karar veya hızlandırılmış değerlendirme sonucunda verilen karara karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Yapılan başvuru, mahkemece on beş gün içinde sonuçlandırılır ve mahkemenin verdiği karar kesindir (YUKK m. 80(1/ç-d)). Başvuru sahibi, idari gözetim altına alınmasına ilişkin karara karşı, idari gözetim süresi boyunca, sülh ceza hâkimine başvurulabilir. Başvuru beş gün içinde sonuçlandırılacak olup, hâkimin kararı kesindir. Bununla beraber, başvuru sahibi, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiası ile yeniden sülh ceza hâkimine başvurabilir. Belirtmek gerekir ki, idari gözetim kararına itiraz, idari gözetimi durdurmaz (YUKK m. 68(7))

ya da avukatı tarafından kararın tebliğinden itibaren on gün içinde Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonuna itiraz edilebilir. Komisyonun kararı olumsuz olması hâlinde, yetkili idare mahkemesine başvurulabilir (YUKK m. 80)⁹⁰.

Uluslararası koruma başvurusu sonucunda idarenin vereceği karara karşı itiraz veya yargılama sonuçlanana kadar, ilgili kişinin ülkede kalışına izin verilmektedir (YUKK m. 80(1/e)).

Afgan vatandaşlarından uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra YUKK'ün diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar hakkında sınır dışı etme kararı alınır (YUKK m.54(1/i))⁹¹.

AİHS'ne Ek 4 Numaralı Protokol'ün⁹² 4. maddesi uyarınca yabancıların toplu şekilde sınır dışı edilmesi yasaktır⁹³. Toplu sınır dışı etme yasağı, grup charter uçuşları tarafından sınır dışı edilmeyi yasaklamamaktadır.

90 Kararın olumsuz olması hâlinde, alınan idari karara karşı bu kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde, ilgili kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı tarafından yetkili idare mahkemesine başvurulabilir.

91 Sınır dışı etme kararı, Göç İdaresi Başkanlığının talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır (YUKK m.53(1)). Sınır dışı etme kararına karşı, yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine başvurabilir (YUKK m.53(3)). Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez (YUKK m.53(3)).

92 RG 14/07/1994-21990. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. Maddesine İlişkin Rehber Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 30 Nisan 2020 tarihinde güncellenmiştir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. Maddesine İlişkin Rehber-Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı' (İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı) <<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020113746Guide%20Art-4-Protocol-4-%20TUR.pdf>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2022.

93 *Sharifi ve Diğerleri v. İtalya ve Yunanistan davasında* dört Afgan başvuran 2007 ve 2008 yıllarının çeşitli tarihlerinde Afganistan'dan Yunanistan topraklarına girmişlerdir. Başvuranlar, İtalya'ya gitme amacıyla yasadışı olarak gemiye bindikten sonra, 2008 Ocak ve 2009 Şubat ayları arasında, sınır polisinin kendilerini yakaladığı ve en kısa sürede Yunanistan'a geri sınır dışı ettiği yer olan Ancona Limanına varmışlardır. Başvuranlara göre, İtalyan makamları tarafından birkaç aydır hızlı iade uygulaması yapılmaktaydı. Ne İtalya ne de Yunanistan kendini sığınmaya yönelik başvuruya dair yetkili kabul etmişlerdir. İtalya, Dublin sistemi (hangi Avrupa Birliği Üyesi Devletin, Üye Devletlerden birine üçüncü bir ülkenin vatandaşları tarafından sunulan sığınma başvurusunu incelemekle sorumlu olduğunun belirlenmesine hizmet eden sistem) uyarınca sadece Yunanistan'ın olası sığınma taleplerini karara bağlama yetkisine sahip olduğunu iddia ederek, Afgan vatandaşlarını sınır dışı ederek Yunanistan'a göndermiştir. Fakat Mahkeme, İtalyan makamlarının tüm başvuruları sınır dışı etmek yerine, Yunanistan'ın bu konuda gerçekten yetkiye sahip olup olmadığını tespit etmek için her başvuranın durumuna ilişkin bireysel bir inceleme yürütmüş olması gerektiğini değerlendirmiştir. Her durumda Sözleşme ile bağdaşan bir şekilde uygulanması gereken Dublin sistemine atıfta bulunulması, toplu ve ayırım gözetmeyen geri gönderme işlemlerini hiçbir şekilde haklı kılamaz. Mahkeme ayrıca, Adriyatik Denizindeki limanlarda İtalya sınır makamları tarafından ayırım gözetilmeksizin Yunanistan'a geri gönderme işlemleri gerçekleştirildiğinin ve ilgili kişileri tüm esasa ve usule ilişkin haklarından yoksun bıraktığının belirlendiği, müdahil üçüncü taraflarca sunulan ve diğer uluslararası kaynaklardan edinilen mutabık raporları dikkate almıştır. Bu kaynaklara göre, durdurulan ve belgeleri olmayan kişilerin bir tercümanın yanı sıra sığınma haklarına ilişkin usullere dair kendilerine aşgari bilgileri sağlayabilecek yetkililerle iletişime geçirilmeleri sadece sınır polisinin iyi niyetine bağlı olarak mümkün olabilmekteydi. Çoğunlukla bu kişiler derhal Yunanistan'a geri gönderilmek üzere gemi kaptanlarına teslim edilmekteydiler. AİHM, bu unsurların ışığında, başvuranların tabi tutulduğu geri gönderme işlemlerinin 4 No.lu Protokol'ün 4. maddesine aykırı şekilde toplu ve ayırım gözetmeyen sınır dışı anlamına geldiğine hükmetmiştir: *Affaire Sharifi Et Autres C. Italie Et Grèce*, 16643/09, J. 21.10.2014, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-147287>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 No.lu Protokol'ün 4. Maddesine İlişkin Rehber-Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı' (İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı) <<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020113746Guide%20Art-4-Protocol-4-%20TUR.pdf>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022.

*Sultani v. Fransa davasında*⁹⁴, Afgan vatandaşı başvuru sahibi, Fransız otoritelerine iki defa sığınma talebiyle başvurmuş ve bu şekilde Afganistan’a gönderilmesine karşı tezlerini yetkililere sunmuştur. Ulusal otoriteler, bu ülkedeki genel durumu, başvurunun şahsi durumu ile ilgili açıklamalarını ve Afganistan’a gönderilme durumunda karşılaşılabilecek risklerle ilgili iddialarını göz önünde bulundurmışlardır. Dolayısıyla, başvurunun şahsi durumu incelenmiş ve sınır dışı edilmeye ilişkin yeterli bir gerekçe sunulmuştur. Fransa’da sığınma başvurusu reddedilen başvuru, Afganistan’a geri gönderilme usulünden dolayı dava açmıştır. Başvuru sahibi, kendisinin grup halinde bir charter uçağıyla geri gönderilmesinin, AİHS’ne Ek 4 Numaralı Protokol’ün 4. maddesine yasaklanmış olan toplu sınır dışı anlamına geleceğini iddia etmiştir. AİHM, toplu sınır dışı etmenin, yabancıları bir grup halinde ülkeden ayrılmaya zorlayan tedbirler olarak anlaşılması gerektiğini ifade ederek, sınır dışı kararlarının grupta bulunan her yabancı için özel durumunun makul ve objektif şekilde incelenerek verildiği durumları hariç tutmuştur. Bu nedenle, başvurunun durumunda olduğu gibi, ilgili her bir bireye yetkili makamlar nezdinde sınır dışı edilmeye karşı tezlerini bireysel olarak sunma imkânı verilirse, birçok yabancı benzer kararlara konu olmuş olmaları ya da pratik nedenlerle grup halinde yolculuk etmek zorunda kalmaları, tek başına, toplu sınır dışı olarak nitelendirilemez⁹⁵.

Türkiye’de de, İçişleri Bakanı Ocak 2022’de, Türkiye’ye yasadışı yollarla gelen Afgan vatandaşlarını Ariana Havayolları ve charter uçuşlarıyla Afganistan’a yeniden göndermeye başladığını açıklamıştır. Bakanın yaptığı açıklamaya göre, Türkiye’den beş charter uçuşunun kalktığını ve Afganların ‘gönüllü geri dönüş’ programının bir parçası olarak geri gönderme merkezlerinden üç ila beş günde bir Afganistan’a geri gönderildiğini söylemiştir⁹⁶. 25 Nisan 2022’de Göç İdaresi Başkanlığı’nın attığı bir tweette; Afganistan’a 30. charter uçuşunun yapıldığını ifade ederek, 27 Ocak-25 Nisan 2022 tarihleri arasında 6.805 Afgan’ın charter uçuşuyla sınır dışı edildiğini belirtmiştir⁹⁷. 03.12.2022 tarihinde Göç İdaresi Başkanlığı Düzensiz Göçle Mücadele ve Sınır Dışı İşleri Genel Müdürü’nün yaptığı açıklamada ise, 2022 yılında Afganistan’a 230 charter seferi düzenlendiği bilgisini paylaşmış ve 61.617 Afganistan uyruklu yabancı için sınır dışı edildiğini söylemiştir⁹⁸.

94 Sultani v. France, 45223/05, J. 20/09/2007, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82338>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2022.

95 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law Relating to Asylum, Borders and Immigration*, (2nd edn, Publications Office of the European Union 2014), 87.

96 Duvar, ‘Süleyman Soylu: Şam civarından gelenlere geçici koruma vermeyeceğiz’ (Gazete Duvar, 17 Şubat 2022)<<https://www.gazeteduvar.com.tr/suleyman-soylu-sam-civarindan-gelenlere-gecici-koruma-vermeyecegiz-haber-1553568>> Erişim Tarihi 28 Eylül 2022.

97 Göç İdaresi Başkanlığı, (Twitter, 25 Nisan 2022) <<https://bit.ly/3mTeu5B>> Erişim Tarihi 28 Eylül 2022; The Asylum Information Database, ‘Country Report: Türkiye’, (The Asylum Information Database, 31 Aralık 2021) <https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2022/07/AIDA-TR_2021update.pdf> Erişim Tarihi 28 Eylül 2022

98 T.C. İçişleri Bakanlığı (T.C. İçişleri Bakanlığı, 03.12.2022) ‘Türkiye 2022’de Yaklaşık 110.000 Düzensiz Göçmeni Sınır Dışı Etti’, <<https://www.icisleri.gov.tr/turkiye-2022de-yaklasik-110000-duzensiz-goemeni-sinir-disi-etti>> Erişim Tarihi 04 Aralık 2022.

B. Geçici Koruma Statüsü

Geçici koruma, kitlesel göç alan bir ülkenin, bu sığınma akını karşısında bireysel olarak uluslararası korumasını uygulayamaması hâlinde ortaya çıkmaktadır⁹⁹. Ülkemize kitlesel akınla gelen kişilere, bireysel olarak sonuç doğuran mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsünün verilememesi halinde, Türkiye'ye gerek yasal gerekse yasa dışı yollarla gelen Afgan vatandaşlarının, geçici koruma statüsüne sahip olup olamayacağı değerlendirilmelidir.

1. Kitlesel Akın ve Geçici Koruma

Geçici korumaya ilişkin net bir tanım uzun yıllar boyunca, uluslararası metinlerde yer almamıştır¹⁰⁰. 1967 tarihli Birleşmiş Milletler Ülkesel Sığınma Bildirisi'nde¹⁰¹ de sadece kitlesel bir insan akınından bahsedilmekle yetinilmiştir. BMMYK'nın Kitlesel Akın Durumlarında İşbirliği, Yükümlülük ve Sorumluluğun Paylaşılması Kararı'nda¹⁰² kitlesel akının henüz tanımlanmamış bir olgu olmasına rağmen, içinde barındıracağı özellikleri belirtilmiştir. Bu karara göre kitlesel akın, önemli sayıda insanın uluslararası bir sınıra ulaşması; önemli bir varış oranı; ev sahibi devletlerde kabullenme ya da karşılama kapasitesinin, özellikle acil durumlarda, yetersiz olması; bireysel sığınma prosedürlerinin böyle geniş sayıdaki insan hareketiyle başa çıkamayacak durumda olması hâllerinden bazısını veya tamamını kapsamaktadır.

Yerinden edilmiş çok sayıda insan veya hareketin ölçüğü belirsiz terimlerdir. Yerinden edilmiş kişilerin sayısını kesin olarak belirlenmekten kaçınıldığı açıktır¹⁰³. BMMYK'e göre, '*büyük ölçekli*' ve '*kitlesel olarak*' akının ne olduğu ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğinden, değerlendirmenin yapılmasında duruma göre karar verilmelidir. Bu analiz yapılırken, ev sahibi ülkenin bireysel statü belirleme işlemlerinin sistemlerinde işleme koyma kapasitesi ve hızı hesaba katılmalıdır¹⁰⁴. Bu doğrultuda, sayıca fazla insan akını ile karşılanan bir ülke, bu insanlara uluslararası korumaya ilişkin bireysel statü belirleme sistemini işletebiliyorsa, kitlesel akından bahsedilemeyecektir. Bireysel

99 Asar (n 33) 292; Doğa Elçin, 'Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar' (2016) 29 (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9, 20-21.

100 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesinin kapsamı dışında değerlendirilen uluslararası koruma biçimlerinin de Sözleşmenin tanımı, içeriği ve amacından kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, Sözleşmenin kapsamı dışında değerlendirilen koruma biçiminin de Sözleşmedeki hususlarla karşılaştırılması gerektiği ifade edilmektedir: Geza Tessenyi, 'Massive Refugee Flows and Europe's Temporary Protection' in Steve Peers and Nicola Rogers (eds), *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary* (Martinus Nijhoff Publishers 2006), 489 dn 9.

101 UN General Assembly, 'Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967' (Refworld, 23 Aralık 2022) A/RES/2312(XXII), <<https://www.refworld.org/docid/3b00f05a2c.html>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2022.

102 UNCHR, 'Conclusion on International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations No. 100 (LV) 2004' (UNHCR, 8 Ekim 2004) paragraf (a) <<http://www.unhcr.org/41751fd82.html>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

103 Nuria Arenas, 'The Concept of Mass Influx of Displaced Persons in the European Directive Establishing the Temporary Protection System' (2005) 7 *European Journal of Migration and Law* 435, 439.

104 UNHCR, 'Protection Of Refugees In Mass Influx Situations: Overall Protection Framework' (UNHCR, 19 Şubat 2001) paragraf 14, <<https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3ae68f3c24/protection-refugees-mass-influx-situations-overall-protection-framework.html>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

statü belirleme sistemini işletebilme de ev sahibi ülkenin her bir kişinin uluslararası koruma başvurularını alıp ayrı ayrı inceleyebilme gücüne bağlıdır¹⁰⁵.

1980’li yılların başında Bulgaristan ve 1990’lı yıllarda Yugoslavya’da vuku bulan olaylara bağlı gerçekleşen kitlesel akınlar sonucunda, bir ihtiyaç olarak Avrupa Birliği Konseyi tarafından Geçici Koruma Yönergesi¹⁰⁶ kabul edilmiştir¹⁰⁷. Yönerge’nin 2(d) maddesine göre, kitlesel akın, belirli bir ülkeden veya coğrafi bölgeden gelen çok sayıda yerinden edilmiş kişinin ister kendiliğinden ister bir tahliye programı aracılığıyla olduğu gibi yardımla topluluğa varışı anlamına gelmektedir.

BMMYK’e göre, “büyük ölçekli” ve “kitlesel olarak” akının ne olduğu ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğinden, değerlendirmenin yapılmasında duruma göre karar verilmelidir. Bu analiz yapılırken, ev sahibi ülkenin bireysel statü belirleme işlemlerinin sistemlerinde işleme koyma kapasitesi ve hızı hesaba katılmalıdır¹⁰⁸. Bu doğrultuda, sayıca fazla insan akını ile karşılanan bir ülke, bu insanlara uluslararası korumaya ilişkin bireysel statü belirleme sistemini işletebiliyorsa, kitlesel akından bahsedilemeyecektir¹⁰⁹. Bireysel statü belirleme sistemini işletebilme de ev sahibi ülkenin her bir kişinin uluslararası koruma başvurularını alıp ayrı ayrı inceleyebilme gücüne bağlıdır¹¹⁰.

Kitlesel sığınma ile düzenli göç kavramları birbirinden ayrı olup her birine bağlanan sonuç farklıdır. Kitlesel sığınmada, geniş çaptaki sayıda yerinden edilmiş kişiler sığınma sistemi içerisinde aşırı yük oluşturur. Bu noktada devletler, kitlesel sığınma olayının geçici olacağı fikrinden hareketle, sınırlarına varmış bu kişilere geçici koruma sağlama eğilimindedirler¹¹¹. Geçici koruma, geri gönderilmeme ilkesini de kapsamakta olup büyük ölçekli insan akınına dâhil sığınmacılara geçici olmasına rağmen belirli bir koruma sağlamaktadır¹¹². Geçici koruma, kişilere kendi ülkelerine dönene kadar güvenlik ve statü sağlanması şeklinde kendini göstermektedir¹¹³. Bu bağlamda geçici koruma, uluslararası bir koruma türü olmamasına rağmen, geniş kitleler için sağlanabilecek en uygun koruma türüdür¹¹⁴.

105 Asar (n 33) 192, 292; Elçin (n 99) 20-21.

106 Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving Such Persons and Bearing the Consequences Thereof, 2001, <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

107 Doğan (n 13) 148, 149; Erdem (n 19) 337.

108 UNHCR, ‘Protection Of Refugees In Mass Influx Situations: Overall Protection Framework’ (UNHCR, 19 Şubat 2001) paragraf 14, <<https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3ae68f3c24/protection-refugees-mass-influx-situations-overall-protection-framework.html>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2022.

109 Asar (n 33) 192; Elçin (n 99) 20-21.

110 Asar (n 33) 292.

111 Safi (n 40) 338. Özkan, Geniş sayıda sığınma arayanlar söz konusu olduğunda, çoğunlukla iç-etnik bir savaş söz konusu olduğu; birçok kaynak tarafından meşe ülkedeki delillerin doğrulanması hâlinde grubun her bir üyesine aksine delil olmadıkça mülteci olarak bakılması ve hükümetçe tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Özkan (n 15) 368.

112 Çiçekli (n 15) 303; Özkan (n 15) 366, 368; Safi (n 40) 338.

113 Manuel Angel Castillo and James C Hathaway, ‘Temporary Protection’ in James C Hathaway (Ed) *Reconceiving International Refugee Law* (Martinus Nijhoff Publishers 1997) 7.

114 Özel, Suriyelilerin Hukuki Statüsü (n 32) 712.

AB Geçici Koruma Yönergesi m. 2(a)'da ise geçici koruma tanımlanmıştır¹¹⁵. Geçici korumadan kimlerin yararlanabileceğine ilişkin Yönergede bir hüküm bulunmamakla beraber, Yönerge'nin 28. maddesinde geçici koruma sağlanamayacak kişiler belirtilmiştir¹¹⁶.

Çeşitli krizlere ve yerinden edilmiş kişilerin Avrupa'ya akın etmesine rağmen, bu sorunla başa çıkmak için AB ülkelerinde geçici koruma kararı alınmamıştır. Özellikle, Tunus, Libya, Ukrayna ve Suriye'yi içeren son mülteci krizleri sırasında hem AB hem de Üye Devletler, Avrupa'nın uluslararası koruma tarihinin aksine, koruma sorumluluklarına ilişkin beklentileri karşılayamamışlardır¹¹⁷.

2. Türk Hukukunda Geçici Koruma

Türk hukukunda geçici koruma, AB Geçici Koruma Yönergesi'ne paralel olarak ilk kez YUKK m. 91 ile düzenlenmiştir¹¹⁸. Geçici koruma, mevzuatımızda uluslararası koruma statüsünden ayrı bir statü olarak yer bulmuştur¹¹⁹. Anılan maddeye göre, “ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir”. Anlaşıldığı üzere geçici korumada, kitlesel akın hâlinde, geçici bir süreyle sınırlı olarak acil koruma sağlanması söz konusudur¹²⁰. Geçici korumada, coğrafi bölgeden ya da ülkeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda sınırlarımıza gelen kişilerin ülkesinden ayrılmaya zorlayan sebebin ne olduğu belirtilmediğinden herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Belirli bir sebebin olmaması, geçici koruma statüsünü, Türk hukukunda düzenlenen uluslararası koruma statülerinden ayıran önemli bir farktır.

115 Geçici koruma “mense ülkelerine geri dönmeleri imkânsız olan, üçüncü ülkelerden gelen yerinden edilmiş kişilerin bir kitlesel sığınma ya da olması muhtemel bir kitlesel sığınma hâllerinde, özellikle sığınma sisteminin bu sisteme hâlel gelmeden etkili bir biçimde yürütülemediği riski varlığı hâlinde, bu koruma ile ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kişilerin menfaatlerine acil ve geçici bir koruma sağlanması” olarak ifade edilmiştir. Sema Çörtoğlu Koca and Candan Kavşat, ‘Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi’, (2015) (1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 329, 336. Yönerge m. 8(3) uyarınca, devletlerin geçici korumaya uygun kişilerin ülkelerine girişlerini kolaylaştırması gerekmektedir: Chatty Dawn and Cynthia Orchard, ‘High Time For Europe To Offer Temporary Protection To Refugees From Syria?’ (Opendemocracy 2 Ekim 2014) <<https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/high-time-for-europe-to-offer-temporary-protection-to/>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2021.

116 Kişinin, savaş suçu veya barışa ya da insanlığa karşı suçu işlemesi, ülke dışındayken önceden siyasi olmayan önemli bir suç işlemesi, Bilemiş Milletler tarafından benimsenen amaç ve ilkelere aykırı davranması, kabul eden üye ülkenin güvenliği bakımından tehdit oluşturması, ciddi bir suçtan dolayı hakkında kesinleşmiş karar bulunması veya üye devletin toplumu için tehlike teşkil etmesi durumunda, üye devletlerin kişiyi geçici koruma dışında bırakması mümkündür: Çörtoğlu Koca and Kavşat (n 115) 343, 344; Özkan (n 15) 243, 244.

117 H Deniz Genç and N Aslı Şirin Öner, ‘Why not Activated? The Temporary Protection Directive and the Mystery of Temporary Protection in the European Union’ (2019) 7(1) Uluslararası Siyaset Bilimi ve Kentsel Araştırmalar Dergisi 1, 14.

118 Geçici koruma statüsü, ülkemize gelen Suriye vatandaşlarının durumunu yasal zemine oturtmak için oluşturulmuştur: Çiçekli (n 15) 313.

119 Çelikel and Öztekin Gelgel (n 26) 26. Geçici korumanın da uluslararası korumanın kapsamına dâhil edilmesi gerektiği, zira geçici korumada da geçici olarak da olsa kişinin kendi ülkesinden başka bir ülkeden koruma talep etmenin söz konusu olduğu ifade edilmiştir: Doğan (n 13) 141.

120 Çelikel and Öztekin Gelgel (n 26) 26.

Geçici koruma statüsündeki yabancıların haklarını düzenleyen 2014 tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği¹²¹ m. 3(1)-j bendinde kitlesel akın, “*Aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar nedeniyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usulen uygulanabilir olmadığı durumlar*” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdaki en önemli unsur, bir ülkeye uluslararası koruma statüsü işlemlerinin bireysel olarak yapılmasını engelleyecek sayıda kişinin gelmesidir¹²².

Geçici Koruma Yönetmeliği m. 3(1)-f’de de YUKK’ta yer alan tanıma benzer bir tanım yapılmıştır. Bununla beraber Yönetmelik m. 1’de geçici koruma sağlanabileceklerin, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirilmeye alınamayacak yabancılar olduğu ayrıca ifade edilmiştir¹²³.

Yönetmelik m. 8(1)’de tek tek geçici koruma kapsamına alınamayacak yabancılar sayılmıştır. Geçici koruma kapsamına alınamayacak kişilerden olmasına rağmen, geçici korumadan yararlandırılanların geçici koruması iptal edilecektir¹²⁴.

Geçici korumadan faydalanacak yabancılar esas olarak kitlesel olarak gelenlerdir¹²⁵. Bununla beraber, geçici korumadan yararlanacak olan yabancı, bu kitlesel akın içinde yer alan, ancak bireysel başvuruda bulunan yabancı da olabilir. Her hâlükârda, bu şekilde talepte bulunan yabancıların bireysel olarak uluslararası koruma hâllerinden faydalanamaması gerekmektedir¹²⁶. Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 16. maddesinde de bu durum açıkça düzenlenmektedir. Bu hükme göre, geçici korumanın uygulandığı süre içinde, geçici koruma kapsamında olan yabancıların, bireysel uluslararası koruma başvuruları, geçici koruma tedbirlerinin etkin şekilde uygulanabilmesi için işleme konmayacaktır.

121 RG 22/10/2014-29153

122 Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 167.

123 Çörtoğlu Koca and Kavşat (n 115) 335.

124 MADDE 8 (1): “Aşağıdaki hallerde, yabancı geçici korumadan yararlandırılmaz, yararlandırılmışsa geçici koruması iptal edilir.

a) Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1967 Protokolüyle değişik 28/7/1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin 1 inci maddesinin (F) fıkrasında belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaat bulunanlar.

b) Türkiye dışında hangi saikle olursa olsun zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedenleri bulunanlar.

c) Bu fıkranın (a) ve (b) bentlerinde belirtilen suç ya da fiillerin işlenmesine iştirak eden veya bu fiillerin işlenmesini tahrik edenler.

ç) Ülkesinde silahlı çatışmaya katılmış olduğu halde bu faaliyetlerini kalıcı olarak sonlandırmayanlar.

d) Terör eylemlerinde bulunduğu veya planladığı ya da bu eylemlere iştirak ettiği tespit edilenler.

e) Ciddi bir suçtan mahkûm olarak topluma karşı tehdit oluşturabileceği değerlendirilenler ile milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğu değerlendirilenler.

f) Türkiye’de işlenmesi hâlinde hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları daha önce işleyen ve bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya ikamet ülkesini terk edenler.

g) Uluslararası mahkemelerce hakkında insanlık suçu işlediğine dair karar verilmiş kişiler.

ğ) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlardan birini işleyenler.”

125 Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 55, 164.

126 Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 165, 167.

Geçici Koruma Yönetmeliği'nin Geçici madde 1(1) hükmü uyarınca; “28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmaz.” Hâlen 22 Aralık 2022 tarihi itibarıyla Türkiye'deki geçici koruma statüsündeki Suriyelilerin sayısı 3.543.837¹²⁷.

Yönetmelik, sadece Suriye'den gelenlere değil, geldikleri ülke fark etmeksizin, kitlesel akınla gelen diğer yabancılara da uygulanabilecektir¹²⁸. Fakat geçici koruma sağlanması için şartların gerçekleşmesi bu statünün verilmesi için yeterli olmamakta, İçişleri Bakanlığı'nın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı'nın kararı ile bu statü verilebilmektedir.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, uluslararası güçlerin Afganistan'dan çekilmesi ve Taliban'ın ülke genelindeki kontrolü ele geçirmesinden sonra sınırlarımıza gelen Afganların sayısındaki artış dikkat çekmekle birlikte, henüz bu sayıca çokluğun kitlesel akın olarak değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Afganistan'dan ülkemize gelen Afganistan vatandaşlarının bu son dönemdeki gelişleri kitlesel bir sığınma olarak kabul edilse bile, YUKK m. 91 uyarınca, henüz Afganistan'dan gelen yabancılara ilişkin Cumhurbaşkanı tarafından verilmiş bir geçici koruma ilanı bulunmamaktadır. İleride Afganistan vatandaşları için geçici koruma ilan edilecek olursa burada önemli olan ilanın geçerlilik tarihi olacaktır¹²⁹. Örnek olarak, daha önce geçici koruma ilan edilen Suriye vatandaşlarının durumunu verebiliriz. Geçici Koruma Yönetmeliği 22.10.2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla beraber geçici madde 1 uyarınca, Suriye vatandaşları için geçici koruma ilan edilmiştir¹³⁰. Geçici koruma, 28.04.2011 tarihinden itibaren Suriye'den gelen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olanlara verilmiştir.

127 Göç İdaresi Başkanlığı, ‘Geçici Koruma’ (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, 22 Aralık 2022) <<https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2022.

128 Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (n 26) 166.

129 Yönetmelik 7(2)'de açıkça ifade edildiği üzere, “Cumhurbaşkanı tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, geçici koruma ilanının geçerliliğinden önce, geçici koruma ilanına esas teşkil eden olayların olduğu ülkeden veya bölgeden ülkemize gelmiş olanları kapsamaz”.

130 Geçici Koruma Yönetmeliği'nin ilgili düzenlemesinin kanun yerine bir yönetmelikle yapılmış olması Anayasanın 16. maddesi ile çeliştiği şeklinde değerlendirilebilir. Çünkü Anayasa'ya göre temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanun ile sınırlanabilir. Türkiye'de Suriyeliler için geçici koruma statüsü verilmesindeki temel gerekçeler ile uluslararası koruma alanında ortaya konan gerekçeler benzerdir. Buna göre kitlesel hareketlerde kişilerin bireysel sığınma başvurularının değerlendirilmesinin mümkün ve pratik olmadığı öngörülmektedir. Geçici koruma statüsünde, bireysel statü belirleme işlemleri yapılamayacağı öngörüldüğünden, Suriyelilere toplu olarak bu statü tanınmıştır. Bu kişilere geçici koruma statüsü uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmayacaktır: T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, ‘Avrupa’da Geçici Koruma Rejimi Örnekleri’ (T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Aralık 2015) <<https://www.aile.gov.tr/uploads/athgm/uploads/pages/arastirmalar/a-g-k-r-kitap.pdf>> Erişim Tarihi 6 Kasım 2022.

Mevcut durumda, Taliban’ın Afganistan’ın ülke genelindeki kontrolü ele geçirmesi sürecinde ve sonrasında sınırlarımızı geçen Afgan vatandaşlarının durumunun Türkiye’de oturtulacağı yasal zeminin geçici koruma statüsü olarak belirlenebilmesi için her şeyden önce, kitlesel bir insan akınından yani kitlesel bir sığınma talebinden bahsedebilmemiz gerekmektedir. Türkiye bakımından bu analiz yapılırken, bireysel statü belirleme işlemlerinin işleme koyulma kapasitesi ve hızı hesaba katılmalıdır. Eğer ki, Türkiye, uygulama bakımından Afganistan vatandaşlarının her birinin uluslararası koruma başvurularını alıp bireysel olarak inceleyebilme gücüne sahipse, kitlesel bir akından söz edilemeyeceğinden bu kişilere ileriki bir zaman diliminde de geçici koruma sağlanıp sağlanmayacağına değerlendirilmesinin bir anlamı bulunmayacaktır. Diğer yandan, ileriki bir tarihte, Türk makamları, Afgan vatandaşlarının uluslararası koruma taleplerini ayrı ayrı işleme koyma kapasitesine sahip olmazsa, kitlesel bir akının varlığının kabulü gerekecektir. Bu hâlde de Afgan vatandaşlarının geçici korumadan yararlanabilmesi ancak, İçişleri Bakanlığının teklifte bulunarak, Cumhurbaşkanı’nın haklarında geçici koruma ilanı vermesi ve geçici koruma ilanında belirtilen tarihten itibaren sınırlarımızı geçen Afgan vatandaşlarının bu kapsamda olduğunun belirtilmesi durumunda mümkün olacaktır. Şu an için böyle bir ilan bulunmadığından, Afgan vatandaşlarının her şartta geçici koruma statüsü bulunmamaktadır.

C. Göçmen Statüsü

Göçmen (muhacir), siyasî, ekonomik, dini veya sosyal sebeplerle vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülkeyi terk ederek, yerleşmek amacıyla ile başka bir ülkeye giden kişilere denmektedir. Sosyal bir olgu olarak karşımıza çıkan göç ise esas itibariyle iç hukukta düzenlenmesine rağmen istisnai olarak, milletlerarası antlaşmalara da konu olabilmektedir¹³¹.

Türk hukuku bakımından göçmen kavramı 5543 sayılı İskân Kanunu¹³² m. 3(1)-d maddesinde ayrıntılı olarak tanımlanmıştır¹³³. Buna göre göçmen, “*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye’ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunan*” kişilere denmektedir¹³⁴. İskân Kanunu m. 3’te düzenlenen göçmen türleri serbest göçmen, iskânlı göçmen, münferit göçmen ve toplu göçmendir.

Türk hukuku bakımından, bir yabancıнын göçmen olarak kabul edilebilmesi için, Türk soyundan olması, Türk kültürüne bağlı olması, Türkiye’ye yerleşmek niyeti ile gelmiş olması, sınır dışı edilmemiş olması ve ülkeye gelmesinde güvenlik bakımından

131 Doğan (n 13) 12; Özkan (n 15) 130. 1952 tarihinde Türkiye ile Bulgaristan arasında yapılan Antlaşma, göçün milletlerarası antlaşmalara konu olmasına örnek olarak verilebilir: Doğan (n 13) 12, dn. 26.

132 RG 26/09/2006-26301.

133 Göçmenlerin iskânı ve fiziksel olarak yerleşimi İskân Kanunu’nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

134 6/4/2010 tarihli 27544 sayılı Resmî Gazete ile yayımlanan Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.3(1)-g’de de aynı yönde bir tanım yapılmıştır.

sakıncalı bir durumun bulunmaması gerekmektedir. Türk soyundan olmanın ve Türk kültürüne bağlılığın tayin ve tespiti ise İskân Kanunu m. 7 uyarınca, Cumhurbaşkanı kararıyla ile yapılacaktır. Şüphesiz ki, Cumhurbaşkanı'na verilen bu yetki oldukça geniş bir takdir yetkisidir¹³⁵. Cumhurbaşkanı'nın, kimlerin ve hangi memleket halklarının Türk soyundan ya da Türk kültürüne bağlı olduğunu tespit ederken dikkate alacağı herhangi bir kıstas Kanun'da belirlenmemiştir.

Şu an için Afganistan'da, Peştunlar, Tacikler, Hazaralar, Özbekler ve Türkmenler başta olmak üzere çeşitli etnik kimlik gruptan insanın yaşadığı bilinmektedir¹³⁶. Türk soylu olarak bilinen Özbekler ve Türkmenler Afganistan'daki nüfusun küçük bir grubunu oluşturmaktadır. Bu sayılan etnik gruplar nedeniyle de Afganistan'da Türk soyluların yaşadığını söylemek mümkündür.

Geçmişe baktığımızda, Afgan vatandaşlarının göçmen olarak kabul edildiğini görebilmekteyiz. Özellikle, 1979 yılı Aralık ayında Sovyetler Birliği'nin Afganistan'ı işgal etmesi sonucunda, Afganistan'ı terk edip Pakistan'a sığınan Türk soylu Afgan vatandaşları da bulunmaktaydı. Pakistan'daki kamplarda zor şartlar altında bulunan bu Türk soylu kişilerin Türkiye'ye getirilmeleri için "Afganistan'dan Pakistan'a Sığınan Türk Soylu Göçmenlerin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun"¹³⁷ 17 Mart 1982 tarihinde kabul edilmiştir. Söz konusu Kanun'da, "*Afganistan'daki olaylar nedeniyle Pakistan İslam Cumhuriyetine sığınmış Türk Soylu Afganistanlı ailelerden, Türkiye'ye yerleşmek isteyenlerin, bir kereye mahsus olmak üzere, serbest veya iskânlı göçmen olarak kabul olunabilirler*" şeklinde düzenlenmekteydi. Bunların kabulleri ve iskânları, bu Kanun ile İskân Kanunu hükümlerine göre yapılmıştır. Kanun kapsamına, sadece 1979 yılında Afganistan'daki olaylar nedeniyle Pakistan'a sığınan ve hâlen Pakistan'da bulunan ve ön heyete Türkiye'ye yerleşmek istediklerini bildiren ve heyet tarafından tespiti yapılan Türk soylu (Türkmen, Kazak, Kırgız ve Uygurlar) kişiler girmektedir. Kanun'un 1. maddesine göre, gelecekte benzer uygulamalara yol açmaması ve kazanılmış hak oluşturmaması için göçmenlerin kabulünü "bir defaya mahsus" olarak sınırlandırılmıştır¹³⁸.

Daha sonraki tarihlerde, Afganistan'dan Pakistan'a, Türkiye'ye ve diğer ülkelere sığınmış Türk soylu Afganistanlı ailelerin İskân Kanununa göre serbest veya iskânlı göçmen olarak kabulleri söz konusu olmuştur¹³⁹.

135 Doğan (n 13) 14.

136 Hasemi ve Ünlü (n 8) 160; Doğan Başaran and Mehmet Seyfettin Erol, 'Afganistan Merkezli Gelişmelerin Türkiye ve Türk Dünyası Jeopolitiğine Etkileri' (2021) 10(35) Demokrasi Platformu Dergisi 1, 4.

137 RG 19/03/1982-17638.

138 Getirilecek göçmen sayısı için 4500 rakamı tavan olarak belirlenmiştir. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 14 Haziran 1983 tarihli bir müracaatı değerlendiren yazısında, "üst komisyon çalışmalarında; Afganistan'dan Pakistan'a sığınan ve yurdumuzda ana, baba, karı-koca ve çocukları gibi yakınları bulunan mültecilerden 31/12/1982 tarihine kadar İslamabad Büyükelçiliği'ne ve yetkili mercilere başvuranların" ancak kabul ve iskanlarının kararlaştırıldığı belirtilmiştir. Buradan da, yeni hak sahiplerinin oluşmaması için 1982 yılının son günü üst sınır olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim daha sonra yapılan toplu göç taleplerine olumlu cevap verilmemiştir: Emrullah Öztürk, *Türk Asıllı Afgan Mültecilerinin 12 Eylül Dönemi'nde İskân ve İstihdamı*, (Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2014), 78-79.

139 Öztürk, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (n 36) 80; Canan Emek İnan, 'Türkiye'de Göç Politikaları: İskân Kanunları Üzerinden Bir İnceleme' (2016) 2(3) Göç Araştırmaları Dergisi 10, 22.

Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, Türk soyluluğun ve Türk kültürüne bağlılığın tespiti Cumhurbaşkanınca yapılacak olup, göçmen statüsü yine Cumhurbaşkanınca verilecektir¹⁴⁰. Uluslararası güçlerin Afganistan’dan çekilmesi ve Taliban’ın ülke yönetimini tamamen ele geçilmesi sonucunda ülkemize gelmiş Afganistan vatandaşlarına Cumhurbaşkanınca göçmen statüsünün verildiğine ilişkin hâlihazırda çalışmamız kapsamında bir veri tespit edilememiştir.

D. Afgan Vatandaşlarının Türkiye’de Kanuni İkameti

Afganistan’da hâlen Taliban’dan kaçmaya çalışan yüz binlerce kişi pasaport bürolarından pasaport almaya çalışarak başka ülkelere gidebilmenin mücadelesini vermektedirler. Fakat yeni müracaat eden kişilere, pasaportlarını en erken bir ay sonra alabilecekleri yanıtı verilmektedir. Pasaportu olanlar ise vize alabilmek için yabancı ülkelerin büyükelçiliklerine müracaat etmektedirler. ABD ve birçok Batılı ülke Kabil’de bulunan büyükelçiliklerini kapatırken, Afganistan’da az sayıda ülkenin konsolosluk bölümü aktif olarak çalışmaktadır. Kabil’deki Türk Büyükelçiliği açık kalan sınırlı sayıdaki diplomatik temsilciliklerden biridir. Türkiye’nin Kabil Büyükelçiliği’ne son dönemde en az 300 bin kişinin vize müracaatında bulunduğu belirtilmiştir. Ancak bunlardan çok azına vize verilmektedir¹⁴¹.

Henley Pasaport Endeksinde (*The Henley Passport Index (HPI)*)¹⁴², Afganistan için yapılan araştırma sonucuna göre, ülkede bulunan mevcut uluslararası seyahat kısıtlamaları nedeniyle, Afgan vatandaşları seyahat özgürlüğü bakımından 112. (en son) sırada yer almıştır. Afgan vatandaşları, vize alarak veya vizesiz şekilde yalnızca 27 ülkeye seyahat edebilmektedirler (Henley Pasaport Endeksi 20 Temmuz 2022 Raporu)¹⁴³.

Ülkemize vize alarak gelen yabancılar, vizenin veya vize muafiyetinin imkân verdiği kalış süresi, her 180 günde 90 günü geçemez (YUKK m.11(1)). Söz konusu kural, Afgan vatandaşları için de geçerli olmaktadır. Aslında her türlü vize başvurusunda, Türk dış temsilciliklerinde en fazla 90 gün ikametli vize verilmekte olup, 90 günden

140 Doktrinde, Türk hukuku uyarınca göçmen statüsü verilen kişilerin, 12/06/2009 tarihli 27256 sayılı Resmî Gazete ile yürürlüğe giren 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu m. 12(1)-d veya İskân Kanunu m. 8 uyarınca Türk vatandaşlığını kazanabileceğinden, Türkiye’de göçmen statüsünde yaşayan bir yabancıların bulunmadığını belirtilmektedir: Özel, Suriyelilerin Hukuki Statüsü (n 32) 720. Türkiye’de bulunan Suriyelilerden Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olanların göçmen statüsünü elde etmesi hâlinde Türk vatandaşlığını kazanabilmesine ilişkin bkz. Hasan Buran, ‘Türkiye’de Göçmenlerin Vatandaşlığa Kabulü ile İlgili Mevzuat ve Uygulamalar, Karşılaşılan Belli Başlı Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ in Yıldırım Deniz Tesam and Fatih Bilgin Tesam (eds), *Uluslararası Sosyal Bilimler Sempozyumu, Ekonomik, Siyasal ve Boyutları ile Göç*, (Renkvizyon Matbaacılık 2017) 107, 120. Göçmenlerin Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çiçekli (n 15) 208; Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku*, (8th edn, Yetkin Yayınları 2020), 117-124; Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (27th edn, Filiz Kitabevi 2020) 92-94.

141 Euronews, ‘Afganistan’da Son Dönemde Yüz Binlerce Kişi Türk Vizesine Başvurdu’ (Euronews, 16 Ağustos 2021) <<https://tr.euronews.com/2021/08/16/afghanistan-da-son-donemde-yuz-binlerce-kisi-turk-vizesine-basvurdu>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

142 Vatandaşların seyahat özgürlüğüne göre ülkelerin dünya sıralamasıdır.

143 Henley & Partners, ‘The Henley Passport Index’ (Henley & Partners) <<https://www.henleyglobal.com/passport-index>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2022.

fazla ülkemizde kalmak isteyen yabancıların ikamet izni başvurusunda bulunarak Türkiye’de ikamet etmeleri mümkündür. Yine ülkemizde yasal yollarla bulunan diğer yabancılar gibi, Afgan vatandaşları da gerekli şartlara sahip olmaları koşuluyla YUKK’ta düzenlenen kısa dönem ikamet izni, öğrenci ikamet izni, aile ikamet izni, uzun dönem ikamet izni, insan ticareti mağduru ikamet izni ve insani ikamet iznine başvurmaları mümkündür.

Türkiye’de 22.12.2022 tarihi itibarıyla 51.606 Afgan vatandaşı ikamet izni ile bulunmaktadır. Bu kişilerden; 40.359 Afgan vatandaşının kısa dönem ikamet izni, 4.972 Afgan vatandaşının öğrenci ikamet izni bulunmaktadır¹⁴⁴. Türkiye’de bulunan 6.275 Afgan vatandaşı ise, diğer ikamet izni türlerine sahiptirler.

Çalışmamız kapsamında ele aldığımız Afgan vatandaşlarının, Türk hukukuna göre hâlihazırda geçici koruma statüsünü alamayacağını tespit etmiştik. Kendisine uluslararası koruma sağlanan Afganlara ise “uluslararası koruma statüsü kimlik belgesi” verilmektedir. Bu belge, YUKK m. 83/2’ye göre ikamet izni yerine geçmektedir. Uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş ancak, başvurusu henüz sonuçlanmamış Afgan vatandaşlarına ve varsa birlikte getirdiği aile üyelerine ise “uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi” verilir. Bu belge de YUKK m. 76/4 uyarınca ikamet izni yerine geçmektedir. Başka bir ifadeyle, uluslararası koruma başvuru sahibi kimlik belgesi veya uluslararası koruma statüsü kimlik belgesini elinde bulunduran Afgan vatandaşları, YUKK m. 20/1(g) uyarınca, ikamet izninden muaf olduğundan, herhangi bir ikamet izni almadan Türkiye’de ikamet edebileceklerdir.

Uluslararası koruma statüsü sahibi olmayan ve diğer ikamet izinlerine de sahip olmayan yasadışı olarak ülkemizde bulunan Afgan vatandaşları, YUKK m. 46’da yer alan şartlara sahipse insani ikamet izni¹⁴⁵ alabilirler. *Asar*, uluslararası koruma başvurusunu sadece ikincil koruma statüsünün sağladığı avantajlardan faydalanabilmek için yaptığı anlaşılmalara, insani ikamet izni düzenlenmesi; bu tür bir amaç gütmeyenlere ise geri

144 Göç İdaresi Başkanlığı, ‘İkamet İzinleri’ (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, 22 Aralık 2022) <<https://www.goc.gov.tr/ikamet-izinleri>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2022.

145 YUKK madde 46 –“(1) Aşağıda belirtilen hâllerde, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan, Bakanlıkça belirlenen sürelerle sınırlı olmak kaydıyla ve Genel Müdürlüğün onayı alınarak valiliklerce insani ikamet izni verilebilir ve bu izinler uzatılabilir:

a) Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda

b) Haklarında sınır dışı etme veya Türkiye’ye giriş yasağı kararı alındığı hâlde, yabancıların Türkiye’den çıkışları yaptırılmadığında ya da Türkiye’den ayrılmaları makul veya mümkün görülmediğinde

c) 55 inci madde uyarınca yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınmadığında

ç) 53 üncü, 72 nci ve 77 nci maddelere göre yapılan işlemlere karşı yargı yoluna başvurulduğunda

d) Başvuru sahibinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin devamı süresince e) Acil nedenlerden dolayı veya ülke menfaatlerinin korunması ile kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından Türkiye’ye girişine ve Türkiye’de kalmasına izin verilmesi gereken yabancıların, ikamet izni verilmesine engel teşkil eden durumları sebebiyle diğer ikamet izinlerinden birini alma imkânı bulunmadığında

f) Olağanüstü durumlarda

(2) İnsani ikamet izni alan yabancılar, izin verilmiş tarihten itibaren en geç yirmi iş günü içinde adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak zorundadır.”

gönderilmelerine yönelik kaygılar ortadan kalkıncaya kadar, ikincil koruma statüsü ile Türkiye’de kalmalarına izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁶. Yine *Öztürk*’e göre, uluslararası koruma başvurusu kabul edilmediği halde, geri gönderme yasağı çerçevesinde ülkesine gönderilemeyecek olan yabancıların, insani ikamet izni çerçevesinde Türkiye’de kalabileceklerini değerlendirmektedir¹⁴⁷. O hâlde ülkelerindeki iç savaş nedeniyle ülkemize sığınmış Afgan vatandaşlarına uluslararası koruma sağlanamaması hâlinde YUKK m. 46(1/f) kapsamında olağanüstü durumda oldukları fikrinden hareketle, insani ikamet izni de düzenlenebilecektir. Diğer yandan, ilk iltica ülkesine veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilme işlemleri devam eden Afganlar m. 46(1/d) uyarınca, insani ikamet izni ile Türkiye’de kalabilecektir. İnsani ikamet izni, m. 46’da düzenlendiği üzere, İçişleri Bakanlığı’nın belirlediği sürelerle sınırlı olmak kaydıyla ve Göç İdaresi Başkanlığı’nın onayı alınarak valiliklerce verilebilir ve bu izinler uzatılabilir.

Sonuç

Afganistan’da Taliban’ın yönetimi ele geçirme sürecinin öncesinde ve sonrasında vuku bulan olaylar nedeniyle ülkemize sığınan Afgan vatandaşları, mevzuatımızdaki hukuki düzenlemelere göre, Türkiye’de mülteci statüsünde bulunamazlar. Zira Türk hukukuna göre mülteci statüsü, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar sebebiyle ülkemize sığınmak zorunda kalan kişilere verilen bir uluslararası koruma türüdür.

Öte yandan, şartlı mülteci statüsünün kazanılması için ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkma durumunun söz konusu olması gerekir. İkincil koruma statüsü elde edebilmek için ise menşe ülkesine gönderilmesi halinde, ölüm cezasına mahkûm olacağı veya ölüm cezasının infaz edileceği, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacağı durumunun söz konusu olması gerekmektedir.

Afgan vatandaşlarına şartlı mülteci statüsünün verilebilmesi somut olay ve kişi bazında yapılacak bir değerlendirme ile mümkün olabilir. Mevcut yönetimin Taliban kontrolüne geçmesi sürecinde kişinin dini, ırkı, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti ya da siyasi düşüncesi sebebiyle, vatandaşı oldukları Afganistan’ın hukuki korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen Afganların zulüm korkusunun haklı sebebe dayanıp dayanmadığı her bir başvuru için bireysel olarak değerlendirilmelidir.

YUKK kapsamında, mülteci ve şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen ve bazı özel durumlardaki sığınmacıların ikincil koruma statüsüne sahip olabileceği düzenlenmiştir.

146 Asar (n 33) 284- 285.

147 Öztürk, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (n 36), 503.

Bu nedenle, bir Afgan vatandaşının Türkiye’de ikincil korumadan faydalanabilmesi için öncelikli olarak bu kişinin şartlı mülteci statüsünün şartlarını sağlayamamış olması gerekmektedir. Şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen Afgan vatandaşlarının ikincil koruma statüsüne sahip olup olamayacağı ise somut olay ve kişi bazında yapılacak bir değerlendirme sonucunda tespit edilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, Taliban’ın siyasi rejimiyle bağdaşmayacak şekilde yaşam süren kişilerin ya da kadınların, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve muameleye veya ölüm cezasına maruz kalabilme ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır.

Türkiye’de düzensiz göçmen olarak bulunan Afgan vatandaşlarının ülkemizde yapmış oldukları uluslararası koruma başvurularının incelenmesi sırasında hem Göç İdaresi Başkanlığı’nın hem de Türk mahkemelerinin bu kişiler hakkında yaptıkları bireysel değerlendirmelerde uluslararası hukukta kabul edilen ilkelere ve AIHM kararlarına uyulmaya çalışıldığı görülmektedir.

Ülkelerinden kaçarak gelen Afgan vatandaşlarının ülkemize sığınmasının kitlesel bir akın olarak değerlendirilmesi ileride söz konusu olursa, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından geçici koruma ilan edilebilir. Ancak şu an için böyle bir geçici koruma kararı söz konusu değildir. Bu nedenle, Afganistan’dan ülkemize gelen Afgan vatandaşlarının geçici koruma statüleri bulunmamaktadır.

Öte yandan, ülkemizde bulunan Afgan vatandaşlarından Cumhurbaşkanı tarafından Türk soylu ve Türk kültürüne bağlılığı tespit edilenlere göçmen statüsü verilebilecektir. Geçmişte de Afganistan’dan Türkiye’ye ve diğer ülkelere sığınmış Türk soylu Afgan vatandaşlarının ülkemizde göçmen olarak kabulleri söz konusu olmuştur.

Son olarak, ülkemizde bulunan ve uluslararası koruma statüsü sahibi olmayan Afgan vatandaşlarının, Afganistan’a dönmesine yönelik kaygıların bulunması hâlinde, bu olaylar ortadan kalkıncaya kadar Türkiye’de yasal olarak kalabilmeleri için kendilerine, insani ikamet izni verilebilmektedir.

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

Arenas N, ‘The Concept of Mass Influx of Displaced Persons in the European Directive Establishing the Temporary Protection System’ (2005) 7 European Journal of Migration and Law 435-450.

- Arıkan G, *Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma*, (T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi 2020).
- Asar A, *Yabancılar Hukuku* (7th edn, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 No.lu Protokol’ün 4. Maddesine İlişkin Rehber-Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı’ (İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı) <<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020113746Guide%20Art-4-Protocol-4-%20TUR.pdf>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2022.
- Aybay R, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010).
- Ayber Gültekin D, ‘10 soruda Afganistan’dan göç gerçeği | Kim, neden geliyor, geri dönecekler mi?’ (Evrensel, 14 Ağustos 2021) <<https://www.evrensel.net/haber/440254/10-soruda-afganistandan-goc-gercegi-kim-neden-gelir-geri-donecekler-mi>> Erişim Tarihi 13 Kasım 2022.
- Banerjee D, ‘Afganistan’da kadınların ve cinsel azınlıkların güvenliği tehdit altında’ (Gazete Duvar, 20 Ağustos 2021) <<https://www.gazeteduvar.com.tr/afganistanda-kadinlarin-ve-cinsel-azinliklarin-guvenligi-tehdit-altinda-haber-1532285>> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2022.
- Buran H, ‘Türkiye’de Göçmenlerin Vatandaşlığa Kabulü ile İlgili Mevzuat ve Uygulamalar, Karşılaşılan Belli Başlı Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ in Yıldırım Deniz Tesam and Fatih Bilgin Tesam (eds), *Uluslararası Sosyal Bilimler Sempozyumu, Ekonomik, Siyasal ve Boyutları ile Göç*, (Renkvizyon Matbaacılık 2017) 107-127.
- Castillo M A, and Hathaway J C, ‘Temporary Protection’ in James C. Hathaway (Ed) *Reconceiving International Refugee Law* (Martinus Nijhoff Publishers 1997).
- Cherubini F, *Asylum Law in the European Union*, (1st edn, Routledge 2015).
- Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (25th edn, Beta Yayınları 2020).
- Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2016).
- Çörtoğlu Koca S and Kavşat C, ‘Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi’, (2015) (1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 329-366.
- Dawn C and Orchard C, ‘High Time For Europe To Offer Temporary Protection To Refugees From Syria?’ (Opendemocracy, 2 Ekim 2014) <<https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it-high-time-for-europe-to-offer-temporary-protection-to/>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2021.
- Doğacan D and Erol MS, ‘Afganistan Merkezli Gelişmelerin Türkiye ve Türk Dünyası Jeopolitiğine Etkileri’ (2021) 10(35) Demokrasi Platformu Dergisi 1-35.
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (5th edn, Savaş Kitabevi 2020).
- Duvar, ‘Süleyman Soylu: Şam civarından gelenlere geçici koruma vermeyeceğiz’ (Gazete Duvar, 17 Şubat 2022) <<https://www.gazeteduvar.com.tr/suleyman-soylu-sam-civarindan-gelenlere-gecici-koruma-vermeyecegiz-haber-1553568>> Erişim Tarihi 28 Eylül 2022.
- Ekşi N, ‘Milletlerarası Hukuk Açısından Dünden Bugüne Taliban ve Taliban’ın Hükümet Olarak Tanınıp Tanınmayacağı Meselesi’ (2022) 42(1) Public and Private International Law Bulletin 53-80 (Dünden Bugüne Taliban).
- Ekşi N, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması*, (1st edn, Beta Yayınevi 2017), 190 (İltica Sistemi Dışında Bırakılması).
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (3rd edn, Beta Yayınları 2015) (*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*).

- Elçin D, ‘Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar’ (2016) 29(124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9-80.
- Emek İnan, C ‘Türkiye’de Göç Politikaları: İskân Kanunları Üzerinden Bir İnceleme’ (2016) 2(3) Göç Araştırmaları Dergisi 10-33.
- Erdem BB, ‘Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye’deki Durumları’ (2017) 37(2) Public and Private International Law Bulletin 332-351.
- Ergüven NS and Özturanlı B, ‘Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye’ (2012) 62(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1007-1062.
- Euronews, ‘Afganistan’da Son Dönemde Yüz Binlerce Kişi Türk Vizesine Başvurdu’ (Euronews, 16 Ağustos 2021) <<https://tr.euronews.com/2021/08/16/afganistan-da-son-donemde-yuz-binlerce-kisi-turk-vizesine-basvurdu>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.
- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law Relating to Asylum, Borders and Immigration*, (2nd edn, Publications Office of the European Union 2014).
- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law Relating to Asylum, Borders and Immigration*, (3rd edn, Publications Office of the European Union 2020).
- Genç HD and Şirin Öner NA, ‘Why not Activated? The Temporary Protection Directive and the Mystery of Temporary Protection in the European Union’ (2019) 7(1) Uluslararası Siyaset Bilimi ve Kentsel Araştırmalar Dergisi 1-18.
- Goodwin-Gill GS and McAdam J, *The International Refugee in International Law*, (4th edn, Oxford University Press 2021).
- Göç İdaresi Başkanlığı, ‘Düzensiz Göç’ (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, 8 Aralık 2022) <<https://www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler>> Erişim Tarihi 9 Aralık 2022.
- Göç İdaresi Başkanlığı, ‘Geçici Koruma’ (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, 22 Aralık 2022) <<https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2022.
- Göç İdaresi Başkanlığı, ‘İkamet İzinleri’ (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, 22 Aralık 2022) <<https://www.goc.gov.tr/ikamet-izinleri>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2022.
- Göç İdaresi Başkanlığı, ‘Uluslararası Koruma’ (T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, Aralık 2021) <<https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-istatistikler>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2022.
- Güngör G, *Tâbiyet Hukuku*, (8th edn, Yetkin Yayınları 2020).
- Hasemi SR and Ünlü M, ‘An Analysis of Opportunities and Challenges Towards the Afghan Immigrants in Turkey’ (2021) (43) International Journal of Geography and Geography Education 159-172.
- Henley & Partners, ‘The Henley Passport Index’ (Henley & Partners) <<https://www.henleyglobal.com/passport-index>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2022.
- İneli Çiğir M, ‘Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Terörizm ile İlişkisi Olan Kişilerin Mülteci Statüsünden Hariç Bırakılması’ (2018) 76/2 İstanbul Hukuk Mecmuası 667-690.
- Karar, ‘Afganistan Büyükelçisi yanıtladı: Afgan erkekler Türkiye’ye neden geliyor?’ (Karar, 13 Ağustos 2021) <<https://www.karar.com/guncel-haberler/afganistan-buyukelcisi-yanitladi-afgan-erkekler-turkiyeye-neden-geliyor-1628440>> Erişim Tarihi 13 Kasım 2022.

- Kuschminder K, ‘Afghan Refugee Journeys: Onwards Migration Decision-Making in Greece and Turkey’ (2018) 31(4) *Journal of Refugee Studies* 566-587.
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (27th edn, Filiz Kitabevi 2020).
- Özel S, ‘Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü’ (2020) 17(2) *YÜHFD* 709-734 (Suriyelilerin Hukuki Statüsü).
- Özel S, ‘Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi’, (2018) 37(2) *B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 249-295 (Uluslararası Koruma).
- Özkan I, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku* (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2018).
- Öztürk E, *Türk Asıllı Afgan Mültecilerinin 12 Eylül Dönemi’nde İskân ve İstihdamı*, (Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2014).
- Öztürk F, ‘Taliban rejiminden Türkiye’ye kaçan Afgan kadınlar anlatıyor: ‘Kimse bu kez kadınlara zulmetmeyeceklerine inanmasın’ (BBC, 18 Ağustos 2021) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-58250917>> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2022.
- Öztürk NÖ, ‘1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi’ (2016) 65(2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 393-448 (Mülteci Statüsünün Sona Ermesi).
- Öztürk NÖ, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2015) (*Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*).
- Safi S, *Mülteci Hukuku*, (1st edn, Legal Yayınevi 2018).
- Steinbock DJ, ‘Interpreting The Refugee Definition’ (1998) 45 *Ucla Law Review* 733-816.
- T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, ‘Avrupa’da Geçici Koruma Rejimi Örnekleri’ (T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Aralık 2015) <<https://www.aile.gov.tr/uploads/athgm/uploads/pages/arastirmalar/a-g-k-r-kitap.pdf>> Erişim Tarihi 6 Kasım 2022.
- T.C. İçişleri Bakanlığı (T.C. İçişleri Bakanlığı, 03.12.2022) ‘Türkiye 2022’de Yaklaşık 110.000 Düzensiz Göçmeni Sınır Dışı Etti’, <<https://www.icisleri.gov.tr/turkiye-2022de-yaklasik-110000-duzensiz-gocmeni-sinir-disi-etti>> Erişim Tarihi 04 Aralık 2022.
- Tessenyi G, ‘Massive Relugee Flows and Europe’s Temporary Protection’ in Steve Peers and Nicola Rogers (eds), *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary* (Martinus Nijhoff Publishers 2006).
- The Asylum Information Database, ‘Country Report: Türkiye’, (The Asylum Information Database, 31 Aralık 2021) <https://asylumineurope.org/wp-content/uploads/2022/07/AIDA-TR_2021update.pdf> Erişim Tarihi 28 Eylül 2022.
- UN General Assembly, ‘Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967’ (Refworld, 23 Aralık 2022) A/RES/2312 (XXII), <<https://www.refworld.org/docid/3b00f05a2c.html>> Erişim Tarihi 23 Aralık 2022.
- UNAMA, ‘Protection of Civilians in Armed Conflict Mid-Year Update: 1 January to 30 June 2021’ (UNAMA, 26 Temmuz 2021) <https://unama.unmissions.org/sites/default/files/unama_poc_midyear_report_2021_26_july.pdf> Erişim Tarihi 25 Ağustos 2022.
- UNCHR, ‘Conclusion on International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations No. 100 (LV) 2004’ (UNHCR, 8 Ekim 2004) <<http://www.unhcr.org/41751fd82.html>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2022.

UNHCR, ‘Protection Of Refugees In Mass Influx Situations: Overall Protection Framework’ (UNHCR, 19 Şubat 2001), <<https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3ae68f3c24/protection-refugees-mass-influx-situations-overall-protection-framework.html>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2022.

UNHCR, ‘Turkey Country Chapter 2021-2022’ (UNHCR, 26 Temmuz 2021) <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2021/03/3RP-Turkey-Country-Chapter-2021-2022_EN-opt.pdf> Erişim Tarihi 15 Eylül 2022.

United Nations Human Rights Office of The High Commissioner, ‘Human Rights Council Holds Urgent Debate on the Human Rights of Women and Girls in Afghanistan’ (OHCHR, 1 Temmuz 2022) <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/human-rights-council-holds-urgent-debate-human-rights-women-and-girls>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2022.

United Nations, ‘General Assembly Security Council, The Situation in Afghanistan and Its Implications for International Peace and Security’ (UNAMA, 28 Ocak 2022) <https://unama.unmissions.org/sites/default/files/sg_report_on_afghanistan_january_2022.pdf> Erişim Tarihi 14 Eylül 2022.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü

The Punitive Aspect of Administrative Detention Measure in Terms of Right to Liberty and Security in Light of the European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court Jurisprudences

Merve İspirli Armağan* 

Öz

İdari gözetim tedbiri, yabancının özgürlüğünden yoksun kalması sonucunu doğurması sebebiyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına getirilmiş oldukça ağır mahiyette bir sınırlamadır. Bu sebeple hukuka uygun biçimde uygulanması ve usuli güvencelerin sağlanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesi ile korunan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından devletlerin en temel yükümlülüğüdür. Kanunilik kriterine aykırı ve usuli güvencelerden yoksun uygulamalar, idari gözetim tedbirini AİHS m.5'i ihlal eden bir tedbir haline getirmektedir. Dahası, hukuka aykırı uygulanan idari gözetim tedbiri, idari niteliğinden sapmakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına göre cezalandırıcı bir işleve sahip olmaktadır.

Bu çalışmada Türkiye'de idari gözetim tedbirinin uygulanış biçimi ve mevzuat, Suriye iç savaşı sonrası dönem bakımından, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve AİHM içtihadı ışığında incelenmiştir. Bu inceleme sonunda Türkiye'de idari gözetim tedbirinin uzun yıllar AİHS m.5'i ihlal eder biçimde kanunilik kriterine aykırı uygulandığı tespit edilmiştir. 2014 yılındaki mevzuat değişikliği sonrasında kanunilik kriterinin sağlandığı prensipte kabul edilse de verilen ihlal kararları kanuniliğin halen tam anlamıyla sağlanmadığını ve usuli güvencelerden yoksun uygulamaların devam ettiğini ortaya çıkarmıştır. Çalışmada da kanuniliğin ve usuli güvencelerin sağlanamamasına bağlı olarak, AİHM içtihadında da sabit olduğu üzere, idari gözetim tedbirinin cezalandırıcı bir işleve sahip olduğu ve hatta idare tarafından cezalandırma amacına yönelik biçimde uygulandığı yönünde tespitlere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, İdari Gözetim, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Cezalandırıcı İdari Tedbir, Sınır Dışı Kararı

Abstract

Administrative detention is a heavy restriction on the “Right to Liberty and Security” because it results in the deprivation of liberty for foreigners. As such, its lawful implementation and compliance with procedural guarantees are the most fundamental positive obligation of the states in terms of Article 5 of the European Convention on the Human Rights (ECHR). Administrative detention practices which are contrary to the legality criteria and devoid of procedural guarantees result in the violation of Article 5 of the ECHR. Moreover, unlawful administrative detention measures deviate from their administrative nature and have a punitive function according to the case-law of the ECHR.

* **Sorumlu Yazar:** Merve İspirli Armağan (Arş. Gör.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: merve.ispirli@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-4928-5321

Atrf: İspirli Armağan M, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü” (2022) 42(2) PPIL 913. <https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1091031>

In this study, the implementation of the administrative detention measure and legislation were examined in light of the case-law of the Turkish Constitutional Court (TCC) and the ECHR in terms of the post-Syrian civil war. As a result of this examination, it has been determined that in Turkey, the administrative detention measure has been applied contrary to the legality criteria, and so, it has been in violation of Article 5 of the ECHR for many years. Although it was accepted in principle that the legality criteria was met after the legislative amendment in 2014, the violations revealed that this criteria are still not fully met and practices devoid of procedural guarantees continue. In this study, it has been determined that the administrative detention measure in Turkey has a punitive function as it is established in the case-law of the ECHR and has a punitive aim because of its unlawful implementation of procedural guarantees.

Keywords

Right to Liberty and Security, Administrative Detention, Law on Foreigners and International Protection, Punitive Administrative Measure, Deportation

Extended Summary

In this study, the administrative detention of foreigners in Turkey is examined in light of the jurisdiction of the TCC and the ECHR.

After the Syrian civil war, Turkey has been the first country to host asylum seekers fleeing from the war. Because of its geographic location, Turkey is both a destination and a transit zone for the people who want to reach Europe. The number of people coming to Turkey for asylum has gotten exponentially higher until today, where it is now approximately 3.7 million. This number creates consequences for the Syrian community in Turkey and the country itself, socially, politically, and economically and in terms of state security issues. At this point, administrative detention becomes an essential tool for the state in controlling irregular migration, which creates a complex ongoing problem for personal liberty and security.

To understand the aim and function of administrative detention, it has to be examined in four aspects in light of the TCC and the ECHR jurisdiction; its legality, the state's obligation to inform, foreigner's right to an effective remedy, and compensation. To start with the legality criteria, until the administrative detention provisions of the Foreigners and International Protection Law, (Law no.6458) was passed in 2014, there was no legal provision regulating administrative detention. Accordingly, implementations of this practice before 2014 were not legal and so not able to provide the legality criteria in neither the eyes of the TCC nor the ECHR. After 2014, even after the legality criteria was provided, the state has failed to fulfill its obligation to implement the law properly. The way the state follows in the implementation of this practice reveals that police headquarters put pressure on the governorships to issue out administrative detention and deportation decisions, without giving the decision-making body the chance to determine if the foreigner in question poses a risk for public security. Furthermore, the meaning of risk to public security mentioned in Law no.6458 does not provide legal certainty since various issues having different levels of intensity come under this clause, as is often encountered in court decisions (which is another problem beyond

the scope of this study). Another problem is that the foreigners entered the country without legal papers because they were fleeing from the war, which is described as a situation that must not be punished by the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees. Since the unlawful administrative detention practices serve punitive aims in the ECHR ruling, it violates the state obligation of the 1951 convention not to punish for illegal entrance.

Besides these practical problems, the state also fails to inform the foreigner properly and adequately about his administrative detention. Foreigners who experienced this practice could not enjoy their right to appeal, with the state also failing to provide an effective remedy which was confirmed in both the TCC and ECHR rulings. The effective remedy was also in question concerning compensation. Since this practice makes the foreigners deprived of their liberty and security, compensation could not be a *restitutio in integrum*, but instead, just a cover for the damages. That caused another problem because there was no legal remedy mentioned for compensation in Turkish Law, which was also confirmed in the TCC ruling. After all those violations and until 2014, the TCC ruled that full remedy action in administrative courts is the effective legal remedy for compensation claims. After this ruling, the applications where the full remedy action was not exhausted were found inadmissible by the TCC. However, this remedy also has problems since the administrative courts do not have the authority to decide if the detention was lawful or not. This situation produced a legal gap for the cases where the detention was not ended by a court decision regarding its unlawful status, but an administrative decision or cases which ended because they exceeded the 12 months maximum time limit prescribed in the law.

In Turkey, administrative detention practices still have a long list of wrongs that have to be corrected to protect foreigners' personal rights to liberty and security. The problems mentioned here reveal a bigger problem: its punitive nature and aim. This is because the implementation of this practice is more likely to produce a punitive effect rather than a regulatory one. In this study, by analyzing chosen judgments of the mentioned high courts, it is determined that administrative detention practices in Turkey serve a punitive aim.

The state is obligated to protect the peoples' rights under its jurisdiction, regardless of their background. As such, it has to establish a fair balance between the rights of foreigners and public security to fulfill its obligations of convention and respond to national security issues simultaneously.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü

Giriş

Suriye iç savaşının başlangıcı olan 2011 yılı ve sonrası, ülkemiz hukuk sisteminde göçün düzenlenmesi bakımından önemli eksiklikler olduğunu ortaya çıkarmıştır. Zira gerekli ve yeterli ayrıntıyı barındıran bir mevzuatın yokluğunda ülkemize sığınmacı alımı başlamış, hukuk güvenliği ve insan haklarının etkili biçimde korunduğu bir sistem geliştirilememiştir. Savaşın ilk üç yılında 1.519.286 sığınmacının ülkemize giriş yaptığı bilinmektedir.¹ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK)² idari gözetime ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesine dek geçen sürede sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınan yabancılar AİHS³ m. 5'in ihlali sonucunu doğuran uygulamalara maruz bırakılmışlardır.

İdari gözetim, 6458 sayılı YUKK sonrasında sınır dışı edilmesine karar verilen yabancılardan m. 54'te anılan şartları taşıyanların sınır dışı edilmelerine dek idarenin kararıyla Geri Gönderme Merkezlerinde (GGM) alıkonulması şeklinde uygulanan tedbirdir. Bu tedbir ancak AİHS m. 5 ve Anayasa⁴ m. 19 bağlamında belirlenen sınırlar dahilinde uygulandığında hukuka uygun olacaktır. Fakat uygulamada 6458 sayılı YUKK öncesi ve sonrası dönem bakımından farklı hukukilik sorunları bulunmakta olup ayrıca tedbir süresi, tedbire itiraz, itirazların değerlendirilmesi, tazminat gibi hususlarda uygulayıcı otoritelerden kaynaklanan problemler bulunmakta, bu problemler de tedbirin hukukiliğine gölge düşürmektedir.

Bu çalışmada da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında idari gözetim tedbiri, Türk hukukundaki uygulaması bakımından ele alınacaktır. İlk bölümde idari gözetim tedbirinin yasal dayanağı ve uygulanma şekli açıklanacak, ikinci bölümde ise AİHM ve AYM içtihadı ışığında idari gözetim tedbirinin hukukiliği, devletin bildirim yükümlülüğü, bireylerin tedbire karşı etkili başvuru yapma hakkı ve tazminat hakkı bakımından önem arz eden hususlar somutlaştırılarak idari gözetim tedbirinin idarece bir cezalandırma aracı olarak kullanılması hususunda eleştirilere yer verilecektir.

I. İdari Gözetim Tedbiri

İdari gözetim tedbirinin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale niteliği taşıdığı durumların tespitini yapmak için uygulanma usulünü bilmek önem arz

1 Murat Erdoğan, *Suriyeliler Barometresi 2019: Suriyeliler ile Uyum İçinde Yaşamın Çerçevesi* (Orion Kitabevi, 2020) 24. Ayrıca bkz. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> Erişim tarihi 02.03.2022.

2 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG: 11.4.2013/28615

3 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.11.1950.

4 T.C. Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG: 9.11.1982/17863

etmektedir. Bu sebeple öncelikle Türk hukukunda idari gözetim uygulaması hakkında bilgi verilecektir.

A. 6458 Sayılı YUKK Öncesinde İdari Gözetim Tedbirinin Uygulanması

İdari gözetim tedbiri, 6458 Sayılı YUKK öncesinde 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un (YİSHK) 17. ve 23. maddelerine istinaden uygulanmakta idi.⁵

17. maddede siyasi sebeplerle Türkiye’ye sığınanların, 23. maddede ise hakkında sınır dışı kararı bulunup da pasaport alamadığı için yahut başka bir sebepten ülkeyi terk edemeyen kimselerin İç İşleri Bakanlığı’na gösterilen yerlerde ikamet etmesi öngörülmekte idi. Anılan maddelerde idari gözetimin sebepleri, süresi, değerlendirme süreci, itiraz yolu gibi hususlarda bilgi verilmediğinden bu hükümlere dayanan idari gözetim uygulamaları da yasal olarak belirli ve öngörülebilir nitelikte olmamakta idi.⁶ Nitekim AIHM de Türkiye’deki idari gözetim uygulamasının Sözleşme’nin 5. maddesi gereği ihlal teşkil ettiğine hükmettiği ilk kararını 2009 yılında vermiştir.⁷ 6458 sayılı YUKK’un idari gözetime ilişkin hükümlerinin 2014 yılında yürürlüğe girmesinden sonra idari gözetim tedbirinin sebepleri, süresi, değerlendirme süreci, itiraz yolu gibi hususlar belirli hale getirilmişse de uygulama bakımından m.5 kapsamında problemler sona ermemiştir. Bu hususlara İdari Gözetim Tedbirinin Hukukiliği başlığı altında, YUKK sonrası dönem kapsamında değinilecektir.

B. 6458 sayılı YUKK Sonrasında İdari Gözetim Tedbirinin Uygulanması

1. Yasal Dayanak ve Yetkili Makam

AIHM’in idari gözetim tedbirine ilişkin ilk ihlal kararını verdiği 2009 yılında YUKK’un hazırlık çalışmaları başlamış ve 2012 yılında hazırlıkların tamamlanmasının ardından Kanun 4 Nisan 2013 tarihinde kabul edilmiş, 11 Nisan 2013’te de Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.⁸

İdari Gözetim tedbiri, 6458 sayılı YUKK’un aşağıda işaret edilen maddelerinde gösterilen koşulları sağlayan yabancıların valilik kararıyla geçici bir süreyle

5 Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5683, Kabul Tarihi: 15/7/1950, RG 24.7.1950/7564; Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda İdari Gözetim* (BETA, 2014) 12; Nuray Ekşi, ‘İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye’den Sınır dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılar İlişkin AIHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na Etkisi’ (Ekim 2014) 5(19) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 53, 73; Döndü Kuşçu, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları’ (2017) 33(37) DÜHFD 241, 251.

6 Nuray Ekşi, ‘2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi’ (2015) 1(1) Göç Araştırmaları Dergisi 12,17.

7 *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* App no 30471/08 (ECHR, 22 September 2009); Ekşi, İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye’den Sınır dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılar (n 5) 75.

8 YUKK (n 2); Ekşi, ‘2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi’ (n 6) 14.

özgürlüklerinden yoksun bırakılması sonucunu doğurur. Diğer bir deyişle yabancının en temel hareket özgürlüğü sınırlanmakla kalmaz, tamamen ortadan kaldırılmış olur.⁹ Doktrinde idari gözetim tedbirinin idari bir işlem olması bakımından görüş birliği bulursa da¹⁰ kişi özgürlüğünün ortadan kalkması sonucu doğurduğundan mahkeme kararı ile uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.¹¹ Buna karşın idarenin yasanın çizdiği sınırlar içinde kalmak suretiyle uyguladığı idari gözetim tedbirinin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına halel getirmeyeceği yaygın olarak kabul edilmiştir.¹²

Hukukilik şartının sağlanmasında 6458 sayılı YUKK'un rolü büyüktür. Bu kanunun m. 57/2 hükmüne göre, hakkında 54. maddeye göre sınır dışı etme kararı alınan kimselerden “...kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır.”¹³ Yani bir yabancı hakkında idari gözetim kararı alınabilmesinin ilk şartı kişi bakımından verilmiş bir sınır dışı kararının bulunmasıdır. Zira idari gözetim kararı da bu sınır dışı kararına istinaden verilmektedir. Fakat uygulamada sınır dışı ve idari gözetim kararları eş zamanlı olarak verilmekte ve resmi belge tek nüsha halinde “Sınır Dışı ve İdari Gözetim Kararı” başlığıyla kişilere tebliğ edilmektedir.

İdari gözetim tedbirinin uygulanması bakımından kişi hakkında sınır dışı etme kararı alınması zaruri olsa da hakkında sınır dışı etme kararı alınmış her yabancının idari gözetim altına alınması söz konusu değildir. Yukarıda yer verilen m.57/2 hükmünde adı geçen hallerin varlığı halinde idari gözetim kararı verilmesi gerekmekte olup, hakkında sınır dışı kararı verilen kimsenin durumunda bu hallerden biri yoksa idari gözetim kararı verilmesi gerekemeyecektir. Nitekim aynı kanunun 56. maddesinde bu halleri bünyesinde barındırmayan kişilere 15 günlük bir “Türkiye'yi terke davet” süresi tanınmaktadır. Ancak kişinin bu sürede ülkeden ayrılmaması ve bunun için makul bir sebep gösterememesi m.57/2 hükmü gereği idari gözetim kararı verilmesi için sebep teşkil etmektedir. Haklarında idari gözetim kararı verilen yabancılar, tedbirin

9 İdari gözetim uygulamasının yüksek mahkemelerce kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilme sebebi yabancının en temel hareket serbestisinin tamamen ortadan kaldırılmasıdır. Bu minvalde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve seyahat özgürlüğü hakkı karıştırılmamalıdır. Gölcüklü bu husustaki değerlendirmesinde iki hakka yapılan müdahaleler arasında derece ve yoğunluk farkı olduğunu, seyahat özgürlüğü bakımından sınırlama söz konusu iken kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yapılan müdahalede yoksun bırakma sonucu doğduğunu dile getirmiştir. Bkz. Feyyaz Gölcüklü, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği’ (1994) 3(49) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 199, 201. Tolga Şirin ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yapılan müdahalenin seyahat özgürlüğüne yapılan müdahalenin daha aşırı ve özel bir formu olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı* (Avrupa Konseyi, 2018) 51-52.

10 Ekşi, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim (n 5) 89; Esra Gül Dardağan Kibar, Doğa Elçin, Oğün Erşan Aydınlı, ‘Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler’ (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 1477,1499.

11 Burak Huysal, Begüm Şermet, ‘6458 Sayılı Kanun Çerçevesinde Haklarında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancılar’ in Ayşe Nuhoğlu (eds) *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan* (Beta 2014) 2215.

12 Ekşi, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim (n 5) 9.

13 YUKK (n 2) m.57/1.

uygulanması süresince GGM'lerde tutulmaktadır. Ülkemizdeki sığınmacı sayısının 2011 sonrasındaki artışına bağlı olarak GGM'lerin sayısı da arttırılmıştır. Halihazırda toplamda 16.108 kişi kapasiteli 25 adet GGM hizmet vermektedir.¹⁴

2. Tedbirin Süresi

İdari gözetim tedbirinde sürenin üst sınırı 6 aydır.¹⁵ Fakat bu 6 aylık sürede valilikçe her ay zaruret değerlendirmesi yapıldığından her ay tedbirin uzayıp uzamayacağına ilişkin karar verilmesi icap eder. Zira yabancıнын idari gözetim altına alınma sebeplerinde bir değişiklik olması ve artık özgürlüğünden yoksun kalmasını gerektirecek bir durumun kalmaması halinde idari gözetim derhal sonlandırılacaktır.¹⁶ İdare yabancı bakımından gerekli görmesi halinde idari gözetimi sonlandırarak belli bir adreste ikamet etme, düzenli olarak bildirimde bulunma gibi yükümlülükler de tesis edebilir.¹⁷ İdari gözetimin 6 aylık süre boyunca devam ettiği hallerde süre sonunda yabancıнын salıverilmesi gerekecektir. Fakat yabancı sınır dışı işlemleri için iş birliği yapmıyorsa ve ülkesiyle ilgili doğru bilgi ve belgeleri vermiyorsa idari gözetim süresi 6 ay daha uzatılabilecek ve toplamda 12 ay boyunca yabancıнын idari gözetim altında tutulması söz konusu olabilecektir.¹⁸ Tıpkı ilk altı aylık sürede olduğu gibi ikinci altı ayda da yabancıнын idari gözetimi her seferinde 1 ay uzatılacak ve toplamda en fazla 5 adet uzatma kararı alınabilecektir. Görüldüğü üzere kişinin sınır dışı işleminin icrasına destek olmaması özgürlüğünden yoksun bırakıldığı sürenin uzatılması sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan 12 aylık sürenin sonuna dek halen sınır dışı edilmemiş olan yabancıнын sürenin dolması sebebiyle salıverilmesini takiben çok kısa bir süre sonra yeni bir idari gözetim kararı ile özgürlüğünden yoksun bırakılması uygulamada söz konusudur. Diğer bir deyişle *de facto* olarak idari gözetim süresi uzatılmaktadır. Bu husustaki eleştirilere ayrıca değinilecektir.

3. İtiraz Yolu

Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, karara karşı sulh ceza hakimliklerine itiraz edebileceklerdir. Bu itirazın değerlendirilmesi için kanunda 5 günlük bir üst süre sınırı öngörülmüştür.¹⁹ Valilikler tarafından alınmış idari gözetim kararının hukuka uygunluğunun denetlenmesinde idare mahkemelerinin değil de sulh ceza hakimliklerinin yetkili görülmesine gerekçe olarak sulh ceza hakimliklerinin sayısının daha fazla olması ve ülke çapında daha yaygın olması sebebiyle daha etkin bir denetim sağlaması

14 Göç İdaresi Başkanlığı, GİGM <https://www.goc.gov.tr/geri-gonderme-merkezleri33> Erişim tarihi 02.03.2022.

15 YUKK (n 2) m.57/3.

16 ibid m.57/4.

17 ibid

18 ibid m.57/3.

19 ibid m.57/6.

gösterilmiştir.²⁰ Sulh ceza hakimliklerinin sayıca fazla olmasının daha etkin bir denetim mekanizması getirdiği tartışılabilir olsa da idari gözetim tedbiri uygulanan yabancıların mahkemeye erişimini kolaylaştırdığı söylenebilecektir. Zira uygulamada avukatların noterle birlikte GGM'lere fiziken giriş yaparak yabancılardan vekalet alması işlemi dahi memurların mukavemeti sebebiyle engellemelere maruz kalabilmekteyken başvuru için en yakın idare mahkemesine gitmek üzere il değiştirilmesinin gerekmesi yabancı bakımından mahkemeye erişimi zorlaştırabilecektir. Öte yandan sulh ceza hakimliğinin başvurunun yapılmasını takiben 5 gün içinde karar vermesi kanunda öngörülmüşse de uygulamada bu süre iş yükü sebebiyle uzamaktadır. Sulh ceza hakimliğinin kararı kesin nitelikte olduğundan itiraz edilmesi mümkün olmamakla birlikte valilikçe her ay yapılan zaruret değerlendirmesi sonrası verilen idari gözetimin devamı yönündeki kararlara itiraz edilmesi mümkündür. Ayrıca bu kararlardan bağımsız biçimde hukuki durumunda salıverilmesini gerektirecek bir değişiklik olması halinde yabancı kendisi de sulh ceza hakimliklerine başvuru yapabilecektir.²¹ Mahkemeye erişim hakkı bakımından olumlu bir gelişme olarak yabancıların sulh ceza hakimliklerine başvurularında adli yardımdan faydalandırılması da 6458 sayılı YUKK'un kabulü ile mümkün hale gelmiştir.²² Sulh ceza hakimliğine itiraz yolunun işletilmesinde gerekli kriterlere AİHM ve AYM içtihatları bağlamında değinilecektir.

4. Alternatif Tedbirler

İdari gözetim uygulamasının yabancıların özgürlüğünden mahrum kalması sonucunu doğurması bakımından ağır bir müdahale türü olduğu söylenebilecektir. Bu sebeple de 6458 sayılı YUKK'un m.57/4 hükmünde idari gözetim uygulamasına alternatif tedbirlere yer verilmiştir. Bu tedbirler belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllü görev alma, teminat ve elektronik izleme şeklinde idari yükümlülüklerdir. Hakkında sınır dışı kararı verilmiş tüm yabancılar bakımından idari gözetim kararı alınmasının gerekmediği hususu hukukumuz bakımından kabul edilmekle birlikte kanunda idari gözetim tedbirinin ancak son çare olarak uygulanmasına dair bir ilkeye yer verilmemiştir. Buna karşın Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararlarında devletler diğer alternatif tedbirlerin öncelikli olarak uygulanmasına teşvik edilmektedir.²³ Avrupa Konseyi İşkencenin Önlenmesi Komitesi

20 Kuşçu (n 5) 277; Ekşi, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim (n 5) 81. Gülüm Bayraktaroglu Özçelik, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi' (2013) (108) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2013(108) 211,240.

21 YUKK (n 2) m.57/6.

22 ibid m.57/7. 6458 sayılı YUKK öncesinde idari gözetim tedbiri adli nitelikte bir karara dayalı olmadığından yabancıların adli yardımdan faydalanması mümkün değildi. Bkz. Mehmet Aktaş, 'Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Başlıklı 5 inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi' (Temmuz 2019) (2) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi 61, 68.

23 UNGA, A/RES/63/184, 18 December 2008, para 9. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_63_184.pdf Erişim tarihi 02.03.2022; UNGA, A/RES/64/166, 19 March 2019, para 4. <https://undocs.org/en/A/RES/64/166> Erişim tarihi 02.03.2022;

UNGA, A/RES/67/172, 20 December 2012, para 4. <https://undocs.org/en/A/RES/67/172> Erişim tarihi 02.03.2022.

de kendi uygulamasını tanıttığı bilgilendirme metinlerinde göçle ilgili özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerinin (belgede immigration detention olarak geçmektedir) ancak diğer alternatif tedbirlerin uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde son çare olarak uygulanabileceğini öngörmektedir.²⁴ AİHM içtihadında da ülkeye yasa dışı yollarla giriş yapmış yahut hakkında sınır dışı kararı verilmiş yabancılar arasında çocuklar varsa özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerinin uygulanması ancak diğer alternatif tedbirlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda son çare olarak mümkündür.²⁵ Bu gibi hallerde hukukumuz bakımından da hakkında sınır dışı kararı bulunmasına karşın idari gözetim altına alınması için gerekli şartlar oluşmamış olan çocuklu ailelerin yalnızca sınır dışı işlemlerinin yürütülmesi sürecini geçirmeleri için idari gözetim altına alınmaları AİHM içtihadına aykırılık teşkil edecektir.

II. AYM ve AİHM İçtihatları Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin İncelenmesi

Türk hukukunda 6458 sayılı YUKK'un m.57 hükmü uyarınca uygulanan idari gözetim tedbiri, yabancıнын özgürlüğünden yoksun kalması sonucunu doğurması sebebiyle Anayasa m.19 ve AİHS m.5 kapsamında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale olarak değerlendirilmektedir.²⁶ Anayasa'nın 19. maddesi 2. fıkrasında özgürlükten yoksun bırakma sonucu doğurmasının hukuki kabul edileceği hallerden biri “...*usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması...*” olarak düzenlenmiştir. Buna paralel olarak AİHS m.5/1/f bendinde ülkeye yasa dışı yollardan girmiş yahut hakkında sınır dışı veya iade kararı verilmiş kimselerin yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının istisnası olarak kabul edilmiştir.²⁷ Her iki hükümde de usuli güvencelere ayrıca yer verilmiştir. Çalışma kapsamında AYM ve AİHM içtihadı hukukilik şartı, devletin bildirim yükümlülüğü, etkili başvuru yapma hakkı ve tazminat hakkı bakımından ele alınacaktır.

A. İdari Gözetim Tedbirinin Hukukiliği

İdari gözetim tedbirinin kanuna uygun biçimde ve usuli güvenceler sağlanarak uygulanması hukukiliğin sağlanmasında temel önemi haizdir. Aksi halde tedbirin

24 European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Immigration Detention Fact Sheet <https://rm.coe.int/16806fbf12> Erişim tarihi 02.03.2022.

25 *A.B. and others v. France* App no.11593/12 (ECHR, 12 July 2016) para 124; *Popov v. France* App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR 19 January 2012) para 119. Ayrıca bkz. Meltem İneli Çiğler, ‘Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetim Alternatif Tedbirler’ (27.10.2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan) 799, 808.

26 Şirin (n 9) 42; *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* (n 4) 125-142.

27 Rona Aybay, ‘Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme’ (2013) 2(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 164, 165.

cezalandırıcı bir amaca hizmet edeceği AİHM tarafından kabul edilmiştir.²⁸ *Azimov v. Russia* kararına konu olan olayda AİHM, idari gözetim tedbirinin süresinin kabahatler bakımından öngörülen üst sınırı aşması, usuli güvencelerin sağlanmaması ve tedbirin devamlı niteliğine karşılık hukukiliğinin tekraren incelenmemesi sebeplerinden ötürü aslında önleyici nitelikte olması gereken idari gözetim tedbirinin cezalandırıcı nitelikte bir tedbire dönüştüğüne hükmetmiştir.²⁹ Dolayısıyla AİHM'in görüşü de hukukilik kriterine aykırı biçimde uygulanan idari gözetim tedbirlerinin cezalandırma amacı taşıdığı yönündedir. Mahkemenin görüşü doğrultusunda bu başlık altında idari gözetim tedbirinin hukukiliği 6458 sayılı YUKK öncesi ve sonrası dönemler bakımından AİHM ve AYM içtihadında tespit edilen hususlar bağlamında incelenecektir.

1. 6458 Sayılı YUKK Öncesi Dönem

Anayasa m.19/2 ve AİHS m.5/1 hükümlerinde özgürlükten yoksun bırakma işleminin hukukiliği, yalnızca bu hükümlerde belirlenen hallerle sınırlı biçimde ve yasayla öngörülen usule uygun olarak uygulanması şartına bağlanmıştır. Nitekim idari gözetim tedbiri de her iki hüküm kapsamında hukuka uygun bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmiştir. Türkiye’de idari gözetim tedbirinin 6458 sayılı YUKK öncesinde 5683 sayılı YİSHK’in 17 ve 23. maddelerine istinaden uygulandığı çalışma kapsamında belirtilmişti. Adı geçen bu hükümler şu şekildedir:

“Siyasi mülteciler

Madde 17 – Siyasi sebeplerle Türkiye’ye sığınan yabancılar ancak İçişleri Bakanlığınca müsaade olunacak yerlerde ikamet edebilirler.

Madde 23 – Memleket dışına çıkartılmalarına karar verilip de pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye’yi terk edemeyenler İçişleri Bakanlığının göstereceği yerde oturmaya mecburdurlar.”

Görüldüğü üzere bu kanun kapsamında uygulanan tedbir idari gözetim ismiyle dahi anılmamıştır. 17. maddede geçen “ikamet” ve 23. maddede geçen “oturmaya mecburdurlar” ifadelerine bakıldığında her iki maddede anılan müdahaleler kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına bir müdahale gibi görünmemektedir. Zira kişi özgürlüğü bakımından hareket serbestisinin sınırlanması değil, bu serbestiden ‘yoksun kalma’ hali vuku bulmaktadır.³⁰ Fakat anılan hükümlerdeki ifadeler ışığında belli bir yerleşim bölgesinde yaşamını idame ettirme şeklinde ‘sınırlama’ getirildiği söylenebilecektir.³¹ Şu halde 6458 sayılı YUKK öncesindeki uygulama bakımından anılan hükümler idarece oldukça geniş yorumlanmış, sınırlama şeklindeki tedbirler özgürlükten yoksun bırakma halinde uygulanmıştır. Öte yandan kanunilik şartının sağlanması için idari gözetim

²⁸ *Azimov v. Russia*, App no 67474/11 (ECHR 18 April 2013) para 172.

²⁹ *ibid*

³⁰ Şirin (n 9) 51-52.

³¹ *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* (n 7) para 133.

tedbirine dayanak teşkil eden yasal düzenlemenin bazı kriterleri sağlaması gerekmektedir. AİHM içtihadında “*quality of law*” yani kanunun kalitesi olarak adlandırılan kriter ilgili yasal düzenlemenin belirlilik ilkesine uygun biçimde öngörülebilir olmasını aramaktadır.³² Diğer bir deyişle özgürlükten yoksun bırakılma koşulları ve süresi yasada detaylı biçimde açıklanmalı ve bu koşullar çerçevesinde haklarını kullanmak adına kişinin başvuracağı hukuk yolları da gösterilmelidir.³³ Yukarıda yer verilen 5683 sayılı YİSHK’ın düzenlemelerinde özgürlükten yoksun bırakılma sebepleri, usulü güvenceler ve başvurulabilecek hukuk yollarının gösterilmediği aşıkardır. Bu sebeple 6458 sayılı YUKK’un idari gözetime ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girdiği 11.04.2014 tarihi öncesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali iddiasıyla AYM ve AİHM önüne gelen başvurularda tedbirin hukukiliğini sağlamaya dayanak teşkil edebilecek kalitede bir kanuni düzenleme bulunmaması, tedbiri Anayasa m.19/2 ve AİHS m.5/1’e göre hukuka aykırı hale getirdiğinden ihlal olarak değerlendirilmiştir.³⁴ Adı geçen ihlalin AİHM içtihadında tespit edildiği ilk karar *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* başvurusudur.³⁵ Bu başvuruda yabancılar ülkeye yasa dışı yollarla girdikleri gerekçesiyle jandarma tarafından tutularak Kırklareli’de bulunan Gaziosmanpaşa Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi’nde alıkonulmuşlardır. Yabancılar tutulmanın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS m.5/1’in ihlal edildiğini ileri sürerek AİHM’e başvurmuşlardır. Mahkeme verdiği kararda öncelikle başvuruçuların tutulması ve adı geçen yabancı kabul merkezinde alıkonulması işleminin AİHS m.5 kapsamında bir özgürlükten yoksun bırakma teşkil ettiğini tespit etmiştir. Bu tespit yapılırken başvuruçuların buldukları yerden ayrılmalara izin verilmemesi, ancak vekaletname gösterilmesi şartıyla yalnızca avukatları ile görüşebilmeleri ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) temsilcilerinin başvuruçularla görüşmesinin ancak bakanlık izni ile mümkün olması sebep gösterilmiştir.³⁶ AİHM, başvuruçuları idarenin keyfi uygulamalarından koruyacak nitelikte bir yasal dayanak olmaksızın uygulanan idari gözetim tedbirinin m.5 kapsamında hukuki olmadığına hükmetmiştir.³⁷ Bu hükmü kurarken devletin uygulanan tedbirin sebep, süre ve koşullarını detaylıca açıklayan bir yasal dayanağı mahkemeye sunamaması, başvuruçuları idarenin keyfililiğine karşı koruyacak güvenceleri sağlayamaması sebeplerini işaret etmiştir.³⁸ Ayrıca kararda başvuruçulara işletebilecekleri hukuki yolların gösterilmemesi de hukukilik bakımından ihlal sebebi olarak tespit edilmiştir.³⁹

32 *J.N. v. UK* App no 37289/12 (ECHR 19 August 2016) para 84; *Khlatifa and Others v. Italy* App no 16483/12 (ECHR 15.12.2016) para 92.

33 *ibid*

34 Anayasa Mahkemesi, 2014/2841, 09.06.2016, para 108; Anayasa Mahkemesi, 2013/1649, 20.02.2016, paras.128-129; Anayasa Mahkemesi, 2013/655, 20/1/2016, para136; Anayasa Mahkemesi, 2013/9673, 21.01.2015, paras 74-79; *Ahmadpour v. Turkey* App no 12717/08 (ECHR 15 June 2010) para 48.

35 Ekşi, İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye’den Sınır dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılar (n 5) 75-77.

36 *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* (n 7) para 127; Özçelik (n 20) 243.

37 *ibid*, para 135.

38 *ibid*, para134.

39 *ibid*, para 142; Ekşi, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim (n 5) 28-33.

2. 6458 Sayılı YUKK Sonrası Dönem

6458 sayılı YUKK, idari gözetim tedbirinin yasal dayanağını kanunun kalitesi kriterine uygun olarak kodifiye etmesi bakımından oldukça önemlidir. Kanunun idari gözetimi düzenleyen 57. maddesinde idari gözetim tedbirinin hangi hallerde uygulanabileceği 1. fıkrada, kimler üzerinde uygulanabileceği 2. fıkrada, tedbirin süresi ve uzatma koşulları 3. fıkrada, karara karşı başvurulacak hukuk yolu 6. fıkrada açıklanmıştır. Bu kanunun yürürlüğe girmesi sonucunda idari gözetim tedbirinin hukuki temellerinden olan belirli ve öngörülebilir bir yasaya dayanma kriteri sağlanmıştır.⁴⁰ Fakat kanunilik kriterinin karşılanması tek başına tedbirin hukukiliğini sağlamamaktadır. Bu sebeple içtihat çerçevesinde hukukiliğin sağlanmasında önem arz eden hususlarla birlikte kanunun uygulanmasından doğan ve hukukiliğe gölge düşüren hususları bu başlık kapsamında incelemek gerekmiştir.

a. Gerekli Özen Ölçütü

6458 sayılı YUKK'un yürürlüğe girmesiyle idari gözetim tedbiri için kaliteli bir hukuki dayanak sağlanmışsa tedbirin hukukiliğini sağlama bakımından öngörülebilir yasalar tek başına yeterli olmayıp, kişilerin idarenin keyfilikinden korunması için yasa da yer alan güvencelerin gerekli özenle uygulanması gerekmektedir.⁴¹ Gerekli özen kriteri, sınır dışı ve idari gözetim kararının icrası süresince gözetilmesi gereken bir husustur. Bu kriter kapsamında idari gözetim tedbirinin 6458 sayılı YUKK'ta öngörülen ilke ve kurallara uygun olarak, Anayasa m.19 ve AİHS m.5'te yer alan güvenceleri içerir biçimde uygulanması gerekmektedir. İdarenin gerekli özen kriterini sağlamayan fiilleri AYM kararları ışığında somutlaştırılabilecektir. 2014 tarihli *K.A. Başvurusu*'nda başvurucuya tutulma sebepleri hakkında bilgi verilmemesi, idari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı hususunda valilikçe aylık olarak yapılması gereken zaruret değerlendirmelerinin yapılmaması, idari gözetimin üst sınırı olan 6 aylık sürenin 2 ay 10 gün kadar aşılmasının bir uzatma kararına dayanmaması hallerinin gerekli özen kriteri ile bağdaşmadığı belirtilmiştir.⁴² Öte yandan idari gözetim kararına itiraz sonucu sulh ceza hakimliğince yapılan incelemede başvurucunun uluslararası koruma başvurusu sahibi olmakla birlikte geçici koruma statüsünde olması sebebiyle sınır dışı edilemeyecek kişilerden olduğunu öne sürmesine rağmen mahkemenin bu hususu dikkate almadan itirazı reddetmesinin de gerekli özen kriterine aykırı olduğuna hükmedilmiştir.⁴³ Kararda anılan sebeplerle gerekli özen kriterinin sağlanmaması, Anayasa m.19/2 yani idari gözetim tedbirinin hukukiliği bağlamında ihlal olarak nitelendirilmiştir.

40 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015, para 127; Ekşi, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim (n 5) 51; Özçelik (n 20) 255.

41 *A. and Others v. the United Kingdom* (GC) App no 3455/05 (ECHR 19 February 2009) para164; *Khlaifia and Others v. Italy* (n 32) para 90.

42 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044 (n 40) para 131.

43 *ibid* paras 133-34.

Valiliklerce aylık olarak yapılan zaruret değerlendirmeleri ve sulh ceza hakimliklerine yapılan itirazlarda muhakeme süreci, gerekli özen kriterinin sağlanması bakımından çok önemlidir. 2014 tarihli *B.T. Başvurusu* 'nda başvuru hakkında verilmiş ve kendisine tebliğ edilmiş bir sınır dışı kararı bulunmadığı halde valilikçe hakkında idari gözetim kararı alınması ve özgürlüğünden yoksun bırakılması hali söz konusu olmuştur. Malum olduğu üzere hukukumuzda bir yabancı için idari gözetim altına alınabilmesi için hakkında verilmiş bir sınır dışı kararı bulunması gerekir. Başvuru hakkında alınmış bir sınır dışı kararının bulunmaması halinin tespiti idari gözetim tedbirini hukuki dayanaktan yoksun bırakacak ve başvuru sahibinin salıverilmesi sonucunu doğuracaktır. Fakat bu husus ne valilikçe aylık olarak yapılan zaruret değerlendirmelerinde ne de başvuru sahibinin sulh ceza hakimliğine yaptığı itirazlarda değerlendirilmiştir. AYM kişinin derhal salıverilmesini sağlayacak bu hususların valilik ve sulh ceza hakimliğince tespit edilememesinin gerekli özen kriteri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle idari gözetim tedbirinin hukuka aykırı olduğuna Anayasa m.19/2 bağlamında hükmetmiştir.⁴⁴

Gerekli özen kriteri bakımından önem arz eden bir diğer husus gölge tutulmalar olarak adlandırabileceğimiz, yasaya bağlı olarak alınmış bir idari karara dayanmaksızın yabancıların özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı hallerdir. Gölge tutulmalar, uygulamada idari gözetim kararı olmaksızın yabancıların alıkonulması,⁴⁵ idari gözetim kararının alıkonulmadan sonra verilmesi,⁴⁶ yabancıların idarece yahut yargı kararı ile idari gözetiminin sonlandırılmasına rağmen salıverilmemesi⁴⁷, idari gözetim süresi uzatılmaksızın yabancıların idari gözetimine devam edilmesi⁴⁸ halleri olarak örneklendirilebilecektir. Bu hallerden biri vuku bulduğunda kağıt üzerinde iz bırakılmaksızın yabancıların adeta görünmez biçimde gölgede bırakılarak alıkonulması, bu fiili duruma karşı başvurulabilecek bir hukuk yolu bulunmasını da engellemektedir. Sonuç olarak anılan fiili alıkonulma hallerinde yabancılar hukuki dayanaktan yoksun biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılmakta, usuli güvencelerden faydalanamamakta ve içinde buldukları duruma karşı bir yargı yoluna başvuramamaktadırlar. AYM bu fiillerin gerekli özen kriteri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasa m.19/2 bakımından ihlal teşkil ettiği görüşündedir.⁴⁹

b. Bildirim Yükümlülüğü

Hakkında sınır dışı ve idari gözetim kararı alınan yabancıların alıkonulma sebebi, süresi, koşulları, usuli güvenceler ve bu karara karşı başvurulabilecek hukuk yolları

44 Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30/11/2017, paras 93-96.

45 ibid para 93.

46 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044 (n 40) para 129.

47 Anayasa Mahkemesi, 2014/15824, 22/09/2016, paras 148-150.

48 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044 (n 40) para 131.

49 Anayasa Mahkemesi, 2014/15824 (n 47) paras 142-151.

hakkında derhal bilgilendirilmesi, Anayasa m.19/4 ve AİHS m.5/2 kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerindedir.⁵⁰ Bilgilendirme zaman, şekil ve nitelik açısından yabancının Anayasa m.19 ve AİHS m.5'te yer alan diğer haklardan faydalanmasını sağlaması bakımından temel önemi haizdir.

Anayasa m.19/4 hükmünde bildirim derhal, yazılı veya sözlü biçimde yapılabileceğine yer verilmiş, AİHS m.5/2 kapsamında da en kısa sürede ve yabancının anlayabileceği bir dilde yapılması öngörülmüştür. 6458 sayılı YUKK'un idari gözetimi düzenleyen m.57/5 hükmü ise “*İdari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirmelerin sonuçları, gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Aynı zamanda, idari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa, kendisi veya yasal temsilcisi kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir.*” şeklindedir. Anlaşılacağı üzere mevcut ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde bildirim yükümlüğünün şekli ve süresi bakımından kesin bir belirleme yapılmamıştır. Bu bakımdan AİHM ve AYM içtihadının değerlendirme kriterleri bildirim yükümlüğünün hukuka uygun biçimde nasıl yerine getirileceği sorusunu cevaplamada rehber niteliği taşımaktadır.

AİHM içtihadı gereği kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında suç işlediği şüphesiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan ve hakkında cezai soruşturma yürütülen kimselere tutuklama sebepleri ile ilgili detaylı bilgi verilmesi hukukiliğin en önemli şartlarından biridir.⁵¹ Fakat idari gözetim altına alınan ve kendisine isnat edilen bir suç bulunmayan yabancılar bakımından alıkonulma sebeplerinin detaylı biçimde kendilerine bildirilmesi bu tedbirin hukukiliğinin temel şartı olarak öngörülmemiştir. Zira idari gözetim kararı verilebilmesi için kişiye isnat edilmiş bir suç olması kişinin tutulması için şart değildir.⁵² Yabancı hakkında sınır dışı kararı alınmış olması tek başına idari gözetim uygulanması için yeterli bir hukuki sebep olarak görülmektedir.⁵³ Yani idari gözetim uygulaması bakımından sınır dışı kararı dışında kişiye bilgisi verilecek bir hukuki sebep olmayabilir. Buna bağlı olarak da bildirim yükümlülüğünün cezai bir tutuklama işlemi ile idari gözetim uygulaması bakımından aynı olmadığı söylenebilecektir.⁵⁴ Nitekim AİHM de her olay bakımından ne kadar bilgi verilmesi gerektiğinin olay özelinde değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir.⁵⁵

50 Tüm özgürlükten yoksun bırakılma halleri bakımından alıkonulan kişinin bilgilendirilmesi gerekir. Bkz. *Van Der Leer v. The Netherlands* App no 11509/85 (ECHR 21 February 1990) paras 25-29; Şirin (n 9) 153.

51 *Van Der Leer v. The Netherlands* (n 50)

52 *Bejaoui v. Greece* App no 23916/94 (ECHR Commission 06 April 1995)

53 Yalnızca sınır dışı işlemlerinin icrası sürecinin yürütülmesi için de idari gözetim kararı verilebilmesi hakkında bkz. *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* (n 7) para 129; Anayasa Mahkemesi, 2014/2841 (n 34) para 105; Anayasa Mahkemesi, 2014/13044 (n 40) para 123.

54 *Suso Musa v. Malta* App no 42337/12 (ECHR 22 July 2013) paras 113-16; *Kaboulov v. Ukraine*, App no 41015/04 (ECHR 19 November 2009) para 144; *Bordovskiy v. Russia*, App no 49491/99 (ECHR 8 February 2005) para 56.

55 Verilen bilginin yeterli olup olmaması olay özelinde incelenmelidir. Bkz. *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom* App no 12244/86; 12245/86; 12383/86 (ECHR 30 August 1990) para 41.

i. Zaman Bakımından

Devletin bildirim yükümlülüğünü hukuka uygun olarak yerine getirmesinde Anayasa ve AİHS hükümleri “derhal” bildirim yapılmasını bir ölçüt olarak benimsemiştir. Kesin bir süre benimsemek yerine olabilecek en erken anı ifade eder biçimde derhal lafzının tercih edilmesinin, bu anın somut olayın özellikleri ışığında tespit edilmesini amaçladığı düşünülebilecektir.⁵⁶ Fakat idari gözetim tedbirleri bakımından tutulma anından itibaren birkaç saat içinde yahut aynı gün içinde bildirim yapılmasının gerektiği söylenebilecektir. Nitekim AİHM yaptığı bir değerlendirmede tutulma anından itibaren birkaç saat içinde bildirim yapılmasının hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵⁷ Öte yandan fiilen idari gözetim altına alındıktan 2 gün sonra yabancıya bildirim yapılması, zaman bakımından bildirim yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilmiştir.⁵⁸ *K.A Başvurusu*’na konu olan olayda, başvuru GGM’de alıkonulduktan 2 gün sonra hakkında sınır dışı ve idari gözetim kararı verilmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede kişiye derhal bildirim yapılmasının teknik olarak mümkün olmadığını zira bildirilecek bir idari gözetim kararının henüz tesis edilmediğini belirterek bildirim yükümlülüğünün ihlal edildiğine Anayasa m.19/4 bağlamında karar vermiştir. Aynı başvuruda kanunda valilik tarafından yapılması öngörülen aylık zaruret değerlendirmelerinin ve idari gözetim tedbirinin 6 aylık süre dolduktan sonra uzatılmasının sebeplerinin başvurucuya bildirilmemesi halinin de Anayasa m.19/4’teki bildirim yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmedilmiştir. Benzer bir hadise *B.T. Başvurusu*’nda yaşanmış, başvurunun fiilen özgürlüğünden yoksun bırakılmasından 8 gün sonra hakkında sınır dışı ve idari gözetim kararı alınması sebebiyle derhal bildirim yapılmasının mümkün olmadığı ve bu durumun Anayasa m.19/4 bakımından ihlal teşkil ettiğine hükmedilmiştir.⁵⁹ Başka bir başvuruda başvuruca bildirim yapıp yapılmadığının dosyaya bakılarak anlaşılabilmesi Bakanlığın görüş yazısında bu hususta açıklama yapmaması sebebiyle mahkeme bildirim yapılmadığına hükmetmiştir.⁶⁰

ii. Şekil ve Nitelik Bakımından

Anayasa m.19/4 hükmünde “sözlü yahut yazılı” biçimde, AİHS m.5/2’de tutulan kişinin “anlayabileceği bir dilde” bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi öngörülmüştür. Görüldüğü üzere şekilsel bakımdan bir sınırlama öngörülmemiş olup özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin anlayabileceği biçimde bilgi verilmesi yeterlidir.⁶¹ Uygulamada sınır dışı ve idari gözetim kararı metninde yabancıya

56 ibid para 40; *Khlaifia and Others v. Italy* (n 32) para 115.

57 *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom* (n 55) para 42.

58 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044 (n 40) para 142.

59 Anayasa Mahkemesi, 2014/15769 (n 44) para 99. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 2013/655 (n 34) para 148.

60 Anayasa Mahkemesi, 2013/8810, 18/2/2016, para 126.

61 *X. v. Germany* App no 8098/77 (ECHR Commission 13 December 1978); *Kane v. Cyprus* App no 33655/06 (ECHR 13 September 2011).

başvurabileceği hukuk yolu da gösterilmektedir. Böylelikle karar yabancıya tebliğ edildiğinde bildirim yükümlülüğünün de yerine getirilmiş olması amaçlanmıştır. Fakat idari gözetim kararlarının yabancı fiilen tutulduktan sonra verildiği ve tebliğ edilmediği hallerde bu amaç bakımından işlevsel bir yöntem uygulandığını söylemek güçtür. Öte yandan her ne kadar idari gözetim altına alınan yabancıya yapılacak olan bildirim cezaî bir soruşturma kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakılan kimseye yapılan bildirimden daha dar kapsamlı olabileceği AİHM içtihadında kabul edilse de yapılan bildirim kişinin diğer güvencelerden faydalanmasını engelleyecek kadar niteliksiz olması kabul edilemeyecektir. Zira bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi idari gözetim altına alınan yabancıya özgürlüğüne tekrar kavuşmasını sağlayacak diğer haklarını kullanmasını imkansız kılabılır. Bu durum *T.T. Başvurusu*'nda “*Kişinin yakalanmasına ve tutuklanmasına esas hukuki ve maddi gerekçelerin teknik olmayan, basit ve kolaylıkla anlaşılır bir dilde açıklanması; hürriyeti kısıtlanan kişinin, uygun gördüğü takdirde Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca kısa sürede durumu hakkında karar verilmesine ve bu kısıtlamanın hukuka aykırılığı halinde, hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurabilmesine imkan sağlayacaktır.*”⁶² şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca Anayasa m.19/4 kapsamında bilgilendirilme hakkının madde kapsamındaki diğer güvencelerin taşıyıcısı mahiyetinde olduğu ifade edilmiştir.⁶³ Gerçekten de idari gözetim altına alınan yabancı, durumu hakkında bilgi alamaması halinde avukata erişebileceğini, adli yardım talep edebileceğini, valilikçe her ay düzenli olarak zaruret halinin değerlendirilerek kendisine bilgi verilmesi gerektiğini ve idari gözetim tedbirine karşı sulh ceza hakimliklerine itiraz edebileceğini bilmeyecek ve tedbirin sona ermesini gerektirecek bir durumun vukuu halinde dahi haklarından bihaber biçimde özgürlüğünden yoksun kalmaya devam edecektir. Bu bakımdan bildirim yükümlülüğünün ihlali, madde kapsamında diğer fıkralarda yer alan hakların da ihlali sonucunu doğurabilecektir.⁶⁴

Her ne kadar şekilsel açıdan öngörülen bir şart bulunmasa da uygulamada yabancılara tebliğ edilen ve öznel durumlarına göre bilgiler içermekten ziyade genel ve soyut bilgiler içeren ve idari gözetim altına alınan her yabancıya tebliğ edilen tek tip yazılı belgelerin bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamayacağı AYM tarafından kabul edilmiştir.⁶⁵ *A.V. Başvurusu*'na konu olan olayda her ne kadar Bakanlık görüş yazısında başvuruçulara tutulma sebepleri ve süreleri ile ilgili bilgi içeren yazılı evrak imzalandığı bilgisi verilmişse de buna ilişkin bir belge ibraz edilememesi ve bildirim genel ve soyut nitelikte olması, m.19/4 bağlamında ihlal teşkil etmiştir.⁶⁶ Benzer biçimde idari gözetim altına alınmasından bir gün sonra yabancıya vatandaş

62 Anayasa Mahkemesi, 2013/8810 (n 60) para 123.

63 ibid

64 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044 (n 40) para 145; Anayasa Mahkemesi, 2014/2841 (n 34) para 115.

65 Anayasa Mahkemesi, 2013/1649 (n 34) paras 130-142.

66 ibid

bulunduğu ülke konsolosluğuna durumunun bildirilmesini isteme hakkını kullanıp kullanmayacağına tespiti amacıyla başvurucuya verilen matbu formda yer alan bilgilerin bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi kapsamında geçerli bir bildirim olarak kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir.⁶⁷ AYM önüne gelen başka bir olayda başvurucular cezai işleme tabii tutulmak üzere alıkonulmuşlar ve bu sırada haklarında sınır dışı ve idari gözetim kararı verilmiş, idare cezai işlem için alıkonuldukları sırada başvuruculara alıkonulma sebeplerini bildiren belgelerin imzalatılması suretiyle bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise idarenin iddiasını reddetmiş, savcılıkça imzalatılan belgelerin ceza soruşturmasına ilişkin adli işlemlerle ilgili olduğunu, idari gözetim kararı sonrasında idari gözetime ilişkin sebeplerle ilgili ayrıca bir bildirim yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁸

Bildirim yükümlülüğünün zaman, şekil ve nitelik bakımından geçerli bir biçimde yerine getirilmesi için rehber olabilecek AYM kararlarına yukarıda değinilmiştir. AYM'nin bu yöndeki içtihadının AİHM içtihadının bir yansıması olduğu söylenebilecektir. Zira yukarıda yer verilen kararların pek çoğunda AİHM'in *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* kararında bildirim yükümlülüğünün hukuka uygun biçimde yerine getirilmesinin şartlarını açıkladığı ilgili bölümlere atıf yapılmaktadır. Bu hususların dışında AİHS m.5/2 lafzında yer verilen “kişinin anlayabileceği dilde” ibaresi üzerinden AİHM içtihadına değinmek gerekecektir. Madde lafzında her ne kadar kişinin anlayabileceği bir dilde ifadesi yer alsa da içtihada bakıldığında bu ifadenin geniş yorumlanarak bildirimde kişinin içinde bulunduğu durumun özellikleri göz önünde bulundurularak anlayabileceği bir nitelikte olması gerektiği söylenebilecektir. Zira kişi yalnızca kendisine tebliğ edilen evrakın dilini yahut sözlü bildirimde bulunan yetkilinin konuştuğu dili anlamamasından ötürü değil, içinde bulunduğu durum sebebiyle yapılan bildirimde anlayamayacak durumda olabilir. Örneklendirmek gerekirse AİHM, önüne gelen bir başvuruda duyma ve konuşma engelli okur yazar olmayan bireyin tutuklanması sırasında kendisine yazılı şekilde yapılan bildirimde içinde bulunduğu durum gereği anlamasının mümkün olmadığı gerekçesiyle bildirim yapma yükümlülüğünün ihlal edildiğine ve bu durumun tutuklamanın hukukiliğini de ortadan kaldırdığına hükmetmiştir.⁶⁹

AYM ve AİHM içtihadı çerçevesinde devletin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi için geçerli bir bildirim nasıl olmalıdır sorusuna cevap vermek gerekirse, bu bildirim zamansal olarak kişinin idari gözetim altına alınması öncesinde, alınması sırasında yahut alınmasını takip eden birkaç saat içerisinde yapılmalıdır. Uygulamada sınır dışı ve idari gözetim kararı tek nüsha resmi belge halinde ve bu karara karşı

67 Anayasa Mahkemesi, 2014/2841 (n 34) para 118. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 2014/15824 (n 47) para 117.

68 Anayasa Mahkemesi, 2013/8735, 17/2/2016, para 132. Benzer yönde bir karar için bkz. *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* (n 7) paras 136-138.

69 *Z.H. v. Hungary* App no 28973/11 (ECHR 8 November 2012) para 41.

başvurulacak hukuk yolunu da içerir biçimde verilmekle birlikte usuli güvencelerle ilgili yeterli bilgi içermemekte, yabancıнын kişisel durumunu ele almaktan ziyade genel ve soyut bilgiler içerir şekilde hazırlanmaktadır. Bu belgelerin matbu bir form olarak herkes bakımından aynı içeriği barındırır biçimde düzenlenmemesi gerekmektedir. Öte yandan kişinin anlayabileceği dil kavramı geniş yorumlanmalı ve yalnızca konuştuğu dilin değil, içinde bulunduğu durum gereği eğitim seviyesi, psikolojik durumu gibi hususların da kişinin anlama kapasitesini etkileyebileceği unutulmamalı, ayrıca kullanılan dilin teknik ve anlaşılmaktan uzak bir mahiyette olmaması garanti edilmelidir. Bildirim şekli bakımından sınırlayıcı bir düzenleme getirilmese de kişiye yazılı biçimde gerekli bilgiler arz edilirken sözlü olarak da açıklanması gerekmektedir. Kişiye isnat edilen bir suç varsa bunun mahiyeti açıklanmalı, yalnızca kanunların ilgili hükümleri yahut suçların isimlerine yer verilmemelidir. Zira detaylı bir bilgilendirme yapılması gerekmektedir. Ayrıca idari gözetim tedbiri kapsamında yabancıya valilikçe her ay yapılan zaruret değerlendirmesi ve eğer varsa uzatma kararı gerekçesi düzenli olarak tebliğ edilmelidir. Pek tabii, bu bildirimlerin yapılabilmesi idari gözetim sürecinin gerekli özen içerisinde sürelerle uygun biçimde yürütülmesi halinde ancak mümkün olacaktır. Bu bağlamda Anayasa m.19 ve AİHS m.5'te yer alan diğer hakların taşıyıcısı mahiyetinde olan bildirim yükümlülüğünün yabancıнын tekrar özgürlüğüne kavuşmasında hayati önem arz ettiği unutulmamalıdır. Nitekim devletlerce bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesinde tüm şartların sağlanması diğer usuli güvencelerin ihlalinin de önüne geçecek ve daha etkili bir koruma sağlayacaktır. Somutlaştırmak gerekirse idari gözetim altındaki yabancıya karşı bildirim yükümlülüğü hukuka uygun biçimde yerine getirildiğinde kişinin idari gözetim kararına itiraz yolunu daha etkili biçimde kullanması sağlanacaktır.⁷⁰ Aksi durumda yabancıнын etkili başvuru yapma hakkı bağlantılı olarak ihlal edilmiş olacaktır.⁷¹

c. 6458 sayılı YUKK'un Uygulanmasına Bağlı Diğer Problemler

6458 sayılı YUKK'un yürürlüğe girmesi, idari gözetim tedbirinin hukukiliğine ilişkin problemleri tamamıyla ortadan kaldırmamıştır. Bu başlık altında açıklanacağı üzere kanunun uygulanması sırasında ortaya çıkan anılacak diğer problemler de tedbirin hukukiliğine gölge düşürmektedir.

Malum olduğu üzere bir yabancı hakkında idari gözetim tedbirine karar verilmesi ancak o kişi hakkında alınmış bir sınır dışı kararı varsa mümkündür. Fakat hakkında sınır dışı kararı alınan her yabancıнын idari gözetim altına alınması gerekmemekle birlikte Türk hukuku bakımından 6458 sayılı YUKK m.57/2 hükmü gereği "... *kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal*

70 *Van der Leer v. the Netherlands* (n 50) para 28; *Shamayev and Others v. Georgia and Russia* App no 36378/02 (ECHR 12 April 2005) para 413.

71 *Yarashonen v. Turkey*, App no 72710/11 (ECHR 24 June 2014) para 43.

eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar...” hakkında idari gözetim tedbirinin uygulanması gerekmektedir. Fakat çocuklu ailelerin anılan gruplardan birine girmesi halinde idari gözetim tedbirinin ancak diğer alternatif tedbirlerin uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde ve son çare olarak uygulanması esastır.⁷² Öte yandan tedbir kararının uygulanması için yabancıya isnat edilen bir suçun varlığı aranmamakta, idarenin yalnızca sınır dışı işlemlerinin yürütülmesi için yabancıyı idari gözetim altına alabileceği AYM ve AİHM içtihadında kabul edilmektedir. Bireyin fiziksel özgürlüğünden mahrum bırakılması çok ağır bir yaptırım türüdür. Buna karşın mahkemelerin içtihadında bireyin yalnızca idari işlemin yürütülmesi sürecinin işletilmesinde kolaylık olması için idari gözetim altına alabileceğinin kabulü insan hakları temelli politikalarla bağdaşmamaktadır. AİHM içtihadında *Saadi v. UK* kararında idarenin iyi niyetle uyguladığı idari gözetim tedbirleri hukuka uygun kabul edilmiştir.⁷³ Başvuruya konu olan olayda Birleşik Krallık'ta yılda 84.000 adet iltica başvurusu alan Oakington bölgesinde iltica başvurusu yapan bir yabancıya idari gözetim tedbiri uygulanmıştır. Uygulanan idari gözetim tedbirinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle AİHM'e yapılan başvuruda mahkeme, devletin idari gözetim tedbirini iltica başvurularının hızlıca değerlendirilmesini sağlamak amacıyla iyi niyetle uyguladığı gerekçesiyle m.5/1 bağlamında bir ihlal olmadığına karar vermiştir. Gerçekten de iltica başvurularının değerlendirilmesinde büyük önem arz eden mülakatların mümkün olan en kısa süre içinde yapılması, başvuru sahiplerinin hukuki durumlarının netleştirilerek temel hak ve özgürlüklerinin daha iyi korunmasını sağlamaya hizmet etmektedir. Nitekim bu başvuruların hızlıca değerlendirilmesi için kişilerin randevusuna gelmemesi, gecikmesi gibi durumlar sebebiyle aksamaması adına herkesin aynı anda hazır bulunması idari gözetim tedbiri yoluyla temin edilmiştir. Olayda uygulanan tedbirin süresi de 7 günle sınırlı kalmıştır.

Saadi v. UK kararına konu olan olaylar, devletin iyi niyetli davranışını örneklemesi bakımından önemlidir. Bu minvalde idari gözetimin kendisine isnat edilen bir suç bulunmayan yabancılar bakımından uygulanmasında iyi niyet kriteri bir ölçüt olarak AYM içtihadında da yerleşik bir uygulama olmalıdır. Adı geçen iyi niyet, yalnızca devlet bakımından değil, *Saadi v. UK* kararında olduğu gibi birey bakımından da fayda sağlamaya hizmet etmelidir. 6458 sayılı YUKK'un 68. maddesinde de yabancıların yalnızca uluslararası koruma başvurusu yapmış olmasına dayalı olarak idari gözetim tedbiri uygulanamayacağı ve idari gözetim tedbirinin istisnai nitelikte olduğu kabul edilmekte birlikte bazı hallerde tedbirin uygulanabileceği belirtilmiştir.⁷⁴ Bu haller kanunda şu şekilde sıralanmıştır:

72 *A.B. and Others v. France* (n 25) para 124; *Popov v. France* (n 25) para 119.

73 *Saadi v. UK*, App no 13229/03 (ECHR 29 January 2008) para 77.

74 YUKK (n 2) m.68.

“a) Kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddi şüphe varsa, bu bilgilerinin tespiti amacıyla

b) Sınır kapılarında usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulması amacıyla

c) İdari gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması hâlinde

ç) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması hâlinde”⁷⁵

Yukarıda anılan sebeplerden kişinin kimlik ve vatandaşlık bilgilerinin doğruluğundan şüphe edilmesi ve idari gözetim altına alınmadan başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenememesi halleri idarenin iyi niyet sınırları içinde uygulayabileceği kriterlerdir. Öte yandan sınır kapılarından usulüne aykırı biçimde geçmek belirsiz bir ifadedir. Zira sığınma arayan yabancılar yanlarında kimlik benzeri hiçbir belge olmaksızın da sığınma talep etmek üzere ülkeye giriş yapmış olabilirler. İnsan ticareti suçundan mağdur olan yabancılar da aynı durumu yaşayabilecektir. Nitekim 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin⁷⁶ 31. maddesinde de iltica başvurusu yapan kimselerin ülkeye düzensiz girişlerinden ötürü cezalandırılmaması gerektiği belirtilmektedir. Fakat buna karşın AİHS ve Anayasa'da hukuka aykırı yollardan ülkeye giriş yapmak, bireyin özgürlüğünden yoksun bırakılması için hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilmiştir.⁷⁷ Burada kişilerin cezai bir işlemin ürünü olarak değil de idari bir kararla özgürlüğünden yoksun bırakılması yine de cezalandırma yasağının ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Zira idari gözetim tedbirinin hukuka aykırı biçimde ve usuli güvenceler sağlanmadan uygulanması halinde cezalandırma amacı taşıyacağı AİHM içtihadı üzere sabittir.⁷⁸ Şu halde m.68'de belirtilen istisnalar kapsamında uygulanan idari gözetim tedbirleri bakımından da yabancıların durumları bireysel olarak iyi analiz edilerek bu istisnalar kapsamında olup olmadıkları takdir edilmeli ve tedbirin uygulanmasında hukukilik şartı ve usuli güvencelerin sağlanmasına ihtimam gösterilmelidir.

6458 sayılı YUKK'un 68. maddesinde anılan istisnaların sonucusu kişinin kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması halidir. Bir kimsenin kamu düzeni ve güvenliği bakımından tehdit oluşturması çok genel bir ifade olup, aynı derece ve yoğunlukta olmayan hususları bünyesinde barındıran pek çok yabancıların kamu düzeni ve güvenliğine tehdit oluşturduğu söylenebilecektir. Böylesi geniş kapsamlı bir kavram, uluslararası koruma başvuru sahipleri bakımından idari gözetim

⁷⁵ ibid

⁷⁶ Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137.

⁷⁷ Goodwin-Gill'in görüşüne göre yabancının sahte pasaportla ülkeye girmiş olması da düzensiz girişi cezalandırma yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. G.S. Goodwin-Gill, 'Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection' in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, (Cambridge University Press, 2003) 195-196. Zira devletlerin hukuka aykırı biçimde ülkeye girmeyi engelleme politikasında cezalandırıcı bir biçimde uygulanan idari gözetim uygulamaları, kişileri hukuka aykırı yolları kullanmaya mecbur etmektedir. Bkz. Simin Yalçıntaş Deli, 'Uluslararası İnsan Hakları ve Mülteci Hukuku ile 6458 Sayılı Kanuna Göre Sığınmacıların İdari Gözetimi' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020) 56.

⁷⁸ *Azimov v. Russia* (n 28)

uygulamasının istisnai karakterine ve hukukiliğine zarar verebilecek niteliktedir. 6458 sayılı YUKK m.54/d hükmü de kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı bakımından tehlike oluşturanların sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınabileceğini öngörmektedir, m.68/c hükmü için yapılan eleştiriler bu hüküm bakımından da geçerlidir.

6458 sayılı YUKK m.57/1 hükmünde, 54. madde kapsamına giren yani hakkında sınır dışı kararı alınacak kişilerin kollukça yakalanması halinde haklarında karar verilmek üzere derhal valiliklere bildirileceği ifadesi yer almaktadır. Nitekim AYM önüne gelen *K.A. Başvurusu*'nun 128. paragrafında başvuru hakkında emniyetin talebi ve valilik kararı ile idari gözetim kararı alındığı ifadesi yer almaktadır. Uygulamada kendisine isnat edilen bir suç bulunmasa bile kolluk tarafından herhangi bir sebeple yakalanan ve 6458 sayılı YUKK m.57/2 hükmü kapsamına giren herkes bakımından emniyetin valilikten karar verilmesini talep etmesi söz konusudur. Burada valilikler emniyet tarafından adeta baskı altına alınmakta ve yabancıların idari gözetim altına alınması teşvik edilmektedir. Öte yandan göç idaresi binalarına resmi işlemleri için gelen yabancıların işlemleri sırasında haklarında sınır dışı etme kararı alınması gereken bir hususun tespit edilmesi halinde memurun bildirim ile polis tarafından alıkonulması söz konusu olmaktadır. Adeta bir suçüstü anı gibi vuku bulan bu hadiseler kendi rızası ile ülkedeki hukuki durumunu korumak amacıyla resmi işlemlerini yapmaya gelen yabancılar bakımından bir korku tesis etmekte ve hukuki güvenlik algılarını zedelemektedir.

6458 sayılı YUKK m.57/3 hükmünde yabancıların sınır dışı edilme işlemleri için iş birliği yapmaması ve kendisinden istenen belgeleri yetkililerle paylaşmaması halinde idari gözetim kararının uzatılabileceği öngörülmektedir. Bu madde kanuna uygun biçimde yapılan uzatılma işlemlerinin de aslında hukuki olmadığı çıkarımı yapılmasını gerektirmektedir. Zira ceza muhakemesi sürecinde dahi kendisine suç isnat edilen kimsenin aleyhinde delil vermeme ve susma hakkı bulunmaktadır. İdari gözetim ise idari bir tedbir olmasına rağmen bir ceza soruşturmasına nazaran özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin haklarını daha fazla sınırlama etkisi göstermektedir. Bu açıdan anılan sebeple idari gözetim tedbirinin uzatılması ile yabancıların kendi aleyhine delil vermeme yönündeki iradesi cezalandırılmaktadır.

B. Etkili Başvuru Yapma Hakkı

Yabancıların kendisi hakkında verilen idari gözetim kararına karşı etkili bir başvuru yapma hakkı bulunmaktadır. Etkili başvuru yolu AİHS m.5/4'te yer alan tanıma paralel olarak Anayasa m.19/8 hükmünde yabancıların özgürlüğüne tekrar kavuşmasını kısa sürede sağlayabilecek yargı mercii olarak tasvir edilmektedir. Diğer bir deyişle etkili bir başvuru yolu kısa sürede karar vermeli ve yabancıyı özgürlüğüne tekrar kavuşturma

yetkisine sahip olmalıdır.⁷⁹ Öte yandan AİHM içtihadına göre bu başvuru yolunun mahkeme niteliğinde olmasından ziyade anılan yetkileri haiz yargısal karakterde bir mercii olması yeterlidir.⁸⁰ Nitekim Türk hukukunda idari gözetim tedbirinin hukukiliğinin denetlenmesinde sulh ceza hakimlikleri yetkili kılınmıştır.⁸¹ Sulh ceza hakimliklerinin idari gözetim kararının hukuka aykırı olduğunu tespit etmesi halinde kararı kaldırma ve yabancıyı özgürlüğüne kavuşturma yetkisi bulunmakta olup; başvurunun, yapılmasını takiben en fazla beş gün içerisinde karara bağlanması gerekmektedir.⁸²

Etkili başvuru yapma hakkı, yabancınn başvurabileceği etkili bir başvuru yolunun varlığını temin etme ve bu yolun etkili biçimde işlenmesini temin etme bakımından iki temel üzerine kuruludur.⁸³ Bu başlık altında etkili başvuru yapma hakkı devletin etkili başvuru yolunun varlığının temini ve bu başvuru yolunun etkili biçimde işlenmesinin temini yükümlülükleri bakımından ele alınacaktır.

1. Başvuru Yolunun Varlığı

AYM içtihadında idari gözetim tedbirinin 6458 sayılı YUKK öncesinde yasal dayanaktan yoksun olması, idari gözetim kararına karşı başvurulacak bir hukuk yolunun da kanunda gösterilmemiş olması sebebiyle hem tedbirin hukukiliği hem de etkili başvuru hakkı bakımından ihlal yaratmakta idi.⁸⁴ 6458 sayılı YUKK'un yürürlüğe girmesi sonrasında etkili başvuru yolunun varlığı temin edilmiş ve bu yolun etkili biçimde işleyip işlemediği hususu hem hukukilik bahsinde gerekli özen kriteri bağlamında, hem bildirim yapma yükümlülüğünün etkili başvuru yapma hakkına etkisi bağlamında hem de müstakil olarak başvurulara konu olmuştur.

6458 sayılı YUKK'un kabulü sonrasında idari gözetim kararlarına karşı yasayla öngörülen itiraz yolu sulh ceza hakimlikleri olarak belirlenmiştir. Her ne kadar kanunun kabulü ile yasayla öngörülme şartı sağlanmış olsa da çalışma kapsamında gölge tutulmalar olarak adlandırılan özgürlükten fiilen yoksun bırakma hallerinde kişinin içinde bulunduğu durumun hukuki bir nitelendirmesi bulunmadığından, bu belirsiz duruma karşı salıverilmesini sağlayacak bir başvuru yolu da söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple etkili başvuru yapma hakkı kapsamında devletin etkili başvuru yolunun varlığını temin etme yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenebilecektir.

79 *Khlaifia and Others v. Italy* (n 32) para 128.

80 *Weeks v. the United Kingdom*, App no 9787/82, (ECHR 02 March 1987) para 61.

81 YUKK (n 2) m.57/6. Her ne kadar sınır dışı ve idari gözetim kararı uygulamada tek nüsha bir resmi belge olarak tanzim edilse de ayrı işlemler olup, sınır dışı kararının iptali için idare mahkemesinde dava açılırken, idari gözetim kararının hukuki denetimi sulh ceza hakimliklerince yapılmaktadır.

82 ibid

83 *Mifsud v. France* (GC) App no 57220/00 (ECHR 11 September 2002) para 15; *Scordino v. Italy* App no 36813/97 (ECHR 29 March 2006) para 142; *Vernillo v. France* App no 11889/85 (ECHR 20 February 1991) para 27.

84 Anayasa Mahkemesi, 2013/1649 (n 34) para 151; Anayasa Mahkemesi, 2013/8735 (n 68); Anayasa Mahkemesi, 2014/15824 (n 47); *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* (n 7) paras 139-142.

2. Başvuru Yolunun Etkili Biçimde İşletilmesi

Hakkında sınır dışı ve idari gözetim kararı verilen yabancıların avukatları veya idare aracılığı ile sulh ceza hakimliklerine itiraz yolunu işletebilecekleri 6458 sayılı YUKK m.57/6'da hüküm altına alınmıştır. Fakat adı geçen hukuk yolunun varlığı tek başına yeterli olmayıp, bu hukuk yolunun etkili biçimde işletilmesi de gerekmektedir. Bu açıdan önem arz eden ilk husus, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesidir. Zira AYM ve AIHM içtihadında bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin, başvuru yolunun etkili bir biçimde işletilemeyeceği sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir.⁸⁵ Bildirim yükümlülüğünün hukuka uygun olarak yerine getirilmesine esas olan ilkelere “Bildirim Yükümlülüğü” başlıklı bahiste değinilmiş idi. Anılan ilkelere uygun olarak yerine getirilmeyen bildirim yükümlülüğü, etkili başvuru yapma hakkı bakımından sahip olduğu taşıyıcı işlevi kaybedecek ve bu hakkın ihlaline yol açacaktır.⁸⁶ Bildirim yükümlülüğünün ihlalinin etkili başvuru yapma hakkına etkisi bu yönüyle domino taşlarının birbirine etkisine benzetilebilecektir.

Başvuru yolunun etkili biçimde işletilmesi, sulh ceza hakimliğince yürütülecek olan muhakeme sürecinin kalitesine de bağlıdır. Burada kalite lafzı ile kastedilen, başvuru yolunun iddialarının dikkatle ele alınarak kişinin salıverilmesi sonucunu doğuracak bir sebep varsa bunun tespitini sağlama kabiliyetini ve titizliğini haiz bir muhakeme sürecidir. Sulh ceza hakimlikleri yaptıkları değerlendirmelerde başvuru yolunun öne sürdüğü tüm argümanları tek tek değerlendirerek cevaplandırmak zorunda olmasa da⁸⁷ kişinin salıverilmesini sağlama ihtimali bulunan tüm argümanları incelemeli ve böylece tutulmanın hukukiliğini tehlikeye atmayacak şekilde muhakemeyi yürütmelidir. Sulh ceza hakimliklerinin kararlarda yeterli gerekçe sunmaması ve başvuru yolunun iddialarına cevap niteliği taşımayan tekdüze gerekçeleri tekrar etmesi halinde etkili başvuru yapma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.⁸⁸ Nitekim AYM içtihadında da başvuru yolunun salıverilmelerini sağlayabilecek iddialarının sulh ceza hakimliklerince değerlendirilmemesi hukukilik şartı (Anayasa m.19/2) ve etkili başvuru yapma hakkı (m.19/8) kapsamında ihlal sebebidir.⁸⁹ Salıverilmeyi sağlayacak iddialar AYM içtihadı ışığında yabancı hakkında alınmış bir sınır dışı kararı olmaksızın idari gözetim tedbirinin uygulanması, kişinin hukuki durumunda değişiklik yaratan bir durum olan uluslararası koruma başvurusunun kabul edilmesi şeklinde örneklendirilebilecektir.⁹⁰

85 *Van der Leer v. the Netherlands* (n 50) para 28; *Shamayev and Others v. Georgia and Russia* (n 70) para 413; *Yarashonen v. Turkey* (n 71) para 49; *Abdolikhani and Karimnia and Others v. Turkey*, (n 7) para 141; *Dbouba v. Turkey* App no 15916/09 (ECHR 13 July 2010) para 54; Anayasa Mahkemesi, 2014/13044 (n 40) para 145; Anayasa Mahkemesi, 2014/2841 (n 34) para 115.

86 Lütfi Duran, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınır dışı Edilmesi’ (1980) 2(1) İnsan Hakları Yıllığı 3, 13; Esra Gül Dardağan Kibar, ‘Yabancılar Hukuku Açısından Sınırdışı Etme’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1993) 94, 96.

87 *Ilijkov v. Bulgaria* App no 33977/96 (ECHR 26 July 2001) para 94.

88 *G.B. and Others v. Turkey*, App no 4633/15 (ECHR 17 October 2009) para 176.

89 Anayasa Mahkemesi, 2014/15769 (n 44) paras 93-96/133-134.

90 *ibid*; Anayasa Mahkemesi, 2014/13044 (n 40) para 155.

Başvuru yolunun etkili biçimde işletilmesinde mahkemeye erişim de önem arz etmektedir. 6458 sayılı YUKK m.57/6 hükmünde sulh ceza hakimliklerine itiraz yolunun başvurusunun avukatı, yasal temsilcisi yahut idareye vereceği dilekçe yoluyla işletilebileceği öngörülmektedir. Yabancıların avukatlık hizmetlerinden faydalanacak maddi imkanları olmadığı ve adli yardım talebinin de reddedildiği ihtimalde son çare olarak kendisinin idareye vereceği dilekçe yardımıyla itiraz yolunu işletmesi mümkün kılınmıştır.⁹¹ Bu durumda yabancı, idari gözetim tedbirine itiraz ederken başvurusunun derhal sulh ceza hakimliğine iletileceği ve dilekçesine zarar verilmeyeceği hususunda idareye güvenmek durumundadır. Bu durum etkili bir başvuru yolunun varlığını temin etme yükümlülüğü bakımından problem arz etmektedir zira idarenin olumsuz bir tutum sergilemesi halinde kişinin başvurusunun sulh ceza hakimliğine ulaştırılmaması, sürüncemede bırakılması tehlikesi doğmaktadır.

C. Tazminat Hakkı

Bu başlık altında tazminat hakkı, devletlerin AİHS m.5/5 kapsamında bireyin uğradığı zararların tazminini sağlayacak bir mekanizma oluşturma yükümlülüğü bakımından ele alınacaktır. Esasen bireylerin maddi ve manevi zararlarının tazminini sağlama bakımından yapılacak olan incelemenin yanı sıra AYM içtihadında idare mahkemelerinin başvuru yollarının tüketilmesi bakımından etkili tazminat sağlama mekanizmaları olarak öngörüldüğü *B.T. Başvurusu* ile başlayan içtihat değişikliği incelenecektir.

AİHM ve AYM'nin işleyişi gereği Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanında bulunan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde ihlalden doğan zarar gereği başvuru sahiplerine tazminat ödenmektedir. Fakat kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından tazminata ilişkin özel bir hükme hem Anayasa m.19/9 hem de AİHS m.5/5'te yer verilmiştir. Buna göre tazminat, Anayasa m.19'da "...esaslar dışında işleme tabii tutulan kişilerin uğradıkları zarar, hukukun genel prensiplerine göre devletçe ödenir." şeklinde, AİHS m.5/5'te "*Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümler ışığında tazminat hakkının doğması için öncelikle anılan hükümlerde yer alan kelimelerden birinin ihlal edilmesi gerekmektedir.⁹²

İdari gözetim tedbiri yabancıların özgürlük hakkını sınırlamaktan öte bu haktan yoksun kalmasına sebep olduğu için bu hakkın ihlali halinde doğan maddi ve manevi zararın tazmin edilmesi önemlidir. Bu bakımdan AYM ve AİHM içtihadında m.19/9 ve m.5/5'in devletlere ihlalden doğan zararın tazmin edilmesi için iç hukukta özel

91 Uluslararası koruma statüsü başvuru sahiplerinin adli yardımdan faydalanmasının karşılıklılık şartına bağlanması hakkında bkz. Yağcıntaş Deli, (n 77) 281.

92 *Pantea v. Romania* App no 33343/96 (ECHR 3 June 2003) para 262; *Vachev v. Bulgaria* App no 42987/98 (ECHR 8 July 2004) para 78.

mekanizmalar oluşturulması görevini bir pozitif yükümlülük olarak belirlediği söylenebilecektir.⁹³ Öte yandan bu hükümler kapsamında korunan hak, finansal olarak zararın tazmin edilmesidir. Kişinin hukuka aykırı biçimde özgürlüğünden yoksun bırakıldığı sürenin telafisi olamayacağı için, Anayasa m.19/9 ve AIHS m.5/5 kapsamında kişinin salıverilmesini sağlama amacı bulunmamaktadır.⁹⁴

6458 sayılı YUKK öncesinde idari gözetim tedbirini detaylıca açıklayan “kaliteli” bir yasal düzenleme olmaması, hukukilik şartı, bildirim yükümlülüğü, etkili başvuru yapma hakkı gibi hususlar bakımından doğrudan ihlal yarattığı gibi, tazminat elde edilmesi bakımından da ihlal sebebi teşkil etmekte idi.⁹⁵ Zira tazminat için yasayla işaret edilen bir hukuk yolu bulunmamakta idi. Fakat 6458 sayılı YUKK’ün yürürlüğe girmesi sonrasında da devletin tazminat için özel bir mekanizma oluşturduğu söylenemeyecektir. Zira kanunda tazminata ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

1. B.T. Başvurusu ile Yapılan İçtihat Değişikliği

Çalışmanın birinci bölümünde yer alan bahiste açıklandığı üzere idari gözetim tedbirinin hukukiliğinin denetlenmesi görevi sulh ceza hakimliklerine verilmiştir. Bu uygulama istisna teşkil etmektedir. Zira normalde idarenin işlemleri ve eylemleri dolayısıyla idare mahkemelerinde açılan davalarda işlemin hukuka uygunluğu denetlendikten sonra hukuka aykırı olduğu tespit edilirse tazminata hükmedilmesi mümkündür. Fakat idari gözetim işleminin hukukiliğinin denetlenmesinde yetki sulh ceza hakimliklerine verilmiş olup, burada tazminata hükmedilmesi mümkün değildir. Zira itiraz merciinin yetkisi işlemin hukukiliğinin denetlenmesi ile sınırlıdır. Şu halde hukuka aykırı biçimde idari gözetim altına alınan yabancıların zararlarını tazmin etme amacıyla işletebilecekleri bir mekanizmanın bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Nitekim AYM de 2014 tarihli *B.T. Başvurusu* hakkında karar verene dek tazminat hakkı bakımından Türk hukukunda işletilebilecek bir mekanizma bulunmadığı görüşündeydi. Fakat anılan başvuru hakkında 2017 yılında verilen kararda içtihat değişikliğine gidilerek idare mahkemelerinde tam yargı davası açılması suretiyle tazminat hakkının ileri sürülebileceği kabul edilmiştir.⁹⁶ Karara göre bir tazminat bakımından “... teorik düzeyde mevcudiyeti tespit edilen bir başvuru yolunun sırf -bilgi eksikliği nedeniyle- fiiliyatta hiç işletilmemiş olması bu yolun etkisiz olduğu biçiminde yorumlanmamalıdır.”⁹⁷ Tazminat için etkili bir başvuru yolu olmadığı iddiasına getirilen cevapta, tazminat elde edilmesini sağlayan yolun teoride var olduğu fakat pratikte bilgi eksikliği nedeniyle işletilmediği tespiti yapılmıştır. Bu sebeple idare

93 Anayasa Mahkemesi, 2014/15824 (n 47); *A. and Others v. the United Kingdom* (n 41) para 229.

94 *Bozano v. France*, App no 9990/82, (ECHR Commission 15 May 1984)

95 Anayasa Mahkemesi, 2014/2841 (n 34); Anayasa Mahkemesi, 2013/1649 (n 34); Anayasa Mahkemesi, 2013/8810 (n 60); Anayasa Mahkemesi, 2013/8735 (n 68); *Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey* (n 7) para142; *Tehrani and Others v. Turkey*, App no 32940/08; 41626/08; 43616/08 (ECHR 13 April 2010) para 79; *Dbouba v. Turkey* (n 85) paras 52-54.

96 Anayasa Mahkemesi, 2014/15769 (n 44) para 71.

97 *ibid* para 52.

mahkemesi ve sulh ceza hakimliği arasında yetkinin nasıl paylaştırıldığı hususunda da kararda bilgilendirme yapılmıştır. Buna göre sulh ceza hakimlikleri idari gözetimin tüm yönleriyle hukuka uygunluğunu denetledikten sonra tedbirin hukuka uygun olduğuna karar verirse, idarenin sorumluluğu doğmayacağı için yabancının tazminat hakkı da olmayacaktır. Dolayısıyla yabancının tam yargı davası yolunu tüketmesi de bir kabul edilebilirlik şartı olarak aranmayacaktır.⁹⁸ Fakat tedbirin hukuka aykırı olduğu kabul edilirse idare mahkemesinde hukuka aykırı işlemde doğan zararın tazmini için tam yargı davası açılabilir ve mahkeme tedbirin hukukiliği konusunda bir değerlendirme yapmaksızın bu işlemde bir zararın doğup doğmadığını ve doğmuşsa miktarını tespit ederek başvurucuya ödemesine hükmedebilecektir.⁹⁹ Öte yandan bir idari karara dayanmaksızın fiilen özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancıların işlemin hukuki olmamasından doğan zararlarının tespiti, idare mahkemesince hukukilik denetimi bakımından yetkisi olmadığı için yapılamayacak ve tam yargı davası da bu kişiler açısından etkisiz hale geleceğinden doğrudan AYM'ye başvurmaları mümkün olacaktır.¹⁰⁰

Tazminat için başvuru yapacak olan yabancılar bakımından önem arz eden diğer husus, tam yargı davası açılabilmesi için öncelikle sulh ceza hakimliklerinde görülen itiraz başvurularının sonuçlanmasının gerekmesidir. Zira idare mahkemesine başvuru imkanı tedbirin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Öte yandan bazı olaylarda yabancı hakkında uygulanan idari gözetim tedbiri her ne kadar hukuka aykırı olsa da yabancı sulh ceza hakimliğine itiraz etmemiş ve tedbir idare kararıyla sonlandırılmış olabilir. AYM bu halde de kişinin tam yargı davası açabileceğini öngörmektedir.¹⁰¹ Buna bağlı olarak da tam yargı davası yolunun tüketilmemesi halinde kabul edilemezlik kararı vermektedir.¹⁰² Fakat sulh ceza hakimliğine başvurunun olmadığı ve idarenin tedbiri sonlandırdığı hallerde, söz konusu tedbirin hukukiliğine dair yapılmış bir tespit de bulunmamaktadır. İdare mahkemesinin hukukilik hususunda tespit yapma yetkisi de bulunmadığından hangi hukuka aykırı işleme bağlı olarak tazminata ilişkin değerlendirme yapacağı merak konusudur. AİHM içtihadında kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan tedbir sonlanmış olsa da hukukilik denetiminin yapılabilmesi gerektiği öngörülmektedir.¹⁰³ Fakat *I.S. ve Diğerleri Başvurusu*'na konu olan olayda K.S. isimli başvurucu idari gözetim altındayken sulh ceza hakimliğine itiraz etmiş ve bu sırada tedbir idarece sona erdirilmiştir. Buna bağlı olarak sulh ceza hakimliği artık denetlenecek bir işlem kalmadığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁴ Bu durum AİHM içtihadı ile çelişki yaratmaktadır.

98 ibid para 75.

99 ibid para 71.

100 ibid 72.

101 Anayasa Mahkemesi, 2014/18827, 20/12/2017, para 37.

102 ibid

103 *Oravec v. Croatia*, App no 51249/11 (ECHR 11 July 2017) para 65.

104 Anayasa Mahkemesi, 2014/15824 (n 47) para 147.

AYM önünde konu olmuş ve 2020 yılında karara bağlanmış olan *Sherapat Yagmyrova Başvurusu*'nda başvuru kendisi hakkında uygulanan idari gözetim kararına itiraz etmiş ve bu itirazı sulh ceza hakimliğince reddedilmiş yani tedbirin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Fakat bir süre sonra idari gözetim tedbiri idare tarafından sonlandırılmıştır. Bunun üzerine başvuru kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla olayı AYM önüne getirmiş ve mahkeme başvurusunun tam yargı davası açmaması sebebiyle başvuru yollarının tüketilmediğini belirterek kabul edilemezlik hükmü vermiştir.¹⁰⁵ Kararda tedbirin idare tarafından sonlandırıldığı hallerde tam yargı davası açılmasının mümkün olduğu belirtilerek *A.A. Başvurusu*'na atıf yapılmıştır. Fakat *A.A. Başvurusu*'nda sulh ceza hakimliği tarafından tedbirin hukuka uygun olduğu yönünde alınmış bir karar bulunmamaktadır. Yani iki olayın özellikleri aynı değildir.¹⁰⁶ *Sherapat Yagmyrova Başvurusu*'nda ise sulh ceza hakimliğinin tedbirin hukuka uygun olduğu yönünde verdiği bir karar mevcut olduğundan tam yargı davası açılmasının, başvuru yollarının tüketilmesi bağlamında bir kabul edilebilirlik şartı olmadığına hükmedilmesi beklenirdi. Her ne kadar kararda olayın ayrıntıları anılmamış olsa da sulh ceza hakimliğinin red kararı sonrasında başvurucuya uygulanan tedbirin sonlandırılmasını gerektirecek yeni bir durum ortaya çıksaydı ve bu durum valilik tarafından değerlendirilerek yabancının salıverilmesi hadisesi vuku bulmuş olsaydı bu durumda tam yargı davası açılmasının mümkün olduğu kabul edilebilirdi. Fakat mevcut durumda AYM'nin kendi içtihadı ile çeliştiği söylenebilecektir.¹⁰⁷

Sonuç olarak tazminat hakkı bağlamında tam yargı davası açılmasının mümkün olduğu haller şöyle sıralanabilecektir; sulh ceza hakimliklerinin tedbirin hukuka aykırı olduğuna karar verdiği haller, sulh ceza hakimliği kararı olmaksızın idarece tedbirin sonlandırıldığı haller, sulh ceza hakimliğinin tedbirin hukuka uygun olduğu yönünde bir kararı olsa dahi idarece tedbirin sonlandırıldığı haller.

Tazminat hakkı kapsamında ele alınması gereken bir diğer husus tazminatın miktarıdır. Hakkında idari gözetim kararı alınmış bir yabancıya uygulanan tedbirin sulh ceza hakimliğince hukuka aykırı bulunması sonucu tam yargı davası açılarak elde edilen tazminatın miktarının konu olduğu *N.K. Başvurusu*'nda, idare mahkemesi başvuru lehine 5 bin TL manevi tazminata hükmetmiştir. Başvuru miktarı az bularak olayı AYM önüne taşımış ve benzer davalarda AYM tarafından daha yüksek rakamda tazminata hükmedildiğini ileri sürmüştür. AYM başvurusunun "...*haksız tutulması nedeniyle maruz kaldığı manevi zarar ile Daire tarafından takdir edilen tazminat miktarı arasında açık bir orantısızlık olduğundan bahsedilemeyeceği...*" gerekçesiyle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak kabul edilemezlik

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, 2017/11905, 21/7/2020, paras 54-58.

¹⁰⁶ Esra Gül Dardağan Kibar, Doğa Elçin, Ogün Erşan Aydınlı (n 10) 1501.

¹⁰⁷ ibid 1502.

kararı vermiştir.¹⁰⁸ AİHM de *Mehmet Hasan Altan v. Turkey* başvurusunda ulusal mahkemelerin yüksek mahkemeden daha düşük miktarda tazminata hükmetmesinin tek başına tazminat hakkını ihlal etmeyeceği sonucuna varmıştır.¹⁰⁹

2. Fiilen Özgürlükten Yoksun Bırakma Hallerinde Tazminat Hakkı Bakımından Abdulkadir Yapıquan Başvurusu

B.T. Başvurusu ile gidilen içtihat değişikliği sonrasında idare mahkemelerinin tazminat bakımından etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesi, AYM içtihadında da bu yolun tüketilmemesi halinde başvuru yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu minvalde tazminat hakkı bakımından ele alınması gereken diğer bir husus çalışma kapsamında gölge tutulmalar ismiyle anılan fiilen özgürlükten yoksun bırakma halleri vuku bulduğunda tazminat hakkının nasıl uygulanacağı meselesidir. Bu meselenin ele alınmasında değerlendirme bakımından önemli hususların bir arada vuku bulması ve karar tarihinin nispeten yakın olması sebebiyle *Yapıquan Başvurusu* odak alınacaktır.

Çalışma kapsamında gölge tutulmalar olarak adlandırılan fiillerin, herhangi bir işleme dayalı olmaması sebebiyle hukuki nitelendirmesi belirsiz olan ve yabancıların fiilen özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğuran idarenin keyfî fiilleri olduğu hususuna hukukilik şartı bahsinde değinilmiş idi. *B.T. Başvurusu* ile gidilen içtihat değişikliği öncesinde gölge tutulmalar olarak adlandırılan hallerde hukuki nitelendirmenin belirsizliğine bağlı olarak yabancıların tazminat hakkı kapsamında başvurabileceği etkili bir hukuk yolu bulunmaktaydı. *B.T. Başvurusu* hakkında verilen kararda “...herhangi bir idari gözetim kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılanlar bakımından idari gözetim altına alınmış olmaktan doğan zararlar için doğrudan idari yargı mercilerinde tam yargı davası açılabileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.” denilerek gölge tutulmaların vukuu halinde tazminat için işletilebilecek etkili bir mekanizma olarak idare mahkemeleri işaret edilmiştir.¹¹⁰ Dolayısıyla yabancılar gölge tutulma halinin sona ermesini takiben tazminat için idare mahkemesinde tam yargı davası açabileceklerdir. Fakat gölge tutulma hali devam ediyorsa yabancıların AYM’ye başvuru yapmasının kabul edilebilirlik bakımından nasıl değerlendirileceği öngörülememekte idi. 2019 yılında hakkında karar verilen *Yapıquan Başvurusu* ile bu husus netlik kazanmıştır.

Yapıquan Başvurusu’na konu olan olayda başvurucu, BMMYK tarafından kendisine verilen mülteci kabul belgesine rağmen hakkında verilen sınır dışı ve idari gözetim kararına dayalı olarak 12 ay boyunca GGM’de tutulmuştur. 12 aylık azami

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, 2017/21761, 22/7/2020, paras 28-29. Başvurucunun benzer yöndeki davalardaki tazminat miktarından daha az olduğu iddiasını ileri sürerken referans verdiği davada hükmedilen tazminat miktarı 15.000 TL’dir. Anayasa Mahkemesi, aradaki 10.000 TL bakımından açık bir orantısızlık bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz. ibid para 27.

¹⁰⁹ *Mehmet Hasan Altan v. Turkey* App no13237/17 (ECHR 20 March 2018) para 176.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 2014/15769 (n 44) para 74.

sürenin dolması sebebiyle tedbir idarece sonlandırılmışsa da başvurucuya kendi iradesiyle burada kalmak istediğine dair bir evrak imzalatılarak idari gözetimine devam edilmiştir. Başvurucunun iddialarına göre GGM’de tutulma süresi toplamda 27 aydır.¹¹¹ Bu süre devam ederken başvurucu avukatı aracılığıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla mahkemeye başvurmuştur. AYM kabul edilebilirlik incelemesini iki kalemde değerlendirmiştir. Bu değerlendirmenin ilki hukukilik şartının sağlanmamasından doğan tazminat hakkı bağlamındadır. Başvurucu, mülteci kabul belgesine sahip olması sebebiyle hakkında sınır dışı kararı verilemeyecek kişilerdendir.¹¹² Bu sebeple idari gözetim altına alınması hukukilik şartını ihlal etmekte ve buna ilişkin tazminat taleplerinde idare mahkemesinin yetkili olmaması sebebiyle doğrudan AYM’ye başvurusu mümkündür. Dolayısıyla başvurucunun bu bakımdan tam yargı davası yolunu tüketmesi gerekmediğine hükmedilmiştir. İkinci değerlendirme başvurucunun 12 aylık süreden sonra hukuki bir dayanak olmaksızın GGM’de tutulmaya devam edilmesi sebebiyle doğan, diğer bir deyişle hukuka aykırı idari gözetim uygulamasının yarattığı zararlara ilişkin tazminat istemidir. Yüksek mahkeme bu isteme yönelik tam yargı davası açılmasının mümkün olduğunu fakat başvurucunun bu yolu tüketmesi gerekmediğini belirtmiştir. Zira başvurucu fiilen hala özgürlüğünden yoksun haldedir ve tam yargı davası başvurucunun salıverilmesi sonucunu doğurmayacaktır.¹¹³ Bu sebeple etkili bir başvuru yolu niteliğinde değildir.¹¹⁴ Özetle kabul edilebilirlik kararı verilmesi için hukuka aykırı idari gözetim tedbirinin sona ermesi sonrasında tam yargı davası yolunun tüketilmesi gerektiği fakat fiili tutulma sona ermemişse tam yargı davasının salıverilmeyi sağlamayacak olması sebebiyle etkili bir başvuru yolu niteliği taşımamasından ötürü bu yolun tüketilmesi gerekmediği söylenebilecektir.

Sonuç

Çalışma kapsamında idari gözetim tedbirinin teori ve uygulamada nasıl işletildiği hususu mevzuatla birlikte yüksek mahkeme içtihatları üzerinden açıklanmıştır. İdari gözetim tedbirinin hukukiliğine ilişkin sorunlar, AYM ve AİHM içtihadı çerçevesinde 6458 sayılı YUKK öncesi ve sonrası bakımından incelenmiş, kanunun kabul edilmesi sonrasında gerekli özen ölçütü, zaman, şekil ve nitelik bakımından bildirim yükümlülüğü, başvuru yolunun varlığı ve etkili biçimde işletilmesi bağlamında etkili başvuru hakkı ve tazminat hakkına ilişkin sorunlara yer verilmiştir. Anılan başlıklar kapsamında mercek altına alınan içtihat çerçevesinde 6458 sayılı YUKK’un yürürlüğe girmesi her ne kadar kanunilik şartını sağlasa da idari gözetim tedbirinin hukuki olması sonucunu doğurmamaktadır. Zira idari gözetim tedbiri ancak yasal sınırlar içinde tüm

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi, 2016/35009, 02/05/2019, para 96.

¹¹² Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (4.bs, BETA 2016) 121, 124.

¹¹³ ibid para 101.

¹¹⁴ ibid

usuli güvencelerin sağlanmasıyla hukukilik şartını yerine getirecektir. Fakat içtihadattan açıkça anlaşıldığı üzere, idari gözetim tedbirinin hukukiliğine gölge düşüren pek çok problem halen varlığını sürdürmektedir. Tedbirin pratikteki uygulanış şekli bu problemlerin başını çekmektedir. Çalışmada da anıldığı üzere sınır dışı ve idari gözetim kararının aynı anda verilerek yeterli ve gerekli bilgileri barındırmayan matbu formlarla yabancılara tebliğ edilmesi, tedbirin azami süresinin hukuki bir sebep olmaksızın fiili olarak uzatılması, yabancının itiraz yoluna erişmesinin güçlüğü bu problemlere örnek teşkil etmektedir. Ayrıca idari gözetim altına alınamayacak kimseler hakkında tedbir kararı verilmesi, itiraz mercii olan sulh ceza hakimliklerinin süresinde karar vermemesi, karar sürecinde davacının iddiaları bakımından gerekli değerlendirmeleri yapmaması, valiliklerce yapılan zaruret değerlendirmelerinde gözetim altındaki yabancının durumundaki değişikliklerin göz önünde bulundurulmaması ve değerlendirme sonuçlarının yeterli gerekçeyi barındırmaması, bu duruma bağlı olarak gözetim altındaki yabancıya gerekli ve yeterli bir bildirim yapılamaması gibi hususlar ve hukukilik bahsinin sonunda yer verilen 6458 sayılı YUKK'un uygulanmasına bağlı olarak ortaya çıkan diğer problemler halen idari gözetim tedbirinin hukukiliğine gölge düşürmektedir. Fakat ne yazık ki bu hususlar idari gözetim tedbirinin icrasında yerleşik hale gelmiştir. Bu durum, AİHM'in de kabul ettiği gibi, idari gözetim tedbirinin cezalandırıcı bir amaca hizmet eder biçimde uygulanmasına sebebiyet vermektedir. Öte yandan idari bir işlemin, doğası gereği cezalandırıcı bir amaca hizmet etmemesi gerektiği aşıkardır. Zira aksi halde idarenin istismarına uğraması söz konusu olabilecektir. Nitekim, çalışma kapsamında anılan ihlal kararları da idarenin istismarını belgelemektedir. Yabancıların bu istismardan korunması da ancak idari gözetim tedbirinin idari niteliğine hanel getirmeden ve cezalandırma amacından uzak biçimde uygulanmasına yani Anayasa m. 19 ve AİHS m.5 kapsamında öngörülen hukuki sebeplerle sınırlı olarak ve yine bu maddelerde anılan usuli güvenceleri içerir biçimde icra edilmesine bağlıdır.

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

Kıtap ve Makaleler /Books and Articles

Aktaş M, 'Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Başlıklı 5 inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi' (Temmuz 2019) (2) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi 61-78.

- Aybay R, 'Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme' (2013) 2(2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141-172.
- Bayraktaroğlu Özçelik G, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi' (2013) (108) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2013(108) 211-258.
- Ciğer Mİ, 'Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler' (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan 799-829.
- Dardağan Kibar EG, 'Yabancılar Hukuku Açısından Sınırdışı Etme' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1993)
- Dardağan Kibar EG, Elçin D, Aydınli OE, 'Anayasa Mahkemesi'nin Sherapat Yagmyrova Kararı Üzerine Bazı Değerlendirmeler' (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 1477-1506.
- Deli SY, 'Uluslararası İnsan Hakları ve Mülteci Hukuku ile 6458 Sayılı Kanun'a Göre Sığınmacıların İdari Gözetimi' (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2020)
- Duran L, 'Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi' (1980) 2(1) İnsan Hakları Yıllığı, 3-33.
- Ekşi N, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda İdari Gözetim* (BETA, 2014)
- Ekşi N, 'İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye'den Sınır dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılarla İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi' (Ekim 2014) 5(19) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 53-99.
- Ekşi N, '2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi' (2015) 1(1) Göç Araştırmaları Dergisi 12-43.
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (4.bs, BETA 2016)
- Erdoğan M, *Suriyeliler Barometresi 2019; Suriyeliler ile Uyum İçinde Yaşamın Çerçevesi* (Orion Kitabevi, 2020)
- Goodwin Gill GS, 'Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection' in Erika Feller Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* (Cambridge University Press, 2003) 185-252.
- Göçüklü F, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği' (1994) 3(49) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 199-218.
- Huysal B, Şermet B, '6458 Sayılı Kanun Çerçevesinde Haklarında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancılar' in Ayşe Nuhoglu (eds) *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan* (Beta 2014)
- Kuşçu D, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları' (2017) 33(37) DÜHFD 241-284.
- Şirin T, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı* (Avrupa Konseyi, 2018)

Uluslararası Belgeler/International Documents

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.11.1950.

Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137.

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Immigration Detention Fact Sheet, <https://rm.coe.int/16806fbf12> Erişim tarihi 02.03.2022.

UNGA, A/RES/63/184, 18 December 2008, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_63_184.pdf Erişim tarihi 02.03.2022.

UNGA, A/RES/64/166, 19 March 2019, <https://undocs.org/en/A/RES/64/166> Erişim tarihi 02.03.2022.

UNGA, A/RES/67/172, 20 December 2012, <https://undocs.org/en/A/RES/67/172> Erişim tarihi 02.03.2022.

Kanunlar/Laws

T.C. Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, RG: 9.11.1982/17863

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/28615

Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5683, Kabul Tarihi: 15.7.1950, RG 24.7.1950/7564

Mahkeme Kararları/ Court Orders

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları/ Decisions of the European Court of Human Rights

A.B. and others v. France App no.11593/12 (ECHR, 12 July 2016)

Abdolkhani and Karimnia and Others v. Turkey App no 30471/08 (ECHR, 22 September 2009)

Ahmadpour v. Turkey App no 12717/08 (ECHR 15 June 2010)

A. and Others v. the United Kingdom (GC) App no 3455/05 (ECHR 19 February 2009)

Azimov v. Russia, App no 67474/11 (ECHR 18 April 2013)

Bejaoui v. Greece App no 23916/94 (ECHR Commission 06 April 1995)

Bordovskiy v. Russia, App no 49491/99 (ECHR 8 February 2005)

Bozano v. France, App no 9990/82, (ECHR Commission 15 May 1984)

Dbouba v. Turkey App no 15916/09 (ECHR 13 July 2010)

Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom App no 12244/86; 12245/86; 12383/86 (ECHR 30 August 1990)

G.B. and Others v. Turkey, App no 4633/15 (ECHR 17 October 2009)

Ilijkov v. Bulgaria App no 33977/96 (ECHR 26 July 2001)

J.N. v. UK App no 37289/12 (ECHR 19 August 2016)

Kaboulov v. Ukraine, App no 41015/04 (ECHR 19 November 2009)

Kane v. Cyprus App no 33655/06 (ECHR 13 September 2011)

Khlaifia and Others v. Italy App no 16483/12 (ECHR 15.12.2016)

Mehmet Hasan Altan v. Turkey App no13237/17 (ECHR 20 March 2018)

Mifsud v. France (GC) App no 57220/00 (ECHR 11 September 2002)

Oravec v. Croatia, App no 51249/11 (ECHR 11 July 2017)

Pantea v. Romania App no 33343/96 (ECHR 3 June 2003)
Popov v. France App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR 19 January 2012)
Saadi v. UK App no 13229/03 (ECHR 29 January 2008)
Scordino v. Italy App no 36813/97 (ECHR 29 March 2006)
Shamayev and Others v. Georgia and Russia App no 36378/02 (ECHR 12 April 2005)
Suso Musa v. Malta App no 42337/12 (ECHR 22 July 2013)
Tehrani and Others v. Turkey, App no 32940/08, 41626/08, 43616/08 (ECHR 13 April 2010)
Vachev v. Bulgaria App no 42987/98 (ECHR 8 July 2004)
Van der Leer v. the Netherlands App no 1509/85 (ECHR 21 February 1990)
Vernillo v. France App no 11889/85 (ECHR 20 February 1991)
Weeks v. the United Kingdom, App no 9787/82, (ECHR 02 March 1987)
X. v. Germany App no 8098/77 (ECHR Commission 13 December 1978)
Yarashonen v. Turkey, App no 72710/11 (ECHR 24 June 2014)
Z.H. v. Hungary App no 28973/11 (ECHR 8 November 2012)

Anayasa Mahkemesi Kararları/ Decisions of the Constitutional Court

Anayasa Mahkemesi, 2013/8810, 18/2/2016
Anayasa Mahkemesi, 2013/8735, 17/2/2016
Anayasa Mahkemesi, 2013/1649, 20.02.2016
Anayasa Mahkemesi, 2013/655, 20/1/2016
Anayasa Mahkemesi, 2013/9673, 21.01.2015
Anayasa Mahkemesi, 2014/18827, 20/12/2017
Anayasa Mahkemesi, 2014/2841, 09.06.2016
Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015
Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30/11/2017
Anayasa Mahkemesi, 2014/15824, 22/09/2016
Anayasa Mahkemesi, 2016/35009, 02/05/2019
Anayasa Mahkemesi, 2017/11905, 21/7/2020
Anayasa Mahkemesi, 2017/21761, 22/7/2020

Diğer Kaynaklar/Other Resources

Göç İdaresi Başkanlığı, GİGM, <https://www.goc.gov.tr/geri-gonderme-merkezleri33> Erişim tarihi 02.03.2022.

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 kuruluştan 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-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 322.

7. Editörlü Kitaplar

Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), *Kitap Adı* (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ⁹Rumeysa Partalçı, 'Türkiye'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Koyduğu Çekincelerin İncelenmesi' in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 5.

8. Makaleler

Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ¹¹Sevin Toluner, 'Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 857, 860.

¹⁴Ayşe Nur Tütüncü, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113, 116.

9. Elektronik Kaynaklar

Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt(Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ¹⁷Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > Erişim Tarihi 27 July 2010.

10. Web Siteleri ve Bloglar

Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (*Web Sitesinin Adı*, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ²¹Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> Erişim Tarihi 19 November 2009

11. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde aşağıdaki örneklerde görüldüğü şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek ⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

...

²⁶Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

²⁷ibid 114-115.

12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek ²⁸Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

³¹Erdem, 'Cinsiyet Farkı' (n 9) 297.

13. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf

a) Türk mahkeme kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek Ankara 3 Sulh Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 1 İdare Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BAM, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BİM, 4558/3543, 11.03.2017.

Danıştay 10 D, 2247/5111, 25.11.2011.

Yargıtay 2 HD, 4558/3543, 11.03.2017.

Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015.

b) Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ilâ 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, ABAD kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek *Omojudi v UK* (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998-VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

14. Kaynakça

Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilmelidir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilmelidir:

Örnek Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th, Beta 2017) 165.

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019).

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Beta 2018).

Tütüncü AN, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113-123.

Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
 - ✓ Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
 - ✓ İstatistik kontrolünün yapıldığı (araştırma makaleleri için)
 - ✓ İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı
 - ✓ Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
 - ✓ Kaynakların OSCOLA 4'e göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış ve telifte bağlı materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Kapak sayfası
 - ✓ Makalenin türü
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
 - ✓ Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
 - ✓ Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni
 - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - ✓ Özetler: 200-250 kelime Türkçe ve 200-250 kelime İngilizce
 - ✓ Anahtar Kelimeler: 3-5 adet Türkçe ve 3-5 adet İngilizce
 - ✓ Makale Türkçe ise, 800-1000 kelime İngilizce genişletilmiş özet (Extended Abstract)
 - ✓ Finansal destek (varsa belirtiniz)
 - ✓ Çıkar çatışması (varsa belirtiniz)
 - ✓ Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - ✓ Kaynaklar
 - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

AIM AND SCOPE

Public and Private International Law Bulletin (PPIL), which is regularly being published by Istanbul University Faculty of Law Research Center of International Law and International Relations since 1981, is an international academic journal. Articles submitted to Public and Private International Law (PPIL) are subject to a double-blind peer-review evaluation system. Public and Private International Law (PPIL) is published twice a year, in June and December. The academic papers requested to be published in Public and Private International Law (PPIL) have to be submitted by the latest April 30th for June issue and October 31st for December issue.

Disciplinary and interdisciplinary academic papers focused on the diverse faces of public and private international law in connection with the basis of justice are being published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL). Therefore, while following public and private international law and international relations issues and publishing related academic papers this journal aims to help academicians studying or making researches in the same field.

Besides academic articles on public international law and private international law, book reviews regarding the same subjects and evaluations of related court decisions are published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL).

Mainly preferred topics of (a) public international law and (b) private international law in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL) are listed below.

(a) Public International Law

1. International Law (in general, i.e., History, Philosophy, Theory, Sources, Subjects of International Law; The Relations of International and National laws)
2. International Law Personality, Recognition of States and Governments
3. Territorial Sovereignty and State Jurisdiction
4. International Transactions: Unilateral Acts and The Law of Treaties
5. International Peace and Security Law and Use of Force
6. International Human Rights Law
7. International Environmental Law
8. International Humanitarian Law (Armed Conflicts Law)
9. International Organizations Law
10. International Law of the Sea
11. International Economic Law
12. State Responsibility
13. International Criminal Law
14. International Refugees Law
15. Peaceful Settlement of International Disputes (Diplomatic and Judicial Means)
16. International Air and Space law
17. Transboundary Waters and Aquifer (groundwaters) Law

(b) Private International Law:

1. General Principles of Private International Law
2. International Procedure Law
3. Conflict of Laws Rules
4. International Investment Law
5. Law on Aliens (i.e., Social Rights, Property Rights, Right to Education)
6. Citizenship Law
7. International Jurisdiction
8. Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements and Foreign Arbitration Awards
9. International Family and Child Law
10. International Contracts Law
11. Alternative Dispute Resolutions
12. International Commercial Arbitration
13. Migration Law

Intersecting topics of these two areas such as immigration and refugee law, investment law are also being subject to interdisciplinary legal reviews.

EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

Publication Policy

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

General Principles

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor hands over the papers matching the formal rules to at least two national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the authors in accordance with the referees' claims. Changing the name of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors. Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

Copyright Notice

Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International license (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) and grant the Publisher non-exclusive commercial right to publish the work. CC BY-NC 4.0 license permits unrestricted, non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Open Access Statement

Public and Private International Law Bulletin is an open access journal which means that all content is freely available without charge to the user or his/her institution. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author.

The articles in Public and Private International Law Bulletin are open access articles licensed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.en/>)

Article Processing Charge

All expenses of the journal are covered by the Istanbul University. Processing and publication are free of charge with the journal. There is no article processing charges or submission fees for any submitted or accepted articles.

Peer Review Process

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by Editor-in-Chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope. Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors and ensures a fair double-blind peer review of the selected manuscripts.

The selected manuscripts are sent to at least two national/international referees for evaluation and publication decision is given by Editor-in-Chief upon modification by the authors in accordance with the referees' claims.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers' judgments must be objective. Reviewers' comments on the following aspects are expected while conducting the review.

- Does the manuscript contain new and significant information?
- Does the abstract clearly and accurately describe the content of the manuscript?
- Is the problem significant and concisely stated?
- Are the methods described comprehensively?
- Are the interpretations and conclusions justified by the results?
- Is adequate references made to other Works in the field?
- Is the language acceptable?

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees is important.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

Public and Private International Law Bulletin is committed to upholding the highest standards of publication ethics and pays regard to Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing published by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), and the World Association of Medical Editors (WAME) on <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

All parties involved in the publishing process (Editors, Reviewers, Authors and Publishers) are expected to agree on the following ethical principles.

All submissions must be original, unpublished (including as full text in conference proceedings), and not under the review of any other publication synchronously. Each manuscript is reviewed by one of the editors and at least two referees under double-blind peer review process. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are unethical behaviors.

All manuscripts not in accordance with the accepted ethical standards will be removed from the publication. This also contains any possible malpractice discovered after the publication. In accordance with the code of conduct we will report any cases of suspected plagiarism or duplicate publishing.

Research Ethics

The journal adheres to the highest standards in research ethics and follows the principles of international research ethics as defined below. The authors are responsible for the compliance of the manuscripts with the ethical rules.

- Principles of integrity, quality and transparency should be sustained in designing the research, reviewing the design and conducting the research.
- The research team and participants should be fully informed about the aim, methods, possible uses and requirements of the research and risks of participation in research.
- The confidentiality of the information provided by the research participants and the confidentiality of the respondents should be ensured. The research should be designed to protect the autonomy and dignity of the participants.
- Research participants should participate in the research voluntarily, not under any coercion.
- Any possible harm to participants must be avoided. The research should be planned in such a way that the participants are not at risk.

- The independence of research must be clear; and any conflict of interest or must be disclosed.
- In experimental studies with human subjects, written informed consent of the participants who decide to participate in the research must be obtained. In the case of children and those under wardship or with confirmed insanity, legal custodian's assent must be obtained.
- If the study is to be carried out in any institution or organization, approval must be obtained from this institution or organization.
- In studies with human subject, it must be noted in the method's section of the manuscript that the informed consent of the participants and ethics committee approval from the institution where the study has been conducted have been obtained.

Author Responsibilities

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. And authors must ensure that submitted work is original. They must certify that the manuscript has not previously been published elsewhere or is not currently being considered for publication elsewhere, in any language. Applicable copyright laws and conventions must be followed. Copyright material (e.g. tables, figures or extensive quotations) must be reproduced only with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

All the authors of a submitted manuscript must have direct scientific and academic contribution to the manuscript. The author(s) of the original research articles is defined as a person who is significantly involved in "conceptualization and design of the study", "collecting the data", "analyzing the data", "writing the manuscript", "reviewing the manuscript with a critical perspective" and "planning/ conducting the study of the manuscript and/or revising it". Fund raising, data collection or supervision of the research group are not sufficient roles to be accepted as an author. The author(s) must meet all these criteria described above. The order of names in the author list of an article must be a co-decision and it must be indicated in the Copyright Agreement Form. The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study must take place in the acknowledgement section. Individuals providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support are examples to be indicated in acknowledgement section.

All authors must disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor to provide retractions or corrections of mistakes.

Responsibility for the Editor and Reviewers

Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors. He/ She provides a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication and ensures that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

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: <i>Sorumlu Yazar:</i>	
---	--

University/company/institution	<i>Çalıştığı kurum</i>	
Address	<i>Posta adresi</i>	
E-mail	<i>E-posta</i>	
Phone; mobile phone	<i>Telefon no; GSM no</i>	

The author(s) agrees that:
The manuscript submitted is his/her/their own original work and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. İSTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work.
The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights.
I/We indemnify İSTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article.
I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements and does not contain material or instructions that might cause harm or injury.
This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder
Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını,
Tüm yazarların bu çalışmaya aslı olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını,
Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını,
Makalenin başka bir yerde basılmadığını veya basılmak için sunulmadığını,
Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara ait olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.
Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işverenin telif dâhil patent hakları, fikri mülkiyet hakları saklıdır.
Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslarca vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz.
Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapılırken kanuna aykırı herhangi bir malzeme ve yöntem kullanılmadığını taahhüt ederim/ederiz.
Bu Telif Hakkı Anlaşması Formu tüm yazarlar tarafından imzalanmalıdır/onaylanmalıdır. Form farklı kurumlarda bulunan yazarlar tarafından ayrı kopyalar halinde doldurularak sunulabilir. Ancak, tüm imzaların orijinal veya kanıtlanabilir şekilde onaylı olması gerekir.

Responsible/Corresponding Author: <i>Sorumlu Yazar:</i>	Signature / İmza	Date / Tarih
	/...../.....

