

# **Public and Private International Law Bulletin**

**Cilt/Volume 43 • Sayı/Number 1**

**Public and Private International Law Bulletin**

**Cilt/Volume: 43 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2023**

**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

ERIH PLUS

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

SOBIAD

**Public and Private International Law Bulletin**  
Cilt/Volume: 43 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2023  
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](http://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 FİĞANMEŞE, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - [inci.figanmese@istanbul.edu.tr](mailto:inci.figanmese@istanbul.edu.tr)  
Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - [gesimsek@istanbul.edu.tr](mailto: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](mailto:minetan@istanbul.edu.tr)  
Arş. Gör. Dr. Enver ARIKOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İstanbul, Türkiye - [enar@istanbul.edu.tr](mailto:enar@istanbul.edu.tr)

### Yönetici Editör / Managing Editor

Arş. Gör. Dr. Verda Neslihan AKÜN, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - [vnakun@istanbul.edu.tr](mailto:vnakun@istanbul.edu.tr)

### Alan Editörleri / Section Editors

Doç. Dr. Ayşe Yasemin AYDOĞMUŞ GISOLDI, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - [yasemin.aydogmus@istanbul.edu.tr](mailto:yasemin.aydogmus@istanbul.edu.tr)  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Elif ULUSU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - [eulusu@istanbul.edu.tr](mailto:eulusu@istanbul.edu.tr)  
Arş. Gör. Dr. Elif BAŞKARACAOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - [ebaskara@istanbul.edu.tr](mailto:ebaskara@istanbul.edu.tr)  
Arş. Gör. Dr. Nebile Pelin MANTI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - [npmanti@istanbul.edu.tr](mailto:npmanti@istanbul.edu.tr)

### Tanıtım Yöneticisi / Publicity Manager

Arş. Gör. Ahmet TOKAT, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - [ahmettokat@yahoo.com](mailto:ahmettokat@yahoo.com)

### Dil Editörleri / Language Editors

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye - [alan.newson@istanbul.edu.tr](mailto:alan.newson@istanbul.edu.tr)  
Rachel Elana KRISS, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye - [rachel.kriss@istanbul.edu.tr](mailto:rachel.kriss@istanbul.edu.tr)

## YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

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

## İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

### ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Türkiye is a Party of Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Çerçevesinde En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Anlaşma Hükümlerine Teşmili..... Bilgin Tiryakioğlu	1
Refakatsiz Çocukların Hukuki Temsili: Seçilmiş Avrupa Ülkeleri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme Legal Representation of Unaccompanied Minors: An Assessment in Terms of Türkiye and Selected European Countries..... Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden	37
Geçici Koruma Statüsü Sahiplerinin Teminat Yatırma Yükümlülüğüne İlişkin Adana Bölge Adliye Mahkemesi Kararının İncelenmesi A Review of the Regional Court Decision Regarding the Exemption of Temporary Protected Status Holders in Türkiye from Cautio Judicatum Solvi ..... Cemre Tüysüz	85
Etkili Vatandaşlık İlkesi ile Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Programları Üzerine Bazı Düşünceler Some Thoughts on the Principle of Effective Nationality and Citizenship Through Investment Programs..... Didem Kayalı	105
Uluslararası Hukukta Ekonomik Yaptırımların Hukuka Uygunluğu ve Etkinliği Sorunu Questioning the Legality and Effectiveness of Economic Sanctions in International Law..... Cenk Keskin	139
(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Kararları Işığında) 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Çocuğun Üstün Yararı Applying the Principle of Best Interests to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Light of the Decisions of the European Court of Human Rights and of Turkish Courts ..... Özlem Canbeldek Akın	177
Güncel Bir Yargı Kararı Işığında Tahkim İradesi ve Yorumu Consent to Arbitration; Interpretation It in Light of an Actual Judicial Decision..... Burak Huysal	211
Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi The Discretionary Power of the Administration in Acquiring Turkish Citizenship Through Marriage ..... Merve Acun Mekengeç	233
Incorporation of Rules Governing the Enforcement of Prison Sentences Imposed by the International Criminal Court ICC: An African Perspective Uluslararası Ceza Mahkemesi Tarafından Hükmedilen Hapis Cezalarının İnfazına İlişkin Kuralların İç Hukuka Aktarılması: Bir Afrika Perspektifi ..... Etienne Kentsa	285
Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması Application of the Principle of Non-Refoulement Within the Context of the European Convention on Human Rights ..... Ceren Karagözoğlu	313
Postcolonial Approaches to International Human Rights Law: The TWAIL Case Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna Postkolonyal Yaklaşımlar: TWAIL Örneği ..... Elif Çağla Yıldız	353
Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk Law Applicable to Foreign Service Contracts ..... Sibel Özel	371
Uluslararası Hukuk Komisyonunun Değişimi: İşlevsel ve Yapısal Denge Arayışı Evolution of the International Law Commission: Pursuit of Functional and Structural Balance ..... Habip Ünyılmaz	409





# Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

## Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Türkiye is a Party of

Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Çerçevesinde En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Anlaşma Hükümlerine Teşmili

Bilgin Tiryakioğlu\*

### Abstract

Bilateral investment treaties (BITs) pave the way for international investment arbitration for investors and play a crucial role in the settlement of investment disputes. In 63 years, 2871 BITs have been signed between States and 2231 of them have entered into force since the first BIT concluded between Germany and Pakistan in 1959. This alone reveals the importance of BITs in terms of the disputes arising from investment and their settlement through arbitration. Almost every BIT contains most favored nation (MFN) clause as a standard of treatment. However, the applicability of MFN clauses to procedural provisions of a BIT has been a controversial issue since 2000 when an ICSID tribunal's award was rendered in the Maffezini case. Following the Maffezini case, conflicting arbitral awards have become the centre of attention as to the scope of MFN clauses in terms of whether they could be extended to dispute resolution provisions. One of the main reasons leading to this controversy is that the BIT provisions regarding MFN clauses as well as dispute resolution provisions have not been formulated in a clear and unambiguous manner. Accordingly, different arbitral tribunals have interpreted BIT provisions differently regarding the extension of MFN clauses to dispute resolution provisions. This problem has had an impact all over the world and has led a radical shift both for arbitral awards that have been rendered by investment tribunals and BIT practices of almost all countries. MFN clauses no longer cover dispute resolution provisions of BITs that have been signed by Turkey since 2010.

### Keywords

Dispute Resolution Provision, Investment Arbitration, Bilateral Investment Treaties, Icsid Arbitration, Most Favoured Nation Clause

### Öz

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine (YKTK) ilişkin anlaşmalar yatırımcılara yatırım tahkimi yolunu açmakta ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde çok kritik bir rol üstlenmektedir. 1959 yılında Almanya ve Pakistan arasında ilk ikili yatırım anlaşmasının imzalanmasından sonra geçen 63 yılı içinde 2871 anlaşma imzalanmış ve bunlardan 2231'i yürürlüğe girmiştir. Sadece bu sayı bile yatırım uyuşmazlıkları ve bunların tahkim yoluyla çözümü bakımından ikili yatırım anlaşmalarının önemini ortaya koymaktadır. Yatırımlara uygulanacak muamele standardı olarak en çok gözetilen ulus kaydı neredeyse bütün YKTK anlaşmalarında yer almaktadır. Bununla beraber bu kaydın anılan anlaşmalarının usul hükümlerine uygulanıp uygulanmayacağı 2000 yılında Maffezini davasında verilen ICSID kararından bu yana tartışılmaktadır. Maffezini davasından sonra uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler bakımından en çok gözetilen ulus kaydının kapsamına ilişkin olarak hakem kurullarının vermiş olduğu birbirleriyle çelişkili kararlar ilgi odağı haline gelmiştir. Bu tartışmalara yol açan temel neden,

\* **Corresponding author:** Bilgin Tiryakioğlu (Prof. Dr.), İhsan Doğramacı Bilkent University, Faculty of Law, Department of International Private Law, Ankara, Türkiye. E-mail: [bilgint@bilkent.edu.tr](mailto:bilgint@bilkent.edu.tr) ORCID: 0000-0001-5574-1525

**To cite this article:** Tiryakioğlu B, "Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Turkey is a Party of" (2023) 43(1) PPIL 1. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1.1174730>



hem en çok gözetilen ulus kaydı hem uyuşmazlık çözümüne ilişkin YKTK anlaşmalarındaki hükümlerin açık ve sınırları belirli bir biçimde kaleme alınmamış olmasıdır. Dolayısıyla, farklı hakem kurulları yorum yoluyla YKTK anlaşmalarındaki en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri kapsayıp kapsamadığına ilişkin farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Birbiriyle çelişen hakem kararları yatırım tahkimi alanında dünya çapında tartışılmış, sonuçta hem hakem kararlarında hem ikili yatırım anlaşmaları uygulamasında önemli değişikliklerin gerçekleşmesine yol açmıştır. Türkiye'nin 2010 yılından başlayarak imzaladığı YKTK anlaşmalarında da bu değişim gözlenmiş ve en çok gözetilen ulus kaydının artık uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri kapsamayacağına ilişkin açık hükümlere yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler**

Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Hükümler, Yatırım Tahkimi, İkili Yatırım Anlaşması, ICSID Tahkimi, En Çok Gözetilen Ulus Kaydı



## Introduction

There is no doubt that bilateral investment treaties (BITs) on the mutual promotion and protection of investments pave the way for investors to resort to international investment arbitration and play a key part in the settlement of disputes. In addition to BITs, which solely address investments, some free trade agreements (FTAs) and other treaties also include provisions for the promotion and protection of investments. These treaties also play an important part in the settlement of investment disputes through arbitration. As of 24 July 2022, 2,871 BITs have been signed and 2,231 have entered into force.<sup>1</sup> The era of BITs has a history of about 63 years that started on 25.11.1959 with the signing of a treaty between Germany and Pakistan<sup>2</sup>. Previously, states protected their mutual commercial interests through friendship, commerce, and navigation treaties, which trace their origins back to the 15th and 16th centuries<sup>3</sup>.

Turkey's era of BITs started on 20.06.1962 with the conclusion of the Federal Republic of Germany – Turkey BIT<sup>4</sup>. After signing this treaty, which is noteworthy as one of the first treaties signed after the BIT era started in the world, Turkey did not sign a BIT with any other state for more than 20 years.<sup>5</sup> In fact, it can be argued that the BIT era started after Turkey signed its second BIT with the United States in 1985<sup>6</sup>. In this period, Turkey signed six BITs up until 1990. Then, in parallel with developments in the world, Turkey took a significant step forward in the promotion of investments by signing another 45 BITs with 45 countries in the 10-year period between 1990-2000. The number of BITs signed between 2000-2010 is 24, one of which is an additional protocol. In the 12-year period from 2010 to the present, 48 BITs have been signed<sup>7</sup>.

1 Professor Dr; İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Faculty of Law, Professor of Law, Private International Law Department, bilgint@bilkent.edu.tr 03122902869

The number of treaties, except BITs, including FTAs, is 424, and 331 of these have entered into force: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> Accessed 24 July 2022. For extensive information on the history of BITs, see Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2008) 17-24.

2 This treaty entered into force on 28.04.1961. The Federal Republic of Germany played an active role in the conclusion of the first BITs. This point is demonstrated by the fact that 14 of the 25 BITs that were signed between 1959 and 1963, were between the Federal Republic of Germany and other states.

3 Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayımlarlı 2003) 161 ff.

4 Treaty Between the Federal Republic of Germany and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Reciprocal Protection of Investments, entered into force on 05.12.1965, OG 27.07.1963/11465.

5 The Treaty is the twelfth among the 2807 BITs signed since these treaties were introduced.

6 Treaty between the United States of America and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, signed on 03.12.1985 and entered into force on 18.05.1990,OG 13.08.1989/20251.

7 Two of these are free trade agreements. The first is the Agreement on Trade in Services and The Agreement on Investment signed between Turkey and the Republic of Korea on 27.02.2015. As of its entry into force on 01.08.2018,OG 14.04.2016/29684, this agreement has replaced the 1991 BIT with the same country: Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Republic of Turkey and the Republic of Korea (OG 02.05.1994/21922). The second treaty is the free trade agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Singapore which was signed on 14.11.2015. Since the treaty has entered into force on 01.10.2017 (n 7), it has replaced the BIT with the Republic of Singapore that was signed in 2008 (OG 19.02.2010/27498).

Based on this information, it can be said that Turkey experienced a very productive period in terms of BITs in the 90s and in the post-2010 period<sup>8</sup>. Throughout this process, Turkey signed new treaties with 13 countries<sup>9</sup> to replace the old BITs it had previously concluded. According to recent data from UNCTAD<sup>10</sup>, the Republic of Turkey has signed 138 BITs with other countries for the mutual protection and promotion of investments, 82 of which are in force, and 15 have been terminated for various reasons.<sup>11</sup>

At first glance, it appears that BITs contain similar provisions on numerous matters. Even when only the BITs to which Turkey is a party to are evaluated -especially in the BITs concluded in the same period-, similar provisions that are almost identical are noteworthy. MFN clauses and dispute settlement provisions that are the subject of this study have been drafted with a new approach in the BITs that Turkey has signed since 2010.

Since the first BIT was signed in 1959, the seemingly insignificant differences in the provisions of these treaties, including dispute settlement provisions, have led to a variety of outcomes that cannot be overlooked<sup>12</sup>. BIT provisions which lead to such different outcomes, gave rise to intense debate about the scope of the MFN clauses of BITs. The reason for the debates is that arbitral tribunals interpret the scope of the MFN clause and the content of the dispute settlement provisions in different ways when investors rely on the MFN clause to ensure the application of a third-party treaty's provision that is more favourable to their interests. The fact that even the same BIT provision is interpreted differently by different arbitral tribunals and the failure to establish consistent jurisprudence on this issue is considered to be one of the main reasons for the criticisms directed at investment arbitration today<sup>13</sup>.

This article will examine whether the MFN clause in BITs extends to the dispute settlement provisions of other treaties in the context of Turkey's BITs within the framework of different possibilities. Tribunals in both institutional and *ad hoc* international investment arbitration proceedings have been exceedingly faced with the question of extending the MFN clause to the BIT's procedural provisions, and a fundamental change has been observed in the new generation of BITs signed since

---

8 This information was obtained from the data shared by the Ministry of Industry and Technology: <<https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/ytk/a11602>> Accessed 24 July 2022.

9 New BITs were signed with Bangladesh, Belarus, People's Republic of China, Georgia, Kyrgyzstan, Lithuania, Moldova, Uzbekistan, Pakistan, Serbia, Tunisia, Ukraine and Jordan, of which 5 (Georgia, Bangladesh, People's Republic of China, Kyrgyzstan and Uzbekistan) have entered into force.

10 United Nations Conference on Trade and Development.

11 The relevant information was obtained from the table that has been published by <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey>> Accessed 24 July 2022.

12 BITs are therefore not considered to create customary international law: Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımlar* (n 3) 164.

13 For support see Julie A Maupin, 'MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is there Any Hope for a Consistent Approach' (2011) (14) *J Int'l Econ L* 157,160.

2010. In our study, we aim to provide a comprehensive assessment to practitioners and scholars in the field of investment arbitration by addressing the interaction of the MFN clause and the dispute settlement provisions in BITs to which Turkey is a party.

In light of Turkey's BITs<sup>14</sup>, this study will first focus on the MFN clause and its exceptions, and second, it will analyse the dispute settlement provisions of these agreements and reveal their interaction with the MFN clause. The study will conclude with an evaluation of two different approaches known as the *Maffezini* and *Plama* in the investment law doctrine, which demonstrated the interaction between the MFN clause and dispute settlement provisions from different perspectives and the impact of these approaches on investment arbitration practice and on new generation BITs.

## I. The MFN Clause as a Standard of Treatment

### A. Purpose and Formulation of MFN Clauses in BITs

One of the most important objectives of an MFN clause is the principle of non-discrimination<sup>15</sup>, which means that states that are parties to an international treaty agree to accord to each other or to each other's nationals the most favourable treatment in a certain matter that they have accorded or will accord in the future to third states or their nationals<sup>16</sup>.

Nearly all BITs contain traditional standards of national treatment (NT) and MFN, together with relatively new standards of treatments such as fair and equitable, full protection, and security that are afforded to investments. The standard of NT is intended to ensure equal treatment between domestic investors and foreign investors; however, it does not prevent foreign investors from being treated more favourably than domestic investors. In other words, the treatment afforded to foreign investors should be at least as much as that provided to domestic investors. In contrast, the MFN clause ensures that there is equal treatment among foreign investors by preventing discriminatory treatment of foreign investors in similar situations. In the event of an investment dispute, investors have the opportunity to rely on the standards of NT or MFN contained in the applicable BIT, depending on whichever is more favourable. It

---

14 Despite the existence of BITs, Turkey has signed FTAs with States that have detailed provisions on investment protection. Thus, FTAs containing investment-related provisions between the relevant state and Turkey have replaced BITs. For example, the Turkey-South Korea BIT that got signed on 14.5.1991 (n 7) remained in force until FTA between Turkey and South Korea entered into force on 01.08.2018 (n7).

15 Elif Uzun, 'Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı' (2004) (24) MHB 741, 741-742.

16 Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri Birinci Kitap*, (18<sup>th</sup> edn, Turhan 2019) 92; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, (15<sup>th</sup> edn, Beta 2021) 70; Andreas R Ziegler, 'Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment' in August Reinisch (ed), *Standards of Investment Protection* (Oxford 2008) 60; Stephen Fietta, 'Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?'(2005) 4 IntlALR 131, 132.

should be noted that nearly all BITs that contain NT and MFN standards are drafted in an intertwined manner<sup>17</sup>.

## B. The Scope of the MFN Clause

The parties to an international treaty containing an MFN clause may limit the rights covered by that clause in terms of content or scope<sup>18</sup>. Within these limits, it is generally accepted that if a contracting party to a BIT provides more favourable standards to investors of third-party treaty, foreign investors may use the MFN clause of the applicable BIT to request the same treatment; however, the issue of whether investors can rely on the MFN clause with regard to *all provisions* of the applicable BIT creates heated debates<sup>19</sup>.

In most BITs that Turkey has signed since 2010, the scope of the MFN clause is determined by including the expression *in similar situations* or by listing certain investment-related matters. Although the language in MFN clauses can differ, the BIT examples provided below demonstrate that the scope of MFN clauses includes general limitations and, in many cases even the existence of limitations is controversial.

Article 3 of the Turkey-United Kingdom BIT<sup>20</sup> sets out the situations in which an investor of one of the contracting states shall not be treated less favourably than an investor from third country.

- (1) *Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.*
- (2) *Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards the **management, maintenance, use, enjoyment or***

17 For a similar evaluation, see Pınar Baklaçlı, 'En Çok Gözetilen Ulus Kaydı ve Uyuşmazlık Çözüm Yollarına İlişkin Kurallar' (2009) 5(20) Uluslararası Hukuk ve Politika 59, 62. Article 3(2-3) of the Agreement between the Republic of Turkey and France on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 26.06.2009/272702), which entered into force on 3.8.2009, is one of the hundreds of examples of these two standards being regulated intertwined in the same article. Pursuant to the aforementioned provision,

*"2- Each Contracting Party shall accord to investments, including revenue, made in its territory by investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment in accordance with the principles of international law and shall accord treatment, whichever is more favourable, treatment that is no less favourable than that accorded to investments by its own investors or investors of any third country.*

*3- Each Contracting Party shall accord to an investor of the other Contracting Party within its territory, with respect to its investments and investment-related activities, the treatment accorded to its own investors or to investors of any third country, whichever is more favourable. This rule shall also apply to nationals of a Contracting Party authorised to work in the territory of the other Contracting Party in the framework of professional activities related to an investment".*

18 Uzun, 'En Çok Gözetilen Ulus Kaydı' (n 15) 751.

19 Samet Sevgi, 'En Çok Gözetilen Ulus Kaydının İkili Yatırım Anlaşmalarının Usule İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi: Maffezini Davası' (2020) 8 (1-2) SHD 89, 97. In fact, as Vessel mentioned '*disputes regarding the scope and meaning of MFN clauses are as old as the clause itself*': Scott Vessel, 'Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties' (2007) 32 The Yale Journal of International 125, 126.

20 Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Turkey for the Promotion and Protection of Investments (OG 09.05.1996/22631).

*disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.*

The Turkey-Lithuania BIT<sup>21</sup> limits the scope of the MFN clause by using the expression *in similar situations*. This limitation reflects the principle behind the MFN clause, which is expressed in Latin as “*ejusdem generis*”<sup>22</sup>, meaning “of the same kind”<sup>23</sup>:

*“1. Each Party shall permit in its territory investments, and activities associated therewith, on a basis no less favourable than that accorded in similar situations to investments of investors of any third country, within the framework of its laws and regulations.*

*2. Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable.”*

In the vast majority of BITs signed by Turkey since the 1990s and up to 2010, the MFN clause was drafted in accordance with the *ejusdem generis* principle<sup>24</sup>. However, most MFN clauses do not provide a clear expression as to whether the contracting

21 Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Lithuania Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 05.07.1997/23040). The two countries have signed a new BIT that has not entered into force yet. <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3831/lithuania---turkey-bit-2018->> Accessed 24 July 2022.

22 1. The International Law Commission (ILC) has stated with regard to Article 9(1) of the Draft Articles on MFN clauses that “*Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject-matter of the clause*”, confirming the principle of *ejusdem generis*. See Draft Articles on MFN clauses with commentaries, text adopted by the International Law Commission at its thirtieth session (1978) 2(2) Yearbook of the International Law Commission 27.

23 Baklaci (n 17) 63.

24 For examples of BITs that contain similar limitations, see Article 3 of the United States-Turkey BIT (n 6); Article 3 (1-2-3) of the Agreement Between the Republic of Austria and the Republic of Turkey on the Mutual Promotion and the Protection of Investments (OG 10.02.1991/20782); Article 3(2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and the Kingdom of Denmark Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 27.05.1992/21240); Article 2(1-2) of the Agreement Between the People’s Republic of China and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 01.05.1994/21921); Article 3(2) of the UK-Turkey (n 20); Article 2(1-2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and the Republic of Tunisia Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 03.01.2003/24982); Article 3(1-2) of Turkey-Poland BIT (n 24); Article 2(2) and 3(1) of the Agreement Between Japan and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 16.01.1991/21467); Article 2(1-2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and Turkmenistan Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 15.01.1995/22172); Article 2(1) of Turkey-Albania Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 27.06.1996/22679); Article 2(1-2) of the Agreement between the Hashemite Kingdom of Jordan and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 17.11.2005/25996); Article 2(1-2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and Republic of Moldova Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 12.01.1997/22875); Article 3(1-2) of the Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Italian Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 08.07.2004/25516); Article 3(1-2) of the Agreement Between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 02.09.1998/23451M); Article 3(1-2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and the Republic of Estonia Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 02.02.1999-23599); Article 2(1-2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and the Republic of Cuba Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 15.09.1999/23187); Article 2(1-2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and the Republic of Philippines Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 22.07.2005/25883); Article 3(1-2) of the Agreement Between the Slovak Republic and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 24.08.2013/28745); Article 2(1-2) of the Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Malta Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 08.07.2004/25516); Article 3(1-2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and the Republic of Slovenia Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 04.09.2005/25926); Article 3(1-2) of the Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Kingdom of Bahrain Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 03.07.2010/27630); Article 2(1-2) of the Agreement Between the Czech Republic and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 15.01.2012/28174).

parties intended the clause to apply to dispute settlement provisions. Therefore, such general limitations do not guarantee that the MFN clause will not be utilised to invoke dispute settlement provisions of a third-party treaty. As will be presented in Part (III) of this study, investment tribunals interpret MFN clauses differently and reach divergent conclusions.

Although it does not reflect general tendency, some BITs signed by Turkey until 2010 contain MFN clauses that do not impose any limitations. Article 4 of the Republic of Turkey-Finland BIT<sup>25</sup> stands out as a very comprehensive provision. The first paragraph of Article 4 clarifies that the MFN clause does not have any limitations:

*“1. Each Contracting Party shall accord to investments of investors of the other Contracting Party full security and protection, which in any case shall not be less than that accorded to investments of investors of any third State. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”*

As Part (III) of this study will demonstrate, regardless of how comprehensively drafted, the MFN clauses mentioned above do not resolve the debate of whether they cover dispute settlement provisions or not.

### C. Exceptions

It should be noted that States traditionally have two exceptions to the MFN clause, regardless of whether it has a narrow or a wide scope: the MFN clause cannot be utilised to invoke provisions of third-party double taxation treaties, nor can it be used to invoke more favourable provisions of regional cooperation, economic cooperation, and customs union treaties. Some BITs, such as the United Kingdom-Turkmenistan BIT, do not include such exceptions and even contain language that requires the MFN clause to be applied to *all provision of the applicable BIT*, including its dispute settlement provision<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Agreement Between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 26.01.2006/26061).

<sup>26</sup> While Article 3 of the Treaty includes the MFN and NT treatments, the last paragraph of the Article states that the provisions of this Article shall apply to Articles 1-11 of the Treaty. Given that Article 8 of the Treaty addresses dispute settlement, it is clear that the MFN clause covers dispute settlement provisions. Article 3(3) of the Treaty provides as follows: *“For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement”*. See Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Turkmenistan for the Promotion and Protection of Investments <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2360/download>> Accessed 24 July 2022. The same provision is also found in the United Kingdom-Honduras BIT. See Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Honduras for the Promotion and Protection of Investments <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1511/download>> Accessed 24 July 2022. It is acknowledged that such a provision does not contain any ambiguity in terms of the MFN clause, and there is no doubt that this provision will also apply to dispute settlement provisions: Paul D Friedland, ‘The Scope of Most Favoured Nation Treatment Under the Energy Charter Treaty’ in Graham Coop and Clarisse Ribeiro (eds), *Investment Protection and The Energy Charter Treaty* (JurisNet 2008) 103; Anthony C Sinclair and Lucia Ramia, Lucia, ‘MFN Treatment and the Adjudication of Investment Disputes’(2009) 21(2) National Law School of India Review 15, 118; Baklaçı (n 17) 67.

Turkey's Model BITs reveal its progress with regard to whether MFN clauses can be extended to procedural provisions<sup>27</sup>. Although model BITs are not binding, they indicate a state's approach to BITs<sup>28</sup>. Turkey's 1999 Model BIT<sup>29</sup> illustrates the traditional exceptions to MFN clauses in Article 3(4) as follows:

*"The provisions of this Article shall have no effect in relation to following agreements entered into by either of the Parties:*

*(a) relating to any existing or future customs unions, regional economic organization or similar international agreements,*

*(b) relating wholly or mainly to taxation."*

Although Article 4(3) of Turkey's 1999 Model BIT has been modified in some BITs, it has been exactly reiterated in most BITs<sup>30</sup> so that the MFN clause was mainly limited with these two exceptions until 2010<sup>31</sup>. However, the majority of Turkey's BITs after 2010 include an additional exception that MFN clauses cannot be extended to procedural provisions of third-party treaties<sup>32</sup>.

#### **D. The Extension of the MFN Clause to Procedural Provisions**

In investment arbitration practice, there has been less controversy over whether a BIT allows investors to use an MFN clause to invoke more favourable *substantive* provisions contained in a third-party treaty<sup>33</sup>. In spite of its substantive nature, covering the umbrella clause by an MFN are still controversial. Controversy remains when a BIT does not contain provisions specifying whether the MFN standard applies to the *procedural provisions* of a third-party treaty. In this respect, the determining factor is the part of the dispute resolution provision in the applicable BIT that an investor refrains from<sup>34</sup>.

27 As far as we could identify, the initial text of Turkey's model BIT in 1999 was updated in 2009. The English texts of these two model treaties have been published: For the text of the Turkish Model Bilateral Investment Treaty May 2009 see <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2852/download>> accessed 24 July 2022. Texts that have subsequently been updated have not been published. Texts that have not been officially published are considered as "draft model": For detailed information see Banu Şit Köşgeroğlu, 'Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı' (2013) 107 TBB Dergisi 143,149.

28 As of early 2000, there has been a significant increase in the number of states using draft models to negotiate BITs. For further information on the reasons for this increase, see Köşgeroğlu (n 27) 148.

29 Article 4 of the Draft BIT is as follows:

*"The provisions of this Article shall have no effect in relation to following agreements entered into by either of the Parties:*

*(a) relating to any existing or future customs unions, regional economic organization or similar international agreements, (b) relating wholly or mainly to taxation."*

30 The exceptions are drafted exactly as in the draft model in Article 2(4) of the Agreement between the Republic of Turkey and the Hellenic Republic Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 01.08.2001/24480).

31 See also Article 3(3) Turkey-Bahrain BIT (n 24).

32 For a similar assessment, see İnci Ataman Fıganmeşe, 'The Impact of the *Maffezini* Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties' (2011) 8(2) Ankara Law Review 221, 226.

33 For example, in *Bayindir v Pakistan*, the ICSID arbitral tribunal upheld the claimants' invocation of third-party dispute settlement provisions via MFN clauses in the Turkey-Pakistan BIT, which did not include standard of fair and equitable treatment: *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan*, 231 ICSID Case No ARB/03/29 <<http://www.italaw.com/cases/131>> Accessed 24 July 2022.

34 Friedland (n 26) 108-109.

As will be discussed in detail in Part (III) of this study, the award rendered in *Maffezini v Spain*<sup>35</sup>, which will be referred to as the *Maffezini* approach, was one of the important milestones in the process that influenced States to narrow the scope of MFN clauses in their BITs. The *Maffezini* approach has been adopted in some subsequent awards and rejected in others. Thus, divergent approaches in relation to the extension of the MFN clause to procedural provisions have become the focus of discussions due to the different interpretations of BIT provisions<sup>36</sup>. The essential question is whether or not jurisdiction can be established by invoking the MFN clause to rely on a more favourable dispute resolution provision of any third-party treaty, when the requirements for jurisdiction have not been fulfilled according to the applicable BIT<sup>37</sup>.

With the influence of the *Maffezini* approach and the subsequent debates, it can be observed that BITs concluded after 2010 started to introduce provisions preventing the extension of the MFN clause to the procedural provisions of the third-party treaty. Thereby, the debate as to whether the MFN clause can be used to establish jurisdiction that is not provided for in the applicable BIT has been put to an end.

### E. The Approach Adopted in BITs That Türkiye Concluded after 2010

The BITs that Turkey has concluded since 2010 clearly demonstrate that the MFN clauses contain an additional exception that explicitly stipulates that the MFN standard will not extend to procedural and/or dispute settlement provisions of a third-party treaty. This is the reflection of Article 3(4) of the 2009 Turkish model BIT that introduced the following provision:

*“Paragraphs 1 and 2 of this Article do not apply in respect of procedural rights laid down simultaneously by this Agreement and by another similar international agreement to which one of the Contracting Parties is signatory”.*

Some BITs that have been drafted in accordance with the 2009 Turkish Model BIT have used this exact provision. The Turkey-Kuwait BIT<sup>38</sup> was one of the first BITs that stipulated that the MFN clause cannot be extended to the procedural provisions<sup>39</sup>. Article 3(4) of the Turkey-Kuwait BIT states that *“Paragraphs 1 and 2 of this Article do not apply in respect of procedural rights laid down simultaneously by this Agreement and by another similar international agreement to which one of the Contracting Parties is signatory”.*

35 *Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain*, ICSDD Case No ARB/97/7. See <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>> Accessed 24 July 2022.

36 It is argued that the differences in arbitral awards in relation to the MFN clause do not rise to the level of jurisprudential divergence: August Reinisch, *Maffezini v Spain Case*, 2011 MPEPIL <[https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_deicl/VR/VR\\_Personal/Reinisch/Publikationen/maffezini\\_spain\\_epil.pdf](https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Publikationen/maffezini_spain_epil.pdf)> Accessed 24 July 2022.

37 Fietta (n 16) 131; Reinisch (n 35) 19.

38 Agreement between the State of Kuwait and the Republic of Turkey for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, (OG 20.01.2012/28179).

39 Other BITs that repeat this provision are as follows: Art. 3/4 (c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Senegal Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 27.03.2012/28246); Article 3/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Montenegro Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 05.03.2020/31059).



The majority of the BITs that were signed after 2010 directly use the expression of dispute settlement provisions instead of general expressions such as procedural provisions while limiting the scope of MFN clauses<sup>40</sup>. For example, Art. 3, paragraph 5(c) of the Turkey - Azerbaijan BIT<sup>41</sup> prohibited the extension of the MFN standard to dispute settlement provisions:

*“Paragraphs (1) and (2) of this Article shall not apply in respect of **dispute settlement provisions** between an investor and the hosting Contracting Party laid down simultaneously by this Agreement and by another similar international agreement to which one of the Contracting Parties is signatory.”*

With a few exceptions<sup>42</sup>, numerous BITs that Turkey has signed use the same formulation in BITs that Turkey has signed between 2010 and 2017<sup>43</sup>. In some BITs that have been signed during this period, this exception has been included in the article regarding the settlement of investment disputes of the applicable treaty, rather than in

40 In addition to the BITs, some FTAs concluded by Turkey after 2010 also stipulate that the MFN clause cannot be extended to dispute settlement provisions: paragraph 3 of Article 12.5 of Section 12 of the FTA between the Republic of Turkey and the Republic of Singapore (n 7) and Turkey-Korea FTA (n 7).

41 Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 02.05.2013/28635).

42 For example, Article 3/5(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Socialist Republic of Viet Nam on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 07.06.2017/30089) and Article 5(5) of the Agreement between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the Republic of Turkey on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments contain the following provision: *“For greater clarity, treatment referred to in paragraphs 3 and 4 does not encompass dispute resolution procedures such as those in Article 12 and 14 that are provided for in international treaties or trade agreements.”* As explained below, such a provision has also been included in some BITs concluded by Turkey in later years (2018 and onwards).

43 The treaties are as follows: Article 5(5) of Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the Republic of Turkey on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 22.08.2017/30162), Article 3(4/c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Kingdom of Cambodia on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5833/download> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Mali Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG04.04.2020/31089); Article 4/4(c) of the Agreement between the Republic of Turkey and the Government of the Republic of the Sudan Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 31.12.2016/29935 M); Article 3/5 (d) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Guatemala Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6085/download>> Accessed 24 July 2022; Article 3/5(d) of the Agreement between the Republic of Turkey and the People’s Republic of China Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 01.10.2020/31261 M); Article 4/4(c) of the Agreement Between the Republic of Turkey and Republic of Moldova Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments <<https://www5.timm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss245.pdf>> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 24.04.2022/31819); Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Djibouti Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 05.03.2020/31059); Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Guinea Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 07.06.2017/30089 M); Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Benin Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 05.06.2017/30087 M); Article 6/1 of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Ghana for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 04.04.2020/31089); Article 4/4(b) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Gambia on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG06.06.2017/30088 M); Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Gabonese Republic Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1307/download>> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Islamic Republic of Pakistan Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 07.07.2017/30117 M); Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Cameroon Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 07.06.2017/30089 M); Article 3/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Peoples Republic of Bangladesh Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 10.05.2019/30770 M); Article 3/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the United Republic of Tanzania Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 25.07.2013/28718 M); Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Mauritius Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6101/download>> Accessed 24 July 2022.

the provisions on standards of treatment probably because these treaties are not based on one of Turkey's Model BITs. For example, the Turkey-Nigeria BIT<sup>44</sup> includes the exception that dispute settlement provisions would fall outside the scope of the MFN clause in Article 11 regarding the settlement of investment disputes and not in Article 5 addressing standards of treatment. Article 11(6) introduced the following provision:

*“Paragraphs (1) and (2) of Article 5 (Treatment of Investments) shall not apply in respect of dispute settlement provisions between an investor and the host Contracting Party laid down simultaneously by this Agreement and by another similar international agreement to which one of the Contracting Parties is signatory”<sup>45</sup>.*

Based on the provisions of some BITs that have been signed after 2016, we believe that the text of the “2016 Turkish Model of Bilateral Investment Treaty”<sup>46</sup> has been effective. Indeed, the following provision is repeated verbatim in some BITs that Turkey has signed since 2016<sup>47</sup>.

*“Most Favoured Nation treatment referred to in paragraph (1) does not include treatment accorded to investors of a non-contracting Party and their investments by provisions concerning the settlement of investment disputes provided for in this Agreement or in other international agreements concluded between a Party and a non-contracting Party.”*

Provisions in the BITs that Turkey signed after 2017 also exclude dispute settlement provisions from the scope of the MFN clause. We assume that those BITs probably are based on updated model BIT of Turkey in 2020. Paragraph (c) of Article 4(4) of the latest Model BIT, which we could not ascertain to have been published to date, contains the following provision: *“For greater certainty, the most favoured nation treatment referred to in paragraphs 1 and 2 of this Article does not include investor-to-state dispute settlement procedures or mechanisms, such as those included under Article*

44 Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Federal Republic of Nigeria Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG11.10.2012/28438).

45 Article 9, paragraph 8 of the Agreement between the Government of the Republic of Kenya and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, which was signed on 08.04.2014 but has not yet entered into force, also includes the exception that the MFN clause shall not apply in terms of dispute settlement in the dispute settlement provision. See <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5543/download>> Accessed 24 July 2022.

46 UNCTAD, *Investment Policy website refers to this draft model without specifying its content*: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>> Accessed 24 July 2022.

47 Article 4(3)(c) of the Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Georgia Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 01.06.2021/31498) <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6106/download>> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) of the Agreement between the Hashemite Kingdom of Jordan and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6097/download>> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6080/download>> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) Agreement between the Government the Republic of Turkey and the Government of of the Republic of Burundi Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5838/download>> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) Agreement between the Government the Republic of Turkey and the Government of of the Republic of Côte d'Ivoire Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5841/download>> Accessed 24 July 2022.

10, that are provided for in other international treaties". With a few exceptions<sup>48</sup>, this provision has been included in recent BITs signed after 2017<sup>49</sup>.

Although it can contain different expressions or be worded differently, Turkey has adopted essentially the same approach in almost all BITs signed after 2010: the MFN provision cannot be extended to provisions regarding the settlement of investment disputes. With the inclusion of such clear provisions, the issue which caused debate in the past in the practice of international investment arbitration has been largely eliminated<sup>50</sup>.

## II. Dispute Settlement Provisions

Dispute settlement provisions of investment treaties are of vital importance for an investor who believes that their rights and interests are better protected by recourse to international arbitration than by submission of disputes to domestic courts. In fact, a mechanism in which investors have no choice but to resort to the host state's courts for the settlement of an investment dispute would have a negative impact on investment flows. As safeguard for investors, BIT provisions that allow international arbitration for resolving investment disputes<sup>51</sup> serve as a gateway to the incentives and protection afforded to investors by BITs.<sup>52</sup>

48 Article 4/4(c) of the Agreement between the Republic of Turkey and the Kyrgyz Republic Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 16.08.2019/30860 M); Article 4/5 of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Serbia Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6130/download>> Accessed 24 July 2022 and 4/3(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Uzbekistan and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 02.04.2020/31087) are similar to the provision in ten Turkish draft model.

49 Article 4/4(c) Agreement between the Government of Burkina Faso and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6087/download> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Islamic Republic of Mauritania Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6100/download> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the State of Palestine Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6105/download> Accessed 24 July 2022; Article 4/4(c) of the Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Belarus Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5981/download> Accessed 24 July 2022; Article 5/8 (c) of the new BIT between Lithuania and Turkey (n.21); Article 4/4 (c) of the Agreement between the Government of the Republic of Chad and the Government of the Republic of Turkey on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6088/download> Accessed 24 July 2022>.

50 Although there are two clear exceptions to the MFN clause in BITs concluded in the past, it is observed that different arbitral tribunals have applied the Vienna Convention on the Law of Treaties (Art. 31-33) in their interpretation of BITs, but have nevertheless reached different conclusions. For the Turkish text of the Vienna Convention on the Law of Treaties signed on May 23, 1969, see <<http://www.turkishgreek.org/kuetuephane/item/140-viyana-andlasmalar-hukuku-sozlesmesi>> Accessed 26 April 2020. The Convention entered into force on 27.01.1980. 116 states are parties to the Convention. Turkey is not a party to the Convention. The Convention is characterized as a codification of customary rules in the field of international law of treaties: Elif Uzun, 'Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması-Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 25. Madde' (2018) 9(2) İnÜHFD 187, 187-188.

51 For an evaluation of the dispute settlement provisions and the arbitration proceedings envisaged in the BITs concluded by Turkey until the 2000s, see Faruk Kerem Giray, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşvikli ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları' (1997) 17(1-2) MHB 217, 223ff.

52 For a similar view Yas Banifatemi, 'The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration' in Andrea K Bjorklund, Ian A Laird and Sergey Ripinsky (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III* (BIICL 2009) 270; Vessel (n 19) 144.

The common characteristic of dispute settlement provisions of BITs and FTAs<sup>53</sup> is to give effect to the protection afforded to investments, however, the way in which these provisions are drafted may differ. Different formulation of dispute settlement provisions may have significance regarding the protection afforded to investments. Divergent provisions are the main reason why third-party dispute settlement provisions via MFN clauses<sup>54</sup> are invoked. Divergence, while strengthening the role of the MFN clause, also fuels controversy in investment arbitration practice. Nevertheless, such a difference will not play any role when the scope of an MFN clause explicitly expressed in applicable BIT<sup>55</sup> and investment tribunals must comply with the boundaries provided in an MFN clause with respect to its scope<sup>56</sup>. It must be noted that all explanations and discussions concerning settlement provisions hereinafter cover BITs that do not explicitly define the scope of MFN clauses. We will analyse dispute settlement provisions below with a twofold distinction in terms of their phases and scope.

### **A. Distinction based on the Tier of Dispute Settlement Clauses**

The dispute settlement provisions generally do not allow the investor to directly resort to arbitration. In an arbitration agreement regarding commercial disputes, parties may also require a preliminary stage before arbitration; however, this does not reflect the general tendency in commercial arbitration. In investment arbitration, stages such as notification of the dispute to the host state, negotiations and/or resorting to amicable solutions, resorting to non-binding third-party procedures and/or to local courts may separately or together be envisaged. Some of these preliminary stages may be drafted as mandatory procedures that must be exhausted prior to arbitration, or they may be optional procedures.

#### **1. Stages and Cooling-off Period After the Notice**

What is common to the dispute settlement provisions of almost all BITs is that the host state and the investor are required to meet in good faith/peaceful negotiations to resolve the dispute within the period specified in the same provision.<sup>57</sup> This phase

53 Until the 1990s, trade agreements containing provisions on investments did not have any role in dispute settlement: Köşgeroğlu (n 27) 148.

54 Yusuf Çalışkan, 'ICSID Jurisdiction: *Whose Dictionary Will be Used for the Definition of Investment and the Scope of Consent*' in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu (eds), *Foreign Investment Law* (Seçkin 2016) 99-100.

55 See also Vessel (n 19) 18; Baklacı (n 17) 74-76.

56 *Banifatemi*, argues that unless otherwise explicitly stated when determining the scope of the MFN clause, there would be no reasonable explanation for not invoking this clause for dispute settlement provisions, however, in the event that there exists an explicit limitation on this issue, it should be respected: *Banifatemi* (n 52) 271.

57 For example, Article 7 of Turkey-Bahrain BIT (n 24); Turkey-Estonia BIT (n 24) and Agreement Between the Republic of Turkey and the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 04.05.2000/24039); Article 8 of Czech Republic-Turkey BIT (n 24); Article 8 of the Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Kingdom of Morocco for the Promotion and Protection of Investments (OG 04.05.2004/25452); Article 9 of the Agreement Between the Republic of Turkey and the United Arab Emirates Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 15.06.2011/27965).

is called the cooling-off period<sup>58</sup>. In the majority of BITs, this period starts with the investor's notice to the host state's government<sup>59</sup>. Some BITs can stipulate that the investor will have to apply to the local courts after the lapse of the cooling-off period. In this case, the investor will have to wait for a certain period of time before being able to initiate arbitration proceedings. Although the cooling-off period, which starts to run after the notification by the investor, and the periods foreseen for the following processes may seem like a formality at first glance, this is not the case. The consequences attached to these periods are crucial in terms of granting the investor access to arbitration and in the procedural decisions of the arbitral tribunal. For example, in the case of *Maffezini v Spain*, the implications of which will be discussed in Part (III) below, the 6-month cooling-off period in Article 10 of the Argentina-Spain BIT<sup>60</sup> (and the subsequent 18-month period to wait for the final decision by the domestic court) could lead to the rejection of the case on procedural grounds. Thus, the investor utilised the MFN clause in Article 4(2) of the applicable BIT to invoke more favourable dispute resolution provisions of a third-party treaty, and the ICSID tribunal allowed the investor to invoke the provision (which does not impose a cooling-off period) of another BIT to which Spain is a party<sup>61</sup>. As in this case, BITs can sometimes provide for the investor to resort to the courts of the host state within a certain period of time in addition to this step.

The legal character of the cooling-off period mainly depends on the interpretation of the language of the BIT. The reason why some investment tribunals reach divergent conclusions by interpretation on this issue is not only related to the drafting of these provisions, but is also influenced by various factors such as policy considerations and the view of alternative dispute settlement methods<sup>62</sup>. In fact, ambiguous BIT provisions, particularly those relating to dispute settlement, allow tribunals to interpret them in different ways and are therefore considered to be one of the reasons for the lack of uniformity and consistency in investment arbitration awards<sup>63</sup>.

Indeed, some arbitral tribunals view cooling-off periods as a permission given to the parties to enter into good-faith negotiations before the arbitration process is

58 Aravind Ganesh, 'Cooling of Period (investment arbitration)' (2017) 7 MPIL 1, 2.

59 The application is made with a letter that is sent to the host state. In the field of investment arbitration, the process usually starts with this letter, known as a "trigger letter". The letter must contain sufficient details regarding the existence and nature of the dispute. In *Western NIS Enterprise Fund v Ukraine*, the ICSID tribunal pointed out that a proper notification is an essential element of a state's consent to arbitration, as it provides the state with the opportunity to take action through its competent organs, review the situation and perhaps resolve the dispute through mediation (para 5). For the award see <<http://www.italaw.com/cases/1167>> Accessed 24 July 2022.

60 Agreement Between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments <[https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0008%20-%20Argentina-Spain%20\(1991\)%20%5Benglish%20translation%5D%20UNTS.pdf](https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0008%20-%20Argentina-Spain%20(1991)%20%5Benglish%20translation%5D%20UNTS.pdf)> Accessed 24 July 2022.

61 *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain* ICSID Case No ARB/97/7 para 19-64. See <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>> Accessed 24 July 2022.

62 Ganesh (n 58) 11.

63 Serhat Eskiyoörük and Gürkan Çağan, 'Yeni Nesil İki Yanlı Yatırım Anlaşmalarında Güncel Eğilimler' (2021) 19 (220) Legal Hukuk Dergisi 1607,1626.

initiated, as in the case of *Bayindir v Pakistan*<sup>64</sup>, while others, as in the case of *Kılıç v Turkmenistan*<sup>65</sup>, consider the cooling-off period to be mandatory. Other tribunals consider it futile to wait for these periods to pass, whether it is mandatory or not<sup>66</sup>.

Dispute settlement provisions in BITs can be considered to be multi-tiered provisions since the investor's right to resort to international arbitration is subject to the exhaustion of some phases and/or the lapse of the cooling-off period. The tiers differ among different BITs. As in the Turkey-Argentina BIT<sup>67</sup>, the multi-tiered approach is expressly stipulated, while this is not clearly stated in other treaties, such as the Turkey-United Kingdom BIT<sup>68</sup>.

As demonstrated below, Article 8 of the Turkey-Argentina BIT sets forth the cooling-off in a clear and simple manner.

*“(1) Any dispute concerning investment under the terms of this Convention between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably.*

*“(2) If the dispute cannot be settled within six months after it has been raised by either party, it shall, at the request of the investor, be submitted to:”*

The first paragraph of Article 8 of the Turkey-United Kingdom BIT specifies the types of disputes that fall within the scope of this provision by defining the term dispute. In its second paragraph, it makes the application to ICSID arbitration conditional on the parties not having reached a resolution within one year:

*“(2) Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as “the Centre”) for settlement by arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States’, opened for signature at Washington on 18 March 1965 any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former. A company which is incorporated or constituted under the law in force in the territory of one Contracting Party and in which before such a dispute arises, the majority of shares are owned by nationals or companies of the other Contracting Party shall in accordance with Article 25(2)(b) of the Convention be treated for the purposes of the Convention as a company of the*

64 *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan*, para 98 ICSID Case No ARB/03/29 <http://www.italaw.com/cases/131> Accessed 24 July 2022.

65 *Kılıç İnşaat İhale İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan*, para 6.2.7 ICSID Case No ARB/10/1 <<http://www.italaw.com/cases/1220>> Accessed 24 July 2022.

66 For arbitral awards finding that cooling-off periods would be futile, see *Lauder v The Czech Republic*, para 187-191(UNCITRAL) <<http://www.italaw.com/cases/610>> Accessed 24 July 2022; *Conorzio Groupement L.E.S.I. DIPENTA v People's Democratic Republic of Algeria*, para 32(iv), ICSID Case No ARB/03708 <<http://italaw.com/cases/323>> Accessed 24 July 2022; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*, para 184, ICSID Case No ARB/10/13 <http://www.italaw.com/cases/1009> Accessed 24 July 2022, *Ethyl Corporation v The Government of Canada*, para 84, (UNCITRAL) <<http://www.italaw.com/cases/409>> Accessed 24 July 2022.

67 Agreement Between the Republic of Argentina and the Republic of Turkey on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (OG 30.03.1995/22243).

68 UK-Turkey BIT (n 20).

*other Contracting Party. If any such dispute should arise and agreement cannot be reached within one year between the Parties to this dispute through the pursuit of local remedies or otherwise, then, if the national or company affected who consents in writing to submit the dispute to the Centre for settlement by arbitration under the Convention, either party may institute proceedings by addressing a request to that effect to the Secretary-General of the Centre as provided in Articles 28 and 36 of the Convention.”*

The first step of the process, which starts with the notification of the foreign investor, is to resolve the investment dispute by peaceful means, and the time period foreseen for the settlement of the dispute is 6 months in the vast majority of BITs to which Turkey is a party<sup>69</sup>.

## **2. Options Available to the Investor after the Cooling-Off Period**

BITs provide different mechanisms regarding how to proceed if the investment dispute has not been resolved through amicable means (such as good faith negotiation and consultation) during the cooling-off period or if the local court has not rendered a final decision within the specified period of time. Based on these differences, in order to provide systematic convenience, the dispute settlement provisions of BITs are discussed below under four categories.

### **a. Resorting Local Courts as Mandatory Pre-Arbitral Phase**

The provisions of some BITs provide for the investor’s recourse to the courts of the host state as a preliminary stage after the completion of peaceful negotiations, irrespective of whether third-party procedures additionally are provided for in the BIT or not. If this step is stipulated as a mandatory phase, the failure to apply to the host state’s courts will prevent the investor from resorting to international arbitration unless the host state courts *do render a final decision* within a certain period of time. Investors seek to rely on the MFN clause to overcome such dispute settlement provisions which eliminate the most fundamental BIT protection. For example, there have been attempts by Turkish investors to invoke third-party dispute resolution provision via an MFN clause to overcome the requirement for resorting to local courts as stipulated in Article 7 of the Turkish-Turkmenistan BIT<sup>70</sup>. This article is formulated as follows:

*“1. Disputes between one of the Parties and one investor of the other Party, in connection with his investment, shall be notified in writing, including a detailed information, by the investor to the recipient Party of the investment. As far as possible, the investor and the concerned Party shall endeavour to settle these disputes by consultations and negotiations in good faith.*

69 Some agreements provide for a period of 3 months, while others provide for a period of 1 year: See, for example, Article 8/(2) of Turkey-Slovenia BIT (n 24) provides for a period of 3 months. Article 9 of the Agreement Between the Belgium-Luxemburg Economic Union and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 08.10.1989-20306) provides for a period of 1 year.

70 Turkey-Turkmenistan BIT (n 24).

2. *If these disputes cannot be settled in this way within six months following the written notification mentioned in paragraph 1, the dispute can be submitted, as the investor may choose to: [...]*"

In some ICSID cases initiated by Turkish investors against Turkmenistan, the tribunal's interpretation of Article 7 of the Turkey-Turkmenistan BIT as a mandatory provision that requires the investor to apply to the host state's courts can be considered to be a double-edged sword. If investors apply to the local court, as stipulated in Article 7, it will constitute *res judicata* and the investor will lose his or her option to resort to arbitration. If investors directly initiate an arbitration case without resorting to the local court, there is a significant probability that the arbitration case will be rejected on jurisdictional grounds<sup>71</sup>.

In *Kilic v Turkmenistan* the tribunal discussed the meaning of Article 7 of the Turkey-Turkmenistan BIT<sup>72</sup> and interpreted it as mandatory provision that required the investor to apply to the host state's courts before initiating an arbitration and dismissed the case due to the lack of jurisdiction<sup>73</sup>. In contrast, the ICSID arbitral tribunal in *Muhammet Çap v Türkmenistan*<sup>74</sup> considered Article 7(2) of the same BIT as a procedural option available to the investor<sup>75</sup>, and rejected Turkmenistan's objection<sup>76</sup>.

The provision mentioned above, which causes such contradictory arbitral awards, is also included in some of Turkey's other BITs<sup>77</sup>. The BITs Turkey has signed in recent years do not include the preliminary stage requiring to resort to local courts due to the problems that such provisions create in arbitration practice. As will be demonstrated in title (b) below, while some BITs offer resorting to the local courts as an option to the

71 Bilgin Tiryakioğlu, 'Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik' in Hatice Özdemir Kocasakal and Süheyla Balkar (eds), *Tahkim Anlaşması* (Onikilevha 2020)93.

72 *Decision on Article VII.2 of the Türkiye-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty*, ICSID Case No ARB/10/1, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0932.pdf>> Accessed 24 July 2022.

73 Award dated 02.07.2013, ICSID Case No ARB/10/1 Accessed 24 July 2022.

74 *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/12/6. (<http://www.italaw.com/cases/2036>)

75 *Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2), para 247 ve 280* (ICSID Case No ARB/12/6). For the award dated 13.2.2015 see. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4163.pdf> Accessed 24 July 2022.

76 In another dispute based on the Turkey-Turkmenistan BIT, the ICSID arbitral tribunal interpreted the reference to the investor's recourse to domestic courts in the dispute settlement provision of Article 7(2) as a procedural rather than a jurisdictional pre-requisite: *İçkale İnşaat Limited Şirketi v Turkmenistan*, (ICSID Case No ARB/10/24). For the ICSID arbitral tribunal's award dated 8.3.2016, see <<http://italaw.com/cases/2560>> Accessed 24 July 2022.

77 This provision, which has become a point of debate, is also included in Turkey's BITs with Tajikistan, Kyrgyzstan, Uzbekistan, Bosnia-Herzegovina, Mongolia, Syria and Georgia. See Article 10(2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and the Republic of Tajikistan Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 12.09.1997/23108); Article 7(2) Turkey-Kyrgyz Republic BIT (OG 12.02.1995/22200), which was terminated with the entry into force of the new BIT on 18.03.2020 (n 48), Article 7(2) of the Agreement between the Government of the Republic of Uzbekistan and the Government of the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 12.02.1995/22200), which was terminated with the entry into force of the new BIT on 09.07.2020 (n 48); Article 8(2) of Turkey- Bosnia and Herzegovina BIT (n 57), Article 7(2) of the Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Mongolia Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 28.02.2000/23978), Article 7(2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and the Syrian Arab Republic Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 28.12.2005/26037), Article 7(3) of Turkey-Georgia BIT (n 47).



investor, in some other treaties, this provision is accompanied by a fork-in-the-road clause, as will be set out under title (c) below<sup>78</sup>.

### **b. Resorting to Local Courts as One of the Options**

Such provisions do not prevent the investor from resorting to arbitration. The investor may either resort to international arbitration or the host state's courts for the settlement of an investment dispute. These provisions require that the local courts have not rendered a final decision within a certain period of time<sup>79</sup> when an investor exercises the local court option. For example, according to article 7 (2) of the BIT between Turkey and Lithuania<sup>80</sup> if the dispute cannot be resolved peacefully within six months, the dispute may be submitted to one of the authorities provided in the article:

*“(a) the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) set up by the “Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States”;*

*(b) an ad hoc court of arbitration laid down under the Arbitration Rules of Procedure of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL)*

*(c) the Court of Arbitration of the Paris International Chamber of Commerce;*

*(d) the courts of justice of the Party that is a party to the dispute. However, the investor who has brought the dispute before the said courts can only apply to one of the dispute settlement procedures under (a), (b) or (c) of this Article if a final award has not been rendered within one year.”*

Some dispute settlement provisions that only offer ICSID arbitration is usually subject to a condition<sup>81</sup>. Some of them require that the dispute has never been submitted to the host state's courts while others require that the host state's courts have not rendered a final decision<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Such provisions that remove the possibility for the investor to change its choice are known as fork-in-the-road provisions. For example, Article 10(3) of the new Turkey-Georgia BIT (n 47), which replaced 1992 BIT between Turkey and Georgia, removed the application to host state courts from being a preliminary phase and presented it as an option to the investor with a provision that constitutes a fork-in-the-road.

<sup>79</sup> One of the few exceptions is the Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Turkey regarding the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (OG 16.05.2000/24051). In the treaty, recourse to domestic courts is provided as an option together with arbitration, but there is no limitation on the failure of the domestic court to render a decision within a certain period of time if this option is exercised. Pursuant to Article 10 (2) of the aforementioned agreement, if the disputes cannot be resolved through negotiations in good faith within 6 months, the investor's options, which do not constitute a fork in the road, are determined as follows “a) a competent court or arbitration tribunal of the Contracting Party in the territory of which the investments were made; b) the Arbitration Institution of the Stockholm Chamber of Commerce; c) an ad hoc arbitration tribunal in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).”

<sup>80</sup> Lithuania Turkey BIT (n 21); Turkey-Albania BIT (n 24).

<sup>81</sup> For example, see Article 6(3)(a)(ii) of United States-Turkey BIT (n 6); Article 11(2) of Japan-Turkey BIT (n 24).

<sup>82</sup> For examples of BITs that make the investor's access to ICSID arbitration conditional on the absence of a final award from the host state courts see Art. 8(2) of the Agreement on Reciprocal Encouragement and Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Turkey (OG 08.09.1989/20276); Article 7/2(ii) of Turkey-Tunisia BIT (n 24); Article 8(3) of the Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Turkey on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 06.10.1989/20304). Article 8(1) of Finland-Turkey BIT (n 25), Article 8(2) of UK-Turkey BIT (n 20); Article 8 of Turkey-Finland BIT (n 25) provide for ICSID arbitration if the dispute has not been within 1 year by local courts or other means.

Although they are drafted differently, it can be concluded that dispute settlement provisions that offer ICSID arbitration as one of the options<sup>83</sup> are the most preferred ones by investors due to the advantages of ICSID arbitration. However, the same cannot be said for BIT provisions that only provide for ICSID arbitration. For various reasons, investors may want to circumvent such dispute settlement provisions as well by relying on the MFN provision. There are two possibilities where investors may rely on other BITs that offer options of international arbitration other than ICSID arbitration: Either because the conditions (*ratione materiae* and *ratione personae*) for the jurisdiction of ICSID have not been met, or because the cooling-off period before applying to ICSID arbitration has not passed.

### c. Resorting to Local Court as an Option Subject to Fork-in-the-Road Clause

Fork-in-the-road provisions indicating that the investor's choice is final are included in most BITs that Turkey has recently signed. Although recourse to the courts of the host state is offered as an option to the investor in the dispute settlement provisions that include fork-in-the-road-provisions, the investor's choice will be final when the investor exercises the option of the host state's courts and the possibility of resorting to arbitration will be lost<sup>84</sup>.

The options offered by dispute settlement provisions that contain a fork-in-the-road provision may be drafted in different ways. In some BITs, the option offered to the investor is specified as either recourse to the local court or ICSID arbitration<sup>85</sup>, while others offer more than two options by allowing the investor to choose between the local court and more than one arbitration method<sup>86</sup>.

83 For example, Article 10(2) of the Agreement Between the Republic of Hungary and the Republic of Turkey for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments offers the investor two options, arbitration under UNCITRAL rules or arbitration under ICSID rules. However, it stated that if the investor has gone to the local courts, the investor can exercise these options provided that a final decision has not been taken within 18 months (OG 22.02.1995/22210). Article 7(2) Turkey-Moldova BIT (n 24) has adopted the same approach and states that the investor can use arbitration options provided that the final decision has not been taken within 1 year if the investor has gone to local courts. Article 9(2) of the Agreement Between the Republic of Turkey and the Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments provides the investor with the option to submit the dispute to arbitration under the rules of ICC, ICSID or UNCITRAL, provided that, in the event that the dispute has been submitted to the local courts, a final decision has not been rendered within one year or the dispute in the local court has been withdrawn (OG 01.12.1997/23187).

84 Christoph Schreuer, 'Travelling the BIT-Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road' (2004) 5(2) The Journal of World Investment & Trade 231, 232 ff. Fork-in-the road clauses can also serve to prevent parallel proceedings in investment arbitration: Gülüm Bayraktaroglu Özçelik, 'ICSID Hakem Kararlarında "Yol Ayrımı" ("Fork in the Road") Kayıtları' (2020) 40(1) PPIL 497, 501.

85 For example, according to article 8 of the Turkey-France BIT (n 17),

*"If the dispute has not been settled within six months from the time it was raised by one of the disputing parties, it shall be submitted, at the request of the investor, to the courts of the host state or the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature in Washington on March 18, 1965. When the investor has submitted or agreed to submit the dispute to the courts or to arbitration, the choice of procedure is final."*

86 Article 8 of the Turkey-Argentina BIT (n 67) provides that in cases where the dispute is not resolved in good faith, the investor may submit the dispute to the competent courts of the host state or to arbitration pursuant to the ICSID or UNCITRAL rules and in the event that the dispute is submitted to the competent courts of the host state or to international arbitration, the choice made by the investor shall be final.

Dispute settlement provision with the fork-in-the-road clause (irrespective of the number of options offered therein) have the potential to enable investors to use an MFN clause since it eliminates investor's right to resort to arbitration once the investor filed a case before the host state's courts.

#### **d. Local Courts are not one of the Options**

It will not be necessary for investors to rely on the MFN clause when dispute settlement provisions do not include an option to resort to local courts among their options. This is because there is no need for investors to seek to avoid such a dispute settlement provision and therefore rely on the MFN clause. While such provisions offer the investor multiple arbitration options, they do not include any expression concerning the recourse to the local court. Therefore, whether or not the foreign investor has resorted to the host state's court is not important. For example, in article 7 of the Turkey-Greece BIT the investor is provided with four options (ICSID, *Ad hoc* arbitration under UNCITRAL Rules, ICC)<sup>87</sup> for dispute resolution, among which the host state court is not included.

It should be noted that these kinds of provisions do not prevent the investor from resorting to the local court. However, even if the investor has applied to the local court, this will not have any adverse effect<sup>88</sup>. Currently, such provisions have been abandoned in BITs.

### **B. Distinction based on the Subject Matter and Scope of Dispute Settlement Provisions**

#### **1. Broad Scope Dispute Settlement Provisions**

Even though it can be drafted in different ways, dispute settlement provisions that include 'all disputes related to the investor's investment' are well-known examples of this kind of provisions. It can be said that they were mostly accepted in Turkish BITs signed after the 90s which were drafted using either the expression 'disputes related to investment' or 'disputes related to the investment of the investor'<sup>89</sup>.

Umbrella clauses that provide additional protection to the investor<sup>90</sup> are also classified as broad dispute resolution provisions since they extend the investment

87 Turkey-Greece BIT (n 30).

88 Similarly, Article 8(2) of Turkey-Poland BIT (n 24), provides two options in the event that arbitration is resorted to without any reference to the courts of the host State: ICSID arbitration or ad hoc arbitration under the UNCITRAL rules.

89 For example, see Articles 7(1) of Turkey-Albania BIT (n 24); Agreement between the Republic of Turkey and the Kingdom of Thailand Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (OG 03.07.2010/27630), Turkey-Bahrain BIT (n 24), Turkey-Tunisia BIT (n 24)), Article 8(1) of Swiss Confederation and Turkey BIT (n 82), Article 10(1) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Islamic Republic of Pakistan Concerning the Reciprocal Protection and Promotion of Investments (OG 07.07.2017/30117).

90 Christoph Schreuer, 'Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-the Vivendi I Case Considered' in Todd Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron 2005) 301-303.

protection beyond the applicable BIT<sup>91</sup>. Investors can rely on an umbrella clause for pure contractual claims before investment arbitration tribunals<sup>92</sup>. In addition to broadening the scope of the dispute resolution provisions, umbrella clauses provide substantive protection to investors<sup>93</sup>.

Broad dispute settlement provisions, especially when applied together with the umbrella clauses, stand out as the most favourable provisions for investors. By relying on the MFN clause in the applicable BIT that does not contain an umbrella provision, investors can request resolution of the dispute in accordance with a BIT containing an umbrella clause, in this way they have the opportunity to take their contractual claims before an investment tribunal. While the mere existence of umbrella clauses has led to profound disagreements in investment arbitration, the invocation on umbrella clauses in other BITs via an MFN clause has taken these discussions to the extreme. According to UNCTAD, it is noteworthy that there has been a tendency in recent years to no longer include umbrella clauses in BITs. While this is seen as the beginning of the end for umbrella clauses, confusion and debate still persists due to the old generation bilateral investment treaties<sup>94</sup>.

## 2. Narrow Scope Dispute Settlement Provisions

This type of provision has a different level of restrictions. The least restrictive provisions in BITs are those that limit investment disputes to cases where the host state violates its obligations under the relevant BIT. Such dispute settlement provisions, which are usually expressed as “*This Article shall apply to disputes between one Contracting Party and an investor of the State of the other Contracting Party concerning an alleged breach of an obligation of the former under this Agreement, which causes loss or damage to the investor or its investments*”<sup>95</sup> reflect the general trend of BITs concluded since 2017<sup>96</sup>.

91 For example, the umbrella clause has been expressed as follows in Article 4 of the Finland-Turkey BIT (n 25): “*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*”. Similar provisions can be found in Article 10 of the Swiss Confederation-Turkey BIT (n 82), Article 2(3) of the Treaty between the United States-Turkey BIT (n 6); Article 2(2) of UK-Turkey BIT (n 20).

92 David Collins, *An Introduction to International Investment Law* (2106 Cambridge University Press) 146; Jarrod Wong, ‘Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes’ (2006) 14 *George Mason Law Review* 137, 139; İlyas Gölcüklü, ‘Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration’ (2017) 37(2) *Public and Private International Law Bulletin* 352, 360.

93 Taida Begic Sarkinovic, ‘Umbrella Clauses and Their Policy Implications’ (2011) 24 *Hague Yearbook of International Law* 313, 316; Wong (n 92) 138. For detailed analysis for broad and restrictive approach to umbrella clauses see Gölcüklü (n 92) 367-371.

94 Samantha Rowe and Svetlana Portman, ‘Current Trends in ‘Umbrella Clause’ Claims Arising from Breaches of Contractual Obligations’ (2021) *International Bar Association* <https://www.ibanet.org/current-trends-umbrella-clause-claims> -Accessed 24 July 2022.

95 This provision is taken from the Article 10(1) of Ukraine -Turkey BIT (n 47).

96 For examples of BITs signed around this period that have not yet entered into force and contain provisions to this effect, see Article 10(1) of Burkina Faso-Turkey BIT (n 49); Article 10(1) of Turkey-Palestine BIT (n 49); Article 12(1) of Lithuania-Turkey BIT (n 21); Article 12(1) Turkey-Serbia BIT (n 48); Article 10(1) of Turkey-Belarus BIT (n 49).

Restrictions regarding the scope of dispute settlement provisions can also be determined by enumerating the types of disputes or excluding certain issues, as well as by imposing the requirement of compliance with the legislation of the host state. BITs<sup>97</sup> which include provisions explicitly considering disputes as related to investment permits without mentioning contractual obligations between the investor and the host state, were generally signed in the 80s and the early 90s and are essentially expressed as follows:

*“(a) the interpretation or application of any investment authorization granted by a Contracting Party’s foreign investment authority to an investor of the other Contracting Party; or*

*(b) a breach of any right conferred or created by this Agreement with respect to an investment.”*

Some BITs, on the one hand, impose limitations in their dispute resolution provisions by enumerating different aspects of investment, they also contain umbrella clauses, on the other hand. For example, while Article 8(1) of the Turkey-Denmark BIT<sup>98</sup> identifies two categories of investment disputes, as in the example given above, Article 3(1) of the same BIT stipulates that each Contracting Party *“shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.”* Undoubtedly, arbitral tribunals would likely reach different conclusions if applicable BIT contains such confusing provisions<sup>99</sup>.

Dispute settlement provisions narrowing the subject matter exclude some parts of the protection provided by the BIT. This situation is rarely encountered in Turkish BITs. Article 7(b) of the 1990 Turkish-People’s Republic of China BIT<sup>100</sup> only covers disputes relating to the amount of compensation arising as a result of expropriation and

97 This provision is taken from Article 8(1) of the Netherlands-Turkey BIT (n 82).

For examples of other BITs signed in the same period, which include essentially the same provision, see. Article 9(1) of Belgium-Luxemburg Economic Union and Turkey BIT (n 69); Article 9(1) of Austria-Turkey BIT (n 24); Article 8(1) of Turkey-Denmark BIT (n 24); Article 6(1) of the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Romania on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, signed in 1991 <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2986/download>> Accessed). The same provision has been adopted in Article 6(1) of the new BIT that was signed between these two states in 2008 (OG 03.07.2010/27630).

98 Turkey-Denmark BIT (n 24). Similar provisions can be found in other BITs as well. For example, Article 6(1) Turkey-Romania (n 97).

99 Two ICSID arbitral awards in particular have been the focus of the doctrinal debate as to whether contractual claims may be brought before an investment arbitral tribunal under the relevant BIT. The first award has been rendered in the case of *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No ARB/01/13) (*SGS v Pakistan*), where the tribunal found that it did not have jurisdiction over contractual claims: *Decision on Jurisdiction*, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>> Accessed 24 July 2022. The second award was rendered in the case of *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines* (ICSID Case No ARB/02/6) (*SGS v Philippines*), where the ICSID tribunal held that it had jurisdiction over contractual claims but that the claim was not admissible: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>> Accessed 24 July 2022. For these awards, see also Stanimir A Alexandrov, ‘Introductory Note to International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID): *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Pakistan*’ (2003) 42(6) ILM 1285, 1285 ff; Emmanuel Gaillard, ‘Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered’ in Todd Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron 2005) 336 ff.

100 China-Turkey BIT (n 24). The treaty was terminated on 20.08.1994. A new Agreement between the two country was signed on 29.07.2015 and this limitation was not included (n 43).

nationalization: *“If a dispute involving the amount of compensation resulting from an expropriation or nationalization referred to in Article III cannot be settled within one year from the date upon which the dispute arose, it may be submitted to an ad-hoc arbitral tribunal for settlement in accordance with the Arbitration Rules of UNCITRAL by each party subject to the dispute.”* Such provisions are no longer included in BITs. The prevailing trend today is to limit the scope of the dispute settlement provision to only cover the violations of the BIT.

Compliance with host state’s legislation does not, by itself, affect the scope of investment disputes. If a BIT requires the compliance with host state legislation only as an element of investment definition, it does not limit the scope of the dispute resolution provision. For example, Article 2(2) of the Turkey-Finland BIT<sup>101</sup>, on the one hand, stipulates that this treaty will be applied to investments made in accordance with the laws and regulations of the host country. Article 8, on the other hand, does not impose such a limitation regarding investment disputes. Compliance with the host state’s legislation would limit the scope of dispute settlement provisions only when used for the definition of an investment dispute. For example, compliance with the host state’ legislation plays an important part in determining an investment dispute in Article 10(8) of the Turkey-Uzbekistan BIT<sup>102</sup>. Accordingly, *“Only the disputes arising directly out of an investment made in conformity with laws and regulations of the State of the host Contracting Party and that effectively started shall be subject to the jurisdiction of ICSID or any other international dispute mechanism as agreed upon under paragraph 4 of this Article.”* Due to its limiting effect, there is a possibility that such a dispute settlement provision may be circumvented with the MFN clause.

Finally, under this Part, we find it useful to address a limitation that is specific to Turkey. The dispute settlement provisions of some of Turkey’s BITs contain the limitation that Turkey has set forth in its notification<sup>103</sup> pursuant to Article 25/4 of the ICSID Convention<sup>104</sup>. Such provisions are generally included in the treaties signed in accordance with the 2009 Turkish Model BIT. The aforementioned notification states that Turkey does not consent to ICSID arbitration for investments that have not effectively started and for disputes regarding the property and real rights of immovable property. Therefore, investors will not be able to resort to ICSID or any

---

101 Finland-Turkey BIT (n 25).

102 Agreement between the Uzbekistan-Turkey BIT (n 48). There are similar limitations in Article 10(4) of Turkey-Kyrgyz Republic (n 48).

103 In *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey*, Turkey relied on this notification to raise a jurisdictional objection under Article 25(4) of the ICSID Convention, arguing that the consent requirement was not met, but the arbitral tribunal rejected Turkey’s objection and held that it had jurisdiction: ICSID Case No ARB/02/5, para 146-147 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0694.pdf>> Accessed 24 July 2022.

104 In its notification to the ICSID General Secretariat on 23.02.1989, Turkey stated that only disputes arising directly out of investment activities that have received the necessary permits in accordance with Turkish laws and have in fact commenced will be subject to the jurisdiction of the Center.

other international arbitration mechanisms for investments that have not effectively started and concern the property and real rights of immovable property. For example, Article 10 (3) of the Turkey-Saudi Arabia BIT has provided the following provision:

*“Notwithstanding the provisions of paragraph 2 of this Article; both Contracting Parties agree that the Notifications, submitted respectively by the Republic of Turkey on March 3, 1989 and the Kingdom of Saudi Arabia on May 8, 1980 to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) concerning classes of disputes considered suitable or unsuitable for submission to ICSID, will constitute an integral part of this Agreement and the classes of disputes considered unsuitable for submission to ICSID in the aforementioned Notifications shall not be submitted to ICSID or any international dispute settlement mechanism, unless otherwise agreed by the host Contracting Party”*

It is unlikely that investors will be able to circumvent the limitations imposed by such provisions in some of Turkey’s recently signed BITs<sup>105</sup> by relying on the MFN clause. It is unacceptable that the MFN clause is used to disregard the intention that contracting states have specifically and expressly set out in their BIT.

### III. Examples of Arbitral Awards Discussing the Relationship Between the MFN Clause and Dispute Settlement Provisions

The explanations and statements made so far reveal the situations that may create interaction between the MFN clause and the dispute resolution provisions. It would be appropriate to consider the arbitral awards that have directly addressed the relationship between MFN clauses and dispute settlement provisions in order to provide a better overview. We are going to analyse this relationship under two approaches stemming from the awards rendered by ICSID tribunals, known as *Maffezini-Siemens* and the *Salini-Plama* approach<sup>106</sup>.

#### A. The *Maffezini* and *Siemens* Approach

*Maffezini v. Spain*<sup>107</sup> is the first case that directly addresses the question of whether an MFN clause entitles a claimant to invoke dispute settlement provisions from third-party treaties. The Tribunal’s affirmative response received worldwide attention and impact subsequent investment awards with respect to the extension

<sup>105</sup> Article 10(5) of Turkey-Burundi BIT (n 47) contains a similar provision: *“In deciding whether an investment dispute is within the jurisdiction of ICSID and competence of the tribunal, the arbitral tribunal established under paragraph 3 (b) shall comply with the notification submitted by the Republic of Turkey on March 3, 1989 to ICSID in accordance with Article 25 (4) of ICSID Convention, concerning classes of disputes considered suitable or unsuitable for submission to the jurisdiction of ICSID, as an integral part of this Agreement.”* For examples of treaties that include similar provisions see Article 10(5) of Turkey-Côte d’Ivoire BIT (n 47); Article 14/6(a) and (b) of on Article 12(12) of the Lithuania Turkey (n 21); Article 10(5) of Jordan-Turkey BIT (n 47); Article 9(4)(a) and (b) of Turkey-China BIT (n 43); Article 10(5) of Turkey-Belarus BIT (n 49).

<sup>106</sup> For the distinction with the same titles, see Friedland (n 26) 107. Some authors prefer the distinction between the *Maffezini* and *Plama* approach to point out the difference in jurisprudence on this issue: Banifatemi (n 52) 251; Maupin (n 13) 107.

<sup>107</sup> *Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain, Decision of The Tribunal On Objections to Jurisdiction,*

ICSID Case No Arb/97/7 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>> Accessed 24 July 2022.

of the MFN clause to dispute settlement provisions. For this reason, while the *Maffezini* decision is considered as one of the most cited awards in the field of investment arbitration<sup>108</sup>, it is also known as the trigger for the change in the scope of MFN clauses in BITs<sup>109</sup>.

In this case, Mr. Maffezini, the investor, filed a lawsuit against Spain before ICSID, claiming that the treatment of his investment constituted a violation of the Argentina-Spain BIT<sup>110</sup> and that this violation resulted from the actions of Spanish institutions that are attributable to Spain. Spain objected to the jurisdiction of ICSID on a number of issues. The most important one for the purpose of this study was the non-fulfilment of the requirement that the investor applies to the local courts, which is stipulated in article 10(2) of the Argentina-Spain BIT. In its objection, Spain also claimed that the requirement of article 10(3) of the Argentina-Spain BIT was not fulfilled. Pursuant to this provision, before the investor can resort to arbitration after applying to the host state's courts, one of three situations should be met. The first situation is that the host state's courts have not resolved the dispute within 18 months, the second is that the dispute still between the parties continues even if the host state's court has rendered a decision within 18 months, and the third is that the parties agree on going to arbitration. As a matter of fact, article 10(3) did not require exhaustion of domestic remedies, and therefore essentially constituted an extended waiting period prior to the initiation of arbitration<sup>111</sup>.

Mr. Maffezini submitted that Article 4(2), containing the MFN clause of the BIT between Spain and Argentina explicitly stipulates that this standard will apply to *all matters subject to this Agreement*<sup>112</sup>, therefore, relying on this standard, he requested the arbitral tribunal to apply the more favourable dispute settlement clause<sup>113</sup> in Spain's BIT with Chile<sup>114</sup>. Spain, on the other hand, argued that the expression *all matters* in Article 4(2) covered only the material or substantial provisions of the BIT, not procedural or jurisdictional issues. The arbitral tribunal rejected Spain's objection, based on a number of previous international awards and the phrase '*all matters subject*

---

108 Vessel (n 19) 156; Ganesh (n 58) 11. For a comprehensive summary for the facts that give rise to the *Maffezini* award, see Sevgi (n 19) 97-99.

109 Ataman-Figanmeşe (n 32) 221.

110 Argentine-Spain BIT (n 60).

111 *Decision on Objections of Jurisdiction*, (n 107) para 35. Tribunal also emphasized that if the host state had made the exhaustion of domestic remedies a condition for its consent to arbitration under Article 26 of the ICSID Convention, the Tribunal would reject jurisdiction absent such exhaustion, even if a third-party BIT contained no exhaustion requirement: para 63.

112 The second paragraph of Article 4 of the Treaty concerning the MFN clause states that the MFN clause will be relied upon "*in all matters governed by this Agreement*".

113 In Agreement on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments between Spain and Chile, see <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201774/volume-1774-i-30883-english.pdf>> Accessed 24 July 2022, if the parties are unable to reach an agreement during the 6-month mediation period, the investor can resort to arbitration without recourse to the courts of the host state.

114 Spain-Chile BIT (n 113).



to this Agreement' in Article 4 of the BIT between the two countries, and emphasising that the dispute settlement provisions also provide substantive protection<sup>115</sup>.

The Tribunal also considered the question of whether dispute settlement provisions belonged to the same category of subject as that to which the clause itself relates (*ejusdem generis*) and concluded that:

*Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce....*

*These modern developments are essential, however, to the protection of the rights envisaged under the pertinent treaties; they are also closely linked to the material aspects of the treatment accorded. ....*

*From the above considerations it can be concluded that if a third-party treaty protection of the investor's rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the *ejusdem generis* principle<sup>116</sup>.*

The Tribunal's assessment on public policy considerations to support its holding that the MFN clause could be used to import dispute settlement provisions from a third-party treaty should not be overlooked that: *'[t]his operation of the most favored nation clause does, however, have some important limits arising from public policy considerations ....' The Tribunal declare that '[a]s a matter of principle, the beneficiary of the clause should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement in question'.*<sup>117</sup>

Based on this observation, it should be concluded that if a State requires the exhaustion of local remedies as a pre-condition to arbitration, or if the BIT provides for the final choice between domestic courts and international arbitration, or if it only provides for ICSID arbitration, the MFN clause should not be used to circumvent these requirements<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> *Maffezini, Decision on Objections of Jurisdiction*, (n 107) para 55. Similarly, in the dispute *Camuzzi v Argentina* that was brought before ICSID by relying on the Argentina-Belgo-Luxemburg Economic Union BIT, the MFN provision in Article 4 of the Agreement covered all matters governed by the Agreement. The Arbitral Tribunal accepted the claimant's request to extend the MFN clause to the dispute settlement provision without any explanation, as Argentina did not raise any objection. *Camuzzi International S.A. v Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/03/7, *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (10 June 2005)*: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0108.pdf>> Accessed 26 April 2022). See also Agreement between the Republic of Argentina and the Belgo-Luxembourg Economic Union for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments<<https://edit.wti.org/app.php/document/show/2e057d21-0ac4-408f-9074-0a57e6a39e82>> Accessed 24 July 2022.

<sup>116</sup> *Decision on Objections of Jurisdiction*, (n 115) para 54-56.

<sup>117</sup> *ibid* para 56.

<sup>118</sup> Reinisch (n 36) 2.

The *Maffezini* approach has been followed by subsequent cases, both in terms of cooling-off periods and public policy considerations. For example, the *Maffezini* approach stating that dispute settlement provisions drafted with fundamental public policy considerations will fall outside the scope of the MFN clause was used in *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v United Mexican States (Tecmed v Mexico)*<sup>119</sup>. In this case, brought under ICSID's Additional Facility Rules<sup>120</sup>, the Spanish claimant sought to circumvent the jurisdictional limitation with respect to time in the relevant Mexico-Spain BIT<sup>121</sup> by using the MFN clause. The ICSID arbitral tribunal rejected the claimant's request for retroactive application of the substantive standards of the Treaty, noting that issues relating to the temporal application of the relevant Treaty were one of the most important points specifically negotiated by the Contracting Parties<sup>122</sup>. Thus, as set out in the *Maffezini* award, the tribunal has held that the MFN clause does not apply in respect of an issue raised as a matter of fundamental public policy considerations.

The *Maffezini* approach concerning the use of the substantive standards of other BITs through the MFN clause was adopted in *ADF Group Inc v United States of America*<sup>123</sup> and *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile*.<sup>124</sup>

*Siemens AG v The Argentine Republic (Siemens v Argentina)* is another case in which the *Maffezini* approach regarding the extension of the MFN clause to dispute settlement provisions was reinforced<sup>125</sup>. In *Siemens v. Argentina* case was considered a repeat of *Maffezini* in many respects and the Tribunal adopted the *Maffezini* approach by applying the same reasoning. As in *Maffezini*, the Tribunal allowed the claimant to avoid the provision of the Germany-Argentina BIT<sup>126</sup> that requires the claimant to resort to the domestic courts within 18 months before initiation to arbitration by invoking the MFN clause, and applied the dispute settlement provision of the Argentina-Chile BIT<sup>127</sup> that does not require a cooling-off period before initiating an arbitration<sup>128</sup>. However, the scope of the MFN clause in the Argentina-Germany BIT

119 ICSID Case No ARB (AF)/00/2 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>> Accessed 24 July 2022.

120 ICSID Additional Facility Rules <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/AFR\\_2006%20English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/AFR_2006%20English-final.pdf)> Accessed 24 July 2022.

121 Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the United Mexican States and the Kingdom of Spain <<https://edit.wti.org/document/show/491c32fd-04f5-4574-88b1-f781f962ac87>> Accessed 24 July 2022.

122 *Tecmed v Mexico* (n 119) para 69.

123 ICSID Case No ARB (AF)/00/1, para 193-198 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>> Accessed 24 July 2022.

124 ICSID Case No ARB 01/07, para 103 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>> Accessed 24 July 2022.

125 ICSID Case No ARB/02/08 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>> Accessed 24 July 2022.

126 Treaty between the Federal Republic of Germany and the Argentine Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments <<https://edit.wti.org/document/show/e07555b1-6863-4314-860e-94a35ba0ee52>> Accessed 24 July 2022.

127 Treaty between the Argentine Republic and the Republic of Chile on Promotion and Reciprocal Protection of Investments <<https://edit.wti.org/document/show/f5e84f76-7ecc-48ec-8d3e-27635979e52b>> Accessed 24 July 2022.

128 *Siemens v Argentina*, (n 125) para 102.

was not as broad as in the Argentina-Spain BIT that was used in the *Maffezini* case. The Tribunal in *Siemens* also allowed the investor to invoke the dispute settlement provision of the Argentina-Chile BIT, while disregarding the less favourable part of that provision, namely, the fork-in-the-road clause. The Tribunal rejected Argentina's objection that the investor should be barred from invoking ICSID arbitration because it had previously initiated an administrative proceeding before the Argentine courts, and allowed the MFN standard to be applied in this regard as well<sup>129</sup>.

Another important case among the decisions mirroring the *Maffezini* approach is the case of *Gas Natural SDG SA v The Argentine Republic (Gas Natural v Argentina)*, which was also brought before the ICSID<sup>130</sup>. The Tribunal concluded that the MFN clause relied upon by the claimant in the Argentina-Spain BIT<sup>131</sup> is comprehensive<sup>132</sup>, covering all matters governed by the BIT and therefore also dispute settlement matters. Emphasising that the guarantee of independent international arbitration is the most crucial element in investor protection<sup>133</sup>, the arbitral tribunal permitted the application of another dispute settlement provision and its international arbitration option by relying on the MFN clause. The tribunal also stated that with respect to the investor's right to directly initiate international arbitration proceedings there were no public policy considerations that would justify not giving effect to the MFN clause<sup>134</sup>. This approach was adopted in the case of *National Grid PLC v The Argentine Republic (National Grid)*<sup>135</sup>, which was conducted under UNCITRAL rules and based on the Argentina-United Kingdom BIT<sup>136</sup>, and in the cases of *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic and AWG Group Ltd v The Argentine Republic (Suez)*<sup>137</sup>, which were conducted under ICSID and UNCITRAL arbitration rules.

Another arbitral award following the *Maffezini* approach was rendered in the *RosInvest* case<sup>138</sup>, in which the use of the MFN clause was allowed (unlike other awards upholding the *Maffezini* award) not only to overcome certain procedural obstacles,

129 *ibid* para 102.

130 *Gas Natural SDG, SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/10. For the award dated 17.06.2005 see <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf>> Accessed 24 July 2022.

131 Argentine-Spain BIT (n 60).

132 The *Maffezini* award relied on the same Argentine-Spain BIT (n 60).

133 *Gas Natural v Argentina* (n 130) para 49.

134 *Gas Natural v Argentina* (n 130) para 28.

135 *National Grid, Decision on Jurisdiction*, 20.06.2006: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0553.pdf>> Accessed 24 July 2022.

136 Agreement between The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/126/download>> Accessed 24 July 2022.

137 *Suez, Decision on Jurisdiction*, 03.09.2006: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0049.pdf>> Accessed 24 July 2022.

138 *RosInvest Co UK Ltd v The Russian Federation*, Arb V07/2005, *Award on Jurisdiction* (SCC 2007): <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>> Accessed 24 July 2022.

but also for the purpose of establishing consent to arbitration, and hence jurisdiction, which was not provided for in the applicable BIT<sup>139</sup>.

### B. The *Salini-Palma* Approach

The *Salini-Plama* approach is the approach adopted in two ICSID awards, both of which were rendered at very similar periods, to the effect that the MFN clause cannot be extended to dispute settlement provisions. In *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Hashemite Kingdom of Jordan (Salini)*<sup>140</sup>, the Tribunal refused to rely on the *Maffezini* approach. The MFN clause in Article 3 of the Italy-Jordan BIT<sup>141</sup> explicitly states which issues are covered by the MFN clause<sup>142</sup>. According to the Tribunal, this provision, unlike the MFN clause applied in *Maffezini*, is not broad enough to provide a basis for ICSID arbitration as envisaged in other host-state BITs, since it does not refer to all matters governed by the treaty. The respondent, Jordan, objected to jurisdiction, arguing that the dispute was essentially based on a contractual claim, that the investment contract between the investor and the host State contained a dispute settlement provision for contractual claims, and that by adopting Article 9(2) of the Italy-Jordan BIT, the contracting States had agreed on the application of the contractual provision for contractual claims<sup>143</sup>. The claimant, on the other hand, sought to rely on the MFN clause in Article 3 of the Italy-Jordan BIT to rely on the provisions of Jordan's BITs with the United Kingdom and the United States, which allow an investor to refer a dispute to an investment arbitral tribunal despite the existence of a separate contractual dispute settlement clause. The Tribunal ruled that the MFN clause in Article 3 of the Italy-Jordan BIT could not be extended to dispute settlement provisions, and that contractual claims were subject to the procedures provided for in the contract<sup>144</sup>. The Tribunal in the *Salini* case, which rendered its decision on jurisdiction approximately 3 months after the decision in the *Siemens* case, explicitly criticised the approaches adopted in the *Maffezini* and cases for allowing the investor to engage in treaty shopping. In a single sentence, the *Salini* award has gone down in the history of investment law as an award clearly signalling a move away from the expansionist approach adopted in the *Maffezini*<sup>145</sup>.

139 Undoubtedly, in interpreting the MFN clause, the award has reached a conclusion that exceeds the intention of the States that are parties to the applicable BIT. See also Ataman-Figanmeşe (n 32) 235-236.

140 *Salini, Decision on Jurisdiction*, 09.11.2004, ICSID Case No ARB/02/13 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>> Accessed 24 July 2022.

141 Agreement Between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the Italian Republic on the Promotion and Protection of Investments, see <<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6154.pdf>> Accessed 24 July 2022.

142 Article 3(1) of the Agreement contains the following provision: “Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the Contracting Party no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States”.

143 According to this provision, in case the investor and an entity of the Contracting Parties have stipulated an investment Agreement, the procedure foreseen in such investment Agreement shall apply.

144 *Salini*, (n 140) para 119.

145 For a similar view, see Fietta (n 16) 136.

In *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria (Plama)*<sup>146</sup>, an investor from Southern Cyprus sought to establish the ICSID's jurisdiction over a dispute with Bulgaria based on the Energy Charter Treaty and the Bulgaria-Southern Cyprus BIT<sup>147</sup>. Although the Tribunal found jurisdiction with respect to the Energy Charter Treaty, its assessment of the claims based on the Bulgaria-Southern Cyprus BIT is noteworthy for the scope of the MFN clause. The investor sought to circumvent the extremely narrow dispute settlement provision of Article 4 of the Treaty, which was signed between the two states during the communist regime in Bulgaria, by using the provision in Article 3(1) that “each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states.” The Tribunal has not allowed the use of the MFN clause in Article 3(1) of the Bulgaria- Southern Cyprus BIT to establish a jurisdiction not provided for in the applicable BIT by relying on the dispute settlement clauses in Bulgaria's BITs with other States<sup>148</sup>. The tribunal reversed the *Maffezini* presumption by stating that the MFN clause in the original treaty cannot be extended to dispute settlement provisions in another treaty, unless the original treaty provides for it beyond doubt<sup>149</sup>. A contrary approach would have amounted to disregarding the intent of the contracting parties of the original treaty<sup>150</sup>.

In *Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary*<sup>151</sup>, the investor sought to circumvent the relevant provision of the Hungary-Norway BIT<sup>152</sup>, which limited the scope of the dispute settlement provision to expropriation, by relying on the fair and equitable treatment and other standards of treatment in another treaty. Adopting the *Salini-Plama* approach, the ICSID tribunal did not allow the MFN clause to be used to establish jurisdiction over a matter not provided for in the treaty.

Investment law doctrine argues that the different approaches adopted in the *Maffezini* and *Salini-Plama* cases do not warrant the assumption of a deep jurisprudential inconsistency<sup>153</sup>. Indeed, in the *Maffezini* case, the investor sought to extend the MFN

146 *Plama, Decision on Jurisdiction*, 08.02.2005, ICSID Case No ARB/03/24: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>> Accessed 24 July 2022.

147 Agreement between The Government of The People's Republic of Bulgaria and The Government of The Republic of Cyprus on Mutual Encouragement and Protection of Investments: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/522/download>> Accessed 24 July 2022.

148 “Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states”.

149 *Plama*, (n 146) para 223.

150 Çalışkan (n 54) 100.

151 *Telenor, Award* 22.06.2006, ICSID Case No ARB/03/24:

<<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf>> Accessed 24 July 2022.

152 Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Hungary on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5327/download>> Accessed 24 July 2022.

153 Reinisch (n 35)19; comp. Fietta (n 16) 131,135.

clause to procedural provisions in order to avoid the 18-month cooling-off period for ICSID arbitration<sup>154</sup> set forth in the Argentina-Spain BIT, whereas in the *Salini* and *Plama* cases, the investor sought to establish a jurisdiction that was not provided for in the original treaty in order to ultimately to proceed to ICSID arbitration. Thus, in the *Plama* case, the tribunal referred to the difference between a more favourable treatment provided for elsewhere in the BIT and the substitution of an entirely different procedure instead of one specifically negotiated by contracting parties to the BIT<sup>155</sup>. Indeed, a distinction must be drawn between the investor's use of the MFN clause to circumvent hurdle of the cooling-off period and the investor's use of the MFN clause to invoke a remedy not provided for in the BIT<sup>156</sup>. In this respect, the different results obtained in the aforementioned cases on the basis of the different circumstances do not constitute an inconsistency in jurisprudence. On the other hand, in the *Maffezini* and *Siemens v Argentina* cases, when the investor used the MFN clauses in the underlying treaties to overcome procedural obstacles, ICSID's jurisdiction was already accepted in the dispute settlement provisions, so no further treaty was relied upon to establish jurisdiction. This was instrumental in the tribunals' decision in favour of the claimant<sup>157</sup>. In the *Plama* case, as in the earlier *Salini* award, the claimants sought to establish jurisdiction that would not have been possible under normal circumstances, and the tribunal refused to allow it<sup>158</sup>.

The main source of jurisprudential inconsistency arose over the scope of the MFN clause. In the *Maffezini* case, the provision of the Spain-Argentina BIT was much broader than the provision of the Bulgaria-Southern Cyprus BIT in the *Plama* case<sup>159</sup>. In *Maffezini*, the ICSID tribunal noted that the MFN clause in the Spain-Argentina BIT did not explicitly refer to dispute settlement, but that dispute settlement provisions were an integral part of the protection of foreign investments<sup>160</sup>. In the *Plama* case, the ICSID tribunal held that the MFN clause does not extend to dispute settlement provisions provided for in another treaty, unless otherwise established beyond doubt

154 In the *Camuzzi*, *Gas Natural*, *National Grid*, *Siemens*, *Suez* cases, the MFN clause was sought to be used for the same reason.

155 *Plama*, para 209.

156 Friedland (n 26) 106; *Maupin*, for both disutations, prefers the term "MFN Based Jurisdiction": *Maupin* (n 13) 159.

157 *Ataman-Figanmeşe* (n 32) 229.

158 In *Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary*, the tribunal's assessment was similar: The MFN clause may be used to overcome procedural obstacles; however, it should not be permitted to be used in matters where States parties to the BIT have deliberately preclude ICSID's jurisdiction. In this case, the claimant sought to rely on another treaty's fair and equitable treatment standards and other standards of treatment by circumventing the relevant provision of the Norway-Hungary BIT (n 152), which limited the scope of the dispute settlement provision to expropriation.

159 In the *Berschader* case based on the Belgium-Luxembourg BIT, the arbitral tribunal did not allow the extension of the MFN clause to the dispute settlement clause, despite the existence of a comprehensive MFN clause in Article 2 of the Agreement (in all matters covered by this Agreement): *Vladimir Berschader and Moise Berschader v The Russian Federation*, Case No 080/2004, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award (21.04.2006): <<[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf) Accessed 24 July 2022. For the Belgium-Luxembourg BIT, see Agreement between the Governments of The Kingdom of Belgium and the Grand Duchy of Luxembourg, and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics, Concerning the Mutual Encouragement and Protection of Investments <<https://edit.wti.org/app.php/document/show/bc883946-ac64-4e50-9b78-8f13137f128e>> Accessed 24 July 2022.

160 *Maffezini*, (n 107) para 54.

in the BIT. At this point, it is clear that there is inconsistent jurisprudence between these approaches.

### Conclusion

In our study, we have concluded that some of the debate on the interaction between the MFN clause and the dispute settlement provisions of BITs stems from the wording of the treaties, and some of it stems from arbitral awards that interpret the wording differently. With a few exceptions, it was not until the 2010s that BITs explicitly stated that dispute settlement provisions were excluded from the scope of the MFN provision. In this case, the use of the MFN clause to establish jurisdiction would mean disregarding the intent of the contracting states to the relevant BIT. Although the existing jurisprudence have lacked coherence and clarity, it appears that the confusion created by the two different approaches, *Maffezini-Siemens* and *Salini-Plama*, has resulted in a positive development. We believe that inconsistency in jurisprudence would remain unless BITs limit the scope of the MFN clause. States have now started to clearly reveal their intentions by excluding dispute settlement provisions when determining the scope of the MFN clause in their BITs. As a matter of fact, in this study, in which almost all BITs signed by Turkey were reviewed, the analysis of both the MFN clause and the dispute settlement provisions clearly reveals this change. It is a positive development that the dispute settlement provisions have been excluded from the scope of the MFN clause in the vast majority of the BITs signed by Turkey after 2010.

Nevertheless, there is still a possibility that these discussions may reoccur in arbitration proceedings initiated on the basis of earlier BITs that Turkey has signed.

---

**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

#### Books, Articles and Other Sources

Alexandrov SA, 'Introductory Note to International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID): SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan' (2003) 42(6) ILM 1285-1289.

Ataman-Fıganmeşe İ, 'The Impact of the *Maffezini* Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties' (2011) 8(2) Ankara Law Review 221-237.

Baklacı P, 'En Çok Gözetilen Ulus Kaydı ve Uyuşmazlık Çözüm Yollarına İlişkin Kurallar', (2009) 5(20) Uluslararası Hukuk ve Politika, 59-78.

- Banifatemi Y, 'The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration' in Andrea K Bjorklund, Ian A Laird and Sergey Ripinsky (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III* (BIICIL 2009) 241-273.
- Bayraktaroglu Özçelik G, 'ICSID Hakem Kararlarında "Yol Ayrımı" ("Fork in the Road") Kayıtları' (2020) 40(1) PPIL 497-518.
- Collins D, *An Introduction to International Investment Law* (Cambridge University Press 2016).
- Çalışkan Y, 'ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary Will be Used for the Definition of Investment and the Scope of Consent' in Ceyda Süral and Ekin Ömeroğlu (eds), *Foreign Investment Law* (Seçkin 2016) 91-106.
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2008).
- Eskiyörük S and Çağan G, 'Yeni Nesil İki Yanlı Yatırım Anlaşmalarında Güncel Eğilimler', (2021) 19 (220) Legal Hukuk Dergisi 1607-1644.
- Fietta S, 'Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?', (2005) 4 IntlALR 131-138.
- Friedland PD, 'The Scope of Most Favoured Nation Treatment Under the Energy Charter Treaty' in Graham Coop and Clarisse Ribeiro (eds), *Investment Protection and The Energy Charter Treaty* (JurisNet 2008) 101-114.
- Gaillard E, 'Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered' in Todd Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron 2005) 325-346.
- Ganesh A, 'Cooling of Period (Investment Arbitration)' (2017)7 MPIL 1-15.
- Giray FK, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları' (1997) 17(1-2) MHB 217-228.
- Gölcüklü İ, 'Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration' (2017) 37(2) PPIL 352-375.
- Köşgeroğlu Şit B, 'Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı' (2013) 107 TBB Dergisi 143-172.
- Maupin JA, 'MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is there Any Hope for a Consistent Approach?' (2011) 14 J. Int'l Econ L 157-190.
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri Birinci Kitap*, (18<sup>th</sup> edn, Turhan 2019).
- Reinisch A, '*Maffezini v Spain Case*, Max Planck Encyclopaedia of Public International Law' (2011) MPEPIL.
- Rowe S and Svetlana P, 'Current Trends in 'Umbrella Clause' Claims Arising From Breaches of Contractual Obligations' (2021) International Bar Association <https://www.ibanet.org/current-trends-umbrella-clause-claims> >Accessed 24 July 2022.
- Sarkinovic, TB, 'Umbrella Clauses an Their Policy Implications' (2011) 24 Hague Yearbook of International Law 313-357.
- Schreuer C, 'Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-the Vivendi I Case Considered' in Todd Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron 2005) 281-323 (Investment).
- Schreuer C, 'Travelling the BIT-Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road' (2004) 5(2)The Journal of World Investment & Trade 231-256. (BIT-Route).



- Sevgi S, 'En Çok Gözetilen Ulus Kaydının İkili Yatırım Anlaşmalarının Usule İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi: *Maffezini* Davası' (2020) 8 (1-2) SHD 89-123.
- Sinclair AC and Ramia L, 'MFN Treatment and the Adjudication of Investment Disputes' (2009) 21(2) National Law School of India Review 15-124.
- Stoppioni E, 'Jurisdictional Impact of Most-Favoured-Nation Clauses' (2017), [http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/MPEiPro/EiPro\\_Sample\\_Jurisdictional\\_Impact\\_of\\_MFN\\_Clauses\\_2017-Feb.pdf](http://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/MPEiPro/EiPro_Sample_Jurisdictional_Impact_of_MFN_Clauses_2017-Feb.pdf)
- Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları*, (15th edn, Beta 2021).
- Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003) (Doğrudan Yatırımlar).
- Tiryakioğlu B, 'Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik' in Hatice Özdemir Kocasakal and Süheyla Balkar (eds), *Tahkim Anlaşması* (Onikilevha 2020) 87-101 (Yetki).
- Uzun E, 'Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı' (2004) 24 MHB 741-766 (En Çok Gözetilen Ulus Kaydı).
- Uzun E, 'Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması-Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 25. Madde' (2018) 9(2) İnÜHFD 187-210 (Viyana Andlaşmalar Hukuku).
- Vessel S, 'Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties' (2007) 32 The Yale Journal of International 125-189.
- Wong J, 'Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes' (2006) 14 George Mason Law Review 137-179.
- Ziegler AR, 'Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment' in August Reinisch (ed), *Standards of Investment Protection* (Oxford 2008) 59-86.

## Awards

- ADF Group Inc v United States of America*, ICSID Case No ARB (AF)/00/1, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, <http://www.italaw.com/cases/131>
- Camuzzi International S.A. v Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/03/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0108.pdf>
- Consorzio Groupement L.E.S.I. DIPENTA v People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No ARB/03708 <http://italaw.com/cases/323>
- Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain*, ICSDD Case No ARB/97/7, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>
- Ethyl Corporation v The Government of Canada*, (UNCITRAL) <http://www.italaw.com/cases/409>
- Gas Natural SDG, S.A. v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/10, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf>
- İçkale İnşaat Limited Şirketi v Turkmenistan*, (8.3.2016) ICSID Case No ARB/10/24, <http://italaw.com/cases/2560>

- Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan*, Decision on Article VII.2 of the Türkiye-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, ICSID Case No ARB/10/1, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0932.pdf>
- Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan*, Award, ICSID Case No ARB/10/1, <http://www.italaw.com/cases/1220>
- MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile*, ICSID Case No ARB 01/07, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>
- Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v Turkmenistan*, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII (2), ICSID Case No ARB/12/6, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4163.pdf>
- Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v Turkmenistan*, ICSID Case No ARB/12/6, <http://www.italaw.com/cases/2036>
- National Grid PLC v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0553.pdf>
- Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/24, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>
- PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0694.pdf>
- Ronald S. Lauder v The Czech Republic*, (UNCITRAL), <http://www.italaw.com/cases/610>
- RosInvest Co UK Ltd v The Russian Federation*, Award on Jurisdiction (SCC Arb V079/2005), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>
- Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Hashemite Kingdom of Jordan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/02/13, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/10/13, <http://www.italaw.com/cases/1009>
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines*, ICSID Case No ARB/02/6, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>
- Siemens AG v The Argentine Republic* ICSID Case No ARB/02/08, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic ve AWG Group Ltd v The Argentine Republic (Suez)*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0049.pdf>
- Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/03/24, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf>
- Vladimir Berschader and Moise Berschader v The Russian Federation*, Case No 080/2004, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)
- Western NIS Enterprise Fund v Ukraine*, ICSID Case No ARB/04/02, <http://www.italaw.com/cases/1167>

## Refakatsiz Çocukların Hukukî Temsili: Seçilmiş Avrupa Ülkeleri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme

### Legal Representation of Unaccompanied Minors: An Assessment in Terms of Türkiye and Selected European Countries

Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden\* 

#### Öz

Ebeveynlerinin ya da diğer herhangi bir yetişkinin sorumluluğunda olmayan refakatsiz çocukların hukukî temsili, tüm dünyada küresel bir problem olarak başat rolde öne çıkmaktadır. Velâyet altında olmayan bu çocukların başta sığınma sürecine dair işlemleri olmak üzere, onu tüm yasal işlemlerinde temsil edecek, barınması, eğitimi ve gelişiminden öncelikli sorumlu olacak, çocuğa dair kararlarda çocuğun üstün yararına göre hareket edilmesini sağlayacak temsilcilere ihtiyacı vardır. Ülkeler, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine paralel olarak refakatsiz çocukların hukukî temsiliyi ya kendi ulusal düzenlemelerine uyarlayarak ya da onlara özel yeni düzenlemeler yaparak tanzim etmeyi tercih etmektedir. Türkiye'de de sayıları giderek artan refakatsiz çocukların hukukî temsiliinde esas itibarıyla Türk Medenî Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. İşbu çalışmada Türkiye'deki refakatsiz çocukların hukukî temsili, mevzuat ve uygulamadan verilen örnekler üzerinden, seçilmiş Avrupa ülkelerindeki uygulamalara da yer verilerek incelenecek ve çözüm önerileri sunulacaktır.

#### Anahtar Kelimeler

Refakatsiz Çocuk, Refakatsiz Küçük, Refakatsiz Mülteci Çocuk, Hukukî Temsil, Yasal Temsil, Vesâyet, Vasi, Kayımlık

#### Abstract

The legal representation of unaccompanied minors who are not being cared for by their parents or any other adult stands out as one of the main global problems. These children are under no one's custody and need representatives who will represent them in all legal proceedings, especially during the asylum process, who will take primary responsibility for their shelter, education, and development, and who will ensure that decisions regarding the child are applied in accordance with the child's best interests. In line with states' obligations arising from the Convention on the Rights of the Child, they are responsible for resolving the legal representation of unaccompanied children either by helping children adapt to the current national legislation or by enacting new regulations specific to unaccompanied minors. The legal representation of unaccompanied minors, whose number is also increasing in Türkiye, is mainly carried out within the framework of the Turkish Civil Code and the Child Protection Law. This study will examine the legal representation of unaccompanied minors in Türkiye through examples given from current legislation and practice, including those in selected European countries, and will present recommended solutions.

#### Keywords

Unaccompanied Children, Unaccompanied Minors, Unaccompanied Refugee Children, Legal Representation, Guardianship, Guardian, Curatorship

\* **Sorumlu Yazar:** Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: hzerden@29mayis.edu.tr ORCID: 0000-0002-3144-4259

**Atf:** Nalçacıoğlu Erden HZ, "Refakatsiz Çocukların Hukukî Temsili: Seçilmiş Avrupa Ülkeleri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme" (2023) 43(1) PPIL 37. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1.1176105>

### **Extended Summary**

According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), an unaccompanied child is a person under the age of 18 who has been separated from her/his parents and is not being cared for by an adult who has undertaken the responsibility of care by law or custom. A similar definition can also be found in Türkiye's Law on Foreigners and International Protection (Art 3/1/m).

According to the UN Convention on the Rights of the Child, to which Türkiye is a party, every contracting party must treat every child under its jurisdiction like a national child without any discrimination (Art 2) and is also obliged to recognize the child who does not have parents or any other family member the protection granted in the Convention to a child who has been permanently or temporarily separated from her/his family environment for any reason (Art 22/2). This protection to be granted to the child also includes the legal representation of the child in processes concerning her/his interests.

Provisions governing the legal representation of unaccompanied children in Turkish legislation involve the regulation in the Child Protection Law that gives the court the discretionary authority to decide on the guardian and curatorship if deemed necessary while presenting an injunction decision (Art 7/7); the provisions of the Turkish Civil Code regarding the guardianship law (Art 396 et al.) and the Regulation on Child Support Centers also stipulate that a guardian or a curatorship will be appointed primarily for those who have no legal representative (Art 9/2). The design of the relevant regulations has not been tailored specifically for unaccompanied children.

Juvenile courts grant the protective and supportive injunctions necessary for the care and upbringing of unaccompanied children who are in need of protection regarding social service institutions until the minor reaches the age of maturity. If the child in care is not under custody, the guardianship authority appoints the director of the institution or another person as guardian.

According to the Regulation on Child Support Centers, a consultant is appointed to the unaccompanied child (Art 7/1/d). The duty of the consultant includes not only planning the child's accommodations in the center and educational and social activities and/or informing the child about daily functions in the center but also covers the procedures regarding the protective and supportive measures from the juvenile court; carrying out the child's basic needs such as clothing and stationery; covering the child's expenditures; and following the child's asylum process. These are in fact the duties that should be under the guardian's authority. However, due to the absence of a court decision, the consultant is clearly not the guardian and does not have guardian powers and responsibilities. However, when examining consultants' duties and responsibilities in this regulation, they are easily seen to actually be working as an assistant guardian.

During a meeting with officials from the General Directorate of Child Services, they stated that the primary target for unaccompanied children in Türkiye is not the appointment of a guardian or a curatorship. The person with whom the child meets every day or whom the court deems appropriate may only be appointed as the guardian in cases of necessity, such as family reunification. Avoiding appointing a guardian to an unaccompanied child has been justified as a requirement for the court decision, and time has elapsed to take and remove the relevant decisions. Meanwhile, even if the plaintiff in lawsuits filed with the request of guardianship is one of the child’s relatives, the person upon having their request be found appropriate is appointed not as a guardian but as a curatorship, due to the possibility of abuse.

Because unaccompanied children are obliged to stay in Türkiye, the law applying to the appointment of a guardian and curatorship will be recognized as Turkish law. In this sense, the management of the institution of guardianship with regard to Turkish substantive law and its suitability for unaccompanied children should be addressed.

In Turkish law, guardianship is regulated as a public institution. The guardianship authority belongs to the civil courts of peace, while the supervisory authority belongs to the civil court of first instance. Guardians and curatorships are the main authorities who carry out the affairs of guardianship; guardianship offices are the guardianship bodies that make decisions, check-up on situations, and give permission when necessary. The rule in Turkish law is that any minor who is not under custody is to be placed under guardianship. Without prejudice to the provisions regarding the powers of the guardianship offices, the guardian essentially represents the minor under guardianship in all legal proceedings. A curatorship may also be appointed by the court for a specific task. In addition, unaccompanied children for whom a care injunction decision has been taken can also benefit from foster family services.

As a result, when taking the regulations regarding unaccompanied children into account as a whole, one can easily conclude that these regulations are general and scattered. In this article’s opinion, the need exists for a new legal regulation that brings together and improves the provisions of the current legislation for unaccompanied children, inclusive of their legal representation. This regulation should also establish autonomous public legal entity guardianship institutions as well as regulate an institutional system. Guardian pools should be established within the legal person guardianship system. A guardian must be immediately appointed to the unaccompanied child before any asylum application is made. The time the court takes to decide upon the guardian appointment can be reduced by imposing an upper limit in terms of time. The appointment of a lawyer by the guardian to represent the child would also be appropriate.

## I. Giriş

Dünyada 2021 yılı sonu itibarıyla zulüm, çatışma, şiddet, insan hakları ihlalleri veya ciddi şekilde kamu düzenini bozan durumlar sebebiyle 89,3 milyon insan zorla yerinden edilmiştir<sup>1</sup>. Yaşadıkları ülkeyi terk etmek zorunda bırakılan bu kişiler, aslında çıktıkları zorunlu göç yolunda arzu ettikleri ülkeye ulaşana dek çok çeşitli zorluklarla karşılaşmaktadır.

Göç olgusu önce erkek, sonra kadın üzerinde hâkim iken 2000’li yıllardan itibaren “çocuk” üzerinde etkilerini göstermeye başlamış, bu bağlamda çocuk hakları ile göç hukuku arasında bir kesişim kümesi olarak yabancı statüsünde çocuk kavramı ortaya çıkmıştır<sup>2</sup>. Zira hem grup hem de bireysel olarak gerçekleşen bu yoğun göç akımının içerisinde özellikle *hiçbir yetişkinin refakati ve sorumluluğu olmaksızın ferdi olarak hareket eden çocuklar* dikkati çekmektedir.

Türkiye’nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme<sup>3</sup>’ye göre, uygulanacak olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç olmak üzere on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır (m 1). Göç sürecini tek başına deneyimleyen *refakatsiz çocuklar (unaccompanied children)* ise, millî kanunlara göre daha genç bir yaşta reşit sayılma durumu hariç, on sekiz yaşından küçük ve her iki ebeveyninden de ayrılmış ve yasayla veya gelenek yoluyla ona bakmakla sorumlu bir kişi tarafından bakılmayan çocuklardır<sup>4:5</sup>.

Dünyada yaşanan göç hareketliliğine paralel olarak her geçen gün çok daha fazla göçmene<sup>6</sup> ev sahipliği yapan Türkiye ise maruz kaldığı yoğun göç karşısında tarihi kökleri itibarıyla göçmenlere karşı izlediği hoşgörü politikasını, mevzuatında yapmış olduğu değişikliklere de yansıtmıştır. Nitekim refakatsiz çocuklar için benzer bir tanım Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu<sup>7</sup>’nda (YUKK) da yer almaktadır. Kanunda refakatsiz çocuk, “sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece<sup>8</sup>, kanunen

1 UNHCR, “Global Trends: Forced Displacement in 2021” (2021) 2.

2 Reyhan Atasü Topçuoğlu, *Türkiye’de Göçmen Çocukların Profili, Sosyal Politika ve Sosyal Hizmet Önerileri Hızlı Değerlendirme Araştırması* (İsveç Uluslararası Kalkınma ve İşbirliği Ajansı ve Uluslararası Göç Örgütü 2013) 11.

3 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4058, Kabul Tarihi: 09.12.1994, RG 11.12.1994/22138

4 BMMYK Sığınma Talebinde Bulunan Refakatsiz Çocuklarla İlgili Politika ve İşlemlere İlişkin Kılavuz İlkeler (1997) m 3.1 için bkz UNHCR, Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum (1997). Benzer bir tanım için bkz UNHCR Guidelines on Formal Determination of the Best Interests of the Child (2006) 5; UNHCR, Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children (2004) 13. “Reşit olmayan ve tabiiyetine sahip oldukları ülke dışında olup, anne babaları, vasi veya kanunen veya geleneklere göre onlardan sorumlu başka bir yetişkinin refakat etmediği çocuklar” şeklindeki farklı bir tanım için bkz Uluslararası Göç Örgütü, “Uluslararası Göç Hukuku No. 31”, in Richard Perruchoud ve Jillyanne Redpath Cross (eds), *Göç Terimleri Sözlüğü* (2. Baskı IOM 2013) 70.

5 Ailesinden ayrı düşmüş çocuklar (*separated children*) ise, “her iki ebeveyninden veya önceki yasal veya geleneksel vasisinden (diğer akrabalarından olması şartı aranmaksızın) ayrılmış kişilerdir. Bu yüzden bu kişiler arasında diğer yetişkin aile üyeleri tarafından refakat edilen çocuklar da olabilir” (UNHCR, Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children, (n 4) 13. Dolayısıyla ailesinden ayrı düşmüş çocuklarda velilerinden ve önceki vasislerinden ayrılmış olmakla beraber en azından yakın bir akrabasının gözetimi söz konusu iken; refakatsiz çocuklarda veli ya da önceki vasisden ayrılmış olmanın yanı sıra hiçbir yetişkin refakatçisinin gözetimi de söz konusu değildir.

6 Çalışmada göçmen terimi, siyasal karışıklıklar, sosyal ya da ekonomik sebepler yahut savaş gibi benzeri nedenlerle daha iyi yaşam koşullarına sahip olmak amacıyla yaşadıkları ülkeyi terk eden ya da terk etmek zorunda bırakılan kişileri ifade edecek şekilde, Türk hukukundaki İskân Kanunu (Kanun Numarası: 5543, Kabul Tarihi: 19.09.2006, RG 26.09.2006/26301) anlamıyla değil, göç hukukundaki genel anlamı ile üst bir kavram olarak kullanılmıştır.

7 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 11.04.2013/28615

8 Kanunda geçen “sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece” şeklindeki ifade, sorumlu bir yetişkinin refakati olmaksızın Türkiye’ye gelen veya Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuğa, vasi, kayıym ya da başka bir yasal temsilcinin atanması durumunda, refakatsiz olan çocuğun, artık refakatsiz olarak tanımlanamayacağı şeklinde yorumlamaya açıktır.

ya da örf ve âdet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan" çocuk olarak tanımlanmakta (m 3/m) ve özel ihtiyaç sahibi kişiler kapsamında anılmaktadır (m 3/1).<sup>9</sup> Türk hukukunda refakatsiz çocuklar<sup>10</sup> iki farklı koruma statüsüne tâbi olarak korunmaktadır: uluslararası koruma statüsü ve geçici koruma statüsü<sup>11</sup>. Uluslararası koruma mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü (YUKK m 3/1/r), geçici koruma ise acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen kişileri kapsamaktadır (YUKK m 91/1).

Dünyada 2021 yılında toplam 1,7 milyon kişi sığınma başvurusunda bulunurken bunların 27 bini refakatsiz çocuklara aittir ki; bu rakam toplam başvuru sayısının %2'sine karşılık gelmektedir<sup>12</sup>. Avrupa Birliği üyesi ülkelere ise 2021 yılında toplam 630.890 sığınma başvurusunda bulunulmuştur<sup>13</sup>. 267.360'ı kabul edilmiş olan bu başvuruların 23.255'i refakatsiz çocuklara aittir<sup>14</sup>. Türkiye ise barındırdığı geçici koruma altındaki yaklaşık 3,7 milyon Suriyeli ve diğer milliyetlere tâbi 322.000'e yakın uluslararası koruma altındaki mülteci sayısı ile, dünyanın en büyük mülteci nüfusuna sahip ülke konumundadır<sup>15,16</sup>.

9 Refakatsiz çocuklara dair aynı düzenleme, Geçici Koruma Yönetmeliği'nde de yer almaktadır (m 3/1/1 ve m). (Geçici Koruma Yönetmeliği, RG 22.10.2014/29153).

10 Türkiye'deki refakatsiz çocuklar ile bire bir görüşülerek yaşadıkları göç süreci ve Türkiye'deki yaşam deneyimleri üzerine kaleme alınmış eserler için bkz Özge Silav, *Refakatsiz Çocukların İyilik Hallerini Etkileyen Faktörlerin İncelenmesi* (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2022); Serap Tunç, *Refakatsiz Çocuk ve Gençlerin Kurum Bakımı ve Sonrasına İlişkin Deneyimleri* (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2022). Refakatsiz çocuklarla ilgili kamu kuruluşları, yerel yönetimler, uluslararası örgütler ve sahada çalışan sivil toplum kuruluşları ile görüşülerek yapılan araştırmalar (projeler) için bkz Kasım Karataş, Helga Rittersberger, Reyhan Atasü Topçuoğlu, Oğuzhan Ömer Demir, *Türkiye'de Refakatsiz Çocuklara Erişim ve Çocuğun Yüksek Yararına Yönelik Hizmet Sunumunun Teşvik Edilmesi Projesi Değerlendirme Raporu* (2014); Neva Öztürk, Gökçen Taner ve Ersoy Kontacı, *Çocukların Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi* (Türkiye Barolar Birliği 2019); *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalet Erişimi Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (ed) in Nuray Ekşi (ed) (Türkiye Adalet Akademisi 2018).

11 Detaylı bilgi için bkz Aysel Çelikel ve Günseli Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş 27. Bası, Beta 2022) 156-170.

12 Global Trends: Forced Displacement in 2021 (n 1). Refakatsiz çocuklara dair veri bildiriminde bulunan ülke sayısının yetersiz olması nedeniyle gerçek rakamın çok daha yüksek olduğu tahmin edilmektedir.

13 Eurostat, "Children in migration-asylum applicants" <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Children\\_in\\_migration\\_-\\_asylum\\_applicants](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Children_in_migration_-_asylum_applicants)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

14 Sığınma başvurusu kabul edilen refakatsiz çocuk sayısı geçen yıla göre %72 oranında artış göstermiştir, bkz Eurostat, "Asylum 2021: asylum decisions and unaccompanied minors" <<https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20220504-1>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022. Refakatsiz çocukların sığınma başvurularını ülke bazında incelemek için bkz Eurostat, "Asylum applicants considered to be unaccompanied minors-annual data" <<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00194/default/table?lang=en>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

15 UNHCR, "Turkey Fact Sheet" (2022) 1 <<https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2022/03/UNHCR-Turkey-Factsheet-February-2022.pdf>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2022.

16 Göç İdaresi Başkanlığı'nın (GİB) "göç"e dair istatistikî verileri incelendiğinde genel olarak geçici koruma ya da uluslararası koruma altındaki kişilerin kadın-erkek-çocuk ayrımına yer verilmeksizin toplam sayısına yer verildiği (örneğin geçici koruma için bkz Göç İdaresi Başkanlığı, "Yıllara Göre Geçici Koruma Kapsamındaki Suriyeliler" <<https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022; uluslararası koruma için bkz GİB, "Yıllara Göre Uluslararası Koruma Başvurusu" <<https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-istatistikler>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022), Türkiye İstatistik Kurumu'nun (TÜİK) verileri incelendiğinde ise 0-18 yaş arasının özellikle incelenmediği (örneğin bkz TÜİK, "Uluslararası Göç İstatistikleri" (2019) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Uluslararasi-Goc-Istatistikleri-2019-33709>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022 (daha yeni tarihli göç istatistiği henüz yayınlanmamıştır) veya bkz TÜİK, "İstatistiklerle Gençlik" (2021) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Genclik-2021-45634>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022) ve refakatsiz çocuklar özelinde herhangi bir kaydı verinin olmadığı tespit edilmiştir. Ancak TBMM İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan Göç ve Uyum Raporu'na göre (2018), çocuk destek merkezlerinde 288, koruyucu aile yanında kalan 8 refakatsiz çocuğun bakımı sağlanmaktadır bkz TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Mülteci Hakları Alt Komisyonu, "Göç ve Uyum Raporu" (2018) 83.

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye göre her âkit devlet, kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa herhangi bir sebeple hiçbir ayırım gözetmeksizin vatandaşı çocuk gibi davranmak zorunda olup (m 2) geçici ve sürekli olarak aile yaşantısından yoksun kalan ya da o ortamda bulunmasının çocuğun yararına olmadığı durumlarda da ilgili çocuğa kendi yasalarına uygun olan bakımı sağlama ve koruma yükümlülüğüne sahiptir (m 20). Türk hukukunda adı geçen Sözleşme'den doğan yükümlülüklerle paralel olarak Anayasa<sup>17</sup>'nin "Aile korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesi ve "Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler" başlıklı 61. maddesi ile vatandaş-yabancı ayırımı yapılmaksızın her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma hakkına sahip olduğu temel ilke olarak kabul edilmiş ve Devletin korunmaya muhtaç çocuklar için her türlü tedbiri almakla mükellef olduğu hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme'ye göre, çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu çocuğun yüksek yararını dikkate alacak şekilde ilk önce ebeveynlere, yoklar ise yasal vasilere aittir (m 18). Sözleşme'de çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi gerekliliği de ayrıca vurgulanmıştır (m 12/2). Yine Sözleşmede, refakatsiz çocuklar özel olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, tek başına ya da ana-babası veya herhangi bir başka kimseyle birlikte bulunan ve mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da mülteci sayılan bir çocuğun, koruma ve insanî yardımdan yararlanmasına dair ilke yer almaktadır (m 22/1). Aynı ilkede, âdetâ refakatsiz çocukları kastedercesine, herhangi bir nedenle kendi aile çevresinden sürekli ya da geçici olarak ayrı düşmüş bir çocuğa Sözleşmeye göre tanınan korumanın, aynı esaslar içinde, ebeveynleri ya da ailesinin başka hiçbir üyesi bulunmayan çocuğa da tanınacağı hüküm altına alınmıştır (m 22/2). Çocuğa tanınacak bu koruma, çocuğun menfaatlerini ilgilendiren süreçlerde hukukî olarak temsilini kapsamaktadır<sup>18</sup>.

Benzer şekilde, âkit devletlerin Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirme konusunda kaydettikleri ilerlemeleri incelemek amacıyla kurulan (m 43) Çocuk Hakları Komitesi'nin 6 nolu yorumuna<sup>19</sup> göre de refakatsiz çocukların ana-babalarına ya da ana-baba sorumluluğuna yakın olan yetişkinlere dayalı olarak statülerinin değerlendirilmesi imkânı bulunmadığından, çocuğun refakatsiz olduğunun tespitinin akabinde ilgili statü başvurusundan hemen önce kendisine yasal bir temsilci atanmalı (para 21) ve bu temsilci, tüm hukukî süreçlerde çocuğa eşlik etmelidir (para 63, 72). Kaldı ki; uygun yasal statünün belirlenmesi, bu statüye başvuru ve statüye dair kararın çıkması aşamalarının yasal temsilci nezdinde ve onayı doğrultusunda yürütülmesi, çocuğun yararını önceleyen usule dair en temel güvence niteliğindedir (para 21). Öyle ki; Çocuk Hakları Komitesi statünün belirlenmesi dışında ilgili temsilcinin küçükle

17 Anayasa, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer)

18 Öztürk, Taner ve Kontacı (n 10) 43.

19 Committee on the Rights of the Child, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, General Comment No 6, CRC/GC/2005/6 (2005).



ilgili alınacak her türlü kararda sürece dahil edilmesi gerekliliğini vurgulamıştır (para 33).<sup>20</sup> Yine aynı yorumda, küçüğün sığınma usulüne dair işlemlerinde, idareyle ve yargıyla olan işlemlerinde vasi ya da kayyım gibi temsilcilerin yanında avukat gibi yasal bir temsilci tarafından da temsil edilmesi gerekliliği ifade edilmiştir (para 21, 36). Atanacak temsilcilerin kural olarak sığınma süreci ve sosyal hizmetler konusunda uzmanlık eğitimi almış, yetkili kurum ve kişilerle etkili bir şekilde iletişim kurabilecek, refakatsiz çocuk ile diğer kişiler arasında köprü vasfını görececek nitelikte olması aranmaktadır<sup>21</sup>.

Sığınma Talebinde Bulunan Refakatsiz Çocuklarla İlgili Politika ve İşlemlere İlişkin Kılavuz İlkeler’de, her devlete, çocuğun refakatsiz olduğunun tespitinin ardından çocuğu hukukî olarak temsil edecek kişiyi atamak üzere resmi ancak bağımsız bir birimin kurulması önerilmektedir<sup>22</sup>. Çocuk Hakları Komitesi 6 nolu yorumuna göre de refakatsiz çocukların temsillerinin tek tek yapılmasının mümkün olamayacağı büyük ölçekli acil durumlarda çocukların temsillerinin devletler ve bu çocuklar adına çalışmalar yürüten kuruluşlar tarafından sağlanması (para 38) ve temsilciyi denetleyecek etkin mekanizmaların kurulması gerekmektedir (para 95).

YUKK’un refakatsiz çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararının gözetileceğini şeklindeki ilkesi (m 66/1) de esas itibarıyla Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin “kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir” şeklindeki 3. maddesine dayanmaktadır. Bu nedenledir ki; refakatsiz çocuğun Türkiye’ye gelme sebebi her ne olursa olsun bütün sıfatlarından arındırılarak önce “çocuk<sup>23</sup>” olarak ele alınması<sup>24</sup> bu ilkenin bir gereğidir. Dolayısıyla sorumlu bir yetişkinin refakati olmaksızın Türkiye sınırları içerisinde yer alan çocuk hakkında ivedilikle kendisi için uygun olan koruma statüsüne dair işlemlerin yapılması; Türkiye’de barınması, eğitim ve sağlık gibi temel ihtiyaçlara erişiminin temini; aile birleşimi ya da geri dönüşü için çocuğun yararını; kültür, dil ve din farklılıklarını gözetecek bir kişi tarafından hızlı bir şekilde temsili önem arz etmektedir. Bu da ancak çocuğu temsil edecek bir temsilci ile mümkün olabilecektir. Ne var ki yapılan araştırmalar, refakatsiz küçüklerin, özellikle Türkçe bilmemeleri sebebiyle, Türkiye’de sahip oldukları hakların neler olduğuna; bu haklara ve bu haklarını kullanırken kendilerine sunulan hukukî yardımlara

20 BM Genel Kurulu’nun Çocukların Alternatif Bakımına Yönelik Kılavuz İlkeleri’nde de refakatsiz bir çocuğun tespiti halinde, sığınma süreci boyunca çocuğun bakımından sorumlu bir temsilcinin ya da kuruluşun derhal atanması gerekliliği ifade edilmiştir (para 145), bkz UNHCR, Guidelines for the Alternative Care of Children (2009).

21 Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum (n 4) (m 5.7). Aynı yönde Çocuk Hakları Komitesi’nin 6 nolu yorumu (n 19) para 33-38.

22 Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum (n 4) (m 5.7).

23 YUKK’a göre çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişiyi ifade etmektedir (m 3/e).

24 Genel olarak bkz Heaven Crawley, *Child First, Migrant Second: Ensuring That Every Child Matters* (Immigration Law Practitioners’ Association 2006).

nasıl ulaşabileceklerine dair bilgilerinin olmadığını göstermektedir<sup>25</sup>. Dolayısıyla refakatsiz Türkiye’ye gelen ya da Türkiye’ye girdikten sonra refakatsiz kalan on sekiz yaşından küçük bu çocukların özellikle yetkililerle iletişiminde, hakları konusunda bilgilendirilmesinde ve kendi yararları için atılacak adımların tespitinde onlar adına hareket edecek, gerekli kararları alabilecek, güvenilir temsilcilere ihtiyaçları olduğu açıktır. Refakatsiz çocuklar için aile birleşimi, gönüllü geri dönüş<sup>26</sup>, üçüncü bir ülkeye yerleştirme, yerel entegrasyon ya da ülkelerarası evlat edinme gibi çözüm önerileri sunulmaktadır. İşte temsilci, somut şartları değerlendirerek refakatsiz çocuk için en uygun ve sürdürülebilir çözümü, çocuğun da görüşünü dikkate alarak tercih etmelidir.

Bu bakımdan Türk hukukunda refakatsiz çocukların hukukî temsiline dair özel bir düzenleme bulunmamakta; Türk Medenî Kanunu<sup>27</sup> (TMK) ve Çocuk Koruma Kanunu<sup>28</sup> (ÇKK) hükümleri çerçevesinde refakatsiz çocukların vasi ya da kayyım aracılığıyla hukukî olarak temsiline karar verilmektedir. Sadece Refakatsiz Çocuklar Yönergesi<sup>29</sup>’nde (m 10/1/d) ve Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği<sup>30</sup>’nde (m 7/1/d) kabul merkezinden kalacağı kuruluşa aktarılan refakatsiz çocuğa, yerleştirildiği yer kuruluş müdürü tarafından “danışman” tayin edileceği hüküm altına alınmıştır. Yönergede “temsil” ifadesi hiç geçmemekte, danışman ise “kuruluşa kabul edilen her çocuğun uyumunu sağlamak, takibini yapmak, uygulama ve mesleki çalışma planlarını izlemekten sorumlu meslek elemanı” olarak tanımlanmaktadır (m 4/1/ı).

Bu kapsamda göçmenlerin geri dönüp dönmeyeceği, gönüllü geri dönüşün mümkün olup olmayacağı bahislerinden ziyade bu çalışmada, bir vaka olarak ülkemizde yadsınamayacak sayıdaki göçmenlerin varlığı kabul edilerek mevcut sorunlardan biri, refakatsiz çocukların hukukî temsili ele alınacaktır. Belirtmek gerekir ki çalışmada “hukukî temsil” ifadesiyle hem vasilik ve kayyımlik hem de avukatlık müesseseleri ile benzer yasal temsilciler kastedilmektedir<sup>31</sup>. Çalışmada refakatsiz çocukların yasal ya da yasal olmayan yollarla ülkelere giriş yaptıktan sonra nasıl temsil edildikleri, seçilmiş Avrupa ülkelerinde ve Türkiye’deki uygulamalar çerçevesinde ele alınacaktır.

25 Öztürk, Taner ve Kontaktı, (n 10) 15.

26 Refakatsiz çocukların aile birleşimi ve gönüllü geri dönüşüne dair bkz Merve Sizer, *Ülkeden Uzaklaştırmaya İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü* (Yetkin Yayınları 2021) 140-157.

27 Türk Medenî Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607

28 Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.7.2005/25876

29 Refakatsiz Çocuklar Yönergesi (RÇY), 20.10.2015 tarihli yazı ile Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından onaylanmıştır.

30 RG 29.03.2015/29310

31 Uluslararası metinlerde vasi (*guardian*), ebeveyn sorumluluğuna sahip olan ve çocuğu tüm yasal işlemlerinde temsil eden bağımsız bir kişi olarak tanımlanırken (European Union Agency for Fundamental Rights, “Guardianship for children deprived of parental care” (2015) 14), temsilci (*representative*, *legal representative*) ise sığınma prosedüründe çocuğa destek olmak ve temsil etmek amacıyla yetkili makamlarca atanan kişi veya kuruluştur (örneğin bkz Directive 2013/33/EU of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), (2013) L 180/96 (m 2/j). Bu anlamda temsilci, avukattan (*lawyer*, *legal professional*) farklı bir kişidir, bkz European Union Agency for Fundamental Rights, *Guardianship Systems For Unaccompanied Children in The European Union Developments Since 2014* (Publication of the European Union 2022) 15. Benzer yönde Marina Vannelli, “The Unaccompanied Child’s Right to Legal Assistance and Representation in Asylum Procedures under EU Law” (2022) 11 (1) 11 Laws 1, 3.

## II. Seçilmiş Avrupa Ülkelerinde Refakatsiz Çocukların Hukukî Temsili

Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkeler<sup>32</sup>, Birliğin sistemli, hızlı ve etkin karar mekanizmaları ile homojen uygulamaları doğrultusunda çizilen çerçeve içerisinde refakatsiz çocukların hukukî olarak temsilini düzenlemekle<sup>33</sup> ve mümkün olan en kısa sürede bir temsili atamakla yükümlüdürler<sup>34</sup>. Birlik çalışmaları içerisinde Refakatçisi Olmayan Küçüklere İlişkin Eylem Planı<sup>35</sup> (2010-2014); Avrupa Birliği Komisyonu'nun hazırladığı Ebeveyn Bakımından Yoksun Çocukların Vesâyetine Dair El Kitabı<sup>36</sup>; Göç Halindeki Çocukların Korunmasına Dair karar<sup>37</sup> ve Çocuk Haklarına İlişkin AB Stratejisi'ne dair karar<sup>38</sup>; Göç bağlamında refakatsiz ve ailesinden ayrı düşmüş çocuklar için etkili vesâyet hakkında tavsiye karar<sup>39</sup>; AB Yeni Göç ve İltica Paktı<sup>40</sup>; Avrupa'da Göç ve Sığınma Bağlamında Hassas Durumdaki Kişilerin Korunması Eylem Planı<sup>41</sup> (2020-2025) ve Avrupa Birliği'nde Refakatsiz Çocukların Vesâyet Sistemlerine Dair Rapor<sup>42</sup> gibi Avrupa Birliği'nde refakatsiz olduğu tespit edilen çocukları yasal olarak temsil edecek kişilerin görev ve sorumluluklarına dair uygulanması zorunlu veya rehber nitelikteki çalışmalar yer almaktadır.<sup>43</sup>

32 Tüm AB üyesi ülkeler, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye taraf, European Parliamentary Research Service, Briefing-Children's rights in the EU Marking 30 years of the UN Convention on the Rights of the Child (2019) 1.

33 Directive 2013/33/EU (n 30) (m 24); Directive 2013/32/EU of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), (2013) L 180/60 (m 25).

34 Avrupa Birliği Komisyonu'na göre refakatsiz çocuğa dair kayıt alındıktan sonra en fazla beş iş günü içerisinde bir temsilcinin atanması gerekmektedir, bkz European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, COM (2016) 466 final 49 ve European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU, COM (2016) 467 final 15. Ancak temsilci tayini için zaman sınırının 15 güne ve istisnai olarak 25 iş gününe kadar uzatılması teklif edilmiştir, bkz Council of the European Union, Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)-Conditional confirmation of the final compromise text with a view to agreement, Interinstitutional File: 2016/0222 (COD) (2018) (m 9/3).

35 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, "Action Plan on Unaccompanied Minors (2010-2014)", SEC (2010) 534.

36 Guardianship for children deprived of parental care (n 31).

37 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, "The protection of children in migration", COM (2017) 0211 final (2017).

38 Communication From The Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "EU strategy on the rights of the child", COM (2021) 142 final (2021).

39 Council of Europe, "Effective guardianship for unaccompanied and separated children in the context of migration, Recommendation", CM/Rec (2019)11 of the Committee of Ministers (2020).

40 European Commission, "The New Pact on Migration and Asylum documents" (2020).

41 Council of Europe Action Plan on Protecting Vulnerable Persons in the Context of Migration and Asylum in Europe (2021-2025).

42 27 AB üyesi ülke ile Sırbistan ve Kuzey Makedonya'ya dair Raporda, refakatsiz çocukların vesâyetine dair sistemler, yasal temsilcinin atanması ve nitelikleri çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenmiştir, Guardianship Systems For Unaccompanied Children in The European Union Developments Since 2014 (n 31).

43 Avrupa'daki refakatsiz çocuklara dair detaylı bir inceleme için bkz Nazlı Töre, *Avrupa Yollarında Kayıp Göçmen Çocuklar* (Turhan Kitabevi 2022). Yazar, AB müktesebatında refakatsiz çocukların haklarına dair özel bir düzenlemenin bulunmadığını ifade ederek üye ülkeler bazındaki uygulamaların Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülükler ile göç ve sığınmaya dair ulusal düzenlemelerin birleşiminden oluşan yerel düzeyde kalan sözde gayretlerden ibaret olduğu kanaatinde (209-217).

Birlik üyesi ülkelerde refakatsiz çocukların bakımıyla ilgilenen kuruluşlarla işbirliği yaparak refakatsiz çocukların Avrupa ülkelerindeki yakınlarının bulunması ve birleştirilmesi ile refakatsiz çocukların kabulünden elde edilen deneyimlerin paylaşılmasını amaçlayan Avrupa Vesâyet Hizmetleri Ağı olarak adlandırılabilen Birlik tarafından finanse edilen EGN (*European Guardianship Network*) dünyada bu alanda çalışan öncü kuruluşlardan biridir<sup>44</sup>.

Çalışmada Belçika, Hollanda ve İsveç'in refakatsiz çocukların hukukî temsiline dair uygulamaları incelenecektir. Her üç ülke de Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye taraf olduğundan ülkelerindeki tüm çocuklara eşit muamelede bulunmakla yükümlüdür. Anılan ülkeler, refakatsiz çocukların hukukî temsiline dair düzenlemelerini kanun düzeyinde yapmaları veya bu çocuklara özgü ayrı vesayet kurumları oluşturmaları nedeniyle tercih edilmiştir. Son olarak belirtmek gerekir ki amacımız aşağıda inceleyeceğimiz ülkelerin göçmenlere yönelik tutumlarından ziyade refakatsiz çocukların vesâyetine dair düzenlemelerini ele almaktır.

### A. Belçika<sup>45</sup>

24 Aralık 2002 tarihli Belçika Vesâyet Kanunu'na göre refakatsiz çocuk<sup>46</sup>, (i) 18 yaşın altında ve (ii) Avrupa Ekonomik Alanı üyesi ve İsveç vatandaşı olmayan bir ülkenin vatandaşı olup (iii) yürürlükteki yasalara göre kendisi üzerinde ebeveyn veya vesâyet yetkisi olan bir kişinin refakatinde bulunmayan, (iv) mülteci statüsü için başvuran veya Belçika'da yasal ikamet koşullarını sağlamayan kişidir (m 479/5)<sup>47, 48</sup>.

Belçika sınırında ya da içerisinde on sekiz yaşından küçük görünen ya da on sekiz yaşından küçük olduğunu beyan eden refakatsiz küçüğün tespiti durumunda her

44 European Guardianship Network <<https://www.egnetwork.eu/about/history/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

45 2021 yılı itibarıyla kayıtlı 4881 refakatsiz çocuk bulunan Belçika (Asylum Information Database by European Council on Refugees and Exiles, "Identification-Belgium" <<https://asylumineurope.org/reports/country/belgium/asylum-procedure/guarantees-vulnerable-groups/identification/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022), Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'ne ve Mültecilerin Hukukî Statüsü'ne İlişkin Protokol'e tarafır bkz States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol <<https://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73bd63.pdf>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022.

46 2002 yılında Kanada'daki annesinin yanına dönmek için Kongo'dan Belçika'ya giderken yetişkinlerle beraber iki ay süreyle gözüaltına alınıp sınırđırdı edilen 5 yaşındaki kız çocuğun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) yapmış olduğu başvuru neticesinde Belçika, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3, 5 ve 8. maddelerinin ihlali nedeniyle suçlu bulunmuştur. Anılan dava, refakatsiz çocukların hukukî temsilinin Vesâyet Kanunu'nda düzenlenmesine vesile olmuştur. (Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium, App no 13178/03 (ECHR, 12 December 2006) kararı için bkz Katrien De Graeve, Marianne Vervliet ve Ilse Derluyn, "Between Immigration Control and Child Protection: Unaccompanied Minors in Belgium" 2017 (15) 1 Social Work and Society International Online Journal 1, 5.

47 Belçika Vesâyet Kanunu için bkz <[http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2002122445&table\\_name=loi](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2002122445&table_name=loi)> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022. Kanun, Refakatsiz Yabancı Küçüklerin Vasiliği başlıklı 479. maddesinde, 29 ayrı alt maddeye yer vermiştir. Bundan sonra bu Kanuna dair anılan maddeler, 479. maddenin alt maddeleri olarak sadece alt madde numarası ile anılacaktır.

48 İlgili maddeye göre Belçika, refakatsiz küçükleri Avrupa Ekonomik Alanı'ndan gelenler ve gelmeyenler şeklinde ikiye ayırarak farklı muameleye tâbi tutmaktadır. Buna göre, Avrupa Ekonomik Alanı'ndan gelen ve *hassas durumdaki Avrupalı küçükler* (*European minors in a vulnerable situation*) olarak adlandırılan refakatsiz küçükler, Vesâyet Kanunu kapsamında değildir. Ayrıca bkz European Migration Network, *Unaccompanied minors in Belgium Reception, Return and Integration Arrangements* (2009) 7.

ilgili makam, Vesâyet Hizmetleri Bölümü'ne (*Dienst Voogdij*) bildirimde bulunmak zorundadır (m 6). Vesâyet Hizmetleri Bölümü refakatsiz çocuğa iki farklı şekilde muamele edebilmektedir; eğer ki çocuğun küçük olduğuna dair herhangi bir şüphe yok ise çocuğa derhal vasi atanırken (m 8), çocuğun yaşına dair şüphe söz konusuysa Vesâyet Hizmetleri Bölümü'nün gözetiminde çocuğun yaşı tespit edilir. Yapılan tıbbî test sonucunda küçük olduğu anlaşılan çocuğa vasi atanır; on sekiz yaşından büyük olduğu anlaşılan kişi ise yetişkin muamelesine tâbi olur (m 7).

Refakatsiz çocuğa atanan vasi, refakatsiz çocuğu tüm yasal işlemlerinde temsil eder (m 9). Vasi, çocuğa iltica başvurusunda yardımcı olmak zorundadır (m 9/1); ancak çocuk isterse vasiden bağımsız olarak da iltica başvurusunda bulunabilir (m 9/son). İltica başvurusundaki mülâkatlar ile çocuk hakkındaki her duruşma mutlaka vasinin eşliğinde gerçekleştirilmelidir. Öyle ki; vasinin yokluğunda gerçekleşen mülakat, hukuken geçerli sayılmaz<sup>49</sup>. Vasi, avukat tayin etmek (m 9/3), çocuğun Belçika'da kaldığı süre boyunca çocuğun eğitim görmesini ve uygun psikolojik destek ve tıbbî bakım almasını ve çocuğun siyasî ve dîni görüşlerine saygı duyulmasını sağlamak zorundadır (m 10/1). Vasi, küçüğün evlenmesine, evlat edinilmesine veya çalıştırılmasına rıza gösteremez (m 10/2). Vasi, çocuğun aile bireylerini bulmasına yardımcı olmak, çocuk ile ilgili tüm süreç ve kararlar hakkında çocuğu bilgilendirmek (m 11) ve çocuğun menfaatini gözeterek şekilde hareket etmek zorundadır (m 12/2). Vasi, refakatsiz çocuğa dair tüm görevlerini icra ederken bağımsız olmakla beraber (m 3) belli bazı işler için sull hukuk mahkemesinden izin almalıdır (m 12/1). Bu anlamda vasi, atandıktan itibaren düzenli aralıklarla çocuğa ilişkin hazırladığı raporları Vesâyet Hizmeti Bölümü'ne gönderir (m 13).

Vesâyet Hizmetleri Bölümü, Belçika Adalet Bakanlığı'na bağlı olup vasi listesinin hazırlanması, atanması, denetimi ve vasilere sunulacak eğitim hizmetlerinden sorumludur (m 3). Belçika'da vasilik profesyonel vasilik ve gönüllü vasilik olmak üzere iki çeşittir. Profesyonel vasilik, sosyal ve hukukî hizmetler alanında etkin sivil toplum kuruluşları üyeleri tarafından gerçekleştirilirken gönüllü vasilik, tamamen isteğe bağlıdır<sup>50</sup>. Gönüllü vasiler aynı anda iki ya da üç çocuk ile ilgilenirken profesyonel vasiler aynı anda on sekiz kadar çocuk üzerinde çalışabilmektedir<sup>51</sup>. Her iki tür vasilik de ücrete tabi olup<sup>52</sup> her vasinin her yıl yeniden alınması zorunlu eğitimi tamamlaması gerekmektedir<sup>53</sup>. Vasilik, refakatsiz çocuğun on sekiz yaşına gelmesiyle, velisinin ortaya çıkmasıyla, ölüm ya da Belçika vatandaşlığını almasıyla, vasisin çocuktan en azından dört aydır haber alamaması durumlarında kendiliğinden sona erer (m 24).

49 European Guardianship Network, Towards a European Framework of Guardianship Institutions (2010) 13.

50 ibid 12.

51 Guardianship Systems For Unaccompanied Children in The European Union Developments Since 2014 (n 31) 30.

52 Graeve, Vervliet ve Derluyn (n 46) 5.

53 Towards a European Framework of Guardianship Institutions (n 49) 12; Unaccompanied minors in Belgium Reception, Return and Integration Arrangements (n 48) 24.

Belçika’da Haziran 2017’den beri Fransızca konuşan vasiler ve Eylül 2018’den beri Hollandaca konuşan vasiler için sosyal hizmet uzmanları ve deneyimli vasiler tarafından desteklenen Koçluk Projesi<sup>54</sup> uygulamaktadır. Koçluk Projesi kapsamında oluşturulan vasi yardım masası ile uygulamaya yönelik ya da hukukî sorunlara dair vasilerin telefon edebilecekleri ya da e-posta gönderebilecekleri her an erişilebilir bir yardım mekanizması oluşturulmuştur. Yine bireysel koçluk kapsamında deneyimli vasiler ile vaka çalışması imkânı sunulmuştur. Koçluk Projesi ayrıca Vesâyet Hizmetleri Bölümü’nün sunduğu eğitimlere ek olarak güncel konular hakkında da eğitimler düzenlemektedir. Böylece refakatsiz çocuklara atanan vasilerin göç hususunda ve özellikle refakatsiz çocuklara ilişkin olarak uzmanlaşmaları amaçlanmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki refakatsiz çocuklar için koruyucu aile uygulaması, Belçika’da çok yaygın değildir<sup>55</sup>.

Sonuç olarak Belçika’da refakatsiz çocukların hukukî temsili, kanun ile tek bir çatı altında düzenlenmiştir. Vesâyet Hizmetleri Bölümü, Belçika sınırları içerisinde herhangi bir yetişkinin gözetiminde olmadığı tespit edilen refakatsiz çocuğa, elindeki vasi havuzundan çocuğa uygun vasiyi derhal atamaktadır. Yani refakatsiz çocuğa vasi atanması için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Refakatsiz çocuğun iltica süreci ancak vasinin atanmasından sonra ve onun gözetiminde başlamaktadır. Refakatsiz çocuğa atanan vasi, çocuğu idari ve adli tüm süreçlerde çocuğu yasal olarak temsil etmektedir. Vasi, çocuğun üstün yararına uygun olacak şekilde aile birleşimi ve geri dönüşün yanı sıra çocuğun eğitimi, barınması, sağlığı gibi yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanmasına da destek olmaktadır. Çocuğu yasal olarak temsil edecek avukat, vasi tarafından görevlendirilmektedir.

## B. Hollanda<sup>56</sup>

Hollanda’da risk altındaki çocuk ve gençlerin korunması amacıyla 2005 yılında Gençlik Bakım Kanunu (*Wet op de Jeugdzorg*) yürürlüğe girmiştir. Kanunda geçen gençlik kavramı, 0-24 yaş arası çocuk ve gençleri ifade etmektedir. Kanunun amaçlarından biri, çocuk ve gençlerin bakımının sağlanması ve özellikle çocukların her türlü istismara karşı çocukların korunmasıdır. Kanun bu amaçla Adalet Bakanlığı’na bağlı Çocuk Koruma Konseyi’ni (*Raad voor de Kinderbescherming*) kurmuştur. Konsey, gelişimi risk altında bir çocuğun tespiti durumunda çocuk mahkemelerinden

54 Koçluk Projesi hakkında detaylı bilgi için bkz Ursula Kilkelly, Stephanie Rap, Guillaume Coron ve George Moschos, *Promoting child-friendly approaches in the area of migration, Standards, guidance and current practices* (Council of Europe 2019) 53. Ayrıca bkz Caritas International <<https://www.caritasinternational.be/en/projects/asylum-migration-en/umr-guardianship/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022.

55 Liedewij de Ruijter de Wildt, Elisabeth Melin, Philip Ishola, Peter Dolby, Jan Murk and Peter van de Pol, *Overview of family-based reception for unaccompanied minors in the EU Member States*, (NIDOS 2015) 35.

56 2021 yılı itibarıyla kayıtlı 2191 refakatsiz çocuk bulunan Hollanda, (Asylum Information Database by European Council on Refugees and Exiles, “Statistics-the Netherlands” <<https://asylumineurope.org/reports/country/netherlands/statistics/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022), Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’ne ve Mültecilerin Hukukî Statüsü’ne İlişkin Protokol’e tarafır bkz States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol <<https://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022.

gerekli koruma kararlarının alınması veyahut ebeveynlerinin velâyet hakkının kısıtlanması ya da kaldırılması ve vasi atanması için başvuruda bulunabilir. Çocuk ve gençlerin haklarının daha iyi korunması ve haklarına hızlı erişimi amacıyla her şehirde Gençlik Koruma Ajansı (*Bureau Jeugdzorg*) kurulmuştur. Kanun belediyeleri de çocukların ve gençlerin bakımından sorumlu kılınmış<sup>57</sup> ve 2019 yılından itibaren bu kapsama refakatsiz çocukların bakımı da dâhil edilmiştir<sup>58</sup>. Buna göre, çocuğun statüsü ne olursa olsun, çocuğa her türlü bakım hizmeti sağlanmalıdır.

Hollanda’da küçük, henüz on sekiz yaşını doldurmamış ve evli olmayan veya kayıtlı bir birliktelikte ortak olarak kaydedilmemiş kişilerdir (Hollanda Medenî Kanunu<sup>59</sup> m 233). Hollanda’daki tüm küçükler, velâyet veya vesâyet altında olmalıdır (m 245/1). Buna göre, velâyet altında olmayan her küçüğe, aile mahkemesi (*district court*) tarafından bir vasi atanır (m 295). Ebeveynlerden birinin ya da her ikisinin çocuklar üzerinde yetki kullanmasının imkânsız olması veya birinin veya her ikisinin nerede olduğunun bilinmiyor olması durumunda da küçüğe vasi atanır (m 253 r).

Vesâyet, küçüğün ebeveynleri dışındaki başka bir kişi tarafından yürütülmelidir (m 245/3). Vesâyet, küçüğün şahsını, mülkünün idaresini ve özel hukuk alanındaki iş ve işlemlerinde yasal olarak temsilini kapsamaktadır (m 245/4; 337; 349). Küçüğe en az bir yıldır bakan koruyucu aile, çocuk mahkemesinden küçüğün vasisi olarak atanmayı talep edebilir (m 299 a). Vasi, kefil olmak ya da bağışlamak gibi işlemler için mahkemeden izin almak zorundadır (m 345). Çocuk mahkemesi ivedi bir durumun varlığı halinde soruşturma bitene kadar çocuğu geçici olarak vesâyet altına alabilir (m 255).

Hollanda’da gerçek kişi vasiler dışında tüzel kişi vasilik de kanunla düzenlenmiştir. Belirli bir süreyle oturma izni verilmesi amacıyla başvuruda bulunan küçüğün vesâyetini mahkeme, Adalet Bakanlığı tarafından bu amaçla kurulan tüzel kişilere verebilir (m 302/2). Bu tüzel kişi, gerçek kişi vasilerin küçük üzerinde sahip olduğu aynı yetki ve görevlere sahiptir (m 303).

Hollanda’da refakatsiz çocuklara vasi atanması amacıyla kurulmuş olan ulusal vesâyet kurumu, Hollanda Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulu olan NIDOS<sup>60</sup>’tur. Refakatsiz çocuğun on sekiz yaşına kadarki gelişiminin yönetiminden sorumlu olan NIDOS gözetiminde vesâyet, çocuğun kültürel geçmişi ile barışık ve üstün yararını gözetken uzman vasiler tarafından yürütülür. NIDOS, çocuk mahkemesinden refakatsiz çocuk için vasi olarak atanmayı talep eder (m 256/1).

57 Helen Bouma, Mónica López, Erik Knorth ve Hans Grietens Briefing, Briefing on the Dutch Child Protection System” (2016) Hestia 1 için <<http://www.projectestia.com/wp-content/uploads/2015/03/POLICY-BRIEFING-NL.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

58 Vereniging van Nederlandse Gemeenten, “Factsheet Alleenstaande Minderjarige Vreemdelingen (AMV’ers)” (2016) <<https://vng.nl/sites/default/files/publicaties/2018/20160531-factsheet-amv.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

59 Hollanda Medenî Kanunu için Dutch Civil Code <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

60 “More about NIDOS” <<https://www.nidos.nl/en/home/missie-en-visie-van-nidos/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

Refakatsiz çocuğun, kabul merkezinde (*registration centre*) yabancılar polisi tarafından kaydı alındıktan sonra çocuklara NIDOS tarafından derhal temsilci atanır. Temsilci, refakatsiz çocuk ile özellikle barınacak yerin tespiti için kabul merkezinde ilk görüşmeyi yapar. Bu görüşmede temsilci, çocuk ve ailesi hakkında bilgi edinir; çocuğu hakları konusunda bilgilendirir ve çocuk için en uygun sığınma başvurusunun ne olacağına karar verir. Bu aşamada ayrıca çocuk mahkemesine vasi atanması için başvuruda bulunulur. Refakatsiz çocuğun NIDOS tarafından atanan ve geçici vasi olarak görev yapan geçici gençlik temsilcisi (*youth protector*) tarafından temsili ile çocuk mahkemesinin vesâyet kararını vermesi arasındaki ön vesâyet aşaması<sup>61</sup>, çocuk mahkemesinin vesâyet kararını vermesine kadar sürer. Ön vesâyet aşamasında henüz mahkeme kararıyla vasi olarak atanmamasına rağmen temsilci, refakatsiz mültecinin bir temsilcisi olarak hareket eder. Adli suçlar ile ilişkisi tespit edilen refakatsiz çocuğa çocuk mahkemesinden vasi atanmasını ise Çocuk Koruma Konseyi talep eder<sup>62</sup>. Hollanda'daki refakatsiz çocuklar üzerindeki toplam vesâyet sayısı, 2018 yılında 3726, 2017 yılında 4469, 2016 yılında 5678'dir<sup>63</sup>. 2015 yılı rakamlarına göre, bir vasi ortalama 23 refakatsiz çocuk ile ilgilenmektedir<sup>64</sup>.

NIDOS ve diğer vesâyet kurumları Gençlik Bakım Kanunu kapsamında belirli standart ölçütlere göre çalışmakta ve hükümet organı olan Gençlik Bakım Teftiş Kurulu (*Inspectorate for Health and Youth Care*) tarafından denetlenmektedir<sup>65</sup>. NIDOS'un kendi İç Denetleme Kurulu da vardır<sup>66</sup>.

Küçüğün günlük bakımı, kaldığı yerdeki servise ait olup NIDOS tarafından atanan vasi refakatsiz çocuğu kural olarak en azından ayda bir kez ziyaret eder, ancak vasinin yoğunluğuna göre günlük ve haftalık ziyaret de olabilir<sup>67</sup>. Aksi bir durum olmadığı sürece vesâyet on sekiz yaşına kadar devam eder<sup>68</sup>. NIDOS bünyesindeki vasiler, sosyal hizmet alanında lisans derecesine sahip çocuk koruma üzerine uzmanlaşmış kişiler olup<sup>69</sup> aylık olarak ücret almaktadırlar<sup>70</sup>. Vasinin görevleri, küçüğün yüksek yararını göre hareket etmek, çocuğun Hollanda'da güçlü ve sosyal bir çevre edinmesini teşvik etmek, çocuğu

61 Ancak bu prosedür, on beş yaşından küçük olan ve koruyucu ailenin yanına yerleştirilen çocuklar için uygulanmaz. Ön vesâyet aşaması hakkında detaylı bilgi için bkz NIDOS 2018 Jaarverslag <[https://www.nidos.nl/wp-content/uploads/2019/05/jv2018\\_270519\\_LR.pdf](https://www.nidos.nl/wp-content/uploads/2019/05/jv2018_270519_LR.pdf)> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

62 European Migration Network, *Children in Migration Netherlands national contribution to the EMN study on 'Children in Migration'* (2021) 12.

63 NIDOS 2018 (n 61) 9.

64 Elianne Zijlstra, Jet Rip, Daan Beltman, Carla van Os, Erik J. Knorth ve Margrite Kalverboer, "Unaccompanied minors in the Netherlands: Legislation, policy, and care" (2017) 15 (2) *Social Work and Society International Online Journal* 1, 4.

65 Towards a European Framework of Guardianship Institutions (n 49) 47.

66 Children in Migration Netherlands national contribution to the EMN study on 'Children in Migration' (n 62) 9.

67 Marcelle Reneman, "Identification of asylum seekers with special reception and procedural needs in the Dutch asylum procedure", UNCHR VU Migration Law Working Paper Series 16, (2018) 34, 124.

68 Zijlstra, Rip, Beltman, Os, Knorth ve Kalverboer (n 64) 4.

69 Margrite Kalverboer, Elianne Zijlstra, Carla van Os, Daniëlle Zevulun, Mijntje ten Brummelaar ve Daan Beltman, "It is a house but it isn't my home" Unaccompanied minors in the Netherlands and the care facility in which they flourish best" (2016) 1, 2.

70 Towards a European Framework of Guardianship Institutions (n 49) 48.



etkileyecek her türlü kararda çocuğu yasal olarak temsil etmek ve çocuğun katılımını sağlamak şeklinde özetlenebilir<sup>71</sup>. Tam zamanlı çalışan bir vasi (*juvenile protector*) ortalama yirmi dört çocuk ile ilgilenir<sup>72</sup>. 2016 yılında yapılan bir araştırmaya göre refakatsiz çocuklar, %69.7 oranında kendilerine atanan vasiden memnundurlar<sup>73</sup>.

Sonuç olarak Hollanda’da refakatsiz çocuk, ülkeye giriş yaptığı andan itibaren mutlaka bir temsilci tarafından temsil edilmektedir. Hollanda’da refakatsiz çocuk üzerindeki vesâyet, mahkeme kararı ile kurulmakta olup esas olarak tüzel kişiliği haiz NIDOS adı verilen milli vesâyet kurumu tarafından koordine edilmekte ve profesyonel vasiler tarafından yürütülmektedir. NIDOS, refakatsiz çocuğun daha çok kendi kültürüne yakın koruyucu aileler tarafından bakılması yolunu izlemektedir.

### C. İsveç<sup>74</sup>

İsveç’te refakatsiz çocuklara dair vesâyet organizasyonunda birçok kurum ve kişinin işbirliği ve koordinasyonu söz konusudur. Refakatsiz çocukların bakımından esas olarak yerel yönetimler (belediyeler) sorumludur. Refakatsiz çocukların barınacağı yer ile eğitim alacağı kurumu ve vasisini tayin edecek sorumlu belediyenin tespiti ise Göç Bürosu’nun (*Migrationsverket*) görevidir. Refakatsiz çocuk üzerinde ebeveyn sorumluluğuna sahip kişi ise varıştan sonraki ilk birkaç gün içinde her refakatsiz çocuğa belediye tarafından atanan vasisidir (*god man*).<sup>75</sup> Vasi, ebeveyn sorumluluğuna sahip olmakla beraber ebeveyn değildir; çocuğun günlük bakımı ve mali olarak desteklenmesi Göç Bürosu öncülüğünde belediyeler tarafından organize edilmektedir.

Göç Bürosu’nun temel amacı refakatsiz çocuğa dair sığınma prosedürünü yönetmektir. Bu çerçevede, refakatsiz çocuklara mültecilik statüsü ile oturma izinlerini tevdi etmek, yükümlülüklerini yerine getirmesi için belediyelere maddi yardım sağlamak, refakatsiz çocuğa maddi destekte bulunmak ve başvuru sürecinde yardımcı olacak avukatı (*public counsel*) tayin etmek, başvurusu reddedilen çocuğun İsveç’ten ayrılışına yardımcı olmak ve mümkünse çocuğun ailesi ile iletişim kurmasına yardımcı olmak da Kurulun diğer sorumlulukları arasındadır<sup>76</sup>.

71 ibid 47.

72 ibid 48.

73 Kalverboer, Zijlstra, Os, Zevulun, Brummelaar ve Beltman (n 69) 9.

74 2021 yılı itibarıyla kayıtlı 507 refakatsiz çocuk bulunan İsveç [(Swedish Migration Agency (2021) için <<https://bit.ly/3u9qGCJ>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022) 2015 yılında 35369 olan bu rakam, 2016 yılında 2199, 2017 yılında 1336 olacak şekilde günümüze kadar azalmıştır, bkz Statista, Number of asylum applications from unaccompanied minors in Sweden from 2011 to 2022 <<https://www.statista.com/statistics/1299862/sweden-number-asylum-applications-unaccompanied-minors/>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022], Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’ne ve Mültecilerin Hukukî Statüsü’ne İlişkin Protokol’e tarafır bkz States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol <<https://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022.

75 Çocuğun daimi olarak kalması durumunda ise derhal özel uzman vasi (*särskilt förordnad vårdnadshavare*) (Refakatsiz Çocukların Vesâyetine İlişkin Kanun m 5/3, m 10) atanır. Refakatsiz Çocukların Vesâyetine İlişkin Kanun (*Lag (2005:429) om god man för ensamkommande barn*) için bkz <[https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2005429-om-god-man-for-ensamkommande-barn\\_sfs-2005-429](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2005429-om-god-man-for-ensamkommande-barn_sfs-2005-429)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

76 Migrationsverket, People and public authorities you meet <<https://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/Protection-and-asylum-in-Sweden/Children-seeking-asylum/Without-parents/Your-rights.html>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

Belediye, vesâyetten sorumlu baş vasiyi istihdam etmektedir. Baş vasi hem refakatsiz çocuk için uygun olan vasiyi atamakta hem de Göç Bürosu'nun belediyeye yaptığı maddi destek kapsamında vasiye ödemedede bulunmaktadır<sup>77</sup>. Belediye çatısı altındaki sosyal hizmet dairelerinde istihdam edilmiş sosyal hizmet uzmanları (*socialsekreterare*) ise refakatsiz çocuğun barınacağı ve gideceği okulu belirlemektedir<sup>78</sup>. Refakatsiz her çocuğun doğrudan iletişim kurabileceği sosyal hizmet dairesinde görevli bir irtibat kişisi (*kontaktperson*) vardır.

İsveç'e giriş yapan refakatsiz çocuk ile ilk görüşme kabul merkezinde, tercüman eşliğinde gerçekleşir<sup>79</sup>. Burada amaç çocuğun ne amaçla geldiği, kaç yaşında olduğu ve nereden geldiğinin tespitidir. Çocuğun kaydının alınmasıyla beraber sığınma süreci başlamış olur. Kaydın alınmasından sonra Göç Bürosu, sığınma başvurusu sürecinde çocuğu temsil edecek vasinin atanması ve çocuğun barınacağı yerin tespiti amacıyla refakatsiz çocuğu uygun olan belediyeye yönlendirir. Sığınmaya dair görüşme, Göç Bürosu çalışanları ile mutlaka bir tercüman ve çocuğa tayin edilen bir avukatın eşliğinde, vasinin de katılımıyla gerçekleşir. Ardından karar beklenir.

Sığınmaya dair başvurunun kabulü, oturum izninin verildiği anlamına gelir. Bu durumda Göç Bürosu'nun yaptığı maddi destek sona erdirilerek tüm sorumluluk ilgili belediyeye devredilir. Sığınma başvurusunun reddi durumunda ya ülke terkedilir ya da temyiz başvurusunda bulunur. Temyiz için önce Göç Bürosu'na itirazda bulunulur. Kurul kararını değiştirmese temyiz başvurusu Göç Mahkemesi'ne iletilir. Göç Mahkemesi, Kurul ile aynı karara varır ise Göç Temyiz Mahkemesine başvurulur ve çıkan sonuca göre hareket edilir<sup>80</sup>.

İsveç'te refakatsiz çocukların vesâyeti, 1 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren Refakatsiz Çocukların Vesâyetine İlişkin Kanun ile düzenlenmiştir.<sup>81</sup> Kanun, on sekiz yaşından küçük olan yabancı uyruklular ve vatansız kişilerin vesâyetine dairdir (m 1). Hem ebeveynlerinden hem de ebeveynlerinin yerini almış sayılabilecek diğer herhangi bir yetişkin sorumluluğundan mahrum olduğu tespit edilen refakatsiz çocuğa, baş vasi<sup>82</sup> (*överförmyndare*), derhal bir vasi atar (m 2/1). Göç Bürosu ve sosyal hizmet daireleri de refakatsiz çocuğa vasi atanması talebinde bulunabilir (m 3/1). Kural, refakatsiz

77 Towards a European Framework of Guardianship Institutions (n 49) 70.

78 Migrationsverket, People and public authorities you meet (n 76).

79 ibid

80 Ayrıntılı bilgi için bkz Aycan Çelikaksoy ve Eskil Wadensjö, "Ensamkommande barns och ungas väg in i det svenska samhället" (2018) 3 Delmi 12.

81 Bu Kanundan önce refakatsiz çocukların vesâyeti, evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarının düzenlendiği 1904 tarihli Evlilik, Velâyet ve Evlat Edinmeye İlişkin Bazı Uluslararası Hukukî İlişkiler Hakkında Kanun'da (*Lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap*) (4. Bölüm m 3) düzenlenmiştir (Refakatsiz Çocukların Vesâyetine İlişkin Kanun Geçiş Hükümleri). İlgili Kanun için bkz <[https://lagen.nu/1904:26\\_s.1#K4P4S1](https://lagen.nu/1904:26_s.1#K4P4S1)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

82 Belediye meclisi tarafından her belediye için denetimle görevli bir baş vasi seçilir (Ebeveynlik Kanunu 19. Bölüm m 1). Ebeveynlik Kanunu için *Föräldrabalk (1949:381)* <[https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/foraldrabalk-1949381\\_sfs-1949-381#K11](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/foraldrabalk-1949381_sfs-1949-381#K11)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

çocuğa bir an önce vasi atanmasıdır (m 3/2). Vasi atandıktan sonra refakatsiz çocuk ve ilgili tüm kurumlar konu hakkında bilgilendirilir (m 3/son).

Vasinin nitelikleri, sorumlulukları, temsile dair yetkili olduğu ve olmadığı konular ile izne tâbi hususlar, vasinin denetlenmesi ve vesâyete dair kararların tenfizi Ebeveynlik Kanunu<sup>83</sup>'nun ilgili maddelerine atfedilerek düzenlenmiştir. Buna göre kural olarak adli sicil kaydı olmayan temiz bir geçmişe sahip, reşit ve kısıtlı olmayan herkes vasi olabilir. İsveç'te vasilik gönüllülük esasına dayandığından refakatsiz çocuklara atanacak vasilerin sığınma prosedürüne dair bilgi sahibi olması aranmamaktır. Çeşitli sivil toplum kuruluşları ile Göç Bürosu sığınma sürecine dair eğitimler vermektedir; ancak bu eğitimler zorunlu nitelikte değildir<sup>84</sup>.

Vasi, atandığı andan itibaren çocuğun üstün yararını gözetecek şekilde haklarını korumak ve onu temsil etmekle yükümlüdür (12. Bölüm m 2, 3). Vasinin görevleri, Göç Bürosu'na sığınmaya dair başvuruyu yapmak, Göç Bürosu'na ve sosyal hizmet dairelerine günlük ödenek için başvuruda bulunmak, çocuğun malvarlığını yönetmek ve harçlığını vermek, refakatsiz çocuğu yetkililer önünde temsil etmek, çocuğun barınacağı yer ve gideceği okulu sosyal hizmetler dairesi ile belirlemek, çocuğun ebeveyn ya da akrabalarıyla iletişim kurmasına yardımcı olmak şeklinde sıralanabilir<sup>85</sup>.

Vasi, evlenme iradesine veya babalığı kabule dair beyanlarda bulunmaya; vasiyetname yazmak gibi kişisel nitelikteki benzeri konularda çocuğu temsil etmeye yetkili değildir (12. Bölüm m 2/son). Vasi, kendi parasını çocuğun harcamaları için kullanamaz; çocuğun vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumlu değildir; çocuğun posta kutusunu açma yetkisi yoktur; çocuğun doktor randevusu ya da sosyal aktiviteleri sebebiyle ulaşımını temin etmek zorunda değildir; sığınmaya dair görüşmede çocuğu temsil yetkisini haizdir ancak sığınmaya dair davada çocuğu Göç Bürosu tarafından atanan avukat yasal olarak temsil etmektedir<sup>86</sup>.

Vasi, baş vasi tarafından, baş vasi belediye tarafından denetlenmektedir (Ebeveynlik Kanunu 16. Bölüm). Milli Sağlık ve Refah Kurulu (*Socialstyrelsen*) ise belediyeleri denetlemekten ve bakım için rehberlik ve denetimleri iyileştirmekten sorumludur.

83 Ebeveynlik Kanunu 11. Bölüm m 14 ile 12., 14., 16. ve 19-21. Bölümlerin, refakatsiz çocuklar için de uygulanması öngörülmüştür.

84 Asylum Information Database by European Council on Refugees and Exiles, Legal Representation of Unaccompanied Children Sweden (2022) <[https://asylumineurope.org/reports/country/sweden/asylum-procedure/guarantees-vulnerable-groups/legal-representation-unaccompanied-children/#\\_ftn4](https://asylumineurope.org/reports/country/sweden/asylum-procedure/guarantees-vulnerable-groups/legal-representation-unaccompanied-children/#_ftn4)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022. Verilen eğitimlerin yetersiz olduğuna dair bkz Towards a European Framework of Guardianship Institutions (n 49) 68.

85 Vad ingår i uppdraget? Göteborgs Stads için <<https://goteborg.se/wps/portal/enhetssida/for-dig-som-ar-god-man-forvaltare-eller-formyndare/god-man-for-ensamkommande-barn/uppdraget-som-god-man/vad-ingar-i-uppdraget%3F>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

86 Vad ingår inte i uppdraget? Göteborgs Stads için <<https://goteborg.se/wps/portal/enhetssida/for-dig-som-ar-god-man-forvaltare-eller-formyndare/god-man-for-ensamkommande-barn/uppdraget-som-god-man/vad-ingar-inte-i-uppdraget%3F>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

Çocuğun ebeveynlerinden biri veya ebeveynlerinin yerini almış sayılabilecek başka bir yetişkinin İsveç'e gelerek vesâyet ve velâyetini kullanabilirse; çocuk İsveç'ten kalıcı olarak ayrılırsa; çocuğa Ebeveynlik Kanunu'na göre özel olarak vasi atanırsa; ya da herhangi bir nedenle vasiye ihtiyaç duyulmadığı ortaya çıkarsa refakatsiz çocuk üzerindeki vesâyet, sona erer (Refakatsiz Çocukların Vesâyetine İlişkin Kanun m 5/1). Çocuk on sekiz yaşını tamamladığında özel bir karar aranmaksızın vesâyet kendiliğinden sona erer (m 5/son). Vasi, kendi azlını de isteyebilir ancak yeni bir vasi atanana kadar görevine devam eder (Refakatsiz Çocukların Vesâyetine İlişkin Kanun m 6/1).

İsveç'e gelen refakatsiz çocuğun muhatap olacağı kişi çeşitliliği nedeniyle *My Rights* adı verilen bir proje kapsamında vasi, sosyal hizmet uzmanı, avukat, barınılan yerdeki yetkili kişi, okuldaki yetkili kişi gibi refakatsiz çocuğun doğrudan iletişim kuracağı kişilerin görevleri ve sorumluluklarının çerçevesi, çocuğun anlayacağı dillerde hazırlanmıştır<sup>87</sup>. Örneğin vasinin sığınma süreciyle ilgili görüşmelere katılmak, avukat ile görüşmek, refakatsiz çocuğu süreç hakkında bilgilendirmek ile görevli olduğu<sup>88</sup>; okul tarafından gönderilen evrakları imzalayacağı ve veli toplantılarına katılacağı ancak ödevlerine yardımcı olmayacağı ve okula ulaşımı temin etmeyeceği<sup>89</sup>; vasinin sağlık hizmetleri kapsamındaki sorumluluğu<sup>90</sup> ve vasiden memnun olunmaması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği<sup>91</sup> anlatılmıştır. Metinde aynı zamanda, sosyal hizmet uzmanının vasiyle birlikte refakatsiz çocuğun sağlık, barınma ya da eğitime dair ihtiyaçlarını belirleyen kişi olduğu ve desteğe ihtiyaç duyduğunda refakatsiz çocuğun, sosyal hizmet uzmanı dışında kendisiyle haftada birkaç saat için sinemaya veya kafeye gitmek ya da ödevlerine yardımcı olmak gibi günlük hayata uyum sürecinde kendisine destek olacak kişinin (*kontaktperson*) tayin edilmesini isteyebileceği ifade edilmiştir<sup>92</sup>.

Yine vasinin görev ve sorumluluklarına dair refakatsiz çocukları bilgilendirmek amacıyla YouTube'da çeşitli dillerde alt yazılı olarak düzenlenen 5-6 dakikalık videolar hazırlanmıştır<sup>93</sup>. Bu videolarda, sığınma başvurusu kabul edilmiş refakatsiz çocuklar ile vasileri rol almıştır.<sup>94</sup> Benzer şekilde, refakatsiz mültecilere atanan vasiler yine gönüllülük temeli üzerinde, belediyelere bağlı olmaksızın iki ayrı şehirde

87 Framtagen Av Riksförbundet Frivilliga Samhallsarbetare, *Vad ska en god man hjälpa mig med?* (2018) <<https://rfs.se/wp-content/uploads/2018/08/RFS-Barnmaterial-webb.pdf>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

88 ibid 6.

89 ibid 7.

90 ibid 7.

91 ibid 8.

92 ibid 9.

93 "Vad ska en god man hjälpa mig med?" <<https://www.youtube.com/watch?v=VHzLcrCq8rM>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.

94 Benzer şekilde salt refakatsiz kız çocuklarına ilişkin ayrı bir video çekilmesi tercih edilmiştir. Zira bazı ülkelerde kız çocuklarının erkek çocuklarına nazaran çok daha baskı altında tutulmaları ve haklarının kısıtlanmış olması nedeniyle İsveç'te sahip oldukları hakları bilemeyecek olmaları ihtimali düşünülmüştür. Video için "Tjej och ny i Sverige" <<https://www.youtube.com/watch?v=eDOrBpinna0>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.

örgütlenmişlerdir<sup>95</sup>. Vasilerin bu şekilde bir araya gelmesinde bilgi ve deneyimlerin paylaşılması ile yeni atanan vasilere yardımcı olunması amaçlanmaktadır.

Refakatsiz çocuğun vesâyetine dair kurum ve kişiler arasında görev dağılımının keskin hatlarla ayrıldığı İsveç'te sisteme dair eleştiriler, vasilik görevini yürüten kişiye, birden çok refakatsiz çocuğun vesâyetinin verilmiş olması dolayısıyla vasinin her çocukla yeteri kadar ilgilenemediği ve çocuk ile vasi arasında ortak bir dil olmaması nedeniyle yardım alınan tercümanların da bu konuda uzmanlaşmamış olmaları şeklindedir<sup>96</sup>. Yine, vasi atanan kişilerin İsveç vatandaşı olan çocuk ve yaşlılar için de vasi olarak atanıyor olmaları, bu kişilerin sığınma prosedürü üzerinde uzman olmadıkları şeklinde yorumlanmaktadır<sup>97</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki İsveç; menşe ülke, ay, yıl, yaş, cinsiyet gibi çeşitli ölçütler üzerinden muazzam bir kaydî veriye sahip olup ilgili istatistikleri de şeffaf bir şekilde kamuoyu ile paylaşmaktadır<sup>98</sup>. Bunun yanı sıra ayrı bir kanun ile refakatsiz çocukların vesâyetinin düzenlenmesi ve refakatsiz çocuğa dair ilk kaydın alınmasının ardından vasinin yanı sıra çocuğu yasal olarak temsil edecek avukatın da peşi sıra atanması, çocuğun yüksek yararı açısından yerinde uygulamalardır.

### III. Türkiye'de Refakatsiz Çocukların Hukukî Temsili

#### A. Genel Olarak

Türkiye, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'den doğan yükümlülükleri doğrultusunda, sınırları içerisindeki her çocuğun, tabiiyetine bakılmaksızın, kanunlarda belirtilen tüm haklardan adeta Türk vatandaşymışçasına yararlanmasını öngörecektir şekilde mevzuatını düzenlenmiştir. Bu doğrultuda refakatsiz çocukların Türk vatandaşı olan çocuklara tanınan haklara aynen sahip olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

Pek tabiidir ki kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati olmaksızın Türkiye'ye giriş yapan küçüğün<sup>99</sup>, anılan haklara sahip olması için öncelikle küçük ve refakatsiz olduğunun tespiti gerekmektedir (YUKK Uygulama Yönetmeliği m 113/1, 2). Yapılan incelemeler sonucunda refakatsiz olduğu tespit edilen çocuk, kolluk kuvvetleri tarafından veyahut çocuğun bizzat bulunduğu yer valiliğine başvurusu sonucunda<sup>100</sup>

95 För dig som är god man, förvaltare eller förmyndare, Göteborgs Stads için bkz <<https://goteborg.se/wps/portal/enhetssida/for-dig-som-ar-god-man-forvaltare-eller-formyndare>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

96 Çelikaksoy ve Wadensjö (n 79) 11. Benzer şekilde Human Rights Watch, Seeking Refuge Unaccompanied Children in Sweden (2016) <[https://www.hrw.org/report/2016/06/09/seeking-refuge/unaccompanied-children-sweden#\\_ftn1](https://www.hrw.org/report/2016/06/09/seeking-refuge/unaccompanied-children-sweden#_ftn1)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

97 Towards a European Framework of Guardianship Institutions (n 49) 70.

98 Örneğin Göç Bürosu'nun 2021 yılı raporu için Årsredovisning 2021 <[https://www.migrationsverket.se/download/18.6b4387bd17dc72a9925fec/1645777608413/Migrationsverket\\_A%CC%8AR\\_2021.pdf](https://www.migrationsverket.se/download/18.6b4387bd17dc72a9925fec/1645777608413/Migrationsverket_A%CC%8AR_2021.pdf)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

99 Refakatsiz çocuklar, Türkiye yasal olmayan yollardan girmeleri ya da Türkiye'de yasal olmayan bir şekilde kalmaları nedeniyle cezalandırılmazlar, bkz YUKK m 65/4, YUKK Uygulama Yönetmeliği m 65/5 (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG 17.03.2016/29656) ve Geçici Koruma Yönetmeliği m 5.

100 Sayıları giderek artmakta olan bir grup refakatsiz çocuk, sınır dışı edilme veyahut kamplara gönderilme korkusuyla hiçbir ulusal ya da uluslararası kuruluşla iletişime geçmemekte, bu durum da devlet koruması altına girmemiş çocukların insan ticareti gibi çeşitli sömürülere maruz kalmasını kolaylaştırmaktadır. Bu gibi durumlar çocuğun vasi, kayyım ya da bir diğer yasal temsilci tarafından temsil edilmesinin mahiyetini vurgular niteliktedir.

kimlik tespiti, yabancı kimlik kartı düzenlemesi, ilgili koruma statüsüne başvuru, sağlık taraması ve gerekli ise yaş tespiti<sup>101</sup> için il göç idaresi müdürlüklerine gönderilmekte (RÇY m 6/1/a,b,c,ç,e); anılan işlemlerin tamamlanmasının ardından Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın il müdürlüklerine yönlendirilmektedir.<sup>102</sup> (RÇY m 6/1/d). Bakanlık tarafından uygun kuruluşa yerleştirilen çocuğa bu kuruluşun müdürü tarafından danışman atanır ve danışman, mümkün olan en kısa sürede çocuk ile görüşür (RÇY m 10/1/d, Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği m 7/1/d).

Esas itibarıyla bir çocuğun korunmaya ihtiyacı olduğundan haberdar olan herkes ile adli ve idari merciler, kolluk görevlileri, muhtarlar, belediye zabıta memurları, sağlık ve eğitim kuruluşları, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görevlileri, sivil toplum kuruluşları durumu Aile ve Sosyal Hizmetler müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdür (ÇKK m 6)<sup>103</sup>. Aile ve Sosyal Hizmetler müdürlükleri, korunmaya ihtiyacı olan<sup>104</sup> refakatsiz çocukların ergin oluncaya kadar Sosyal Hizmetler Kanunu hükümlerine göre sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususunda gerekli olan koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının alınması için, Çocuk Koruma Kanunu'na göre yetkili ve görevli olan çocuk mahkemelerine başvurur (SHK m 22/1).<sup>105</sup> Derhal koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının alınması gereken hallerde ise; Aile ve Sosyal Hizmetler müdürlükleri, çocuğu kurum bünyesinde bakım ve gözetim altına alındıktan sonra en geç beş gün içerisinde acil korunma kararının alınması için çocuk mahkemesine başvurur. Hâkim üç gün içinde talep hakkında karar vermek zorundadır (ÇKK m 9/1). En fazla otuz gün süre ile verilen acil korunma kararı süresi içerisinde Kurum, çocuk hakkında sosyal incelemesini yapar ve sonucuna göre, eğer ki tedbir kararı alınmasının gerekmediği sonucuna varırsa bu yöndeki kanaatini hâkime bildirir; diğer yandan Kurum, çocuk hakkında tedbir kararı alınması gerektiği sonucuna varırsa hâkimden koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesini talep eder (ÇKK m 9/2, 3; Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m 7; RÇY m 10/1/a). Uygulamada genel olarak refakatsiz çocuklar Aile ve Sosyal Hizmetler müdürlükleri bünyesindeki uygun olan kurumlara yerleştirildikten sonra

101 Ancak çok çeşitli zorluklar neticesinde Türkiye'ye ulaşan birçok refakatsiz çocuğun yanlarında, varlıklarını ispat edecek herhangi bir belge dahi bulunmamaktadır. Bu durum, özellikle "küçük" olduğunu ifade eden çocuğun, olduğunu iddia ettiği yaş ile fiziksel olarak gösterdiği yaşın tutarlı olmadığı durumlarda ilâve bir problem olarak ortaya çıkmaktadır.

102 İl Göç İdaresi Müdürlüklerinin bilgisi olmadan hiçbir yabancı çocuk, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın il müdürlüklerine yönlendirilemez (RÇY m 6/1/k, 7).

103 Benzer şekilde bkz Sosyal Hizmetler Kanunu (SHK) m 21(Kanun Numarası: 2828, Kabul Tarihi: 24.05.1983, RG 27.05.1983/18059); Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m 6/1 (RG 24.12.2006/26386).

104 Korunmaya ihtiyacı olan çocuk; ana veya babasız, ana ve babasız, ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, ana ve babası veya her ikisi tarafından terk edilen, ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başboşluğa sürüklenen çocuktur (SHK m 3/b).

105 Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması gereken hâllerde, Aile ve Sosyal Hizmetler müdürlüğüne çocuk hakkında sosyal inceleme raporu hazırlanarak çocuk mahkemesine başvurulur (Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m 6/7; Çocuk Koruma Kanununun Uygulanması İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG 24.12.2006/26386) m 21).

acil korunma kararı için çocuk mahkemesine başvurulmaktadır. Bu karar sonrasında gerekli olan tedbirlere karar verilmektedir<sup>106</sup>.

Korunmaya ihtiyacı olan çocuk hakkında sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri için mahkemece korunma kararı alınmışsa (ÇKK m 7) veya derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahalli mülki amirin onayı ile bakım altına alınmışsa (ÇKK m 9) vesâyet makamı, çocuk velâyet altında değilse, çocuğun verildiği kimseyi veya ailesinde uygun gördüğü kimseyi ya da vasilik koşullarını taşıdığı takdirde kurum müdürünü veya başka bir kişiyi vasi olarak atar (Türk Medenî Kanunu'nun Velâyet, Vesâyet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük<sup>107</sup> m 13/1). Bu çocuklardan koruyucu aile yanına yerleştirilenlerin bir kuruma yerleştirilmesine karar verilmesi halinde vesâyet makamı, eski vasinin görevine son vererek ailesinde uygun gördüğü kimseyi veya yerleştirildiği kurum müdürünü veya başka bir kişiyi vasi olarak atar (Türk Medenî Kanunu'nun Velâyet, Vesâyet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m 13/2).

Peki, refakatsiz çocuk, uluslararası koruma başvurusu sürecini nasıl başlatacak ve yürütecektir? YUKK açıkça uluslararası koruma başvurularının valiliklere bizzat kişinin kendisi tarafından yapılması gerektiğini kayıt altına almıştır (m 65/1). YUKK Uygulama Yönetmeliği'nde de aile üyeleri adına yapılan başvurular (m 68) hariç tutularak başvuruların ilgilinin yasal temsilcisi veya avukatı aracılığıyla yapılamayacağı özellikle vurgulanmıştır (m 65/1). Maddenin devamında ise, refakatsiz çocukların başvurularını bizzat yapmadığı durumlarda, başvuruların ilgili birimler tarafından buldukları yerlerde de alınabileceği öngörülmüştür. Sonuçta refakatsiz çocuğun valiliklere de olsa, bulunduğu yerdeki yetkili makama da olsa başvurusunu bizzat yapması beklenmektedir. Daha doğrusu ilgili maddelerin lafzı, bu şekilde anlaşılmaya müsaittir. Öğretide haklı olarak, tam ehliyetsiz küçüklerin başvurularını bizzat yapmaları durumunda başvurularının geçerliliğine hâlele gelebileceği ve ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükten bu başvuruyu bizzat yapmasının beklenmesinin makul olmadığı belirtilerek Uygulama Yönetmeliği'nde çocuğun başvurusunun velisi tarafından yapılabileceğinin hüküm altına alınması karşısında (m 68) aynı muamelelerin yani, başvurunun yasal temsilci tarafından yapılması imkânının refakatsiz çocuklara tanınmamasının gerekçelerinin anlaşılacağı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>108</sup>. İlgili yasal düzenlemelere göre refakatsiz çocuğa koruma başvurusunda danışman eşlik etmektedir (RÇY m 6/1/1).

106 Örneğin bkz Ankara 3. Çocuk Mahkemesi Tedbir Talep Tarihi: 20.12.2017 Karar Tarihi: 29.12.2017; Ankara 3. Çocuk Mahkemesi Tedbir Talep Tarihi: 28.12.2017 Karar Tarihi: 29.12.2017; Ankara 1. Çocuk Mahkemesi Tedbir Talep Tarihi: 11.01.2018 Karar Tarihi: 15.01.2018; Ankara 1. Çocuk Mahkemesi Tedbir Talep Tarihi: 18.01.2018 Karar Tarihi: 19.01.2018; Ankara 2. Çocuk Mahkemesi Tedbir Talep Tarihi: 05.02.2018 Karar Tarihi: 05.02.2018. Kararlar için bkz Gökten Koçoğlu, "Çocuk Koruma Açısından Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar" in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 31-32.

107 RG 10.08.2003/25195

108 Öztürk, Taner ve Konaç (n 10) 132.

Benzer şekilde, YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin Ortak Hükümler Başlıklı Dördüncü Kısım Birinci Bölümde yer alan “Çocukların iş ve işlemlerinde dikkat edilecek hususlar” başlıklı 122/ç maddesinde, çocuğun yüksek yararının söz konusu olduğu durumlarda çocuk hakkında idareye herhangi bir muvafakat, talep ya da başvuru aranmaksızın YUKK kapsamındaki iş ve işlemleri re'sen başlatma ve karar verme yetkisi tanınırken; hemen sonraki fıkrada uluslararası korumaya dair hükümlerin âri tutulması, refakatsiz çocukların yasal olarak temsiline dair açıklayıcı özel hükümlere duyulan ihtiyacı bir kez daha göstermektedir<sup>109</sup>. Ne var ki Türk mevzuatı incelendiğinde refakatsiz çocuğa dair işlemlerde onu temsil edecek kişinin nasıl atanacağına, yetki ve yükümlülüklerine ya da özelliklerine dair herhangi özel bir düzenlemenin olmadığı anlaşılmaktadır.

YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin 122/1/c maddesinde çocuğun yasal temsilcisinin Türkiye'de olmadığı durumlarda, çocuğun yasal temsilcisinin onayı ve “refakatçi”nin taahhüdü ile “refakatçi”ye, çocuğa dair işlemleri yapma hakkı tanınmıştır. Bu maddenin, sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuğu kapsadığı düşünülebilir. Ancak çok çeşitli sebeplerle yaşadığı yeri terk etmek zorunda kalan çocuğun, geride bıraktığı yasal temsilcisine ulaşılması ya da temsilcinin yetkili makam huzurunda alınmış onayının çocuğa ulaşması pek olası değildir. Mümkün olsa bile, maddede “refakatçi”nin kim olduğu, nasıl tayin edileceği açıklanmamıştır; sadece adeta yasal bir temsilci gibi yetkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Açıkçası, ileride bahsedileceği üzere, Türk mevzuatında refakatsiz çocukların yasal olarak temsiline dair özel bir düzenleme olmamakla beraber Türk Medenî Kanunu'ndaki vasi ve kayyımaya dair genel hükümlere dayanılarak ancak mahkeme kararı ile yasal temsilcinin belirlenmesi imkânı var iken (TMK m 396 vd), Uygulama Yönetmeliği'nin bu maddesine göre karşılıklı rıza ile yasal temsilcinin haklarını haiz *refakatçinin* belirlenmesi, büyük bir çelişkidir.

YUKK Uygulama Yönetmeliği'nin Refakatsiz Çocuklar başlıklı 123. maddesinde ise, mülakatların çocuğun ebeveyni veya yasal temsilcisi gözetiminde yapılabileceği düzenlenmiştir. Ancak “sorumlu bir yetişkin refakatine sahip olmayan” şeklinde nitelendirilen refakatsiz çocuğun, *olmayan ebeveyninin* mülakata katılabileceğinin düzenlenmiş olması bir diğer çelişkidir. Yine aynı maddede, refakatsiz çocuğun yasal temsilcisinin olabileceği öngörülmüştür ancak bu temsilcinin (i) tayinine veyahut (ii) vasi, kayyım ya da benzer bir yasal temsilci mi olacağına ya da (iii) bu yasal temsilcinin sahip olması gereken özelliklere ya da (iv) alması gereken eğitimlere yer verilmemiştir.

YUKK Uygulama Yönetmeliği m 123'e göre, refakatsiz çocuk hakkında Çocuk Koruma Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Anılan Kanuna göre mahkeme, koruyucu

109 ibid



ve destekleyici tedbir kararının yanında TMK hükümlerine göre vesâyet veya kayyım hususlarında da karar vermeye yetkilidir (m 7/7).

YUKK'un 66 ve 91. maddelerine, Sosyal Hizmetler Kanunu'na, Çocuk Koruma Kanunu'na ve Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği'ne dayanılarak hazırlanan Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Refakatsiz Çocuklar Yönergesi ise refakatsiz olduğu tespit edilen çocukların korunmaya muhtaçlık durumlarının incelenmesi, gerekli tedbir kararlarının alınması ve kaldırılmasına ilişkin esaslar ile bu işlemleri yapacak kurumların yetki ve sorumluluklarını düzenlemektedir (m 2). Yönergede esas itibarıyla çocuğun refakatsiz olduğunun nasıl tespit edileceği, koruyucu ve destekleyici tedbirler ile acil korunma kararını alacak kurumlar ile bu kararların alınmasından sonra çocuğun sevk edileceği ve barındırılacağı kurumların yetki ve sorumlulukları yer almaktadır. Yönergede çocuğun barınma, eğitim gibi günlük ihtiyaçlarına destek olmakla görevli, çocuğa sığınma başvurusuna dair süreçte eşlik edecek danışmanın atanacağı kayıt altına alınmıştır. Danışmanın görev ve sorumlulukları RÇY'ye göre şu şekilde sıralanabilir; danışman (i) çocuğa kalacağı kuruluğu, kendisine sunulacak hizmetleri, günlük işleyiş ve düzen açısından uyulması gereken kural ve sorumlulukları tanıtır (RÇY m 10/1/d, g); (ii) çocuğun bireysel durumunu ve özelliklerini dikkate alarak kuruluş dışına izinli çıkması ile kuruluş içi etkinliklere katılımını planlar (RÇY m 10/1/f); (iii) İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nde sığınma sürecine dair başvurularıyla ilgili mülakatlarda çocuğa eşlik eder (RÇY m 6/1/ı) ve raporun hazırlanmasında mülakata katılan danışmanın da görüşleri dikkate alınır (RÇY m 6/1/i); (iv) BMMYK yapılacak görüşmelerin kuruluş veya il dışında yapılacak olması durumunda da çocuğa eşlik eder (RÇY m 10/1/t). Ancak Yönergede refakatsiz çocuğun vasi ya da kayyım aracılığıyla hukukî temsiline dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Amacı suça sürüklenmesi, suç mağđuru olması veya sokakta sosyal tehlikelerle karşı karşıya kalması sebebiyle haklarında bakım tedbiri veya korunma kararı verilen çocuklardan psiko-sosyal desteğe ihtiyaç duyuduğu tespit edilenlere geçici sürelerle hizmet veren çocuk destek merkezlerinin çalışma usul ve esasları ile hizmet standartlarını belirlemek olan Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği'nde ise, merkeze kabulü yapılan refakatsiz çocuğa ilk mesai günü bir danışmanın, kuruluş müdürü tarafından atanacağı ifade edilmektedir (m 29/1/m).

Yönetmeliğe göre danışman, “merkeze kabul edilen her çocuğun merkeze uyumunu sağlamak, takibini yapmak, uygulama ve mesleki çalışma planlarını psikososyal destek programı çerçevesinde hazırlayarak yürütmek, çocuğun aile ilişkilerini, sosyalleşme ve yaşam becerilerini, öz bakım ve özgüven yeterliliğini geliştirmek, eğitimini yönlendirmek, desteklemek ve çocuğun aldığı sağlık hizmetlerinin sonuçlarını izlemekten sorumlu meslek elemanlarını” (m 3/1/ğ); meslek elemanları ise “sosyal

hizmet, psikoloji, çocuk gelişimi, psikolojik danışmanlık ve rehberlik, öğretmenlik ve sosyoloji alanlarında lisans eğitimi veren kurumlardan mezun meslek mensuplarını” (m 3/1/p) ifade etmektedir. Bir danışmana en fazla on çocuk tayin edilebilecektir (m 4/1/g).

Yönetmelikte danışmanın görev ve sorumlulukları detaylı bir şekilde düzenlenmiştir<sup>110</sup> (m 25). Danışmanın görevleri arasında çocuğun merkezdeki barınma sürecinin planlanması, tıbbî takibinin yapılması, çocuğun eğitim<sup>111</sup> ve sosyal aktivitelerinin planlanması, çocuğa psikolojik destek verilmesi, çocuğun ülkeye uyum süreciyle paralel olarak toplumsal ve kültürel kurallar, görgü ve nezaket kuralları ile kişisel

110 Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği'nin Danışman ve görevleri başlıklı 25. maddesi şu şekildedir:

“(1) Danışman meslek elemanlarından oluşur.

(2) Danışmanın görevleri şunlardır:

- a) Çocuğun merkeze kabulünü yapmak,
- b) Çocuğa merkez ve alacağı hizmetler hakkında bilgi vermek, kurallar listesini bildirmek, merkeze uyum sürecini planlamak, izlemek ve ihtiyaçlarını belirlemek,
- c) Mahkeme veya çocuk hâkimine sunulmak üzere çocuğa ilişkin yürütülecek uygulama planını merkeze ilk kabulünü takip eden on gün içinde hazırlamak,
- ç) 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu kapsamında verilen koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının alınması, uygulanması, kaldırılması ve değiştirilmesine ilişkin iş ve işlemleri yürütmek,
- d) Çocukların sorunlarının çözülmesi amacıyla hastane, psikiyatri klinikleri ve benzeri kuruluşlarla iletişime geçerek vaka takibini yapmak,
- e) Çocuğa ilişkin yürütülecek psikososyal destek programını en geç on gün içinde hazırlayarak uygulamak ve üç aylık dönemlerde değerlendirme yapmak,
- f) Ziyaretçisi gelmeyen ve izinli gitmeyen çocukların varsa ailesi, yoksa akrabaları ile iletişime geçmek,
- g) Çocukların yeteneklerine ve isteklerine göre sosyal, kültürel ve sportif etkinliklere düzenli katılımlarını sağlamak, izlemek, denetlemek, değerlendirmek ve raporlamak,
- ğ) Çocukların etüt programlarına düzenli katılımlarını sağlamak ve rehberlik yapmak,
- h) Danışmanı olduğu çocuk hakkında değerlendirme raporları hazırlamak, vaka tartışma ve değerlendirme toplantısına sunmak ve çocuğun dosyasında muhafaza etmek,
- ı) Çocukların sağlıklı gelişimlerinin sağlanması amacıyla toplumsal ve kültürel kurallar, görgü ve nezaket kuralları, kişiler arası iletişim, temizlik, düzen, giyim ve benzeri konularda olumlu alışkanlıklar kazanmalarını sağlamak,
- i) Çocukların merkezden ayrıldıktan sonraki hayata hazırlanması amacı ile değerlendirme yapmak ve gerekli çalışmaları yürütmek,
- j) Çocukların giyim-kuşam ve kırtasiye gibi gereksinimlerinin zamanında belirlenmesi ve karşılanması amacıyla gerekli iş ve işlemleri gerçekleştirmek,
- k) Çocuğa ait harcılık, tasarruf ve harcamalara ilişkin iş ve işlemleri yapmak,
- l) Çocuklara yaşam becerileri kazandırabilmek amacı ile kendi yaşam alanının tertip, düzen ve temizliği, kişisel bakım konusunda sorumluluk ve görev vermek,
- m) Çocuklara toplumsal, kültürel, manevi ve milli değerleri benimsetmek amacıyla, dini ve milli bayramlar ile özel gün ve haftalarda etkinlikler yapılmasını sağlamak ve bu değerleri öğretmek,
- n) Çocuğun günlük yaşam programını ve kendisine bağlı bakım elemanlarının günlük çalışma programlarını oluşturmak, takip etmek ve çocuk ile ilgili bakım elemanlarından geri bildirimler almak,
- o) Merkezde bulunan çocukların psikososyal özelliklerini göz önünde tutarak aile bağlarını güçlendirici yönde çalışmalarda bulunmak,
- ö) Psikososyal destek sürecine ilişkin çocuk, aile ve sosyal çevresi ile gerekli mesleki çalışmaları planlamak,
- p) Kurulardan ilişkisi kesilen veya kurulardan izinsiz ayrılan çocuğun kuruluşa dönmesi halinde tekrar danışmanlığını üstlenmek,
- r) Çocukların okul başarı durumlarını değerlendirmek, okul, kurs ve iş yeri ile ilgili sorunlarının tespiti ve çözümüne yardımcı olmak.

(3) Danışman, görevlerini diğer meslek elemanları ve kendisine bağlı bakım elemanları ile birlikte yerine getirir.”

111 Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği'ne göre eğitim ve öğretim süresince her öğrencinin bir velisi bulunur (m 17/1) (RG 26.07.2014/29072). ÇKK'ya göre hakkında bakım tedbiri kararı ya da SHK'ya göre koruma kararı alınan çocukların iş ve işlemleri, kurum tarafından resmi yazı ile bildirilen kişiler tarafından yürütülürken (m 17/3), velisi bulunmayan yabancı uyruklu öğrencilerle ilgili iş ve işlemleriyle sınırlı olmak üzere, emniyet müdürlüklerinin bilgisi dâhilinde il/ilçe millî eğitim müdürlüklerince okul yöneticileri arasından veli tayin edilmektedir (m 17/4). Esasında refakatsiz çocuğu okulda temsil edecek kişi, vasisi olmalıdır.

bakım ve temizlik kurallarının öğretilmesi ile günlük işleyiş hakkında bilgi verme şeklindeki görevlerinin yanı sıra ÇKK kapsamında verilen koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının alınması, uygulanması, kaldırılması ve değiştirilmesine ilişkin iş ve işlemleri yürütmek, çocuğun giyim ve kırtasiye gibi ihtiyaçlarının temini ile çocuğun harçlık ve harcamalarına ilişkin işlemlerini yapmak ve RCY'e göre çocuğun sığınma sürecini takip etmek gibi aslında vasinin yetki alanı içinde olması gereken görevleri bulunmaktadır. Mahkeme kararının olmaması nedeniyle danışmanın vasi olmadığı, onun yetki ve sorumluluklarına sahip olmadığı açıktır. Ne var ki danışmanın, Yönetmelikteki görev ve sorumlulukları incelendiğinde aslında “vasi yardımcısı” olarak görev yaptığı rahatlıkla ifade edilebilecektir.

Diğer yandan Yönetmelikte, çocuk destek merkezine kabul edilen çocuklardan yasal temsilcisi bulunmayanlara öncelikli olarak yasal temsilcinin atanması için işlemlerin başlatılacağı ve mevzuat çerçevesinde yasal temsilcisi olmadığı tespit edilen bu çocukların vesâyet ve kayyım işlemlerinin geciktirilmeksizin yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır (m 9/2). Dolayısıyla denebilir ki mevzuatta yasal temsilcisinin olmadığı tespit edilen refakatsiz çocuklara, ivedilikle yasal bir temsilcinin atanmasını öngören ve bu atanmanın genel hükümlere göre yapılmasına işaret eden bir düzenleme mevcuttur. Ancak uygulaması detaylandırılmamıştır.

Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile yapılan görüşmede de uygulamada refakatsiz olduğu tespit edilen çocuklara birincil hedef olarak vasi ya da kayyımın atanmadığı, ancak aile birleşimi gibi gereklilik durumlarında çocuğun kaldığı ve genel olarak her gün görüştüğü kurum çalışanı ya da mahkemenin uygun bulacağı bir kişinin vasi ya da kayyım atandığı ifade edilmiştir<sup>112,113</sup>. Uygulamada, çocuğun refakatsiz olduğunun tespitinin ardından barınacağı sosyal hizmetler birimine geldiğinde kendisine hemen bir danışman atandığı, atanmış danışmanın sosyal hizmet görevlisi ya da psikolog gibi kurumda aktif çalışan bir kişi olduğu, danışmanın çocuğun barınma, harçlık, eğitim gibi günlük ihtiyaçlarını karşıladığı, ilgili koruma başvurusunda çocuğa eşlik ettiği ifade edilmiştir. Refakatsiz çocuğa vasi ve kayyım atanmasında çekinik kalınması ise

112 9 Eylül 2022 tarihinde Bakanlık sosyal hizmet çalışanı ile bireysel olarak yapılan görüşmede edinilen bilgidir. Aynı yönde bkz Ayfer Çeçen Demir, “Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklara Vasi ve Kayyım Atanması” in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 47.

113 Örneğin, annesiyle birlikte düzensiz göç ile Türkiye'ye gelen 13 yaşındaki Suriyeli bir çocuk, annesinin ölümünden sonra hastane bahçesinde tek başına ağlarken polis tarafından bulunarak kurum bakımına alınmıştır. Çocuk, babasının öldüğünü ve Türkiye'de başka bir yakınının olmadığı ifade etmiştir. Aynı ilde yaşayan Suriyelilerden birinin, çocuğun amcasının yaşadığına dair ifadesi gereği yapılan araştırmalar sonucunda amcaya ulaşılmış, amca de babanın ölmediğini, Şam'da olduğunu ve çocuğunu aradığını ifade etmiştir. Amca, kalabalık ailesi nedeniyle çocuğun bakımını üstlenememiş ancak çocuk ile iletişimini kesmemiş, çocuk da kurumda kalmaya devam etmiştir. Bakanlık yetkililerinin babaya ulaşması sonucunda baba, çocuğu yanına almak istediğini ancak kendi imkanlarının buna uygun olmadığı belirterek yardım istemiştir. Neticede aile birleşimi için çocuğun ancak Lübnan'da babaya verilebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Çocuk refakatsiz olduğu için çocuğa seyahati boyunca eşlik etmek de dahil olmak üzere aile birleşimi konusunda gerekli tüm iş ve işlemler için Türk Kızılay'ı personeli kayyım olarak atanmıştır. Sonuç olarak çocuk ile babasının Lübnan'da aile birleşimi gerçekleştirilmiştir, Türk Kızılayı, “Türk Kızılayı'nın Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklara İlişkin Faaliyetleri” in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 95-96.

ilgili kararların alınmasında ve kaldırılmasında mahkeme kararına ihtiyaç duyulması ve anılan işlerin zaman alması şeklinde gerekçelendirilmiştir. Diğer yandan refakatsiz çocukların akrabası olduğunu belirterek yalan beyanda bulunan ve çocukları aslında dilendirmek ya da yasa dışı işlerde kullanmak üzere sahip çıkan kişilerin, hatta bu kişilerin çocuğun akrabası olsa bile istismar eğilimlerinin bulunması nedeniyle vesâyet talebiyle açılan davalarda, talebi uygun bulunan kişinin vasi olarak değil sadece kayyım olarak atanması özellikle tercih edilmektedir<sup>114</sup>. Uygulamada ayrıca TMK m 420<sup>115</sup> gereğince refakatsiz küçüğün gecikmesinde sakınca bulunan resmi işlemlerinin bir an önce yerine getirilebilmesi amacıyla talepte bulunan vasi aday, bir yılı aşmayacak geçici sürelerle yetki belgesi verilmek suretiyle temsilci olarak atanmakta ve temsilci, atanmış vasi ile aynı hükümlere tâbi tutulmaktadır<sup>116</sup>.

Vasi ya da kayyımlık görevini kimin icra edeceği de uygulamada bir problem teşkil etmektedir. Genel olarak kuruluş çalışanları gönüllü olmalarında halinde vasi ya da kayyım olarak atanırken bu kişilere bu görevleri dolayısıyla ek bir ödeme yapılmamakta ve son yıllarda bu hususta gönüllü olmadıkları da gözlemlenmektedir<sup>117</sup>.

Sonuç olarak refakatsiz çocuklara dair düzenlemeler bir kül halinde dikkate alındığında, bu düzenlemelerin özellikle refakatsiz çocukların yasal temsilini esas almadığı, genel ve dağınık nitelikte olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Bu anlamda özel ihtiyaç sahibi kişiler arasında zikredilen refakatsiz çocuklara dair özel tedbir ve güvencelere ihtiyaç duyulduğu ve tüm bu düzenlemelerin tek bir çatı altında toplanması gerekliliği açıktır<sup>118</sup>.

Aşağıda refakatsiz çocukların hukukî temsilinde görevli ve yetkili Türk mahkemeleri ile refakatsiz çocuğa vasi ve kayyım atanmasında uygulanacak hukuk tespit edilecektir<sup>119</sup>.

114 Nuray Ekşi, *Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları* (Beta, 2021) 57. Ayrıca İzmir 11 Sulh Hukuk Mahkemesi, 461/496, 21.03.2019; Gaziantep 2 Sulh Hukuk Mahkemesi, 745/1139, 10.05.2019 için bkz ibid 57-58.

115 TMK m 420/1 şu şekildedir: “Vesâyet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesâyet makamı, vasinin atanmasından önce de re’sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıtlanmaması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir”.

116 Çeçen Demir (n 112) 47.

117 Helsinki Yurttaşlar Derneği, *Askıya Alınmış Çocukluk: Türkiye’de Sığınma Arayan Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocukların Durumu* (2010) 47; Karataş, Rittersberger, Atasü Topçuoğlu, Demir (n 10) 31.

118 Öztürk, Taner ve Kontakçı (n 10) 44, 141.

119 Anayasa m 90/5 ve MÖHUK m 1/2 (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728) uyarınca Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri kanun hükmündedir. Buna göre Türkiye’nin tarafı olduğu, çocukların korunması hakkındaki tedbirlere ilişkin yetki, uygulanacak hukuk, tanıma ve tenfiz uygulamasına dair Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6707, Kabul Tarihi: 24.04.2016, RG 05.05.2016/29703, Sözleşmenin Yayınlandığı RG 22.05.2016/29719), iltica hakkı ve göç konularındaki kararlar hakkında uygulanmaz (m 4/j). Mülteci çocuklar ve ülkelerinde meydana gelen karışıklıklar yüzünden yerlerinden edilmiş çocukların kişiliğinin veya mallarının korunmasına yönelik tedbirleri almaya, söz konusu çocukların topraklarında bulunduğu âkit devletin makamları yetkilidir (m 5/1, 6). Çocuğun koruyucu aile yanına veya bir bakım kurumuna yerleştirilmesi ya da benzer bir kurum tarafından sağlanması Sözleşme’nin uygulama alanına girmektedir (m 3/1/e). Âkit devletler, Sözleşme’den doğan koruma tedbirlerine dair yetkilerini kullanırken kendi hukuklarını uygulayacaktır (m 15/1).

## B. Refakatsiz Çocukların Hukukî Temsilinde Görevli Mahkeme

Türk hukukunda göreve ilişkin kurallar kamu düzeninden olduğu için (Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>120</sup> m 1) yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarında görevli mahkeme, Türk hukukuna göre tespit edilecektir<sup>121</sup>. Buna göre refakatsiz çocukların hukuki temsiline dair davalarda görevli mahkeme de genel hükümlere göre tayin edilecektir.

Türk hukukunda refakatsiz çocukların vasi ve kayyım aracılığıyla hukukî temsiline imkân veren düzenlemeler; Türk Medenî Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun<sup>122</sup>'da yer almaktadır. Çocuk Koruma Kanunu çocuk mahkemelerini, korunma ihtiyacı olan refakatsiz çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yanında TMK hükümlerine göre velâyet, vesâyet ve kayyım hususlarında da karar vermeye yetkili kılmıştır (m 7/7). Çocuk mahkemeleri esas itibarıyla asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren ancak yaş küçüklüğü nedeniyle daha farklı muamelenin öngörüldüğü, salt korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocuklara dair tedbir kararlarını vermekle görevli uzman mahkemelerdir (ÇKK m 26/1). Bu nedenledir ki ÇKK kapsamındaki refakatsiz çocukların vasi ve kayyım aracılığıyla hukukî temsilde görevli mahkeme, çocuk mahkemeleridir. Çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde ise, bu mahkeme kurulup göreve başlayıncaya kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararları, görevli aile veya asliye hukuk mahkemeleri tarafından alınacaktır (ÇKK geçici m 1/4).

ÇKK kapsamı dışında kalan refakatsiz çocuklara vasi atanmasında görevli mahkeme ise, vesâyet makamı olan sulh hukuk mahkemesidir (TMK m 413, 397/2). Vasinin atanmasına ilişkin kurallar, kayyımın atanmasında da uygulanacağından (TMK m 430, 431/1) ÇKK kapsamına girmeyen durumlarda refakatsiz çocuk için atanacak kayyımın tayininde görevli mahkeme, yine kendisine kayyım atanacak küçüğün yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesidir<sup>123,124</sup>.

## C. Refakatsiz Çocukların Hukukî Temsilinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK'ta düzenlenmiştir (m 1).

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

121 Nuray Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (2. Bası, Beta 2000) 27.

122 Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4787, Kabul Tarihi: 09.01.2003, RG 18.01.2003/24997 (m 6/2)

123 Hasan Özkan, *Açıklamalı ve İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı Vesâyet ve Kayyım*, (Legal 2015) 25; Ekrem Yıldız ve Serhan Gürsoy, *Kayyım ve Kayyım Katılımıyla Görülmesi Gereken İşler ve Davalar* (Vedat Kitapçılık 2007) 94-97.

124 5133 sayılı Kanunla, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da yapılan değişiklik ile aile hukukundan doğan tüm dava ve işler, TMK'da vesâyetin düzenlendiği Üçüncü Kısım hariç olmak üzere aile mahkemesinin görevidir (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kabul Tarihi: 14.04.2004, Kanun Numarası: 5133, RG 20.04.2004/25439). Dolayısıyla 5133 sayılı Kanunla, vesâyet dair dava ve işler, aile mahkemelerinin görev kapsamından çıkarılmıştır.

MÖHUK'ta genel nitelikteki yetki kuralı (m 40) ile sadece ilgili maddede düzenlenen konulara hasredilmiş özel nitelikte yetki kuralları yer almaktadır (m 41-46). Kanunun yabancıların kişi hâllerine ilişkin bazı davalarda yetkili olan Türk mahkemelerini tayin eden 42. maddesi, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında alınacak vesâyet ve kayyımlik kararlarında ilgilinin Türkiye'de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılmıştır.

Refakatsiz çocuğun Türkiye'de yerleşim yerine sahip olması durumunda ise, m 42'in uygulanma şartı gerçekleşmediğinden; MÖHUK m 40'm iç hukuka göndermesiyle TMK m 411'e göre milletlerarası yetkili Türk mahkemesi tayin edilecektir. TMK m 411'e göre vesâyet işlerinde yetki, küçüğün yerleşim yerindeki vesâyet dairelerine aittir. Vesâyet daireleri ise, vesâyet makamı ve denetim makamından oluşmaktadır (TMK m 397/1). Vesâyet makamı, sulh hukuk mahkemesi<sup>125</sup>, denetim makamı ise asliye hukuk mahkemesidir (TMK m 397/2).

Refakatsiz çocukların sadece belirli işlerini görmek üzere atanabilecek temsil kayyımı ise, kendisine kayyım atanacak kimsenin yerleşim yeri vesâyet makamı tarafından atanır (TMK m 430/1). Bu durumda refakatsiz çocuğun, Türkiye'de yerleşim yerine sahip olup olmadığına göre uygulanacak hüküm değişecektir.

Refakatsiz çocukların Türkiye'de yerleşim yerine sahip olup olmadıkları, TMK'da yer alan yerleşim yerine dair hükümlere göre belirlenecektir. TMK m 19/1'e göre yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Diğer yandan TMK m. 20'ye göre, bir yerleşim yerinin değiştirilmesi ancak yenisinin edinilmesi ile mümkündür. Bu bağlamda önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye'de henüz yerleşim yeri edinmemiş kişilerin halen oturdukları yer, bu kişilerin yerleşim yeri olarak kabul edilmektedir (TMK m 20/2). Dolayısıyla önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye'de henüz yerleşim yeri edinmemiş yabancının Türkiye'de bulunduğu yer, yerleşme iradesi ve sürekli kalma niyeti aranmaksızın, yerleşim yeri olarak kabul edilmelidir.

Diğer yandan, Türkiye'de doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur (YUKK m 19). Uluslararası koruma başvuru sahiplerine verilen kimlik belgesi ile uluslararası koruma statüsü sahiplerine verilen kimlik belgeleri (YUKK m 76/4, 83/2) ise ikamet izni yerine geçmektedir. Ancak geçici koruma sahiplerine verilen kimlik belgesi ikamet izni yerine geçmemektedir (Geçici Koruma Yönetmeliği m 25). İkamet izninin verilmesinde kişinin Türkiye'de yerleşme

<sup>125</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki ÇKK m 7/7 hükmü gereğince çocuk mahkemesi, korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında alacağı koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yanı sıra gerekli görmesi durumunda TMK hükümlerine göre vesâyet ve kayyım hususlarında da karar vermeye yetkilidir. Böylece çocuk mahkemelerinin de vesâyet makamı olarak görev yapacağı hüküm altına alınmıştır, bkz Ömer Uğur Gençcan, *Vasilik Hukuku* (Yetkin Yayınları 2022) 97; Ayşe Acar Umut, *Vesâyet Kurumu ve Vasinin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2021) 39.

niyetinin olup olmadığı bir şart olarak incelenmemektedir. Bu nedenle kanaatimizce ikamet izni, kişinin Türkiye’de yerleşme ve sürekli kalma niyetine sahip olduğunu göstermemektedir. Bu çerçevede ikamet izninin sadece Türkiye’de yasal olarak kalındığını gösteren idarî bir işlem olarak nitelendirilmesi, bu anlamda yerleşim yerine karine teşkil etmemesi yerindedir<sup>126</sup>.

Peki bu durumda, refakatsiz çocukların Türkiye’de yerleşim yerine sahip olduğu kabul edilecektir? Refakatsiz çocuklar, kendi iradeleri doğrultusunda değil, içerisinde buldukları veya maruz kaldıkları zorlayıcı sebepler nedeniyle hayat ilişkilerini kurdukları yerleri terk etmek zorunda kalmakta, yani esas olarak yaşadıkları yerde hayatlarını idame ettiremeyecek olmaları nedeniyle yerleşme niyeti olmaksızın başka bir devlete sığınmaktadırlar. Refakatsiz çocuklar belli bir ülkede yaşamak üzere yola çıkmakta olmalarına rağmen nihai olarak hangi ülkede kalacakları da genel olarak belirsizdir. Hatta bu çocukların gerçekten Türkiye’de yerleşme niyetine sahip olmaları dahi tek başına onların Türkiye’de yerleşim yerine sahip oldukları anlamına da gelmemektedir. Zira iradelerine bakılmaksızın statülerinin sona erdirilme ihtimali hep var olacaktır<sup>127</sup>. Ancak; yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye’de henüz yerleşim yeri edinmemiş kişilerin halen oturdukları yerin, bu kişilerin yerleşim yeri olarak kabulünü öngören TMK m 20/2 gereğince refakatsiz çocukların Türkiye’de oturdukları yerin yerleşim yeri olarak kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Dolayısıyla bu kişilerin kişi hallerine dair davalarında, MÖHUK m 40’ın iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına yaptığı göndermeyle, TMK m 411 doğrultusunda, adeta Türkiye’de yerleşim yerine sahiplermişçesine milletlerarası yetkinin tesis edilmesi gerektiği ve MÖHUK m 42’nin uygulanamayacağı düşüncesindeyiz<sup>128</sup>. Yani vasinin atanmasında yetkili mahkeme, küçüğün yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesidir (TMK m 411/1). Temsil kayyımının atanmasında yetkili mahkeme ise kendisine kayyım atanacak çocuğun yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesidir (TMK m 430/1).

Diğer yandan, refakatsiz çocukların Türkiye’de yerleşim yerine sahip olmadıkları kabul edilir ise, vasi veya kayyımın atanmasında yetkili mahkeme MÖHUK m 42 uyarınca refakatsiz çocuğun Türkiye’de sakin olduğu yer, sakin değil ise mallarının bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. Refakatsiz çocuklar Türkiye’de sakin

126 Ekşi (n 114) 48; Emre Esen, *Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri* (Beta 2019) 119-121; Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, “Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi” 2022 12(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 898, 926.

127 Uluslararası koruma statüsünün sona erdiği durumların düzenlendiği YUKK m 85 uyarınca, kişinin yeni bir vatandaşlık kazanması ve vatandaşlığı kazandığı bu ülkenin korumasından yararlanması; statü verilmesini sağlayan koşulların ortadan kalkmış olması nedeniyle vatandaş olduğu ülkenin korumasından yararlanabilecek olması; vatansız olup da, statü verilmesine yol açan koşullar ortadan kalktığı için önceden yaşadığı ikamet ülkesine dönebilecek olması gibi durumlarda kişinin iradesine bakılmaksızın uluslararası koruma statüsü sona erer.

128 Nalçacıoğlu Erden (n 126) 933. Nitekim Yargıtay da yabancıların yerleşim yerinin tespitine dair kararlarında MÖHUK m 42 ve TMK m 20/2 hükümlerine beraber incelemektedir. Örneğin Yargıtay 17. HD, 3336/6912, 02.05.2014 için bkz Lale Muktedir, *Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (Seçkin Yayıncılık 2014) 202; Yargıtay 17 HD, 6183/7624, 14.07.2001 ve Yargıtay 17 HD, 3336/6912, 02.05.2014 için bkz. Bülent Çiçekli, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları* (Seçkin Yayıncılık 2014) 134-135.

olduklarından kendilerine vasi ya da kayyım atanmasında yetkili mahkeme, sakın oldukları yer mahkemesi olacaktır. Sonuç olarak TMK m 411 ve MÖHUK m 42 uygulandığında vasi ya da kayyımın atanmasında yetkili mahkeme değişmemektedir.

Koruyucu ve destekleyici tedbir kararını verirken vasi ya da kayyımın atanmasında yetkili çocuk mahkemesi ise, çocuğun kendisinin, ana, baba, vasisi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki çocuk mahkemesidir (Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m 8/1). Pek tabii anılan hüküm, esas itibarıyla refakatsiz çocuklar için düzenlenmediğinden çocuğun annesi ya da babasının bulunduğu yer mahkemesi yoktur.

#### **D. Refakatsiz Çocukların Vasi veya Kayyım Aracılığıyla Temsilinde Uygulanacak Hukuk**

Yabancı olan refakatsiz çocuk hakkında alınacak vasi ya da kayyım tayinine dair karar, MÖHUK'un 10. maddesine göre hakkında vesâyet kararının verilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir. Yabancı millî hukukuna göre kararın verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesâyet kararı verilebilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde ise Türk hukuku uygulanır. Vesâyet kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün vesâyete ilişkin hususlar ve kayyımlık Türk hukukuna tâbidir (m 10/3). Yani MÖHUK, vesâyet kararının verilmesine ilişkin kararlarda yabancı millî hukukunu esas almıştır. Ancak Kanunun Genel Hükümleri kapsamında yer alan 4/1/a maddesine göre, yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla MÖHUK m 10'da millî hukuka göre tayin edilmesi öngörülen refakatsiz çocuğa dair vesâyet kararının, yerleşim yeri, değilse mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenmesi gerekmektedir. Ancak refakatsiz çocukların mülteci statüsü altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Doktrindeki baskın görüş, maddede mülteci teriminin genel olarak kullanıldığını, bu anlamda YUKK'ta düzenlenmiş olan tüm koruma statüsü sahiplerini kapsadığı şeklindedir<sup>129</sup>. Açıkçası MÖHUK yürürlüğe girerken YUKK henüz mevcut olmadığından YUKK'ta yeni ihdas edilen kurumların pek tabii olarak MÖHUK'ta öngörülemediği olması nedeniyle 4. maddedeki mülteci tabirinin, geniş yorumlanarak tüm uluslararası koruma türleri ile geçici koruma altındaki kişileri kapsadığı düşüncesindeyiz.

129 Ekşi (n 114) 47-48; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Basım, Beta 2021) 35 dn 63; Aysel Çelikel ve B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Basım, Beta 2021) 69; Ayşe Elif Uluşu Karataş, "Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği" (2020) 78 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 45-47.



Diğer yandan refakatsiz çocukların, geride bıraktıkları yerleşim yeri ya da mutad meskenlerine bir daha dönüp dönemeyecekleri belli değildir. Türkiye’de yerleşim yerine sahip olup olmadıkları ise yukarıda yaptığımız mülhazalar sonucunda vardığımız kanaate göre, yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş refakatsiz çocuğun hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayıldığından Türkiye’de bulunduğu yer yerleşim yeri sayılabilecektir. Bu yerin, yerleşim yeri sayılamayacak olması durumunda dahi Türkiye’de kaldığı yer mutad mesken sayılabilecek; mutad meskenleri de belirlenemez ise son tahlilde dava tarihinde bulunduğu yer Türkiye olduğundan Türk hukuku uygulanacaktır<sup>130</sup>. Dolayısıyla m 4/1/a’da son basamak olarak öngörülen dava tarihinde bulunduğu ülke Türkiye olduğundan vesâyet kararının verilmesi Türk hukukuna tâbi olacaktır.

Öğretide bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise, refakatsiz çocukların zorunlu olarak Türkiye’de bulunmalarından bahisle Kanunun 4. maddesini hiç uygulamadan doğrudan 10/2 hükmünün uygulanması sonucunda vesâyet kararı verilmesinin Türk hukukuna tabi olduğu kanaatindedir<sup>131</sup>. Sonuç olarak hangi görüş esas alınırsa alınsın refakatsiz çocuk hakkında verilecek vesâyet kararı, Türk hukukuna tâbi olacaktır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, MÖHUK m 10’da vesâyet kararı verilmesi veya sona erdirilmesi dışında kalan tüm hususlar, doğrudan Türk hukukuna tâbi kılınmıştır. Yani vesâyetin yönetimi olarak adlandırılan vasinin, vesâyet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları hakkında doğrudan Türk hukuku yetkili kılınmıştır<sup>132, 133</sup>.

Sonuç olarak Türkiye’deki refakatsiz çocuklara vasi ya da kayyım atanmasında ve vesâyet yönetimi sürecinde uygulanacak hukuk, Türk hukukudur. Bu anlamda Türk maddi hukukunda vesâyet kurumunun yönetimi ve refakatsiz çocuklar için uygunluğunun ele alınması gerekmektedir.

## E. Türk Maddi Hukukunda Refakatsiz Çocukların Hukukî Temsili

### 1. Vesâyet Kurumu ve Yönetimi

Türk hukukunda, korunma ihtiyacı olan kişilerin vesâyetinde devletin dahli elzem bulunarak vesâyet, bir kamu kurumu olarak düzenlenmiştir<sup>134</sup>. Bu doğrultuda vesâyet daireleri ile vasi ve kayyım tazmin ettirilemeyen zararlardan devlet doğrudan doğruya

130 Ekşi (n 114) 49.

131 Öztürk, Taner ve Kocacı (n 10) 142.

132 Yargıtay 18 HD, E 2012/12365 K 2013/483, 07.01.2013 için bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 130) 132.

133 Çocuklara dair tedbir kararları, kamu niteliğinde olması ve kural olarak ülkesel nitelik taşımaları sebebiyle vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın ülkede bulunan tüm çocuklara uygulanmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu vesâyet kararının verilmesi ve sona erdirilmesi dışında kalan vesâyete dair tüm hususları, Türk hukukuna tâbi kılmıştır, bkz Bilgin Tiryakioğlu, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar* (TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı 1991) 76.

134 Yargıtay 2. HD, 2440/3856, 30.03.1998 için bkz Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-1998-2440-k-1998-3856-t-30-03-1998>> Erişim Tarihi 9 Eylül 2022.

sorumlu kılınmıştır (TMK m 468). Kanunda vesâyet organları, vesâyet daireleri ile vasi ve kayyım olarak tanımlanmıştır (TMK m 396). TMK’da vesâyet daireleri için ikili bir ayırım yapılmış; çalışma konusunu teşkil eden kamu vesâyetinin, vesâyet makamı ve denetim makamından oluşan vesâyet daireleri tarafından yürütüleceği hüküm altına alınmıştır (TMK m 397/1). Vesâyet makamı sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı ise asliye hukuk mahkemesidir (TMK m 397/2).

Vesâyet işlerini asıl icra eden vasi ve kayyımlardır; vesâyet daireleri ise karar veren, denetim yapan ve gerektiğinde izin veren vesâyet organlarıdır. Vesâyet makamı ve denetim makamı, kamu hukuku ilişkisi ile devlete bağlı olup bu nedenle görevleri kamu hukukuna dayanırken; korunması gereken kişilerin yararlarını gözettiklerinden görevleri aynı zamanda özel hukuka dayanmaktadır<sup>135</sup>.

Türk hukukunda kural, ergin olmayan çocukların ana ve babanın velâyeti altında olması olmakla beraber (TMK m 335/1) velâyet altında bulunmayan her küçük vesâyet altına alınır (TMK m 404/1). Vesâyet makamı, gecikmeksizin vasi atmakla yükümlüdür (TMK m 419/1). Buradaki amaç, vesâyet altına alınacak kimsenin bir an önce koruma altına alınmasıdır<sup>136</sup>. Görevlerini yaparlarken vesâyeti gerektiren bir durumun varlığını öğrenen nüfus memurları, idarî makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesâyet makamına bildirmekle yükümlüdür (TMK m 404/2; Türk Medenî Kanunu’nun Velâyet, Vesâyet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m 9; Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>137</sup> m 19).<sup>138</sup> Velâyet altındaki küçüğün vesâyet altına alınabilmesi için öncelikle velâyetin kaldırılması gerekmektedir. Bu nedenle vesâyet makamı vasi tayini için aile mahkemesinin velâyetin kaldırılması kararını beklemelidir<sup>139</sup>.

Vesâyet altındaki küçüğün kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmek üzere (TMK m 403) sulh hukuk mahkemesi tarafından vasi atanır. Vasinin temsil yükümlülüğü, vesâyet altındaki kişinin hem özel hukuk hem de kamu hukuku ilişkilerini kapsamaktadır<sup>140</sup>. Vasi, vesâyeti altındaki küçüğün bakımı ve eğitimi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür ve vasi, bu konuda ana ve babanın sahip olduğu tüm yetkileri haizdir (TMK m 445). Nitekim vesâyet kurumunun, Medenî Kanunu’nun Aile Hukuku bölümünde yer

135 Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 1265.

136 Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 607.

137 Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.04.2006, RG 29.04.2006/26153

138 Öğretide TMK m 404’ün tüm memurları ve vesâyet altına alınması gereken bir küçüğün varlığından haberdar olan herkesi kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku II. Cilt* (21. Bası, Beta 2019) 480.

139 Yargıtay 2 HD, 9200/11675, 11.09.2008 için bkz Gençcan (n 125) 107. Diğer yandan, velâyet hakkının kaldırılması kararı için talebe gerek yoktur; zira velâyet, kamu düzenine ilişkin olduğundan hâkime bu takdir hakkı tanınmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, velâyetin kaldırılmasını gerektiren bir sebebin varlığı öğrendiğinde re’sen velâyetin kaldırılmasına karar verebilir, Cemil Dinç, “Velâyetin Kaldırılması” (2004) 54 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255, 281-282.

140 Gençcan (n 125) 755.

almasıyla, vesâyet kurumuyla velâyete benzer ilişkilerin kurulması, bir diğer deyişle velâyet altındakilere velinin göstermek zorunda olduğu dikkat ve özene benzer bir korumanın gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır<sup>141</sup>. Ancak vasi, vesâyeti altındaki küçüğe yabancı olduğundan, veliden farklı olarak daha fazla kontrole tâbi tutulmaktadır<sup>142</sup>. Vasi, görevini yaparken kendi kusuruyla vesâyet altındaki kişiye vermiş olduğu zarardan sorumludur (TMK m 467). Denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesi, vasinin işlemlerini kontrol eder ve gerektiğinde görevine son verir (TMK m 483). Vasi, Kanunun tanımış olduğu yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak icra edebilmekle beraber TMK m 462 ve 463'teki işlemleri ancak vesâyet ve denetim makamından izin alarak yapabilmektedir. Keza vasinin vesâyet altındaki küçük adına kefil olması, vakıf kurması ve önemli bağışlarda bulunması yasaktır (TMK m 450).

Vesâyet makamı, vasilik görevini icra edebilecek yetkinlikte bir ergini vasi olarak atar (TMK m 413/1). Sadece gerçek kişiler vasi olarak atanabilir (TMK m 413/1). Vasinin kural olarak vatandaşlığı önemli değildir; ancak aynı tabiiyete sahip bir vasinin daha etkili olabileceği bu anlamda potansiyel vasi adayının cinsiyet, dini görüş, sosyal statü gibi özelliklerinin vasi tayininde dikkate alınması önerilmektedir<sup>143</sup>. Haklı sebepler olmadıkça, vesâyet altına alınacak küçüğe öncelikli olarak vasilik koşullarına sahip olmaları kaydıyla yakın hısımlarından biri vasi olarak atanır (TMK m 414). Ayrıca, yine haklı sebepler olmadıkça, vasiliğe, vesâyet altına alınacak olan kişiye, kendisinin ya da ana veya babasının gösterdiği kişi vasi olarak atanır (TMK m 415). Vesâyet altına alınan kişinin yerleşim yerinde oturanlardan vasiliğe atananların, vasiliği kabul zorunluluğu vardır (TMK m 416/1).

Vasi, küçüğün koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi için vesâyet makamına başvurarak karar alabilir veya huzur bulmadıkça sakınca bulunan durumlarda bizzat vasi karar vererek vesâyet makamına bildirimde bulunur (TMK m 446/1). Vesâyet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasi, esas itibarıyla vesâyet altındaki küçüğü, *tüm hukukî işlemlerinde temsil eder* (TMK m 448). Vasi, kural olarak iki yıl için atanır ancak vesâyet makamı bu süreyi her defasında ikişer yıl uzatabilir; dört yılın dolmasından sonra vasi, vasilikten kaçınma hakkına sahiptir (TMK m 456).

Kayımlık da Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmiş olan vesâyet organlarından biridir. Kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanır (TMK m 403/2). Kayyım, temsil kayyımlığı (TMK m 426), yönetim kayyımlığı (TMK m 427) ve isteğe bağlı kayyım (TMK m 428) olmak üzere üç çeşittir. Çalışma konusu kapsamında sadece temsil kayyımlığı incelenecektir. Temsil kayyımlığı, "bir kişinin belirli bir işini görebilecek durumda olmadığı ve söz konusu işi o kişi için

141 Öztan (n 135) 1258.

142 ibid

143 Öztan (n 135) 1301; Çeçen Demir (n 112) 47.

görebilecek veya görmeye yetkili hiç kimsenin bulunmadığı hallerde söz konusu olur<sup>144</sup>”. “Belirli işleri görmek üzere” vesâyet makamı tarafından atanan kayyım, “yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa”<sup>145</sup> (TMK m 426/3) vesâyet makamı tarafından re’sen veya ilgilinin isteği üzerine atanmaktadır. Hükümde geçen yasal temsilci ifadesi; veli, vasi, yasal danışman ve kayyımı ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>146</sup>. Öğretide TMK m 426’nın temsil kayyımının atanacağı halleri tahdidi olarak belirtmesine rağmen benzer durumların kıyasen uygulanabileceği genel bir hüküm niteliğinde olduğu ifade edilmektedir<sup>147</sup>.

Belli bir iş için görevlendirilmiş olan temsil kayyımı, vesâyet makamının talimatına aynen uymakla mükelleftir (TMK m 459). Bu anlamda temsil kayyımlığının kapsamı, kayyımın atanma amacıyla sınırlıdır. Bu da temsil kayyımlığının geçici niteliğini öne çıkarmaktadır<sup>148</sup>.

Tıpkı vasilikte olduğu gibi atanacak olan temsil kayyımının ergin ve kayyımlık görevini icra edebilecek yetkinlikte olması gerekmektedir (TMK m 431/1, 413). Yine, kayyım atanacak kişinin ya da anne veya babasının gösterdiği kişinin kayyım olarak atanmasında öncelik vardır (TMK m 431/1, 414, 415). Kayyım atanan kişinin, kendisine kayyım atanan kimsenin yerleşim yerinde oturması koşuluyla kayyımlığı kabul etme yükümlülüğü vardır (TMK m 431/1, 416).

Vasinin atanmasına ilişkin kurallar, kayyımın tayininde de uygulanmaktadır (TMK m 431). Kayyımın görev süresi, vesâyet makamı tarafından belirlenmektedir (TMK m 458/1) ancak temsil kayyımlığı, kayyımın yapmakla görevlendirildiği işin sona ermesiyle mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer (TMK m 477/1).

Son olarak belirtmek gerekir ki vesâyet hukukunun temel ilkelerinden biri *tipe bağlılık ve tip sınırlılığı ilkesidir*. Bu nedenledir ki TMK’da öngörülen vesâyet kurumlarının dışında farklı bir vesâyet kurumu tedbiri öngörülemez ve uygun görülen kurum içinde Kanun tarafından düzenlenen tedbirlerin alınması emredici nitelikte olduğundan keyfi bir düzenleme yapılması da mümkün değildir<sup>149</sup>.

## 2. Refakatsiz Çocukların Koruyucu Aile Tarafından Temsili

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ye göre korunmaya muhtaç olan çocuğa âkit devletler tarafından sunulabilecek bakım tedbirlerinden biri de koruyucu aile

144 Dural, Ögüt ve Gümüş (n 136) 467.

145 Temsil kayyımının atanabilmesi için yasal temsilcinin görevini yerine getirmesi imkânsız olmalıdır, bkz Yıldız ve Gürsoy (n 123) 87.

146 Öztan (n 135) 1330.

147 Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medenî Hukukunda Kayyımlık* (Vedat Kitapçılık 2006) 22.

148 Gümüş (n 147) 13; Ömer Uğur Gençcan, *Türk Medenî Kanunu’nda Kayyımlık ve Yasal Danışmanlık* (Yetkin Yayınları 2022) 94.

149 Öztan (n 135) 1266; Dural, Ögüt ve Gümüş (n 136) 414.

kurumudur (m 20/3). Bu doğrultuda Türk hukukunda korunmaya muhtaç olan çocuğun ana ve babadan alınarak bir aile yanına -ya da bir kuruma- yerleştirilebileceği kabul edilmiştir (TMK m 347). ÇKK'ya göre de çocuğun bakımından sorumlu olan kişinin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi durumunda korunmaya muhtaç çocuk, bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılabilir ya da bu kurumlara yerleştirilebilir (m 5/1/c). Yine Sosyal Hizmetler Kanunu'nda da hakkında koruma kararı alınmış korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımının ve yetiştirilmesinin Kanunda öngörülen kuruluşların yanında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü denetim ve gözetimindeki bir koruyucu aile tarafından da yerine getirilebilir (m 23/1).

Korunmaya ihtiyacı olan çocukların korunmalarını gerektiren süre içerisinde aile ortamında yetiştirilmesine yönelik koruyucu aile hizmetlerinin uygulama esaslarını düzenleyen (m 1) Koruyucu Aile Yönetmeliği'ne (KAY) göre koruyucu aile, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı müdürlükleri denetiminde olmak üzere, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan aile veya kişidir (m 4/1/h). Koruyucu aile ilişkisi, koruyucu aile ile Bakanlık müdürlükleri arasında imzalanan, koruyucu ailenin yükümlülüklerini kapsayan ve mahalli mülki amir tarafından onaylanan koruyucu aile sözleşmesi<sup>150</sup> ile kurulur (m 4/1/m). Koruyucu aile, sözleşme ile bakımını ve yetiştirilmesini üstlendiği çocuğu, kendi çocuğu olmadığını unutmadan, kendi çocuğu gibi korumalı ve yetiştirmelidir<sup>151</sup>; zira kural olarak çocuğun ana ve babasının velâyet hakkı devam etmektedir.

Koruyucu aile, korunmaya ihtiyacı olan çocuğu evlat edinmemektedir; zira koruyucu aile sözleşmesi ile çocuk, koruyucu ailenin velâyeti altına girmemektedir. Hakeza koruyucu aile, vesâyet organı da değildir. TMK m 396'ya göre vesâyet organları, sınırlı sayı ilkesine göre sadece vesâyet daireleri ile vasi ve kayımlardır. Kaldı ki çocuğun vasisinin, koruyucu aile olamayacağı açıkça kayıt altına alınmıştır (KAY m 8/8). Bu nedenle öğretilerdeki bir görüşe göre koruyucu aile, vesâyet organının görev ve yetkilerine sahip olmayan, korunmaya ihtiyacı olan çocuğun şahsını koruyan; bakım, gözetim ve yetiştirilmesinde asıl vesâyet organına yardımcı olan yardımcı vesâyet organı niteliğindedir<sup>152</sup>. Bir diğer görüş ise, koruyucu ailenin ancak korunmaya ihtiyacı olan çocuğun velâyet altında olmadığı hâllerde bir vesâyet organı olan vasisinin

150 Koruyucu aile sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında öğretilerde görüş birliği yoktur. Bir görüş, koruyucu aile sözleşmesinin vekâlet unsurları ağır basan bir aile hukuku sözleşmesi olduğunu savunurken (bkz Sevgi Usta, "Koruyuculuk mu, Evlâtlık mı? Bir Çocuk Bakım ve Koruma Modeli Olarak Koruyucu Aile ve Türkiye Uygulaması" in Yasemin Güllüoğlu Altun (ed), Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı (2018) 21, 77) bir diğer görüşe göre, koruyucu aile borçlu, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ise alacaklı olup borçlu koruyucu aile, koruyucu aile sözleşmesinden doğan asli edimini bir üçüncü kişiye (korunmaya ihtiyacı olan çocuğa) ifa edeceğini taahhüt etmektedir; bu anlamda koruyucu aile sözleşmesinin amacı, korunmaya muhtaç çocuğun yani üçüncü şahsın, karşılıksız bir kazandırma elde etmesine yöneliktir (bkz Ayşe Nur Kılınc, "Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukukî İlişkinin Değerlendirilmesi" (2020) 28 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1217, 1234).

151 Kılınc (n 150) 1231.

152 İlknur Serdar, "Koruyucu Aile" Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2000) 467, 475.

yardımcısı olarak görülebileceği şeklindedir<sup>153</sup>. Tüm görüşler dikkate alındığında ortak çıkan sonuç şudur ki koruyucu aile, korunmaya ihtiyacı olan çocuğu, veli, vasi ya da kayyım gibi çocuğa ilişkin hukukî işlemlerde temsil edebilecek yetkiyi haiz değildir.

Peki, refakatsiz çocuklar koruyucu aileler tarafından sunulan korumadan faydalanabilir mi? Türk hukukunda çocuğa dair alınacak koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının yabancı vatandaşı ayırımı yapılmaksızın tüm çocuklara uygulandığını ifade etmiştik. Dolayısıyla refakatsiz çocukların da koruyucu aile tarafından desteklenmesinin önünde bir engel yoktur. Refakatsiz Çocuklar Yönergesi'ne göre, hakkında bakım tedbir kararı<sup>154</sup> alınmış refakatsiz çocuklar, koruyucu aile hizmetleri de dâhil olmak üzere öncelikli olarak aile yanında bakım hizmetlerinden yararlandırılacaktır (m 5/2, 6/1/g). Ancak 2017 yılında yapılan bir çalışmaya göre refakatsiz çocukların büyük bir kısmının on iki yaşın üzerinde olması, Türkçe iletişim kurmakta zorlanmaları, suça sebep oldukları şeklindeki önyargılar ile etnik farklılıklar sebebiyle koruyucu aileler tarafından tercih edilmemektedir<sup>155</sup>. Türkiye'de 2019 yılı itibarıyla 201 yabancı uyruklu çocuk, koruyucu aile desteğinden yararlanmaktadır<sup>156</sup>.

Şunu belirtmek gerekir ki refakatsiz çocuğun sığınma prosedürüne eşlik edilmesinde ivedi hareket edilmesi gerekmektedir. Çok çeşitli zorluklar sonucunda Türkiye'ye ulaşmış olan refakatsiz çocuğun diline ve kültürüne tamamen yabancı olduğu bir ülkede, ilgili koruma statüsü başvurusunda ve kendilerine sunulan eğitim, sağlık, barınma gibi resmî işlem ve süreçlere dair haklarının bilgilendirilmesinde yasal bir temsiliye ihtiyaç vardır. Ne var ki koruyucu ailenin korunmaya ihtiyacı olan çocuk ile eşleştirilmesi, ortalama altı ay sürmektedir<sup>157</sup>. Oysa refakatsiz çocuğun çok daha hızlı ve etkin bir şekilde resmî işlemlerinde temsil edilmeye ihtiyacı vardır. Bu anlamda koruyucu aile kurumu ancak, refakatsiz çocuğun koruma statülerine başvurusundan sonra bakım, gözetim ve yetiştirilmesine rol oynayabilecek bir mekanizmadır<sup>158</sup>.

#### IV. Sonuç

Bugün, sadece Türkiye'de değil, tüm dünyada giderek büyüyen bir göçmen gerçeği vardır. Kadın, erkek ya da çocuk, bireysel, ailece ya da grup olarak, çeşitli

153 Kılınç (n 150) 1233.

154 ÇKK'ya göre bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı müdürlükleri tarafından çocuğun resmî veya özel bakım yurduna yerleştirilmesi ya da koruyucu aile hizmetlerinden veya Kurumun bu kapsamda yürüttüğü hizmet modellerinden yararlandırılmasına yönelik tedbirdir (m 5/1/c).

155 KOREV, *Refakatsiz Sığınmacı Çocuklar Çalıştayı Sonuç Raporu* (2017) 10 için bkz <<https://www.korev.org.tr/files/document/refakatsiz-siginmaci-calistayi.pdf>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2022.

156 "Mağdur çocuklara Türkiye kucak açtı" <<https://www.milliyet.com.tr/gundem/magdur-cocuklara-turkiye-kucak-acti-2896319>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2022.

157 KOREV, "Koruyucu aile olma ve evlat edinme hakkında her şey" <<https://www.korev.org.tr/post/37/%22koruyucu-aile-olma-ve-evlat-edinme-hakkinda-her-sey%22#:~:text=Koruyucu%20ailelikte%20ise%20bu%20r%C4%B1zaya,ve%20koruyucu%20aile%20C3%A7ocukla%20tan%C4%B1%20C5%9F%C4%B1r>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2022.

158 Diğer yandan acil koruma gereken ya da hakkında hizmet planı oluşturulmamış ve kuruluş bakımına yerleştirilmemiş ya da kendisi için planlanan hizmet modelinden çeşitli nedenlerle henüz yararlandırılmamış çocuklar için birkaç gün ile en fazla bir ay arasında değişen bakım olan geçici koruyucu aile düzenlemesi de dikkate alınabilir (KAY m 4/1/e, 15).

sebeplerle içinde bulunduğu yaşam koşullarının katlanılmaz hale gelmesi neticesinde, her şeyi göze alarak yaşadıkları ülkeyi terk etmektedir. Göçün hem ne zaman sona ereceğinin bilinmemesi hem de kitlesel bir halde gerçekleşmesi, durumun kontrol altına alınmasını ve kişilere insan olmanın onuruna yaraşır bir şekilde bireysel olarak muamele edilmesini zorlaştırmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Birliği üyesi ülkeler, AB müktesebatı doğrultusunda belli kotalar öngörerek Türkiye'ye göre çok daha az sayıda göçmene ev sahipliği yapmaktadırlar. Oysa Türkiye, uzak ve yakın tarihi ile coğrafi konumu da dikkate alındığında, her daim göçmenlere ev sahipliği yapmış ve yapmaya da devam eden bir ülkedir. Hoşgörü politikasını ayırım gözetmeksizin kitleler halinde gelen göçmenlere kucak açarak gösteren ülkemiz, bugün dünyada en fazla mülteciye ev sahipliği yapan ülke haline gelmiştir<sup>159</sup>. Uluslararası yükümlülükleri gereği kaynaklarını, göçmenlere dahi iyi yaşam koşulları sunabilmek adına hiç tereddüt etmeden kullanan Türkiye'nin artık sonu gelmeyen bir göçmen akımı ile de karşı karşıya olduğu bir gerçektir. Bu manada göçmenlerin özellikle kayıt altına alınması, statülerinin belirlenmesi ve ülkemize her anlamda entegrasyonlarının sağlanması, hem biz vatandaşlar hem de göçmenler için son derece önemlidir.

Göç hukuku araştırmaları son zamanlarda herhangi bir yetişkinin refakati olmaksızın tek başına göç eden refakatsiz çocuklar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Refakatsiz çocuklar kendilerinden sorumlu bir ebeveyni ya da yakını olmayan; diline, kültürüne, coğrafyasına, insanlarına, yaşam şekline tamamen yabancı olduğu bir ülkede bir başına olan, korunmaya muhtaç ve her türlü istismara açık olan çocuklar olarak tanımlanabilir. Ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında refakatsiz çocuğun yasal olarak temsili en temel problem olarak öne çıkmaktadır.

Türkiye, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Sosyal Hizmetler Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu, Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği ile Refakatsiz Çocuklar Yönergesi ile refakatsiz çocukların özellikle barınması, eğitimi, tıbbî destek alınması ile aile birleşimi ve geri dönüşüne dair iyileştirici ve yapıcı düzenlemeler yapmıştır. Ancak uygulamada özellikle karmaşaya sebep olan durum, çok sayıda kurumun farklı farklı kanunlarla yetkilendirilmiş olmasıdır. Temelde, bir ekip işi olarak işbirliği içerisinde, her kurumun görev alanının belirgin çizgilerle çizildiği, daha açık kurallara ihtiyaç var iken; örneğin Çocuk Koruma Kanunu'na göre korunma ihtiyacı olan çocuklar için verilen bakım tedbiri kararları ile Sosyal Hizmetler Kanunu'na göre verilen korunmaya ihtiyacı olan çocuk hakkındaki kararlar, iki başlılık dolayısıyla uygulamada ciddi karışıklıklara sebep olmaktadır<sup>160</sup>. Benzer şekilde yine Çocuk Koruma Kanunu'nun vermiş olduğu yetkiyle koruma tedbir kararı alınacak olan çocuk hakkında çocuk mahkemesinin aynı zamanda vesâyete dair karar alma yetkisine sahip olması, vesâyet makamlarının uygulamaları açısından farklılıklara sebep olması

159 Bkz dn 15.

160 Kasım Karataş, "Türkiye'de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme" (2007) 18 (2) Toplum ve Sosyal Hizmet 7, 12.

yönünden yine yeni problemlere gebecektir. Bu anlamda, çocuğun korunmasına dair mevcut tüm düzenlemeleri bir bütün olarak dikkate almaksızın yapılan her yeni düzenleme, çocuğun korunmasında bütüncül bir politikanın uygulanmasına engel olmaktadır<sup>161</sup>.

Herhangi bir yetişkinin sorumluluğunda olmayan ve fiil ehliyetine de tam olarak sahip olmayan kırılğan yapıdaki -tabir-i caizse sahipsiz- bu çocukların, mümkün olan en kısa sürede hem uygun koruma statüsüne başvurulması ve karar sürecinde; hem barınacağı yere yerleşimi ve eğitimi gibi yeni yaşam koşullarının inşasında hem de aile birleşimi ya da idari ya da yargıya dair işlemlerinde; kısacası kendisiyle ilgili yapılacak her işleminde kendisine yol gösterecek ve onu temsil edecek güven ilişkisi kurabileceği sürekli, tek ve yetkin birine ihtiyacı varken zikrettiğimiz bu yasal düzenlemelerde, refakatsiz çocukların temsiline dair özel bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa refakatsiz olduğu tespit edilen küçüğe bir an önce temsilci atanması, çocuğun üstün yararı gereğidir. Esasında Çocuk Koruma Kanunu gereğince korunma tedbir kararı alınırken çocuk mahkemesinin aynı zamanda yasal temsilciyi atamada yetkili kılınması, işlevsel niteliktedir ancak refakatsiz çocuklar özelinde yeterli değildir. Zira refakatsiz çocuk, zaten *de facto* korunmaya muhtaç olan çocuktur; bu manada refakatsiz çocukların durumu, alelade korunmaya muhtaç çocuktan daha farklı ve özel olarak ele alınmalıdır.

TMK'daki velâyet altında bulunmayan her küçüğün vesâyet altına alınacağına (m 404); Türk Medenî Kanunu'nun Velâyet, Vesâyet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'teki korunma kararı alınan ve velâyet altında olmadığı tespit edilen çocuklara vesâyet makamı tarafından vasi atanacağına (m 13/1) ve Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği'ndeki yasal temsilcisi bulunmayanlara öncelikli olarak vasi veya kayyım atanacağına dair (m 9/2) emredici hükümlere rağmen kendisinden sorumlu bir yetişkin refakatinde olmayan çocuğa vasi ya da kayyım atanmayarak danışman atanmasının tercihi, esas itibarıyla ulusal mevzuatımıza ve uluslararası yükümlülüklerimize açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Uygulamada refakatsiz çocuklara kaldığı sosyal hizmet kuruluşunda görevli meslek elemanı, danışman olarak atanmaktadır. Ancak pek tabiidir ki; meslek elemanının yetki ve sorumlulukları ile vasi ya da kayyım atanacak kişinin yetki ve sorumluluklarının kapsamı farklıdır. Türkiye'deki bu uygulama ile danışmanın adeta "vasi yardımcısı" olarak görev yaptığı ifade edilebilir. Zira danışman, çocuğun sadece barınma, eğitim ve sağlık ihtiyaçlarına destek olan kişi değil aynı zamanda vasinin yetki alanına giren çocuğun sığınma süreciyle ilgili görüşmelerine katılma gibi faaliyetlerini de yürütmektedir. Oysa olması gereken; refakatsiz çocuk ile muhatap olan kişilerin görev tanım ve kapsamlarının açık ve sınırları belli olacak şekilde tayini ve aralarında iş bölümünün yapılarak koordineli bir şekilde çalışılmasının teminidir.

---

161 ibid 12.



Kanaatimizce TMK’da öngörülen vesâyet kurumlarının dışında farklı bir vesâyet kurumu tedbiri öngörülemez olduğundan refakatsiz çocuklar özelinde mevcut mevzuat hükümlerini bir araya getiren ve geliştiren onların hukukî temsillerini de içeren yeni ve şemsiye bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç vardır. Türkiye’de sayılarının fazla olduğu tahmin edilen<sup>162</sup> refakatsiz çocuklara yeterli sayıda gerçek kişi vasinin de atanması, sürdürülebilir ve gerçekçi olmadığından<sup>163</sup> özerk nitelikte kamu tüzel kişisi vesâyet kurumları düzenlenerek kurumsal bir sistem oluşturulmalıdır<sup>164</sup>. Nitekim Türkiye İnsan Hakları Eylem Planı’nda da kırılgan kesimlerin korunması ve toplumsal refahın güçlendirilmesi amacıyla Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı sorumluluğunda uluslararası koruma ve geçici koruma kapsamındaki kimsesiz çocukların bakım ve gözetiminin daha etkin sağlanabilmesi için tüzel kişi vesâyet sisteminin bir yıl içerisinde hayata geçirilmesi planlanmıştır<sup>165</sup>.

Tüzel kişi vesâyet sistemi içerisinde vasi havuzları oluşturulmalı; refakatsiz olduğu tespit edilen çocuğa sığınma başvurusundan önce derhal temsilci tayini yapılmalıdır. Çocukların sığınma başvuruları mutlaka yasal temsilcilerinin gözetiminde, çocuğun görüş ve istekleri dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir. Bu noktada sığınma işlemlerinin yerine getirilebilmesi için mevcut sistemde, vasi atanana dek ya TMK m 420 gereği vasi ile aynı yetkilere sahip yetki belgesi ile yetkilendirilen temsilci atanmalı ya da salt sığınmaya dair iş ve işlemlerin takibi için temsil kayyımı atanmalıdır.

Gönüllü veya profesyonel olarak belli bir ücret karşılığı vasilik yapacak bu kişilerin sahip olmaları gereken nitelikler belirlenerek standartlaştırılmalıdır. Vesâyet kurumu tarafından vasilerin eğitimi için zorunlu ve her yıl tekrarlanan eğitim programları düzenlenmelidir.

Vasi atanması için mahkeme kararının verilmesinde geçen süre, ya vasi atanmasında zaman sınırlaması açısından bir üst sınır getirilerek ya da ilgili vesâyet kurumuna vasi atama yetkisini verecek gerekli kanunî düzenlemeyi yaparak asgariye düşürülebilir. Çocuğun refakatsiz olduğunun tespiti akabinde sosyal hizmet kurumuna girişine kadarki süreç için geçici vasi atanabilir. Buradaki amaç çocuğun refakatsiz olduğuna

162 Çalışma kapsamında incelenen ülkelerde refakatsiz çocuklara dair detaylı istatistikî bilgi söz konusudur; kaç tane refakatsiz çocuk olduğu, cinsiyetleri, menşe ülkeleri, ortalama ne kadar sürede başvuruya dair karar verildiği, kaç tanesine vasi atandığı gibi. Ancak Türkiye’de ne yazık ki refakatsiz çocuklara dair sayısal veri yok denecek kadar azdır. Bu belirsizlik, sosyal hizmetlerin planlanması, uygulanması ve değerlendirilmesi açısından önemli bir eksiklik olarak görülmektedir (Reyhan Atasü Topçuoğlu ve Sultan Ebru Bulgurcuoğlu, “Türkiye’de ve Almanya’da Refakatsiz Göçmen Çocuklara Yönelik Sosyal Hizmetler” in Hatice Pars (ed), *Türk-Alman Çalışmaları Serisi II* (Nobel 2021) 330, 337). Bakanlık ile yapılan görüşmede refakatsiz çocuklara dair çok yoğun bir sirkülasyonun olduğu, bir anda yüksek sayıda çocuğun tespit edildiği, ancak günün sonunda gece yarısı bir kısmının kaldıkları yeri terk ettikleri ve bir daha ulaşılamadıkları, benzer nedenlerle de kaydı veri tutmanın zorlaştığı ifade edilmiştir.

163 Refakatsiz çocuk sayısının çok, ancak vasi sayısının ise az olması nedeniyle vasinin çocuğa yeterince zaman ayıramaması, refakatsiz çocukların temsilinde öne çıkan problemlerden biridir.

164 Aslında NIDOS, adeta bizdeki Çocuk Esirgeme Kurumu gibidir; ancak farklı olarak daha özerk ve salt refakatsiz çocuğun vesâyeti ve koruyucu aileler ile ilgilidir. Dolayısıyla daha dar alanda daha özelleşmiş olarak çalışmaktadır.

165 İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi (2021) 108 <[https://insanhaklariylemplanı.adalet.gov.tr/resimler/%C4%B0nsan\\_Haklar%C4%B1\\_Eylem\\_Plan%C4%B1\\_ve\\_Uygulama\\_Takvimi.pdf](https://insanhaklariylemplanı.adalet.gov.tr/resimler/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Eylem_Plan%C4%B1_ve_Uygulama_Takvimi.pdf)> Erişim Tarihi 10 Eylül 2022.

dair kaydın alınmasının ardından, onu yasal olarak temsil edecek kişinin bir an önce atanması ve hakkındaki tüm işlemlerin o temsilci gözetiminde gerçekleşmesidir. Belki ilk tespitten sonraki aşamada salt başvuru sürecini takip etmek ve yönetmek üzere kayyım da atanabilir. Bu noktada yeniden, refakatsiz çocukların önce çocuk oldukları; dilini, kültürünü ve yaşam tarzını hiç bilmedikleri bir ülkede tek başına oldukları hatırlanmalıdır.

Korunmaya muhtaç yabancı çocuk sayısının öngörülemez bir şekilde bir anda artmasıyla çocuk mahkemelerinin iş yükünün fazlaştığı bir gerçektir. Çocuk mahkemesi koruyucu ve destekleyici tedbir kararı vermeden önce çocuk hakkında hazırlanan sosyal inceleme raporunu inceler ve ona göre tedbirin gerekliliği hakkında karar verir<sup>166</sup>. Tedbir kararlarının nasıl yerine getirileceği konusunda hazırlanan uygulama plânı da mahkemenin onayına sunulur<sup>167</sup>. Yine mahkeme, tedbire dair karar verdikten sonra en geç üçer aylık sürelerle sosyal çalışma görevlilerine tedbirin uygulanma sürecini ve tedbirden beklenen amacın gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemek amacıyla rapor hazırlattırır ve düzenlenen rapora göre çocuk hakkında tedbir kararına ya da herhangi bir tedbire yer olmadığına karar verir<sup>168</sup>. Her bir çocuk özelinde rapor ve planların incelenmesi şeklindeki döngü, kural olarak çocuk on sekiz yaşını doldurana dek devam eder; hatta hâkim çocuğun üniversiteye devamı için ilgili tedbirin eğitim öğretim sonuna kadar devam etmesine karar verebilir<sup>169</sup>. Tedbir kararı duruşma yapılmaksızın verilebilirken vesayete dair kararların ancak duruşma yapılarak verilmesi, çocuk mahkemelerinin iş yükünü iyice ağırlaştırmaktadır. Bu anlamda tüm dünyada en fazla mülteciye ev sahipliği yapan ülke konumundaki Türkiye'nin belki de ihtisaslaşmış göç mahkemelerini yapılandırması düşünülmelidir.

Çoğu zaman yanlarında kimlik, pasaport gibi kişilerin varlığını tanıtan vatandaşlık bilgilerinin yer aldığı herhangi bir belge taşımayan bu çocukların kendilerini temsil etmek üzere avukat tayin etmeleri mümkün olamamaktadır. Uygulamada temsilcisi olmayan refakatsiz çocuklara ehliyetleri ya da yabancı kimlik numaraları olmadığı gerekçesiyle vekâletname çıkarılmadığı; adli yardımdan<sup>170</sup> faydalanmaları amacıyla uluslararası korumalarının talep edildiğinde de vekâletnameleri olmadığı için avukatların başvuruya erişimine izin verilmediği; benzer şekilde hakkında sınır dışı kararı verilmiş olan refakatsiz çocuk için mahkemeye yapılan başvurunun yine

166 Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m 8/11.

167 ibid m 18/1.

168 ibid m 18/4.

169 ibid m 11/3.

170 Refakatsiz çocukların adli yardımdan yararlanabilmesi için karşılıklılık şartının yerine gelmesi gerekmektedir (HMK m 334/3). YUKK'a göre vatansız kişiler (m 51/1/c) ve uluslararası koruma statüsü sahibi yabancılar (m 88/1) için karşılıklılık şartı aranmayacaktır. Dolayısıyla uluslararası koruma başvurusu aşamasında kural olarak karşılıklılık şartı aranacaktır. Diğer yandan adli yardıma yapılan talebin kabulüyle atanan avukata vekâletname verilmesi gerekmektedir (Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği m 6/b/1) (RG 30.03.2004/25418). Atanan avukatın yükümlülüğü vekâletnamenin yokluğunda sona erer (m 6/b/2).

vekâletname olmadığı gerekçesiyle dikkate alınmadığı şeklindeki gerekçelerle refakatsiz çocuğa kendiliğinden yardımda bulunmak isteyen ve bu anlamda davaya katılmak isteyen ya da çeşitli yardımlarda onun adına hareket etmek isteyen avukatların ve sivil toplum kuruluşlarının talepleri mahkemeler tarafından reddedilmektedir<sup>171</sup>. Yine yabancı kimlik numaralarının verilmesiyle nedeniyle de vasi atanması ve vekâletname çıkarılmasında problemler yaşanmaktadır<sup>172</sup>. Halbuki “avukat yardımından faydalanma, avukat ile temsil edilme, avukata erişim” AİHM’e göre, AİHS’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde kapsamındadır<sup>173</sup>. Bu husus, Anayasamızın 36. maddesi de benzer şekilde hak arama hürriyeti kapsamında dikkate alınmaktadır. Bu doğrultuda ülkeye giriş yapan çocuğa atanan vasiyle eş zamanlı olarak çocuğu yasal olarak temsil edecek bir avukat da tayin edilmeli<sup>174</sup> ve refakatsiz çocuklar özelinde vekâletname olmaksızın avukatların hizmet sunabilmesi sağlayacak yeni bir düzenleme oluşturulmalıdır<sup>175</sup>.

Pek tabii vasinin, refakatsiz çocuğun bir anlamda velisi olması, çocuğu muhatabı olduğu tüm işlemlerde temsil ediyor olması; kendisini ilgilendiren işlemler hakkında yeterince bilgisi olmayan çocuğun, yanlış kişiler elinde sömürülmesi endişelerini de beraber getirmektedir. İşte tam da bu nedenle geliştirilecek bir vasi eğitim programı ile salt bu işe kanalize olmuş, sığınma süreci ve refakatsiz çocuklara dair bilgisi olan ve çocukların inşa edecekleri yeni hayatlarında gündelik hayatta karşılaştıkları sorunlarıyla birebir ilgilenecek kişilere ihtiyaç vardır. Refakatsiz çocuklara özgü olarak kurulan vasilik sistemiyle, çocukların Türkiye’de geçirdikleri süre içinde topluma uyum sağlamları, gelişim, katılım ve korunma haklarının sağlanması güvence altına alınacaktır<sup>176</sup>.

Sonuç olarak Türk hukuk sisteminde refakatsiz çocukların mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan problemlerinin, refakatsiz çocukların temsiline özgülenmiş standartların ve rehber ilkelerin bulunmayışından kaynaklandığı rahatlıkla ifade edilebilir<sup>177</sup>. Bu anlamda refakatsiz çocukların tek bir çatı altında onlara özgü olarak hukukî temsiline dair etkili bir düzenleme yapılması ile yine onlara özgülenmiş kurumların oluşturulması, Türkiye’nin BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’den doğan yükümlülükleri ile de uyumlu olacaktır.

171 Öztürk, Taner ve Konaç (n 10) 135, 137; Helsinki Yurttaşlar Derneği (n 117) 48.

172 Helsinki Yurttaşlar Derneği (n 117) 47. Kimlik numarasının verilmesinin hızlandırılması için süre sınırlamalarının getirilmesi önerilmektedir, bkz Öztürk, Taner ve Konaç (n 10) 76.

173 European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Updated on 30 April 2022, 81-83. Ayrıca bkz Salduz v Turkey App no 36391/02 (ECHR, 27 November 2008).

174 Bu manada 6284 sayılı Kanunu Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un (Kabul Tarihi: 08.03.2012, RG 20.03.2012/28239) Bakanlığın çocuklara yönelik açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekışmesiz yargıya müdahil olmasına izin veren 46. maddesinin yetersiz olduğu, hukuk klinikleri ya da yardımcı hukuk personeli uygulamaları ile baroların çocuklara dair davalara katılabilmeleri için barolara bu alanda yetki tanınabileceği de önerilmektedir. Bu konuda bkz Öztürk, Taner ve Konaç (n 10) 19.

175 Öztürk, Taner ve Konaç (n 10) 144.

176 Atasü Topçuoğlu (n 2) 75.

177 Öztürk, Taner ve Konaç (n 10) 16.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Teşekkür:** Bu çalışmanın ortaya çıkarılmasındaki katkılarından ötürü Çocuk Mahkemesi Emekli Hâkimi Sayın Gökten Koçoğlu'na teşekkürlerimi sunarım.

**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.

**Acknowledgement:** I would like to thank Gökten Koçoğlu, Retired Judge of the Juvenile Court, for her contribution to the discovery of this study.

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Acar Umut A, *Vesâyet Kurumu ve Vasinin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku II. Cilt* (21. Bası, Beta 2019).
- Årsredovisning 2021 <[https://www.migrationsverket.se/download/18.6b4387bd17dc72a9925fec/1645777608413/Migrationsverket\\_A%CC%8AR\\_2021.pdf](https://www.migrationsverket.se/download/18.6b4387bd17dc72a9925fec/1645777608413/Migrationsverket_A%CC%8AR_2021.pdf)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Asylum Information Database by European Council on Refugees and Exiles, “Identification-Belgium” <<https://asylumineurope.org/reports/country/belgium/asylum-procedure/guarantees-vulnerable-groups/identification/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022).
- Asylum Information Database by European Council on Refugees and Exiles, “Statistics-the Netherlands” <<https://asylumineurope.org/reports/country/netherlands/statistics/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022.
- Asylum Information Database by European Council on Refugees and Exiles, Legal Representation of Unaccompanied Children Sweden (2022) <[https://asylumineurope.org/reports/country/sweden/asylum-procedure/guarantees-vulnerable-groups/legal-representation-unaccompanied-children/#\\_ftn4](https://asylumineurope.org/reports/country/sweden/asylum-procedure/guarantees-vulnerable-groups/legal-representation-unaccompanied-children/#_ftn4)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Atasü Topçuoğlu R, *Türkiye’de Göçmen Çocukların Profili, Sosyal Politika ve Sosyal Hizmet Önerileri Hızlı Değerlendirme Araştırması* (İsveç Uluslararası Kalkınma ve İşbirliği Ajansı ve Uluslararası Göç Örgütü 2013).
- Atasü Topçuoğlu R ve Bulgurcuoğlu SE, “Türkiye’de ve Almanya’da Refakatsiz Göçmen Çocuklara Yönelik Sosyal Hizmetler” in Hatice Pars (ed), *Türk-Alman Çalışmaları Serisi II* (Nobel 2021).
- Belçika Vesâyet Kanunu için <[http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2002122445&table\\_name=loi](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2002122445&table_name=loi)> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022.
- Bouma H, López M, Knorth E ve GrietensBriefing H, Briefing on the Dutch Child Protection System” (2016) Hestia 1 için <<http://www.projecthestia.com/wp-content/uploads/2015/03/POLICY-BRIEFING-NL.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- Caritas International <<https://www.caritasinternational.be/en/projects/asylum-migration-en/umr-guardianship/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022.
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, “Action Plan on Unaccompanied Minors (2010-2014)”, SEC (2010)534.
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, “The protection of children in migration”, COM (2017) 0211 final (2017).

- Communication From The Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, “EU strategy on the rights of the child”, COM (2021) 142 final (2021).
- Committee on the Rights of the Child, Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, General Comment No. 6, CRC/GC/2005/6 (2005).
- Council of the European Union, Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)—Conditional confirmation of the final compromise text with a view to agreement, Interinstitutional File: 2016/0222 (COD) (2018).
- Council of Europe Action Plan on Protecting Vulnerable Persons in the Context of Migration and Asylum in Europe (2021-2025).
- Council of Europe, “Effective guardianship for unaccompanied and separated children in the context of migration, Recommendation”, CM/Rec(2019)11 of the Committee of Ministers (2020).
- Crawley H, *Child First, Migrant Second: Ensuring That Every Child Matters* (Immigration Law Practitioners’ Association 2006).
- Çeçen Demir A, “Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklara Vasi ve Kayyım Atanması” in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 43-48.
- Çelikaksoy A ve Wadensjö E, “Ensamkommande barns och ungas väg in i det svenska samhället” (2018) 3 Delmi.
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Basım, Beta 2021).
- Çelikel A ve Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (Yenilenmiş 27. Bası, Beta 2022).
- Çiçekli B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları* (Seçkin Yayıncılık 2014).
- Diñç C, “Velâyetin Kaldırılması” (2004) 54 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255-309.
- Directive 2013/32/EU of The European Parliament and of The Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), (2013) L 180/60.
- Directive 2013/33/EU of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), (2013) L 180/96.
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021).
- Dutch Civil Code <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- Ekşi N, *Milletlerarası Yetki* (2. Bası, Beta 2000).
- Ekşi N, *Türkiye’ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları* (Beta, 2021).
- Esen E, *Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri* (Beta 2019).
- European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, COM (2016) 466 final 49 ve European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU, COM (2016) 467 final 15.

- European Commission, “The New Pact on Migration and Asylum documents” (2020).
- European Guardianship Network <<https://www.egnetwork.eu/about/history/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- European Guardianship Network, Towards a European Framework of Guardianship Institutions (2010).
- European Migration Network, *Children in Migration Netherlands national contribution to the EMN study on ‘Children in Migration’* (2021).
- European Migration Network, *Unaccompanied minors in Belgium Reception, Return and Integration Arrangements* (2009).
- European Union Agency for Fundamental Rights, “Guardianship for children deprived of parental care” (2015).
- European Parliamentary Research Service, Briefing-Children’s rights in the EU Marking 30 years of the UN Convention on the Rights of the Child (2019).
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Guardianship Systems For Unaccompanied Children in The European Union Developments Since 2014* (Publication of the European Union 2022).
- European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Updated on 30 April 2022, 81-83. Ayrıca bkz Salduz v Turkey App no 36391/02 (ECHR, 27 November 2008).
- Eurostat, “Children in migration-asylum applicants” <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Children\\_in\\_migration\\_-\\_asylum\\_applicants](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Children_in_migration_-_asylum_applicants)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Eurostat, “Asylum 2021: asylum decisions and unaccompanied minors” <<https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/ddn-20220504-1>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Eurostat, “Asylum applicants considered to be unaccompanied minors-annual data” <<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00194/default/table?lang=en>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Föräldrabalk (1949:381) <[https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/foraldrabalk-1949381\\_sfs-1949-381#K11](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/foraldrabalk-1949381_sfs-1949-381#K11)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- För dig som är god man, förvaltare eller förmyndare, Göteborgs Stads <<https://goteborg.se/wps/portal/enhetsida/for-dig-som-ar-god-man-forvaltare-eller--formyndare>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Framtagen Av Riksförbundet Frivilliga Samhallsarbetare, *Vad ska en god man hjälpa mig med?* (2018) <<https://rfs.se/wp-content/uploads/2018/08/RFS-Barnmaterial-webb.pdf>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Gençcan ÖU, *Vasilik Hukuku* (Yetkin Yayınları 2022).
- Gençcan ÖU, *Türk Medenî Kanunu’nda Kayımlık ve Yasal Danışmanlık* (Yetkin Yayınları 2022).
- GİB, “Yıllara Göre Geçici Koruma Kapsamındaki Suriyeliler” <<https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- GİB, “Yıllara Göre Uluslararası Koruma Başvurusu” <<https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-istatistikler>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022).
- Graeve KD, Vervliet M ve Derluyn I, “Between Immigration Control and Child Protection: Unaccompanied Minors in Belgium” 2017 (15) 1 Social Work and Society International Online Journal 1-13.

- Gümüş MA, *Türk Medenî Hukukunda Kayıymlık* (Vedat Kitapçılık 2006).
- Helsinki Yurttaşlar Derneği, *Askiya Alınmış Çocukluk: Türkiye’de Sığınma Arayan Ailesinden Ayrı Düşmüş Çocukların Durumu* (2010).
- Human Rights Watch, *Seeking Refuge Unaccompanied Children in Sweden* (2016) <[https://www.hrw.org/report/2016/06/09/seeking-refuge/unaccompanied-children-sweden#\\_ftn1](https://www.hrw.org/report/2016/06/09/seeking-refuge/unaccompanied-children-sweden#_ftn1)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi (2021) 108 <[https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/%C4%B0nsan\\_Haklar%C4%B1\\_Eylem\\_Plan%C4%B1\\_ve\\_Uygulama\\_Takvimi.pdf](https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Eylem_Plan%C4%B1_ve_Uygulama_Takvimi.pdf)> Erişim Tarihi 10 Eylül 2022.
- Kalverboer K, Zijlstra E, Os C, Zevulun D, Brummelaar M ve Beltman D, “‘It is a house but it isn’t my home’ Unaccompanied minors in the Netherlands and the care facility in which they flourish best” (2016) 1-16.
- Karataş K, “Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme” (2007) 18 (2) Toplum ve Sosyal Hizmet 7-20.
- Karataş K, Rittersberger H, Atasü Topçuoğlu R, Demir OÖ, *Türkiye’de Refakatsiz Çocuklara Erişim ve Çocuğun Yüksek Yararına Yönelik Hizmet Sunumunun Teşvik Edilmesi Projesi Değerlendirme Raporu* (2014).
- Kılınç AN, “Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukukî İlişkinin Değerlendirilmesi” (2020) 28 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1217-1261.
- Kilkelly U, Rap S, Coron G ve Moschos G, *Promoting child-friendly approaches in the area of migration, Standards, guidance and current practices* (Council of Europe 2019).
- Koçoğlu G, “Çocuk Koruma Açısından Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar” in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 27-35.
- KOREV, *Refakatsiz Sığınmacı Çocuklar Çalıştayı Sonuç Raporu* (2017) 10 için <<https://www.korev.org.tr/files/document/refakatsiz-siginmaci-calistayi.pdf>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2022.
- KOREV, “Koruyucu aile olma ve evlat edinme hakkında her şey” <<https://www.korev.org.tr/post/37/%22koruyucu-aile-olma-ve-evlat-edinme-hakkinda-her-sey%22#:~:text=Koruyucu%20ailelikte%20ise%20bu%20r%C4%B1zaya,ve%20koruyucu%20aile%20%C3%A7ocukla%20tan%C4%B1%C5%9F%C4%B1r>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2022.
- Lag (2005:429) *om god man för ensamkommande barn* <[https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2005429-om-god-man-for-ensamkommande-barn\\_sfs-2005-429](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2005429-om-god-man-for-ensamkommande-barn_sfs-2005-429)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Lag (1904:26 s.1) *om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap* <[https://lagen.nu/1904:26\\_s.1#K4P4S1](https://lagen.nu/1904:26_s.1#K4P4S1)> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-1998-2440-k-1998-3856-t-30-03-1998>> Erişim Tarihi 9 Eylül 2022.
- “Mağdur çocuklara Türkiye kucak açtı” <<https://www.milliyet.com.tr/gundem/magdur-cocuklara-turkiye-kucak-acti-2896319>> Erişim Tarihi 29 Ağustos 2022.
- Migrationsverket, *People and public authorities you meet* <<https://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/Protection-and-asylum-in-Sweden/Children-seeking-asylum/Without-parents/Your-rights.html>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

- “More about NIDOS” <<https://www.nidos.nl/en/home/missie-en-visie-van-nidos/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- Muktedir L, *Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (Seçkin Yayıncılık 2014).
- Nalçacıoğlu Erden HZ, “Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi” 2022 12(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 898-970.
- NIDOS 2018 Jaarverslag <[https://www.nidos.nl/wp-content/uploads/2019/05/jv2018\\_270519\\_LR.pdf](https://www.nidos.nl/wp-content/uploads/2019/05/jv2018_270519_LR.pdf)> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- Özkan H, Açıklamalı ve İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı Vesâyet ve Kayımlık (*Legal* 2015).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015).
- Reneman M, “Identification of asylum seekers with special reception and procedural needs in the Dutch asylum procedure”, UNCHR VU Migration Law Working Paper Series 16 (2018).
- Öztürk N, Taner G ve Kontacı E, *Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi* (Türkiye Barolar Birliği 2019).
- Serdar İ, “Koruyucu Aile” Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2000) 467-508.
- Silav Ö, *Refakatsiz Çocukların İyilik Hallerini Etkileyen Faktörlerin İncelenmesi* (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2022).
- Sizer M, *Ülkeden Uzaklaşturmaya İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü* (Yetkin Yayınları 2021)
- States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol <<https://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2022.
- Statista, Number of asylum applications from unaccompanied minors in Sweden from 2011 to 2022 <<https://www.statista.com/statistics/1299862/sweden-number-asylum-applications-unaccompanied-minors/>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.
- Şanlı C, Esen E ve Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Basım, Beta 2021).
- Swedish Migration Agency (2021) için <<https://bit.ly/3u9qGCJ>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Mülteci Hakları Alt Komisyonu, “Göç ve Uyum Raporu” (2018).
- Tiryakioğlu B, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar* (TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı 1991).
- “Tjej och ny i Sverige” <<https://www.youtube.com/watch?v=eDOrBpimna0>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.
- Töre N, *Avrupa Yollarında Kayıp Göçmen Çocuklar* (Turhan Kitabevi 2022).
- Tunç S, Refakatsiz Çocuk ve Gençlerin Kurum Bakımı ve Sonrasına İlişkin Deneyimleri (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2022).
- TÜİK, “Uluslararası Göç İstatistikleri” (2019) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Uluslararası-Goc-Istatistikleri-2019-33709>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- TÜİK, “İstatistiklerle Gençlik” (2021) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Genclik-2021-45634>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.



- Türk Kızılayı, “Türk Kızılayı’nın Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklara İlişkin Faaliyetleri” in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalet Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) (89-97).
- Uluslararası Göç Örgütü, “Uluslararası Göç Hukuku No. 31”, in Richard Perruchoud ve Jillyanne Redpath Cross (eds), *Göç Terimleri Sözlüğü* (2. Baskı IOM 2013).
- Ulus Karataş AE, “Geçici Koruma Altındaki Suriye Vatandaşlarının Çocuk Yaşta Evliliklerinin Mukayeseli Hukuka ve Türk Hukukuna Göre Geçerliliği” (2020) 78 (1) İstanbul Hukuk Mecmuası 21-81.
- UNHCR, “Global Trends: Forced Displacement in 2021” (2021).
- UNHCR, “Turkey Fact Sheet” (2022) 1 <<https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2022/03/UNHCR-Turkey-Factsheet-February-2022.pdf>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2022.
- UNHCR, Guidelines for the Alternative Care of Children (2009).
- UNHCR, Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum (1997).
- UNHCR Guidelines on Formal Determination of the Best Interests of the Child (2006).
- UNHCR, Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children (2004).
- Usta S, “Koruyuculuk mu, Evlâtlık mı? Bir Çocuk Bakım ve Koruma Modeli Olarak Koruyucu Aile ve Türkiye Uygulaması” in Yasemin Güllüoğlu Altun (ed), Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı (2018) 21-57.
- Wildt LR, Melin E, Ishola P, Dolby P, Murk J and Pol P, *Overview of family-based reception for unaccompanied minors in the EU Member States*, (NIDOS 2015).
- “Vad ska en god man hjälpa mig med?” <<https://www.youtube.com/watch?v=VHzLcrCq8rM>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.
- Vad ingår i uppdraget?, Göteborgs Stads için <<https://goteborg.se/wps/portal/enhetssida/for-dig-som-ar-god-man-forvaltare-eller--formyndare/god-man-for-ensamkommande-barn/uppdraget-som-god-man/vad-ingar-i-uppdraget%3F>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.
- Vannelli M, “The Unaccompanied Child’s Right to Legal Assistance and Representation in Asylum Procedures under EU Law” (2022) 11 (1) 11 Laws 1-18.
- Vereniging van Nederlandse Gemeenten, “Factsheet Alleenstaande Minderjarige Vreemdelingen (AMV’ers)” (2016) <<https://vng.nl/sites/default/files/publicaties/2018/20160531-factsheet-amv.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.
- Yıldız E ve Gürsoy S, *Kayımlık ve Kayıym Katılımıyla Görülmesi Gereken İşler ve Davalar* (Vedat Kitapçılık 2007).
- Zijlstra E, Rip J, Beltman D, Os C, Knorth EJ ve Kalverboer M, “Unaccompanied minors in the Netherlands: Legislation, policy, and care” (2017) 15 (2) Social Work and Society International Online Journal 1-20.





## Geçici Koruma Statüsü Sahiplerinin Teminat Yatırma Yükümlülüğüne İlişkin Adana Bölge Adliye Mahkemesi Kararının İncelenmesi

### A Review of the Regional Court Decision Regarding the Exemption of Temporary Protected Status Holders in Türkiye from *Cautio Judicatum Solvi*

Cemre Tüysüz\*

#### Öz

Türk hukukunda yabancılik unsuru olan bazı hallerde teminat yatırma mükellefiyeti öngörülmüştür. İnceleme konumuz yabancıların Türkiye’de açacakları veya katılacakları davalarda veya başlatacakları icra takiplerinde teminat gösterme mükellefiyetine ilişkindir. Son yıllarda Suriye’de yaşanan olaylar nedeniyle milyonlarca Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşı, sınırları aşarak Türkiye’ye girmiştir. Bu kişilerin ülkelerindeki olaylar neticesinde Suriye’ye dönemiyor olmaları sebebiyle, Türkiye’deki kalışlarının da hukukî bir çerçeveye oturtulması ihtiyacından dolayı 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile birlikte hukukumuza geçici koruma statüsü girmiştir. Bu çalışmada Adana Bölge Adliye Mahkemesi’nin 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi’ndeki hükümlerin, geçici koruma altındakilere kıyasen uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin kararı incelenmiştir. İncelediğimiz Adana Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi kararında, gerek Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda gerekse de ilgili Yönetmeliklerde geçici koruma statüsü sahiplerinin teminat gösterme mükellefiyetinden muaf tutulacaklarına ilişkin herhangi bir hüküm olmamasına rağmen, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’nin geçici koruma statüsü sahiplerine kıyasen uygulanarak, bu kişilerin Türkiye’de açacakları veya katılacakları davalarda veya başlatacakları icra takiplerinde teminat gösterme mükellefiyetlerinin bulunmadığına karar verilmiştir. Bu karar incelenirken Türk hukukundaki teminat mükellefiyetinin ne olduğu ve amacı ile bu mükellefiyetten muaf tutulabilecek haller göz önünde bulundurulmuştur. Göz önünde bulundurulmuş bir diğer konu ise, Türkiye’nin gerek Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve ilgili Yönetmeliklerdeki geçici koruma statüsü sahiplerine gerekse de mültecilere bakış açısıdır.

#### Anahtar Kelimeler

Geçici Koruma Statüsü, Mülteci, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi, Teminat Gösterme Zorunluluğu, Teminat Gösterme Zorunluluğundan Muafiyet

#### Abstract

For some cases with a foreign element, the obligation of *cautio judicatum solvi* before applying to the courts has been accepted into Turkish law. The subject of this review mainly focuses on the exemption from *cautio judicatum solvi* for foreigners when they apply to courts and enforcement offices. Due to the developments and events in the Syrian Arab Republic over the past years, millions of Syrian citizens have crossed the borders and entered Türkiye. Because they are unable to return home due to the ongoing events in Syria and thus the need exists for establishing a legal framework regarding their presence in Türkiye, temporary protected status has been accepted into Turkish Law through the Code on Foreigners and International Protection (Law No. 6458). This review focuses on a decision rendered by the 3<sup>rd</sup> Civil Chamber of the Adana Regional Court regarding the applicability of the exemption rule in the 1951 Refugee Convention to citizen refugees from the Syrian Arab Republic. The decision rendered by the 3<sup>rd</sup> Civil Chamber of the Adana Regional

\* Sorumlu Yazar: Cemre Tüysüz (Dr. Öğr. Üyesi), Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Adana, Türkiye. E-posta: cemretuysuz@yahoo.com ORCID: 0000-0001-5889-0681

Atf: Tuysuz C, “Geçici Koruma Statüsü Sahiplerinin Teminat Yatırma Yükümlülüğüne İlişkin Adana Bölge Adliye Mahkemesi Kararının İncelenmesi” (2023) 43(1) PPIL 85. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1.1205887>



Court accepts the application of the 1951 Refugee Convention to those holding temporary protected status and has declared them to be exempt from *cautio judicatum solvi*, as Turkish legislation lacks any such regulation. While reviewing this decision, the study will consider the scope and aim of *cautio judicatum solvi* in Turkish law, as well as the possibilities for exemption from such an obligation. The study will also examine the view in Turkish law toward refugees and those holding temporary protected status through the Code on Foreigners and International Protection and other such relevant regulations.

**Keywords**

Temporary Protected Status, Refugee, 1951 Refugee Convention, *Cautio Judicatum Solvi*, Exemption From *Cautio Judicatum Solvi*

**Extended Summary**

*Cautio judicatum solvi* is a warranty that ensures the remedy of a defendant's loss for applying to courts. Some states such as Russia, Romania, and Bulgaria have no type of measures that could be considered as *cautio judicatum solvi*. Other states that have adopted *cautio judicatum solvi* may seek different conditions (e. g., citizenship, domicile, habitual residence).

The reason for accepting *cautio judicatum solvi* is the risk that arises from the condition of the plaintiff. Applying to courts and being a defendant in a case has legal costs. These costs shall be redeemed by the party who loses the case. In case the risk occurs regarding an inability to redeem the defendant's losses, the law mandates that plaintiffs deposit a fair amount at the beginning of proceedings.

The law's perspective on the conditions that may arise as a risk varies. Some state laws predict the habitual residence abroad of a plaintiff to pose a risk. Other states predict that the citizenship of the plaintiff may pose a risk and stipulate *cautio judicatum solvi* for foreigners.

Turkish law accepts both abovementioned conditions as a reason for *cautio judicatum solvi*. According to Article 84 of the Code on Civil Procedure No. 6100, Turkish citizens with a habitual residence abroad shall deposit *cautio judicatum solvi* when they file a case in Turkish civil courts. International Private and Civil Procedural Law No. 5718 stipulates that foreigners who file lawsuits in Turkish civil courts shall deposit *cautio judicatum solvi* (Art. 48). Exemption from this obligation is by reciprocity.

Reciprocity may be accepted in three different forms. The first form of reciprocity is by an international treaty. Türkiye and the state of the plaintiff may sign a bilateral or multi-lateral treaty that contains an exemption regarding *cautio judicatum solvi*. The second form of reciprocity is by law. If the state of the plaintiff does not accept *cautio judicatum solvi* for foreigners in their law, then the reciprocity condition has been set. The third form of reciprocity is by *de facto* practice. When Turkish citizens do not deposit any form of money for *cautio judicatum solvi* prior to applying to the courts, then reciprocity shall be accepted *de facto*.

Due to the violent events that have occurred in Syria, millions of Syrians entered Türkiye over the past several years. Most of the Syrian's entrance and stay in Türkiye were illegal. Syrians who enter illegally cannot be deported back to Syria due to the instability and violence in Syria. Therefore, the need to legalize their stay in Türkiye has arisen. Therefore, the Law on Foreigners and International Protection No. 6458 has established temporary protected status. In accordance with this status, Syrians may stay in Türkiye and receive certain services (e.g., health, education, social services).

As of 2022, no reciprocity has occurred between Türkiye and Syria regarding exemption from *cautio judicatum solvi*. Moreover, no regulation exists for any such exemption regarding temporary protected status holders. Therefore, when a Syrian with temporary protected status applies to a civil court, they are to deposit money according to Art. 48 of the International Private and Civil Procedural Law.

However, the 3<sup>rd</sup> Civil Chamber of the Adana Regional Court has stated that, even without an exemption for *cautio judicium solvi* regarding temporary protected status holders, the Geneva Refugee Convention shall be applied to them.

Türkiye is a contracting state for the Geneva Convention. According to the Additional Protocol dated 1967, the geographical and historical limitations on the Geneva Convention have been abolished. However, Türkiye has reservations about the geographical applicability of the Geneva Convention. Hence the reservation is that Türkiye only applies this convention to foreigners who seek refuge for events that have occurred in Europe.

Despite this reservation, the applicability of the Geneva Refugee Convention to temporary protected status holders has been accepted by the 3<sup>rd</sup> Civil Chamber of Adana Regional Court. This review study examines, the perspective of Turkish law on temporary protected status in comparison to the other international protection statuses.

The Regional Court stated that, as a contracting state of the Geneva Convention, the exemptions mentioned in this treaty shall be applied to other forms of international protection, whether such protection is permanent or temporary. This study kindly disagrees with the ruling of the Regional Court for various reasons.

Firstly, the reservation Türkiye has regarding the geographical applicability of the Geneva Convention prohibits the application of the Geneva Refugee Convention to temporary protected status holders in Türkiye who've come from Syria. Secondly, the perspective and the reason for establishing temporary protected status prevents the applicability of Geneva Refugee Convention regulations to exemption from *cautio judicium solvi*.

Finally, the effects on the legal system from providing such an exemption to the millions of Syrian foreigners should also have been thoroughly considered by the courts who granted such exemption.

## Giriş

Adana Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda<sup>1</sup> geçici koruma statüsü sahibi Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşlarının Türkiye’de açacakları davalarda teminat yatırma mükellefiyetlerinin bulunmadığı yönünde tespit edilmiştir. Tespitin gerekçesi olarak, Türkiye’nin taraf olduğu 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme<sup>2</sup> (Cenevre Sözleşmesi) ileri sürülmüştür.

Bu çalışmada geçici koruma statüsü sahipleri hakkında, Türkiye’de açacakları veya katılacakları davalarda veya başlatacakları icra takiplerinde Adana BAM 3. Hukuk Dairesi kararındaki gibi bir muafiyetin söz konusu olup olmadığı, yine bu kararda belirtilen diğer hususlar ile birlikte değerlendirilecektir. Kanaatimizce bu değerlendirmenin yapılması zaruridir. Şöyle ki, resmi verilere göre, 2020 yılı itibarıyla Türkiye’de geçici koruma statüsü sahibi Suriyeli sayısı 3.559.041’dir<sup>3</sup>. Dolayısıyla milyonlarca yabancı devlet vatandaşının Türkiye’de açacakları davalarda veya başlatacakları icra takiplerinde yatırımları zorunlu kabul edilmiş teminattan muaf tutulmasının, adalet sistemi açısından önemli sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz. Aşağıda öncelikle karardaki tespitler belirtilecek olup, sonrasında da milletlerarası usul hukuku açısından kararın değerlendirilmesine yer verilecektir.

### I. Adana Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi Tarafından Verilen Kararın Özeti<sup>4</sup>

Karara konu olayda davacı tarafından Adana 13. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 30.05.2022 tarih ve 2022/19 Değişik İş, 2022/19 K. sayılı kararı aleyhine istinaf başvurusunda bulunulmuştur. İlk derece mahkemesi tarafından verilen ihtiyati haciz talebinin reddine ilişkin karar kaldırılmış, davalı mallarının ihtiyaten hazine ve davacının da yabancı olması nedeniyle 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un<sup>5</sup> (MÖHUK) 48. maddesinde belirtilen teminatı yatırmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

İncelenen karardaki davada davacı Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşıdır. Yabancıların Türkiye’de açacakları davalarda teminat yatırımları gerektiği, bu zorunluluktan karşılıklı ilişki doğurtusunda bir ikili anlaşma olması halinde

1 Adana BAM 3 HD, 2096/1532, 01.09.2022. Karar yayımlanmamıştır.

2 RG 5.9.1961-10898. Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 5 September 1961) 189 UNTS 137.

3 Göç İdaresi Başkanlığı’nın resmi internet sitesindeki güncel veri 2020 yılına ait olduğundan, çalışmamızda bu bilgi esas alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz <https://www.goc.gov.tr/gecici-korumamiz-altındaki-suriyeliler> Erişim Tarihi 31 October 2022.

4 Bu bölümde yer verilen bilgiler, terimler, sözleşme adları ve diğer özel isimler, BAM kararında yer aldığı şekliyle, değiştirilmeden kullanılmıştır.

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

ya da çok taraflı bir uluslararası sözleşme bulunması halinde ilgilinin bu teminatı yatırmasına gerek bulunmadığı belirtilmiştir. Türkiye ile Suriye Arap Cumhuriyeti arasında henüz teminattan muaf tutulmasına ilişkin olarak ikili bir anlaşma yapılmadığından hareketle, Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşı olan davacının teminat yatırması gerektiği değerlendirilmiş ise de, dosyadaki bilgilerden davacının Türkiye’de vatandaşlık alabilmek amacı ile müracaat ettiği bilgisinin bulunduğu, davacının kimlik bilgileri araştırıldığında kendisine yabancı kimlik numarası verildiği, yabancı kimlik numarasının ülkemize yasal yollardan girmiş olan Suriye uyrukluların koruma talebinde bulunmaları üzerine geçici sığınmacı statüsünde bulunan kişilere verildiği, davacının Göç İdaresinden almış olduğu yabancı kimlik numarası ile sığınmacı başvurusunda bulunduğu değerlendirildiğinde Türkiye’nin de taraf olduğu 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi’nin incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Cenevre Sözleşmesi’nin 16. maddesine göre bir ülkede koruma talebi ile bulunmakta olan yabancı uyruklu kişilerin adli makamlara başvuruları sırasında herhangi bir teminat yatırımları zorunluluğu bulunmadığı, davacının Türkiye’de yabancı kimlik numarası almak sureti ile geçici koruma statüsünde bulunduğu kanaatine varılmakla, Cenevre Sözleşmesi’nin 16. maddesi gereğince davacının bu aşamada dava açarken herhangi bir teminat yatırmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Kararda göz önünde bulundurulması gereken son husus ise, davacının pasaport kayıtlarından 2021 yılında yurt dışına çıkıp, 2022 yılında tekrardan ülkeye giriş yaptığı Adana BAM 3. HD tarafından belirlenmiş olmasıdır. Ancak kararda davacının yurtdışına çıkmış olmasının geçici koruma statüsüne ne şekilde etki edeceğine ilişkin herhangi bir tespit bulunulmamıştır.

Kararın değerlendirilmesine geçmeden önce birkaç hususun açıklanması gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle yabancıların teminat yatırmasına ilişkin MÖHUK m. 48 hükmü hakkında genel bilgiler verilecek olup, sonrasında da kararda olduğu gibi 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme’nin geçici koruma statüsü sahibi Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları hakkında uygulanıp uygulanmayacağı incelenecektir.

## **II. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü**

### **A. Genel Olarak**

Kural olarak, Türk usul hukukunda dava açmak, davaya katılmak veya icra takibinde bulunmak için teminat yatırmak gerekmemektedir. Ancak bunun iki istisnası vardır. Bunlardan ilki 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun<sup>6</sup> (HMK) 84.

6 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması halinde uygun bir teminat yatırmasının talep edileceği ifade edilmiştir. Buradaki teminatın yükümlüsü genel itibariyle Türk vatandaşları olduğundan, çalışma konumuzun kapsamı dışındadır.

İstisnalara devam etmeden evvel çalışmamız ile ilgili önem arz eden bir diğer konudan kısaca bahsetmek gerekmektedir. HMK m. 334 ve devamında düzenlenen adli yardım müessesesi; kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimselerin, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilecekleri şeklinde belirtilmiştir (m. 334/1). Ek olarak, HMK’da yabancıların da adli yardımdan faydalanabileceği kabul edilmiştir (m. 334/son). Ancak yabancıların adli yardımdan yararlanabilmesi için aranan şart ise karşılıklılığın bulunmasıdır<sup>7</sup>. Yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet, adli yardımın kapsamına alındığından (HMK m. 335/1b) adli yardım konusunda karşılıklılığın bulunduğu devletin vatandaşlarının açacakları veya katılacakları davalarda ve başlatacakları icra takiplerinde teminattan muaf tutulmaları gerekmektedir.

Çalışma konumuz kapsamında olan ve Adana BAM HD tarafından değerlendirilen teminata ilişkin ikinci istisnai düzenleme ise MÖHUK m. 48’de yer almaktadır. Bu maddeye göre, Türkiye’de dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişilerin, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorunda oldukları kabul edilmiştir. Ek olarak, yabancıların teminattan muaf tutulabilmesi için, karşılıklılığın bulunması gerektiği de ifade edilmektedir (m. 48/2). Sonuç itibariyle, Türk mahkemelerinde dava açan, davaya katılan veya icra takibi başlatanların MÖHUK m. 48 uyarınca teminat yükümlülüğü altında olabilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir.

## **B. Yabancıların Teminat Gösterme Mükellefiyeti Hakkında MÖHUK m. 48’de Aranan Şartlar**

### **1. Davayı Açanın, Davaya Katılanın veya İcra Takibi Yapanın Yabancı Olması**

MÖHUK uyarınca teminat gösterilebilmesi için aranan en temel şart, ilgilinin yabancı olmasıdır. Türk vatandaşlığı T. C. Anayasası’nın<sup>8</sup> 66. maddesinde “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>7</sup> Aşağıda karşılıklılık ile ilgili detaylı bilgilere yer verildiğinden, tekrara düşmemek amacıyla burada sadece ismen belirtmekle yetiniyoruz.

<sup>8</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982-17863.



Gerçek kişilerin yabancı kapsamında değerlendirilebilmesi için 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>9</sup> (TVK) uyarınca Türk vatandaşı olmayan kişi olması gerekmektedir<sup>10</sup>. İncelediğimiz kararda davayı açan davacı Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşı olduğundan MÖHUK m. 48'deki bu şart gerçekleşmiştir.

Yabancıların Türkiye'de açacakları veya katılacakları davalarda ve başlatacakları icra takiplerinde teminat gösterme mecburiyetine ilişkin MÖHUK m. 48'deki ikinci şart ise karşılıklılığın bulunmamasıdır (MÖHUK m. 48/2).

## 2. Yabancı'nın Vatandaşı Olduğu Devlet ile Türkiye Arasında Karşılıklılığın Bulunmaması

MÖHUK m. 48 uyarınca yabancı'nın teminat gösterme mecburiyetinden bahsedebilmek için, yabancı'nın vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında karşılıklılığın bulunmaması gerekmektedir. Karşılıklılık; akdi, fiili veya kanuni karşılıklılık olmak üzere üç grupta değerlendirilmektedir. Yabancı'nın vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında teminattan muafiyete ilişkin iki veya çok taraflı anlaşma mevcut ise akdi mütakabiliyetten söz edilmektedir.

Bazı durumlarda ise, yabancı'nın vatandaşı olduğu devletin hukuk kurallarında Türk vatandaşlarının açacakları veya katılacakları davalarda ve başlatacakları icra takiplerinde teminat göstereceğine ilişkin bir düzenleme yer almıyor olabilir. Bu durumlarda ise kanuni karşılıklılıktan bahsedilmektedir<sup>11</sup>.

Son olarak, yabancı'nın vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında herhangi bir sözleşme veya o devlet kanunlarında bu yönde muafiyete ilişkin bir düzenleme bulunmaksızın da karşılıklılığın bulunduğu haller söz konusu olabilecektir. Türk vatandaşlarının o devlet mahkemelerinde açacakları veya katılacakları davalar ile başlatacakları icra takiplerinde teminat gösterme mükellefiyetinden fiilen (*de facto*) muaf tutuldukları takdirde, fiili karşılıklılığın varlığı kabul edilmektedir<sup>12,13</sup>.

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

10 Türk vatandaşlığı yanında başka bir devlet vatandaşlığının da bulunması halinde, Türk vatandaşlığı esas alınacağından (MÖHUK m. 4/b), bu kişilerin teminat yatırma yükümlülükleri bulunmamaktadır.

11 Bazı devletler yabancı'nın teminat gösterme mükellefiyetini düzenlememiş olabilir. Bunlara örnek olarak Rusya Federasyonu, Bulgaristan ve Romanya verilmektedir. Buna karşın bazı devletlerde ise teminat gösterme zorunluluğunda vatandaşlık esas alınmayıp, davacının o ülkede ikametgahının/malvarlığının bulunması şartına bağlı tutulmuş olabilir (HMK m 84'üne benzer durum). Bunlara da örnek olarak İngiltere, ABD ve İsviçre verilmektedir. Dolayısıyla bütün bu hallerde MÖHUK m 48 kapsamında bir karşılıklılığın bulunduğu söylenebilecektir. Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, (23th edn, Beta 2021) 505; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2020) 564.

12 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 564; Nomer (n 11) 504.

13 Türkiye'de dava açan, davaya katılan veya icra takibi başlatan yabancı'nın vatandaşı olduğu devlette daha önce Türk vatandaşları tarafından dava açılmamış olması nedeniyle fiili karşılıklılığın tespiti de önem arz etmektedir. Kanaatimizce bu halde, daha önce herhangi bir başvurunun olmaması, fiili karşılıklılığın varlığının kabulüne imkân vermemelidir. Çünkü fiili karşılıklılıktan bahsedilebilmesi için uygulamada Türk vatandaşlarının açacakları veya katılacakları davalarda teminat gösterme zorunluluğuna tâbi tutulmaması gerekmektedir. Dolayısıyla, henüz hiç uygulaması olmamış bir hususun, fiili bir durum yarattığının kabulü mümkün görünmemektedir. Bkz benzer şekilde Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 124.

Sonuç itibariyle ister akdi ister kanunî isterse de fiili olsun, yabancının kendi devlet mahkemelerinde yabancılardan teminat istenmediğini ispat ettiğinde, teminat konusunda karşılıklılığın bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir<sup>14</sup>.

Ekleme gerekir ki, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve özel kanuni düzenlemeler uyarınca, bazı yabancılar teminat yatırmaktan muaf tutulabilmektedir. Bu düzenlemelerden biri, TVK m. 28'de yer almaktadır. Buna göre, Türk vatandaşlığını doğumla kazanmış olanların, çıkma suretiyle vatandaşlıklarını kaybetmeleri halinde, TVK m. 28'de belirtilen istisnalar dışında, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaya devam edecekleri kabul edilmiştir (TVK m. 28/1). İlgili madde incelendiğinde, teminat yatırma zorunluluğu istisna olarak kabul edilmediğinden, bu kişilerin MÖHUK m. 48'in uygulanması açısından Türk vatandaşlarına tanınan hakları kullanmaya devam edecekleri ve teminat yatırma zorunluluğu bulunmadığı sonucuna ulaşılması gerekecektir<sup>15</sup>.

Konuyla ilgili bir diğer kanuni düzenleme ise Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda<sup>16</sup> (YUKK) yer almaktadır. YUKK'a göre uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler (m. 88/1) ve vatansızlar (YUKK m. 51/1c), karşılıklılık şartından muaf. Dolayısıyla MÖHUK m. 48/2'deki karşılıklılık şartı ile yabancının teminattan muaf tutulabilmesini öngören hüküm, YUKK m. 88 ve 51/1c vasıtasıyla karşılandığı için, Türkiye'de uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin ve vatansızların teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulduğu sonucuna ulaşılması gerekecektir<sup>17</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki YUKK'ta karşılıklılık şartından muaf tutulanlar, vatansızlar ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler olup, yine aynı kanunda düzenlenmiş geçici koruma statüsü sahipleri ise bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla geçici koruma statüsü sahiplerinin karşılıklılık şartından muaf tutulması, YUKK m. 51/1c ve 88/1 kapsamında söz konusu olamayacaktır.

Türkiye'nin de katılmış bulunduğu bazı iki<sup>18</sup> ve çok taraflı sözleşmelerde de teminat gösterme yükümlülüğü konusunda muafiyet sağlayan hükümler vardır. Çok taraflı

14 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1st edn, Vedat 2020), 163; Nomer (n 11) 505; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 564.

15 Aynı yönde bkz Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 553; Doğan (n 13) 91; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (1st edn, Yetkin 2021) 261; Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021) 685. Doktrinde TVK m 28'deki düzenleme nedeniyle bu madde kapsamındaki yabancıların teminat göstermekten muaf tutulmasının hatalı olduğu, sonuç itibariyle bu kişilerin yabancı olduklarından teminat mükellefiyeti kapsamında olmaları gerektiği ifade edilerek, TVK m 28 eleştirilmiştir. Çelikel and Erdem (n 15) 685.

16 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun numarası: 6458, Kabul tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013-28615.

17 Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim and Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1st edn, On İki Levha 2022) 643; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 11) 565. Doktrinde ayrıca YUKK m 88 hükmü dikkate alınmaksızın uluslararası koruma statüsü sahiplerine de 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanması gerektiği de ifade edilmiştir. Musa Aygül and Elif Hande Altıntaş, 'Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü' (2020) 40(2) PPIL (Cemal Şanlı Armağanı) 707, 720.

18 Türkiye ile birçok devlet arasında teminat muafiyetine ilişkin iki taraflı anlaşma imzalanmıştır. Bu devletler; Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Bosna Hersek, Bulgaristan, Cezayir, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Fas, Filipinler, Finlandiya, Gürcistan, Hırvatistan, Hindistan, İngiltere, İran, İsviçre, İtalya, Irak, Kazakistan, KKTC, Kuveyt, Macaristan, Makedonya, Mısır, Moldova, Norveç, Özbekistan, Polonya, Pakistan, Romanya, Suriye Arap Cumhuriyeti, Suudi Arabistan, Tacikistan, Tunus, Ukrayna, Ürdün ve Yemen'dir. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 6) 563. Hukukî, ticari ve cezai konularda Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı sözleşmelerinin güncel listesi için bkz <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/ikili.html> Erişim Tarihi 8 Nisan 2022.

sözleşmelere geçmeden önce, Türkiye ile Suriye Arap Cumhuriyeti arasında akdedilen Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması'ndan<sup>19</sup> bahsedilmesi gerekecektir. Şöyle ki bu Anlaşma 9 Nisan 2009 tarihinde Şam'da imzalanmış, 2 Kasım 2010 tarihli ve 6040 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 2011/1801 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla onaylanması uygun bulunarak, 15 Haziran 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Anlaşma'nın 13. maddesinde bir taraf devletin vatandaşlarının diğer taraf devletin adli makamları önündeki işlemlerinde sadece yabancı olmaları veya diğer taraf devlet ülkesinde ikametgahları bulunmaması nedeniyle teminat yatırma mükellefiyetlerinin bulunmadığı kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla, Türkiye ile Suriye Arap Cumhuriyeti arasında teminattan muafiyete ilişkin akdi bir karşılıklılık olduğu kabul edilmelidir.

Devletlerin sözleşme yapmak suretiyle belirli konularda karşılıklı muamele esasını kabul etmesi, gerçekten de karşılıklı muamelenin var olduğu anlamına gelmeyebilecektir. Karşılıklılığın varlığından bahsedilebilmesi için devletlerin bu konuda sözleşme akdetmeleri yetmemekte, fiili durumda da aralarındaki sözleşmede yer alan haklardan yararlandıkları takdirde karşılıklılığın varlığı kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Buna karşın, sözleşmede belirtilen hakların tanınmadığı veya daha ağır şartlarda tanındığı durumlarda karşılıklılığın olmadığı gerekçesiyle, diğer taraf devletin bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini askıya alması da söz konusu olabilecektir<sup>21</sup>.

Son yıllarda Suriye Arap Cumhuriyeti ile yaşanan gelişmeler neticesinde Türk vatandaşlarının Suriye Arap Cumhuriyeti'ndeki haklarının sınırlandırılma ihtimali nedeniyle, Türkiye açısından bu iki taraflı anlaşmanın uygulaması askıya alınmış olabilir. İnceleme konumuz olan kararda buna ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın, doğrudan Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanmış olması kanaatimizce eksik bir inceleme oluşturmaktadır<sup>22</sup>.

Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan Hukuki – Ticari ve Cezaî Konularda İkili Sözleşmeler listesine<sup>23</sup> bakıldığında, Suriye Arap Cumhuriyeti ile Türkiye arasında akdedilen iki adet sözleşme bulunmaktadır. Bunlar; “*Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Anlaşması*” ve “*Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Hükümlülerin Nakline Dair Anlaşma*”dır. Dolayısıyla teminattan muafiyete ilişkin hükmün bulunduğu 2009

19 RG 15.06.2011-27965.

20 Aysel Çelikel and Günseli Öztekin-Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (27th edn, Beta 2022) 65.

21 Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (5th edn, Savaş 2020) 36.

22 Yargıtay da bu konuda detaylı inceleme yapılmamasını bir bozma nedeni olarak kabul etmektedir. Söz konusu kararda Yargıtay, davacının teminat muafiyetinin bulunup bulunmadığı hususunda hükme dayanak oluşturacak şekilde herhangi bir araştırma yapılmadığını belirterek, teminattan muafiyet ile ilgili konunun Adalet Bakanlığı Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nden sorularak, verilen cevaba göre karar verilmemesini, usulsüzlük olarak nitelendirmektedir. Yargıtay 12 HD, 32371/9715 – 04.04.2016. Filiz Berberoğlu-Yenipınar, *Güncel İçtihatlarla Milletlerarası Özel Hukuk* (1st edn, Aristo 2019) 312.

23 <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/ikili.html> Erişim Tarihi 11 November 2022.

tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması'nın bu listede yer alması nedeniyle, bu anlaşmanın fiilen uygulanmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle de çalışmamızda Suriye Arap Cumhuriyeti ile Türkiye arasında teminattan muafiyete ilişkin uygulanabilir ikili bir sözleşme bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı birçok sözleşmede, teminattan muafiyete ilişkin hüküm bulunmaktadır. Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili Sözleşme'de<sup>24</sup> sözleşme kapsamındaki adli işlemler doğrultusunda dava açılmasında davacının yabancı olması halinde teminat yatırma mükellefiyetine tâbi olmayacağı belirtilmektedir (m. 9/2). Adana BAM 3. HD kararına konu olayda Türkiye'nin taraf olduğu bu sözleşme kapsamında bir dava söz konusu olmadığından, davacının bu Sözleşme'deki teminat gösterme muafiyetinden yararlanması mümkün olmayacaktır.

Türkiye'nin taraf olduğu bir diğer sözleşme olan Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'nde<sup>25</sup> taraf devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir Devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan taraf devlet vatandaşlarından, yabancı olmaları veya o memlekette ikametgâh veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun, herhangi bir teminat istenemeyeceği ve bu durumun mahkeme masrafları için de geçerli olduğu belirtilmektedir (m.17/1-2). Adana BAM 3. HD kararına konu davanın davacısı Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşı olduğundan, Suriye Arap Cumhuriyeti'nin de Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmaması<sup>26</sup> nedeniyle davacının bu Sözleşme kapsamında teminat gösterme mükellefiyetinden muaf tutulamayacaktır.

Yabancıların açacakları davalarda teminat mükellefiyetine tâbi olmayacağını kabul edildiği diğer önemli Sözleşmeler ise aile hukuku alanında kabul edilmiş uluslararası sözleşmelerdir. Bunlar; Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme<sup>27</sup> (m. 9), Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi<sup>28</sup> (m. 5/3), Milletlerarası Çocuk Kaçırımların Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme<sup>29</sup> (m. 22) ve Nafaka Alacakları Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme'dir<sup>30</sup> (m. 16). İnceleme konumuz olan kararda ise aile

24 RG 18.3.1971-13782.

25 Hague Convention on Civil Procedure (adopted 23 November 1971 entered into force 11 December 1973). RG 23.3.1972-14137.

26 Sözleşmeye taraf devletlerin güncel listesi için bkz <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=33> Erişim Tarihi 8 November 2022.

27 Hague Convention Concerning the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations Towards Children (adopted 15 April 1958 entered into force 01 January 1962) RG. 11.1.1973-14418.

28 European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children adopted 20 May 1980 entered into force 1 September 1983) RG 8.8.1999-23780.

29 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (adopted 25 October 1980 entered into force 1 December 1983) RG 15.2.2002-23965.

30 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations (adopted 22 November 1982 entered into force 16.02.1983) RG. 16.2.1983-17961.

hukukundan kaynaklanmayan bir alacak söz konusu olduğundan, bu Sözleşmeler kapsamında bir değerlendirme yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Avrupa İkamet Sözleşmesi de Türkiye'nin taraf olduğu ve taraf devlet vatandaşlarının diğer bir akit devlette açacakları davalarda teminat göstermekten muaf tutulmasını düzenleyen bir diğer Sözleşme'dir<sup>31</sup> (m. 7). Adana BAM 3. HD'nin kararına konu davada, davacının geçici koruma statüsü sahibi Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşı olması ve bu devletin de Avrupa İkamet Sözleşmesi'ne taraf olmaması nedeniyle, Avrupa İkamet Sözleşmesi'nin davacıya uygulanması mümkün değildir. Yine aynı şekilde Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme<sup>32</sup> de, BAM 3. HD kararına konu davacının vatansız olmaması nedeniyle uygulanabilir bir sözleşme değildir.

Demiryolu ile Yolcu ve Bagaj Taşınmasına İlişkin 1961 Tarihli Sözleşme'ye Ek Sözleşme (m. 20/2) ve Karayolu ile Eşya Taşıma Sözleşmesi'nde (CMR) (m. 31/5) de teminat muafiyetine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak incelediğimiz kararda bu Sözleşmeler kapsamında bir uyumsuzluk olmaması nedeniyle bu Sözleşmelerin de değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır.

Karşılıklılık şartı ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer konu hâkimin bu konuda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkindir. Kanuna bakıldığında, "Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yaparı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar" şeklindeki düzenlemesi uyarınca, bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>33</sup>. Dolayısıyla karşılıklılığın olduğu durumlarda mahkemenin bunu göz ardı ederek yabancı davacıdan, davaya katılından veya icra takibi başlatan yabancıdan teminat göstermesini isteyemeyeceği gibi, karşılıklılığın bulunmadığı hallerde de mahkeme yabancıyı teminattan muaf tutamayacaktır<sup>34</sup>.

Adana BAM 3. HD kararında esas alınan Sözleşme, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme'dir (Cenevre Sözleşmesi). Cenevre Sözleşmesi'nin 16. maddesinde mültecilerin sürekli ikametgahının bulunduğu taraf devlette, adli yardım ve teminat gösterme mükellefiyeti de dahil olmak üzere, o devletin vatandaşı gibi muamele göreceği kabul edilerek, mülteciler teminat gösterme yükümlülüğünden açıkça muaf tutulmuştur. Adana BAM 3. HD kararında Cenevre Sözleşmesi esas

31 European Convention on Establishment (Adopted 13 December 1955 entered into force 23 February 1965) RG. 20.4.1989-20145.

32 Convention Relating to the Status of Stateless (adopted 28 September 1954 entered into force 6 June 1960) RG 25.10.2014-29156.

33 MÖHUK'ta hâkimin takdir yetkisini kaldıran bu düzenleme, mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 32. maddesindeki hâkime takdir yetkisi tanıyan hükümden olumsuz bir geriye dönüş olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Çelikel and Erdem (n 15) 686.

34 Uğur Tütüncübaşı, 'Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' 2010 12(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183,208; Nomer (n 6) 504; Çelikel and Erdem (n 15) 686; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 11) 565; Doğan (n 13) 94. 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta bu konuda davanın veya takibin niteliğine göre davacıyı, davaya katılanı veya icra takibi başlatanı teminattan muaf tutabileceği yönünde bir takdir yetkisi bulunduğunu, ancak 5718 sayılı MÖHUK'ta bu takdir yetkisinin kaldırılması nedeniyle olumsuz şekilde eleştirilmiştir. Çelikel and Erdem (n 15); Doğan (n 13) 94; Merve Acun-Mekengeç, 'Türk Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' (2017) 37(2) MHB1, 16.

alındığı için aşağıda bu Sözleşme hakkında genel bilgilere kısaca değinilecek olup, Cenevre Sözleşmesi'nin kararda belirtildiği gibi geçici koruma statüsü sahiplerine de uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

### C. Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme Kapsamında Teminat Muafiyeti

Cenevre Sözleşmesi mülteci kavramını; 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 kişiler olarak ifade etmiştir (m. 1). Sözleşme uygulama alanı açısından iki sınırlama getirmektedir. Bu sınırlamalardan ilki zaman bakımındandır. Sözleşmeye göre bir şahsın mülteci olarak kabul edilebilmesi için 1 Ocak 1951 tarihinden önceki olaylar sebebiyle yer değiştirmesi gerekmektedir. Ancak 1967 tarihinde kabul edilen Ek Protokol ile zaman sınırlaması kaldırılmıştır.

Sözleşmenin uygulama alanı bakımından getirilen ikinci sınırlama da coğrafi sınırlamadır. Buna göre bir kişinin mülteci olarak kabul edilebilmesi için Avrupa'da yaşanan olaylardan dolayı bu kişinin Türkiye'ye gelmesi gerekmektedir. Avrupa dışında yaşanan olaylardan dolayı bir kişinin mülteci statüsünü kazanması ilk başta Cenevre Sözleşmesi'nde kabul edilmemişti. Ancak 1967 yılında düzenlenen Ek Protokol'de coğrafi sınırlama da kaldırılmakla birlikte, devletlere bu konuda çekince koyma imkânı tanınmıştır. Türkiye bu konuda koyduğu çekince doğrultusunda sadece Avrupa'da yaşanan olaylar nedeniyle gelen kişilerin mülteci olarak kabul edilebileceğini belirterek, coğrafi sınırlamayı devam ettirmektedir<sup>35</sup>.

Sonuç itibariyle Cenevre Sözleşmesi, Türkiye açısından sadece Avrupa'da yaşanan olaylar nedeniyle Türkiye'ye gelen ve mülteci statüsünde kabul edilen kişilerle ilgili olarak uygulama imkânı bulan bir uluslararası sözleşmedir<sup>36</sup>. Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesine Ek Protokole koyduğu çekince doğrultusundaki coğrafi sınırlamalar nedeniyle, mülteci statüsü verilemeyen kişilere şartlı mülteci statüsü verilebileceği de ifade edilmektedir<sup>37</sup>.

35 Tarihçe ile ilgili detaylı bilgi için bkz Işıl Özkan, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2018) 74-76; Ersan Barkın '1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi' 2014 (1) Ankara Barosu Dergisi 333, 351 vd; Çelikel and Öztekin-Gelgel (n 20) 11; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu* (5th edn, Beta 2018) 46.

36 Benzer şekilde Çelikel and Öztekin-Gelgel (n 20) 20-22; Özkan (n 35) 84.

37 Doğan, *Yabancılar* (n 21) 11. Ek olarak, YUKK'taki düzenlemelere bakıldığında uluslararası koruma statüsü başvuruları bireysel olarak yapılmakta ve değerlendirilmektedir. Ancak Suriye'den gelişlerin kitlesel olması nedeniyle uluslararası koruma kapsamında değerlendirilememekte, bu şekilde yurda girenlere kitlesel bir koruma sağlanmaktadır. Bu özellikleri nedeniyle geçici koruma ile uluslararası koruma arasındaki en önemli farkın da elde edilen korumanın da geçici olmasıyla birlikte kitlesel koruma talebinde bulunulması olduğu belirtilmektedir. Çelikel and Öztekin-Gelgel (n 20) 169.

Teminat muafiyeti Cenevre Sözleşmesi'nin 16. maddesinde her mültecinin mutad meskeninin bulunduğu taraf devlette, adli yardım ve teminat akçesinden muafiyet dahil, mahkemelere müracaat bakımından vatandaş gibi muamele göreceğine ilişkin düzenlemesi doğrultusunda, mülteciler teminat yatırma mükellefiyetinden muaf tutulmaktadır. Ancak Cenevre Sözleşmesi uyarınca mültecinin teminat mükellefiyetinden sorumlu tutulabilmesi için; açacağı davanın taraf bir devlet mahkemesinde açılması yetmemekte, aynı zamanda da bu devletin mültecinin mutad meskeninin bulunduğu devlet olması gerekmektedir<sup>38, 39</sup>.

Ek olarak, mültecinin mutad meskeni dışındaki akit bir devlette açacağı davalarda ise madde 16/2'de düzenlenen muafiyet doğrudan uygulanmamaktadır. Şöyle ki, maddenin üçüncü paragrafında mutad mesken dışında davanın başka bir taraf devlette açılması halinde, davanın açıldığı devlet mülteciyi, mültecinin mutad meskeni devletin vatandaşları gibi muameleye tâbi tutacaktır. Dolayısıyla, mültecinin mutad meskeni dışındaki bir taraf devlette davasını açması durumunda teminat gösterme muafiyetinden yararlanamaması da ihtimal dahilindedir. Örneğin, inceleme konumuz olan kararda olduğu gibi, alelade bir ticarî alacak davası için Türkiye'de mülteci statüsünde olan bir yabancı, Güney Afrika Cumhuriyeti'nde açacağı davada teminat muafiyetinden yararlanamayabilecektir. Çünkü, Güney Afrika Cumhuriyeti'nin Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmasına rağmen, Türkiye ile Güney Afrika Cumhuriyeti arasında teminat mükellefiyetinden muafiyete dair herhangi bir ikili veya çok taraflı anlaşma bulunmaması ve mültecinin Türk vatandaşlarına uygulanan muameleye tâbi olması nedenleriyle, Cenevre Sözleşmesi kapsamındaki mülteci teminat muafiyetinden yararlanamayacaktır.

Buradan bakıldığında Cenevre Sözleşmesi'nin teminat muafiyetini mültecilere, bütün taraf devletlerde açacakları davalar bakımından değil, sadece mutad meskenleri olan taraf devlet açısından temin ettiği, mutad meskeni dışında açacakları davalar bakımından ise bir ihtimal olarak sunduğu söylenebilecektir.

Cenevre Sözleşmesi'nin teminat gösterme yükümlülüğünden muafiyete ilişkin düzenlemeleri ve bakış açısı değerlendirildiğinde, bu muafiyet hükümlerinin Sözleşme kapsamında olmayan geçici koruma statüsü sahiplerine de uygulanıp uygulanmayacağı incelenmelidir. İncelediğimiz Adana BAM kararında 3. HD, Cenevre Sözleşmesi'nin

38 Özkan (n 35) 353.

39 Her ne kadar doğrudan çalışma konumuz kapsamında olmasa da belirtmek istediğimiz bir husus ise, mültecilerin Türk mahkemelerinde açacakları veya katılacakları davalarda ve başlatacakları icra takiplerinde teminat gösterme ihtimali olan bir duruma ilişkindir. Cenevre Sözleşmesi'nde teminat bakımından mülteci ile vatandaş arasında bir ayrım olmayacağı kabul edildiğinden (m 16/2), mülteciler teminat konusunda Türk vatandaşlarının tâbi olduğu kurallara uymak zorunda olacaktır. Türk vatandaşlarının teminat gösterme mükellefiyeti ise; HMK'da Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması halinde kabul edilmiştir. Dolayısıyla, mülteciler mutad meskenlerinin Türkiye dışında olması durumunda Türk mahkemelerinde açacakları veya katılacakları davalarda veya başlatacakları takiplerde teminattan tamamiyle muaf tutulmayabilecektir. Adana BAM 3. HD kararında ise bu konuyla ilgili herhangi bir değerlendirilme yapılmamıştır. Bu değerlendirme yapılmaması da davacının bir yıl gibi bir süre boyunca Türkiye dışında bulunması nedeniyle kanaatimizce esaslı bir eksiklikler. Acun-Mekengeç (n 34) 22.

Türkiye’de geçici koruma statüsü sahiplerine de uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bu değerlendirme yapılırken de esasında üzerinde çok fazla inceleme yapılmaksızın, doğrudan sonuca ulaşılmıştır. Kanaatimizce bu sonuca önce Cenevre Sözleşmesi ve geçici koruma statüsüne ilişkin Türk hukukundaki bakış açısının bir arada değerlendirildikten sonra varılması gerekmektedir.

#### **D. Geçici Koruma Statüsü Sahipleri Cenevre Sözleşmesi’nde Yer Alan Teminat Gösterme Muafiyetine İlişkin Haklardan Faydalanması Sorunu**

Geçici koruma statüsü sahiplerinin, uluslararası korumadan yararlanan kişilere tanınan haklardan yararlanıp yararlanamayacağı konusu tartışmalıdır. Doktrinde geçici koruma statüsü sahiplerinin Cenevre Sözleşmesi’nde yer alan teminat gösterme muafiyetinden yararlandırılması gerektiği savunulmuştur. Bu görüş birçok açıdan geçici koruma statüsü sahiplerinin de Cenevre Sözleşmesi’nde yer alan muafiyetten yararlanması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca, 2011 yılından itibaren Türkiye’de bulunan geçici koruma statüsü sahiplerinin bir kısmının artık menşe ülkelerine dönmeyeceği veya ülkelerine dönecekleri varsayılabilir ne zaman döneceklerinin belli olmadığı da belirtilmiştir. Kaldı ki, kendilerine geçici koruma sağlanmasının sebebinin Türkiye’de geçici olarak kalacak olmalarından dolayı değil, kitlesel halde ülkeye gelmeleri nedeniyle onlar için bireysel değerlendirme yapılmasının mümkün olmamasından kaynaklandığı belirtilmiştir<sup>40</sup>.

Geçici koruma statüsü sahiplerine Cenevre Sözleşmesi’nin tatbik edilmesini savunan bu görüşte ayrıca, Cenevre Sözleşmesi’nin 16. maddesinin amacı dikkate alındığında da söz konusu maddenin geçici koruma altındaki kişilere de teşmil edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Çünkü mültecilerin normal bir yabancıdan farklı olarak teminat yatırma yükümlülüğünden muaf tutulmasındaki amacın, onların mahkemeye erişiminin önünde pratik olarak pek çok zorluğun varlığının kabul edilmesi olduğu, Sözleşmenin hazırlandığı dönemde birçok ülkede, adli yardımdan ancak vatandaşlar ya da karşılıklılık şartını sağlayan yabancıların yararlanabildiği, bu sebeple de mültecilerin teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutuldukları ifade edilmiştir. Türkiye’de mülteci statüsü verilirse de kendilerine Türkiye’de kaldıkları müddetçe uluslararası koruma sağlanan kişilerin mahkemelere erişim şartları mülteciler ile aynı olduğundan, Türkiye’de kaldıkları süre boyunca bu kişilerin, en azından MÖHUK m. 48 kapsamında, mülteciler gibi değerlendirilebilecekleri belirtilmiştir. Kaldı ki bu kişilere teminat şartı aranmaksızın dava açma hakkını tanımının, Türkiye’nin Cenevre Sözleşmesini coğrafi kısıtlama ile kabul etmesindeki amaçlar ile çatışmadığı da ileri sürülmüştür<sup>41</sup>.

Üçüncü olarak, karşılaştırmalı hukuk uygulamaları esas alındığında da bu kişilerin teminattan muaf tutulmaları gerektiği, karşılaştırmalı hukukta mülteci ve şartlı mülteci

40 Aygül and Altıntaş (n 17) 720.

41 İbid 721-722.



ayrımı olmadığı için bütün sığınmacıların, Cenevre Sözleşmesi'nin 16. maddesinin uygulama alanı içinde olduğu, bu sebeple mülteciler dışında kalan sığınmacıların da teminattan muaf tutulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>42</sup>.

İnceleme konumuz olan BAM kararında da yukarıda yer alan sonuca ulaşılarak, Türkiye'nin taraf olduğu Cenevre Sözleşmesi'nin geçici koruma statüsü sahiplerine de uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Kanaatimizce, Cenevre Sözleşmesi'nin teminattan muafiyete ilişkin hükümlerinin, geçici koruma statüsü sahiplerine de kıyasen uygulanması mümkün değildir. Bu sonuca ulaşıırken çeşitli nedenler göz önünde bulundurulmuştur. Bu nedenlerden ilki; geçici koruma statüsünün getirilmesindeki amaç ile Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan mülteci statüsünün amacının birbirleriyle uyumlu olmamasıdır.

Geçici koruma statüsü YUKK m. 91'de düzenlenmiş ve içeriği de buna ilişkin düzenlenen Geçici Koruma Yönetmeliği'nde<sup>43</sup> (GKY) belirlenmiştir. Buna göre; ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılara geçici koruma statüsü verilmektedir (YUKK m. 91 ve GKY m. 7). Ek olarak, geçici koruma statüsü verilen yabancılardan mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü kazanmadığı da yine açıkça düzenlenmiştir (GKY m. 7/3).

Geçici koruma statüsünün ilgiliye getirdiği imkânlar ise GKY'de Geçici Korunanlara Sağlanacak Hizmetler başlıklı bölümde düzenlenmiştir. Buna göre geçici korunanlara; sağlık, eğitim, iş piyasasına erişim, sosyal hizmetler ve yardımlar ile tercümanlık ve benzeri hizmetler sağlanabilecektir (GKY m. 26/1). Bu sayılanlar dışındaki hizmetlerin ise, kamu kurum ve kuruluşlarının imkânları doğrultusunda sunulabileceği de kabul edilmiştir (GKY m. 26/2). Burada sayılan hizmetlere bakıldığında, teminattan muafiyete ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Mevcut düzenlemeler ışığında geçici koruma statüsü sahiplerinin teminattan muafiyetine ilişkin gerek YUKK'ta, gerekse de GKY'de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Ek olarak, GKY'de geçici koruma statüsü sahiplerine sağlanacak hizmetler sayılırken son olarak *ve benzeri hizmetler* ifadesi kullanılmıştır. Benzeri hizmetler kapsamına teminattan muafiyetin girip girmeyeceğinin de incelenmesi gerekmektedir. Bakıldığında GKY'de ifade edilen benzeri hizmetlerle geçici korumadan yararlanan kişilere belirli asgarî standartların sağlanması olduğu, ancak bu hizmetlerin bireyler için talep edilecek subjektif haklar doğurmadığı ileri sürülmüştür. Ayrıca GKY'de

42 İbid 723.

43 RG 22.10.2014 - 29153.

haklar yerine hizmetlerin belirtilmiş ve bu hizmetlerin zorunlu olarak düzenlenmemiş olmasının da geçici korumanın amacına uygun olduğu belirtilmiştir<sup>44</sup>. Son olarak, geçici koruma statüsü sahiplerinin sayısının çokluğu göz önünde tutulduğunda bu yabancılara mutlak haklar sağlamanın kabul eden devlet açısından mümkün olmayabileceği de ifade edilmiştir<sup>45</sup>.

Bir yabancının açacağı davada göstermesi zorunlu olan teminattan muaf tutulması, kanaatimizce ona sunulan bir hizmet olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü teminattan muaf tutulma esasında ona sunulan bir hizmet yerine, tanınan bir hak olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki, GKY’de ilgiliye hak tanınması ifade edilmemekte, hizmetlerin sunulacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, ‘benzeri’ şeklinde ifade edilen hizmetlerin de GKY içerisinde sayılan hizmetlerle benzerlik taşıyan başkaca hizmetler olarak kabul edilmesi, teminattan muaf tutulmanın ise bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Geçici koruma statüsünün amacı hakkında belirtilebilecek bir diğer unsur ise, geçici korumanın sona ermesi kararının Cumhurbaşkanı tarafından verilmesi üzerine, geçici koruma altına alınanların tamamının yurt dışına çıkartılmasının esas olmasıdır (GKY m. 14). Dolayısıyla yabancının Türkiye’de bulunmasının geçici olması da esastır. Ancak mültecilere ilişkin düzenlemelere bakıldığında, uluslararası koruma kararının geçici olduğuna ilişkin bir düzenlemeye rastlanılamamaktadır<sup>46</sup>. Kaldı ki, mülteci statüsü verilmesi ile yabancının Türkiye’de çalışma izni almaksızın çalışabileceği düzenlenmiştir (YUKK m. 89). Böyle bir hak geçici koruma statüsü sahiplerine tanınmamaktadır.

Geçici koruma statüsünün mülteci statüsünden farklılığını ortaya koyan bir diğer düzenleme ise, ikamete ilişkindir. Mültecilere verilen uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi ikamet izni yerine geçmekteken (YUKK m. 83/2), geçici koruma kimlik belgesi ilgiliye sadece Türkiye’de kalma hakkı sağlamakta, ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belge olarak kabul edilmemekte ve bu kişilerin Türkiye’de geçirdiği süreler, ikamet süreleri hesabında dikkate alınmamaktadır<sup>47</sup> (GKY m. 25). Bütün bu sayılan özellikler bir arada değerlendirildiğinde, mülteci statüsü ile geçici koruma statüsü birbirlerinden oldukça farklı hak ve yükümlülükler tâbi koruma statüleri olup, aynı esaslar doğrultusunda değerlendirilerek bu iki statüye aynı hakların tanınmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

44 Doğa Elçin, ‘Türkiye’de Bulunan Suriyelere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar’ 2016 (124) TBB Dergisi 9, 51; Neşe Baran Çelik, ‘Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri’ (2015) 6(3) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, 86.

45 İbrahim Kaya and Esra Yılmaz Eren, *Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumu, Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri* (1st edn, SETA 2015) 56.

46 Geçici koruma statüsünün uluslararası korumadan ön önemli farkının da geçicilik özelliğinin olduğu belirtilmektedir. Çelikel and Öztekin-Gelgel (n 13) 168.

47 Çelikel and Öztekin-Gelgel (n 20) 171.

İncelenmeye değer bulduğumuz bir diğer nokta, kanun koyucunun karşılıklılık şartının geçici koruma statüsü sahipleri için aranıp aranmayacağına ilişkin niyetidir. Bu niyet YUKK'taki düzenlemelerden belirlenebilir. Gerek vatansızlar (YUKK m. 51/1 c) gerekse de uluslararası koruma statüsü sahipleri (YUKK m. 88) açısından karşılıklılık şartını sağlayan pozitif düzenlemeler, mevzuatta yer almaktadır. Kanun koyucu benzer bir hükmü ise geçici koruma statüsü sahipleri açısından düzenlememiştir. Bu doğrultuda kanun koyucunun niyetinin özel kanunlarda karşılıklılık şartı aranan işlemler için, geçici koruma statüsü sahiplerinden de bu şartın aranması gerektiği yönünde olduğunda herhangi bir şüphe olmamalıdır. Sonuç itibarıyla, özel kanunlarda belirtildiği hallerde, karşılıklılık şartı geçici koruma statüsü sahipleri açısından da kanaatimizce her zaman aranmalıdır<sup>48</sup>.

Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan teminattan muafiyete ilişkin hükmün, geçici koruma statüsü sahiplerine kıyasen uygulanamayacağına ilişkin görüşümüzü destekleyen bir diğer neden ise, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'ni coğrafi olarak kısıtlamasına ilişkin çekincesinden kaynaklanmaktadır. Yukarıda da anlatıldığı üzere, Türkiye Cenevre Sözleşmesi'nde 1967 yılında yapılan değişikliğe rağmen, bu değişikliğe koyduğu çekince ile Avrupa dışında yaşanan olaylar nedeniyle kendi ülkesine gelenlere mülteci statüsü verilmeyeceğini açıkça kabul etmektedir. Dolayısıyla bu coğrafi sınırlamalara ilişkin Türkiye'nin verdiği önemin göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle de bu sözleşmede tanınan hakların, coğrafi sınırlamalar nedeniyle Cenevre Sözleşmesi kapsamında olmayan kişilere tanınması Türkiye'nin bu konudaki iradesini ortadan kaldıran bir durum yaratmaktadır. Şu an için Türkiye'de geçici koruma statüsü sahipleri Suriye'den gelenler olduğu için<sup>49</sup> bu yabancılar coğrafi açıdan Türkiye'nin koyduğu çekince nedeniyle Cenevre Sözleşmesi kapsamı dışındadırlar. Geçici koruma statüsü sahiplerine Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanması halinde, Türkiye'nin bu konudaki iradesi göz ardı edileceğinden, geçici koruma statüsü sahiplerine bu Sözleşme'nin tatbik edilmemesi gerekmektedir<sup>50</sup>.

Karar içerisinde incelenmeye değer bulduğumuz bir diğer konu ise, teminattan muaf tutulan geçici koruma statüsü sahibine ilişkin kararda geçen başkaca bilgilerle ilişkindir. Şöyle ki, Adana BAM 3. HD kararında geçici koruma statüsü sahibinin pasaport kayıtlarından 2021 yılında yurt dışına çıktığı, 2022 yılında tekrardan ülkeye giriş yaptığının tespitine ilişkin bilgi yer almaktadır. Gerek YUKK'ta gerekse GKY'de geçici koruma statüsünün, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri

48 Aksi yönde bkz Acun-Mekengeç (n 34) 22. Yazar bu sonuca geçici korumanın YUKK'ta düzenlenen uluslararası koruma statüsünün bir türü olduğunu kabul ederek ulaşmıştır. Ancak gerek Kanun'daki düzenlemeler gerekse de GKY'deki düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, bu sonucun kabul edilmesi kanaatimizce mümkün olmadığından, yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Türk hukukunda düzenlenen uluslararası koruma statüsü ile geçici koruma statüsü sahiplerine tanınan hakların karşılaştırmalı değerlendirmesi için bkz Çelik (n 44) 85 vd.

49 Geçici koruma statüsünün oluşturulma nedeninin ülkemize sığınan Suriyelilerin durumunu yasal zemine oturtmak olduğu da ifade edilmiştir. Çelik and Öztekin-Gelgel (n 20) 169.

50 Aksi yönde, Aygül and Altıntaş (n 17) 723.

dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara sağlanabileceği düzenlenmiştir (YUKK m. 91). Pasaport kayıtlarından yurtdışına çıktığı belirtilen davacının, ülkesine döndüğünün tespit edilmesi halinde Kanun'da ve Yönetmelik'te aranan ülkesine dönememe şartı ortadan kalktığından, ülkesine dönen geçici koruma altındakilerin tekrar Türkiye'ye gelerek geçici korumadan yararlanmaya devam etmesi hem kanuna hem de geçici korumanın mantığına aykırıdır<sup>51</sup>. Dolayısıyla BAM kararına konu olan davanın davacısının da geçici koruma statüsü hakkında mahkeme tarafından değerlendirme yapılmaması kanaatimizce bir eksiklik oluşturmaktadır.

## Sonuç

Son yıllarda yaşanan gelişmeler neticesinde Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşlarının topluca sınırı aşarak Türkiye'ye gelmesi, bu gelen kişilerin de Suriye'de yaşanan olaylar doğrultusunda ülkelerine dönüşünün sağlanamamasına yol açmıştır. Ülkesine dönemeyen milyonlarca kişinin Türkiye'de buldukları süreyi hukukî bir zemine oturtabilmek amacıyla, YUKK'ta geçici koruma statüsü kabul edilmiştir.

Geçici koruma statüsü, geçici nitelikte olan, sahibine sadece Türkiye'de kalma ve bazı hizmetlerden yararlanabilme imkânı tanıyan bir koruma statüsüdür. Geçici koruma statüsü sahiplerinin haklarına bakıldığında, YUKK'ta düzenlenmiş uluslararası koruma statülerinden çok daha farklı özellikleri bulunmaktadır.

Türkiye'nin de taraf olduğu Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ise geçmişte yaşanan olaylardan dolayı ülkesine dönemeyen veya uluslararası korumasından yararlanamayan yabancılara taraf devletlerde uluslararası koruma sağlanmasını düzenleyen bir uluslararası sözleşmedir. Cenevre Sözleşmesi'nin bazı hükümleri 1967 yılında kabul edilen Ek Protokol ile değiştirilmiştir. Ancak bu değişikliklerden, sözleşmenin uygulama alanına ilişkin coğrafi sınırını çizen eski düzenlemenin kaldırılmasına ilişkin olanına Türkiye çekince koyarak, sadece Avrupa'da yaşanan olaylardan dolayı Türkiye'ye gelen kimselere Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanacağını kabul etmektedir. Türkiye'nin bu konudaki iradesi açıktır.

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 statü belirleme işlemleri sonrasında verilen bir uluslararası

51 Aynı yönde bkz Doğan, *Yabancılar* (n 21) 166. Geçici koruma statüsü sahiplerinin yurtdışına çıktıkları takdirde geçici korumadan yararlanamayacakları da Göç İdaresi Başkanlığı'nın internet sitesinde açıkça ifade edilmektedir. <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma-sss> Erişim Tarihi 2 January 2023,

koruma statüsüdür. Bu koruma kitlesel değil bireysel olarak ilgiliye sağlanmakta ve geçiciliği bulunmamaktadır. Bu yönleriyle de geçici koruma statüsünden ayrılmaktadır.

Geçici koruma statüsü ise ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara sağlanan korumadır. Dolayısıyla bu statüde mülteci statüsünden farklı olarak geçicilik ve kitlesellik ön plandadır.

Gerek mülteci statüsünün gerekse de geçici koruma statüsünün; ortaya çıkış amaçları ve verilme nedenleri ile karşılanmak istenen ihtiyaçlar bir arada değerlendirildiğinde, birbirlerine tâbi kılınmaları hukuken mümkün görünmemektedir. Aksi takdirde birbirlerinden çok farklı konumda bulunan yabancıların aynı haklardan yararlanması suretiyle, hukuki düzenin bozulması ile karşı karşıya kalılabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Sonuç itibarıyla, Cenevre Sözleşmesi'nin günümüzde Suriye'de yaşanan olaylardan dolayı sınırları aşarak Türkiye'ye gelip geçici koruma altına alınanlara uygulanması mümkün görünmemektedir. Bu nedenledir ki, Sayın Daire'nin bu konudaki görüşüne katılmıyoruz.

Bu konuda belirtmemiz gereken son husus ise, teminat gösterme mükellefiyetinin hukukumuzda getiriliş amacı göz önünde bulundurulduğunda, Sayın Daire'nin verdiği kararın neticelerinin milyonlarca Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşını kapsaması nedeniyle, Türk adalet sistemine olumsuz şekilde etki edeceği kanaatinde olduğumuzdur.

---

**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**

- Acun-Mekengeç M, 'Türk Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü' (2017) 37(2) MHB 1-33.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1st edn, Vedat 2020).
- Aygül M and Altıntaş EH, 'Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü', (2020) 40(2) PPIL (Cemal Şanlı Armağanı) 707-727.
- Barkın E, '1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi' 2014 (1) Ankara Barosu Dergisi 333-360.

- Berberoğlu-Yenipınar F, *Güncel İçtihatlarla Milletlerarası Özel Hukuk*, (1st edn, Aristo 2019).
- Çelik NB, ‘Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri’ (2015) 6(3) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-148.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021).
- Çelikel A and Öztekin-Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (27th edn, Beta 2022).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020).
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (5th edn, Savaş 2020).
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu* (5th edn, Beta 2018).
- Doğa Elçin, ‘Türkiye’de Bulunan Suriyelere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar’ 2016 (124) TBB Dergisi 9-80.
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (1st edn, Yetkin 2021).
- Kaya İ and Yılmaz-Eren E, *Türkiye’deki Suriyelilerin Hukukî Durumu, Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri* (1st edn, SETA 2015).
- Özkan I, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2018).
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (23th edn, Beta 2021).
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS and Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1st edn, On İki Levha 2022).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2020).
- Tütüncübaşı U, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü’, 2010 12(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 183-223.
- Çevrimiçi Kaynaklar
- <https://www.goc.gov.tr/gecici-korumamiz-altindaki-suriyeliler>
- <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/ikili.html>
- <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=33>
- <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma-sss>

## Etkili Vatandaşlık İlkesi ile Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Programları Üzerine Bazı Düşünceler

### Some Thoughts on the Principle of Effective Nationality and Citizenship Through Investment Programs

Didem Kayalı\* 

#### Öz

Vatandaşlık kavramı, devletin kurucu unsurlarından olan insan topluluğunu teşkil eden bireylerin devlet ile aralarındaki bağı ifade etmektedir. Bu nedenle her devletin, kimlerin kendi vatandaşı olacağını belirleme yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu yetkinin sınırsız olmadığı kabul edilmektedir. Zira devletler, milletlerarası hukukun temel öznesidir ve devletlerin bahsettiği vatandaşlık statüsü milletlerarası hukukta da bazı önemli sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla, vatandaşlık konusunda devletlerin yaptıkları düzenlemeler, milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası teamül ve vatandaşlıkla ilgili genel hukuk ilkeleri ile uyumlu oldukları ölçüde diğer devletlerce kabul edilecektir. Yatırım yoluyla vatandaşlık programları dâhilinde vatandaşlık verilmesi de devletlerin mahfuz yetkileri kapsamındadır. Peki diğer devletler bu yolla verilen bir vatandaşlığı tanımak zorunda mıdır? Bu konudaki değerlendirme hangi ilkeler esas alınarak yapılmalıdır? Nottebohm kararında vurgulanan etkili vatandaşlık ilkesi bu kapsamda dikkate alınmalı mıdır? Makalede bu sorular cevaplanmaya çalışılmıştır. Bunun için genel devlet teorisi ve milletlerarası hukuk bağlamında vatandaşlık kavramı ile Nottebohm kararının önemli noktaları ele alınmış, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasından genel hatlarıyla bahsedilmiş, bu kapsamda istisnai bir yol olan yatırım yoluyla vatandaşlık uygulaması farklı ülke örnekleri çerçevesinde incelenmiştir. Yapılan incelemeler neticesinde, küreselleşmenin de etkisiyle göç hareketlerinin yoğunlaşmasına ve birden çok vatandaşlık durumlarının artmasına rağmen devlet-vatandaş ilişkisinin özünün aynı kaldığı görülmüştür. Dolayısıyla, kişi ile devlet arasında doğumdan sonra oluşan gerçek bir bağa dayanmaksızın sadece belli tutarlar karşılığında verilen vatandaşlığı, genel devlet teorisi çerçevesinde vatandaşlık kavramını tam olarak karşılamadığı ve milletlerarası hukuk bağlamında sorun yaratma potansiyeline sahip olduğu sonucuna varılmıştır.

#### Anahtar Kelimeler

Vatandaşlık, Mahfuz Yetki, Yatırım Yoluyla Vatandaşlık, Etkili Vatandaşlık İlkesi, Nottebohm Kararı

#### Abstract

The concept of citizenship refers to the legal bond between a state and individuals who constitute one of the essential elements (i.e., the population) of each state. Thus, each state has exclusive jurisdiction to determine who will be its nationals. On the other hand, this authority is acknowledged to not be unlimited, because states are the primary subjects of international law, and the status of citizenship as given by a state also leads to some important consequences in international law. Therefore, state-made citizenship regulations will be accepted by other states as long as they are consistent with international conventions, customary international law, and the generally recognized principles of law with regard to nationality. Granting citizenship through citizenship-by-investment programs is also under the exclusive

\* **Sorumlu Yazar:** Didem Kayalı (Dr. Öğr. Üyesi), TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: dkayali@etu.edu.tr ORCID: 0000-0002-1962-293X

**Atf:** Kayalı D, "Etkili Vatandaşlık İlkesi ile Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Programları Üzerine Bazı Düşünceler" (2023) 43(1) PPIL 105.  
<https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1.1240913>

jurisdiction of states. However, are other states obliged to recognize this citizenship? According to which principles should an evaluation in this regard be made? Should the effective nationality principle emphasized in the *Nottebohm* case (ICJ 1, 1955) be considered in this sense? This article seeks answers to these questions, for which it examines the concept of nationality in the context of general theory of state and international law, analyzes the important aspects of the *Nottebohm* case, explains the general aspects of naturalization, and evaluates citizenship-by-investment programs in different countries. The essence of the relationship between a state and its citizens is seen to remain the same, although the number of international migrants and multiple citizenship cases have increased alongside the impact of globalization. Therefore, granting citizenship only in exchange for money without a genuine link between the individual and the state does not conform with the meaning of nationality in the context of the general theory of state and has the potential to create problems in the context of international law.

**Keywords**

Citizenship, Exclusive Jurisdiction, Citizenship by Investment, Principle of Effective Nationality, *Nottebohm* Case

**Extended Summary**

According both to the general theory of state and international law, a state is a community formed by people and exercises permanent power within a specified territory. This definition introduces three essential components of a state: population, territory, and sovereignty. Therefore, the people living within a defined territory are indispensable to forming a state, and the concepts of citizenship and nationality refer to the legal bond between these people and the state to which they belong. Although the size and composition of a population and individual departures from it are irrelevant, the strength of the ties among the people and between the state and people have been acknowledged to be crucial. By acquiring state citizenship, a person undertakes certain responsibilities toward that state and enjoys certain rights that are not granted to non-citizens. Basically, citizens of a state owe allegiance to the state in return for protection.

Each state has exclusive jurisdiction to determine who its nationals will be. On the other hand, this authority has been acknowledged to not be unlimited, as states are the primary subjects of international law and the status of citizenship as given by states also have some important consequences in international law. Therefore, the citizenship regulations a state makes will be accepted by other states as long as they are consistent with international conventions, customary international law, and the principles of law as generally recognized with regard to nationality. Both the Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (1930) and the European Convention on Nationality (1997) include similar provisions in this regard.

While numerous international conventions exist on nationality law, the rules of customary international law and the principles of law as generally recognized with regard to nationality are not that clear. However, the introduction of investment citizenship programs by which citizenship is granted only in exchange for money with no genuine link between the individual and the state has triggered some discussions



regarding the essence of citizenship, the problems that may occur in international law, and thus the limits of the exclusive jurisdiction of states.

Upon examining the scholarly opinions regarding state theory and international law and remembering the reasoning behind the tribunal in the *Nottebohm* case (ICJ 1, 1955), one could argue that, apart from the obligations arising from international conventions, the main framework that would limit the jurisdiction of a state when granting citizenship is the principle of the prohibition of the abuse of rights. Therefore, determining the cases in which a state would be deemed to be abusively exercising its exclusive jurisdiction is important. According to some scholars, the abuse of rights occurs when a state exercises a right in a way that either hinders the enjoyment by other states of their own rights or, contrary to the purpose of that right, injures another state. On the other hand, some scholars have defined the concept without the requirement of injury and have instead argued the abuse of rights to occur when a right is exercised arbitrarily for an end that differs from that for which the right had been created.

In practice, international courts or arbitral tribunals determine whether an injury of a state has occurred as a result of another state granting citizenship. For example, acquisition of new citizenship may decrease the tax income of the state with which the individual currently holds citizenship. The loss of a state may reach significant amounts, especially when one state's wealthy citizens systematically begin to acquire citizenship from another state and transfer their assets to that second state. In addition, the injury of a state may also occur when a financial crime is committed in that state by an individual who holds dual nationality. Because each citizen has the right to enter its homeland and the extradition of a citizen is restricted under international law, one can, after committing a financial crime, flee to the country whose nationality was acquired by means of an investment citizenship program.

When adopting the opinion that does not require injury for the abuse of rights to occur, the arbitrary exercise of exclusive jurisdiction may also create problems in international law. In order to be non-arbitrary, an actual connection between the state and an individual has been argued should exist in order to constitute a legal connection. Because the principles of *ius sanguinis* and *ius soli* are acknowledged by international law as satisfying connecting factors for the conferment of nationality, actual connection can easily be constituted using these principles. When addressing naturalization marriage, adoption, and residence for a certain time are also considered sufficient actual connections. Therefore, for naturalization, importance is in the existence of an actual connection between the state and an individual that is not constituted by means of birth.

In this context, investment citizenship programs within which citizenship is granted only in exchange for money without a genuine link between the individual and the

state could give rise to allegations of abuse of rights. This leads to reconsidering the importance of the principle of effective nationality as applied in the *Nottebohm* case (ICJ 1, 1955), because granting citizenship in the absence of elements such as residing in the country or knowing its language or culture, things which show an actual connection between a state and an individual, may be evaluated as the abuse of exclusive jurisdiction and result in other states refusing to recognize this type of citizenship. Apart from the potential problems in international law, the legal connection constituted through investment citizenship programs also does not exactly correspond to the concept of nationality under the general theory of state.

## Giriş

Yapılan yatırım neticesinde bir devletin vatandaşlığının kazanılması, aslında yeni bir kazanım türü değildir. Türkiye de dâhil birçok devlet, istisnai yoldan vatandaşlığın kazanılması kapsamında, ekonomik ya da ticari alanda olağanüstü katkı kriterine istinaden uzun yıllardır kişilere vatandaşlık vermektedir. Ancak, ilk defa 1984 yılında St Kitts ve Nevis'te uygulanmaya başlanan ve sadece belli tutarlarda yatırım veya bağış yapma koşulunu içeren yatırım yoluyla vatandaşlık programlarının, özellikle 2008 ekonomik krizi sonrasında bazı Avrupa devletlerinde de benimsenmesi<sup>1</sup> konuyla ilgili tartışmaları alevlendirmiştir. Söz konusu tartışmaların özünde, devlet ile herhangi bir bağlantı aranmaksızın belli tutarlar karşılığı vatandaşlık verilmesi sonucunu doğuran yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamasının, kişi ile devlet arasındaki hukukî ve siyasi bağ olarak nitelendirilen ve genel hatlarıyla kişinin sadakat, devletin de koruma yükümlülüğünü içeren klasik vatandaşlık kavramının doğasına aykırılık teşkil etmesi yer almaktadır.

Bu noktadan hareketle çalışmamızda, yatırım yoluyla vatandaşlık olgusunun Nottebohm kararı ile farklı bir boyuta taşınan etkili vatandaşlık ilkesi ile birlikte ele alınması amaçlanmıştır. Bu bağlamda öncelikle, vatandaşlık kavramına ve devletin vatandaşlıkla ilgili mahfuz yetkisinin sınırına ilişkin temel bilgiler ile Nottebohm kararı ve kararın önemli noktaları hatırlatılmıştır. İkinci bölümde, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun (TVK)<sup>2</sup> sistematığı takip edilerek yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması kapsamında istisnai bir yol olarak düzenlenen yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamasına ilişkin açıklamalar yapılmış ve farklı ülke uygulamaları karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Son bölümde ise konuyla ilgili değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

## I. Vatandaşlık Kavramı

### A. Genel Olarak

Kökenleri Antik Yunan'a dayanan vatandaşlık kavramı<sup>3</sup>, tarihsel süreç içinde farklı şekillerde açıklanmış olsa da, günümüzde, kişinin belirli bir devlete aidiyetini

1 Andrés Solimano, 'Investment Migration, Economic Development and the UN Sustainable Development Goals' *Report of Investment Migration Council and International Centre for Globalisation and Development* (2020) 6 <<https://investmentmigration.org/wp-content/uploads/2020/10/IMC-Report-Investment-Migration-Economic-Development-and-the-UN-Sustainable-Development-Goals-EBOOK.pdf>> accessed 24.12.2022.

2 Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.05.2009, RG 12.06.2009/27256

3 Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku* (10th edn, Yetkin Yayınları 2022) 3-4; Necla Öztürk, *Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2022) 6-7.

ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>4</sup>. Dolayısıyla, vatandaşlık kavramını genel devlet teorisinden bağımsız bir biçimde ele almamak gerekir. Devlet denen yapının ne olduğunu tarif edebilmek için ise birçok girişimde bulunulmuş, tüm bu girişimler, 20. yüzyılın başlarında yapılan basit ama fonksiyonel bir tanımla sonuçlanmıştır. Buna göre devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde yerleşik, egemenlik gücüyle donatılmış ve birlik haline gelmiş insan topluluğudur<sup>5</sup>. Bu çerçevede, bir devletin kurulabilmesi ve milletlerarası hukukta kabul görebilmesi için insan topluluğu (ulus/millet/halk), toprak (ülke) ve egemenlik (devlet gücü/iktidarı) olmak üzere üç temel ögenin bir araya gelmesi gerekmektedir<sup>6</sup>.

Elbette bir devletin kurucu unsurunu teşkil edecek söz konusu insan topluluğu belli özellikler taşımalıdır. Öncelikle, bir arada bulunan insanların bu birlikteliği süreklilik göstermelidir. Bu noktada, geçici ya da sürekli biçimde bir topluluktan bireysel ayrılmalar önem arz etmemekte, o topluluğun genel olarak varlığını sürdürmesi aranmaktadır. Yine, bu insan topluluğunun kaç kişiyi kapsadığının da bir önemi bulunmamaktadır<sup>7</sup>. Bunun yanında, topluluktaki insanların sadece birlikte yaşamaları yeterli görülmemekte, ancak birbirine bağlı ve kendini devlete ait hisseden bireylerden müteşekkil bir insan topluluğunun devletin kurucu unsuru olabileceği belirtilmektedir<sup>8</sup>. İşte vatandaşlık da bu insan topluluğunu teşkil eden bireylerin devletle olan bağlarına karşılık gelen bir kavramdır<sup>9</sup>.

Vatandaşlık hukuku literatüründe de vatandaşlık, bir gerçek kişinin belirli bir devlete aidiyetini gösteren, kişi ile devlet arasındaki hukukî ve siyasi bağ olarak tanımlanmaktadır<sup>10</sup>. Vatandaşlık hukuku alanındaki en yeni milletlerarası sözleşme olan ve 1 Mart 2000 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde de vatandaşlığın, kişinin etnik kökenini göstermeksizin kişi ile devlet arasındaki hukukî bağ anlamına geldiği ifade edilmiştir<sup>11</sup>. Ayrıca, şekli anlamda devlet ile kişi arasında hukukî düzenlenmiş bir ilişkiyi ifade etmenin yanı sıra vatandaşlık, maddi

4 Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (30th edn, Filiz Kitabevi 2022) 3; Şafak Evran Topuzkanamış, *Vatandaşlık Üstüne Bir Tez* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2013) 7; Rona Aybay, Nimet Özbek and Gizem Ersen Perçin, *Vatandaşlık Hukuku* (1st edn, Siyasal Kitabevi 2019) 3; Bilge Bingöl Schrijer, 'Vatandaşlık Hakkının Kapsamı ve Egemenlik İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 22(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 203; Sibel Özel, 'Suriyeli Sığınmacıların Kitlesel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi' (2017) 91(3) İstanbul Barosu Dergisi 14, 17.

5 Birden Güngören Bulgan, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2017) 129; Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı* (Ahmet Mumcu tr, 8th edn, İnkılap Kitabevi 2019) 24.

6 Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap* (12th edn, Turhan Kitabevi 2021) 5; Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi* (10th edn, Ekin Yayınevi 2019) 4; Doehring (n 5) 28-47; Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 2, Güngören Bulgan (n 5) 130-138.

7 Gözler (n 6) 49; Pazarıcı (n 6) 6.

8 Gözler (n 6) 50; Doehring (n 5) 28; Bingöl Schrijer (n 4) 207.

9 Evran Topuzkanamış (n 4) 7; Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 3; Rona Aybay and Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk* (1st edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016) 213.

10 Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 4; Güngör (n 3) 1; Nomer (n 4) 19; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (18th edn, Savaş Yayınevi 2022) 6; Evran Topuzkanamış (n 4) 7.

11 Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m. 2/a. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://rm.coe.int/168007f2c8#:~:text=This%20Convention%20establishes%20principles%20and,of%20States%20Parties%20shall%20conform.>> accessed 22.05.2022.,

anlamda haklar ve yükümlülükler içeren hukukî bir statüdür<sup>12</sup>. Bu statüye girmekle kişi, vatandaşı olduğu devlete karşı birtakım yükümlülükler üstlenir ve yabancılara tanınmayan bazı haklara sahip olur<sup>13</sup>. En genel çerçevede, vatandaşın kendi devletine sadakat borcu bulunduğu, karşılığında devletin de vatandaşını koruma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Bu kapsamda, sadakat borcunu ihlal eden kişi vatandaşlıktan çıkarılabilmekte ve bu yükümlülüğün ihlali ceza hukuku bağlamında ciddi sonuçlara yol açabilmektedir<sup>15</sup>.

Devletler, egemenlik haklarından doğan yetkilerine dayanarak, vatandaşlıklarının hangi şartlarla kazanılacağını ve hangi şartlarda sona ereceğini tek taraflı olarak kendileri belirleyebilmektedir<sup>16</sup>. Devletlerin bu konuda sahip oldukları mahfuz yetki, milletlerarası hukuk tarafından da kabul edilmiştir<sup>17</sup>. Nitekim vatandaşlık hukuku alanındaki ilk milletlerarası sözleşme olan 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesinin<sup>18</sup> birinci maddesinin ilk cümlesinde her devletin kimlerin vatandaşı olduğunu kendi kanunuyla belirleyeceği düzenlenmiştir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi m. 3/1’de de çok benzer bir ifade yer almaktadır. Bununla birlikte, aşağıda inceleneceği üzere, devletlerin bu konuda sahip oldukları mahfuz yetki sınırsız değildir.

## B. Milletlerarası Hukuk Bağlamında Vatandaşlık

Devletler, milletlerarası hukukun temel öznesini oluşturduklarından<sup>19</sup>, devletin kurucu unsurlarından biri olan insan unsuruna verilen vatandaşlık statüsü, milletlerarası hukukta da bazı sonuçlar doğurmakta ve dolayısıyla önem arz etmektedir<sup>20</sup>. Bu sonuçlardan ilki diplomatik himaye yetkisidir. Her devlet, vatandaşının temel hakları başka bir devlet tarafından ihlal edildiğinde vatandaşı lehine diplomatik himaye yoluna başvurmak yetkisine sahiptir<sup>21</sup>. Vatandaşlık statüsünün milletlerarası hukuktaki diğer bir sonucu ise vatandaşı ülkeye kabul yükümlülüğüdür. Diplomatik himayenin kullanımı devletlerin takdirine bırakılmış iken vatandaşın ülkeye kabulü devletlerin

12 Nomer (n 4) 21; Evran Topuzkanamış (n 4) 8.

13 Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 4; Nomer (n 4) 3.

14 Doehring (n 5) 29; İlyas Gölcüklü, ‘Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri’ (2020) 40(1) PPIL 125, 128-129.

15 Gözler (n 6) 59. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin 7. maddesinde de başka bir vatandaşlığı gönüllü olarak kazanmak, yabancı bir silahlı kuvvetlerde gönüllü olarak hizmet etmek, devletin hayati menfaatlerine ciddi biçimde zarar veren davranışlarda bulunmak gibi sadakat borcunun ihlalinin yansımaları olan haller kanunen ya da devlet kararıyla vatandaşlığın kaybına sebep olabilecek durumlar arasında sayılmıştır.

16 Güngör (n 3) 14; Doğan (n 10) 14.

17 Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 19;

18 Sözleşme metni için bkz. <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20179/v179.pdf>> accessed 31.05.2022.

19 Pazarcı (n 6) 5.

20 Erdoğan Göğçer, ‘Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti’ (1970) 27(3-4) AÜHFHD 173, 187.

21 Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 35.

uyuması gereken mutlak bir yükümlülüktür<sup>22</sup>. Devletin, milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri hariç, kendi vatandaşını suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri veremeyeceği prensibi de vatandaşlık bağının milletlerarası hukukta doğurduğu diğer önemli bir sonuçtur<sup>23</sup>.

Dolayısıyla, her ne kadar insan unsurunun nasıl belirleneceği her devlet açısından vazgeçilmez bir hak ise de bir devlet ile vatandaşı olarak tespit ettiği kişi arasındaki ilişki diğer devletleri de ilgilendirmekte; vatandaşlığa ilişkin söz konusu belirlemeler milli hukuk kurallarıyla yapılırsa da milletlerarası hukuku da etkilemektedir<sup>24</sup>. Bu nedenle, devletlerin mahfuz yetkilerinin sınırsız olmadığı, vatandaşlıkla ilgili milli düzenlemeler yapılırken milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası uygulama ve milletlerarası hukukun kabul ettiği vatandaşlık hukukuna ilişkin genel ilkelerin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Bu kapsamda, bir devletin, vatandaşlık bahşederken milletlerarası hukukça kabul edilebilir esaslara dayanmasının beklendiği ve devlet ile kişi arasında doğum yeri, kan bağı ya da ikametgâh gibi nedenlere dayanan bir bağ bulunmasının gerektiği ileri sürülmüştür<sup>26</sup>. Aksi takdirde devlet, mahfuz yetkisini kötüye kullanmış sayılabilecek ve verilen vatandaşlığın, diğer devletler ya da milletlerarası mahkemeler tarafından kabul edilmemesi, diğer bir ifadeyle milletlerarası hukukta etki doğurmaması söz konusu olabilecektir<sup>27</sup>.

Nitekim Lahey Sözleşmesinin birinci maddesinde, her devletin kimlerin vatandaşı olduğunu kendi kanunuyla belirleyeceği düzenlendikten sonra bu kanunun, milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası teamül ve vatandaşlıkla ilgili genel hukuk ilkeleri ile uyumlu olduğu ölçüde diğer devletlerce kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Benzer bir hüküm Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde (m. 3/2) de bulunmaktadır. Türkiye, her iki Sözleşmenin de tarafı değildir. Ancak, TVK'nın Genel Gereğesinde, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesine de atıfla, tüm bu hususlar vurgulanmıştır. Bu çerçevede Genel Gereğede, devletin egemenlik hakkından doğan mahfuz yetkisinin varlığının altı çizilmiş; ancak, devletin vatandaşlık alanında yaptığı düzenlemelerin, milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası teamül hukukuna ve vatandaşlıkla ilgili genel kabul görmüş hukuk ilkelerine aykırı olmaması gerektiği de kabul edilmiştir<sup>28</sup>.

22 ibid 42. Anayasa m. 23/son'da da vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yurda girme hakkından yoksun bırakılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

23 ibid 32. Anayasa m. 38/son'da da Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşın suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

24 ibid 19.

25 Güngör (n 3) 14-16; Erdoğan Göğler, 'Çifte Vatandaşlık' (1995) 44(1-4) AÜHFD 127, 129.

26 Aybay and Oral (n 9) 218.

27 Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 21; Aybay and Oral (n 9) 219; İlhan Unat, *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi* (1st edn, Sevinç Matbaası 1966) 87; Göğler (n 20) 188; Gülün Güngör, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi' (1997-1998) 17-18(1-2) MHB (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'un Anısına Armağan) 229, 232.

28 Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/458) 2 <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>> accessed 10.06.2022.

Vatandaşlık hukuku ile ilgili olarak, bahsettiğimiz bu iki Sözleşme yanında, konuyu farklı yönleriyle, doğrudan ya da dolaylı bir biçimde ele alan birçok milletlerarası sözleşme mevcuttur<sup>29</sup>. Devletlerin, taraf oldukları bu milletlerarası sözleşmelere uymaları gerektiği konusunda elbette bir tereddüt bulunmamaktadır. Vatandaşlık konusunda ilk akla gelen milletlerarası teamül hukuku kuralı ise vatansızlığın önlenmesidir. Bunun yanında, doğum yeri esasının o ülkede bulunan ve diplomatik bağışıklıktan yararlanan kişiler ile yabancı misyon çalışanları bakımından uygulanamayacağı da diğer bir teamül hukuku kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>30</sup>. Doktrinde, milli hukuk düzenlemelerindeki farklılıklar nedeniyle vatandaşlık hukukuna ait genel hukuk ilkesi bulmanın güçlüğüne işaret edilmekle birlikte, vatandaşlığın doğumla kazanılmasında kullanılan soy bağı (*ius sanguinis*) ile doğum yeri (*ius soli*) esasları bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>31</sup>. Ayrıca, ergin bir kişiye iradesi dışında vatandaşlık verilemeyeceği ile devletin kendi vatandaşı ile evlenen bir yabancıya bazı kolaylıklar sağlayarak vatandaşlık verebileceği de vatandaşlık hukuku alanındaki genel ilkeler arasında gösterilmektedir<sup>32</sup>.

## C. Nottebohm Kararı ve Etkili Vatandaşlık İlkesi

### 1. Kararın Önemi

Milletlerarası Adalet Divanının (MAD) Lihtenştayn ile Guatemala arasındaki davada verdiği 1955 tarihli Nottebohm Kararı<sup>33</sup> hem vatandaşlık hukuku hem de milletlerarası hukuk bakımından en çok tartışılan kararlardan biridir. Zira söz konusu kararda MAD, tâbiyetin gerçekliği ya da gerçek, etkili veya etkin vatandaşlık olarak adlandırılan ilkenin kullanım alanını genişletmiş ve bu ilkeye, devletin sahip olduğu mahfuz yetkinin milletlerarası hukuktaki sınırını belirlemek amacıyla başvurmuştur<sup>34</sup>. Nottebohm kararına kadar etkili vatandaşlık ilkesi, çifte vatandaşlığa sahip bir kişinin statüsü hakkında karar vermek durumunda kalan milletlerarası mahkemeler ile üçüncü devlet mahkemeleri tarafından mevcut vatandaşlıklar arasında bir seçim yapabilmek için kullanılmıştır<sup>35</sup>. Bu ilke, 1930 tarihli Lahey Sözleşmesinin 5. maddesinde de benzer çerçevede ele alınmış ve birden fazla vatandaşlığa sahip bir kişinin ikamet ettiği ya da mevcut şartlar dahilinde en yakın bağlantılı bulunduğu ülkenin vatandaşlığının üçüncü

29 Güngör (n 3) 16-19.

30 Unat (n 27) 24; Güngör (n 3) 19-20.

31 UN International Law Commission, *First Report on Diplomatic Protection* (7 March 2000 by John R. Dugard) (*ILC Report*) 227 <[https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_506.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf)> accessed 02.08.2022; Güngör (n 3) 20-21; Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 21; Aybay and Oral (n 9) 219; Doehring (n 5) 30; Gözler (n 6) 59.

32 Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 23.

33 Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: ICJ Reports 1955 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>> accessed 12.12.2022.

34 Unat (n 27) 25, 27; Göğür (n 20) 190.

35 Unat (n 27) 6.

bir devlet tarafından dikkate alınacağı maddede düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Nottebohm kararında ise MAD’ın, etkili vatandaşlık ilkesinin kullanımını çifte ya da çok vatandaşlık durumu ile sınırlandırmadığı; Lihtenştayn’ın Guatemala’ya karşı diplomatik himaye yetkisini kullanıp kullanamayacağını, dolayısıyla Nottebohm’un vatandaşlığına milletlerarası hukukta etki tanınıp tanınmayacağını bu ilke kapsamında tartıştığı görülmektedir<sup>37</sup>.

Etkili vatandaşlık ilkesinin MAD tarafından bu şekilde yorumlanması, doktrinde çokça tartışılmış ve eleştirilmiş olmakla birlikte, kararın aynı derecede dikkate değer diğer bir noktası, hukukun genel ilkelerinden biri kabul edilen hakkın kötüye kullanılması yasağına üstü kapalı şekilde yaptığı atıftır<sup>38</sup>. Aşağıda da açıklanacağı üzere Nottebohm, Alman vatandaşı olarak savaş hukuku uygulamalarına maruz kalmamak amacıyla tarafsız devlet konumundaki Lihtenştayn vatandaşlığına geçmeyi tercih etmiş; Lihtenştayn da hızlı bir şekilde ve kendi kurallarında yer alan ikamete ilişkin muafiyetten yararlanmasını sağlayarak Nottebohm’un vatandaşlık başvurusunu kabul etmiştir. MAD, Nottebohm’un, Lihtenştayn hukukuna göre vatandaşlık kazandığını kabul etmekle birlikte, bu kazanımın sadece savaş hukukunun sonuçlarını bertaraf etmeyi, dolayısıyla bir milletlerarası hukuk kuralından kaçınmayı, bunun mümkün olmaması durumunda da Lihtenştayn’ın diplomatik himayesinden yararlanmayı hedeflemesi nedeniyle bu durumu aslında zımnen hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir<sup>39</sup>. Ancak, kararını verirken, Lihtenştayn’ın Nottebohm’a vatandaşlık bahşederken iyi niyetli davranmaması ile Nottebohm ve Lihtenştayn arasında gerçek bir bağ bulunmaması gerekçeleriyle karşı karşıya kalan MAD’ın, bağımsız bir devletin davranışına ilişkin bir yargı içermemesi nedeniyle ikinci gerekçeyi tercih ettiği ileri sürülmüştür<sup>40</sup>. Diğer taraftan, mahfuz yetkinin milletlerarası hukuktaki sınırı kabul edilen hakkın kötüye kullanılmaması ilkesinin Nottebohm kararıyla somutlaştığı ve güçlendiği de ifade edilmiştir<sup>41</sup>.

## 2. Olaylar

Friedrich Nottebohm 1881 yılında Hamburg’da doğmuş ve doğumla Alman vatandaşlığını kazanmıştır. Nottebohm 1905 yılında Guatemala’ya yerleşmiş ve ticaret, bankacılık ve tarım alanlarındaki faaliyetlerinin merkezini Guatemala’da

36 Maddenin orijinal metni şu şekildedir: “Within a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal status and of any conventions in force, a third State shall; of the nationalities which any such person possesses, recognise exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected.”

37 Berk Demirkol, ‘Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı’ (2015) 2 GSÜHFD 159, 164.

38 Robert D. Sloane, ‘Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality’ (2009) 50(1) Harvard International Law Journal 18-19, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1262877](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262877)> accessed 14.08.2022; Unat (n 27) 52-53.

39 Sloane (n 38) 20.

40 ILC Report (n 31) 228.

41 Unat (n 27) 95.



tesis etmiştir. Uyuşmazlığın temelindeki olayların patlak verdiği 1943 yılına kadar burada yaşayan Nottebohm, zaman zaman iş amacıyla Almanya'ya, tatil amacıyla da başka ülkelere gitmiş; birkaç defa da Lihtenştayn'da yaşayan kardeşini ziyaret etmiştir. II. Dünya Savaşının başlamasından yaklaşık bir ay sonra, 1939 yılının Ekim ayının başında Nottebohm, Lihtenştayn'ın başkenti Vaduz'a gitmiş ve 9 Ekim'de Lihtenştayn vatandaşlığını kazanmak için başvurmuştur<sup>42</sup>.

1934 tarihli Lihtenştayn Vatandaşlık Kanununda, telsik yoluyla vatandaşlık kazanmak için, diğer şartlar yanında ve istisnai haller dışında, önceki vatandaşlığın kaybedileceğinin ispatı ile üç yıl ikamet şartı da aranmaktadır. Lihtenştayn'da ikamet etmeyenlerden ise gelir idaresi ile yapılmış anlaşmanın sunulması istenmektedir<sup>43</sup>. 1913 tarihli Alman Vatandaşlık Kanununa göre ise yabancı bir devlet vatandaşlığının kazanılması ile Alman vatandaşlığı kaybedilmektedir<sup>44</sup>. İkamet şartıyla ilgili olarak Nottebohm, başvurusunda, ikamet muafiyetinden yararlanmak istediğini belirterek Mauren Belediyesine 25.000, devlete de 12.500 İsviçre Frangı ödeme taahhüdünde bulunmuş; gelir idaresi ile yaptığı anlaşma çerçevesinde de telsik için yıllık 1.000 İsviçre Frangı vergi ödeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca, güvence olarak 30.000 İsviçre Frangı depo etmeyi üstlenmiş; finansal durumuna ilişkin bilgiler sunarak hiçbir şekilde belediyeye ilave bir yük getirmeyeceğini belirtmiştir. Son olarak Nottebohm, vatandaşlığa alınma işlemlerinin gecikmeksizin tamamlanması ricasında bulunmuştur<sup>45</sup>. Vatandaşlığı kazanmasına ilişkin belgenin 20 Ekim 1939'da düzenlenmesinden sonra Lihtenştayn pasaportuyla Zürih'teki Guatemala konsolosluğundan 1 Aralık 1939'da vize alarak 1940 yılının başında Guatemala'ya dönmüştür<sup>46</sup>.

Guatemala'nın 1941 yılının Aralık ayında Almanya'ya karşı savaşa girmesinin ardından Nottebohm düşman devlet vatandaşı kabul edilerek 1943 yılında sınır dışı edilmiş ve ABD'deki tecrit kampına gönderilmiştir. Ayrıca, 1944 yılında Guatemala'daki tüm taşınır ve taşınmaz mallarına el konmuştur. 1946 yılında serbest kalan Nottebohm, Guatemala'ya giriş talebi reddedilince Lihtenştayn'a giderek oraya yerleşmiştir. 17 Aralık 1951'de Lihtenştayn, Nottebohm'un şahsına ve mallarına karşı yapılan muameleler nedeniyle diplomatik himaye yetkisine dayanarak Guatemala'ya karşı MAD'a başvurmuş ve tazminat talebinde bulunmuştur<sup>47</sup>.

42 Nottebohm Case (n 33) 13.

43 ibid 14.

44 Unat (n 27) 7.

45 Nottebohm Case (n 33) 15.

46 ibid 16.

47 ibid 12.

### 3. Kararda Öne Çıkan Hususlar

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Nottebohm kararına konu uyumsuzlukta çifte vatandaşlıktan kaynaklı bir sorun bulunmamaktadır. Zira Nottebohm, Lihtenştayn vatandaşlığını kazandığı tarihte yürürlükte olan Alman Vatandaşlık Kanunu uyarınca Alman vatandaşlığını kaybetmiştir. Ancak MAD, olumlu vatandaşlık ihtilaflarının çözümünde başvurulmuş etkili vatandaşlık ilkesini, Nottebohm ile Lihtenştayn arasındaki vatandaşlık bağının niteliğini değerlendirmek ve bu bağın diplomatik himaye yetkisine dayanak teşkil edip edemeyeceğini tespit etmek için kullanmış; neticede, Guatemala'nın Nottebohm'un Lihtenştayn vatandaşlığını tanımak zorunda olmadığına hükmetmiştir.

Öncelikle MAD, kararında, vatandaşlığı şu şekilde tarif etmiştir<sup>48</sup>:

*Devletlerin uygulamaları, tahkim ve yargı kararları ile doktrinin görüşüne göre vatandaşlık, temelinde toplumsal bağlılık olgusu ile gerçek bir varlık, menfaat ve duygu ilişkisi yanında karşılıklı hak ve görevlerin mevcudiyeti bulunan hukukî bir bağlıdır. Denilebilir ki, ister doğrudan kanun yoluyla ister yetkili makamın tasarrufuyla verilsin, vatandaşlık, kendisine verilen kişinin, veren devletin halkıyla diğer herhangi bir devletin halkına göre daha sıkı ilişkili olduğu gerçeğinin hukukî ifadesidir.*

Ayrıca MAD, her egemen devletin, kendi mevzuatıyla vatandaşlık kazanımına ilişkin kuralları belirleyebileceğini, bu anlamda vatandaşlığın tamamen devletlerin ülkesel yetkileri kapsamında bulunduğunu belirtmiştir<sup>49</sup>. Ancak burada mesele, Lihtenştayn'ın hukuk sistemi ile ilgili bir mesele değildir. Zira diplomatik himaye yetkisini kullanma hakkının olup olmadığı Lihtenştayn'ın hukukuna ya da kararına değil, milletlerarası hukuka bağlıdır. Nottebohm'a vatandaşlık verilmesi, Lihtenştayn'ın kendi ülkesel yetkisi dahilindeki bir işlemdir. Buradaki sorun ise bu işlemin milletlerarası etki yaratıp yaratamayacağıdır ve milletlerarası uygulamada, devletlerin ülkesel yetkileri çerçevesinde yaptıkları ama kendiliğinden ya da mutlaka milletlerarası etki doğurmayan ve diğer devletleri bağlamayan birçok örnek bulunmaktadır<sup>50</sup>. Ayrıca hiçbir devlet, kişinin bir devletle olan gerçek bağına uyum sağlayacak şekilde vatandaşlık hukukî bağını kurma amacına uygun hareket etmedikçe kendi kurallarının başka bir devlet tarafından kabul edilmesi gerektiğini ileri süremez<sup>51</sup>.

MAD, diplomatik himaye yetkisinin çifte vatandaşlık durumunda kullanılmasına ilişkin olarak milletlerarası mahkemelerin verdiği çoğu kararda, başvuran devletin dayandığı vatandaşlık statüsünün bu devlete himaye hakkı verip vermediğini, dolayısıyla karşı devletin bu vatandaşlığın etkisini kabul etme yükümlülüğünün

48 ibid 23.

49 ibid 20.

50 ibid 20-21. Örneğin, bir devletin mahkemesi tarafından verilen bir karar, ancak belli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak başka bir devlette bağlayıcı hale gelebilir.

51 ibid 23.

bulunup bulunmadığını belirlemeye odaklandıklarını tespit etmiştir<sup>52</sup>. Bu belirleme yapılırken, milli ve milletlerarası düzenlemeler, doktrin ve uygulamadaki eğilim gerçek vatandaşlığın esas alınması doğrultusundadır<sup>53</sup>. MAD'a göre Nottebohm davasındaki sorun da aynıdır ve aynı şekilde çözülmelidir<sup>54</sup>.

Devletlerin vatandaşlık konusundaki mahfuz yetkilerini kabul etmekle birlikte MAD, sonradan kazanılan vatandaşlığın milletlerarası alanda etki doğurmasını değerlendirirken bu yolla kazanılan vatandaşlığın önemini şu şekilde vurgulamıştır<sup>55</sup>:

*Telsik yoluyla vatandaşlığın kazanılması hafife alınacak bir mesele değildir. Böyle bir şeyi istemek ve elde etmek insan hayatında sıklıkla meydana gelen bir olay değildir. Kişinin bir sadakat bağı koparmasını ve yeni bir sadakat bağı kurmasını içerir. Onu edinen kişi için geniş kapsamlı sonuçları olabilir ve kişinin kaderinde önemli değişikliklere yol açabilir. Onu kişisel olarak ilgilendirdiğinden telsiki sadece kişinin malları üzerinde doğuracağı etkiler açısından ele almak telsikin önemini yanlış anlamak olur. Telsikin milletlerarası etkisini değerlendirmek için hangi şartlar altında verildiğini, ona bağlı önemli özellikleri, vatandaşlık isteyen kişinin, onu verecek ülkeye yönelik sadece sözlü değil, gerçek ve etkili tercihini göz ardı etmek imkânsızdır.*

Tüm bu noktalardan hareketle MAD, Nottebohm'un Lihtenştayn, Almanya ve Guatemala ile bağlantılarını incelemiş, vatandaşlığa alınma işleminin Lihtenştayn ile Nottebohm arasındaki gerçek bir bağa dayanmadığını ve sonrasında da Nottebohm'un hayat tarzında hiçbir değişikliğe yol açmadığını tespit etmiştir. Ayrıca, telsik işleminin, Nottebohm'un Lihtenştayn toplumunun bir üyesi haline gelmesini değil, tarafsız devlet konumundaki Lihtenştayn'ın korumasından yararlanabilmesini amaçladığını belirterek bu şartlar altında kazanılan vatandaşlığı Guatemala'nın tanımak zorunda olmadığı sonucuna varmıştır<sup>56</sup>.

## II. Yetkili Makam Kararıyla Vatandaşlığın Kazanılması

### A. Genel Olarak

Bir devletin vatandaşlığı ya doğum olgusuna bağlı olarak ya da doğumdan sonra doğum olgusundan başka bir sebeple kazanılabilmektedir<sup>57</sup>. Bu çerçevede TVK'da, Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasının yetkili makam kararı, evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması yollarından biri ile mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Devletin yetkilendirilmiş bir makamının yapacağı bir işlem ile vatandaşlığın kazanılmasına teknik olarak telsik denmektedir. Telsik, sözlük anlamı itibarıyla, bir

52 ibid 21.

53 ibid 22-23.

54 ibid 22.

55 ibid 24

56 ibid 26.

57 Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 90-91.

kişinin mensubu bulunduğu kabileden ayrılıp başka bir kabileye geçmesini ifade ettiğinden, aslında, doğumdan başka bir sebeple vatandaşlık kazanmanın tüm yollarını kapsamaktadır<sup>58</sup>. Ancak, vatandaşlık hukukunda genellikle daha dar bir anlamda kullanılan telsik (*naturalisation*), kanunun öngördüğü şartları taşıyan ve daha önce ilgili devletin vatandaşlığında bulunmayan bir yabancının, talep etmesi halinde, yetkili makamın kararıyla vatandaşlığa alınmasıdır<sup>59</sup>. TVK sistematüğinde ise telsik, aşağıda da açıklanacağı üzere, yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanılmasının esas türü olmakla birlikte ondan daha dar bir kapsama sahiptir.

Vatandaşlık kavramının tarihsel gelişimine bakıldığında, kişi ile devlet arasındaki doğal (*natural*) bir bağa dayanan soy bağı ile doğum yeri esaslarının, vatandaşlığın doğum yoluyla kazanılmasında tercih edildikleri görülmektedir. Bu doğal bağlara sahip olmadıkları için yabancıların vatandaşlığa kabulü açısından zamanla ilave şartlar getirilmiştir. Aslında, getirilen bu ilave şartlarla amaçlanan da bir yabancının soy bağı ya da doğum yeri esasına göre sahip olmadığı doğal bağın kurulması (*naturalisation*) ve yabancının uygun bir şekilde toplumla bütünleştirilmesidir<sup>60</sup>. Zira telsik, bu yolla vatandaşlık kazanacak yabancılar ile devlet açısından önemli olduğu kadar, hâlihazırda o devletin vatandaşlığında bulunan kişileri de yaşadıkları topluma yeni unsurlar katılacak olması sebebiyle yakından ilgilendirmektedir<sup>61</sup>.

Bu yolla vatandaşlığın kazanılmasında, vatandaşlığında bulunmadığı bir devlet ile arasındaki maddi ve manevi güçlü bağlar nedeniyle kişi, o devletin vatandaşı olmak istemektedir. İlgili devlet de vatandaşlık talep eden yabancı ile arasındaki bu bağları, belirli bazı hukukî şartlar çerçevesinde kontrol ederek yabancının başvurusunu değerlendirmektedir<sup>62</sup>. Kişi ile devlet arasında sonradan oluşan bu bağın ya da bütünleşmenin vatandaşlığın kazanılması için ne seviyede bulunması gerektiğini her devlet kendi düzenlemeleriyle belirlemektedir<sup>63</sup>. Bu çerçevede, telsik yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının kişinin iradesi/talebi, yetkili makamın iradesi/kararı ve sıkı irtibat/ilgi bağı unsurlarından oluştuğunu söylemek mümkündür<sup>64</sup>.

Anglo-Sakson hukuk düzenlerinde, yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanılması, yabancı açısından bir hak olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kanunda aranan şartların gerçekleşmesi durumunda yabancı açısından vatandaşlığa alınma hakkı

58 ibid 105.

59 Osman Fazıl Berki, *Devletler Hususi Hukuku, Cilt: I "Taabiyet ve Yabancılar Hukuku"* (6th edn, Güzel Sanatlar Matbaası 1966) 62; Erdoğan Göğer, *Türk Taabiyet Hukuku* (4th edn, Sevinç Matbaası 1979) 66; F Elif Çelik, 'Sonradan ve Yetkili Makam Kararıyla Türk Vatandaşı Olmanın Şartları (TVK m.11)' (2021) 157 TBB Dergisi 445, 448; Rainer Bauböck and Sara Wallace Goodman, 'Naturalisation' *EUDO Citizenship Policy Brief No 2* (2010) 1 <[https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51625/RSCAS\\_EUDO\\_CIT\\_PB\\_2011\\_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51625/RSCAS_EUDO_CIT_PB_2011_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> accessed 04.09.2022.

60 Athanasia Andriopoulou, 'The "ius pecuniae": The Prize of Citizenship' *BRIDGE Network Working Paper 4* (2020) 3 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3633777](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3633777)> accessed 14.08.2022.

61 Jonathan Seglow, 'Arguments for Naturalisation' (2009) 57 *Political Studies* 788, 788.

62 B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta Basım 2017) 118-119; Nomer (n 4) 76.

63 Doğan (n 10) 56.

64 ibid; Erdem (n 62) 118-119.

doğmakta ve yetkili makamın bu konuda bir takdir yetkisi bulunmamakta; hakkın doğup doğmadığı ise yargı organları tarafından tespit edilmektedir<sup>65</sup>. Hukukumuzun da dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde ise vatandaşlık, bir statü olarak yetkili makamın takdiri ile bahşedilmektedir<sup>66</sup>. Ancak elbette, yetkili makamların, bu konudaki takdir haklarını keyfi bir biçimde kullanmamaları gerekmektedir<sup>67</sup>.

TVK’da da yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması bu çerçevede düzenlenerek 10. maddede, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancının TVK’da belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabileceği; ancak, aranan şartları taşımanın vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, Anayasanın 125. maddesinde bulunan ve idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunu açık tutan hüküm çerçevesinde, yetkili makamın vatandaşlığın kazanılması talepleri hakkında vereceği kararlar yargı denetimine tabi olmakta ve bu şekilde keyfilik önlenmektedir.

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması, talepte bulunan yabancının Türkiye ile arasındaki ilgi bağına göre TVK’da olağan ve olağanüstü telsik ile vatandaşlığın yeniden ve evlenme yoluyla kazanılması olmak üzere dört farklı şekilde ele alınmıştır<sup>68</sup>. Olağanüstü telsik ya da istisnai yoldan vatandaşlığın kazanılmasını bir sonraki bölümde inceleyeceğiz. Şartları TVK m. 11’de yer alan genel olarak vatandaşlığa alınma<sup>69</sup>, olağan<sup>70</sup> ya da adi<sup>71</sup> telsik, yetkili makam kararıyla kazanmanın diğer türleriyle karşılaştırıldığında, en kapsamlı şartların arandığı ve fakat olağan kazanma yoludur<sup>72</sup>. Türk vatandaşlığını diğer yollarla kazanabilmek için gerekli şartları taşımayan bir yabancı bu yola başvurabilecektir. Olağan telsik yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında öne çıkan kriter, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi<sup>73</sup> ile diğer birçok ülkede<sup>74</sup> olduğu gibi ikamet şartıdır. Zira bir ülkede uzun zamandan beri ikamet eden kişinin, o ülkenin hukukuna, kültürüne ve geleneklerine uyum sağladığı kabul edilmektedir<sup>75</sup>.

65 Göğer, *Türk Tabiiyet Hukuku* (n 59) 66-67; Doğan (n 10) 56.

66 Göğer, *Türk Tabiiyet Hukuku* (n 59) 67; Çelik (n 59) 454.

67 Doğan (n 10) 56.

68 ibid 58.

69 Feriha Bilge Tanrıbilir, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri’ (2008) 75 TBB Dergisi 27, 30; Rifat Erten, ‘Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı’nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler’ (2008) 66(4) Ankara Barosu Dergisi 36, 43.

70 Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 114.

71 Göğer, *Türk Tabiiyet Hukuku* (n 59) 67; Doğan (n 10) 59.

72 Güngör (n 3) 85.

73 Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında, her taraf devletin kendi iç hukukunda kendi topraklarında hukuken ve mutaden ikamet eden kişilerin vatandaşlığa alınmasını sağlayacakları, vatandaşlığa alma koşullarını belirlerken başvuru yapılmadan önceki ikamet şartının on yılı geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

74 Andriopoulou (n 60) 3.

75 Doğan (n 10) 61; Andriopoulou (n 60) 3; Nomer (n 4) 82; Özel (n 4) 20.

Türk vatandaşlığını herhangi bir şekilde kaybetmiş ve artık yabancı statüsünde bulunan kişiler açısından vatandaşlığın yeniden kazanılması da TVK'da yetkili makam kararıyla kazanmanın bir türü olarak ve vatandaşlığı kaybetme nedeni dikkate alınarak düzenlenmiştir<sup>76</sup>. Bu çerçevede, TVK m. 13 ile m. 43'te ikamet şartı aranmaksızın, TVK m. 14'te ise ikamet şartı aranarak vatandaşlığın yeniden kazanılması hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar bu kapsamda vatandaşlığın kazanılmasında da ilgilinin talebinin yetkili makamın kararı ile olumlu sonuçlanması gerekiyorsa da bu yolla vatandaşlık kazanacak kişi, önceden Türk vatandaşı olduğundan vatandaşlığın yeniden kazanılması bir telsik türü olarak nitelendirilmemektedir<sup>77</sup>. Nitekim Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde de bu yol, vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin 6. maddeden ayrı bir şekilde ve hatta vatandaşlığın kaybına ilişkin 7. ve 8. maddelerden sonra gelecek şekilde 9. maddede düzenlenmiştir.

TVK'nın sistematigi kapsamında, yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanılabilmesinin son bir yolu olarak evlenmeyi görmekteyiz. Tarihsel süreç içerisinde evlenmenin vatandaşlığa etkisi, farklı anlayışlar çerçevesinde şekillenmiş; bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı kadının Türk vatandaşlığını kanun hükmü gereği kazanacağı kabul edildiği dönemlerden, kadın ya da erkek yabancı eşin talep etmesi ve kanunda yazan şartların gerçekleşmesi halinde yetkili makamın kararına bağlı olarak vatandaşlığın kazanabileceğinin kabul edildiği dönemlere gelinmiştir<sup>78</sup>. Bu nedenle, TVK m. 16'da bu doğrultuda yer alan düzenleme, evlenmenin özellikleri dikkate alınarak yapılan, vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kazanılmasının yeni bir türü olarak ifade edilmektedir<sup>79</sup>. Bununla birlikte, bu yolla Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı, daha önce Türk vatandaşlığı bulunmayan bir yabancı olacaktır. Ayrıca, artık evlenme ile vatandaşlık kanun hükmü gereği kazanılmadığından yabancı eşin kazanma talebinde bulunması, kanunda aranan şartların karşılanması, yetkili makamın da talebi kabul etmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, evlenme işleminin kendisinin, vatandaşlığın kazanılmasında doğrudan bir etkisi artık bulunmamakta; evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması, mevcut yapısıyla, aslında bir telsik sürecine işaret etmektedir. Ancak, TVK m. 16'da öngörülen şartlar arasında Türkiye'de ikamet, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit ya da yeteri kadar Türkçe konuşabilmek gibi olağan telsikte aranan şartlar yer almamaktadır. Dolayısıyla, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına bu açıdan bakıldığında, aslında, yetkili makam kararıyla kazanmanın telsik dışında değerlendirilebilecek yeni bir türünden ziyade, olağan telsik ile kazanmanın bir istisnasını teşkil ettiğini söylemek mümkün görülmektedir<sup>80</sup>.

76 Rifat Erten, 'Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması' (2021) 70(4) AÜHFD 899, 908.

77 Göger, *Türk Tabiiyet Hukuku* (n 59) 68; Bilgin Tiryakioğlu, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı ile Kazanılması' in Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds) *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu* (Seçkin Yayıncılık 2008) 81.

78 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özge Bilge, 'Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2020) 165-189.

79 Doğan (n 10) 90.

80 Nitekim Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 7. maddesinde de "bir Türk vatandaşı ile evli olanlar ile bunların reşit çocukları" istisnai yoldan vatandaşlığa alınabilecek yabancı grupları arasında sayılmıştır.

## B. İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılması

Yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanılmasının dördüncü türü, TVK m. 12’de düzenlenen istisnai yoldan kazanma<sup>81</sup>, olağanüstü<sup>82</sup> ya da fevkalade<sup>83</sup> telsiktir<sup>84</sup>. Bu yol, TVK m. 11’de öngörülen ve bir yabancıyla Türk devleti ile arasında olduğu kabul edilen sadakat bağı ve Türk toplumuna sağladığı uyumu gösteren şartlar aranmaksızın<sup>85</sup>, belirli özelliklere sahip yabancıların vatandaşlık kazanabilmelerini sağlamak amacıyla taşımaktadır<sup>86</sup>. Bu nedenle de sadece “milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması” şartı maddede getirilmiş; başvuracak yabancıyla ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması dahi istenmemiştir.

Literatürde kolaylaştırılmış (*facilitated*)<sup>87</sup> ya da basitleştirilmiş (*simplified*)<sup>88</sup> telsik şeklinde de ifade edilen bu yol, İsviçre<sup>89</sup>, İsveç<sup>90</sup>, Danimarka, Finlandiya, İzlanda gibi bazı devletlerde<sup>91</sup>, devlet vatandaşı ile evli olma ya da telsik yoluyla vatandaşlık kazanmış kişinin çocuğu olma gibi kişisel durumları nedeniyle ilgili devlet ile aralarında sıkı bir bağ bulunduğu düşünülen bazı kişi gruplarının, olağan telsikte öngörülen ikamet şartının genellikle yumuşatılması ya da kaldırılması suretiyle daha kolay bir şekilde vatandaşlık kazanmalarına hizmet etmektedir. Avusturya, Belçika, Hollanda ve Slovenya gibi diğer bazı devletlerin kanunlarında ise bilim, ekonomi, sanat veya spor alanlarında gösterdiği olağanüstü başarılar nedeniyle yabancıyla vatandaşlığa alınmasının ilgili devletin menfaatine olacağı durumların da istisnai vatandaşlığa alınma kapsamında değerlendirildiği görülmektedir<sup>92</sup>.

81 Banu Şit Köşgeroğlu, ‘İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması’ (2017) 7(1) Hacettepe HFD 169, 169; Neşe Baran Çelik, ‘Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması’ (2017) 130 TBB Dergisi 357, 357.

82 Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 123.

83 Berki (n 59) 69; Göğer (n 59) 67; Nomer (n 4) 73.

84 “Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller” başlığını taşıyan TVK m. 12 aşağıdaki hükmü içermektedir:

(1) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması şartıyla Cumhurbaşkanı kararı ile aşağıda belirtilen yabancılar Türk vatandaşlığını kazanabilirler:

a) Türkiye’ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekli teklifte bulunan kişiler.

b) (Ek: 28/7/2016-6735/27 md.) 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu.

c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler.

d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler.

(2) (Ek: 19/10/2017-7039/29 md.) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunanların talepleri Bakanlıkça reddedilir.

85 Erdem (n 62) 137.

86 Doğan (n 10) 71.

87 Bauböck and Wallace Goodman (n 59) 6.

88 Andriopoulou (n 60) 4.

89 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Vatandaşlığı Hakkında Federal Kanun için bkz. <[https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2016/404/en#tit\\_2/chap\\_1](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2016/404/en#tit_2/chap_1)> accessed 07.09.2022.

90 Bkz. 2001/82 sayılı ve 01.03.2001 tarihli İsveç Vatandaşlığı Hakkında Kanun <[https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-200182-om-svenskt-medborgarskap\\_sfs-2001-82](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-200182-om-svenskt-medborgarskap_sfs-2001-82)> accessed 07.09.2022.

91 Bauböck and Wallace Goodman (n 59) 6.

92 Jelena Dzankic, ‘Investment-Based Citizenship and Residence Programmes in the EU’ *EUI Working Paper RSCAS 2015/08* (2015) 6-7 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2558064](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2558064)> accessed 07.09.2022.

Dolayısıyla, istisnai yoldan vatandaşlığın kazanılması, farklı şekillerde ifade edilse de özünde, olağan yoldan vatandaşlığın kazanılabilmesi için aranan şartların bazılarının belli kişi grupları için aranmadığı istisnai bir usule işaret etmektedir. Ayrıca, bir telsik türü olması nedeniyle, yukarıda ifade ettiğimiz kişinin iradesi, yetkili makamın iradesi ve ilgi bağı unsurlarının bu tür kazanmada da bulunması gerektiğini söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle bu yol, ilgili devlet ile hiçbir bağlantısı bulunmayan bazı yabancıların kolay bir şekilde vatandaşlığa alınabilmesini amaçlamamaktadır. Tam tersine, olağan telsik ile vatandaşlığa alınacak kişilere nazaran bu yabancıların ilgili devlet ile daha kuvvetli bağlara sahip oldukları kabul edildiğinden olağan telsikte aranan şartların, özellikle de ikamet şartının, yumuşatılması suretiyle daha kolay bir şekilde vatandaşlığa alınmaları arzu edilmektedir<sup>93</sup>.

İstisnai yoldan vatandaşlığın kazanılması, 1312 ile 403 sayılı önceki kanunlarımızda da yer alan bir kazanma türüdür. Bu kanunlarda, olağan telsikte aranan şartlardan ikamet ve yerleşim niyetinden muaf bir düzenleme tarzı benimsenmek suretiyle tam anlamıyla olağan telsikin istisnasını teşkil eden bir kazanma yolu kurgulanmıştır. Dolayısıyla, örneğin 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun istisnai vatandaşlığa alınmayı düzenleyen 7. maddesi çerçevesinde “vatandaşlığa alınması Bakanlar Kurulunca zaruri görülenler”in dahi olağan telsikin diğer şartlarını karşılamaları aranmıştır. 5901 sayılı TVK’da ise istisnai telsiki düzenleyen 12. maddede, olağan telsiki düzenleyen 11. maddeye bir atıf bulunmadığı gibi, olağan telsike özgü şartlardan hiçbirine yer verilmemiştir. Söz konusu düzenleme tarzı ile olağan telsik ile olağanüstü telsik arasındaki bağ koparılmış, “milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmayan” bazı grup yabancıların kolay yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri mümkün hale gelmiştir<sup>94</sup>.

### C. Yatırım Yoluyla Vatandaşlığın Kazanılması

Hukukumuzda “yatırım yoluyla vatandaşlık” aslında yeni bir olgu değildir<sup>95</sup>. Zira 1964 tarihli ve 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanununun<sup>96</sup> istisnai vatandaşlığa alınmayı düzenleyen 7. maddesinde, Türkiye’ye sanayi tesisi getiren yabancılar ile ekonomik alanda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen yabancıların da bu yolla vatandaşlığa alınabilecekleri düzenlenmiştir. Bu imkân, 5901 sayılı TVK m.12/1’in (a) bendinde de yer almaktadır. 2016 yılında söz konusu maddeye eklenen

93 Jelena Dzankic, ‘The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective’ *EUI Working Paper RSCAS 2012/14* (2012) 3 <[https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21476/RSCAS\\_2012\\_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21476/RSCAS_2012_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> accessed 27.09.2022; Doğan (n 10) 71.

94 Şit Köşgeroğlu (n 81) 174-175; Baran Çelik (n 81) 363.

95 Aynı doğrultuda bkz. Talat Kaya, ‘Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulamasına Eleştirel Bir Bakış’ (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi HFD 115, 123; Alper Çağrı Yılmaz, ‘Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu’ (2018) 38(1) PPIL191, 207.

96 (Mülga) Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 403, Kabul Tarihi: 11.02.1964, RG 22.02.1964/11638



(b) bendi ise 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu<sup>97</sup> m. 31/1/j'ye atıf yaparak, vatandaşlığın kazanılmasına imkân veren farklı yatırım türlerine karşılık gelen parasal tutarları direkt belirlemek ve ülkeye yapılacak ekonomik katkının “olağanüstü” seviyede olmasını ya da bir “hizmet” niteliği taşımasını aramamak<sup>98</sup> suretiyle yatırım yoluyla vatandaşlık olgusuna yeni bir boyut kazandırmıştır.

Yatırım yoluyla vatandaşlık, yukarıda da belirtildiği gibi, sadece ülkemize özgü bir uygulama değildir ve “olağanüstü başarı/katkı” kriterinin kapsamına ekonomik ya da ticari katkıyı da dahil eden birçok devlet, bu çerçevede uzun yıllardır vatandaşlık vermektedir<sup>99</sup>. Bununla birlikte, bu kapsamda kolaylaştırılmış yoldan vatandaşlık veren devletlerin bir kısmı hafifletilmiş şekilde de olsa ikamet şartını aramaya devam etmektedir<sup>100</sup>. Ayrıca, ekonomik ya da ticari anlamda bir olağanüstü başarı ya da katkının bulunup bulunmadığına karar verilirken yatırımın parasal tutarı yanında ülkeye yeni teknoloji getirilip getirilmediği ya da önemli derecede istihdam yaratılıp yaratılmadığı gibi hususlar da dikkate alınmakta; dolayısıyla, örneğin devlet tahvillerine yapılan yatırım bu kapsamda değerlendirilmemektedir<sup>101</sup>.

Ancak son yıllarda, sadece belirlenen miktarda yatırım yapma koşuluna bağlı olarak ikamet izni ve vatandaşlık verilmesi uygulamalarının artması, konuyu “satılık vatandaşlık” kavramı üzerinden çokça tartışılır hale getirmiştir. Devleti ekonomik bir kulüp, vatandaşlığı da bu kulübe üyelik olarak ele alan bakış açısı, yatırım yoluyla vatandaşlık kavramını da bu çerçevede değerlendirmektedir. Bu görüşe göre, devletlerin, kulübe yeni üye kabulünü, kulüp mallarının üretimini ya da faaliyetlerinin sunumunu optimize edecek bir fayda-maliyet analizi çerçevesinde yapmaları ekonomik açıdan mantıklıdır<sup>102</sup>. Zira yapılacak yatırımın ekonomik faydası, yatırımcının kulübe kabul maliyetinden çok daha yüksek olacaktır<sup>103</sup>. Ayrıca, kulübe getirecekleri ek külfetten daha yüksek bir maddi karşılık şartıyla alınacak yeni üyeler, mevcut üyelerin katlandıkları maliyetin azalmasını da sağlayacaktır<sup>104</sup>.

97 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615

98 Göger, 403 sayılı Kanunda da yer alan “olağanüstü hizmet” kavramının uygulamada suiistimallere yol açmaması için hizmetin mahiyetine göre az veya çok sürekli olması ve Türk toplumunun genel bir ihtiyacına yönelmesi ile ilgili kişinin hayatının idamesi için gerekli işlemlerini Türkiye’de toplamış olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Göger, *Türk Tabiiyet Hukuku* (n 59) 82.

99 Ana Tanasoca, ‘Citizenship for Sale – Neomedieval, not Just Neoliberal?’ (2016) 57(1) *European Journal of Sociology* 169, 169.

100 Dzankic (n 93) 8.

101 ibid 12; Martin Stiller, ‘Pathways to Citizenship for Foreigners in Austria’ *Report of International Organization for Migration and European Migration Network* (2019) 57-59 <[https://www.emn.at/wp-content/uploads/2020/07/emn-national-report-2019\\_-\\_citizenship.pdf](https://www.emn.at/wp-content/uploads/2020/07/emn-national-report-2019_-_citizenship.pdf)> accessed 04.10.2022.

102 James M. Buchanan, ‘An Economic Theory of Clubs’ (1965) 32(125) *Economica* 4, <<https://www.jstor.org/stable/2552442>> accessed 27.09.2022; Bruno S Frey and Reiner Eichenberger, *The New Democratic Federalism for Europe: Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions* (1st edn, Edward Elgar Publishing 2004) 6.

103 Dzankic (n 93) 2.

104 Buchanan (n 102) 8.

Diğer taraftan, yatırım yoluyla vatandaşlık uygulaması, vatandaşlık bağının doğasını hiçe sayarak vatandaşlığı para karşılığı ticareti yapılabilecek bir mal seviyesine indirilmesi<sup>105</sup>, sadece varlıklı kişilerin başvurabileceği bir yol olması ve dolayısıyla da vatandaşlığa başvuran kişiler arasında ahlaki açıdan keyfi bir ayırma yol açması<sup>106</sup>, ilgili devletin ve o devletin vatandaşlığının itibarını zedelemesi<sup>107</sup>, varlıklı yabancılara kendi ülkelerinde maruz kalacakları cezai yaptırımlardan kurtulma imkânı vermesi<sup>108</sup> ve ülkede güvenlik açığı yaratması<sup>109</sup>, sağladığı vergisel avantajlar nedeniyle vergi kaçakçılığına yol açma riskinin bulunması<sup>110</sup>, sosyolojik açıdan ülke ile gerçek bir bağ kurulmaksızın siyasi haklara erişim olanağı sağlaması<sup>111</sup> gerekçeleriyle doktrinde sıklıkla eleştirilmektedir.

Birçok devletin mevzuatında, yatırım yoluyla ikamet izni alınabilmesine ve/veya vatandaşlık kazanılabilmesine yönelik bir yaklaşım benimsenmiş olmakla birlikte, devletlerin mahfuz yetkilerine dayanarak yaptıkları söz konusu düzenlemeler arasındaki farklılıklar bazı konularda ciddi boyutlara ulaşmaktadır. Bu kapsamda ilk fark, yatırım kavramının, bazı ülkelerde bilim, sanat, spor gibi alanlar yanında ekonomi ya da ticaret alanında olağanüstü başarı/katkı kapsamında ele alınması iken, bazı ülkelerde doğrudan doğruya yatırım türlerini ve bunlara karşılık gelen parasal tutarları belirlemek suretiyle ele alınmasıdır. Diğer önemli bir fark ise ikamet koşulunda karşımıza çıkmaktadır. Bu alanda neredeyse devlet sayısı kadar farklı yaklaşım bulunduğunu söylemek mümkündür. Söz konusu yaklaşımlar arasında, vatandaşlık hukuku bağlamında tartışma yaratan esas husus, ikamet şartı aranmaksızın sadece belirlenen tutarlarda yapılan yatırımlar karşılığında vatandaşlık kazanılmasına imkân tanınmasıdır.

Bugün itibarıyla bakıldığında, AB Komisyonundan gelen baskıların da etkisiyle, yatırım yoluyla doğrudan vatandaşlık verilmesi (*golden passport*/altın pasaport) uygulamasına Kasım 2020'de Güney Kıbrıs'ta ve Nisan 2022'de Bulgaristan'da son verildiği görülmektedir<sup>112</sup>. Üyelik süreci devam eden Karadağ da 2019 yılının Ocak ayında başlattığı yatırım yoluyla vatandaşlık programını 2022'nin sonunda kapatacağını açıklamıştır<sup>113</sup>. Ayrıca, belli tutarlarda yatırım karşılığında oturma izni sağlayan, sonrasında da belli süreler ikamet şartıyla vatandaşlık kazanılmasının

105 Nomer (n 4) 92; Tanasoca (n 99) 187; Kaya (n 95) 125-126; Gölcüklü (n 14) 138; Öztürk (n 3) 58-59.

106 Dzankic (n 93) 3.

107 Şit Köşgeroğlu (n 81) 193; Gölcüklü (n 14) 138.

108 Öztürk (n 3) 50.

109 Kaya (n 95) 127; Öztürk (n 3) 52.

110 Kaya (n 95) 128; Öztürk (n 3) 51.

111 Kaya (n 95) 129.

112 'Investor Citizenship Scheme: Commission Refers MALTA to the Court of Justice' (*The European Commission Press Release*, 29 September 2022) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_5422](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_5422)> accessed 05.10.2022.

113 'Immigration Central: Montenegro Citizenship by Investment will Close in December 2022' (*Money Control*) <<https://www.moneycontrol.com/news/trends/travel-trends/immigration-central-montenegro-citizenship-by-investment-will-close-in-december-2022-8698621.html>> accessed 31.10.2022.

yolunu açan yatırım vizesi (*golden visa*/altın vize) uygulamalarını, ulusal güvenlik gerekçeleriyle Macaristan<sup>114</sup> 2017, Birleşik Krallık<sup>115</sup> ve Hollanda<sup>116</sup> ise 2022 yılının başlarında sonlandırmıştır.

Dolayısıyla, başta ikamet olmak üzere ülkeyle bağlantıyı gösterir herhangi bir şart aranmaksızın, sadece yapılan yatırıma istinaden vatandaşlık verilmesini öngören uygulamaların oldukça azaldığı, hatta bazı devletlerin yatırım vizesi uygulamalarına dahi son verdiği görülmektedir. Bu çerçevede, aşağıdaki ilk tabloda, yatırım vizesi uygulamasına devam eden bazı ülkelerdeki temel şartlar özetlenmiş; alınan vize sonrasında vatandaşlık başvurusu için gereken ikamet süreleri tablonun son sütununda gösterilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki söz konusu ülkelerin çoğunda, ikamet yanında özellikle ilgili ülkenin dilinin ve/veya kültürünün bilinip bilinmediği ile kişinin suç kaydının bulunup bulunmadığı gibi hususlar da vatandaşlık başvurusunda dikkate alınmaktadır. İkinci tabloda ise altın pasaport uygulamasını sürdüren devletlere ilişkin özet bilgilere yer verilmiştir.

	Yatırım Tutarı	Yatırımın Yöneldiği Alan	Yatırıma İlişkin Süre Şartı	Yararlanabilecekler	İkamet Şartı
ABD	800.000 - 1.050.000 ABD Doları + 10 tam zamanlı iş	Ticari şirketler (Şirketin yönetimine katılmak zorunlu)	5 yıl	Yatırımı yapan, eşi ve 21 yaşın altındaki evlenmemiş çocuğu	5 yıl
İrlanda	2.000.000 Avro	Gayrimenkul yatırım fonu	3-5 yıl	Yatırımı yapan, eşi, 18 yaşın altındaki çocuğu, 18-24 yaş arasındaki evlenmemiş ve finansal olarak kendine bağımlı çocuğu	5 yıl
	1.000.000 Avro	Ticari şirketler	3 yıl		
	1.000.000 Avro	Yatırım fonu	3 yıl		
	500.000 Avro	Sanat, spor, sağlık, kültür ya da eğitim alanındaki bir projeye bağış	Bağış olduğu için bulunmuyor.		

114 'Hungary Golden Visa and Investment Programmes' (*La Vida Golden Visas*) <<https://www.goldenvisas.com/hungary>> accessed 05.10.2022.

115 'Tier 1 Investor Visa Route Closes Over Security Concerns' (*Home Office News*, 17 February 2022) <<https://www.gov.uk/government/news/tier-1-investor-visa-route-closes-over-security-concerns>> accessed 05.10.2022.

116 'Netherlands' (*Uglokal Immigration*) ( <<https://www.uglobal.com/en/immigration/netherlands/#:~:text=The%20Netherlands%20does%20not%20have,cases%2C%20renounce%20their%20original%20nationality>> accessed 05.10.2022.

117 Tabloda yer alan özet bilgilerin detayları için bkz <<https://www.uscis.gov/working-in-the-united-states/permanent-workers/employment-based-immigration-fifth-preference-eb-5/about-the-eb-5-visa-classification>>; <<https://rlw.juridice.ro/20053/how-to-obtain-the-romanian-passport-by-investment.html>>; <<https://getgoldenvisa.com/>> accessed 12.12.2022.

İspanya	2.000.000 Avro	Kamu borçlanma senedi	5 yıl	Yatırımı yapan, eşi, 18 yaşın altındaki ya da sağlık sebebiyle kendine bağımlı çocuğu, yaşlı ve kendine bağımlı anne-babası	10 yıl
	1.000.000 Avro	Ticari şirketler			
	1.000.000 Avro	Mevduat			
	500.000 Avro	Taşınmaz			
İsviçre	1.000.000 İsviçre Frangı	Ticari şirketler (Şirketin yeni istihdam yaratacağını ispatlamak zorunlu)	Vatandaşlık kazanana kadar yatırımın devamı zorunlu	Yatırım yapan, eşi, çocukları	12-15 yıl
İtalya	250.000 Avro	Yenilikçi start-up'lar	5 yıl	Yatırım yapan, eşi, çocukları	10 yıl
	500.000 Avro	Ticari şirketler	5 yıl		
	1.000.000 Avro	Sanat, spor, sağlık, kültür ya da eğitim alanında kamu yararı taşıyan bir projeye bağış	Bağış olduğu için bulunmuyor.		
	2.000.000 Avro	Devlet tahvili	5 yıl		
Güney Kıbrıs	300.000 Avro	Taşınmaz	5 yıl	Yatırımı yapan, eşi, 25 yaşın altındaki ya da engelli çocuğu, eşinin anne-babası	5 yıl
	300.000 Avro	Ticari şirketler			
	300.000 Avro	Yatırım fonu			
Malta	600.000 Avro+Her başvuran için ilave 50.000 Avro	Milli Gelişme Fonuna bağış+10.000 Avro STK'ya bağış+700.000 Avroluk ev satın alma ya da yıllık 16.000 Avroluk ev kiralama	Söz konusu tutarlar tek seferde nakit olarak yatırılıyor.	Yatırım yapan, eşi, 27 yaşın altındaki bağımlı çocukları	3 yıl
	750.000 Avro+Her başvuran için ilave 50.000 Avro	Milli Gelişme Fonuna bağış+10.000 Avro STK'ya bağış+700.000 Avroluk ev satın alma ya da yıllık 16.000 Avroluk ev kiralama			1 yıl

Portekiz	280.000-500.000 Avro	Taşınmaz	5 yıl	Yatırım yapan, eşi, 18 yaşın altındaki çocukları, 26 yaşın altındaki öğrenci olan bekar çocukları, 65 yaş üstündeki anne-babası	5 yıl boyunca yılda bir hafta
	500.000 Avro	Girişim sermayesi fonu			
	10 tam zamanlı iş	Ticari şirketler			
	1.500.000 Avro	Sermaye transferi	Bağış olduğu için bulunmuyor.		
	250.000 Avro	Ulusal miras, sanat veya kültüre yönelik bağış			
	500.000 Avro	Bilim ya da teknoloji araştırmalarına yönelik bağış			
Romanya	1.000.000 Avro	Ticari şirketler	4 yıl	Yatırım yapan, eşi, çocukları	4 yıl
	100 tam zamanlı iş	Ticari şirketler			
Singapur	1.738.000 ABD Doları	Ticari şirketler (Şirketin en az %30 hisesine sahip olmak ve yönetime katılmak zorunlu)	2 yıl	Yatırım yapan, eşi, 21 yaşın altındaki çocukları	2 yıl
	1.738.000 ABD Doları	Singapur'da kurulu ticari şirketlere yatırım yapan Küresel Yatırımcı Programı Fonu			
Yunanistan	250.000 Avro	Taşınmaz	7 yıl	Yatırım yapan, eşi, 21 yaşın altındaki çocukları, anne-babası, eşin anne-babası	7 yıl
	400.000 Avro	Devlet tahvili ya da şirket hissesi			

**Tablo 2.** Altın Pasaport Uygulamasına İlişkin Örnekler<sup>118</sup>

	Yatırım Tutarı	Yatırımın Yöneldiği Alan	Yatırıma İlişkin Süre Şartı	Yararlanabilecekler	İkamet Şartı
Dominika	100.000 ABD Doları	İktisadi Çeşitlilik Fonuna bağış	Bağış olduğu için bulunmuyor.	Yatırımı yapan, eşi, 30 yaşın altındaki bağımlı çocukları, 55 yaş üstündeki anne-babası ile büyük anne-babası	Bulunmuyor
	200.000 ABD Doları	Taşınmaz	5 yıl		

118 Tabloda yer alan özet bilgilerin detayları için bkz <<https://getgoldenvisa.com/>; <https://www.economiccitizenship.com/antigua-barbuda.php#:~:text=Economic%20Citizenship%20Antigua%20and%20Barbuda,for%20at%20least%20five%20years.>> accessed 12.12.2022.

St Kitts ve Nevis	200.000 ABD Doları	Taşınmaz	7 yıl	Yatırımı yapan, eşi, 30 yaşın altındaki bağımlı çocukları, 55 yaş üstündeki anne-babası ile büyük anne-babası	Bulunmuyor
	400.000 ABD Doları	Taşınmaz	5 yıl		
	150.000 ABD Doları	Sürdürülebilir Büyüme Fonuna tek kişi için bağış	Bağış olduğu için bulunmuyor.		
	195.000 ABD Doları	Sürdürülebilir Büyüme Fonuna yatırımcı yanında bağımlı üç kişi için bağış			
Antigua ve Barbuda	400.000 ABD Doları	Taşınmaz	5 yıl	Yatırımı yapan, eşi, 28 yaşın altındaki bağımlı çocukları, 58 yaş üstündeki anne-babası ile büyük anne-babası	Bulunmuyor
	100.000 ABD Doları	Ulusal Kalkınma Fonuna bağış	Bağış olduğu için bulunmuyor.		
Türkiye	500.000 ABD Doları	Sabit sermaye yatırımı	Usul ve Esaslara göre 3 yıl	Yatırımı yapan, eşi, kendisinin veya eşinin ergin olmayan veya bağımlı çocuğu	Bulunmuyor
	400.000 ABD Doları	Taşınmaz (satış vaadi sözleşmesi de yeterli)	3 yıl		
	50 kişilik istihdam		Bulunmuyor		
	500.000 ABD Doları	Mevduat	3 yıl		
	500.000 ABD Doları	Devlet borçlanma aracı	3 yıl		
	500.000 ABD Doları	Gayrimenkul yatırım fonu veya girişim sermayesi yatırım fonu	3 yıl		
	500.000 ABD Doları	Bireysel emeklilik fonu	3 yıl		

### Değerlendirme

Devletin insan unsurunu oluşturması ve dolayısıyla devletler arası ilişkiler açısından da önem arz etmesi sebebiyle vatandaşlık kavramını, genel devlet teorisinden ve milletlerarası hukuk perspektifinden bağımsız bir şekilde değerlendirmemek gerekir. Modern anlamdaki vatandaşlık kavramı, yukarıda da belirtildiği üzere, bir devlete aidiyeti ifade etmektedir. Bu çerçevede, devletin, kendine ait olanı belirleme hakkına genel kamu hukukunda da işaret edilmekle birlikte, bu hakkın kötüye kullanılmaması gerektiği, devletin belli bazı koşulları taşımayan kişileri vatandaşlığa

kabul edemeyeceği, devlet ile kişi arasında herhangi bir yaşam bağına gösteren bir özellik bulunmaması durumunda hakkın kötüye kullanımının gündeme gelebileceği belirtilmektedir<sup>119</sup>.

Devlet ile bir kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisinin, özellikle diplomatik himaye yetkisi ve vatandaşı ülkeye kabul zorunluluğu ile vatandaşın suç sebebiyle iade edilemeyeceği prensipleri açısından milletlerarası hukuku da ilgilendirdiğine yukarıda değinilmiş idi. Dolayısıyla, doktrinde ve konuyla ilgili milletlerarası sözleşmelerde, devletin mahfuz yetkisini kullanırken milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası teamüle ve vatandaşlık hukuku alanındaki genel hukuk ilkelerine aykırı davranmaması gerektiği kabul edilmektedir. Hem Lahey Sözleşmesi hem de Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi vatandaşlıkla ilgili genel kabul görmüş hukuk ilkelerinin varlığına işaret etmekte, ancak, söz konusu ilkelerin neler olduğu konusunda doktrinde ya da yargı kararlarında bir netlik bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Nottebohm kararında, hukukun genel ilkeleri arasında yer alan hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi, devletin mahfuz yetkisinin sınırını teşkil eder nitelikte ele alınmıştır.

Dolayısıyla, hem genel devlet teorisi hem de milletlerarası hukuk açısından, mahfuz yetkisine dayanarak vatandaşlık bahşederken bir devleti sınırlandıracak ana çerçevenin, milletlerarası sözleşmelerden doğan yükümlülükleri dışında, hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Bu çıkarım, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile kabul edilen, devletlerin antlaşmaları iyi niyetle uygulamaları (madde 26) ve yorumlamaları (madde 31) gerektiği kurallarıyla da örtüşmektedir. Bu bağlamda, esas önem arz eden husus, bir devletin, vatandaşlık hukuku alanındaki mahfuz yetkisini hangi durumlarda kötüye kullanmış sayılacağına belirlenebilmesidir.

Milli hukuk sistemlerinde yaygın uygulama alanına sahip olan hakkın kötüye kullanılmaması ilkesinin, milletlerarası hukukta da devletler, hâkimler ve hakemler tarafından göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir<sup>120</sup>. Ayrıca, bazı milletlerarası sözleşmeler, sözleşme ile bahşedilen hakların taraf devletlerce kötüye kullanılmamasına ilişkin açık hükümler de içermektedir<sup>121</sup>. Söz konusu ilke, aslında iyi niyet ilkesinin bir uzantısı, dolayısıyla da kötü niyetin bir yansıması olarak kabul edilmekle birlikte<sup>122</sup>, milletlerarası hukuk doktrininde hakkın kötüye kullanımından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, devletin sahip olduğu bir hakkı keyfi şekilde kullanması neticesinde elde ettiği menfaati aşacak oranda başka bir devletin zarar görmesi durumunda hakkın

119 Doebling (n 5) 30.

120 Michael Byers, 'Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age' (2002) 47 McGill Law Journal 389, 397.

121 Örneğin; Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin 300. maddesinde, taraf devletlerin Sözleşme hükümleri uyarınca üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirmeleri ve Sözleşmede tanınan hakları, yetkileri ve serbestileri hakkın kötüye kullanılması oluşturmayacak biçimde kullanmaları gerektiği kabul edilmiştir.

122 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap* (15th edn, Turhan Kitabevi 2021) 238.

kötüye kullanılması gündeme gelebilecektir<sup>123</sup>. Ayrıca, bir hakkın iradi olarak amacına aykırı bir şekilde kullanılması ve bunun bir zarara sebebiyet vermesi ile keyfi bir biçimde kullanılması sonucu diğer devletlerin hakları ihlal edilmese bile zarara maruz kalmaları da hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir<sup>124</sup>. Diğer görüş ise kavramı, zarar unsurundan bağımsız olarak tanımlamakta ve milletlerarası toplumun devlete tanıdığı bir hakkın verilmiş amacı dışında, keyfi veya mantığa aykırı şekilde kullanılmasını hakkın kötüye kullanılmış sayılması için yeterli bulmaktadır<sup>125</sup>.

Söz konusu görüşlerin ayrıldıkları esas nokta, devletin bir hakkını keyfi ya da amacı dışında kullanması sonucunda başka bir devletin zarara uğramış olmasının aranıp aranmayacağıdır. Bir devletin, mahfuz yetkisine dayanarak bir kişiyi vatandaşlık bahşetmesi neticesinde başka bir devletin zarara uğrayıp uğramadığının tespitinin, milletlerarası mahkemeler ya da hakem heyetlerince olay bazında yapılması gerekecektir. Bu çerçevede, örneğin, yeni bir vatandaşlık kazanılması, kişinin hâlihazırda tâbiyetinde bulunduğu devlet açısından vergi gelirlerinde azalmaya sebebiyet verebilir<sup>126</sup>. Belki tek bir kişiden kaynaklanacak bu azalma, devletin tüm vergi gelirleri düşünüldüğünde önemsiz bir miktara denk gelebilir. Ancak, belli bir devletin özellikle varlıklı vatandaşlarının vergisel avantajlar sağlayabilmek için başka bir devletin vatandaşlığını sistematik olarak kazanmaya başlamaları ve malvarlıklarını da bu ülkeye transfer etmeleri durumunda ilgili devletin vergi geliri kaybı, özellikle gelişmekte olan ülkeler açısından dikkat çekici noktalara ulaşabilir<sup>127</sup>. Nitekim uygulamada da yatırım yoluyla vize alma ve vatandaşlık kazanma işlemlerine aracılık eden firmaların vergi avantajına vurgu yaptıkları görülmektedir<sup>128</sup>.

Bir devlet açısından zararlı sonuçlanabilecek diğer bir durum, tâbiyetinde bulunduğu devletin ülkesinde suç işleyen bir kişinin, yatırım yoluyla başka bir devletin vatandaşlığını kazanması sonucunda vatandaşlığını yeni kazandığı devletin bu kişiyi ülkesine kabul zorunluluğu yanında kendi topraklarındaki bu kişiyi işlediği suç sebebiyle iade etmeme yükümlülüğünün de bulunmasıdır. Örneğin, Hindistan'ın *Punjab* Ulusal Bankasını 2 milyar ABD Doları tutarında dolandıran *Mehul Choksi*, 2017 yılında yatırım yoluyla Antigua ve Barbuda vatandaşlığını kazanmış, olayın 2018 yılının başında ortaya çıkmasının hemen akabinde Antigua ve Barbuda'ya yerleşmiştir<sup>129</sup>.

123 Alexandre Kiss, "Abuse of Rights", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e137> accessed 05.12.2022.

124 *ibid.*

125 Pazarcı (n 122) 238.; UN International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission 1970*, vol I (United Nations Publications 1971) 1081st meeting, para 34.

126 Öztürk (n 3) 49, 51-52.

127 Jeff Veteto, 'The Alienability of Allegiance: An International Survey of Economic Citizenship Laws' (2014) 48(1) *International Lawyer* 79, 86.

128 'Çifte Vatandaşlık Kazanarak Gelir Vergisinden Nasıl Muaf Olunur?' (*Get Golden Visa*, 3 August 2021) <<https://getgoldenvisa.com/tr/cifte-vatandaslik-kazanarak-gelir-vergisinden-nasil-muaf-olunur>> accessed 06.12.2022.

129 Salomé Garnier, 'Citizenship by Investmet' (2020) 1(1) *Harvard International Review* 15, 17.



Hakkın kötüye kullanılmış sayılması için zararın varlığını aramayan görüşün benimsenmesi durumunda ise mahfuz yetkinin, veriliş amacı dışında keyfi bir biçimde kullanılması milletlerarası hukuk bağlamında sorun yaratabilecektir. Mahfuz yetkinin kullanımının keyfi olmaması için devlet ile insan unsuru arasında hukukî bir bağ kurulurken öncelikle fiilî bir bağın bulunması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>130</sup>. Söz konusu bağ, soy bağı ya da doğum yeri esasları aracılığıyla doğum olgusuna istinaden rahatlıkla kurulabilmektedir. Zira bu esaslar, vatandaşlığın bahşedilmesinde, milletlerarası hukuk tarafından tatmin edici bağlama noktaları olarak kabul edilmektedir<sup>131</sup>. Vatandaşlığın sonradan kazanılmasında ise devletlerin düzenlemeleri farklılıklar gösterse de evlenme ve evlat edinilme ile belli bir süre ikamet de yine yeterli fiilî bağlantılar olarak nitelendirilmektedir<sup>132</sup>. Dolayısıyla, vatandaşlığın sonradan kazanılmasında, devlet ile kişi arasında doğum olgusuna bağlı olarak kurulamayan fiilî bağın sonradan kurulup kurulmadığı önem arz etmektedir.

Bu çerçevede, özellikle aktarılacak maddi kaynak dışında bir şart aramayan yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarında hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin iddiaların gündeme gelebileceği değerlendirilmektedir. Bu ise bizi, verildiği günden itibaren çokça tartışılan ve sıklıkla da eleştirilen Nottebohm kararını ve kararda vurgulanan gerçek bağlantı ilkesinin önemini yeniden düşünmeye sevk etmektedir. Zira ikamet etme, dilini bilme, kültürüne aşina olma gibi kişinin devlet ile olan bağlantılarına işaret eden unsurlardan yoksun bir şekilde vatandaşlık bahşedilmesi, somut olayın özelliklerine göre mahfuz yetkinin kötüye kullanılması; dolayısıyla da ilgili vatandaşlığın diğer devletlerce dikkate alınmaması sonucunu doğurabilecektir.

Nottebohm kararı ile gerçek bağlantı ilkesine yönelik olarak özellikle son yıllarda yapılan eleştiriler, küreselleşme ve yoğun göç hareketleri neticesinde klasik devlet-vatandaş ilişkisinin değiştiği, birden çok vatandaşlığın olağan hale geldiği, dolayısıyla devlet ile vatandaşı arasında gerçek bir bağ aramanın romantik bir yaklaşım olduğu ve modern uygulamalarda benimsenmediği hususlarını içermektedir<sup>133</sup>. Ayrıca, bir devletin pozitif hukukî vatandaşlığına sahip olmakla birlikte ailesini, yaşadığı yeri ve işlerinin merkezini başka bir devlete taşımış; ancak bu devletin vatandaşlığını kazanmamış milyonlarca kişinin, gerçek bağlantı ilkesinin uygulanması halinde milletlerarası hukukta korumasız kalacakları da ileri sürülmüştür<sup>134</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Nottebohm kararında etkili vatandaşlık ilkesi, sonradan kazanılan bir vatandaşlık özelinde tartışılmıştır. Dolayısıyla ilke, kişinin

130 Doebling (n 5) 30; Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 20.

131 ILC Report (n 31) 227.

132 ILC Report (n 31) 227; Aybay, Özbek and Ersen Perçin (n 4) 20; Doebling (n 5) 31.

133 İlhan Yılmaz, 'Gerçek Kişilerin Vatandaşlığından "Gerçek Bağlantı" İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu' (2021) 1 GSÜHFD 965, 969, 1005.

134 ibid 1002; Martijn Van Den Brink, 'Revising Citizenship within the European Union: Is a Genuine Link Requirement the Way Forward?' (2022) 23(1) German Law Journal 171, 176.

sahip olduğu tek vatandaşlığın aslen kazanılmış olması durumunu kapsamamaktadır. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, soy bağı ve doğum yeri esasları ile kişi ile devlet arasında doğal bir bağ kurulmakta ve bu bağ milletlerarası hukukta tatmin edici bir bağlantı olarak kabul görmektedir. Diğer taraftan, her ne kadar devletlerin çifte ya da çok vatandaşlık olgusuna yaklaşımları özellikle 2000 yılından itibaren daha toleranslı bir hale gelmeye başlamışsa da<sup>135</sup> bu tolerans, bir devletin vatandaşının başka bir devlet vatandaşlığını eşzamanlı olarak kazanabilmesini kabul noktasındadır. Yoksa devletler, telsik yoluyla vatandaşlık bahşederken başta ikamet süresi, dil seviyesi, toplumsal uyum olmak üzere birçok şartı aramaya devam etmektedir.

Dolayısıyla, küreselleşmenin de etkisiyle birden çok vatandaşlık durumlarının artması, devletlerin, aralarında herhangi bir bağ bulunmasa da kişilere vatandaşlık bahsettikleri, neticede de etkili vatandaşlık ilkesinin etkisinin zayıfladığı anlamına gelmemektedir. Tam tersine, yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarıyla birlikte etkili vatandaşlık ilkesinin öneminin yeniden tartışılmaya başlandığı görülmektedir. Örneğin, AB Komisyonunun Malta aleyhine AB Adalet Divanında açtığı ihlal davası, gerçek bir bağ aranmaksızın sadece önceden belirlenmiş ödemelerin ya da yatırımların yapılmasına istinaden vatandaşlık bahşedilmemesi gerektiği, zira AB vatandaşlığının satılık olmadığı vurgusunu içermektedir<sup>136</sup>.

Daha önce de ifade edildiği üzere, telsik yoluyla bir yabancıya vatandaşlık verilmesini milletlerarası hukuk kabul etmektedir. Bu kabulün altında yatan sebep ise aslında, yabancının ilgili devlet ile doğuştan sahip olmadığı bağın sonradan kurulması durumunda bu bağa hukukî etki tanınmasıdır. Nitekim devletlerin de genellikle bu doğrultuda düzenlemeler yaptıkları ve kişi ile devlet ve o devletin toplumu arasında yeterli fiilî bağın kurulduğunu gösteren başta uzun süreli ikamet olmak üzere belli unsurların varlığı durumunda vatandaşlık verdikleri görülmektedir. Ayrıca bazı devletler, bilim, ekonomi, sanat veya spor gibi alanlarda olağanüstü başarılarla sahip yabancılara ülke menfaatleri doğrultusunda istisnai olarak vatandaşlık verebilmektedir. Ancak, olağan telsikin istisnasını teşkil eden bu yolun, hiç şüphesiz, niteliğine uygun bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Örneğin, 2018 yılında Avusturya'da bu kapsamda sadece 10 kişi vatandaşlığa kabul edilmiştir<sup>137</sup>. Ülkemizde ise 2017 yılında 269 yabancı istisnai yoldan vatandaşlığa alınmıştır<sup>138</sup>.

Yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamaları ise istisnai telsikin kapsamının amacını aşan bir şekilde genişlemesine yol açmaktadır. Örneğin, 2019 yılında Türk Vatandaşlığı

135 Maarten Vink, Arjan H Schakel, Davida Reichel, Ngo Chun Luk and Gerard-Réne de Groot, 'The International Dissusion of Expatriate Dual Citizenship' (2019) 7(3) Migration Studies 362, 363-364.

136 'Investor Citizenship Scheme: Commission Refers MALTA to the Court of Justice' (*The European Commission Press Release*, 29 September 2022) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_5422](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_5422)> accessed 08.12.2022.

137 Stiller (n 101) 57.

138 Şit Köşgeroğlu (n 81) 178. Bu rakama, 28.07.2016 tarihinde TVK m. 12'ye (b) bendinin eklenmesi ile yürürlüğe giren yatırım yoluyla vatandaşlık uygulaması kapsamında vatandaşlık kazananlar dâhil değildir.

Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 20/2/b kapsamında taşınmaz satın alan 5.196 adet yabancıya Türk vatandaşlığını kazanabilmeleri için uygunluk belgesi verilmiştir<sup>139</sup>. Söz konusu belgeyi, sırasıyla en çok, İran, Irak, Afganistan, Yemen ve Filistin vatandaşları almıştır<sup>140</sup>. Avrupa Parlamentosu Araştırma Servisinin yatırım yoluyla vize ve vatandaşlık uygulamaları hakkında hazırladığı 2021 tarihli raporunda da Türkiye’de yatırım yoluyla vatandaşlık programı kapsamında 2020 yılında ayda ortalama 1.000 kişiye vatandaşlık verildiği<sup>141</sup> ve bu kapsamda verilen Türk vatandaşlığı sayısının tüm dünyada yatırım yoluyla kazanılan vatandaşlık sayısının yarısını oluşturduğu tespit edilmiştir<sup>142</sup>.

Anayasamızın 66. maddesinin birinci fıkrasına göre Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür. Söz konusu hükmün öngördüğü eşitlik ilkesi neticesinde, aslen vatandaş olanlar ile sonradan vatandaşlık kazananlar arasında vatandaşlık statüsü açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu kabulün altında yatan sebep, hiç şüphesiz ki sonradan Türk vatandaşlığını kazananların doğum yolu ile vatandaşlık kazananlar kadar Türk Devletine bağlı ve Türk toplumuna uyum sağladığı varsayımdır. Ancak, yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamasında “milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak” dışında herhangi bir şart aranmaması doğrultusundaki yaklaşımın, Anayasa ile öngörülen bu varsayımı karşılamaktan çok uzak olduğu aşikârdır.

Sonuç olarak, mahfuz yetkiye dayanılarak sadece belli tutarlar karşılığında vatandaşlık verilmesi, devlet ile hukukî bir bağ kurulmasını sağlasa da söz konusu bağın genel devlet teorisi çerçevesinde vatandaşlık kavramını tam olarak karşılamadığı ve milletlerarası hukuk açısından da sorun yaratma potansiyeline sahip olduğu değerlendirilmektedir. Bu anlamda, sonradan kazanma hallerinde etkili vatandaşlık ilkesinin her zaman gözetilmesi gerektiği, ancak çok istisnai durumlarda bu ilkenin geri planda kalmasının kabul edilebileceği düşünülmektedir. Aksi takdirde hem teorik olarak devletin insan unsuru ve devlet fikri zarar görecektir hem de fiiliyatta herhangi bir bağlantı aranmaksızın belli tutarlar karşılığı vatandaşlık verilmesi, doğumla vatandaş olanlar ile yeterli bağlantıların tesisi sonucu sonradan vatandaş olanlar açısından eşitsizlik yaratacaktır. Zira ülkede bulunması bile gerekmeksizin belli tutarlarda taşınmaz edinmek, mevduat yatırmak ya da devlet borçlanma aracı satın almak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanan bir yabancı, sadakat bağı tesis edilmeksizin devletin koruması altına girecek ve Anayasada sadece Türk vatandaşlarına tanınmış

139 Fidan Elçi, ‘Türk Vatandaşlığının Taşınmaz Edinimi Yoluyla Kazanılmasının Sayısal Veriler Çerçevesinde Analizi’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Amme İdaresi Anabilim Dalı 2020) 67.

140 ibid 71.

141 Meenakshi Fernandes, Cecilia Navarra, David de Groot and María García Muñoz, ‘Avenues for EU Action on Citizenship and Residence by Investment Schemes’ *European Parliamentary Research Service Study* (2021) 10 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694217/EPRS\\_STU\(2021\)694217\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694217/EPRS_STU(2021)694217_EN.pdf)> accessed 12.12.2022.

142 ibid 49.

haklardan yararlanabilecektir<sup>143</sup>. Dolayısıyla, doktrinde haklı olarak ileri sürülen diğer tüm eleştiriler ve sakıncalar da göz önüne alındığında, parasal gereklilikler dışında hiçbir koşulu bulunmayan yatırım yoluyla vatandaşlık uygulaması yerine yatırım vizesi uygulamasının tercih edilmesi, sonrasında ise özellikle belirli bir süre ikamet başta olmak üzere yabancının topluma uyum sağladığını gösterir şartların gerçekleşmesi durumunda vatandaşlık verilmesi yoluna gidilmesi gerektiği düşünülmektedir<sup>144</sup>. Ayrıca, yapılan ekonomik katkının nitelik ve niceliğine göre Türkiye'ye olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen yabancıların TVK m. 12/1/a kapsamında istisnai yoldan vatandaşlık kazanmaları da mümkündür.

### Sonuç

Yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarının küçük ada devletlerinden Avrupa'ya da sıçraması, genel devlet teorisi çerçevesinde vatandaşlık bağının özü, söz konusu uygulamaların milletlerarası hukuk bağlamında yaratabileceği sorunlar ve dolayısıyla devletlerin bu alandaki mahfuz yetkilerinin sınırları hakkında düşünmeyi zorunlu hale getirmiştir. Her ne kadar ülkeler arasında iletişim, ulaşım ve ticaret ağlarının yaygınlaşması sonucunda devletler, toplumlar, insanlar, kültürler, ekonomiler ve hatta hukuklar arasındaki karşılıklı etkileşim artmış ve göç hareketleri yoğunlaşmışsa da devlet-vatandaş ilişkisinin özü aynı kalmıştır. Vatandaşlık, en yalın haliyle, bir devlete aidiyeti ifade etmektedir. Dolayısıyla, her devletin kendine ait olanı belirleme yetkisi vardır. Ancak, bu yetki sınırsız değildir ve milletlerarası sözleşmeler ve milletlerarası teamül ile vatandaşlıkla ilgili genel hukuk ilkelerine uygun bir şekilde kullanılmayan yetki doğrultusunda bahsedilen bir vatandaşlığın diğer devletler ya da milletlerarası mahkemelerce kabul edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Vatandaşlığın doğumla kazanılmasında kullanılan soy bağı ve doğum yeri esaslarının milletlerarası hukuka uygunluğu konusunda herhangi bir tereddüt mevcut değildir. Vatandaşlığın sonradan kazanılmasında ise bir yabancının doğumla sahip olmadığı bağların sonradan kurulup kurulmadığı önem arz etmektedir. Bu bağlamda, istisnai haller dışında, kişi ile devlet arasında doğumdan sonra oluşan fiili bağlara dayanmadan bahsedilen bir vatandaşlık statüsü, milletlerarası hukukta söz konusu vatandaşlığa etki tanınmaması sonucunu doğurabilecektir. Zira mahfuz yetkinin bu şekilde

143 Bu bağlamda, örneğin, Türkiye'de hiç bulunmamış ve Türkçe bilmeyen bir yabancı ile eşi TVK m. 12/1/b kapsamında vatandaşlık kazandıklarında Anayasa m. 67 çerçevesinde seçme, seçilme ve halkoylamasına katılma hakkına sahip olacaklardır. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 6. maddesine göre on sekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halk oylamasına katılma hakkına sahiptir. Yine Anayasanın 76. maddesine göre on sekiz yaşını doldurmuş, ilkököl mezunu ve belli suçlardan hüküm giymemiş Türk vatandaşları milletvekili; Anayasanın 101. maddesine göre ise kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış ve milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları cumhurbaşkanı seçilebilmektedir. Dolayısıyla, yatırım yoluyla Türk vatandaşlığını kazananların halk oylaması ile cumhurbaşkanı ve milletvekili genel seçimlerinde oy kullanmalarının; milletvekili, hatta cumhurbaşkanı seçilmelerinin önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca bkz. Erdal Onar and Bilgin Tiryakioğlu, '1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi (Merve Safa Kavakçı Olayı)' in TBB Yayın Kurulu (eds), *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı* (TBB Yayını 1999) 557,561-566.

144 Aynı doğrultuda bkz. Baran Çelik (n 81) 414; Gölcüklü (n 14) 140.

kullanımının, somut olayın özellikleri çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi mümkündür. Farklı açılardan birçok sakıncası bulunan ve bu anlamda çokça eleştirilen yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarında ülkeye aktarılacak maddi kaynak dışında herhangi bir şart öngörülmemesi, devlet ile vatandaşlık bahşettiği kişi arasında o devlete aidiyeti doğrulayacak hiçbir bağ bulunmaması anlamına gelmektedir. Bu durum ise devletin kurucu unsurlarından sayılan insan topluluğunu ifade eden vatandaşlık kavramını zedeleme ve devletler arasındaki ilişkilerin seyri çerçevesinde milletlerarası hukuk bağlamında devletin mahfuz yetkisini kullanımının tartışılmasına yol açma riskini bünyesinde barındırmaktadır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yaza 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

- Andriopoulou A, 'The "ius pecuniae": The Prize of Citizenship' *BRIDGE Network Working Paper 4* (2020) <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3633777](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3633777)> accessed 14.08.2022.
- Aybay R and Oral E, *Kamusal Uluslararası Hukuk* (1st edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016).
- Aybay R, Özbek N and Ersen Perçin G, *Vatandaşlık Hukuku* (1st edn, Siyasal Kitabevi 2019).
- Baran Çelik N, 'Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması' (2017) 130 TBB Dergisi 357-418.
- Bauböck R and Wallace Goodman S, 'Naturalisation' *EUDO Citizenship Policy Brief No 2* (2010) <[https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51625/RSCAS\\_EUDO\\_CIT\\_PB\\_2011\\_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51625/RSCAS_EUDO_CIT_PB_2011_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> accessed 04.09.2022.
- Berki OF, *Devletler Hususi Hukuku, Cilt: I "Taabiyet ve Yabancılar Hukuku"* (6th edn, Güzel Sanatlar Matbaası 1966).
- Bilge Ö, 'Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2020).
- Bingöl Schrijer B, 'Vatandaşlık Hakkının Kapsamı ve Egemenlik İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 22(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-265.
- Byers M, 'Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age' (2002) 47 McGill Law Journal 389-431.
- Çelik FE, 'Sonradan ve Yetkili Makam Kararıyla Türk Vatandaşı Olmanın Şartları (TVK m.11)' (2021) 157 TBB Dergisi 445-508.
- Demirkol B, 'Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde "Etkin Vatandaşlık" Sorunsalı' (2015) 2 GSÜHFD 159-193.
- Doehring K, *Genel Devlet Kuramı* (Ahmet Mumcu tr, 8th edn, İnkılap Kitabevi 2019).
- Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (18th edn, Savaş Yayınevi 2022).

- Dzankic J, 'Investment-Based Citizenship and Residence Programmes in the EU' *EUI Working Paper RSCAS 2015/08* (2015) <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2558064](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2558064)> accessed 07.09.2022.
- Elçi F, 'Türk Vatandaşlığının Taşınmaz Edinimi Yoluyla Kazanılmasının Sayısal Veriler Çerçevesinde Analizi' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Amme İdaresi Anabilim Dalı 2020).
- Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta Basım 2017).
- Erten R, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler' (2008) 66(4) Ankara Barosu Dergisi 36-61.
- Erten R, 'Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması' (2021) 70(4) AÜHFHD 899-932.
- Evran Topuzkanamış Ş, *Vatandaşlık Üstüne Bir Tez* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Fernandes M, Navarra C, de Groot D and García Muñoz M, 'Avenues for EU Action on Citizenship and Residence by Investment Schemes' *European Parliamentary Research Service Study* (2021) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694217/EPRS\\_STU\(2021\)694217\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694217/EPRS_STU(2021)694217_EN.pdf)> accessed 12.12.2022.
- Frey BS and Eichenberger R, *The New Democratic Federalism for Europe: Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions* (1st edn, Edward Elgar Publishing 2004).
- Garnier S, 'Citizenship by Investmet' (2020) 1(1) Harvard International Review 15-18.
- Göğler E, 'Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti' (1970) 27(3-4) AÜHFHD 173-192.
- Göğler E, *Türk Tabiiyet Hukuku* (4th edn, Sevinç Matbaası 1979).
- Göğler E, 'Çifte Vatandaşlık' (1995) 44(1-4) AÜHFHD 127-182.
- Gölcüklü İ, 'Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri' (2020) 40(1) PPIL 125-141.
- Gözler K, *Devletin Genel Teorisi* (10th edn, Ekin Yayınevi 2019).
- Güngör G, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi' (1997-1998) 17-18(1-2) MHB (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'un Anısına Armağan) 229-250.
- Güngör G, *Tabiiyet Hukuku* (10th edn, Yetkin Yayınları 2022).
- Güngören Bulgan B, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Kaya T, 'Dünyadaki Örnekler Işığında Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Uygulanmasına Eleştirel Bir Bakış' (2021) 12(1) İnönü Üniversitesi HFD 115-132.
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (30th edn, Filiz Kitabevi 2022).
- Onar E and Tiryakioğlu B, '1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi (Merve Safa Kavakçı Olayı)' in TBB Yayım Kurulu (eds), *Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı* (TBB Yayını 1999) 557-594.
- Özel S, 'Suriyeli Sığınmacıların Kitlesele Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi' (2017) 91(3) İstanbul Barosu Dergisi 14-31.
- Öztürk N, *Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2022).
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap* (15th edn, Turhan Kitabevi 2021).
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap* (12th edn, Turhan Kitabevi 2021).

- Seglow J, 'Arguments for Naturalisation' (2009) 57 Political Studies 788-804.
- Solimano A, 'Investment Migration, Economic Development and the UN Sustainable Development Goals' *Report of Investment Migration Council and International Centre for Globalisation and Development* (2020) <<https://investmentmigration.org/wp-content/uploads/2020/10/IMC-Report-Investment-Migration-Economic-Development-and-the-UN-Sustainable-Development-Goals-EBOOK.pdf>> accessed 24.12.2022.
- Stiller M, 'Pathways to Citizenship for Foreigners in Austria' *Report of International Organization for Migration and European Migration Network* (2019) <[https://www.emn.at/wp-content/uploads/2020/07/emn-national-report-2019\\_-citizenship.pdf](https://www.emn.at/wp-content/uploads/2020/07/emn-national-report-2019_-citizenship.pdf)> accessed 04.10.2022.
- Şit Köşgeroğlu B, 'İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması' (2017) 7(1) Hacettepe HFD 169-198.
- Tanasoca A, 'Citizenship for Sale – Neomedieval, not Just Neoliberal?' (2016) 57(1) European Journal of Sociology 169-195.
- Tanrıbilir FB, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri' (2008) 75 TBB Dergisi 27-62.
- Tiryakioğlu B, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı ile Kazanılması' in Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds) *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu* (Seçkin Yayıncılık 2008) 79-96.
- Unat İ, *Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi* (1st edn, Sevinç Matbaası 1966).
- UN International Law Commission, *First Report on Diplomatic Protection* (7 March 2000 by John R. Dugard) (ILC Report) 227 <[https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_506.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf)> accessed 02.08.2022.
- UN International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission 1970*, vol I (United Nations Publications 1971).
- Van Den Brink M, 'Revising Citizenship within the European Union: Is a Genuine Link Requirement the Way Forward?' (2022) 23(1) German Law Journal 171-196.
- Veteto J, 'The Alienability of Allegiance: An International Survey of Economic Citizenship Laws' (2014) 48(1) International Lawyer 79-103.
- Vink M, Schakel AH, Reichel D, Luk NC and de Groot GR, 'The International Dissusion of Expatriate Dual Citizenship' (2019) 7(3) Migration Studies 362-383.
- Yılmaz AÇ, 'Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu' (2018) 38(1) PPIL 191-216.
- Yılmaz İ, 'Gerçek Kişilerin Vatandaşlığından "Gerçek Bağlantı" İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu' (2021) 1 GSÜHFD 965-1011.







# Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 25.09.2022  
Revizyon Talebi: 23.11.2022  
Son Revizyon: 22.03.2023  
Kabul: 23.03.2023  
Online Yayın: 29.03.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Uluslararası Hukukta Ekonomik Yaptırımların Hukuka Uygunluğu ve Etkinliği Sorunu

### Questioning the Legality and Effectiveness of Economic Sanctions in International Law

Cenk Keskin \*

#### Öz

Bilindiği üzere uluslararası toplum yatay olarak organize olmuştur. Eşitler arasında düzenlenen ilişkilerde hiyerarşik bakımdan üstün bir kurum olmaması, kuralların ortak menfaatler doğrultusunda şekilleniyor olması bu hukuk düzenini klasik ulusal hukuk düzenlerinden ayırmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak uluslararası düzende karşılıklı menfaatlerin paralelliği oranında kurallara riayet etkin olarak sağlanmaktadır. Özellikle küreselleşmenin getirisi olarak karşılıklı bağımlılıkların artmasıyla iş birlikteliklerinde de bir yoğunlaşma gözlenmektedir. Milletlerarası hukuk kurallarının ihlali ise söz konusu devletin sorumluluğunu doğurmaktadır. Uyarılara rağmen ihlale devam eden, aykırı tutumunda ısrar eden devleti uluslararası hukuka uymaya zorlayan ferdi ya da kolektif yollar bulunmaktadır. Erga omnes yükümlükler temel alınarak uygulanan ekonomik yaptırımlar ve karşı önlemler, hukuka aykırı fiilden doğrudan zarar görmeyen üçüncü taraf devletlere, zarar gören devletle aynı hakları henüz tanımamaktadır. Ancak Ukrayna-Rusya savaşında yaşanan gelişmeler uluslararası hukuka özellikle ekonomik yaptırımlar bakımından yeni bir perspektif getirmektedir. Farklı yaptırımlar arasında gittikçe daha fazla rağbet gören ekonomik yaptırımlar kendi içinde zengin bir çeşitliliğe sahiptir. Bu çeşitlilik içinde bazı yaptırımlar zannedildiği kadar etkin olmadıkları gibi hukuki destekten de yoksundur. Geçmiş çok eskilere dayanan bazı ekonomik yaptırımların ise etkileri bakımından kuvvet kullanılmasından daha da vahim sonuçlar doğurduğu, doğrudan sorumluları değil suçuz geniş halk kitlelerini etkilediği tespit edilmektedir. Dolaylı yoldan sonuç hedeflemektense, doğrudan hukuka aykırı davranışın faillerine yönelik etkin ekonomik yaptırımlar ve bunların hukuki rejimi günümüz gelişmeleriyle yeniden şekillenmektedir.

#### Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk, Ekonomik Yaptırımlar, Uluslararası Sorumluluk, Kolektif Yaptırımlar, Karşı Tedbir, Uluslararası Barış ve Güvenlik, İnsancıl Hukuk, İnsan Hakları, Dünya Ticaret Örgütü

#### Abstract

The international community is organized horizontally. There is no hierarchically superior institution in the relations prescribed among equals, and rules are formed in the direction of common interests; thus, the legal order pertaining to the international community differs from classical municipal legal orders. Effective compliance with rules is ensured in proportion to the parallels of mutual interests in the international order. An increase has been observed in cooperation particularly with the increase of interdependencies due to globalization. Violating the rules of international law creates a responsibility for that state. Individual and collective means of enforcing a state to comply with international rules are observed to exist. However, despite any warning to comply with international law, some actors in this community continue to be in violation and insist on exhibiting illegal behaviors. Economic sanctions and countermeasures applied on the basis of erga omnes obligations do not yet grant the same rights as an injured state to third-party states that have not been directly harmed by an unlawful act. However, developments in the Russia-Ukraine war have brought forth a new perspective to international law. Economic sanctions have become increasingly popular as a form of sanction and within

\* **Sorumlu Yazar:** Cenk Keskin (Dr.), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ABD, İstanbul, Türkiye. E-posta: cenkkeskin@gmail.com ORCID: 0000-0002-9716-6845

**Atf:** Keskin C, "Uluslararası Hukukta Ekonomik Yaptırımların Hukuka Uygunluğu ve Etkinliği Sorunu" (2023) 43(1) PPII 139.  
<https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1.1179962>



themselves also possess a rich variety. Some of these diverse sanctions are not as effective as was assumed and also lack legal support. Some economic sanctions with a long prior history have been observed to result in harsher outcomes than the use of force based on their effects and to also affect a largely innocent population instead of the perpetrators of the violations. The legal regime of effective economic sanctions that directly aim for results is currently taking shape against the perpetrators of unlawful behavior.

**Keywords**

International Law, Economic Sanctions, International Responsibility, Collective Sanctions, Counter Measures, International Peace and Security, Humanitarian Law, Human Rights, World Trade Organization

**Extended Summary**

Despite its shortcomings, the United Nations (UN) constitutes the most important platform for the current functioning of international law. The efforts made to maintain peace internationally and to ensure common security are reflected in the preamble of the UN Charter. As one of the most important elements in maintaining international peace, when the system envisaged for preventing the use of force fails to be implemented as intended, the UN will then try to fulfill the same task under very different conditions. As a result of globalization, the intertwined economic relations and financial mechanism that keeps the wheels of trade turning can sometimes turn into a very dangerous weapon and drag nations into warlike conditions. The international legal norms that constitute the source of economic sanctions should be such that it is prevented from doing more harm than good.

While economic sanctions have been a highly preferred tool in international relations in recent years, they have become a point of heated discussion. Many states, especially Western ones, not only implement UN Security Council resolutions but also use unilateral sanction regimes to protect their national interests and at times international social order. In addition to states, which are the main subject of international law, regional and multilateral international organizations are also observed to attempt to achieve similar outcomes through economic sanctions. Economic sanctions are conceptually based on the UN collective system or the countermeasures under the law of international responsibility and have diverse applications these days.

Sanctions are generally defined as a threat to act in cases of non-compliance with the law, the realization of a threat when necessary, and the measures aimed at ensuring behavior in accordance with international law. Economic sanctions that are applied in this context aim to change the unlawful behavior of the target state using commercial and financial means. While the UN International Law Commission used sanctions as the term for joint measures taken by international organizations in its study on state responsibility, it also defined unilateral actions as acts that are contrary to international law and that States can implement against a harmful state as countermeasures. However, if the violated norm of international law is at the level of *jus cogens*, then an *erga omnes* aggravated responsibility will occur towards the whole of the international community; and if all states besides the injured state are expected

to give the right to employ common countermeasures, the practical importance of the distinction between sanctions and countermeasures will diminish.

Another important factor in terms of economic sanctions is the authority that imposes the sanction. In terms of international law, different criteria emerge depending on whether the sanction originates from the UN, an international organization, or a State. Some authors argue that third-party states may resort to countermeasures when the peremptory rules of international law are violated. This argument is based on Article 42 of the International Law Commission's (ILC) Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA). According to Article 43, a state may invoke the responsibility of another state in cases where the breached obligation is owed directly to that state, to a group of which the state is a member, or to the international community. Similarly, Article 48 states that a State other than the directly injured State may invoke the responsibility of the infringing State if the breach occurs against a group of States, including the requesting State, or against the international community as a whole. The main difference between the two rules is that one emphasizes the obligation, while the other emphasizes the damage. Although some authors rightly argue that reading this article alongside Article 54 does not allow sanctions against international law while still allowing retaliation; however, practices show that international law is shaped in the opposite direction. Meanwhile, because autonomous economic sanctions originate from municipal law, their compliance with international law will be contested, especially in terms of their application in cases abroad. Similarly, non-intervention in internal affairs, humanitarian law, human rights law, international trade law, international investment law, and the rules of the World Trade Organization (WTO) in particular exist as legal boundaries that must be taken into account.

The effectiveness of economic sanctions, the legal basis of which is dubious in terms of current positive law, is another matter of discussion. The aim of sanctions is to ensure compliance with the rules of international law. Extensive sanctions such as export, import, and investment restrictions targeting entire economies are being replaced with point-based, guided sanctions that are assumed to be smart. However, this does not mean that extensive sanctions such as trade embargoes have been abandoned. Economic and financial sanctions are currently used together to provide the maximum benefit, with the results being analyzed in short intervals with the help of technology and the sanctions regime being modified accordingly rather than leaving the economic sanctions to their own fate once they have been decided and not inspecting their implementation, which occurs as one of the main reasons for their failure.

When examining the recent economic sanctions against Russia, democratizing the country appears impossible, and pressure is put on Russian policymakers by targeting the decline in people's purchasing power through wide-ranging economic sanctions and

restrictions on accessing foreign currency assets in banks, thus causing an economic bottleneck in their daily life. Trying to block key sectors of Russia with targeted sanctions in order to prevent Russia from financing a long-term war does not seem very likely, nor are these sanctions effective in pressuring a change in policy. On a psychological level, pressure has been exerted on the Russian government by making the Russian people feel guilty, similar to what was done in Germany after World War II, and also by announcing the drama in Ukraine to the global public, especially on social media. However, to say that such propaganda has had a negative impact on national public opinion would be inaccurate, as the Russian government exercises tight control upon its media.

In principle, International Law is known to support the protection of fundamental rights. Texts such as the Universal Declaration of Human Rights and the European Convention on Human Rights have always aimed to raise this level of protection. However, recent practices have revealed the harmful individual effects of economic unilateral sanctions while the people of the whole country are able to escape legal scrutiny. When considering the frequency with which digitalization and artificial intelligence are used in daily life, more intense efforts should be made to use these opportunities to increase the impact of economic sanctions while reducing the illegal and undesired impacts in terms of Human Rights Law, Humanitarian Law, and international trade, as well as International Law of course. A divisive picture of the world has emerged as a result of the Russian people having been harmed by the implemented measures, in addition to the states and individuals that do business with Russia. The policies pursued with vengeful outlooks indicate that a difficult process is expected in the world economy, which has yet to have healed from the wounds of the COVID-19 pandemic.

## Giriş

Noksanlıklarına rağmen Birleşmiş Milletler (BM) uluslararası hukukun işleyişi için günümüzdeki en önemli mekanizmayı oluşturmaktadır. Enternasyonal boyutta barış ortamının sürdürülebilmesi ve ortak güvenliğin sağlanabilmesi için sarf edilen çabalar BM Şartı'nın giriş bölümünde “*Biz Birleşmiş Milletler halkları: Bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş, felaketinden gelecek kuşakları korumaya, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilan etmeye, adaletin korunması ve andlaşmadan doğan yükümlülüklerle saygı gösterilmesi için gerekli koşulları yaratmaya ve daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi yaşama koşulları sağlamaya, sosyal bakımdan ilerlemeyi kolaylaştırmaya ve bu ereklere ulaşmak için: Hoşgörüyle davranmaya ve iyi komşuluk anlayışı içinde birbirimizle barışık yaşamaya, uluslararası barışı ve güvenliği korumak için güçlerimizi birleştirmeye, ortak yarar dışında silahlı kuvvet kullanılmamasını sağlayacak ilkeleri kabul etmeye ve yöntemleri benimsemeye, tüm halkların ekonomik ve sosyal bakımdan ilerlemesini kolaylaştırmak için uluslararası kurumlardan yararlanmaya, istekli olarak, bu amaçları gerçekleştirmek için çaba harcamaya karar verdik.*”<sup>1</sup> diyerek kurucu üyeler kuruluş amacının ardındaki his ve anlamı açıkça ifade etmişlerdir. Bu metin BM Şartı yorumlanırken dikkate alınması gereken en önemli kıstaslardan birisidir. Devletlerin varoluş nedeni insana hizmet iken bunu tersine çeviren, milletlerin fakrizaruret içinde sefaletle sürüklenip, insan onurundan uzak, tekamüllerini imkânsız kılacak şartlar altında yaşamak mecburiyetinde kalmaları ve hatta yaşam haklarının ellerinden alınmasına neden olan herhangi bir tutum veya davranış uluslararası hukukça himaye görmeyecektir. Kuvvet kullanma yasağı kuralının uygulanması için öngörülen sistem hayata geçirilemeyince BM bugün çok daha farklı koşullar altında aynı görevi ifa etmek için çaba sarf etmektedir. Küreselleşmenin bir neticesi olarak iç içe geçen ekonomik ilişkiler ve ticaret çarkının dönmesini sağlayan finansal mekanizma kimi zaman çok tehlikeli bir silaha dönüşebilmekte, bir milleti savaş şartlarını aratmayacak koşullara sürükleyebilmektedir. Bu açıdan ekonomik yaptırımlara kaynak teşkil eden uluslararası hukuk normları, yukarıda bahsi geçen BM amaçlarına aykırı sonuçlar yaratan bir yöntem içermeyecek nitelikte olmalıdır. Örneğin kimi zaman insan hakları normlarını uygulamak için öngörülen yaptırımların insan hakları ve insancıl hukuku baltalaması açık bir paradokstur.

Son zamanlarda sıkça başvurulanan ekonomik yaptırımları incelediğimiz çalışmamızda söz konusu yaptırımların dayandırıldığı hukuki rejimleri, bireyler üzerindeki sosyoekonomik etkilerini, insan hakları başta olmak üzere çeşitli açılardan etkilerini değerlendirdikten sonra gündemdeki son gelişmeler ışığında Rusya devletine ve vatandaşlarına uygulanan yaptırımları somut olarak mercek altına alacağız.

1 Birleşmiş Milletler Andlaşması 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco’da imzalanmış ve 110. maddeye uygun olarak 24 Ekim 1945’de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Antlaşmayı Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü’yle birlikte 15 Ağustos 1945’te onaylamıştır. RG 24.08.1945/6902.

## I. Uluslararası Ekonomik Yaptırımların Hukuki Rejimi

Son yıllarda uluslararası ilişkilerde sıklıkla tercih edilen bir vasıta haline gelmiş olan ekonomik yaptırımlar çokça tartışılmaktadır. Başta Batılı devletler olmak üzere pek çok devlet, bu tür yaptırımları yalnızca Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (“Güvenlik Konseyi”) kararlarını uygulamak amacıyla değil, çoğunlukla tek taraflı olarak ulusal çıkarlarını, kimi zaman da uluslararası toplum düzenini korumak amacıyla uygulamaktadır. Uluslararası hukukun asli süjesi olan devletlerin yanı sıra bölgesel ya da çok taraflı uluslararası örgütlerin de ekonomik yaptırımlar aracılığıyla aynı doğrultuda netice almaya çalıştığı tespit edilmektedir. Temelini BM Şartı’nın uluslararası barış ve güvenliği korumaya ilişkin maddelerinden, ya da uluslararası sorumluluk hukukunun karşı tedbir rejiminden alan yaptırım kavramını ve uygulamasını bu kapsamda incelemek günümüz gelişmelerine ışık tutacaktır.

### A. Tanım ve *Modus Operandi*

Yaptırım kavramı genel olarak hukuka uymama hallerinde bu duruma karşılık olarak bir zorlayıcı davranışta bulunma tehdidi veya gerektiğinde tehdidin gerçekleştirilmesi suretiyle uluslararası hukuka uygun davranışı sağlama amacı taşıyan tedbirler olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası alanda ilk örneklerine Antik Yunan’da rastladığımız tedbirler farklı şekil ve içerikte hep var olmuşlardır. Günümüz uluslararası hukuku üstüne düşen mükellefiyeti yerine getirmeyen devleti uluslararası hukuka uygun davranmaya zorlamak üzere diğer devletlere çeşitli haklar tanımaktadır. Bunlar aynı konudaki karşı yükümünü yerine getirmemek (mukabele etme) olabileceği gibi, söz konusu devlete karşı uluslararası hukuka uygun tedbirler uygulamaya ya da normalde uluslararası hukuka aykırı sayılabilecek tedbirlere başvurmak (misilleme) şeklinde olabilmektedir. Bu kapsamda başvuru ekonomik yaptırımlar hedef devletin hukuka aykırı davranışını ticari ve finansal vasıtalar kullanılarak değiştirmeyi hedeflemektedir<sup>2</sup>.

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) devletlerin sorumluluğu konusunda yaptığı çalışmada uluslararası örgütlerce alınan ortak tedbirler için yaptırım<sup>3</sup> terimini kullanmışken, uluslararası hukuka aykırı bir eylemiyle zarar veren devlete karşı uygulanabilecek tek taraflı eylemleri karşı tedbir (*countermeasures*) olarak tanımlamıştır<sup>4</sup>. Böylece devletler ile uluslararası örgütler bakımından bir nüans ortaya konmuştur<sup>5</sup>. Bu bağlamda karşı tedbirler devletlerin kendileri ile ilgili bir uluslararası

2 Craig Martin, ‘Economic sanctions under international law: A Guide for Canadian Policy’, *Rideau Institute on International Affairs and the Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa Research Report* (2021) <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3973142](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3973142)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022

3 Öğretide kimi yazarlar zorlayıcı tedbirler ile yaptırımlar için aynı terimi kullanmaktadır.

4 ILC, ‘Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session’ (2001) 2(2) YILC, arts 48 and 54, 31.

5 Tom Ruys, ‘Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concept and International Legal Framework’ in Larissa van den Herik (ed), *Research Handbook on UN Sanction and International Law* (Elgar 2017) 19; Richard Gordon, Michael Smyth and Tom Cornell, *Sanctions Law* (Hart 2018) 57; Malcolm Shaw, *International Law* (6th edn, Cambridge 2008) 1128.

hukuk ihlaline tepki verme haklarına dayanmakta, ihlalin failine karşı yöneltilmesi, orantılılık, geçicilik gibi sıkı şartlara tabi tutulmaktadır. Oysa uluslararası toplumu temsil eden bir örgütün benzer durumlarda uygulayabileceği tedbirler devletlerin kendi aralarında uyguladıkları tedbirlerin çok ötesine geçebilmektedir. Kolektif tedbirlere karar verilirken öncelikle kuruluş antlaşmalarında verilmiş olan yetkiye dayanarak, örgütün yetkili organlarının uluslararası hukukun ihlalini ve bu durumu ortadan kaldırılmak için hukuka uygun tedbirleri tespitindeki nesnellığın ve otokontrol mekanizmalarının varlığı bu durumun gerekçesini oluşturmaktadır.

Komisyon'un çalışmasında uluslararası hukukun ihlal edilen normunun *jus cogens* mertebesinde olması halinde uluslararası toplumun bütününe karşı *erga omnes* ağırlaştırılmış sorumluluk<sup>6</sup> söz konusu olacağı öngörülmüştür. Bu gibi hallerde zarar gören devletin yanında bütün devletlere ortak karşı tedbire başvurma hakkı tanındığının kabul edilmesi durumunda yaptırımlar ile karşı tedbirler arasındaki ayrımının pratik önemi azalacaktır<sup>7</sup>. Yine de devletlerin başına buyruk hareket etmelerinin barışı tehdit etme ihtimali, tüm uluslararası topluma karşı yükümlülük ihlali halinde alınacak tedbirlerin uluslararası örgütlerdekine oranla daha kısıtlı tutulması yerinde olacaktır<sup>8</sup>.

Yukarıda tanımlamaya çalıştığımız yaptırımlar ferdi ya da kolektif olabilmektedir. Devletler yaptırımlar yoluyla uluslararası hukuk bakımından düzeni sağlamak, ihtilafları barışçıl yollarla çözmek gayretindedir. Farklı yaptırımlar arasında gittikçe daha fazla rağbet gören ekonomik yaptırımlar ise kendi içinde zengin bir çeşitliliğe sahiptir.

## B. Ekonomik Yaptırımların Çeşitleri

Ekonomik yaptırımlar; ithalat, ihracat kısıtlamaları başta olmak üzere ticari nitelikli ve mevcut yatırımların ülkeden çıkışını ya da yeni yatırımların kesilmesine veya finansal piyasalara erişimini önlemeye yönelik finansal nitelikte olabileceği gibi; yaptırıma konu devletin elitlerinin malvarlıklarının dondurulması, seyahat etmelerinin yasaklanması gibi doğrudan tüzel ya da gerçek kişileri hedef alabilen akıllı yaptırımlardan da oluşabilmektedir. Bu sayılanlara ilave olarak son zamanlarda bilgi akışının kesilmesini öngören tedbirlerin de alındığını gözlemlemekteyiz.

Niteliksel olarak farklılıklar taşıyan ekonomik yaptırımlar açısından bir diğer önemli faktör ise yaptırımı uygulayan mercidir. Uluslararası hukuk bakımından yaptırımın BM, bir uluslararası örgüt ya da devlet kaynaklı olmasına istinaden farklı kriterler ortaya

6 Ağırlaştırılmış sorumluluk kavramı için bkz Antonio Cassese, *International Law* (2nd edn, OUP 2005) 272; Ceren Zeynep Pirim, 'Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme' (2012) 32(2) MHB 146, 182.

7 Antonios Tzanakopoulos, 'The Right to Be Free from Economic Coercion', *Oxford Legal Studies Research Paper* (41/2015) 13-4.

8 Galip Engin Şimşek, 'Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi' (2020) 78(4) İHM 2049, 2049 <<https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.4.0011>> Erişim Tarihi 23 Mart 2023.

çıkmaktadır. Uluslararası hukukta örgütlerin uygulayabileceği yaptırımlar ile devletin kendileri aleyhine ortaya çıkan bir hukuki ihlal halinde başvurabileceği karşı tedbirlerin birbirinden ayrıldığını yukarıda izah etmeye çalışmıştık. Bu durumda kaynaklarına göre ekonomik yaptırımları kısaca incelemekte fayda olduğu kanaatindeyiz.

## 1. BM Kaynaklı Ekonomik Yaptırımlar

Bilindiği üzere BM Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler sisteminin barış ve güvenlikten sorumlu organıdır. BM Şartı'nın 24. maddesi, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında birincil sorumluluğun Güvenlik Konseyi'ne ait olduğunu belirtmektedir. Şart'ın 25. maddesi ise tüm üye devletlere Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama yükümlülüğünü getirmektedir. Dahası BM'ye taraf devletler, Şart'ın 103. maddesi gereği BM kapsamındaki yükümlülüklerinin taraf oldukları ya da olacakları diğer herhangi bir andlaşma kapsamındaki yükümlülüklerin üstünde olduğunu kabul etmektedirler. Güvenlik Konseyi'nin, Şart'ın 39. maddesinde ifade edilen temel işlevlerinden biri, “barışa yönelik herhangi bir tehdidin, barışın ihlalinin veya saldırı eyleminin varlığını belirlemek”, “uluslararası barış ve güvenliği korumak veya yeniden tesis etmek için 41 ve 42. maddeler uyarınca hangi tedbirlerin alınacağına karar vermek”tir<sup>9</sup>. Bu çerçevede Güvenlik Konseyi barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu tespit ettiği devletlere karşı güç kullanma kararı vermeden önce tehdiye yönelik başkaca önlemler de alabilecektir.<sup>10</sup>

Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi, bir devlet politikasının uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu belirleme, söz konusu devlet politikasını veya davranışını değiştirmeye çağıran kararlar alma ve tüm üye devletleri hedef devleti Güvenlik Konseyi'nin kararına uymaya zorlamak için çeşitli ekonomik yaptırımlar alma yetkisini haizdir. Görünüşte yaptırım uygulama yetkisi, 39. madde uyarınca uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdidin belirlenmesine bağlıdır. Bu açıdan BM Güvenlik Konseyi: (i) uyuşmazlıkların çözümü; (ii) çatışmanın yayılmasının önlenmesi; (iii) terörle mücadele; (iv) demokratikleşme ve (v) sivillerin korunması gibi konuların barışı tehdit edebileceği gerekçesiyle karar alabilmektedir<sup>11</sup>. Örneğin, 2014 yılında Ebola salgınının uluslararası barış ve güvenliğe potansiyel bir tehdit oluşturduğunu belirlenmiştir<sup>12</sup>. Bu durum 39. madde kapsamının şartlara göre genişlemekte olduğunu göstermektedir.

9 Andreas Lowenfeld, *International Economic Law* (OUP 2002) 702ff.

10 Güvenlik Konseyi, 41. maddede öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir.

11 ‘UN Sanctions’ (*Security Council Report*, 25 November 2013) <<https://www.securitycouncilreport.org/research-reports/un-sanctions.php>> Erişim Tarihi 8 Ağustos 2022.

12 UNSC Res 2177 (18 Sep 2014) UN Doc S/RES/2177.



Yaptırımların uygulanmasını tetikleyebilecek nedenlerin kapsamı genişlerken, yaptırım türlerinin kendilerinde de değişiklikler olmuştur. 1966 senesinde Rodezya’ya uygulanan ilk zorunlu ekonomik yaptırımlardan bu yana Güvenlik Konseyi’nin yaptırımları geniş ticari ambargolardan, doğrudan bireyleri hedef alan “akıllı” ya da “güdümlü” yaptırımlara evrilmiştir<sup>13</sup>. Bu değişim bir devlete yönelik ekonomik yaptırımların, hedef alınan ülkelerdeki sivil nüfusa haksız ve ağır zararlara neden olmasından kaynaklanmıştır. Gerçekten de yaptırımların amacı, hükümetlerin uluslararası hukuka uygun davranmalarını sağlamak olduğu halde aynı yaptırımlar dolaylı olarak hedef ülkedeki kişilerin insan haklarının kötüleşmesine vesile olmaktadır.

BM Güvenlik Konseyi, El Kaide’nin Tanzanya ve Kenya’daki Amerikan büyükelçiliklerine yönelik saldırılarına yanıt olarak 1999 senesinde terörle mücadelede yeni bir yaptırım türünü uygulamaya sokmuştur. Güvenlik Konseyi’nin 1267 sayılı Kararı ile kurulan bir yaptırım rejimiyle, Taliban’ın mali varlıkları ve finansal işlemleri özel olarak hedeflenmiştir. Bu tarz yaptırımlar, 2000 yılında Usame bin Ladin’in ve kendisiyle bağlantılı kişilerin mali durumunu hedef alacak şekilde genişletilmiştir<sup>14</sup>. Bu tarz ekonomik yaptırımlar bireyleri ve belirli kurumları hedef alan bir sistemin başlangıcını oluşturmuştur. 2002 yılında BM yaptırımlarının hedefindeki kişilerin sıralandığı “Konsolide Listenin” oluşturulmasıyla sistem daha da geliştirilmiştir<sup>15</sup>. Ancak aşağıda tartışılacağı üzere bu listeye alınan kişilerin belirlenmesi ve listeden çıkartılması ile ilgili olarak sürecin belirsizliği ve etkin bir denetime tabi olmamaları bu tür “akıllı yaptırımların” en çok eleştirilen yanlarından birini oluşturmaktadır. Günümüzde BM yaptırımları hükümet içinde görev alan bireylere yönelik “akıllı” yaptırımlar, hedef devletle ticaret yapan kuruluşlara yönelik ikincil yaptırımlarla birleştirilerek kapsamlı yaptırım rejimleri şeklinde uygulanmaktadır<sup>16</sup>.

BM Güvenlik Konseyi tarafından öngörülen ekonomik yaptırımların uluslararası hukuka aykırı olduğu iddia edilmiştir. Bu itirazlar Güvenlik Konseyi’nin yetkisini aştığı, yaptırımların *jus cogens/erga omnes* normlarla tutarsız hatta aykırı olduğu ve yaptırımların karşı önlemlere ilişkin devletin sorumluluğu kurallarıyla uyumlu olmadığı iddialarına dayanmaktadır.

13 Güvenlik Konseyi’nin yaptırımları için bkz UN Security Council (UNSC), ‘Sanctions’ <<https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/information>> Erişim Tarihi 19 Ağustos 2022.

14 UNSC Res 1267 (15 Oct 1999) UN Doc S/RES/1267; UNSC Res 1333 (19 Dec 2000) UN Doc S/RES/1333.

15 UNSC Res 1390 (16 Jan 2002) UN Doc S/RES/1390.

16 Bu tür yaptırım rejimine örnek olarak Kuzey Kore’ye karşı alınmış olan 1718 sayılı Güvenlik Konseyi Kararını verebiliriz. UNSC Res 1718 (14 Oct 2006) UN Doc S/RES/1718.

## 2. Bölgesel Uluslararası Örgüt Kaynaklı Ekonomik Yaptırımlar

BM dışında diğer uluslararası örgütler de yetkilendirildikleri alanda bağlı oldukları bir kuralın ihlalden doğrudan zarar gördükleri gerekçesiyle veya *jus cogens/erga omnes* nitelikteki kuralların ihlali iddiasıyla sorumlu devlet aleyhine ortak karşı tedbir niteliğinde yaptırım kararı alabilmektedirler. Genelde yukarıda tartışılan BM yaptırımlarına benzer ve çoğunlukla bu Örgütün yaptırımlarını uygulamak, tamamlamak için özellikle Avrupa, Amerika ve Afrika'da bölgesel ve alt-bölgesel kuruluşlar tarafından uygulanan yaptırımlar geçtiğimiz son birkaç senede çoğalmıştır<sup>17</sup>. Ancak bölgesel örgütler tarafından izin verilen veya uygulanan yaptırımlar, BM yaptırım rejimlerinin meşruluğunun dayanağı olan BM Şartı'ndaki esas ve usul kurallarınca alınmadıkları için hem hukuka uygunlukları hem de meşruiyetleri tartışmaya konu olabilmektedir.

### a. Avrupa Birliği (AB)

Başlıca bölgesel örgütlerin yaptırım rejimlerini çok kısa olarak incelemek gerekirse buna Avrupa Birliği'nden başlamak yerinde olacaktır. Zira ekonomik yaptırımlar bağlamında açık ara en aktif uluslararası yapı AB'dir. Avrupa Birliği Dış İlişkiler Servisi<sup>18</sup> (ABDİS) tarafından uygulanan Ortak Dış ve Güvenlik Politikasının (ODGP) bir bileşeni olarak ortaya konan bu yaptırım politikası, AB'nin dış politika hedefleri olan AB ortak değerleri ve güvenliği; demokrasi, hukukun üstünlüğünü, insan hakları ve uluslararası hukuk ilkelerini desteklemek ve barışı korumak, çatışmaları önlemek ile uluslararası güvenliği güçlendirmek için bir araçtır.<sup>19</sup> Lizbon Andlaşması<sup>20</sup> 2009'da yürürlüğe girdiğinden beri AB çok çeşitli yaptırımları uygulama yetkisini haizdir.

AB ekonomik yaptırımları, BM sisteminde kararlaştırılan yaptırımları AB hukuk düzenine geçirmek üzere yapılan düzenlemeler ile AB'nin "özerk yaptırımlar" olarak kabul edilen AB hedeflerine ulaşmak için alınan tedbirleri olarak ikiye ayrılır. Her iki düzenleme de AB hukuku bakımından aynı hukuki temele dayanmaktadır. Söz konusu düzenlemeler ODGP bağlamında karara bağlandıktan sonra tüzük ya da yönerge formunda üye devletlerin iç hukuklarında etki doğurmaktadırlar. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus bu düzenlemelerin tüzüklerle yapılması halinde dahi

17 BM Yaptırım Arka Plan Raporu'na göre, bu tür yaptırımlar veya kısıtlayıcı tedbirler AB tarafından 48 durumda, Afrika Birliği tarafından ise 11 durumda uygulanmıştır. Aleksandra Kirilakha, Gabriel Felbermayr, Constantinos Syropoulos, Erdal Yalcin and Yoto Yotov, 'The Global Sanctions Data Base: An Update that Includes the Years of the Trump Presidency' (2021) 10 *School of Economics Working Paper Series LeBow College of Business*, Drexel University <[https://ideas.repec.org/p/ris/drxlwp/2021\\_010.html](https://ideas.repec.org/p/ris/drxlwp/2021_010.html)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

18 Ayrıntılı bilgi için bkz European Union, 'European External Action Service' <[https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/eeas\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/eeas_en)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

19 European Union, 'EU Priorities 2019-2024' (2019) <[https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/eu-priorities\\_en](https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/eu-priorities_en)> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2022.

20 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community [2007] OJ C306/01.

yürütülmelerinin üye devletlere bırakılmasıdır<sup>21</sup>. Bununla beraber yapılan düzenlemeler üye devlet hukuk sistemlerinde AB hukukunun sahip olduğu üstünlük ve doğrudan uygulama prensipleri doğrultusunda etki doğurmaktadır<sup>22</sup>.

AB’ce kararlaştırılan yaptırımlar üye devlet ülkesinde, tüm AB vatandaşlarına ve herhangi bir üye devletin yasalarına göre kurulmuş şirketler ve diğer kuruluşlarla, AB içinde iş yapan tüm kişilere uygulanmaktadır. Ancak ABD’de uygulanan yaptırımların aksine bu yaptırımların ülke dışı uygulaması bulunmamaktadır. Ayrıca, yine BM yaptırımlarının aksine, AB düzenlemeleri etkin yargı denetimine tabidirler. Bu sayede yaptırım listesine alınan gerçek ve tüzel kişiler haklarında hukuka aykırı ve haksızca alınmış kararlara itiraz edebilmektedirler. İleride göreceğimiz üzere BM’nin aldığı ve doğrudan bireyler üzerinde etki doğuran kararlara karşı etkin itiraz yollarının bulunmaması haklı olarak eleştirilmiştir<sup>23</sup>.

### b. Diğer Bölgesel Organizasyonların Yaptırımları

Ekonomik yaptırımlar uygulama konusunda aktif olan diğer uluslararası örgütlerin başında Amerikan Devletler Örgütü (ADÖ/OAS) ve Afrika Birliği (AfB) gelmektedir. Tipik olarak İran ve Kuzey Kore gibi ülkeleri yaptırımların birincil hedefleri olarak düşüsek de Afrika kıtasındaki ülkeler toplu olarak ekonomik yaptırımlara en çok maruz kalan ülkelerdir. Ancak bu kıtada uygulanan yaptırımlar BM ve AB tarafından uygulanan yaptırımlardan nitelik ve kapsam bakımından farklıdır. AfB tarafında yetkilendirilen Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu (ECOWAS) ve Güney Afrika Kalkınma Topluluğu (SADC) gibi uluslararası kuruluşlar ile bir dizi başka küçük bölgesel kuruluş tarafından geniş kapsamlı yaptırım rejimleri uygulanmaktadır<sup>24</sup>.

Diğer taraftan bölgesel örgütler arasında Güney Doğu Asya Ulusları Birliği (ASEAN) yaptırımlara, uluslararası hukukta devletlerin içişlerine karışmama temel ilkesine aykırı oldukları gerekçesiyle ekonomik yaptırım uygulamaya sistematik olarak karşı çıkmaktadır<sup>25</sup>. Yukarıda bahsi geçen örgütler arasında yaptırımları üyelerine veya üyesi olmayan devletlere uygulayan farklı sistemler benimsenmiştir<sup>26</sup>.

21 1993 Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliği’ne üye devletler, AB Konseyi’ne yaptırım veya kısıtlayıcı tedbirler alma yetkisi verdiler. AB Ortak Dış ve Güvenlik Politikası çerçevesinde kısıtlayıcı önlemlerin (yaptırımların) uygulanması ve değerlendirilmesine ilişkin yönergeler arasında, Kısıtlayıcı Tedbirlerin Kullanımına İlişkin Temel İlkeler (Yaptırımlar) ve Kısıtlayıcı Önlemlerin AB’de Etkili Uygulanması için en iyi usuller bu alandaki temel düzenlemeleri oluşturmaktadır.

22 Yönergeler bakımından üstünlük, doğrudan uygulama kriterleri Tüzüklerden farklıdır. Bu konu Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın ayrıntılı içtihadları ile düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz Ali Cenk Keskin, *Avrupa Birliği Temel Kurum ve Değerleri* (On İki Levha 2019) 83.

23 Francesco Giumelli, ‘Implementation of sanctions: European Union’ in Masahiko Asada (ed), *Economic Sanctions in International Law and Practice* (Routledge 2020) 116–135; Jana Ilieva, Aleksandar Dashevski and Filip Kokotovic, ‘Economic Sanctions in International Law’ (2018) 9(2) UTMS Journal of Economics 201–211.

24 Andrea Charron, ‘Sanctions and Africa: United Nations and Regional Responses’ in Jane Boulden (ed), *Responding to Conflict in Africa: The United Nations and Regional Organizations* (Palgrave 2013) 77–98.

25 Martin (n 2) 19.

26 ibid.

AB dışındaki çoğu bölgesel kuruluş, BM dışı yaptırımları sadece örgüte üye devletlerle sınırlandırmaktadır. Hal böyle olunca, bu yaptırımların uluslararası hukuka uygunluğunun ön koşulu bölgesel örgütlerin kurucu andlaşmalarındaki yetkiler doğrultusunda belirlenmektedir. BM tarafından alınan bir yaptırım kararı yoksa uluslararası örgütün bir devlete yaptırım uygulamasını öngören özel bir yetkisinin olmadığı hallerde yaptırım rejiminin uluslararası hukuka uygunluğu sorumluluk hukuku çerçevesinde belirlenecektir.

### 3. Devletlerin Otonom Yaptırımları

Otonom ekonomik yaptırımlar yoluyla zorlama uluslararası hukukun az gelişmiş alanlarından birisi olarak kabul edilmektedir<sup>27</sup>. Bu konunun içindeki en tartışmalı alan ise devletlerin herhangi bir uluslararası örgüt kararından veya diğer devletlerden bağımsız olarak kendi tehdit değerlendirmeleri veya ulusal çıkarları doğrultusunda aldıkları tek taraflı ekonomik yaptırım kararlarıdır<sup>28</sup>. Devletler bu kararlarına dayanarak olarak, uluslararası hukukun kuvvet kullanma yasağı dışında kalan tek taraflı yaptırımlara başvurulmasını açıkça yasaklamamış olmasını ve ayrıca uluslararası sorumluluk hukukunun kendilerine tanıdığı doğrudan veya dolaylı zararlara karşı bireysel ve bazı koşullarda ortak karşı tedbirlere başvurma hakkını göstermektedirler<sup>29</sup>.

Bu kategoriye giren yaptırımlar sıklıkla iş birliğine dayalı ortak bir politikayı yansıtan ve birden fazla devletin işbirliğiyle alındığından aslında terminolojik olarak tek taraflı tedbirler yerine otonom yaptırımlar terimi daha isabetlidir<sup>30</sup>. Son otuz yıldaki devlet uygulamaları incelendiğinde, otonom yaptırımlar uygulayan devletlerin bilinen tüm ekonomik yaptırım çeşitlerine başvurdukları ortaya çıkmaktadır. Özellikle ABD tarafından uygulandığı şekliyle, biçim ve içerik olarak otonom yaptırımlar, BM tarafından izin verilen yaptırımlardan daha kapsamlı olabilmektedirler. Bu yaptırım çeşitleri arasında geniş ticaret ambargoları, silah ambargoları, varlıkların dondurulması ve hatta el konulması, finansal işlemlerin engellenmesi, seyahat yasakları yanında bireyleri ve tüzel kişileri hedef alan “akıllı” yaptırımlar ile hedef devlet dışındaki ülkelerde bulunanların yanı sıra üçüncü taraf devletlerdeki varlıkları ve bireyleri hedef alan “ikincil” veya “üçüncü taraf” yaptırımlar da bulunmaktadır. BM Güvenlik Konseyi yetkisinin yokluğunda uygulanan bu yaptırımlar karmaşık hukuki sorunlar doğurmaktadır<sup>31</sup>.

27 Nigel D White and Ademola Abass, ‘Countermeasures and Sanctions in International Law’ in Malcolm Evans (ed) *International Law* (OUP 2018) 521, 537.

28 Devika Hovell, ‘Unfinished business of international law: The questionable legality of autonomous sanctions’ (2019) 113 *AJIL Unbound* 140-145.

29 Şimşek (n 8) 2058.

30 Martin (n 2) 21.

31 Güvenlik Konseyi’nin bloke olduğu veya etkisiz kaldığı birçok durumda, ihtilaflı devletlerin çözüm için Şart’ın VI. Bölümündeki müzakere, soruşturma, arabuluculuk, uzlaştırma, tahkim, yargısal çözüm, bölgesel kuruluşlara veya kendi seçecekleri diğer barışçıl yöntemlere başvurma yoluyla baş başa kalmaktadırlar.

BM şartı uyarınca Güvenlik Konseyi diğer uluslararası aktörler için onların rızası olmadan yasal yükümlülükler oluşturabilmektedir. BM Güvenlik Konseyi yaptırımlarını uygulamak zorunda olan devletlerin egemenlik yetkileri ihlal edilmediği gibi yaptırımın hedefi olan devletlerin de egemenlik yetkileri ihlal edilmemektedir. Oysa otonom yaptırımlar hukuki dayanaklarını uygulayan devletin iç hukuklarından aldıkları ve uluslararası hukukla çeliştikleri oranda devletin uluslararası sorumluluğu bakımından sorun yaratabilmektedirler. *Bozkurt Lotus*<sup>32</sup> kararında en güçlü şekilde ifade edilmiş bulunan uluslararası hukukun açıkça yasaklamadığı oranda devletlerin hareket serbestisi olduğu prensibine dayanan yazarlar tek taraflı otonom yaptırımların hukuka uygun olduğunu iddia etmektedirler. Öğretide sıklıkla eleştirilen bu kararın otonom uluslararası ekonomik yaptırımlar alanında kullanılmasının doğuracağı sorunlardan kaçınmak için -kesin olarak belirlenmiş kuralların yokluğu nedeniyle- devletler ekonomik yaptırımları sorumluluk hukuku bakımından “misilleme” (*rétorsion*) kavramına dayandırma yoluna gitmektedirler. Geniş anlamda kullanıldığında misilleme terimi, bir devletin diğerine karşı dostane olmayan ve hatta uluslararası hukuka aykırı davranışına karşılık olarak ve fakat hukuka aykırı olmaksızın verdiği tepkiyi ifade ederken; bugün bu kavram topluca uygulanan hukuka uymaya sevk eden yaptırımlar, tek taraflı hukuka uymaya sevk eden yaptırımlar, tek taraflı zorlayıcı yaptırımlar gibi farklı otonom yaptırımları kapsamaktadır<sup>33</sup>.

Dolayısıyla uluslararası ekonomik yaptırımların meşruiyeti ya misilleme hukuki rejimi ya da *erga omnes* kuralların ihlali halinde doğan yetkiye dayanmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devlet sorumluluğuna ilişkin çalışması, bir devletin karşı önlem uygulama hakkının kapsamını ve koşullarını ortaya koymuştur<sup>34</sup>. Ancak bu çalışmaya göre *erga omnes* yükümlükler temel alınarak uygulanan ekonomik yaptırımlar ve karşı önlemler, hukuka aykırı fiilden doğrudan zarar görmeyen üçüncü taraf devletlere, zarar gören devletle aynı hakları henüz tanımamaktadır. UHK 2001 metninin 50. maddesinde *erga omnes* yükümlülükleri ihlal eden devlete karşı ancak uluslararası hukuka uygun tedbirlerin alınabileceği ifade edilmektedir.

Doktrinde kimi yazarlar uluslararası hukukun emredici kurallarının ihlali halinde üçüncü taraf devletlerin karşı tedbirlere başvurabileceğini savunmaktadırlar. Bu argüman temelini Uluslararası Hukuk Komisyonunun devletlerin sorumluluğuna dair kabul edilen taslağının 42. maddesinden almaktadır. Bahsi geçen maddeye göre bir devlet, bir başka devletin sorumluluğunu, ihlal edilen yükümlülüğün doğrudan o devlete veya devletin üyesi olduğu bir gruba veya uluslararası topluluğa borçlu olduğu durumlarda ileri sürebilecektir. Son ihtimale göre söz konusu ihlalde hem

32 *The Case of the S.S. "Lotus" (France v Turkey)* PCIJ Rep Ser A No 10.

33 Julia Schmidt, 'The Legality of Unilateral Extra-Territorial Sanctions under International Law' (2022) 27(1) JCSL 53.

34 Bu koşullar kısaca şöyle sıralanabilir: Hedef devlet uluslararası hukuka göre uluslararası bir haksız fiil işlemiş olmalı, yaptırım uygulayan devlet zarar gören devlet olmalı, yaptırımlar hedef devleti yükümlülüklerine uymaya itmeli, ölçülü olmalı, yaptırım temel hak ve özgürlükler ile *jus cogens* 'e aykırı olmamalı. Haksız eylemin sona ermesiyle son bulmalı. Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts (n 4) arts 49-54; Pirim (n 6) 146-182.

talepte bulunan devleti hem de tüm uluslararası topluluğu ilgilendiren bir yüküm ihlal edilmektedir. Benzer şekilde, 48. maddeye göre, ihlal edilen yükümlülüğün talepte bulunan devleti de içine alan bir grup devlete karşı olması ya da bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olması halinde, doğrudan zarara uğrayan devlet dışındaki bir devlet de ihlalde bulunan devletin sorumluluğuna başvurabilecektir. İki madde arasındaki temel fark sorumluluk iddiasında bulunmak için birinin yükümlülüğü, diğerinin ise zararı ön plana çıkarmasındadır<sup>35</sup>. Bazı yazarlar haklı olarak söz konusu maddenin 54. madde ile beraber okunması halinde uluslararası hukuka aykırı yaptırımlara değil, sadece misillemeye izin verdiğini ileri sürmektedirler. Oysa uygulama bu iddianın tam tersi yönde şekillenmektedir<sup>36</sup>.

Diğer taraftan otonom ekonomik yaptırımların ulusal hukuk kaynaklı olmaları sebebiyle, özellikle de ülke dışı uygulanmaları söz konusu olduğunda uluslararası hukuka uygunlukları tartışmaya açık olacaktır. Benzer şekilde iç işlerine müdahale etme yasağı, insancıl hukuk, insan hakları hukuku, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) kuralları başta olmak üzere uluslararası ticaret, uluslararası yatırımlar bakımından çizilen hukuki sınırlara uyulması da gereklidir<sup>37</sup>.

BM Güvenlik Konseyi ve diğer uluslararası mekanizmaların etkisiz kalması ve ulusal çıkarların ağır basması güçlü devletlerin otonom yaptırımlardan vazgeçmelerine engel olmaktadır. Bu yaptırımlar kuvvet kullanma yasağıyla ortadan kaldırılmak istenen saldırı, barışın tehdidi ve ihlali gibi durumların insanlık üzerinde yarattığı yıkıcı sonuçlara benzer; hatta kimi zaman daha bile ağır zararlara sebebiyet vermektedir. Bu açıdan 1950 senesinde Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletlerin ekonomilerine yapılan saldırı ve tehditleri de “saldırı” tanımına dahil etmek istemiş ancak itirazlar nedeniyle bunda başarılı olunamamıştır<sup>38</sup>. Potansiyel olarak bu denli yüksek riski barındıran ekonomik yaptırımlar hedefledikleri amaç olan hukuka uygun davranışı sağlama bakımından yeterince etkin midir? Aşağıdaki bölümde bu soruya cevap aramaya çalışacağız.

## II. Ekonomik Yaptırımların Etkinliği ve Etkileri Sorunu

Hukuka uygunluğu hakkında bunca mürekkep akıtılan ekonomik yaptırımların amaçlarına ulaşmada sağladığı etkin fayda üzerinde de uzun tartışmalar yaşanmıştır<sup>39</sup>. Ekonomik yaptırımların Antik Yunan’a kadar uzanan tarihine rağmen her devrin etkin

35 Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts (n 4).

36 Martin (n 2) 39; Pirim (n 6) 146-182.

37 Martin (n 2) 22.

38 ILC ‘Summary records of the second session’ [1950] 1 YILC 130 para 5(a).

39 Katarina Meissner, ‘How to sanction international wrongdoing? The design of EU restrictive measures (2022) Rev Int Organ <<https://doi.org/10.1007/s11558-022-09458-0>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2022; W Michael Reisman and Douglas L Stevick, ‘The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programmes’ (1998) 9(1) EJIL 86, 88.

ekonomik yaptırımları farklılık arz etmektedir. Soğuk savaş dönemiyle, finansal ve ekonomik piyasaların entegrasyonunun yoğunlaştığı son zamanların ekonomik yaptırımları farklı yöntemlerle aynı amaca yönelmektedir. Önceleri geniş kapsamlı olarak uygulanan ekonomik yaptırımların şimdilerde ölçülülük ve etkinlik kriterleri de dikkate alınarak doğrudan sorunun kaynağı hedeflenerek, genele yayılan bir zarar verilmediği iddia edilmektedir.

Yaptırımlarla hedeflenen uluslararası hukuk kurallarına riayetin sağlanmasıdır. Yakın dönemde uygulanan ekonomik yaptırımlara ve sonuçlarına baktığımızda uluslararası hukuk sükelerinin halen bir öğrenme sürecinde olduğunu görmekteyiz. Geniş kapsamlı; ekonomilerin tamamını hedefleyen ihracat, ithalat, yatırım kısıtlamaları gibi yaptırımlardan, “akıllı” oldukları varsayılan noktasal, güdümlü yaptırımlara geçilmektedir. Ancak bu ifadeden ticari ambargo gibi geniş kapsamlı yaptırımlardan tamamen vazgeçildiği anlamı çıkarılmamalıdır. Günümüzde maksimum faydayı sağlamak için ekonomik ve finansal yaptırımlar beraberce kullanılmakta, teknoloji yardımıyla kısa aralıklarla sonuçlar analiz edilmekte, sonuçlara göre yaptırım rejiminde değişikliğe gidilmektedir. Zira ekonomik yaptırımların kararlaştırıldıktan sonra kendi haline bırakılarak uygulanması ve sonuçlarının denetlenmemesi başarısızlık nedenlerinin başında gelmektedir<sup>40</sup>.

Ekonomik yaptırımların başarılı sonuç doğurması için pek çok katmandaki verilerin analiz edilerek her olaya özel olarak tasarlanmaları gerekliliği pek çok müellif tarafından belirtilmektedir<sup>41</sup>. Bunun yanı sıra ekonomik yaptırımların herhangi bir fayda doğurmadığını hararetle savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu savın önde gelen savunucularında Robert Pape’e göre ekonomik yaptırımların fayda analizi yanlış yapıldığından 1914 ile 1990 arası uygulanan 115 ekonomik yaptırımdan başarılı olanların gerçek sayısı 36 değil sadece beştir<sup>42</sup>. Kaynağı BM, diğer bir uluslararası örgüt ya da devlet olsun öncelikle ekonomik yaptırımların hedeflediği amacı gerçekleştirmediği kabul edilirse o zaman işe yarayan yeni ekonomik yaptırım yaklaşımlarının belirlenmesi gerekecektir.

### A. Hedeflediği Amaçlar Bakımından Ekonomik Yaptırım Tasarımı

Ekonomik yaptırımlar tasarlanırken dikkate alınan noktalardan biri fayda maliyet analizidir. Hedefteki devletin ekonomik, siyasi, askeri çıkarlarında meydana gelecek mevcut ya da uzun vadeli zararların hesaplanabilir olması önemlidir. Yaptırıma konu

40 Andrew Mack and Asif Khan, ‘Efficacy of UN sanctions’ (2000) 31(3) Secur Dialogue 279, 282; Reisman and Stevick (n 39) 86.

41 Mack and Khan (n 40) 279-292; Martin (n 2); Daniel P Ahn, ‘Economic Sanctions : Past, Present and Future’ (2019) 20 Georget J Int Aff 126, 126-132; Meissner (n 39); Reisman and Stevick (n 39) 86-141; Özgür Özdamar and Evgeniia Shahin, ‘Consequences of Economic Sanctions: State of the Art and Paths Forward’ (2021) 23 Int Stud Rev 1646, 1646-1671; Robert A Pape, ‘Why economic sanctions do not work’ (1997) 22(2) Int Secur 90, 90-136; Robert A Pape, ‘Why economic sanctions still do not work’ (1998) 23(1) Int Secur 66, 66-77.

42 Pape’a göre başarı kistasi olarak gösterilen HSE analizi hatalıdır. Detaylı bilgi için bkz Pape (1997) (n 41) 99.

davranıştan fayda sağlayan devletler ile bundan zarar gören devletlerin mevcut ve müstakbel çıkarlarının bir kez de yaptırımların uygulanmasından sonra incelenmesi gereklidir.

Gerek ulusal gerekse küresel katmanda ekonomik yaptırımlar farklı etkiler doğuracaktır. Bu etkiler iç siyasette zor durumda olan bir hükümetin sorumluluğu üzerinden atmak için kullanılabileceği bir enstrüman olabileceği gibi ulusalcı ideolojilerin yüceltilmesi ile iktidarı perçinleyebilecektir. Ekonomik yaptırımların hedef ülkede iktidar değişikliğini amaçladığı durumlarda tam tersi bir sonuca neden olan bu durum yaptırımların başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olabilecektir. Bu durum İran, Libya ya da Irak örneklerinde görüldüğü gibi bir sonraki aşama olan kuvvet kullanma boyutuna geçilmesine sebebiyet verecektir.

Ekonomik yaptırımlar kimi çıkar grupları için fayda sağlayabilmektedir. Bu gruplar yaptırımın etkinliğinden ziyade kendi çıkarlarını gözeticekleri için karar vericileri -yanlış veriler başta olmak üzere- çok çeşitli yöntemlerle etki altına almaya çalışmaktadırlar. Söz konusu çıkar grupları hedef devlet, otonom yaptırım uygulayan devlet, küresel ekonomideki çok uluslu şirketler bünyesinde olabilmekte, ekonomik yaptırımların sağlayacağı fırsatları maksimize etmek için uluslararası örgütlerdeki karar mekanizmalarını etki altına almaya çalışabilmektedirler. Her halükârda menfaat gruplarının ekonomik tedbirlerden aldığı etkinin kısa, orta ve uzun vadede analizi yaptırımların tasarlanmasında dikkate alınması gereken önemli bir veridir. Ticari kısıtlamalar ya da ambargolar sonucu oluşan konjonktür hedef ülkedeki üreticiler için bir fırsat doğuracaktır. Diğer taraftan yaptırımlara katılmayan üçüncü taraf devlet ya da kişiler pazardaki boşluğu doldurmanın cazibesine kapılabileceklerdir. Lokal üreticiler ve yaptırıma katılmayan devletler için de ekonomik yaptırımlar fırsatlar yaratabilecektir. Diğer taraftan ticaret kısıtlamaları nedeniyle ekonomik darboğaza giren hedef devlet elindeki kaynakları maliyetinin altında satabilmektedir. Yaptırımlar nedeniyle ticari kayıp yaşayan üçüncü taraf devlet ve kişilerin zararlarını telafi edecek bir mekanizmanın yokluğu halinde ekonomik yaptırımlar büyük ihtimalle delinecek, uzun vadede sürdürülebilir olamayacaklardır<sup>43</sup>.

Ekonomik yaptırımların tasarımında etken olan bir başka unsur ise hedef devletin siyasi rejimi ve iç politikadaki dengeleridir. Totaliter rejimlerde iktidarın halka hesap verme zorunluluğu olmadığından yaptırımların ekonomik maliyetlerini halka yüklemelerine rağmen milliyetçi ve popülist söylemlerle uzun süre iktidarda kalabilmektedirler. Totaliter yönetimlerde ekonomik yaptırımı gerektiren davranış iktidarı elinde tutan kişiyi durumu şahsileştirmesine dahi yol açabilmektedir<sup>44</sup>. Demokratik devletlerde ise yaptırımın kaynağı olan fiil ve politika önem kazanmakta, eğer halkın desteğini alan bir davranış dolayısıyla ekonomik yaptırım uygulanıyorsa

43 Reisman and Stevick (n 39) 86.

44 ibid 94.



bu durum iktidarın oylarını artırmaktadır<sup>45</sup>. Hatta bu politikaların eleştirilmesi sonucu muhalefetin oylarında azalma dahi görülebilmektedir.

Ekonomik yaptırım uygulayan, bunlara hedef olan ve de tarafsız kalmak isteyen grupların jeopolitik dengeler bakımından analizi, yaptırımların başarısı bakımından bir diğer önemli faktördür. İyi hesaplanmamış yaptırımlara hedef olan bir devletin sıkı ilişkiler içinde bulunduğu mevcut ortaklarından uzaklaşarak yeni arayışlar içine girmesi ileride daha ciddi güvenlik sorunlarına yol açma ihtimalini içinde barındırmaktadır<sup>46</sup>. Ekonomik yaptırımlar dünya barışı ve güvenliği için daha büyük risk oluşturacak ittifakların oluşumuna neden olduğu ölçüde uzun vadede ve sistemin genel amacı bakımından başarısız addedileceklerdir.

Savaşın kendisi gibi hazırlığı da yoğun bir ekonomik kaynak gerektirmektedir. Uluslararası barışı tehdit ya da ihlal eden devletlerin ekonomilerine darbe vurularak uluslararası hukuka aykırı tutumunu değiştirmeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Elbette devletlerin uygulanan yaptırımların arkasından dolanmak için yaratıcı çözümleri her daim var olmuştur ve var olacaktır. Bugünkü “akıllı” yaptırımların ekonominin belli bir sektörünü ya da sektördeki önemli kişileri hedef almasındaki amaç hedef devletin tehdit unsuru olan davranışının finansmanını zora sokmak hatta imkânsız hale getirmektir. Elbette bu yaptırımlar bakımından da etkin uygulamalar başarının temel şartıdır. Günümüzde çevrimiçi toplantılarla işlerin yürütülmesi mümkünken seyahat yasağı gibi uygulamalarla etkin sonuç almaya çalışmak mümkün gözükmemektedir.<sup>47</sup>

Ekonomik yaptırımların finansal ayağını oluşturan kısmı teknolojik gelişmelerden ve özellikle dijitalleşmeden faydalanmaktadır. Ancak veri akışının büyük bölümünü elinde tutan Batılı devletler ellerindeki bu kaynağa rağmen halen yaptırımlarda hedefleri tespit etmekte zorlanmaktadırlar. Üstelik, son zamanlarda Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü (OECD) bünyesinde otomatik bilgi değişimi programları ile oluşturulan ağlar gibi vasıtalar dahi bu soruna çözüm oluşturmamaktadır. AB ve Amerikan bankacılık sistemine senelik maliyetinin 25 ilâ 83 milyar dolar olduğu ileri sürülen bu sistemin verimli kullanılamaması, sistemden fayda sağlanamaması ayrı bir incelemenin konusudur<sup>48</sup>.

Finansal yaptırımların etkinliği bakımından doların rezerv para olması Amerika Birleşik Devletleri'nin eline ilave bir imkân vermektedir. Tek taraflı otonom yaptırım uygulama olanağı sağlayan bu enstrümana karşı merkeziyetsiz paraların yani kripto paraların ya da başka ülke para birimlerinin kullanılmasının mümkün olduğu iddia edilmektedir. Ancak Venezüella, Çin ya da Rusya ile yaşanan önceki krizlerde

45 Mack and Khan (n 40) 281.

46 Özdamar and Shahin (n 41) 1654.

47 Reisman and Stevick (n 39) 94.

48 Ahn (n 41) 129.

Amerikan finans sistemine başvurmadan dünya ticaretindeki önemli emtia ticaretini gerçekleştirmenin mümkün olmadığı görülmüştür<sup>49</sup>. Şimdilik eldeki bu imkân ulusal ya da uluslararası amaçlar uğruna kullanılmaktadır, ancak AB ve hatta Çin Halk Cumhuriyeti'nin ayrışarak kendi finansal sistemlerini kurması halinde bu ekonomik yaptırım enstrümanı etkisini yitirecek, dengeler değişecektir.

Daniel Ahn'a göre Batı'nın finansal yaptırımlarının başarısı rezerv para biriminde değil daha çok elindeki teknolojik üstünlüğe ve yetmiş insan gücüne dayanmaktadır. Özellikle bu insan sermayesine erişimi kesilen toplumlar bankacılık, sigorta, dijital teknolojiler, telekomünikasyon, bilişim, sağlık endüstrisi gibi alanlardan soyutlandığı oranda ekonomik bakımdan ciddi zarar görmektedir.<sup>50</sup> AB'nin Rusya'ya uygulamayı planladığı Altıncı Ekonomik yaptırım paketi bu görüşü doğrular nitelikte olup, Rusya'ya mali denetim ve muhasebe hizmetlerinin verilmemesini planlamaktadır<sup>51</sup>.

Yukarıda bahsettiğimiz maliyet analizleri ve çıkar çatışmalarında sıklıkla başvuru olan yöntem oyun teorisidir<sup>52</sup>. Ancak söz konusu teorinin öngörülerine rağmen hatalı veriler, kestirilebilir olmaktan uzak, gerçeği yansıtmayan askeri, ekonomik ya da siyasi veriler ışığında ekonomik yaptırımlardan fayda beklemek gerçekçi değildir. Ekonomik yaptırımlarda belirlenen hedeflerin geniş kapsamlı ve rejim değişikliği gibi iddialı olmaları halinde başarı şansları daha da azalmaktadır. İşte tüm bu nedenlerle ekonomik yaptırımlar tasarlanırken çok katmanlı analizler yapılmalı ve katılacak taraf sayısı dikkate alınmalıdır. Etkinliği olmayan yaptırımların iç ve dış platformda bir şey yapmış gözükmeden ileriye gidememekte, özellikle iç siyasette kötüye kullanılmaktadır. Diğer taraftan alınan ekonomik yaptırım kararlarının temel hak ve özgürlükler, insancıl hukuk ve uluslararası hukukun emredici kuralları ile BM Şartı'nda belirlenen amaçlarla uyum içinde olması gereklidir.

## B. Ekonomik Yaptırımların Zararlı Yan Etkileri

İktisadi çıkarların savaşların en önemli nedenlerinden birini oluşturduğu bilinen bir gerçektir. Savaşın yıkıcı sonuçları ise hiç şüphesiz masum halk üzerinde hissedilmektedir. BM Şartı kuvvet kullanma yasağı ile bu durumu engellemeyi öngörmüştür. Ancak ekonomik yaptırımlardan bazıları masum halk üzerinde savaşlar kadar ve hatta kimi zaman daha bile fazla tahribata yol açmaktadır<sup>53</sup>. Bu ihtimalin farkında olan devletler çeşitli vesilelerle ekonomik yaptırımların uluslararası hukuka

49 ibid 130.

50 ibid.

51 Ursula von der Leyen, 'Speech by President von der Leyen at the EP Plenary on the social and economic consequences for the EU of the Russian war in Ukraine – reinforcing the EU's capacity to act' (*European Commission Press Corner*, 4 May 2022) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech\\_22\\_2785](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_22_2785)> Erişim Tarihi 11 Mayıs 2022.

52 Şimşek (n 8) 2064.

53 Jerg Gutmann, Matthias Neuenkirch, Florian Neumeier and Armin Steinbach 'Economic sanctions and human rights: Quantifying the legal proportionality principle' (2018) 2/18 Research Papers in Economics, Universität Trier 2.

aykırı olduğuna ilişkin çalışmalar ortaya koymuşlardır. Örneğin Amerika Devletler Teşkilatı Şartı'nın 19. maddesi bir devletin bağımsız kararlarını değiştirmek için ekonomik olanlar dahil her türlü zorlama uygulanmasını yasaklamıştır<sup>54</sup>. Ayrıca bu tür tedbirlerin 1980 tarihli Devletlerin İç İşlerine Müdahale ve Karışmanın Kabul Edilemezliği Deklarasyonu ile de bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.<sup>55</sup> Ancak uluslararası toplumun mensupları ekonomik yaptırımlardan vazgeçmeyerek, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için kimi zaman uluslararası hukuka aykırı olarak bu tedbirlere başvurmaya devam etmektedir. Sonuçları bakımından masum kişi ve hatta tüm bir halka zarar vermeleri nedeniyle bu tedbirler sıkça eleştiriye maruz kalmaktadırlar. Sonuç olarak ekonomik tedbirleri alan, uygulayan mercilerin kararlarının denetimi için mekanizmalar öngörülmeğe başlanmıştır.

Hatalı tasarlanmış ekonomik yaptırımların temel hak ve özgürlükler, insancıl hukuk ve küresel ticarete zararlı yan etkileri nedeniyle eleştiriye açık olması çok doğaldır. Temel hak ve özgürlükler başta olmak üzere, insancıl hukuk ve dünya ticaret dengeleri bakımından alınan tedbirlerin zararlı yönlerinin tespiti, ekonomik tedbirlerin tasarlanmasında büyük önem arz etmektedir.

## 1. İnsan Hakları Hukuku Bakımından Etkilerin Değerlendirilmesi

BM Genel Kurulu'nun 2018 tarihli oturumunda 133 olumlu oya karşılık, 53 karşı oy ve 3 çekimser oy ile kabul ettiği kararla; BM'ye üye devletlere uluslararası hukuk, uluslararası insancıl hukuk, devletlerarası dostane ilişkiler ve BM Şartı'na aykırı tek taraflı olarak ülke dışı etki doğuracak şekilde uygulanan, uluslararası ticareti engelleyen ve belki de en önemlisi İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi<sup>56</sup> ile diğer Temel Hak ve Özgürlüklere (THÖ) aykırı tek taraflı zorlayıcı ekonomik yaptırımları terk etmeleri tavsiye edilmiştir.<sup>57</sup> Daha sonraları bu karara paralel başka kararlar da alınmış, BM İnsan Hakları Konseyi aynı doğrultuda görüşler beyan etmiş, pek çok BM üyesi bu görüşü destekler deklarasyonlarda bulunmuştur<sup>58</sup>. Öğretide birtakım

54 Article 19: "No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. The foregoing principle prohibits not only armed force but also any other form of interference or attempted threat against the personality of the State or against its political, economic, and cultural elements." Charter of the Organization of American States (Date of Conclusion 30 April 1948) 119 UNTS 3.

55 UNGA Res 36/103 (9 December 1981) UN Doc A/RES/36/103.

56 Universal Declaration of Human Rights, UNGA Res 217 A(III) (10 December 1948).

57 UNGA 'Human rights and unilateral coercive measures' (18 January 2019) UN Doc A/RES/73/167. Kararın ilgili paragrafındaki ifade şu şekildedir: "all States to cease adopting or implementing any unilateral measures not in accordance with international law, international humanitarian law, the Charter of the United Nations and the norms and principles governing peaceful relations among States, in particular those of a coercive nature, with all their extraterritorial effects, which create obstacles to trade relations among States, thus impeding the full realization of the rights set forth in the Universal Declaration of Human Rights and other international human rights instruments, in particular the right of individuals and peoples to development".

58 Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR) Rep, 'Analytical study focusing on gender-based and sexual violence in relation to transitional justice' UN Doc A/HRC/27/21; UNHRC Rep 'Report of the Human Rights Council on its thirtieth session' UN Doc A/HRC/30/2; UNHRC Rep 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review' (2017) UN Doc A/HRC/36/10; UNHRC 'Human Rights and Unilateral Coercive Measures' (2018) UN Doc A/HRC/RES/37/21.

yazarlar bu örneklerin insan hakları hukukuna ve insancıl hukuka aykırı, hedef ayrımı yapmaksızın etki doğuran, gereklilik ve ölçülülük prensiplerine uygun olmayan ekonomik yaptırımların uluslararası hukuka aykırı olduğuna ilişkin oluşmakta olan bir teamül kuralına delil teşkil ettiğini ve bu sonuca yönelik bir iradenin neredeyse oybirliği ile kabul edilen BM'nin Sürdürülebilir Kalkınma 2030 hedefinde de mevcut olduğuna dikkat çekmektedirler<sup>59</sup>. Bu görüşe karşı, önemli bazı devletlerin itirazları nedeniyle teamülün oluşumu şartlarının tamamlanmadığı gerekçe gösterilerek karşı çıkmıştır<sup>60</sup>.

Bununla beraber, ekonomik yaptırımların içerik ve sonuçları bakımından bazı temel hususları dikkate almaması halinde, hukuki himaye görmeleri beklenemeyecektir. BM Şartı'nın 55(c) maddesi, devletleri din, dil, ırk, cinsiyet farkı yapmaksızın insan haklarına saygılı olma konusunda teşvik ederken, 1970 tarihinde Genel Kurul tarafından kabul edilen Birleşmiş Milletler Antlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İş Birliği Kurulmasına İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusunda Bildirge ve eki gibi pek çok uluslararası belge İnsan Haklarına saygı temel prensibinin uluslararası hukuktaki yerini kuvvetle dile getirmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere 1950 senesinde Uluslararası Hukuk Komisyonu, devletlerin ekonomilerine yapılan saldırı ve tehditleri “saldırı” tanımına dahil etme teşebbüsü başarısızlıkla sonuçlanmıştır<sup>61</sup>. Bugün devletlerin birbirlerine karşı siber saldırılarda bulunmaları çerçevesinde aynı tartışmalar yapılmakta, belli bir eşik sonrası saldırının oluşabileceği iddia edilmektedir.

Ekonomik yaptırımların içeriğinin insan hakları hukuku bakımından hukuka uygunluğu, bunların gerekliliği ve ölçülülüğü ile doğrudan orantılıdır. Uygulanan tedbirin masum halk kitleleri ve birey üzerindeki etkileri elbette meşruiyet bakımından dikkate alınması gereken en başlıca kıstastır<sup>62</sup>. Gereklilik kriteri, hedefi gerçekleştirmeye yönelik ihtiyacın hareketsiz kalınması halinde ortaya çıkacak zarara olan oranı ile ölçülebilmektedir. Bu açıdan harekete geçmenin gerekli olduğuna karar verildikten sonra alternatif ekonomik yaptırımlar arasında en etkin, en az zarar veren seçilmelidir. Hedeflenen amaç ile alınan tedbirler arasında bir orantılılık olmalı, göze alınan, kabul edilen makul bedel ya da zararın sınırı aşılmamalıdır. Ekonomik yaptırımların kararlaştırılmasında olduğu gibi uygulanması sırasında da sıklıkla genel ekonomi, insan hakları hukuku ve insancıl hukuk açısından etkiler analiz edilmeli, sonuçları bakımından uygulanan tedbirlerin kontrolden çıkmasına izin verilmemelidir. Ayrıca ölçülülük prensibi bakımından Uluslararası Adalet Divanı'nın kuvvet

59 Pierre Emmanuel Dupont, ‘Human rights implications of sanctions’ in Masahiko Asada (ed) *Economic Sanctions in International Law and Practice* (Routledge 2020) 40.

60 Alexandra Hofer, ‘The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?’ (2017) 16(2) *Chin J Int Law* 175-214.

61 ILC (1950) (n 38) para 5(a).

62 Gutmann, Neuenkirch, Neumeier and Steinbach (n 53) 2.

kullanmaya dair insancıl hukuk için uyguladığı kısıtları, ekonomik yaptırımların insan hakları hukukuna uygunluğu için de uygulamak mümkündür. Buna göre, sivillere zarar vermeden, meşru amaç için kaçınılmaz olan en az zarar ve kabul edilebilir zayıyatın üstü ölçülülük prensibinin sınırını oluşturacaktır.

Uygulanan tedbirin, hiçbir suçu olmayan, masumlar arasında ayırım gözetmeksizin sonuç doğurması meşruiyet ve hukuka uygunluk bakımından sorun yaratacaktır. Örneğin Katar'a uygulanan otonom ekonomik yaptırımlar konusu tartışılırken benzer eleştirilerle, yaptırımların yan etkilerine dikkat çekilmiştir<sup>63</sup>. Bir devletin ülkesi sınırları içinde o ülke vatandaşlarının tamamına ya da orada ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarına uygulanan yaptırımların ölçülü ve gerekli oldukları kabul edilemeyecektir. Özellikle *jus cogens* niteliğindeki insancıl hukuk ve insan hakları hukukuna aykırı sonuçlar doğuran tedbirler hukuken himaye görmeyecektir. Ayrıca pozitif hukuk bakımından bu tür tedbirler 1980 tarihli Devletlerin İç İşlerine Müdahale ve Karışmanın Kabul Edilemezliği Deklarasyonu ile de bağdaşmamaktadır<sup>64</sup>. Bir devletin liderlerinin uluslararası barış ve güvenliği tehdit ya da ihlal etmiş olması gerekçesiyle o ülke halkının tamamının ekonomik, sosyal, kültürel ve temel hak ve özgürlüklerden mahrum bırakılmasını savunmak mümkün değildir.

Öte yandan kabul edilmesi gereken bir gerçek, ekonomik yaptırımların insan haklarına etkilerini somut olarak ölçmenin zorluğudur. Oysa tedbirlerin tasarımında bu bilgi hayati önem taşımaktadır. Öğretide ekonomik veriler üzerinden ampirik çalışmalar yapan kimi yazarlar ekonomik yaptırımların etkilerini değerlendirmek için temel insan hakları, ekonomik haklar, bireyin gelişimi ile ilgili haklar, siyasi ve medeni haklar şeklinde ayrımlarla incelemelerde bulunmuşlardır.<sup>65</sup> Yapılan araştırmalara göre bir devletin tüm ekonomisi üzerinde etki doğuran yaptırımlar uygulandığında en çok etkilenen alan yaşam hakkıdır. İran, Haiti, Küba ve Irak'a uygulanan yaptırımlar nedeniyle en temel tedaviler ilaç yokluğundan yerine getirilememiş, yeni doğan bebeklerde ölüm oranları çok yüksek oranlara ulaşmıştır<sup>66</sup>. Uluslararası Adalet Divanı'nın İran-Amerika davasında tespit ettiği üzere sivil havacılıkta uçak yedek parçalarının tedarik edilmiyor olması nedeniyle uçuş güvenliği kalmamıştır<sup>67</sup>. Temel gıdalar ve hatta temiz içme suyuna dahi erişemeyen halklar salgın hastalıkların pençesine düşmüştür. Hedefi şaşırarak ekonomik tedbirler yüzünden bireyin kendini gerçekleştirmek için eğitime erişim, meslek sahibi olma, barınma, giyecek, yiyecek,

63 *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)* (Merits) [2021] ICJ Rep 71; UNCHR, 'Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights' (2018) UN Doc A/73/175, para 38.

64 UNGA Res 36/103 (9 December 1981) UN Doc A/RES/36/103.

65 Gutmann, Neuenkirch, Neumeier and Steinbach (n 53) 2. 19 indikatör üzerinden 121 ülke verisinin incelendiği bu çalışmada ekonomik yaptırımların insan haklarına uygunluğu açısından genelde ölçülülük ve gereklilik testleri bakımından olumlu sonuç alınmadığı görülmüştür, ibid 9.

66 UN Human Rights Council, 'Situation of Human Rights in Cuba' (27 January 2007) UN Doc A/HRC/4/12, para 7.

67 *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (Order) [2018] ICJ Rep 623, para 91.

içecek, seyahat hakkı gibi en temel haklardan mahrum kalmasına neden olunmuştur. Ayrıca adaletsiz gelir dağılımı, kadınların fırsat eşitliği gibi pek çok hedef devletin toplumunun gerilemesine yol açmıştır<sup>68</sup>.

Ortaya çıkan tüm bu negatif tespitler ekonomik yaptırımları zararlı yan etkilerinden sıyrarak şekilde yeniden tasarlanmalarına vesile olmuştur. “Akıllı” ya da “güdümlü” olarak isimlendirilen bu yaptırımlar, sorumlu tutulan politikacıları, bunları finansal ya da teknolojik olarak destekleyen gerçek ya da tüzel kişilerle kurumları hedefleyecek şekilde yeniden düzenlenmişlerdir. Bu tedbirler sadece bu kişilerin varlıklarını dondurarak, para transferlerini bloke ederek ya da kritik sektörlerle erişimlerini engelleyerek minimum zararla, maksimum etki elde etmeyi hedeflemektedirler. Dondurulacak varlıkların tespiti ile risk taşıyan para transferlerinin engellenmesinde en büyük yardım yüksek teknolojiden gelmektedir. Ekonomik yaptırıma gerekeceği oluşturan durumu finanse eden kişilerin tespiti, varlıklarının dondurulması ve para transferlerinin engellenmesi için elzemdir. İstihbarat birimlerinin iş birliği sonucu elde edilen kişi ve kurumlar hakkında yaptırım kararları alınmakta, oluşturulan listeler finansal kurumlarla paylaşılmaktadır.

Günümüzde uluslararası ticarete kullanılan hâkim ödeme aracının Amerikan Doları olması ve transferlerin bu ülke finansal kuruluşlarınca gerçekleştiriliyor olması nedeniyle, Amerikan Yabancı Varlık Kontrolü Ofisi (OFAC) ekonomik yaptırımlar bakımından çok önemli bir pozisyondadır. OECD otomatik bilgi paylaşımı ve benzeri istihbarat ağlarından elde edilen bilgiler sayesinde OFAC sakıncalı kişi ve kurumları ABD Hazine Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve ilgili diğer Federal kurumların da iş birliği ile belirlemektedir<sup>69</sup>. Bu listelere giren kişi, şirket ya da kurumlar ilintili oldukları hedef ülke gibi genel yahut terörizmin finansmanı, uyuşturucuyla mücadele gibi özel programlara aykırı davranışları nedeniyle tespit edilmektedirler. Dünya ticaretinin %95’i on iki Amerikan Federal Rezerv bankası ve önemli finans kuruluşlarının yer aldığı Amerikan FedWire sisteminin bir parçası olan CHIPS sistemi üzerinden gerçekleştirildiğinden, bloke edilmek istenen transferin muhabir hesabı bir şekilde söz konusu sistemi kullanmak zorundadır ve böylece tespiti mümkündür<sup>70</sup>. Netice olarak fon transferi bakımından eğer kişiler ve altta yatan ticari ilişki doğru tespit edilmişse yaptırımın etkin olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Böyle olmakla beraber; genelde kara liste olarak adlandırılan bu listelere giren ve varlıkları dondurulan ya da el konulan kişilerle ilgili temel sorun alınan kararlara karşı etkin yargısal denetimin bulunmamasıdır. Adil yargılanma, savunma hakkı, idarenin fiillerinin etkin yargısal denetimden geçmesi zorunluluğu, mülkiyet hakkı bakımından

68 Bu konuda detaylı çalışma için Dupont (n 59) 40ff.

69 Barry E Carter and Ryan Farha, ‘Overview and Operation of U.S. Financial Sanctions, Including the Example of Iran’ (2013) 44 Geo J Int’l L 903, 904.

70 ibid 907.

yapılan suçlamalarla ilgili bilgi edinme hakkı başta olmak üzere, haksız yere ismi bu listelere giren kişilerin itibarlarının zedelenmesi, kişisel verilerin korunması kanunlarına aykırılık gibi pek çok sorun yeni nesil “akıllı” ya da “güdümlü” ekonomik tedbirlerin temel sorununu oluşturmaktadır. Bahse konu sakıncaları ortadan kaldırmak için oluşturulan BM İnsan Hakları Konseyi’ne şikâyet mekanizması insan hakları hukuku bakımından alışıl gelmiş etkin himayeyi sağlamaktan çok uzak kalmaktadır. Kimi istisnai durumlarda BM Özel Temsilcisi ilgili devletlere bildirim göndererek kimi haksızlıkların önüne geçmeyi hedeflemektedir. Güvenlik Konseyi’nin 2006’da oluşturduğu Focal Point ile yanlışlıkla ya da haksız yere listeye giren kişilerin listeden çıkartılması için bir mekanizma oluşturulmuştur. 20 Ocak 2022 itibariyle itirazda bulunan 115 kişi ya da kurumun itirazlarının 105’inin incelemesi tamamlanmış ve 34 kişinin listeden çıkartılmasına karar verilmiştir<sup>71</sup>. Yine listelerdeki hataların önüne geçmek için ombudsmanlık makamı kurulmuş ve incelemeler sonunda 88 kişi listeden çıkarılırken, 23 kişinin talebi reddedilmiştir<sup>72</sup>. Bu kişilerden birisinin isim benzerliği yüzünden listede bulunması gösterilen özenin boyutu bakımından dikkat çekicidir.

Ekonomik yaptırımlar nedeniyle listelere isimleri yazılan kişi ya da kurumların etkin olarak itirazda bulunabilecekleri, erişim sağlasalar bile adil yargılanma hakları ihlal edilmeden sonuç alabilecekleri yargısal mekanizmaların yokluğu, “akıllı” yaptırımların en büyük sorununu oluşturmaktadır. Birden fazla yargı çevresinde içtihadı konu olan Kadı davası ekonomik yaptırımların insan hakları konusunda verdiği sınavı göstermek bakımından önemlidir. 11 Eylül saldırılarından sonra BM Güvenlik Konseyi 1267 ve 1999 sayılı kararlarıyla teröre destek veren kişilerin mal varlıklarının dondurulmasına karar vermiştir. Bu kişilerin listesini oluşturmak için bir komite kurulmuştur. Söz konusu komite, hangi kriterlere göre oluşturulduğu tam olarak bilinmeyen bir liste ile sakıncalı oldukları iddia edilen kişileri içeren bir liste hazırlamıştır. Listedeki kişilerin bu durumdan liste yayınlandıktan sonra haberleri olmuş, dolayısıyla kendilerini savunamamışlardır. Hukuka uygun delillere göre hazırlandığı şüpheli olan listedeki kişilere, kendilerini savunma imkânı olarak, vatandaşı oldukları ülke vasıtası ile Konsey’de savunma yapabilme hakkı tanınmıştır. Ancak o listeye alınış nedenleri belirtilmediğinden, suçlamaya mesnet deliller verilmediğinden bu kişiler kendilerini gerektiği gibi savunamamışlardır. Tüm bu olumsuzluklara rağmen, AB verilen BM kararları doğrultusunda listedeki kişilerin malvarlıklarının dondurulması için bir tüzük çıkartmıştır. Oluşturulan listede yer alan ve İsviçre’de malvarlığı bulunan Kadı isminde bir Suudi Arabistan vatandaşının malvarlığı da hazırlanan tüzük doğrultusunda dondurulmuştur. Bu durum karşısında mağdur olduğunu iddia eden Kadı, bireysel işlemin ve tüzüğün iptali için dava açarak adil yargılanma ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AB Adalet Divanı Yedinci Dairesinin verdiği hükümde BM

71 UN Department of Political and Peacebuilding Affairs, ‘United Nations Security Council Sanctions Regimes’ (2022) 36 <[https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org/securitycouncil/files/subsidiary\\_organ\\_factsheets.pdf](https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org/securitycouncil/files/subsidiary_organ_factsheets.pdf)> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022

72 ibid 38.

Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası hukukta bağlayıcı olduğunu, AB'nin kendisi üye olmasa bile bütün üyelerinin BM üyesi olduğunu ve AB'nin bu devletlerden BM Şartı'na aykırı davranmasını isteyemeyeceğini belirterek Kadı'nın taleplerini reddetmiştir<sup>73</sup>.

Mülkiyet ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmeden bu karar Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Genel Dairesi tarafından bozulmuştur. Divan kararında AB'nin kendi normlar hiyerarşisi olduğunu, uluslararası bir antlaşmanın bu hiyerarşideki yerini yine AB'nin kendisinin belirleyeceğini belirttikten sonra, AB'nin anayasal prensiplerine aykırı bir hüküm teşkil edilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>74</sup>. BM Güvenlik Konseyi Komitesinde Kadı'nın kendisini savunma hakkı verilmeden hazırlanmış bir listeye dayanılarak çıkarılan tüzüğün AB nezdinde kutsal olan savunma hakkını ihlal ettiği saptanmıştır<sup>75</sup>. Kanaatimizce mahkemenin bu görüşü yerindedir. Bazen şekli kurallar hukukta hakkın kendisini oluşturmaktadır. Avukatla görüşme, hakkındaki suçlamayı öğrenme, duruşmalı olarak dinlenme, suçun özenli soruşturulması, adil yargılanma gibi *habeas corpus*'tan bu yana genişleyerek korunan haklara uymamak adalete olan inancı yok edebilmektedir. Bu nedenle ABAD, AB hukuku açısından gerekli yargılama usulü kurallarına uyulmaksızın kişilerin malvarlığına el konulmasını kabul etmemiştir<sup>76</sup>. Böyle olmakla beraber söz konusu davada kararın bozulmasına rağmen ihtiyati tedbirle mevcut durum korunmuştur<sup>77</sup>. BM Komitesi Kadı hakkındaki delilleri mahkemeye gönderdiğinde, karara mesnet yeterli kanıt olmadığı ortaya çıkmıştır. 2010 yılında genel mahkeme AB tüzüğünü iptal etmiş,<sup>78</sup> bu karar 2013'te ABAD tarafından onaylanmıştır<sup>79</sup>. Ancak ABAD tarafından hüküm verildiğinde BM tedbirleri zaten kendiliğinden kaldığından kararın somut bir faydası olmamıştır.

Kadı, AB nezdinde yürüttüğü bu mücadeleye paralel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) başta olmak üzere farklı yargı çevrelerinde davalar açmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde açtığı davalar hariç diğer yargı çevrelerindeki tüm davalarını kazanmıştır<sup>80</sup>. Bu durum Amerikan yargısında kara listeye alınan kişilerin, benzer işlemlere karşı etkin yargısal denetimden mahrum kaldıklarını göstermektedir. Amerikan Mahkemeleri'ndeki davalarda alınan tedbirin hukuka uygunluğunun insan hakları hukuku bakımından incelenmesi yerine tebligat usullerine uyulmaması, bloke edilen varlıktan sağlık giderleri gibi harcamalara izin verilmemesindeki ölçsüzlük

73 Case T-85/09 *Yassin Abdullah Kadi v European Commission* [2010] ECHR II-05177, paras 124, 151.

74 Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2008] ECR I-06351, para 22.

75 Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P, and C-595/10 P *European Commission and the Council of the European Union v Yassin Abdullah Kadi* [2013], para 135.

76 *ibid* paras 87, 88, 118.

77 *ibid* para 42.

78 *ibid* paras 138-140, 142-149.

79 *ibid* para 168.

80 *Kadi v Geithner*, 42 F Supp 3d 1 (DDC 2012) 6-7, 11-13, 29.



gibi problemin özüne dokunmayan teknik konular incelenmiştir<sup>81</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nin mülkiyet hakkının mutlak olmadığı ya da Amerikan Anayasası'nın yabancılar için insan hakları bakımından tam koruma sağlamadığı gerekçeleriyle aldığı kararlar kanaatimizce isabetsizdir<sup>82</sup>. Listeye ismi alınanların, bu kararı uygulayan ulusal hukuki işlemlere karşı yerel mahkemelere başvurabilecekleri, bu yüzden etkin yargısal denetimin varlığını iddia eden yazarların görüşü de kanaatimizce isabetli değildir<sup>83</sup>. Zira Kadı davasında tespit edildiği gibi güvenlik gerekçesiyle dosya içeriğine erişim sağlanamadığından yargı süreçlerinden beklenen ve alışlagelmiş fayda sağlanamamaktadır. Yaptırım listelerinin teknik anlamda yargısal denetime tabii bir yargı kararı olmadığını, bunun sadece önleyici bir güvenlik tedbiri niteliğinde bir karar olduğunu ileri süren yazarlar ise geniş anlamda tüm idari işlem ve eylemlerin yargısal denetimden geçmesi temel kuralını gözden kaçırmaktadırlar<sup>84</sup>.

AİHM içtihatlarının yanı sıra AB uygulamaları incelendiğinde ekonomik yaptırımların zararlı etkilerine karşın en yüksek çabanın, bazı istisnalar hariç, yine Avrupa devletleri ve AB'den geldiğini görmekteyiz. AB ekonomik yaptırımların etkilerini ve etkinliğini sistematik olarak gözden geçirmektedir. Avrupa Birliği İşleyişine Dair Andlaşma'nın<sup>85</sup> 263. maddesi, Birliğin tüm işlemlerinin yargısal denetime tabi olduğunu belirtmektedir. Bu denetim sonunda bireysel işleme mesnet genel işlem iptal edilebilmektedir. Yine Andlaşma'nın 268. maddesi gereğince hatalı olarak verilmiş kararlar nedeniyle tazminata hükmedilmesi imkânı bulunmaktadır.

ABAD'ın emsal kararı üye devletlerin ulusal mahkemelerini bağlayacağı ve AB hukukunun üstünlüğü ve anıdalığı ilkesi gereği ulusal mevzuatların üstünde yer alarak adeta anayasallık denetimi yapacağından, göreceli olarak etkin koruma sisteminin varlığından bahsedebiliriz. Ancak yinelemek gerekirse buradaki temel sorun, soruşturmanın özenle yapılmıyor olması, elde edilen kanıtların yasallığı ve kredibilitesi denetlenmeden listelerin oluşturulmasıdır. Etkin yargısal itiraz yollarının yokluğu durumu THÖ ihlalleri bakımından daha da vahim hale sokmaktadır. Üstelik yukarıda izah etmeye çalıştığımız üzere finansal piyasalardaki ödeme mekanizmaları neredeyse tamamen ABD'nin kontrolü altındadır. Amerikan mahkemelerinin ekonomik yaptırım kararlarını incelerken konunun özüne değinmekteki isteksizlikleri nedeniyle diğer yargı mercilerinde kazanılan davaların ABD'ye etkisi yoktur. Dolayısıyla finansal ödeme sistemini elinde tutan ülkenin yargı merciinde alınan kararlar daha ziyade mevcut hukuksuzluğu himaye eder yöndedir.

81 *Al Haramain Islamic Found Inc v US Dep't of Treasury*, 686 F 3d 965 (9th Cir 2012); *Kindhearts v Geithner*, 647 F Supp 2d 857 (ND Ohio 2009).

82 Elena Chacko, 'Due Process Is in the Details: U.S. Targeted Economic Sanctions and International Human Rights Law' (2019) 113 AJIL Unbound 157, 161ff.

83 *ibid*

84 George A Lopez, 'In defence of Smart Sanctions: A Response to Joy Gordon' (2012) 26(1) Ethics & International Affairs 141.

85 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C326/47.

## 2. İnsancıl Hukuk

Her ne kadar silahlı çatışma esnasında devlet davranışları için düzenlenmiş olsa da masum halk üzerinde yarattığı etkiler nedeniyle silahlı çatışmalara dair kuralların barış zamanında ekonomik yaptırımlar bakımından uygulanabileceğini savunan görüşler mevcuttur<sup>86</sup>. Genel olarak ekonomik yaptırımlar THÖ ile bağdaşmadığı gibi insancıl hukuk ile de bağdaşmamaktadır. Genele etkili yaptırımların toplumda zayıf durumda olanlar üzerinde daha fazla zararlı etki doğurduğu, çocuklara, yaşlılara, kadınlara menfi etkileri olduğu üzerine birçok çalışma yapılmıştır<sup>87</sup>. Jeopolitik dengelerin bozulması dünya barışını tehdit edebilirken, hedef ülkedeki toplumun yolsuzluk ve yokluk içinde kalması, zarar gören halklarda psikolojik olarak yaptırım uygulayan kültürlerle karşı düşmanlık beslenmesine neden olmaktadır.

Bununla beraber belirsiz süreli, geniş kapsamlı ekonomik yaptırımların negatif etkilerinin tam bir listesini yapmak mümkün gözükmemektedir. Irak'a uygulanan yaptırımları mercek altına alan Columbia Üniversitesi'ndeki bir çalışmada Ağustos 1991 ile Mart 1998 tarihleri arasında beş yaş altı çocuklarda ölüm oranı daha önceki rakamların 200.000 kadar üstünde gerçekleşmiştir<sup>88</sup>. Bu sayı Körfez Savaşı'ndaki askeri kayıpların dahi çok üstündedir. Enflasyon nedeniyle fiyat artışının inanılmaz boyutlara ulaştığı bir ekonomide gelir dağılımı eşitsizliğinin arttığı, yasalara aykırı, etik olmayan işlerin fazlaştığı farklı kurumların raporlarında tespit edilmiştir. "Güdümlü" ya da "akıllı" yaptırımların bu etkilerden arı olduğu savının tersini iddia eden çalışmalar bu alanda kat edilmesi gereken yolun ne kadar uzun olduğu hakkında fikir vermektedir<sup>89</sup>. BM Genel Sekreteri Kofi Annan 1998 senesinde yaptığı konuşmada bu konuya özellikle dikkat çekmiştir<sup>90</sup>. Ekonomik yaptırımlar hedef devletin içindeki

86 Dupont (n 59) 42; Nema Milaninia, 'Jus ad bellum economicum and jus in bello economico: The Limits of Economic Sanctions Under the Paradigm of International Humanitarian Law' in Ali Z Marossi and Marisa R Bassett (eds), *Economic Sanctions Under International Law* (TMC Asser and Springer 2015) 95, 97. Buna karşın, sivillerin zarar görmemesi temel felsefesine dayanan İnsancıl Hukuk temel normlarının ekonomik yaptırımlar bakımından kullanılabilmesine dair savların mümkün olmadığını savunan karşı görüşler de mevcuttur. Ilieva, Dashtevski and Kokotovic (n 23) 201-211.

87 Mack and Khan (n 40) 284; Dursun Pekşen, 'Socio-Economic and Political Consequences of Economic Sanctions for Target and Third-Party Countries' < <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/Seminars/CoercitiveMeasures/DursunPeksen.pdf> > Erişim Tarihi 11 Aralık 2022; Dursun Pekşen, 'Economic Sanctions and Human Security: The Public Health Effect of Economic Sanctions' 7(3) *Foreign Policy Analysis* 237-251; Dursun Pekşen, 'Economic Sanctions and Official Ethnic Discrimination in Target Countries, 1950-2003' (2016) 27(4) *Defence and Peace Economics* 480-502; Dursun Pekşen, 'How Do Target Leaders Survive Economic Sanctions? The Adverse Effect of Sanctions on Private Property and Wealth' (2016) 13(1) *Foreign Policy Analysis* 215-232 ; Dursun Pekşen and A Cooper Drury, 'Economic Sanctions and Political Repression: Assessing the Impact of Coercive Diplomacy on Political Freedoms' (2019) 10(3) *Human Rights Review* 393-411; Dursun Pekşen and A Cooper Drury, 'Coercive or Corrosive: The Negative Impact of Economic Sanctions on Democracy' (2010) 36(3) *International Interactions* 240-264; Dursun Pekşen, TM Peterson and A Cooper Drury, 'Media-Driven Humanitarianism? News Media Coverage of Human Rights Abuses and the Use of Economic Sanctions' (2014) 58(4) *International Studies Quarterly*, 855-866.

88 Richard Garfield, 'Morbidity and Mortality Among Iraqi Children from 1990 to 1998: Assessing the Impact of the Gulf War and Economic Sanctions' (2019) Kroc Institute for International Peace Studies, University of Notre Dame, <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A2E2603E5DC88A4685256825005F211D-garfie17.pdf>> Erişim Tarihi 8 Aralık 2022.

89 Özdamar and Shahin (n 41) 1657. Joy Gordon, 'The Invisibility of Human Harm: How Smart Sanctions Consumed All the Oxygen in the Room' (2015) 82(4) *Social Research* 863-874.

90 UN Secretary General, 'Annual Report on the work of the Organisation' (1998) UN Doc A/53/1, para 64; Karşı yönde bkz Lopez (n 84) 135-146.

masum halk kitleleri üzerinde ciddi menfi etkiler doğurduğu gibi mülteci sorunları ve göç başta olmak üzere üçüncü taraflar üzerinde de zararlı etkiler doğurabilmektedirler<sup>91</sup>.

### 3. Dünya Ticaret Örgütü Andlaşmalarının İhlali Sonucunu Doğuran Etkiler

Uluslararası serbest ticaretin faydaları üzerinde Ricardo ile başlayan, Adam Smith ile süregelen öğreti üzerine kurulu ülkeler arası ticaret engellerini kaldırma akımı, teknolojik gelişmelerle ivme kazanmıştır. Bu sayede iletişim imkanları artmış, deniz, hava ve kara taşımacılığında hizmet veren filoların sayısı olağanüstü rakamlara ulaşmıştır. Arzdaki artışla düşen navlun fiyatları sayesinde mal ticareti artmış, hizmetler ile sermaye ise küresel pazarda neredeyse serbestçe dolaşmaya başlamışlardır. Gümrük tarifeleri, sayısal engeller, kotalar ve eş etkili tedbirlerle mücadele sonucu iç içe geçen ekonomiler ve karşılıklı ilişkilerin devletler arasında sıkı bağlar oluşturacağını ve bu durumun çatışmaları engelleyeceği ileri sürülmüştür. Ekonomik yapıtlar ise tüm bu öğretinin aksine sonuçlar doğurmaktadır. 1947 GATT ile başlayan ve sonraları Dünya Ticaret Örgütü'ne (DTÖ) evrilen sistem temelde ayrımcılık yasağı ile en çok gözetilen ulus prensipleri üzerine yükselmiştir.

Ekonomik yapıtların DTÖ sistemine verdiği zararla örgüt nezdinde uyuşmazlıkların çözümlü mekanizmaları kullanılarak mücadelede edilmeye çalışıldıysa da bundan müspet bir sonuç alınamamıştır. Başarısızlığın nedenlerinden birisi önceleri sorun yaşanan devletlerin DTÖ'nün nüvesi olan GATT'a taraf olmamasıyken, daha sonraları bunun yerini tek taraflı ekonomik yapıtları en çok uygulayan Amerika Birleşik Devletleri aleyhine çıkacak bir kararın, bu ülkenin DTÖ'yü terk etmesi ve örgütün etkinliğini yitirmesi kaygısı almıştır<sup>92</sup>. Zira ekonomik yapıtları en çok uygulayan ülke halen Amerika Birleşik Devletleri'dir. Uyguladığı kimi yapıtlar otonom, tek taraflı ve hatta ülkesellik prensibine aykırıdır. Çok uluslu şirketlerin, bankaların şube ve iştiraklerine, bu firmaların yönetim kadrolarının Amerikan vatandaşı olduğu ya da Amerika'da buldukları ölçüde yapıtları şirket politikası olarak tüm dünyada uygulamaları beklenmektedir<sup>93</sup>. Hatta kimi projelerde Amerikan şirketlerinin lisanslarını kullanan, Amerika ile alakası olmayan şirketlerin bu lisansları yapıtların kapsamına giren sektör, hatta devletlerde kullanılmasına engel olunmuştur. Örneğin Sibiry boru hattı ile ilgili Polonya ve Sovyetler Birliği'ne uygulanan yapıtlar dolayısıyla AB ile ABD karşı karşıya gelmiş, Brejnev'in ölümü sonrası Walesa'nın serbest bırakılmasını fırsat bilen Reagan derhal faydadan çok zarar veren bu yapıtlardan vazgeçmiştir<sup>94</sup>.

Genel olarak DTÖ mevzuatının öngördüğü pek çok alanda aykırı kararlar alan Amerika Birleşik Devletleri'nin DTÖ sistemi içinde panel kararlarında mahkûmiyet

91 Gutmann, Neuenkirch, Neumeier and Steinbach (n 53) 5.

92 Lowenfeld (n 9) 753ff.

93 Schmidt (n 33) 65.

94 Lowenfeld (n 9) 754.

alması işten bile değildir. Ancak gelişim aşamasında GATT ve sonrasında DTÖ, stratejisini ABD'yi sistemin içinde tutmaya dayandırmıştır. İşte bu yüzden ince bir çizgide politika güden örgüt, ABD'yi kaybetme korkusuyla barış ve güvenlik mesnetli kararları incelemekten, karara bağlamaktan imtina etmiştir. GATT Andlaşması'nda bazı hallerde XXI. maddesindeki güvenlik istisnaları hükümlerinden yararlanarak taahhütlerde değişikliğe gidilebilmesi ve andlaşmanın BM sistemiyle çatışmasının önüne geçilmesi sağlanmaktadır<sup>95</sup>. Ekonomik yaptırımların GATT ve DTÖ andlaşmaları bakımından değerlendirilmesinde ihlal iddiası bu maddeye de dayanılarak verilen mecburi uyuşmazlıkların çözümü kararlarında kabul edilmemiştir<sup>96</sup>. Amerika'nın Küba yaptırımları dolayısıyla çıkardığı Helms-Burton Yasası'nın DTÖ Andlaşmaları'nın pek çok hükmüne aykırılığı iddiası ise GATT prosedürü dışında AB ile ABD'nin sulh olmasıyla sonuçlanmıştır<sup>97</sup>.

### III. Rusya'ya Ukrayna Savaşı Özelinde Uygulanan Son Yaptırımların Kısa Analizi

Rusya ile Ukrayna arasında yaşanan politik gerginlik sürecinde ilk olarak Kırım'ın ilhakı nedeniyle ve daha sonra Ukrayna'ya toptan saldırıyla kuvvet kullanma yasağının açıkça ihlal edilmesi sonucunda Rusya aleyhinde birtakım ekonomik yaptırımlar kararlaştırılmıştır. Bu bölümde Rusya'ya uygulanan ekonomik yaptırımları, etkinliklerini ve hukuka uygunluklarını analiz edeceğiz.

#### A. Rusya'ya Uygulanan Ekonomik Yaptırımlar

##### 1. Kırım'ın İlhakı Sonrası Uygulanan Yaptırımlar

Rusya'nın 2014 senesinde Kırım'ı ilhak etmesinin ardından bir dizi ekonomik yaptırım uygulanmaya başlanmıştır. Güvenlik Konseyi'ndeki daimî üyelik pozisyonu nedeniyle elindeki veto imkânını kullanan Rusya Federasyonu, Şart'ın 39 ila 41. maddeleri kapsamında bir karar alınmasına izin vermemiştir. Güvenlik Konseyi tarafından alınan bir ekonomik yaptırım kararı olmadığı için yaptırımları dönemsel olarak kontrol eden bir komite de olamayacağından yaptırımların etkilerini ve

95 Madde XXI: "Güvenliğe mütaallik istisnalar İşbu Anlaşmanın hiçbir hükmü : a) Bir Akad Tarafı açıklanmasını güvenliği bakımından ana menfaatlerine aykırı gördüğü malumatı vermeye icbar edecek şekilde, b) Veya bir Akad Tarafın güvenliği bakımından ana menfaatlerinin himayesi İçin elzem addettiği aşağıdaki tedbirleri itihaz etmesine mâni olacak şekilde: i) Parçalanabilir maddelere veya bunların imalinde kullanılan maddelere mütaallik tedbirler; ii) Veya silâh, mühimmat, harb malzemesi ve doğrudan doğruya veya bilvasıta silâhlı kuvvetlerin ikmaline tahsis edilen diğer emtia ve malzemenin ticaretine mütaallik tedbirler; iii) Harb zamanında veya vahimi milletlerarası gerginlik anlarında uygulanan tedbirler; c) Veya bir Akad Tarafın sulhun ve milletlerarası güvenliğin muhafazası maksadıyla Birleşmiş Milletler şartı gereğince deruhde ettiği taahhütlerin ifası zmnında alınan tedbirler ittihazına mâni olacak şekilde, tefsir edilmeyecektir." RG 31.12.1953/7891; General Agreement on Tariffs and Trade (Date of Signature 30 October 1947) 55 UNTS 194.

96 *United States Exports Restrictions (Czechoslovakia)* (8 June 1949) BISD II/28. 29 Kasım 1982 tarihli Bakanlar Komitesi deklarasyonu, Arjantin v. AB, GATT Doc L/5425, L5426, BISD 29, 1983; 13 Ekim 1986 tarihli Panel raporu, Nikaragua v. ABD, L/6053, ITL 102.

97 Detaylar için bkz Lowenfeld (n 9) 761.

uygulanmasını denetleyen bir sistem tesis edilememiştir. Kırım nedeniyle başta ABD ve AB olmak üzere Kanada, Japonya, Avustralya ve hatta İsviçre Rusya'ya karşı ekonomik yaptırımlar uygulamaya başlamıştır.

BM Güvenlik Konseyi kararının yokluğunda söz konusu devletler yaptırımlarını ihlal edilen kuvvet kullanma yasağına ilişkin normun *erga omnes* nitelikte bir *jus cogens* düzenlemesi olduğu gerekçesiyle BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun, 2001 tarihli Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu Metni'nin 49. ve 54. maddelerindeki ağırlaştırılmış sorumluluk maddesine dayandırmışlar ve bu bağlamda Ukrayna dışında olaydan doğrudan zarar görmeyen üçüncü taraf devletlerin de kolektif tedbirler alabileceğini ileri sürmüşlerdir<sup>98</sup>. ABD ile AB'nin başı çektiği ekonomik yaptırım tedbirleri birbirine benzemektedir. Ticari ve finansal temelde tasarlanan bu yaptırımlar askeri ürün satışlarını, Rus vatandaşlarının gayrimenkul alım satımlarını ve mevcutların kiralanmasını yasaklamıştır. Ayrıca kimi Rusya vatandaşlarını kara listeye almış, menkul hesaplara erişimini engellemiş, varlıklarının dondurulmasına karar vermiş ve bunlarla ticaret yapılmasını tamamen yasaklamış ve bu kişilere seyahat engeli getirmiştir. Rus bankalarının AB finansal pazarlarına erişimleri kısıtlanmış ve Kırım ve Sivastopol'den ithalat yasaklanırken bu bölgeye ulaşım, telekomünikasyon, turizm gibi özellikle altyapı sektörlerine yatırımların önü kapatılmıştır.

ABD ve AB dışında ekonomik yaptırımlara başvuranlar arasında Kanada, Japonya ve hatta İsviçre'yi de görmekteyiz. Ancak bu ilk dönemdeki yaptırımlarda ülkeler arası farklı rejimler uygulanmıştır, örneğin İsviçre sadece finansal sistemi aracılığıyla yaptırımların arkasından dolaşılmasını engelleme taahhüdüne girmiştir. Ancak uygulanan bu yaptırımların hiçbiri Rusya'nın uluslararası hukuka uygun davranmasına yol açmamış, Ukrayna'nın tamamını işgal etmek amacıyla topyekün bir saldırıya girişmesine engel olamamıştır.

## 2. Rusya'nın 24 Şubat 2022 Tarihli Saldırısı Sonrası Uygulanan Yaptırımlar

Rusya'nın Ukrayna'ya 24 Şubat 2022 tarihinde başlattığı ve BM Şartı'nın 2(4). maddesine açık aykırılık teşkil eden saldırısı sonrası Rusya'ya karşı uygulanmaya başlayan ekonomik yaptırımlar tarihte eşine az rastlanır niteliktedir. Yine Rusya'nın BM Güvenlik Konseyi'ndeki veto hakkı nedeniyle Şart'ın öngördüğü yaptırım mekanizmalarının hiçbiri devreye sokulamamıştır<sup>99</sup>. Ancak BM Genel Kurulu'nun 377 sayılı kararı gereği konu görüşülmesi için Genel Kurul'a havale edilmiştir. 2 Mart 2022 tarihinde ES-11/1 oturumunda Genel Kurul Rusya'nın Ukrayna'yı işgalini şiddetle kınamış, askeri unsurlarının geri çekilmesini 141 oya karşılık 5 ret ve 35 çekimser

98 Mika Hayashi, 'Russia: The Crimea Question and autonomous sanctions' in Masahiko Asada (ed), *Economic Sanctions in International Law and Practice* (Routledge 2019) 223, 232

99 2623 Sayılı Güvenlik Konseyi teklifini Rusya veto ederken, Çin, Hindistan ve Birleşik Arap Emirlikleri çekimser kalmıştır.

oyla kabul etmiştir<sup>100</sup>. Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi<sup>101</sup> kapsamında, Uluslararası Adalet Divanı önüne getirilen davada Divan Rusya'nın askeri operasyonlarını derhal durdurması ve tarafların durumu tırmandıracak davranışlardan kaçınması konusunda tedbir kararı vermiştir<sup>102</sup>. Uluslararası Ceza Mahkemesi ise 21 Kasım 2013'ten bu yana süregelen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar kapsamında soruşturmalarını yürütmektedir.

Tüm bu süreçlere rağmen BM Şartı'nca öngörölmüş imkânlar dahilinde ekonomik yaptırıma temel olacak bir karar alınmamıştır. Bu nedenle uluslararası toplum yine uluslararası sorumluluk hukuku alanından temellendirdiği, otonom ekonomik yaptırımları uygulama yoluna gitmiştir. Güvenlik Konseyi tarafından alınan bir ekonomik yaptırım kararı olmadığından BM'nin öngördüğü Focal Point ya da ombudsmanlık sistemleri ile yaptırımları dönemsel olarak kontrol eden bir komite de oluşturulamamış, yaptırımların etkilerini ve uygulamasını denetleyen bir sistem bu sefer de tesis edilememiştir.

İşgale şiddetle karşı çıkan AB'nin Rusya'ya uyguladığı yaptırımlar Rus ekonomisini hedeflemenin yanında kişileri de hedef alan karma nitelikte düzenlemelerdir. Amaç Rusya'nın Ukrayna savaşını finanse etmesini engellemek ve bu siyasi kararın sorumlularını cezalandırmaktır. AB, Vladimir Putin, Sergey Lavrov, Duma üyeleri, Ulusal Güvenlik Konseyi üyeleri, yüksek mevkideki devlet görevlileri ile 1093 Rus iş insanı ile 80 tüzel kişiyi içeren listedekilere seyahat engeli koymuş, AB'deki varlıkları dondurulmuştur. Finansal olarak yedi Rus bankası SWIFT sistemi dışında bırakılmış, AB finans piyasalarına erişim yasağı getirilmiş, Rusya Merkez Bankası ile işlem yasağı getirilmiş, fiziksel olarak avro tedariki yasaklanmış, kripto cüzdanlarda işlem yapmaları yasaklanmıştır. Ulaşım alanında Rusya'ya ait hava taşıtlarına AB hava sahası kapatılmış, yine bu devlete ait gemilerin Avrupa limanlarına girişi yasaklanmıştır. AB genelinde Rus kara taşıma operatörlerinin iş yapması yasaklanmıştır. Rusya tarafından havacılık, denizcilik, uzay alanında her türlü mal, teknoloji tedarikinin önü kapatılmıştır. Enerji alanında Rusya'ya yeni yatırım yapılması, kömür ithali, petrol rafinerilerinde kullanılacak makine ve teknoloji ihracı yasaklanmıştır. Savunma sanayinde askeri ve sivil sektörlerde çift taraflı kullanılma ihtimali olan mamullerin ihracı menedilmiştir. Lüks tüketim maddelerinin ihracı yasaklanırken, demir, çelik, kereste, çimento, likör ve deniz mahsulleri ihracı da durdurulmuştur. Rusya kaynaklı haber ajansı Sputnik ve Russia Today'e erişim engellenmiştir. Ayrıca, Rusya'ya verdiği destek dolayısıyla Belarus'a da finansal yaptırımlar uygulanmaya başlamıştır. Bu yaptırımlar altı ayda bir gözden geçirilmektedir.

100 UN Doc A/RES/ES-11/1.

101 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Date of Signature 9 December 1948) 78 UNTS 277.

102 *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russia)* (Order) 7 March 2022 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 9 Aralık 2022.

ABD'nin Countering America's Adversaries Through Sanctions Act<sup>103</sup> (CAATSA) yaptırımları kapsamında OFAC tarafından yürütülen yaptırımları yukarıdakilerden çeşitli alanlarda farklılık göstermesine rağmen daha hafif değildir<sup>104</sup>. Rusya tarafından ekonomisinin izolasyonuna karşı ihracat yapan şirketlerin döviz girdilerinin %80'inin rubleye çevrilmesi mecburiyetini getirilmiş, Rus Merkez Bankası faiz oranlarını arttırmış ve yurtdışına döviz transferini altı ay için 10.000 Amerikan Doları karşılığı döviz olarak kısıtlamıştır. Buna rağmen ülkede enflasyon artmış, alım gücü düşmüş ve bazı ürünleri bulmakta zorluk çekilmeye başlanmıştır. Ticaret hacmi Güney Kore ile %62, Finlandiya ile %60 azalmıştır. Uçuşlar neredeyse iç hatlara indirgenmiş, araba yedek parçaları bulunamazken, ambalaj kâğıdı sıkıntısı nedeniyle bebek mamaları paketlenemez olmuştur. Bank of Russia'nın son raporuna göre Rusya tersine bir sanayi devrimi yaşamaktadır<sup>105</sup>.

Türkiye Cumhuriyeti ise Rusya Federasyonu'na 2014'te ekonomik yaptırım uygulamadığı gibi 24 Şubat 2022'den sonraki gelişmelerden sonra da bir yaptırım kararı almamıştır. Ancak Ukrayna'ya insansız hava araçları başta olmak üzere savunma sanayii alanında destek olmaktadır.

Rusya'ya çeşitli devletler tarafından uygulanan yaptırımların Rus ekonomisine konsolide etkisi, 2022 senesi için gayri safi milli hasılda %12,5 ile %16,5'lük bir azalmaya neden olacağı öngörülmektedir<sup>106</sup>. Etkinin büyüklüğüne ve halkın fakirleşmesine rağmen Rusya'nın doğal gaz ve petrol ihracı sayesinde yaptırımlara daha uzun süre direnebilmesi kuvvetle muhtemeldir<sup>107</sup>.

## B. Rusya'ya Uygulanan Ekonomik Yaptırımların İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi

Rusya'nın kuvvet kullanma yasağı başta olmak üzere uluslararası hukukun emredici birçok kuralını ihlal eden davranışları dolayısıyla uygulanan ekonomik tedbirler çok boyutludur. Ukrayna'nın Rusya'ya karşı uluslararası hukuka aykırı karşı tedbirler alabileceği ve bunların hukuka uygun kabul edileceği açıktır. Bununla beraber diğer devletlerin uygulamalarının uluslararası hukuka uygunlukları alınan tedbire göre değişecektir. Örneğin Rusya'yı askeri operasyonlarına son vermeye, ihlal sonucu oluşan durumu ortadan kaldırmaya davet, bu durumu tanımama, fiili duruma katkıda bulunacak davranışlardan kaçınma gibi taleplerin tamamı uluslararası hukuka uygun olacaktır.

103 Public Law 115-44 (2 August 2017) 31 USC 5326.

104 US Department of Treasury, 'U.S. Treasury Announces Unprecedented & Expansive Sanctions Against Russia, Imposing Swift and Severe Economic Costs' <<https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0608>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.

105 'Russia Faces 'Reverse Industrialization' in Sanction Squeeze' (*Bloomberg*, 22 April 2022) <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-04-22/russia-faces-reverse-industrialization-in-sanctions-squeeze>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.

106 Steven Ongena, Anna Pestova and Mikhail Mamonov, 'The price of war: Macroeconomic effects of the 2022 sanctions on Russia' (*VoxEU & CEPR*, 15 April 2022) <<https://cepr.org/voxeu/columns/price-war-macroeconomic-effects-2022-sanctions-russia>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.

107 Lucy Frost, 'Primer: Sanctions on Russia and Their Implications' (*IFLR*, 22 March 2022) <<https://www.iflr.com/article/b1x8nrlgf71rzd/primer-sanctions-on-russia-and-their-implications>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.

Diğer taraftan üçüncü devletlerin karşı tedbirler kategorisine giren uygulamaları, insan hakları hukukuna ya da insancıl hukuka aykırı olduğu ölçüde uluslararası hukuka aykırı olacaktır. Devlete karşı alınmamış, salt Rusya Federasyonu vatandaşı olması nedeniyle kişilerin mal varlıklarının dondurulması, Rusya bandıralı gemilere limanların kapatılması, sivil havacılık operasyonları izinlerinin iptali, Rus vatandaşlarının menkul ve gayrimenkullere dair işlem yapma yasakları, kripto cüzdanlarına para yatırma, çekme işlemlerinin yasaklanmasının tamamı insan hakları hukuku açısından mülkiyet hakkı ihlalleri içereceğinden uluslararası hukuka uygunlukları tartışılacaktır. Kara listeye alınan kişilerin bu kararlara karşı başvurabilecekleri etkin hukuki denetim mekanizmalarının yokluğu ve bu kimselerin itibarlarının açıkça karalanmış olması yine THÖ bakımından sorun oluşturmaktadır.

İnsancıl hukuk bakımından da yine alınan ekonomik tedbirlerin tüm Rus halkına zarar verecek nitelikte olmaması gerekmektedir. Rusya'ya uygulanan ekonomik yaptırımların kişiye güdümlü olanlarındaki insan hakları ihlallerinin yanında Rus halkının genelini içine sürüklediği yoksulluk, temel ihtiyaç maddelerinde erişimde sıkıntı yaşaması, eğitim, sağlık, mesleki olarak kendilerini gerçekleştirmelerinin önündeki engeller insancıl hukuk bakımından sivillere zarar verici nitelik taşımaktadır.

## Sonuç

Uluslararası hukuk düzeni süjelerinin kurallara uygun davranmalarını sağlamak için kuvvet kullanma raddesine varan yaptırımlar oldukça sınırlıdır. Bu otorite prensipte sadece BM'ye verilmiştir. Teorideki sistem pratiğe geçirilemeyince barışın tehdiye uğraması halinde BM tüm üyelerini göreve çağırabilmektedir. Elbette kuvvet kullanma barışın korunması için en son başvurulacak çaredir. BM Şartı'nda devletleri uluslararası hukuka uygun davranmaya zorlayacak bir başka yöntem ekonomik yaptırımlardır. Ancak BM'nin yetkili organının aldığı bir ekonomik yaptırım kararı olmadığı hallerde prensip olarak ferdi şekilde karşı tedbir almak ancak uluslararası sorumluluk hukuku bakımından öngörülen şartlar dahilinde mümkündür. Fiili durumdan doğrudan zarar görmeyen devletlerin uluslararası hukuku ihlal eden bir devlete karşı tedbir uygulama yoluna gitmeleri uluslararası hukuku o devletlerin ihlal etmesi anlamına gelebilecektir. BM kaynaklı ekonomik yaptırımların yanında, Bölgesel Uluslararası Örgütler ve hatta devletlerin tek taraflı olarak aldıkları kararlarla uygulanan yaptırımlar da mevcuttur. Özellikle devletlerin otonom kararları sonucu uyguladıkları tedbirlerin karar süreci ve uluslararası hukuka riayeti nadiren istenilen seviyededir. Böylesi durumlar dünya barışı için ciddi tehdit oluşturmaktadır.

Tarihteki ekonomik yaptırımların uygulamasındaki serbestiye rağmen, pek azı salt ekonomik yaptırım safhasında kalarak netice doğurmuştur. Bu gibi durumlar kuvvet kullanma ile son bularak krizin tırmanmasına sebebiyet vermiştir. Şu anki pozitif



hukuk bakımından hukuki dayanakları şüpheli olan ekonomik yaptırımların etkinliği de ayrı bir tartışma konusudur. Söz konusu yaptırımlarla elde edilmeye çalışılan Rusya'nın Ukrayna'dan çekilmesi; uygulanan geniş kapsamlı iktisadi yaptırımlarla alım gücündeki düşüş ve bankalardaki döviz varlıklarına ulaşmadaki kısıtlarla halkın günlük hayattaki ekonomik darboğaz nedeniyle sorumluları demokratik yollarla iktidardan uzaklaştırması pek de mümkün gözükmemektedir. Aynı şekilde daha önceleri Kırım Savaşı'nda, Kuveyt'in işgalinde, Irak ya da İran'a uygulanan hiç bir ekonomik yaptırım istenen sonucu vermemiştir.

Şu anki konjonktür bakımından, Rusya – Ukrayna özelinde bir değerlendirme yapmamız gerekirse hedef odaklı yaptırımlarla Rusya'nın kilit sektörleri bloke edilmeye çalışılarak, uzun soluklu bir savaşı finanse etmesinin önüne geçilme çabası ; oligarklar olarak zikredilen kişilerin Rusya devlet başkanına yakın olmaları, belki de onun hesabına bazı işleri yürütüyor olmaları sonucunda uğradıkları yaptırımlar nedeniyle Rusya devlet başkanına etki ederek politika değişikliği için etkin baskı uygulamaları çok da ihtimal dahilinde gözükmemektedir. Psikolojik planda ise 2. Dünya Savaşı sonrası Almanya'ya yapıldığı gibi Rus halkının stigmatize edilerek, Ukrayna'da yaşanan dramın sosyal medya başta olmak üzere dünya kamuoyuna duyurularak Rus hükümeti üzerinde psikolojik baskı oluşturulmaya çalışılmaktadır. Ancak, Rusya'da iktidar kontrolünde olan medya sayesinde bu tür propagandaların da şu an için ulusal kamuoyunda negatif bir etki doğurduğunu söylemek pek de isabetli olmayacaktır.

Prensipite uluslararası hukuk THÖ'nün korunmasını destekleyici nitelikte olarak bilinmektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi<sup>108</sup>, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>109</sup> gibi metinler koruma seviyesini hep yukarıya çekmeyi hedeflemektedir. Ancak son dönemdeki uygulamalarla ekonomik tek taraflı yaptırımların bireyler ve bütün bir ülke halkı üzerindeki zararlı etkilerinin hukuki denetimden arı olabileceği ortaya çıkmıştır. Dijitalleşmenin ve yapay zekanın günlük hayattaki kullanım sıklığı düşünüldüğünde bu imkânların ekonomik yaptırımların zararlarını azaltırken etkilerini arttırmak yolunda kullanılması için daha yoğun çaba sarf edilmelidir. Oluşturulacak etkin mekanizmalarla insan hakları hukuku, insancıl hukuk, uluslararası ticaret hukuku ve genel olarak uluslararası hukuka uygunluk temin edilmelidir; zira uygulanan tedbirler nedeniyle zarar gören Rus halkı, Rusya ile ticaret yapan devletler ve kişiler, dünyada bölünmüşlüklerle ortaya çıkan tablo ile rövanşist yaklaşımlar güden politikalar henüz pandeminin yaralarını saramamış dünya ekonomisinde zorlu bir sürecin bizi beklediğinin göstergesidir.

108 Universal Declaration of Human Rights (n 56).

109 European Convention on Human Rights (Date of Conclusion 04 November 1950) 213 UNTS 221; İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6366, Kabul Tarihi: 10.03.1954, RG 19.03.1954/8662.

**Teşekkür:** Bu çalışmanın ortaya çıkarılmasındaki katkılarından ötürü Çocuk Mahkemesi Emekli Hâkimi Sayın Gökten Koçoğlu'na teşekkürlerimi sunarım

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Acknowledgement:** I would like to thank Gökten Koçoğlu, Retired Judge of the Juvenile Court, for her contribution to the discovery of this study.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

---

## Bibliyografya/Bibliography

### Kitaplar ve Kitap Bölümleri/ Books and Book Chapters

Cassese A, *International Law* (2nd edn, OUP 2005).

Charron A, 'Sanctions and Africa: United Nations and Regional Responses' in Boulden J (ed), *Responding to Conflict in Africa: The United Nations and Regional Organizations* (Palgrave 2013) 77-98.

Dupont PE, 'Human rights implications of sanctions' in Masahiko Asada (ed) *Economic Sanctions in International Law and Practice* (Routledge 2020) 39-61.

Giumelli F, 'Implementation of sanctions: European Union' in Asada M (ed), *Economic Sanctions in International Law and Practice* (Routledge 2020) 116-135.

Gordon R, Smyth M and Cornell T, *Sanctions Law* (Hart 2018).

Hayashi M, 'Russia: The Crimea Question and autonomous sanctions' in Masahiko Asada (ed), *Economic Sanctions in International Law and Practice* (Routledge 2019) 223-243.

Keskin AC, *Avrupa Birliği Temel Kurum ve Değerleri* (On İki Levha 2019).

Lowenfeld A, *International Economic Law* (OUP 2002).

Milaninia N, 'Jus ad bellum economicum and jus in bello economico: The Limits of Economic Sanctions Under the Paradigm of International Humanitarian Law' in Ali Z Marossi and Marisa R Bassett (eds), *Economic Sanctions Under International Law* (TMC Asser and Springer 2015) 95-124.

Ruys T, 'Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concept and International Legal Framework' in van den Herik L (ed), *Research Handbook on UN Sanction and International Law* (Elgar 2017).

Shaw M, *International Law* (6th edn, Cambridge 2008).

White ND and Abass A, 'Countermeasures and Sanctions in International Law' in Malcolm Evans (ed) *International Law* (OUP 2018) 521-547.

### Makaleler/Articles

Ahn DP, 'Economic Sanctions: Past, Present and Future' (2019) 20 *Georgetown Journal of International Affairs* 126-132.

Carter BE and Farha R, 'Overview and Operation of U.S. Financial Sanctions, Including the Example of Iran' (2013) 44 *Georgetown Journal of International Law* 903-913.

- Chacko E, 'Due Process Is in the Details: U.S. Targeted Economic Sanctions and International Human Rights Law' (2019) 113 AJIL Unbound 157-162.
- Gordon J, 'The Invisibility of Human Harm: How Smart Sanctions Consumed All the Oxygen in the Room' (2015) 82(4) Social Research 863-874.
- Gutmann J, Neuenkirch M, Neumeier F and Steinbach A, 'Economic sanctions and human rights: Quantifying the legal proportionality principle' (2018) 2/18 Research Papers in Economics, Universität Trier.
- Hofer A, 'The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?' (2017) 16(2) Chinese Journal of International Law 175-214.
- Hovell D, 'Unfinished business of international law: The questionable legality of autonomous sanctions' (2019) 113 AJIL Unbound 140-145.
- Ilieva J, Aleksandar Dashtevski, and Filip Kokotovic, 'Economic Sanctions in International Law' (2018) 9(2) UTMS Journal of Economics 201-211.
- Kirilakha A, Felbermayr G, Syropulos C, Yalcin E and Yotov Y, 'The Global Sanctions Data Base: An Update that Includes the Years of the Trump Presidency' (2021) 10 School of Economics Working Paper Series LeBow College of Business, Drexel University <[https://ideas.repec.org/p/ris/drxlwp/2021\\_010.html](https://ideas.repec.org/p/ris/drxlwp/2021_010.html)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Lopez GA, 'In defence of Smart Sanctions: A Response to Joy Gordon' (2012) 26(1) Ethics & International Affairs 135-146.
- Mack A and Khan A, 'Efficacy of UN sanctions' (2000) 31(3) Security Dialogue 279-292.
- Martin C, 'Economic sanctions under international law: A Guide for Canadian Policy', Rideau Institute on International Affairs and the Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa Research Report (2021), <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3973142](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3973142)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Meissner K, 'How to sanction international wrongdoing? The design of EU restrictive measures.' [2022] Review of International Organizations <<https://doi.org/10.1007/s11558-022-09458-0>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2022.
- Özdamar Ö and Shahin E, 'Consequences of Economic Sanctions: State of the Art and Paths Forward' (2021) 23 International Studies Review 1646-1671.
- Pape RA, 'Why economic sanctions do not work' (1997) 22(2) International Security 90-136.
- , 'Why economic sanctions still do not work' (1998) 23(1) International Security 66-77.
- Peksen D and Drury AC, 'Economic Sanctions and Political Repression: Assessing the Impact of Coercive Diplomacy on Political Freedoms' (2019) 10(3) Human Rights Review 393-411.
- , 'Coercive or Corrosive: The Negative Impact of Economic Sanctions on Democracy' (2010) 36(3) International Interactions 240-264.
- Peksen D, 'Economic Sanctions and Human Security: The Public Health Effect of Economic Sanctions' 7(3) Foreign Policy Analysis 237-251.
- , 'Economic Sanctions and Official Ethnic Discrimination in Target Countries, 1950-2003' (2016) 27(4) Defence and Peace Economics 480-502.
- , 'How Do Target Leaders Survive Economic Sanctions? The Adverse Effect of Sanctions on Private Property and Wealth' (2016) 13(1) Foreign Policy Analysis 215-232.

- Peksen D, Peterson TM and A. Drury AC, 'Media-Driven Humanitarianism? News Media Coverage of Human Rights Abuses and the Use of Economic Sanctions' (2014) 58(4) *International Studies Quarterly*, 855–866.
- Pirim CZ, 'Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme' [2012] *Public and Private International Law Bulletin* 147-182.
- Reisman WM and Stevick DL, 'The Applicability of International Law Standards to United Nations Economic Sanctions Programmes' (1998) 9(1) *EJIL* 86-141.
- Schmidt J, 'The Legality of Unilateral Extra-Territorial Sanctions under International Law' (2022) 27(1) *Journal of Conflict and Security Law* 53-81.
- Şimşek GE, 'Uluslararası Hukuk Açısından Ekonomik Yaptırımlar ve ABD'nin Tek Taraflı Yaptırımlarının Kısa Bir Değerlendirilmesi' (2020) 78/4 *İstanbul Hukuk Mecmuası* 2049-2078 <<https://doi.org/10.26650/mecmuu.2020.78.4.0011>> erişim 23 Mart 2023.
- Tzanakopoulos A, 'The Right to Be Free from Economic Coercion', *Oxford Legal Studies Research Paper* (41/2015).

## İnternet Kaynakları/Online Resources

- 'European External Action Service' <[https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/eeas\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/eeas_en)> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- European Union, 'EU Priorities 2019-2024' (2019) <[https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/eu-priorities\\_en](https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/eu-priorities_en)> Erişim Tarihi 13 Ağustos 2022.
- Frost L, 'Primer: Sanctions on Russia and Their Implications' (*IFLR*, 22 March 2022) <<https://www.iflr.com/article/b1x8nlrgf71rzd/primer-sanctions-on-russia-and-their-implications>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.
- Garfield G, 'Morbidity and Mortality Among Iraqi Children from 1990 to 1998: Assessing the Impact of the Gulf War and Economic Sanctions' (2019) *Kroc Institute for International Peace Studies, University of Notre Dame*, <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A2E2603E5DC88A4685256825005F211D-garfie17.pdf>> Erişim Tarihi 8 Aralık 2022.
- Ongena S, Pestova A and Mamonov M, 'The price of war: Macroeconomic effects of the 2022 sanctions on Russia' (*VoxEU & CEPR*, 15 April 2022) <<https://cepr.org/voxeu/columns/price-war-macroeconomic-effects-2022-sanctions-russia>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.
- Pekşen D, 'Socio-Economic and Political Consequences of Economic Sanctions for Target and Third-Party Countries' <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/Seminars/CoercitiveMeasures/DursunPeksen.pdf>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.
- 'Russia Faces 'Reverse Industrialization' in Sanction Squeeze' (*Bloomberg*, 22 April 2022) <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-04-22/russia-faces-reverse-industrialization-in-sanctions-squeeze>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.
- UN Department of Political and Peacebuilding Affairs, 'United Nations Security Council Sanctions Regimes' (2022) <[https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/subsidiary\\_organs\\_factsheets.pdf](https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/subsidiary_organs_factsheets.pdf)> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.
- 'UN Sanctions' (*Security Council Report*, 25 November 2013) <<https://www.securitycouncilreport.org/research-reports/un-sanctions.php>> Erişim Tarihi 8 Ağustos 2022.
- UN Security Council (UNSC), 'Sanctions' <<https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/information>>. Erişim Tarihi 19 Ağustos 2022.

US Department of Treasury, 'U.S. Treasury Announces Unprecedented & Expansive Sanctions Against Russia, Imposing Swift and Severe Economic Costs' <<https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0608>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.

von der Leyen U, 'Speech by President von der Leyen at the EP Plenary on the social and economic consequences for the EU of the Russian war in Ukraine – reinforcing the EU's capacity to act' (*European Commission Press Corner*, 4 May 2022) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech\\_22\\_2785](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_22_2785)> Erişim Tarihi 11 Mayıs 2022.

## **Uluslararası Andlaşmalar/ International Treaties**

Birleşmiş Milletler Andlaşması RG 6902/24.08.1945 (24 Ağustos 1945)

Charter of the Organization of American States (Date of Conclusion 30 April 1948) 119 UNTS 3

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C326/47

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Date of Signature 9 December 1948) 78 UNTS 277

General Agreement on Tariffs and Trade (Date of Signature 30 October 1947) 55 UNTS 194

Havana Charter for an International Trade Organisation (24 March 1948) UN Doc E/C.2/78

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community [2007] OJ C306/01

European Convention on Human Rights (Date of Conclusion 04 November 1950) 213 UNTS 221

## **Uluslararası Örgüt Metinleri/ International Organization Texts**

### **BM**

'Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session' (2001) 2(2) *YILC*.

International Law Commission, 'Summary records of the second session' [1950] 1 *YILC* 130-150.

OHCHR, 'Analytical study focusing on gender-based and sexual violence in relation to transitional justice' UN Doc A/HRC/27/21.

UN Doc A/RES/ES-11/1.

UN Human Rights Council Rep 37/21 (2018).

UN Human Rights Council, 'Situation of Human Rights in Cuba' (27 January 2007), UN Doc A/HRC/4/12.

UN Secretary General, 'Annual Report on the work of the Organisation' (1998) UN Doc A/53/1.

UNCHR, 'Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights' (2018) UN Doc A/73/175.

UNHRC Rep 'Report of the Human Rights Council on its thirtieth session' UN Doc A/HRC/30/2.

UNHRC Rep 'Report of the Working Group on the Universal Periodic Review' (2017) UN Doc A/HRC/36/10.

UNHRC 'Human Rights and Unilateral Coercive Measures' (2018) UN Doc A/HRC/RES/37/21.

UNGA Res 36/103 (9 December 1981) UN Doc A/RES/36/103.

UNGA 'Human rights and unilateral coercive measures' (18 January 2019) UN Doc A/RES/73/167.

Universal Declaration of Human Rights, UNGA Res 217 A(III) (10 December 1948).  
UNSC Res 1267 (15 Oct 1999) UN Doc S/RES/1267.  
UNSC Res 1333 (19 Dec 2000) UN Doc S/RES/1333.  
UNSC Res 1390 (16 Jan 2002) UN Doc S/RES/1390.  
UNSC Res 1718 (14 Oct 2006) UN Doc S/RES/1718.

## **DTÖ/GATT**

*United States Exports Restrictions (Czechoslovakia)* (8 June 1949) BISD II/28.

## **Yargı Kararları/ Judgments**

### **ABD Mahkemeleri**

*Al Haramain Islamic Found Inc v US Dep't of Treasury*, 686 F 3d 965 (9th Cir 2012).  
*Kadi v Geithner*, 42 F Supp 3d 1 (DDC 2012) 6-7, 11-13, 29.  
*Kindhearts v Geithner*, 647 F Supp 2d 857 (ND Ohio 2009).

### **Avrupa Birliği Adalet Divanı**

Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P *Commission and United Kingdom v Kadi* [2013] Judgment of the Court (Grand Chamber) of 18 July 2013.  
Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P, and C-595/10 P *European Commission and the Council of the European Union v Yassin Abdullah Kadi* [2013].  
Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2008] ECR I-06351.  
Case T-85/09 *Yassin Abdullah Kadi v European Commission* [2010] ECHR II-05177.

### **Uluslararası Adalet Divanı**

*Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russia)* (Order) 7 March 2022, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 9 Aralık 2022.  
*Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* (Order) [2018] ICJ Rep 623.  
*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)* (Merits) [2021] ICJ Rep 71.  
*The Case of the S.S. "Lotus" (France v Turkey)* PCIJ Rep Ser A No 10.

### **Yasa Metinleri/ Law Texts**

Public Law 115–44 (2 August 2017). 31 USC 5326.

## (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Kararları Işığında) 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Çocuğun Üstün Yararı

Applying the Principle of Best Interests to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Light of the Decisions of the European Court of Human Rights and of Turkish Courts

Özlem Canbeldek Akın\* 

### Öz

1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme, mutad meskeni akit bir devlette bulunan ve velayet hakkı ihlâl edilerek başka bir akit devlete kaçırılarak götürülen veya alıkonulan ve 16 yaşını henüz tamamlamamış çocuğun mutad meskenine derhal iadesini sağlamayı amaçlamaktadır. İade kararı, velayete ilişkin karar verinceye kadar olan geçici bir dönemi düzenleyen, usûli bir karar olarak öngörülmüş olup velayet hakkına ilişkin kararın, bu konuda daha yetkin olduğu kabul edilen mutad mesken mahkemesi tarafından verilmesi tercih edilmiştir. Sözleşme'de, derhal iade amacı gözetilerek sınırlı sayıda iade ret sebebine yer verilmiştir ve çocuğun üstün yararı ilkesi sayılan bu iade ret sebepleri arasında yer almamaktadır. Ancak bu noksanlık Sözleşme kapsamında çocuğun üstün yararı ilkesinin gözetilmediği anlamına da gelmemektedir; derhal iade ve iadenin yaratabileceği risklerin bertaraf edilebilmesi amacıyla yer verilen iade ret sebepleriyle bu ilkenin temin edildiği kabul edilmektedir. Çocuğun, ebeveynleriyle ilişkilerini düzenlemesi açısından Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8'de yer alan 'aile hayatına saygı hakkı'yla yakından bağlantılıdır. Belirtilen nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, Sözleşme ve aile hayatına saygı hakkı beraber yorumlanmaktadır. Kararların belirli bir kısmında Sözleşme ve m. 8 uyumlu bir şekilde yorumlanıp uygulanırken, bir kısmında Sözleşme'deki derhal iade ilkesi göz ardı edilerek çocuğun üstün yararına ilişkin ayrıntılı ve müstakil bir değerlendirme yapılmaktadır. Çalışmamızda, Lahey Sözleşmesi bağlamında çocuğun üstün yararı ilkesi öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ışığında ele alınmakta ve daha sonra söz konusu ilkenin Türk mahkeme kararlarındaki yeri ortaya konmaya çalışılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme, Çocuğun Üstün Yararı, İade, *X v Latvia*, *Neulinger and Shuruk v Switzerland*

### Abstract

The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction was signed on October 25, 1980 with the aim of preventing the “wrongful removal or retention [of children under 16 years of age] and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence.” Decisions regarding the return of a child are considered temporary and procedural, while decisions regarding custody rights are left to the courts of habitual residence. The convention states a limited number of grounds for refusal to return, and the best interest of the child does not occur among these. Despite its absence, the convention operates on the assumption that a prompt return is in

\* **Sorumlu Yazar:** Özlem Canbeldek Akın (Dr. Öğr. Üyesi), Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: ozlem.canbeldekakin@bakircay.edu.tr ORCID: 0000-0002-9593-4572

**Atıf:** Canbeldek Akın O, “(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Kararları Işığında) 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Çocuğun Üstün Yararı” (2023) 43(1) PPIL 177. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1.1202464>

children's best interests, with exceptions being provided under certain limited circumstances so as to secure the child's best interests under these exceptional situations. The convention is considered to be closely tied to Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR, 1953), as it regulates children's relationships with their parents. Therefore, the convention and Article 8 of ECHR are applied together in the decisions of the European Court of Human Rights. The convention and Article 8 of ECHR have been interpreted harmoniously in some decisions, while the Court has also conducted a separate and extensive best interest principal analysis for other decisions. This paper will analyze the best interest principle in the context of the convention and in light of the decisions of the European Court of Human Rights and of Turkish court..

**Keywords**

Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Child's Best Interests, *X v. Latvia, Neulinger and Shuruk v. Switzerland*

**Extended Summary**

The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction was enacted on October 25, 1980 ("The Hague Convention") and aims to prevent the "wrongful removal or retention [of children under 16 years of age] and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence." Due to the prompt return requirement, decisions regarding the return of a child are considered temporary, procedural, and summary, whereas decisions regarding custody rights, which require extensive and detailed analysis of the family situation, have been left to the courts of habitual residence.

The Hague Convention states a limited number of grounds for the refusal to return, and the child's best interest is not among these grounds. Despite its absence, the principle of best interest is not exempt from the convention's objectives, as it operates on the assumption that a prompt return is in the best interest of a child. Moreover, exceptions are provided for certain limited circumstances to further secure the best interests of children under these exceptional situations. These exceptional situations are regulated in Article 13 of the Convention: (i) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or (ii) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation. Courts of the members' States are therefore expected to secure a prompt return and to refuse return applications based only on the exceptions stated in the Hague Convention .

The European Court of Human Rights lacks the direct competence to review court decisions related to the Hague Convention. Still, the Hague Convention is closely tied to Article 8 of the European Convention on Human Rights ("ECHR"), as it guarantees the right to respect for family life. Therefore, the convention and Article 8 of ECHR are applied simultaneously in the decisions of the European Court of Human Rights. The Hague Convention and Article 8 of the ECHR are interpreted harmoniously in some of these decisions, while the Court conducts a separate and extensive best interest principle analysis for other decisions.



Until 2010, the European Court of Human Rights' approach was positive toward the the Hague Convention, yet this pattern was altered with the decision regarding *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (2004). In this case, the European Court of Human Rights Grand Chamber required domestic courts to conduct an in-depth examination of the entire family situation and the best interests of the child before deciding on whether child should be returned. Best interest of the child, in this ruling was considered as a separate refusal factor, despite the fact that refusal grounds are regulated in *numerus clausus* basis in the Hague Convention. This decision received strong criticism, as such a shift would seriously undermine the effective operation of the Hague Convention .

Meanwhile, the Grand Chamber clarified the relationship between the Hague Convention and Article 8 of ECHR in the decision regarding *X v. Latvia* (2013). In this ruling, the Grand Chamber required domestic courts to genuinely take into account the factors capable of constituting an exception to a child's immediate return, to make a decision that was sufficiently reasoned on this point, and to evaluate the decision in light of Article 8 of ECHR. In other words, the principle of best interests was taken into account when interpreting the exceptions to the Hague Convention (in particular physical or psychological grave risk or in an intolerable situation risk exception) not as a separate factor regarding denying a child's return. Using this approach, the court reached a harmonious interpretation of these conventions.

The approaches regarding the decisions in *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (2004) and *X v. Latvia* (2013) affected the European Court of Human Rights' subsequent chamber decisions and local court decisions, including Turkish court rulings. The decisions of the Turkish courts can be divided into three main categories according to how they approach the best interests principle in disputes related to the Hague Convention. In the first category, return decisions are based on the exceptions to the Hague Convention without any reference to the best interests principle. In the second category, decisions are based on exceptions to the Hague Convention , yet unlike the first category, these exceptions are interpreted in light of the best interests principle. In the third category, the best interests principle plays a central role and is taken into account as a separate factor for denying a return application. This paper aims to cover the role of the best interests principle in the Hague Convention by analyzing the decisions of the European Court of Human Rights and of Turkish courts.

## (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yargı Kararları Işığında) 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin Uygulanmasında Çocuğun Üstün Yararı

### Giriş

1980 tarihli Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme (Sözleşme), Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (*Hague Conference on Private International Law - HCCH*) tarafından hazırlanmış ve 01 Aralık 1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye adına 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanmış ve 01 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>1</sup>.

Sözleşme, farklı vatandaşlıktan kişiler arasındaki evliliklerin artmasıyla giderek büyüyen bir sorun halinde gelen uluslararası çocuk kaçırma vakıalarına, çocuğun mutad meskenin bulunduğu devletle, iade talep edilen devlet arasında idari ve hukuki iş birliğini artırmak suretiyle bir çözüm yaratmayı amaçlamaktadır<sup>2</sup>.

Sözleşme, mutad meskeninden hukuka aykırı olarak uzaklaştırılmış çocuğun, mutad meskenine bir an evvel iadesinin, çocuğun üstün yararı ilkesine hizmet edeceği varsayımına dayanmaktadır<sup>3</sup>. Öte yandan, derhal iade her somut olayda çocuğun üstün yararına bir netice doğurmadığı üzere, Sözleşme'de tahdidi olmak suretiyle çeşitli iade ret sebeplerine yer verilmiştir<sup>4</sup>.

Mutad meskene derhal iade kararı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8'in unsurlarından biri olan aile hayatına saygı hakkıyla da yakından bağlantılıdır. Zira uluslararası çocuk kaçırma vakıalarında çocuk sadece mutad meskeninden değil aynı zamanda geride kalan ebeveyninden de uzaklaştırılmaktadır. Belirtilen nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin kararlarında, Sözleşme'nin AİHS m. 8'le uyumlu bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. AİHM bu noktada, çelişkili ve Lahey Sözleşmesi'nin derhal iade amacını zedeleyici kararlar verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Gerçekten de Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin AİHM kararlarında yeknesak bir uygulama geliştirebildiğini iddia etmek mümkün

1 Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmenin Uygun Bulunmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 4461, Kabul Tarihi: 03.11.1999, RG 11.11.1999 / 23873. Sözleşme'nin onaylanmasına ilişkin 29.12.1999 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı 15.02.2000 tarih ve 23965 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Onay belgesinin tevdi makama iletilmesini müteakip Sözleşme 01.08.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> Erişim tarihi: 16 February 2023). Sözleşmenin uygulama esas ve usullerinin düzenlendiği 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun ise 04 Aralık 2007 yılında yürürlüğe girmiştir (Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5717, Kabul Tarihi: 22.11.2007, RG:04.12.2007 / 26720)

2 Helen Keller and Corina Heri, 'Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights' (2015) 84(2) Nordic Journal of International Law 270, 271; Jennifer Paton, 'The Correct Approach to the Examination of the Best Interests of the Child in Abduction Convention Proceedings Following the Decision of The Supreme Court in RE E (Children) (Abduction: Custody Appeal)' (2012) 8 (3) Journal of Private International Law 547, 547; İnci Ataman-Fıganmeşe, 'Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi' in Prof. Dr. Nihal Uluoçak'a Armağan (Beta 1999) 55, 60.

3 Paton (n 2) 548.

4 İbid 548.

gözükmemektedir.

Çalışmamızda öncelikle çocuğun üstün yararı ilkesinin Lahey Sözleşmesi'ndeki görünümü irdelenmekte, daha sonra konuya ilişkin farklı yöndeki AİHM kararları ele alınarak kararlar ışığında değerlendirme yapılmakta ve son olarak Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin Türk mahkeme kararlarında çocuğun üstün yararı ilkesinin karara olan etkisi tespit edilmeye çalışılmaktadır<sup>5</sup>.

## I. 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nde Çocuğun Üstün Yararı

### A. Genel Olarak Lahey Sözleşmesi

Ülkemizin 2000 yılından beri tarafı olduğu Lahey Sözleşmesi'nin konusu m. 1'de; "haksız olarak akit bir devlete götürülmüş veya alıkonulmuş çocukların derhal iadesini ve bir akit devletteki velayet ve ziyaret hakkına diğer akit devletlerde uyulmasını sağlamak" olarak açıklanmıştır. Sözleşmenin 4. maddesinde uygulama alanı, on altı yaşını henüz doldurmamış ve kaçırma / alıkonulmadan önce mutad meskeni akit bir devlette bulunan çocuklarla sınırlanmıştır.

Sözleşmede iade yaptırımının öngörüldüğü ilk durum çocuğun hâlihazırdaki mutad meskeninden hukuka aykırı bir fiille uzaklaştırılması, ikincisiyse çocuğun hukuken uygun görülen sürenin bitmesine karşın mutad meskenine iade edilmemesi yani alıkonulmasıdır<sup>6</sup>. Sözleşmenin 12. maddesi uyarınca iade kararı verilebilmesi için, mutad mesken hukuku uyarınca velayet hakkına sahip ebeveyninin, kaçırma veya alıkoyma fiilinin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde başvuru yapması şartı aranmaktadır. Bir yıllık sürenin geçmesinden sonra yapılan başvurularda iade kararı, çocuğun yeni ortama tamamen uyum sağlamamış olması şartına bağlıdır.

Sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için taraf devletlerin merkezi bir makam tayin etmeleri ve merkezi makamların derhal iade hususunda iş birliği içinde bulunmaları gerekli kılınmıştır (m. 6 ve m. 7).

Sözleşme, çocuğun derhâl iadesini ve velayete ilişkin detaylı incelemenin mutad

5 AİHM'in konuya ilişkin kararları üzerine bir inceleme için bkz Faruk Kerem Giray, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma ihtilaflarına İlişkin Seçilmiş Kararları' (2015) 35 (2) Public and Private International Law Bulletin 173-201.

6 Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi* (1st edn, Beta 2010) 15; Cemal Şanlı, İnci Ataman-Figanmeşe and Emre Esen, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 199. Sözleşme'nin uygulanabilmesi için çocuğun mutad meskenin kaçırılma / alıkonulmadan önce akit devletlerden birinde olması aranmakta olup, vatandaşlığı ve hatta mülteci statüsünde olması Sözleşme'nin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir (Faruk Kerem Giray, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesine İlişkin Taleplerin Reddi Sebepleri ile Türk Mahkemelerinin Konuya İlişkin Uygulamaları' (2011/7) 20 Fasikül Dergisi Özel Sayısı 41, 42); Ataman-Figanmeşe (n 2) 63.

mesken mahkemesi tarafından yapılmasını öngörmektedir<sup>7</sup>. Zira detaylı bir inceleme yargılama süresinin uzamasına ve çocuğun diğer ebeveyn ve mutad meskeniyle bağının zayıflamasına neden olmaktadır<sup>8</sup>. Sözleşmede öngörülen iade prosedürü bu açıdan usûli olarak nitelendirilmektedir<sup>9</sup>. Velayete ilişkin kararın mutad mesken mahkemesine bırakılmasının bir diğer sebebi, bu incelemenin çocuğun üstün yararına ilişkin detaylı bir inceleme gerektirmesi ve delillere erişim açısından mutad mesken mahkemesinin en yetkin mahkeme olduğu kabulüdür<sup>10</sup>.

Sözleşme’de, derhal iade temel kural olarak benimsenmiş olmakla beraber, sınırlı da olsa iade ret sebeplerine yer verilmiştir. İade talebinin reddedilebileceği sebeplerin ilki m. 13 / f. 1- a’ da düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca, çocuğun bakımını üstlenen kişi veya kurumun; (i) hukuka aykırı yer değiştirme / alıkonulmanın gerçekleştiği dönemde velayet hakkını fiilen kullanmıyor olması veya (ii) yer değiştirme / alıkoymaya rıza göstermesi veya sonradan tasvip etmesi geçerli bir iade ret sebebi teşkil etmektedir. Uygulamada sıklıkla ileri sürülen bir diğer ret sebebi, çocuğun iadesinin (i) onun hakkında fiziksel ya da ruhsal bir tehlike sebebi oluşturması veya (ii) iadenin herhangi bir sebeple çocuğu kabul edilemez duruma sokacak olmasıdır (m. 13 / f. 1- b)<sup>11</sup>. Çocuğun, görüşünün dikkate alınabilecek bir yaşta olması koşuluna bağlı olarak, iadeye karşı çıkması da takdiri bir iade ret sebebi olarak düzenlenmiştir (m. 13 / f. 2).

İade talebinin reddine imkân tanıyan ve yukarıda yer verilen ret sebeplerine nazaran istisnai bir özellik gösteren bir diğer düzenleme Sözleşmenin 20. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, çocuğun iadesinin, talepte bulunulan devletin insan hakları ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilkelerini ihlâl edecek bir sonuç ortaya çıkartacak olması halinde iade talebi edilebilecektir. Maddenin uygulama alanı 12. madde uyarınca verilen iade kararlarıyla sınırlı olup, 13. madde kapsamındaki iade taleplerinde dikkate

7 Peter McEleavy, ‘The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?’ (2015) 62 (3) Netherlands International Law Review 365, 366; Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Aile Hukuku (1st edn, Vedat 2010) 195. Sözleşme’nin 5. maddesinde yer alan “right of custody” terimi Sözleşme’nin resmi tercümesinde velayet hakkı olarak değil, “koruma hakkı” şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde de ifade edildiği üzere, koruma hakkı ve velayet hakkı farklı kavramlar olup, Sözleşme kapsamında resmi tercümedeki koruma hakkı ifadesinin tercih edilmiş olması yerinde olmuştur (Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 12-13. Öte yandan Sözleşme’nin uygulama esas ve usullerinin düzenlendiği 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanunda koruma hakkı terimi yerine velayet hakkı terimi tercih edilmiş ve m 3 / f d’de velayet hakkı “çocuğun bakım, gözetim ve koruma ile meskenini tayin etme hakkı” olarak tanımlanmıştır. Çalışmamızda, belirtilen nedenle, koruma hakkına karşılık gelmek üzere velayet hakkı terimi tercih edilmiştir.

8 McEleavy (n 7) 367; Keller and Heri (n 2) 271.

9 Linda Silberman , ‘Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis’ (1994) 28 (1) Special Issue on International Family Law 9, 10

10 Silberman ‘Hague Convention’ (n 9) 11; HCCC, ‘1980 Child Abduction Convention Guide to Good Practice Article 13(1) (b) Part VI’ <<https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>> Erişim tarihi: 10 July 2022 para 15; Akıncı and Gökyayla (n 7) 195. Velayete ilişkin kararın, bu konudaki en yetkin mahkeme olduğu varsayılan mutad mesken mahkemesine bırakılması çocuğun üstün yararı ilkesine de hizmet edecektir (Linda Silberman , ‘Abbott v. Abbott’ (2011) 105 (1) The American Journal of International Law 108 – 114)

11 Türk hukuku açısından söz konusu düzenlemenin uygulamada gerektiği sıklık ve özenle uygulanmadığı, Sözleşme kapsamında esas olanın koşulsuz iade değil, çocuğun üstün yararının gerektirdiği durumlarda iade olduğuna ilişkin görüş ve değerlendirmeler için bkz Bahadır Erdem, ‘Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları’ (2015) 2 Public and Private International Law Bulletin 147 vd.

alınmayacaktır<sup>12</sup>.

Yukarıda yer verilen Sözleşme hükümlerinden görüldüğü üzere, çocuğun üstün yararı ilkesi Sözleşme'de yer verilen iade ret sebeplerinden biri değildir. Buna karşın, çocuğu ilgilendiren her düzenlemede olması beklediği şekilde, çocuğun üstün yararı Sözleşme'nin temel amacı olarak değerlendirilmektedir. Çalışmanın bir sonraki bölümünde, çocuğun üstün yararı ilkesinin Sözleşme'deki görünümüne yer verilecektir.

## B. Çocuğun Üstün Yararı Kavramı ve Lahey Sözleşmesindeki Görünümü

Çocuğun üstün yararı, temel insan haklarına dair ilişkin düzenlemeler içeren uluslararası sözleşmelerin hemen hemen tümünde yer alan önemli bir ilke olarak değerlendirilmektedir<sup>13</sup>. Söz konusu ilke 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Kurulunca kabul edilen Çocuk Hakları Bildirisi 2. paragrafında, “çocuğun fiziki, ruhsal, mental ve sosyal gelişiminin sağlıklı olmasının temin edilmesi gerektiği ve bu amaçla yürürlüğe konan düzenlemelerde çocuğun üstün yararının esas olduğu” şeklinde yer almaktadır. 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (BMÇHS) m. 3 / f. 1'de de, çocukları ilgilendiren tüm işlemlerde çocuğun üstün yararına öncelik tanınması gerektiği şu şekilde düzenlenmiştir: “Çocuklara ilişkin olarak kamusal ya da özel sosyal yardım kurumları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan bütün tasarruflarda, çocuğun yüksek yararı öncelikli olarak göz önünde bulundurulacaktır”. Görüldüğü üzere, söz konusu düzenlemelerde çocuğun üstün yararı ilkesinin önemi vurgulanmış ancak tanımına yer verilmemiştir<sup>14</sup>.

Çocuğun üstün yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi tarafından hazırlanan, çocuğun yüksek yararı ilkesine ilişkin yorum metninde ele alınmış ve çocuğun üstün yararı kavramının içeriğinin her somut olayda ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>15</sup>. Raporunda ayrıca, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı sözleşmelerinin onaylanması ve uygulanması tavsiye edilmiş ve bu Sözleşmeler ile çocuğun üstün yararı ilkesinin uygulanmasının kolaylaştırılacağı ve ebeveynlerin farklı ülkelerde yaşadığı durumlarda ilkenin hayata geçirilmesi için güvence sağlanacağı belirtilmiştir<sup>16</sup>.

12 Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 186

13 Keller and Heri (n 2) 273

14 Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 48

15 United Nations Committee on the Rights of the Children General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) para 32 <[https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc\\_c\\_gc\\_14\\_eng.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf)> Erişim Tarihi 10 July 2022

16 ibid para 71

Çalışmamızın konusunu oluşturan Lahey Sözleşmesi'nin uygulamaya ilişkin bölümünde çocuğun üstün yararı kavramına yer verilmediği görülmektedir<sup>17</sup>. Ancak bu eksiklik ihmâl veya Sözleşme'de çocuğun üstün yararı ilkesinin göz ardı edilmesinden kaynaklanmamaktadır. Aksine "Pe´rez-Vera Raporu" olarak anılan, Sözleşme'ye ilişkin Açıklama Raporu'nda çocuğa ilişkin tüm düzenlemelerde olduğu gibi üstün yarar ilkesinin bu Sözleşme'de de esas alındığı açıkça belirtilmektedir<sup>18</sup>. Bir diğer ifadeye, aşağıda gerekçelendirileceği üzere, çocuğun üstün yararı ilkesi Sözleşme'nin temel amacını oluşturmaktadır<sup>19</sup>.

Sözleşme öncelikle, mutad meskeninden hukuka aykırı uzaklaştırılmasının çocuğa zarar vereceği ve bu nedenle mutad meskene derhal iadesinin çocuğun üstün yararına hizmet edeceği varsayımına dayanmaktadır<sup>20</sup>. Pe´rez-Vera Raporu'nda bu varsayım, "Sözleşme'nin, 'çocuğun meskeninden uzaklaştırılmasının önlenmesi' ve 'uzaklaştırılması halinde mutad meskenine derhal iadesi' olmak üzere iki temel amacı olduğu ve bu amaçların her ikisinin de çocuğun üstün yararı ilkesine hizmet ettikleri" şeklinde ifade edilmiştir<sup>21</sup>. Bu minvalde "bir kimsenin bulunduğu yerden ayrılmama hakkının üstün yararın en tartışmasız görünümünden olduğu" görüşüne yer verilmiştir<sup>22</sup>.

17 Tine Van Hof and Thalia Kruger, 'Separation from the Abducting Parent and the Best Interests of the Child: A Comparative Analysis of Case Law in Belgium, France and Switzerland' (2018) 65 Neth Int Law Rev 131, 134; Andreas Bucher, The New Swiss Federal Act on International Child Abduction (2008)4 (2) Journal of Private International Law 139, 155. Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 47. Ancak bu noktada, Sözleşme'nin hazırlandığı tarihte henüz BMÇHS'nin henüz hazırlanmamış olduğu ve çocuğun üstün yararı ilkesinin ilişkin hak görünümünde ve bağlayıcı olarak yer almamış olduğunu da ifade etmek gerekmektedir (Adriana de Ruiter, "40 years of the Hague Convention on child abduction: Legal and Societal Changes in the Rights of a Child" (2020) European Parliament's Committee on Legal Affairs < <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>> European Parliament's Committee on Legal Affairs 8 Erişim tarihi 10 July 2022

18 Elisa Pérez-Vera, 'Explanatory Report' <<https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>> Erişim tarihi 10 August 2022 para 16, para 23-25.

19 Ali Gümrah Toker, 'Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi Kapsamında Online İletişim Araçları ile Arabuluculuk Sürecinin İşletilmesi Mümkün müdür?' (2021) 23 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111, 125.

20 Keller and Heri (n 2) 273-274; Lara Walker and Paul Beaumont, 'Shifting The Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice' (2011) 7(2) Journal of Private International Law 231, 231; Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 48; Onur Saatçıoğlu O, 'Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme m.13/1-b Hükmü Kapsamında "Ev İçi Şiddet" Olgusu: Eleştirel Bir Değerlendirme' (2021) 41(1) Public and Private International Law Bulletin 1, 5; Akıncı and Gökyayla (n 7) 193; McEleavy (n 7) s 366; Hof and Kruger (n 17) 134; Paul Beaumont et al 'Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights' (2015) 64 (1) Holliday The International and Comparative Law Quarterly 39, 39; Charlotte Mol and Thaila Kruger, 'International Child Abduction And The Best Interests Of The Child: An Analysis Of Judicial Reasoning In Two Jurisdictions' (2018) 14 (3) Journal of Private 421, 426; Rhona Schuz, 'Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law' (1995) 44(4) The International and Comparative Law Quarterly 771, 775; Günseli Öztekin Gelgel, '25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması' (2017) 37 (2) Public and Private International Law Bulletin 611, 626; Giray, Reddi Sebepleri (n 6) 41; Ali Gümrah Toker, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı* (1st edn, Adalet Yayınları 2020) 36; ibid 117; Lale İzmirli, 'Milletlerarası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Daire Lahey Sözleşmesi'nin 13 / 1- B Maddesi Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Çocuğun Mutad Meskenine Etkisi' (2021) 6 (2) YBHD 469, 483; Esra Tekin, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun İadesinin Reddi Sebepleri' (2019) 2 Ankara Barosu Dergisi 42, 68; Aysun Atıcı, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi ve Türkiye'deki Uygulaması' (2020) 1 İzmir Barosu Dergisi 117, 122. Doktrinde, çocuğun üstün yararına ilişkin değerlendirme açısından, çocuğu doğrudan ve dolaylı olarak etkileyecek kararlar arasında bir ayrım gidilmesi önerilmiştir. Buna göre, velayet gibi çocuğu doğrudan etkileyecek kararlarda 'çocuğun üstün yararının' yargılamanın temel unsuru olması, Lahey Sözleşmesi kapsamındaki iade kararlarında olduğu gibi çocuğu dolaylı olarak etkileyecek kararlarda ise somut olay dikkate alındığında en iyi çözüme (best solution) ulaşmak için dikkate alınabilecek faktörlerden biri olarak ele alınması gerektiği ifade edilmiştir. (John Eekelaar, 'The Role Of The Best Interests Principle In Decisions Affecting Children And Decisions About Children' (2015) 23 Int J Child Rights) 20

21 Pérez-Vera (n 18) para 16, para 24

22 Pérez-Vera (n 18) para 16, para 24

Benzer bir şekilde doktrinde de, çocuğun her iki ebeveyniyle ilişkisini sürdürme hakkının BMÇKS'de yer alan temel haklardan olduğu ve Lahey Sözleşmesinin *status quo anteyi* temin ederek çocuğun üstün yararını temin ettiği ifade edilmektedir<sup>23</sup>.

Sözleşmenin temel prensiplerinden birinin, çocuğun hukuka aykırı yer değiştirilmesinin engellenmesi suretiyle çocuğun üstün yararının temin edilmesi olduğu görüşüne 2020 yılında Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (HHCH) Daimi Büro tarafından hazırlanan Uygulama Rehberinde de yer verilmiştir<sup>24</sup>. Rehberde bu konuya ilişkin yer verilen tespitler yenilik içermemekle beraber, Sözleşme'nin imzaya açılmasından 30 yıl sonra aynı prensibin tekrar edilmesi Sözleşme'ye ilişkin davalarda esas olanın çocuğun mutad meskenine mümkün olduğunca çabuk iadesinin teyidi açısından önemlidir.

Konuya ilişkin yargı kararlarının bir kısmında da bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Örneğin, AIHM Büyük Daire'nin Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin ikinci kararı olan *X v Latvia* kararında, çocuğun derhal iadesinin, çocuğun üstün yararı prensibine hizmet ettiği ifade edilmiştir<sup>25</sup>. *Maumousseau and Washington v. France* kararında da açıkça, çocuğun üstün yararının korunmasının Lahey Sözleşmesi'nin de temel amacı olduğu ve bu amacın çocuğun mutad meskenine derhal iadesiyle sağlanabileceği açıklanmıştır<sup>26</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin 2018 yılında vermiş olduğu bir kararda da, Sözleşme'de çocuğun üstün menfaati gereği alışkın olduğu ortama bir an önce alışkın olduğu ortama dönmesinin amaçlandığı gözetilerek Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin yetkili makamlarca verilen tedbir talepleri hakkında ivedi bir şekilde karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>27</sup>.

Öte yandan, somut olayın özellikleri gereği, çocuğun mutad meskenine derhal iadesinin çocuğun üstün yararı ilkesine hizmet etmeyeceği durumlar da söz konusu olabilmektedir<sup>28</sup>. Sözleşmede yer verilen iade ret sebepleri, bu gibi istisnai durumlarda iadeye engel olmak suretiyle yine çocuğun üstün yararı ilkesini temin etmektedir<sup>29</sup>.

Bu noktada, çocuğun üstün yararı ilkesinin Sözleşme kapsamında ayrı bir iade ret sebebi olarak yer almadığını ifade etmek gerekmektedir. Esasen bu husus Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında da ele alınmıştır. Delegeelerden bir kısmı tarafından, çocuğun

23 Hof and Kruger (n 17) 149

24 HCCH Guide to Good Practice on the Grave-risk Exception (Art. 13(1)(b)) Under the Child Abduction Convention (n 10) para 14 Erişim tarihi: 10 July 2022

25 *X v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 30

26 *Maumousseau and Washington v. France* App No 39388/05 (ECtHR, 6 December 2007) para 68

27 Anayasa Mahkemesi 2015/13760, 18.07.2018 para 94

28 Mol and Kruger (n 20) 427; Gelgel (n 19) 626; Saatcioğlu (n 20) 4, 5

29 McEleavy (n 7) 367; Gelgel (n 19) 626; Kutay Telli, 'The Role Of Central Authorities In The Application of The 1980 Hague Convention On Child Abduction: A Critical Analysis of A Genuine Area Of Public International Law' (2015) 1 (5) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 761, 771; Ahmet Ekinci and Aslıhan Kaplan Arık, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nde Çocuğun İadesi' (2021) 2 *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1123, 1136; Saatcioğlu (n 20) 4-5

yeni ortamındaki durumunun ve üstün yararının iade ret sebebi olarak yer almasının Sözleşme'nin amacına aykırı olacağını savunulurken, bir kısmı tarafından istisnai de olsa çocuğun üstün yararı ilkesinin iade talebinin reddini gerektirebileceği vakıalar olabileceği ileri sürülmüştür<sup>30</sup>. Netice olarak, çocuğun üstün yararı müstakil bir iade ret sebebi olarak öngörülmemiş bunun yerine derhal iade prensibi temel kural olarak kabul edilmiş ve belirli ve sınırlı sayıda ret sebebine yer verilerek uzlaşma sağlanmıştır<sup>31</sup>. Nitekim Pérez-Vera Raporu'nda da çocuğun üstün yararı ilkesinin hukuki bir kavramdan ziyade sosyolojik bir kavram olduğu ve iade kararlarında bu ilkeye dayanılması halinde yerel mahkemelerce farklı yorumlar geliştirilme ve uygulamada yeknesaklığın bozulma riski olduğu açıklanmaktadır<sup>32</sup>.

Yukarıda da yer verildiği üzere, Sözleşme kapsamında iadenin çocuğun üstün yararına aykırı olması başlı başına bir iade ret sebebi teşkil etmemekte ancak çocuğun üstün yararı Sözleşme m. 13 / f. b'de düzenlendiği şekilde katlanılmaz bir durum ortaya çıkartacak ölçüde zedelenmesi halinde iadeye engel oluşturmaktadır<sup>33</sup>. Bu minvalde, belirtilen istisnanın çocuğun üstün yararı ilkesine referansla yorumlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>34</sup>.

Çocuğun, kural olarak derhal iadesinin esas olması sebebiyle, iadeye ilişkin yargı sürecinin de velayet davalarından farklı olarak hızlı olması gerekmekte ve uyumsuzluğun esasına ilişkin detaylı bir incelemeden kaçınılması gerekmektedir<sup>35</sup>.

30 E Anton, 'The Hague Convention on International Child Abduction' (1981) 30 (3) The International and Comparative Law Quarterly 537, 550

31 ibid 550; Silberman 'Hague Convention' (n 9) 26

32 Pérez-Vera (18) para 16, para 22-23.

33 Bucher (n 17) 155; Mol and Kruger (n 20) 427; Schuz ( n 20) 776

34 Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 52; Bucher (n 17) 156; Torunn E Kvisberg, 'Child Abduction Cases in the European Court Of Human Rights – Changing Views on the Child's Best Interests' (2019) 6(2) Oslo Law Review 90, 93; İzmirlı (n 20) 490; Doktrinde, diğer iade ret sebepleri olan, çocuğun beyanın alınması, iade kararının iade talep edilen devletin temel ilkelerine aykırı olması ve 1 yıllık sürenin geçmesinden sonra yapılan başvurularda çocuğun yeni ortamına henüz uyum sağlamamış olması şartının aranmasının da yine Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun üstün yararının gözetildiği haller olarak yorumlanmıştır (Schuz ( n 20) 778). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2013 tarihli bir kararı da çocuğun beyanı ve üstün yarar ilkesine ilişkin değerlendirmeler içermektedir. Karara konu olayda, Türkiye'ye getirildikleri tarihte 11 ve 14 yaşında olan çocukların Avusturya'ya dönmek istemediklerini beyan etmeleri üzerine Lahey Sözleşmesi m. 13 uyarınca iade talebinin reddine karar verilmiştir. Kararda, "çocukların ifade ettikleri bu görüşlerinin onların üstün menfaatine aykırı düşüğü, çıkarlarına hizmet etmeyeceği yönünde dosyada ciddi delil ve olgular bulunmamaktadır" ifadesine yer verilerek, iadenin reddine karar verilmiştir. Kanaatimizce bu tespit Lahey Sözleşmesiyle de uyumludur. Zira Lahey Sözleşmesi 13. maddesinin son paragrafında, çocuğun iadeye karşı çıkması mutlak bir ret sebebi olarak düzenlenmemiş, hâkime bu hususta takdir hakkı tanınmıştır. HGK kararıyla, takdir hakkının kullanılmasında çocuğun üstün yararı ilkesinin kriter kabul edilmesi kanaatimizce son derece uygun olmuştur. (Yargıtay HGK 1772 / 1557, 13.11.2013). Çocuğun yer değiştirilmesine izin / icazet verilmesine ilişkin düzenlemenin de çocuğun üstün yararı gözetilerek dar yorumlanması gerektiğine ilişkin bkz Tekin (n 20) 48. Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun üstün yararı ilkesine hizmet edecek bir diğer faktör uyumsuzluğun, taraflar arasında sulh sağlanarak çözümlü olacaktır. Erdem (n 11) 165. Bu doğrultuda arabuluculuk ve sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gelgel (n 19) 611 vd; Tokar (n 19) 111 vd

35 Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 49; McEleavy (n 7) 367; Silberman 'Hague Convention' (n 9) 33; Mol and Kruger (n 20) 427; Gonca Gülferm Bozdağ GG, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönelimine Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri* (1st edn, Yetkin 2014) 95; ABD mahkemeleri tarafından verilen *Friedrich v. Friedrich (Friedrich II)* kararında da, iade talebini inceleyen mahkemenin, "çocuğun üstün yararı, velayet veya nerede daha mutlu olacağına" ilişkin bir inceleme yapmasının mümkün olmadığı, sadece Sözleşme'de yer verilen iade ret sebepleri kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir (Nelson S C, 'Turning Our Backs on the Children: Implications of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction' (2001) 2 University Of Illinois Law Review 669, 677)



İade ret sebeplerinin çocuğun üstün yararı gözetilerek detaylı ve uzun bir incelemeye tâbi tutulmasının Sözleşmenin ivedi iade prensibine aykırı olacağı aşikârdır zira iade ret sebeplerine ilişkin değerlendirme, kapsamlı bir araştırma gerektiren çocuğun üstün yararı değerlendirmesine nazaran daha dar olacaktır<sup>36</sup>. Daimî Büro Uygulama Raporunda da, ret sebeplerine ilişkin değerlendirmenin velayet veya çocuğun üstün yararına ilişkin incelemeye dönüştürülmemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>37</sup>. Zira çocuğun, kaçırıldığı ülkede geçirdiği sürenin uzaması, buraya alışması ve mutad mesken ülkesiyle bağının zayıflamasına da neden olacaktır<sup>38</sup>. Derhal iadenin amacı Anayasa Mahkemesi'nin 2015 tarihli bir kararında da, “Lahey Sözleşmesi kapsamına giren bir talebin varlığı hâlinde Lahey Sözleşmesi'nin 11. maddesi uyarınca tüm taraf devletlerin adli ve idari makamlarının, çocuğun geri dönmesini temin etmek maksadıyla en kısa zamanda gerekli girişimlerde bulunma yükümlülükleri vardır. Esasen iade prosedürü için belirli süre sınırlamaları öngörülmesinin nedeni, çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu ülkedeki yaşam şartlarına alışmasının, bu suretle çocuk için yeni bir yaşam alanı ve mutad mesken oluşmasının ve velayet veya kişisel ilişki hakkı, hukuka aykırı olarak elinden alınan anne baba ile çocuk arasında sürdürülmesi gereken ilişkilerin zarar görmesinin engellenmesidir” şeklinde ifade edilmiştir<sup>39</sup>.

Lahey Sözleşmesi ve çocuğun üstün yararına ilişkin detaylı bir diğer incelemeye Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin *Sonderup v. Tondelli* kararında rastlanılmaktadır. Söz konusu dava, davacı anne Güney Afrika mahkemeleri tarafından verilen, çocuğun mutad meskeni olan Kanada'ya iade kararının çocuğun üstün yararına ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, Lahey Sözleşmesi'nde öngörülen iade prosedüründe esas olarak çocuğun kısa dönem üstün yararının korunduğu ancak velayete ilişkin kararın mutad mesken mahkemesi tarafından verilmesinin de çocuğun üstün yararına olacağından kural olarak, çocuğun üstün yararı ilkesinin ihlâl edilmediğine karar vermiştir<sup>40</sup>. Belirtilen kararda atf yapılan, İngiliz mahkemeleri tarafından verilmiş *Re F* kararında da, “Lahey Sözleşmesi'nin İngiliz hukukundaki yansıması olan Çocuk Kaçırma ve Velayete İlişkin 1995 tarihli Kanun'un çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı olmadığı, normal şartlar altında çocuğun mutad meskeninden kaçırılmaması gerektiği ve velayete ilişkin en doğru kararın mutad mesken mahkemesi tarafından verilebileceği”<sup>41</sup> şeklinde hüküm kurulmuştur.

Belçika Temyiz Mahkemesi'nin konuya ilişkin 2016 tarihli bir kararı da benzer yöndedir. Söz konusu kararda, çocukları ilgilendiren her davada çocuğun üstün yararının

36 Keller and Heri (n 2) 274; Silberman 'Hague Convention' (n 9) 33

37 HCCH Guide to Good Practice on the grave-risk exception (Art. 13(1)(b)) under the Child Abduction Convention (n 10) para 14 Erişim tarihi: 10 July 2022 para 26. Benzer yönde bkz Keller and Heri (n 2) 274

38 McEleavy (n 7) 367

39 Anayasa Mahkemesi, 2013/5126, 02.07.2015 para 56

40 *Sonderup v. Tondelli* 2001 (1) SA 1171 (CC) para 29 vd

41 *Re F* [1990] 3 All ER CA 97 para 99

esas olduğu vurgulanmış ancak Lahey Sözleşmesi kapsamındaki incelemenin daha ziyade teknik olması gerektiği ve daha detaylı velayet incelemesinin mutad mesken mahkemesine bırakılmasının çocuğun üstün yararına olacağı hükme bağlanmıştır<sup>42</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2010 yılında tarihli bir kararında da, çocuğun üstün yararının, iade değil, velayet davasının konusu olduğu açıkça ifade edilmiştir<sup>43</sup>.

Öte yandan doktrinde, Lahey Sözleşmesi'nin, çocuğu mutad meskeninden uzaklaştıran ebeveynin çoğu zaman çocuğun birincil bakımını üstlenmeyen baba olduğu ve derhal iadenin, mutad meskene dönüş yanında ayrıca birincil bakımı üstlenen anne ile de yeniden bir araya gelmeyi temin ederek *status quo anteyi* sağlayacağı varsayımına dayandığı ifade edilmiştir<sup>44</sup>. Gerçekten de Lahey Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları sırasında çocuk kaçırma vakıalarının çoğunluğunun baba tarafından gerçekleştirileceği varsayılmıştır; oysa günümüzde birincil bakımı üstlenen anne tarafından gerçekleştirilen kaçırma vakıalarının çoğunluğu oluşturmaktadır<sup>45</sup>. Yıllar içinde meydana gelen bu değişiklik de göz önüne alındığında, kaçırılma veya alıkonulmanın anne tarafından gerçekleştirildiği ve annenin ev içi şiddet veya cinsel istismar gibi nedenlerle mutad meskene dönmemesinin beklenemeyeceği durumlarda iade kararının çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı olacağını savunulmaktadır<sup>46</sup>. Zira ev içi şiddetin çocuğa yöneldiği ve özellikle de mutad mesken mahkemesi tarafından yeterli korumanın sağlanamayacağı durumlarda Sözleşme'nin 13 / b düzenlemesinde yer alan istisna hükmünün dikkate alınarak iade talebinin reddedilebileceği ve bu şekilde çocuğun üstün yararının korunabileceği kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Öte yandan ev içi şiddetin doğrudan çocuğa değil, iade başvurusunun kendisine karşı yapılan ebeveyne yöneldiği durumda istisna hükmü doğrudan uygulanmamakta, ancak anne üzerinden çocuğun zarar görme ihtimalinde çocuğun iadesine haklı gerekçe oluşturmaktadır<sup>48</sup>. Sözleşmeye taraf devlet mahkemelerin ev içi şiddet iddiası karşısında mutad mesken mahkemesi tarafından alınabilecek koruyucu tedbirleri araştırma eğiliminde olduğu, koruyucu tedbirlerin ise iade kararının çocuk yaratabileceği olumsuz etkileri önlemede yetersiz kaldığı doktrinde ifade edilmektedir<sup>49</sup>. Doktrinde ayrıca şiddet mağduru kadının çok fazla seçeneği olmadığı gözetilerek böyle bir durumda iadenin çocuğun üstün menfaatine hizmet edip etmeyeceğinin araştırılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>50</sup>.

42 Court of Appeal Brussel no. 2016/FA/180, 17 July 2016

43 Federal Tribunal no 5P.367/200, 15 November 2005 (Hof and Kruger (n 17) 141)

44 Bucher (n 17) 39 vd; Saatcioğlu (n 29) 20

45 Ruiter (n 17) 7; Paton (n 2) 551; Saatcioğlu (n 20) 22

46 Bucher (n 17) 39 vd. Sözleşmedeki iade ret sebeplerinin yeterliliğinin tartışılması ayrı ve kapsamlı bir çalışmanın teşkil edeceğinden bu husus ayrıca değerlendirilmemektedir. Türk doktrininde, kaçırma / alıkoyma fiilini gerçekleştiren ebeveyne karşı gerçekleştirilen ev içi şiddet vakalarında mevcut düzenlemelerin çocuğun üstün yararını koruma hususunda yeterli olmadığına dair ayrıntılı bir inceleme için bkz. Saatcioğlu (n 20) 1 vd

47 Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 152 – 153

48 Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 153; Saatcioğlu (n 20) 25

49 Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 153 – 154; Saatcioğlu (n 20) 28-29

50 Giray, *Çocukların İadesi* (n 6) 154

Nitekim İsviçre hukukunda bu şekildeki olumsuz durumlara bir çözüm teşkil etmesi amacıyla Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocuk ve Yetişkinlerin Korunmasına Dair Lahey Konvansiyonlarına İlişkin Federal Kanun'da, Lahey Sözleşmesi m. 13 f. b yer yer alan iade ret sebeplerinden, “iadenin çocuğun kabul edilemez duruma düşecek olmasından” ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir<sup>51</sup>. Belirtilen düzenleme uyarınca, (i) çocuğun, başvuruyu yapan ebeveynine teslimi çocuğun üstün yararına açıkça aykırıysa, (ii) çocuğu kaçıran/alıkoyan ebeveynin mutad mesken ülkesine dönmesi mümkün değilse veya bu ülkeye dönüşü kendisinden makul olarak beklenemezse, (ii) çocuğun koruma altına alınması çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise iadenin, çocuğu kabul edilemez duruma düşürecek olduğu kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Sayılan bu şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi halinde, ruhsal veya fiziki risk ihtimali doğmuş sayılmakta ve m.13 f. b uyarınca iade reddedilmektedir<sup>53</sup>.

Belirtilen düzenleme esasen İsviçre delegasyonun, Lahey Sözleşmesi'nin, revize edilmesine ilişkin önerisiyle uyumludur. Öneri, iade talep eden ebeveynin, çocuğun velayetini alamayacak veya kullanamayacak olması ve diğer ebeveynin mutad mesken ülkesine dönmesinin mümkün olmaması durumlarına çözüm olarak sunulmuştur<sup>54</sup>. Ancak öneri, çocuğun üstün yararının her iki ebeveyni ile düzenli bir iletişim kurmasını gerektirdiği, Sözleşme'nin hukuka aykırı kaçırılma/alıkoyulmaları önlemek suretiyle bu amaca hizmet ettiği, önerinin kabulünün derhal iade prosedürüne uygun olmadığı ve son olarak Sözleşme m. 13 / f. b de yer alan ret sebeplerinin yeterli koruma sağladığı gerekçeleriyle reddedilmiştir<sup>55</sup>.

Japon hukukunda da Sözleşme'nin uygulanmasında ev içi şiddete özel bir önem atfedilmiş ve Sözleşme'nin Uygulama Kanunu'nda ciddi risk değerlendirmesinde, iade talebinde bulunan başvurucunun gerek çocuğa gerekse başvurunun kendisine karşı yapıldığı tarafa yönelmiş şiddet eylemlerinin dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir<sup>56</sup>.

Doktrinde Türk hukuku açısından yapılan değerlendirmede 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'da değişiklik yapılarak, Japon hukukundakine benzer bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği, bu şekilde bir düzenlemenin mahkemelere yol gösterici olacağı ve ayrıca çocuğun üstün menfaatinin

51 Düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Bucher (n 17) 159; Saatcioğlu (n 20) 31

52 Hof and Kruger (n 17) 138

53 Bucher (n 17) 159

54 HCCC, 'Report of the Fifth Meeting of the Special Commission on the Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention' <[https://assets.hcch.net/upload/wop/abd\\_2006\\_rpt-e.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf)> Erişim tarihi 10 Temmuz 2022 paras 162–167. Doktrinde de benzer şekilde, Sözleşmedeki ifadelerin yoruma açık olduğu, özellikle Kara Avrupası hukuk sistemine dahil devlet mahkemelerinde çocuğun üstün yararı ilkesi kullanılarak, cinsiyet, tabiiyet gibi gerekçelerle iade ret sebepleri verildiği ve Sözleşme'de değişiklik yapılması gerektiği ifade edilmektedir (Marisa Leto, 'Whose Best Interest? International Child Abduction Under the Hague Convention' (2002) 3 (1) Journal of International Law 247 vd)

55 HCCC, 'Report of the Fifth Meeting of the Special Commission on the Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention' <[https://assets.hcch.net/upload/wop/abd\\_2006\\_rpt-e.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf)> Erişim tarihi 10 Temmuz 2022 paras 163-167

56 Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz Saatcioğlu (n 20) 32.

korunmasına hizmet edeceği ifade edilmiştir<sup>57</sup>. Önerilen değişiklik kanaatimizce de Sözleşme'nin uygulanmasındaki en önemli sorunlarından birine Sözleşme ile uyumlu bir çözüm yaratması ve bu şekilde çocuğun üstün menfaatinin teminine katkı sağlaması itibarıyla kabul görmelidir.

## II. 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesine İlişkin AİHM Kararlarında Çocuğun Üstün Yararı

### A. Çocuğun Üstün Yararı Değerlendirmesinde AİHS m. 8'in Etkisi

Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının düzenlendiği AİHS m. 8 uyarınca, “herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” (m. 8 / f. 1). Belirtilen maddenin unsurlarından “aile hayatına saygı hakkı”, Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin AİHM kararlarında önem arz etmektedir<sup>58</sup>.

Şöyle ki, bilindiği üzere, Andorra, Azerbaycan, Liechtenstein ve Rusya Federasyonu haricinde AİHS'e taraf olan tüm devletler aynı zamanda Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmuşlardır<sup>59</sup>. Yine bilindiği üzere, Lahey Sözleşmesi'nin ihlâlüne ilişkin iddialar AİHM'in görev alanına girmediği üzere, AİHM tarafından bu hususa ilişkin müstakil bir denetim yapılamamaktadır. Buna karşın, Lahey Sözleşmesi AİHM tarafından AİHS m. 8'in ihlâl iddiası kapsamında; (i) çocuğun mutad meskene iade talebinin reddi kararına karşı, iade talebinde bulunan ebeveyn tarafından aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğini ileri sürülmesi veya (ii) iade talebinin kabulüne karşı çocuğu kaçıran / alkoyan ebeveyn bu kararın aile hayatına saygı yükümlüğünün ihlâl edildiğinin ileri sürülmesi neticesinde incelenebilmektedir<sup>60</sup>.

Belirtilen nedenle, uluslararası çocuk kaçırmaya ilişkin başvurularda, AİHM tarafından hem Lahey Sözleşmesi ve hem de AİHS'in dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, AİHM kararları incelendiğinde, bu değerlendirmede AİHS m. 8 ve Lahey Sözleşmesi arasında bir denge kurulması hususunda istikrar sağlanamadığı görülmektedir.

Aile hayatına saygı hakkına ilişkin AİHS m. 8'in madde metninde açıkça ‘çocuğun üstün yararı’ ifadesine yer verilmemiş olsa da bu maddeye ilişkin ihlâl iddialarında çocuğun üstün yararı ilkesinin öncelikli olarak değerlendirildiği

57 ibid 36.

58 Lahey Sözleşmesi kapsamında sıklıkla ileri sürülen bir diğer AİHS maddesi adil yargılanma hakkının düzenlendiği m. 6'dır (Mol and Kruger (n 20) 433).

59 Hans van Loon, ‘Interaction Between Recent Case-law of the European Court of Human Rights and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Stement by Hans van Loon, Secretary General of the Hague Conference on Private International Law at the 41st Meeting of the Committee of Legal Advisers on Public International Law <<https://assets.hcch.net/upload/coe2011.pdf>> Erişim Tarihi 23 July 2022

60 Kvisberg (n 34) 92

görülmektedir<sup>61</sup>. Örneğin, *Demir v. Turkey* kararında, âkit devletlerin AİHS'den doğan yükümlülüklerinin, ilgili uluslararası anlaşmalar ışığında yorumlanması gerektiği ifade edilmiş<sup>62</sup>; kararda atıf yapılan, *Pini and Others v. Romania* kararındaysa daha somut bir şekilde AİHS m. 8'in yorumunda çocuğun üstün yararı ilkesinin (BMÇHS m. 3 / f. 1) dikkate alınması gerektiği hükme bağlanmıştır<sup>63</sup>.

Lahey Sözleşmesi, yukarıda da belirtildiği üzere, kural olarak çocuğun mutad meskene derhal iadesini gerektirmekte olup, iade talepleri kapsamında çocuğun üstün yararı gerekçe gösterilerek ayrıntılı bir inceleme yapılmasına müsaade edilmemektedir. AİHS m. 8 kapsamında üstün yarar incelemesinde ise bu şekilde bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu açıdan Lahey Sözleşmesi ve AİHS'in uygulanmasında belirtilen iki sözleşme arasında bir çatışma olup olmadığı ve bu iki sözleşmeden birine öncelik tanınıp tanınmayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Konunun ele alındığı AİHM kararlarında, 2010'a kadar istikrarlı bir şekilde AİHS' m. 8'in Lahey Sözleşmesi'yle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>64</sup>. Örneğin, konuya ilişkin ilk kararlardan olan *Ignaccolo Zenide* kararında AİHS m. 8'in öngördüğü pozitif yükümlülüklerin, Lahey Sözleşmesi dikkate alınarak yorumlanması gerektiğine yer verilmiştir<sup>65</sup>. Benzer bir şekilde, *Compare Maumousseau and Washington v. France* kararında öncelikle, Lahey Sözleşmesi'nin temel amacının da, çocuğun üstün yararının korunması olduğunu belirtilmiştir<sup>66</sup>. Kararın devamında, Lahey Sözleşmesi kapsamında yeterli inceleme yapılmaksızın iade kararı verilmesinin çocuğun üstün yararına hizmet etmeyeceği, kaldı ki böyle bir yorumun AİHS m. 8'in ihlâli anlamına geleceği hüküm altına alınmıştır<sup>67</sup>. Gerekçede, davacının iddialarının aksine, iade kararı verilirken yapılan değerlendirmenin çocuğun fiziksel veya ruhsal bir zarara uğrama riskiyle sınırlandırılmasının, çocuğun üstün yararı prensibi ve dolayısıyla AİHS m. 8'in ihlâli anlamına gelmeyeceği açıklanmış; Lahey Sözleşmesi'nin çocuğun iadesine ilişkin otomatik veya mekanik bir usûl öngörmediği, iade kararının m. 12, m. 13 ve m. 20'de yer alan iade ret sebepleri değerlendirilerek verildiği ifade edilmiştir<sup>68</sup>. Netice olarak, iade taleplerine ilişkin değerlendirmede esas ve öncelikli olanın Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması olduğu ve bu şekilde bir uygulamanın AİHS m. 8 ve çocuğun üstün yararı ilkesiyle de uyumlu olacağını hükme bağlamıştır.

Yukarıda yer verilen kararlar göz önüne alındığında, AİHM'in Lahey Sözleşmesi ve AİHS m. 8 arasında bir çatışma bulunmadığı, aksine ortak bir amaca yöneldikleri

61 Keller and Heri (n 2) 273

62 *Demir v. Turkey*, App no. 34503/97, 12 November 2008, para 69

63 *Pini and Others v. Romania*, App no 78030/01, 22 June 2004 para 151

64 Kvisberg (n 34) 90

65 *Ignaccolo-Zenide v Romania*, App no 31679/96 (ECtHR, 25 January 2000) para 77.

66 *Maumousseau and Washington v France* App No 39388/05 (ECtHR, 6 December 2007) para 69

67 *Maumousseau and Washington v France* App No 39388/05 (ECtHR, 6 December 2007) para 73

68 *Maumousseau and Washington v France* App No 39388/05 (ECtHR, 6 December 2007) paras 70-73

ve birbirleri ile uyumlu şekilde uygulanmaları gerektiği yorumunu benimsediğini ifade etmek mümkündür<sup>69</sup>. Ancak AİHM Büyük Daire'nin 2010 yılında Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin ilk kararı olan *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararında önceki kararlarından farklı bir yaklaşım benimsemiştir. İsviçre mahkemeleri tarafından verilen iade kararının AİHS m. 8'i ihlâl ettiğine hükmedilen kararın gerekçesinde, AİHS m. 8'in, hem Lahey Sözleşmesi hem de BMÇHS ışığında yorumlanması gerektiği ifade edilmiş; çocuğun üstün yararının iade ret sebeplerinin detaylı bir şekilde incelenmesini gerektirdiği belirtilmiştir<sup>70</sup>. Kararda, İsviçre mahkemelerinin Lahey Sözleşmesi kapsamında yeterli bir inceleme yaptığı ancak dosyanın AİHM önüne geldiği tarih itibarıyla değerlendirildiğinde, çocuğun iadesinin AİHS m. 8 ve çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı olacağına hükmedilmiştir. Karar, doktrinde, Lahey Konvansiyonu'nu uygulanamaz hale getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>71</sup>.

AİHM Büyük Daire'nin Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin ikinci kararı olan *X v. Latvia* kararındaysa Lahey Sözleşmesi ve AİHS m. 8 arasında daha dengeli bir yaklaşım benimsenerek, *Neulinger and Shuruk v Switzerland* önceki dönem kararlara yaklaşmaktadır. *X v Latvia* kararında da öncelikle, AİHS m. 8'in Lahey Sözleşmesi ve BMÇHS'nin ortaya koyduğu prensipler ışığında yorumlanması gerektiği ifade edilmiş; kararın devamında, bu şekilde bir yorumun AİHS, Lahey Konvansiyonu, ve BMÇHS'nin uyumlu bir şekilde uygulanmasını sağlayacağı ve çatışmaların önlenileceği hüküm altına alınmıştır<sup>72</sup>.

Netice olarak, AİHM kararlarında AİHS m. 8 ve Lahey Sözleşmesi'nin uyum içinde yorumlanması gerektiği ve aralarında bir çatışma bulunmadığı, çocuğun üstün yararının her iki düzenlemenin ortak amacı olduğu ifade edilmiş olsa da, kararların bazılarında Lahey Sözleşmesi'nin ön plana alındığı ve ivedi iadenin esas olduğu, diğerlerinde ise AİHS m. 8'in öncelikle uygulandığı ve bu kapsamda çocuğun üstün yararına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme öngörüldüğü tespit edilmektedir.

Çalışmanın bir sonraki bölümünde *Neulinger and Shuruk v Switzerland* ve *X v Latvia* kararları ve bu kararlarla benzer yaklaşım benimseyen AİHM kararları ayrıntılı olarak ele alınarak çocuğun üstün yararı ve Lahey Sözleşmesi derhal iade prensibi arasındaki denge irdelenmeye çalışılacaktır.

69 Keller and Heri (n 2) 277; Linda Silberman, 'A Brief Comment on Neulinger and Shuruk v. Switzerland (2010), European Court of Human Rights' (2010) XVIII The Judges' Newsletter 18; Çıdam Nur Vurucu, "European Convention on Human Rights Article 8 (Right to Respect for Private and Family Life) and Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction in Light of Case Between MR and DR /Against Ukraine (Application No 63551 / 13)" (2019) 11 (111) Fasikül Hukuk Dergisi 267, 268

70 Kvisberg (n 34) 91

71 Keller and Heri (n 2) 280

72 *X v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 93-94

### B. *Neulinger and Shuruk v Switzerland* Kararı

AİHM Büyük Daire'nin Lahey Konvansiyonu'na ilişkin ilk kararı olan 2009 tarihli *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararı, yukarıda da ifade edildiği üzere, AİHM'in Lahey Sözleşmesi konusunda en çok eleştiri alan kararlarından biri olmuştur. Öte yandan karar, sürpriz karar niteliğinde olmayıp, AİHM'in Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin yıllar içinde değişen yaklaşımının bir neticesidir. Kararın bu açıdan daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle konuya ilişkin önceki tarihli AİHM kararları ele alınacak ve daha sonra *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararı incelenecektir.

Lahey Sözleşmesi ve AİHS m. 8'in beraber uygulandığı kararlardan olan *Ignaccolo Zenide*<sup>73</sup> kararı AİHS'in *Neulinger* öncesi yaklaşımını gösteren önemli kararlardan biridir. Karara konu olayda, Romanya vatandaşı bir baba ve Fransız bir annenin boşanması üzerine, Fransız mahkemeleri tarafından, velayet önce babaya daha sonra ise anneye verilmiştir. Velayet hakkı kendisindeyken baba, çocuklarla beraber önce Amerika Birleşik Devletleri'ne (ABD), daha sonra ise Romanya'ya taşınmıştır. Velayetin kendine verilmesinden sonra anne, çocukların, boşanmadan önceki mutad meskenleri olan Fransa'ya iadeleri için Lahey Sözleşmesi kapsamında başvuruda bulunmuş ve bu başvuru neticesinde Romanya makamlarından iade kararı alınmış ise de karar icra edilmeden önce baba, Romanya mahkemelerinde velayet davası açmıştır. Bu davada Romanya mahkemeleri tarafından, çocuğun üstün yararı ilkesine de atıfta bulunarak velayetin babaya verilmesine karar verilmiş ve neticede iade kararı icra edilememiştir. Annenin, iade kararının icra edilmemesi nedeniyle AİHS m. 8'in ihlâl edildiği iddiasıyla yaptığı başvurunun incelendiği kararda AİHM, aile hayatını saygı hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir. AİHM'in, Romanya mahkemelerinin velayet kararında yaptığı üstün yarar tartışmasını dikkate almaksızın Lahey Sözleşmesi'nin etkili bir şekilde uygulanması yönündeki tutumunu göstermesi açısından önem arz etmektedir<sup>74</sup>.

*Paradis and others v Germany* kararında da benzer bir yaklaşımın devam ettiği görülmektedir. Alman mahkemelerinin iade kararına karşı AİHS m. 8 ihlâl iddiasıyla yapılan başvuru AİHM tarafından reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde, Sözleşmesi'nin dibacesine atıfta bulunularak Sözleşme'nin çocuğun üstün yararı koruma amacı vurgulanmış ve Alman mahkemeleri tarafından Sözleşme hükümleri uygulanarak çocuğun üstün yararı ilkesinin gözetildiği açıklanmıştır<sup>75</sup>.

*Maumousseau and Washington v France* kararına konu olan uyuşmazlık iki buçuk yaşındaki bir çocuğun iadesine ilişkindir. Çocuk, annesi tarafından tatil için ABD'den Fransa'ya götürülmüş ve daha sonra babanın talebine rağmen mutad meskenleri olan ABD'ye dönmeyecekleri babaya bildirilmiştir. Baba tarafından Lahey Sözleşmesi

73 *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, App no 31679/96, (ECtHR, 25 January 2000) para 77

74 McElevay (n 7) 383

75 *Paradis and others v Germany*, App no 4783/03 (ECtHR, 15 May 2003) s 11-14

kapsamında yapılan iade başvurusunun Fransız mahkemeleri tarafından kabul edilmesi üzerine anne, Fransız mahkemeleri tarafından m. 13 / f. 1 -b’de yer alan istisnanın yeterli bir şekilde incelenmediği ve bu nedenle çocuğun üstün yararının dikkate alınmadığı gerekçesiyle ve AİHS m. 8’in ihlâl edildiği iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur. Kararda öncelikle, Lahey Sözleşmesi’nin amacının çocukların korunması olduğu ve Sözleşme’de yer alan şartların gerçekleşmesi halinde *status quo antenin* sağlanması için iade kararı verilmesi ve velayete ilişkin kararın mutad mesken mahkemesine bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Lahey Sözleşmesi’nin otomatik bir iade prosedürü öngörmediği belirtilmiş ve istisnaların rolüne işaret edilmiştir<sup>76</sup>. Kararın devamında ise Fransız mahkemeleri tarafından aile hayatına ve ekonomik, psikolojik, duygusal ve sağlık durumlarına ilişkin etraflıca bir değerlendirme yapılmış olduğu belirtilmiştir. Netice olarak, çocuğun derhal iade edilmesi yönündeki kararda çocuğun üstün yararının gözetilmiş olduğu sonucuna varılmıştır<sup>77</sup>.

Karar, iade kararının AİHS m. 8’in ihlâli anlamına gelmediği yönünde olsa da iki farklı gerekçeyle *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararının öncülü olarak değerlendirmektedir. Doktrinde bir görüş, kararda AİHS m. 8’in ihlâl edilmediği sonucuna ulaşırlarken çocuğun üstün yararının tespiti için Fransız mahkemeleri tarafından detaylı bir inceleme yapıldığı hususunun gerekçe yapılmasının *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararının önünü açtığı yönündedir<sup>78</sup>. Doktrinde ayrıca, iki farklı üye tarafından yazılmış muhalefet şerhinin de yine AİHM’in tutum değişikliğinin işareti olduğu ifade edilmiştir<sup>79</sup>. Zira muhalefet şerhinde, karar tarihinde dört yaşında olan çocuğun, annesinden alınarak 19 aydır görmediği babasına teslim edilmesinin çocuğun üstün yararı ilkesine açıkça aykırı olduğu ifade edilmiştir<sup>80</sup>.

*Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararına konu olayda ise İsviçre vatandaşı olan anne, İsrail vatandaşı olan eşine, radikal dini gruplara katıldığı gerekçesiyle boşanma davası açmış ve müşterek çocuğu da alarak İsviçre’ye yerleşmiştir. Babanın Lahey Sözleşmesi kapsamında yaptığı iade başvurusu İsviçre ilk derece mahkemesi tarafından, Sözleşme’nin 13. maddesindeki risk istisnası gerekçesiyle reddedilmiş ise de Yargıtay iade talebinin kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Annenin AİHM nezdinde yaptığı başvuru, ilgili dairece reddedilmiş ancak daha sonra AİHM Büyük Daire tarafından iade kararının AİHS m. 8’in ihlâl ettiği gerekçesiyle kabul edilmiştir.

Çocuğun iadesinin reddine karar verilmiş olması, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, konuya ilişkin görüş bildiren yazarların çoğu tarafından doğru

76 *Maumousseau and Washington v. France* App No 39388/05 (ECtHR, 6 December 2007) para 72

77 *Maumousseau and Washington v. France* App No 39388/05 (ECtHR, 6 December 2007) paras 74–76

78 Keller and Heri (n 2) 281

79 McEleavy (n 7) 380

80 *Maumousseau and Washington v. France* App No 39388/05 (ECtHR, 6 December 2007) para 38



bulunmuştur<sup>81</sup>. Bu minvalde özellikle, dosyanın AİHM denetimine geldiği aşamada 7 yaşında olan çocuğun 5 senedir İsviçre'de olduğu ve bu süreçte iade talebinde bulunan babası ile görüşmediği göz önüne alındığında karar her ne kadar Lahey Sözleşmesi'ne aykırı olsa da adil ve AİHS m. 8'e uygun olduğu ifade edilmektedir<sup>82</sup>. Ancak kararın gerekçesindeki hukuki tespitler, aşağıda ele alınacağı üzere, Sözleşmeyi uygulanamaz hale getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>83</sup>.

Gerekçedeki hukuki değerlendirmeler yanında kanaatimizce kararın dikkat çekici olan bir diğer yönü kararda atıf yapılan BMÇHS maddeleridir. *Ignaccolo Zenide* örneğinde görüleceği üzere, önceki kararlarda sadece çocukların anne ve babalarının izni olmaksızın başka bir ülkeye götürülemeyeceğine ilişkin BMÇHS 11. maddesine atıfta bulunurken, *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararında bu maddeye hiç değinmeksizin çocuğun üstün yararının düzenlendiği m. 3 / f.1 kapsamında değerlendirme yapılmıştır<sup>84</sup>.

Kararda, AİHM'in yerel mahkeme kararının Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması açısından denetlemeye yetkili olmamakla beraber AİHS m. 8 kapsamında ve özellikle çocuğun üstün yararının dikkate alınıp alınmadığı konusunda denetlemesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>85</sup>. Bu minvalde, çocuk ve ebeveynlerin çıkarları arasında bir denge kurulması gerektiği, daha önceki kararlarda olduğu gibi ifade edilmişse de çocuğun üstün yararı ilkesinin ön planda olduğu vurgulanmış ve bu tespit Lahey Sözleşmesi giriş paragrafı ile desteklenmiştir<sup>86</sup>.

Çocuğun üstün yararına ilişkin değerlendirmede bulunulurken, somut olayın özellikleri ile çocuğun yaşı, olgunluk seviyesi, ebeveynleriyle olan ilişkisi gibi çeşitli faktörlerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu değerlendirmede yerel mahkemelerin takdir hakkı olduğuna değinilmişse de somut olayın özellikleri, özellikle fiziksel, sağlık durumu, duygusal, psikolojik faktörler dikkate alınarak aile hayatına ilişkin ayrıntılı (*in depth*) bir incelemeyle çocuğun üstün yararına hizmet eden bir sonuca ulaşılması gerekliliği ortaya konularak yerel mahkemelerin takdir hakkının

81 Keller and Heri (n 2) 284; Victoria Stephens and Nigel Lowe, 'Children's welfare and human rights under the 1980 Hague Abduction Convention – the ruling in *Re E*' (2012) 34 (1) Journal of Social Welfare and Family Law 129; Kvisberg (n 34) 97

82 McElevy (n 7) 380; Kvisberg (n 34) 97

83 Silberman (n 69) Brief Note 18; Beaumont et al (n 20) 41. Doktrindeki eleştirilerin yanında, karar Lahey Sözleşmesi Özel Komisyon toplantısında da ele alınmış ve Lahey Konvansiyonu'nun uygulanmasında gecikmelere neden olarak çocuk kaçırma fiilini gerçekleştiren ebeveynine avantaj sağladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. HCCH, The Hague Conference, Conclusions and Recommendations of Part I of the Sixth Meeting of the Hague Special Commission, 1–10 June 2011 <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6224&dtid=57>> Erişim tarihi 11 July 2022 para 48. Öte yandan AİHM tarafından yayınlanan açıklamada, kararın AİHM'in önceki kararlarındaki yaklaşımından dönülmediği, aksine Lahey Sözleşmesi ve AİHS'nin uyum içinde uygulanmasına örnek teşkil ettiği ifade edilmiştir Jean Paul Costa , 'The Best Interests of the Child in the Recent Case-Law of the European Court of Human Rights' (2011) <[https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011info05\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011info05_en.pdf)> Erişim tarihi 11 Eylül 2022

84 McElevy (n 7) 382, 383

85 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* App no 41615/07 (ECtHR 6 July 2010) para. 141

86 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* App no 41615/07 (ECtHR 6 July 2010) para. 134

sınırları çizilmiştir<sup>87</sup>. Böylelikle, AİHM'in önceki kararlarında değindiği fakat daha önce bir şart olarak ifade etmediği 'çocuğun üstün yararının ön planda olması ve bu hususun tespitine ilişkin ayrıntılı bir araştırma yapılması gerekliliği' işbu kararla önem arz eder bir hal almıştır<sup>88</sup>. Oysa, yukarıda da belirtildiği üzere, Lahey Sözleşmesi derhal iadenin, çocuğun üstün yararına olduğu kabulüne dayanmakta olup, her somut olayda iade ret sebeplerinden bağımsız olarak üstün yarar araştırması yapılması Lahey Sözleşmesi'nin ruhuna aykırı uygulamalar ortaya çıkartmaya müsaittir<sup>89</sup>.

Karar bu açıdan sadece doktrinde değil, yerel mahkeme kararlarında da eleştirilmiştir. Örneğin İngiliz mahkemelerinin, *Re E (Children)* kararında, Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin davalarda AİHS m. 8'in ayrıntılı (*in depth*) bir inceleme yapılmasını gerektirmediği ve bu nedenle AİHM'in aksi yönde tespitinin uygun olmadığı ifade edilmiştir<sup>90</sup>. Kanaatimizce de Lahey Sözleşmesi m. 11 uyarınca, yukarıda da belirtildiği üzere, iade başvurusunu altı hafta içinde neticelendirilmesi ve olmadığı halde gecikmenin sebeplerinin yetkili makamlarca açıklanması gerekmektedir. Altı haftalık süre, AİHM tarafından *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararında şart koşulan, çocuğun üstün yararının tespiti için detaylı ekonomik, sosyal, psikolojik ve sağlık durumuna ilişkin detaylı bir araştırma yapılması için yeterli bir süre değildir<sup>91</sup>.

Kararda, çocuğun üstün yararına ilişkin değerlendirmeyi desteklemek üzere çeşitli yerel mahkeme kararlarından örneklere de yer verilmiştir ancak bu değerlendirme de doktrinde atıf yapılan kararların bir bütün olarak ele alınmadığı ve doğru yorumlanmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>92</sup>. Örneğin kararda atıf yapılan İngiliz mahkemelerinin *Re D (A Child)* kararının, çocuğun Romanya'ya iadesinin üstün yarar ilkesine aykırı olacağı ifade edildiği bölümüne yer verilmiş ise de kararın devamında 13 / b maddesinin geniş yorumlanmaması gerektiği, aksi takdirde her somut olayda çocuğun üstün yararı değerlendirilmesi gibi istenmeyen bir sonuç ortaya çıkacağı belirtilmiştir<sup>93</sup>.

Kararın tartışma yaratan bir diğer boyutu, yerel mahkeme kararının verildiği tarihteki koşullara göre denetlenmesiyle yetinilmeyip, çocuğun AİHM incelemesi sırasındaki durumunun da dikkate alınmış olmasıdır<sup>94</sup>. Kararda, AİHM incelemesine

87 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* App no 41615/07 (ECtHR 6 July 2010) para. 138-139

88 Keller and Heri (n 2) 281; Hof and Kruger (n 17) 137; Lara Walker, 'The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-Law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of Neulinger' (2010) 6 (3) Journal of Private International Law 666

89 Walker, The Impact of the Hague Abduction Convention (n 88) 667; Silberman 'Abbott v. Abbott' (n 10) 113

90 *Re E (Children)* [2011] UKSC 27; Beaumont et al (n 20) 41. Karara ilişkin detaylı inceleme için bkz Stephens and Lowe (n 81) 125-135

91 Keller and Heri (n 2) 282; Mol and Kruger (n 20) 427. Üstün yarara ilişkin detaylı bir inceleme için yeterli olmadığı ve bu nedenle uygulamada gecikmelerin olabileceğine ilişkin bkz Atıcı (n 20) 131

92 McEleavy (n 7) 384

93 *Re D* [2006] UKHL AC 619 para 51

94 Silberman (n 69) Brief Note 18

kadar geçen süre zarfında babanın çocuğa olan ilgisini kaybettiği, annesinin ise çocukla beraber İsrail'e dönmesinin mümkün olmadığı ve netice olarak iade kararının AİHS m. 8 ve çocuğun üstün yararı prensiplerine aykırı olacağına hükmetmiştir<sup>95</sup>.

Eleştirilere konu olsa da *Neulinger* kararının sonraki tarihli bazı AİHM kararlarını etkilediği görülmektedir. Örneğin *Raban v. Romania* kararında iki ve üç yaşlarında iki kardeş anne ve babalarıyla İsrail'de yaşamaktayken babalarının da rızası dahilinde, anneleriyle altı aylık bir süre için Romanya'ya gitmişlerdir. Anne ve çocukların altı aylık sürenin sonunda geri dönmeleri üzerine baba tarafından Romanya'da Lahey Sözleşmesi kapsamında iade süreci başlatılmıştır. Yerel mahkeme tarafından İsrail'deki terör saldırısı riski gerekçe gösterilerek Lahey Sözleşmesi m. 13 uyarınca iade talebinin reddine karar verilmiştir. AİHM, yargılamada çocuğun üstün yararının dikkate alındığı ve süreç içinde çocukların yeni çevrelerine uyum sağladıkları gerekçesiyle AİHS m. 8'i ihlâl edilmediği sonucuna ulaşmıştır<sup>96</sup>. Kararın dikkat çekici bir yönü, kararın denetiminde, yerel mahkeme tarafından somut olayın özellikleri dikkate alınarak iadeye ilişkin ayrıntılı (*in depth*) bir inceleme yapıp yapılmadığının araştırılması gerektiğinin ifade edilmiş olmasıdır<sup>97</sup>. AİHM kararında ayrıntılı inceleme her ne kadar iadeye ilişkin hususlar için öngörülmüş olsa da karar yerel mahkemeleri detaylı incelemeye teşvik ederek Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasını zorlaştırdığı şeklinde eleştirilmiştir<sup>98</sup>.

AİHM'in konuya ilişkin bazı kararlarındaysa, *Neulinger* kararına atıf yapılmakla beraber, Lahey Sözleşmesi ve ivedi iade prensibini destekleyici bir yorum benimsenmiştir<sup>99</sup>. Örneğin *M.R. and L.R. v. Estonia* kararında, *Neulinger* kararına atıfta bulunularak<sup>100</sup>, çocuğun üstün yararına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmişse de aynı zamanda, Estonya mahkemelerinin, çocuğun üstün yararının mutad meskenine ivedi iadesini gerektirdiği; bu kurala getirilen istisnaların dar yorumlanması ve iade prosedürünün velayet incelemesine dönüştürülmemesi gerektiği yönündeki tespiti hukuka uygun bulunmuştur<sup>101</sup>.

95 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* App no 41615/07 (ECtHR 6 July 2010) paras 141-151

96 *Raban v Romania*, App no 25437/08 (ECtHR, 26 October 2010) para 39

97 *Raban v Romania*, App no 25437/08 (ECtHR, 26 October 2010) para 28

98 Walker and Beaumont (n 20) 237. Karara ilişkin eleştiriler doktrinle sınırlı kalmamıştır. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Genel Sekreteri Hans von Loon tarafından, 2011 yılında bir konferansta yaptığı konuşmada, *Raban* kararında öngörülen çocuğun üstün yararına ilişkin detaylı incelemenin Lahey Sözleşmesi'ne aykırı olduğu; kararın *Neulinger* kararının devamı niteliğinde olmakla beraber Neulinger kararına konu somut olayın istisnai nitelik taşıdığı, bu prensiplerin *Raban* kararında olduğu gibi Lahey Sözleşmesi'ni ilgilendiren tüm davalara teşmil edilmesi halinde Sözleşmenin uygulanamaz hale geleceği; AİHS ve Sözleşme'nin uyum içinde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir (Loon (n 59))

99 McEleavy (n 7) 390

100 *MR v. Estonia*, App no 13420/12 (ECtHR, 15 May 2012) para 38

101 *MR v. Estonia*, App no 13420/12 (ECtHR, 15 May 2012) para 43

*Neulinger* kararına atıfta bulunulan ve bu karardaki yaklaşımın benimsenmiş olduğu güncel bir diğer karar *B v Belgium*<sup>102</sup> kararıdır<sup>103</sup>. Kararda Lahey Sözleşmesi prensipleri tekrarlanmış ancak nihai olarak Belçika mahkemeleri tarafından verilen, çocuğun iadesi yönündeki kararın AİHS m. 8'i ihlâl ettiğine hükmedilmiştir. Kararın temel gerekçelerinden biri, m 13 f/1 - b kapsamında ayrıntılı (*in depth*) inceleme yapılmamış olmasıdır. Nitekim muhalefet şerhinde öncelikle AİHM'in çocuğun üstün yararına ilişkin ayrı bir değerlendirme yapma yetkisi bulunmadığı ifade edilmiştir. Devamında, somut olayda Belçika mahkemelerinin incelemesinin adil ve yeterli olduğu, bu açıdan *Neulinger* kararının istisnai niteliği göz ardı edilerek bu karardaki tespitlerin kural haline getirilmesinin Lahey Sözleşmesinin çocuk kaçırma vakalarının artmasını önleme amacına zarar verdiği belirtilmiştir<sup>104</sup>.

*Neulinger* kararının etkisi yerel mahkeme kararlarında da görülmektedir. Örneğin Belçika mahkemelerinin 2013 yılında vermiş olduğu bir kararda, babanın iade talebi *Neulinger* kararına atıf yaparak ve iadenin çocuğun üstün yararına aykırı olacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Kararda, çocuğun 3 yaşında olduğu, bir buçuk senedir annesi ve yeni kurulan ailesiyle Belçika'da yaşamakta olduğu, babasının çocuğun bakımını hiç üstlenmediği ve sayılan bu sebeplerle anneden ve yeni ortamından ayrılmasının travma yaratacağı ifade edilmiştir<sup>105</sup>.

### C. X v Latvia Kararı

*Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararından sonra AİHM'in Lahey Sözleşmesine ilişkin en çok ele alınan kararlarından biri de *X v Latvia* kararı olmuştur. Karar doktrinde, AİHM'in *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararında eleştirilen hususların açıklığa kavuşturulduğu ve Lahey Sözleşmesi'ne atfedilen önemin tekrar vurgulandığı bir karar olarak değerlendirilmektedir<sup>106</sup>.

Karara konu olayda, doğumundan itibaren anne ve babasıyla Avustralya'da yaşamakta olan çocuk 2005 yılında (beş yaşındayken) annesi tarafından, babasının izni olmaksızın Letonya'ya götürülmüştür. Babanın iade talebi 2008 yılında kabul edilmiş ancak karar henüz resmi makamlar tarafından icra edilemeden çocuk bu sefer de baba tarafından annenin izni olmaksızın Avusturalya'ya götürülmüştür.

Annenin, iadeye ilişkin kararın AİHS m. 8'in ihlâl edildiği iddiasıyla AİHM nezdinde yaptığı başvuru, davaya bakan daire tarafından 'aileye ilişkin ayrıntılı (*in depth*) bir araştırma yapılmadığı' gerekçesiyle kabul edilmiştir. Nitekim Daire kararı bu açıdan *Neulinger* kararıyla uyumludur. Büyük Daire incelemesindeyse, AİHS m.

102 *B v Belgium*, App. no. 4320/11 ( ECtHR, 10 July 2012) para 59 vd

103 Hof and Kruger (n 17) 137

104 *MR v Estonia*, App no 13420/12 (ECtHR, 15 May 2012) para 59 vd

105 Hof and Kruger (n 17) 150

106 Keller and Heri (n 2) 284; Kvisberg (n 34) 103; Mol and Kruger (n 20) 436

8'in ihlâl edildiğine karar verilmiş ancak gerekçede Lahey Sözleşmesi'ni destekler bir tutum benimsenmiştir. Kararda öncelikle, yukarıda da belirtildiği üzere, AİHS m. 8'in Lahey Sözleşmesi, BMÇHS ve ilgili diğer uluslararası anlaşmalar ışığında yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır<sup>107</sup>. Uygulanacak hukuk kuralları bölümünde öncelikle Lahey Sözleşmesi ve Sözleşme Açıklama Raporuna yer verilmiş ve bu husus doktrinde *Neulinger* kararından sonra, Sözleşmeye yeniden önem atfedildiği şeklinde yorumlanmıştır<sup>108</sup>.

Kararda farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı ve bu değerlendirmede çocuğun üstün yararının esas olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, Sözleşme'nin çocuk kaçırılmalarının önlenmesi ve kaçırılma halinde ivedi iade amacının da spesifik olarak çocuğun üstün yararı ilkesine hizmet ettiği belirtilmiştir<sup>109</sup>. Bu şekilde *status quonun* sağlanmasının esas olmasına karşın, iade kararının, Konvansiyonun 13. maddesinde düzenlendiği üzere fiziksel veya ruhsal bir tehlike yaratacak olması halinde iade ret kararının da çocuğun üstün yararı açısından gerekli olabileceği belirtilmiştir<sup>110</sup>. Bu doğrultuda, iade ve velayete ilişkin prosedürlerin farklı olduğu, çocuğun üstün yararının Lahey Sözleşmesi'ndeki istisnai iade ret sebepleri ışığında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>111</sup>.

Kararın, Lahey Konvansiyonu'nun yorumu açısından belki de en önem arz eden yönü ise, *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararına açıklık getirilmiş olmasıdır. *Neulinger and Shuruk v Switzerland* kararının, Lahey Sözleşmesi kapsamındaki iade taleplerinde, yerel mahkeme tarafından aile hayatına ilişkin çeşitli faktörler dikkate alınarak derinlemesine bir araştırma yapılarak karara bağlanması gerektiği şeklinde yorumlandığı ancak kararın bu şekilde bir genel prensip ortaya koymadığı açıklanmıştır<sup>112</sup>. Kararın devamında, AİHS m. 8'in, ağır risk değerlendirmesiyle yetinilmeyip aynı zamanda ulaşılan sonucun somut olayın özellikleri dikkate alınarak gerekçelendirilmesini gerektirdiği ifade edilmiştir<sup>113</sup>. Bu doğrultuda, Lahey Sözleşmesi'nde yer alan iade ret sebeplerinin dar yorumlanması gerektiği ancak bu sebepler kapsamında ileri sürülen iddiaların titizlikle incelenmesi ve bu incelemenin genel geçer ifadelerle değil ayrıntılı bir şekilde karara yansıtılmasının gerektiği belirtilmiştir<sup>114</sup>. Nitekim ihlâl kararı verilmesinin sebeplerinden biri, annenin mahkemeye sunduğu ve çocuğun anneden ayrılmasının psikolojisine zarar vereceği yönündeki raporun dikkate alınmamış olmasıdır<sup>115</sup>. Doktrinde bizim de katıldığımız

107 *X v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) paras 92-93

108 McEleavy (n 7) 392

109 *X v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 95

110 *X v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 97

111 *X x v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 101

112 *X v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 104 105

113 *X v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 107

114 *X x v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 107

115 *X v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 116 117

görüŖ, Büyük Daire kararının bu açıdan Lahey Sözleşmesine aykırı olduğu yönündedir. Zira, annenin sunduğu rapor, çocuğun anneden ayrılmasının çocuk üzerinde yaratacağı etkiye ilişkin olup, çocuğun anneye beraber mutad mesken ülkesine dönmesi hususunda bir tespit içermemektedir<sup>116</sup>.

Bu noktada Yargıtay'ın 2013 tarihli bir kararından da bahsetmek yerinde olacaktır. Karara konu olayda, davalı anne, tatilde amaçlı olarak iki çocuğuyla beraber Almanya'dan Türkiye'ye gelmiŖ ancak dönmeleri gereken tarihte dönmeyerek çocukların her ikisini de alıkoymuŖtur. Yerel mahkeme tarafından, dosyada mevcut psikolog raporunda çocukların annelerinden ayrılmalarının ruhsal durumlarını bozabileceğinin tespit edilmiŖ olduğu gerekçesiyle, Lahey Sözleşmesi m. 13 f. b uyarınca iadenin reddine karar verilmiŖtir. Yargıtay 2. HD ise, raporun, iadeye ilişkin olumsuz bir tespit içermediği, anneden ayrılmaları halinde ruhsal durumlarının bozulacağı yönündeki tespitinin de Lahey Sözleşmesi m. 13 f. b kapsamında geçerli bir iade ret sebebi olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiŖtir<sup>117</sup>.

*X v Latvia* kararının devamında ayrıca Lahey Sözleşmesi m. 13 / b'nin AİHS m. 8 ışığında yorumunun, çocuğun iade halinde maruz kalabileceği tüm güçlüklerin göz önüne alınmasını gerektirmediği, bir çocuğun makûl olarak katlanmasının beklenemeyeceği şartlarının oluşup oluşmadığı ile sınırlı olduğu açıklığa kavuşturulmuŖtur<sup>118</sup>. Karar doktrinde *Neulinger* kararından dönülerek, Lahey Sözleşmesi'nin desteklendiği şekilde yorumlanmıŖtır<sup>119</sup>. Kanaatimizce de, kararda çocuğun üstün yararının ayrı bir inceleme baŖlıđı olarak değil, Lahey Sözleşmesi'ndeki istisnalar kapsamında kabul edilmesi Lahey Sözleşmesi'nin amacına daha uygun bir yorum olmuŖtur.

*X v Latvia* kararını takip eden AİHM daire kararlarında, Lahey Sözleşmesi'ni destekler ifadeler göze çarpmaktadır. Örneğin *Blaga v Romania* kararında AİHM, Lahey Sözleşmesi ve AİHS'in uyumlu bir şekilde uygulanabilmesi için, Lahey Sözleşmesi'ndeki iade ret sebeplerinin, özellikle de taraflarca ileri sürölmeleri halinde, samimi olarak değerlendirilmesi ve bu değerlendirmenin gerekçede gösterilmesi gerektiğine hükmedilmiŖtir. Ayrıca iade ret sebeplerinin AİHS m. 8 ışığında yorumlanması gerektiği ifade edilmiŖtir<sup>120</sup>. Kararda, *Neulinger* kararından farklı olarak,

116 Beaumont et al (n 20) 46

117 Yargıtay 2 HD, 11345 / 16499, 13.06.2013. Öte yandan HGK'nun 2013 tarihli bir kararında, yerel mahkeme tarafından verilen, çocukların anneden ayrılmaları halinde psikolojik bir tehlikeye maruz kalacakları yönündeki rapora dayanılarak verilen iade ret kararının onanmasına hükmedilmiŖtir. Raporla, çocukların iade talep edilen ülkenin dilini bilmedikleri hususuna da yer verilmiŖse de kanaatimizce, annenin mutad mesken ülkesine dönmemesinin önünde bir engel olup olmadığı araştırılmaksızın, sadece anneden ayrılmanın çocuk üzerindeki muhtemel etkileri dikkate alınarak iade talebinin reddi Lahey Sözleşmesine uygun olmamıŖtır. Yargıtay HGK 2354/523, 16.04.2014

118 *X v Latvia* App no 27853/09 (ECtHR, 26 November 2013) para 116

119 Keller and Heri (n 2) 285-286; Beaumont et al (n 20) 45; Kvisberg (n 34)106

120 *Blaga v.Romania* App no 54443/10 (ECtHR, 1 July 2014) paras 69 et seq

çocuğun üstün yararı gerekçe gösterilerek somut olaya ilişkin, Lahey Sözleşmesi'nde farklı ve ayrıntılı bir inceleme öngörülmemiştir.

Benzer bir şekilde, *Rouiller v. Switzerland*<sup>121</sup> kararına konu olayda, mutad meskenleri Fransa olan iki çocuk, anneleri tarafından İsviçre'ye götürülmüş ve babanın başvurusu üzerine İsviçre makamları tarafından iade kararı verilmiştir. Karara karşı açılan davada, çocuğun üstün yararı ilkesinin iade talebinin reddini gerektirdiği ileri sürülmüşse de İsviçre mahkemeleri üstün yarar değerlendirmesi yapmaksızın somut olayda Lahey Sözleşmesi'nde iade ret sebeplerinin gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve AİHM ulaşılan sonucun m. 8'i ihlâl etmediğine hükmetmiştir<sup>122</sup>. Bu yönüyle karar *x v Latvia* kararında ortaya konan yaklaşımı desteklemektedir.

Öte yandan özellikle, çocuğun anne tarafından kaçırıldığı davalarda AİHM'in *X v Latvia* yaklaşımdan uzaklaştığı kararları olduğu gibi, ivedi iadeyi destekleyen kararlarında da Lahey Sözleşmesi'yle uyumsuzluk içeren ifadeler göze çarpmaktadır<sup>123</sup>. Örneğin *RS v. Poland* kararına konu olayda, aile Amerika Birleşik Devletleri'nde mükim iken, Romanya vatandaşı olan anne, babanın da izniyle tatil için çocukları Romanya'ya götürmüş ve daha sonra geri dönmeyi reddetmiştir. Babanın Lahey Sözleşmesi kapsamındaki iade talebi Romanya makamları tarafından reddedilmiş ve bu karar Romanya mahkemeleri tarafından, çocukların iradelerinin Romanya'da kalmak yönünde olması sebebiyle Lahey Sözleşmesi'ne uygun bulunmuştur<sup>124</sup>. Babanın AİHS m.8'in ihlâli iddiasıyla yaptığı başvuru, başvuru aile hakkı ve ilgili diğer kişilerin çıkarları arasında makûl bir denge kurulmadığı ve bu nedenle çocuğun üstün yararının gözetilmiş olmadığı gerekçesiyle kabul edilmiştir. Karar, bu açıdan Lahey Sözleşmesini destekler nitelikte olmakla beraber, kararın gerekçesinde uyuşmazlığın yerel mahkemede görülmeye başladığı tarihte çocuğun 13 aydır Romanya'da olduğu, bu kadar uzun bir sürede yeni evine alışmış olması sebebiyle üstün yararının Romanya'da kalmasını haklı kılabilceği ancak süre bakımından iadenin reddi için gecikmenin idari makamlardan kaynaklanmaması gerektiği, somut olayda ise koşulların bu açıdan değişmesine idari makamların yavaş hareket etmelerinin sebep olduğu ifade edilmiştir<sup>125</sup>. Gerekçenin belirtilen kısmı karara etki etmemiş olsa da çocuğun mutad meskenden ayrılmasıyla iade kararı arasında geçen sürenin çocuğun üstün yararı açısından iade ret sebebi teşkil edebileceği tespiti çok eleştirilen *Neulunger* kararını anımsatmaktadır.

121 *Rouiller v. Switzerland*, App no 3592/08 (ECtHR, 22 July 2014) para 5-22

122 *Rouiller v. Switzerland*, App no 3592/08 (ECtHR, 22 July 2014) para 76

123 McElevay (n 7) 399

124 *Blaga v. Romania* App no 54443/10 (ECtHR, 1 July 2014) para 26

125 *Blaga v. Romania* App no 54443/10 (ECtHR, 1 July 2014) para 88. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi de 2016 yılında vermiş olduğu bir kararda, yerel mahkeme tarafından, karar tarihinde çocuğun bir yıldan fazla süredir Türkiye'de yaşadığı, bulunduğu ortama uyum sağladığı ve anne şefkatine ihtiyacı olduğu gerekçeleriyle iade talebi reddedilmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 1 yıllık sürenin başvuru için öngörüldüğü ve somut olayda belirtilen hak düşürücü sürenin geçmemiş olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararının kaldırılmasına karar verilmiştir. İstanbul 11 BAM, 96/84, 22.12.2016

Netice olarak AİHM *X v Latvia* kararıyla *Neulunger* kararındaki “çocuğun üstün yararının tespiti için detaylı ekonomik, sosyal, psikolojik ve sağlık durumuna ilişkin detaylı bir araştırma yapılması” gerekliliği yönündeki tespitten dönülmüştür. *X v Latvia* kararından sonra, aksi yönde ifadeler içeren AİHM kararları mevcut olmasına rağmen, kural olarak çocuğun derhal iadesinin benimsendiği ve m. 8’in Lahey Sözleşmesi’nde yer alan iadenin reddi sebepleriyle yorumlanması yönünde olduğu ifade edilebilir.

### **I. 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesine İlişkin Türk Mahkeme Kararlarında Çocuğun Üstün Yararı**

Çalışmamız kapsamında incelenen Türk yargı kararlarının önemli bir bölümünde çocuğun üstün yararı ilkesine yer verilmediği veya yer verilmekle beraber ilkenin kararın esasına etki edecek bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Söz konusu ilkeye yer verilen kararların bir kısmında ise *X v Latvia* kararında olduğu gibi Lahey Sözleşmesi’nin derhal iade amacı desteklenir bir şekilde uygulanırken, bir kısmında *Neulunger* kararındaki yaklaşım benimsenmiş ve çocuğun üstün yararı ilkesine Sözleşme’den bağımsız bir önem atfedilmiştir.

Çalışmamızın bu bölümünde önce *Neulunger* kararındaki yaklaşımın, daha sonra ise derhal iade prensibinin benimsendiği kararlar ele alınarak Türk yargı kararlarında Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun üstün yararı ilkesinin yeri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) *Neulunger* kararına benzer bir yaklaşım benimsediği bir karar oldukça güncel olup 2020 tarihlidir. Karara konu olayda, Yunan vatandaşı olan babanın başvurusu üzerine 19 aylık bir bebeğin, Yunanistan’a iadesine karar verilmiş olup, belirtilen karara karşı anne tarafından aile hayatına saygı hakkının zedelendiği gerekçesiyle AYM’e bireysel başvuru yapılmıştır. AYM kararında, Lahey Sözleşmesi’nde yer alan iade ret sebeplerine ilişkin yeterli bir inceleme yapılmamış olduğu gerekçesiyle aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğine hükmedilmiştir. Kararın konumuz açısından önem arz eden yönüyle, kararın gerekçesinde “ tarafların koşulları ayrıntılı bir şekilde incelenmeli, tarafların çıkarları ile çocuğun yüksek menfaati arasında bir denge kurulmalı ve sonuç olarak çocuk için en iyi çözümün ne olduğu tespit edilerek karar verilmelidir” ifadelerine yer verilmek suretiyle Lahey Sözleşmesi kapsamında da çocuğun üstün yararı gözetilerek, tarafların koşullarına ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapılmasının gerekli olduğunun vurgulanmasıdır<sup>126</sup>.

Çalışma kapsamında incelenen kararlardan, Sakarya 2. Bölge Adliye Mahkemesinin 2020 tarihli bir kararı üstün yarar ilkesi esas alınarak çözüme kavuşturulmuş olması açısından önem arz etmektedir<sup>127</sup>. Kararda, ‘annenin, baba ile anlaşmazlıkları nedeniyle Türkiye’ye döndüğü, iadesi talep edilen çocuğun yaşı itibarıyla kardeşi ve annesinden

<sup>126</sup> Anayasa Mahkemesi, 2018/35068, 09.06.2020 para 46

<sup>127</sup> Sakarya 2 BAM, 1140/878, 06.11.2020



ayrılmasının travmatik sonuçlara yol açabileceği, bu durumun m. 13/1-b anlamında risk oluşturduğu, ayrıca taraflar arasında derdest bir boşanma davası olduğu göz önüne alınarak çocuğun üstün menfaati gereği davanın reddine karar verilmiştir<sup>128</sup>. Kanaatimizce m. 13/1-b anlamındaki risk somutlaştırılmaksızın ve taraflar arasındaki derdest boşanma davası gibi Lahey Sözleşmesi'nde yer almayan bir iade ret sebebine yer verilerek davanın “çocuğun üstün menfaati gereği” reddine karar verilmesi Lahey Sözleşmesi'ne uygun olmamıştır.

Türk mahkeme kararlarının bir kısmında ise, yukarıda yer verilen kararlardan farklı olarak üstün yarar ilkesinin bağımsız bir iade ret sebebi teşkil etmediği ve AİHS m. 8'in Lahey Sözleşmesi'yle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiğine hükmedilmektedir. Aşağıda yer verilen kararlar bu yönleriyle AİHM Büyük Daire'nin *X. v Latvia* kararına benzerlik göstermektedir.

AYM'in 2013 tarihli bir kararı “üstün yarar değerlendirmesinin mutad mesken mahkemesine bırakılması gerektiği” şeklindeki tespit ile bu doğrultudaki kararlara örnek teşkil etmektedir<sup>129</sup>. Karara konu olayda, aile ABD'de yaşarken Türk vatandaşı anne, müşterek çocuğu da yanına alarak Türkiye'ye dönmüş ve akabinde ABD vatandaşı baba Lahey Sözleşmesi kapsamında iade başvurusunda bulunmuştur. Baba tarafından yapılan başvurunun ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesi üzerine, uyuşmazlık AİHS m. 8 ihlâli iddiasıyla AYM'e taşınmıştır. AYM kararının üstün yarara ilişkin kısmında, Lahey Sözleşmesinin m. 13 ve m. 20'de yer alan istisnaların mevcudiyeti haricinde, çocuğun derhal iadesinin esas olduğu ve velayete ilişkin incelemenin çocuğun üstün yararına ilişkin incelemeyi de içerek şekilde, mutad mesken mahkemesine bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Kararın devamında, Lahey Sözleşmesi'nin, iadenin fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespit edilmesi halinde iade talebinin reddine imkân verdiğini ancak ilgili hükmün velayet hakkının esasını değerlendirmek için bir vasıta olarak kullanılmayacağı belirtilmiştir. Karar bu açıdan *X v Latvia* kararındaki yaklaşıma benzerlik göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2015 tarihli bir diğer kararında, Lahey Sözleşmesi m. 13'te yer alan iade ret sebeplerinin mevcudiyeti halinde, üstün yarar ilkesi de dikkate alınarak iade talebinin reddine karar verilebileceği ifade edilmiş ancak somut olayda bu şartlar gerçekleşmediği için yerel mahkemenin iade yönündeki kararının hukuka uygun olduğuna hükmedilmiştir<sup>130</sup>. Karar, üstün yarar ilkesine önem atfedilmekle beraber ayrı bir değerlendirme kriteri olarak değil, Lahey Sözleşmesi'ndeki istisnai ret sebeplerinin uygulanmasında yol gösterici olarak kabul edilmesi açısından önemlidir<sup>131</sup>.

128 Yargıtay'ın 2016 tarihli bir kararında, benzer bir şekilde, çocuğun Türkiye'deki ortamına alışmış olmasının, geçerli bir iade ret sebebi olmadığı hüküm altına alınmıştır. Yargıtay 2 HD, 7566/8136, 21.04.2016)

129 Anayasa Mahkemesi, 2013/5126, 02.07.2015 para 58

130 Anayasa Mahkemesi, 2015/10459, 08.01.2020

131 Benzer bir yaklaşım için bkz Anayasa Mahkemesi, 2015/10826, 17.07.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/19293, 17.07.2018

2017 tarihli bir AYM kararında da benzer bir şekilde, Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun üstün yararının, istisnai iade ret sebepleri olmadıkça, derhal iadesini ve bu şekilde ebeveyniyle ilişkisini sürdürebilmesini temin edilmesini gerektiğini ifade etmiştir<sup>132</sup>.

AYM'in 2019 tarihli bir kararında, başvuru tarafından, iade kararının üstün yarar ilkesi gözetilerek değerlendirilmediği iddiasında bulunulmuştur<sup>133</sup>. Kararda, Lahey Sözleşmesi'nin amacının, velayete ilişkin kararı (çocuğun üstün yararını dikkate alarak) vermesi için, mutad mesken mahkemesine bırakılması olduğunu, iade ret sebeplerinin mevcut olması halinde yine çocuğun üstün yararı gözetilerek iadenin reddine karar verilmesi olduğu vurgulanmıştır. Netice olarak, somut olayda iade ret sebepleri bulunmadığı için, iade kararıyla Sözleşme'nin 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlâl edilmediğine karar verilmiştir.

Yukarıda yer verilen Türk mahkeme kararları incelendiğinde, öncelikle Lahey Sözleşmesi kapsamında yeknesak bir yaklaşım geliştirilemediği görülmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli kararlarının bir kısmında üstün yarara ilişkin ayrıntılı bir inceleme öngörülmüşken diğerlerinde ayrı bir değerlendirme kriteri olarak değil, Lahey Sözleşmesi'nde iade ret sebeplerinin incelenmesinde göz önüne alınması gereken bir ilke olarak yer almıştır.

Farklı yönde kararların mevcudiyetine karşın, kanaatimizce Türk yargı kararlarındaki hâkim yaklaşımın, çocuğun üstün yararı ilkesinin iade sebeplerine ilişkin incelemede dikkate alındığı yönündedir. Bu yönüyle, çalışmamızda incelenen Lahey Sözleşmesine ilişkin yargı kararlarımızın çoğunda *Neulunger* değil, *X v Latvia* kararındaki yaklaşımın benimsendiğini ifade etmek mümkündür.

### Değerlendirme ve Sonuç

Başta BMÇHS olmak üzere çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer verilmiş olan ve çocuğu ilgilendiren her uyuşmazlıkta çocuğun menfaatinin çatışan diğer menfaatlere nazaran öncelikle korunmasını ifade eden çocuğun üstün yararı ilkesi, çalışmamızın konusunu oluşturan 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin de temel amacını teşkil etmektedir.

Çocuğun üstün yararı ilkesi Lahey Sözleşmesi'nin dibacesinde velayete ilişkin kararlar ilişkili olarak yer almakta olup, Sözleşme'nin uygulamaya ilişkin maddelerinde ayrıca düzenlenmemiştir. Sözleşme kapsamında, mutad meskeninden velayet hakkı ihlâl edilerek kaçırılan veya alıkonulan çocuğun mutad meskenine derhal iadesi ve velayete ilişkin kararın mutad mesken mahkemesi tarafından verilmesinin çocuğun

<sup>132</sup> Anayasa Mahkemesi, 2017/38142, 10.06.2020 para 44

<sup>133</sup> Anayasa Mahkemesi, 2019/26899, 11.12.2019 para 21

üstün yararına olacağı öngörülmüştür (m.16). Somut olayın özellikleri dikkate alındığında derhal iadenin kabul edilemeyeceği durumlarda ise Sözleşme'de yer alan ret sebeplerine dayanılarak iade talebinin reddedilebileceği ve bu şekilde çocuğun üstün yararı ilkesinin yine temin edilebileceği kabul edilmektedir.

Sözleşme'de, çocuğun üstün yararı ilkesi müstakil bir iade ret sebebi olarak düzenlenmemiş olmasına karşın; AİHM Büyük Daire'nin Lahey Sözleşmesine ilişkin ilk kararı olan 2010 tarihli *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* kararında, 'Lahey Sözleşmesi'nin otomatik bir iade prosedürü öngörmediği, çocuğun üstün yararının çocuğun yaşı, olgunluk seviyesi gibi çok çeşitli faktörlere bağlı olduğu ve bunun için her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesinin elzem olduğu; çocuk için en uygun çözümün (*best solution*) tespit edilebilmesi için aile hayatına ilişkin ve ekonomik, medikal, duygusal, psikolojik faktörler dikkate alınarak ayrıntılı (*in depth*) bir araştırma ve değerlendirme yapılması gerektiği' ifade edilmiştir. Söz konusu karar, doktrin ve uygulamada, Sözleşme'nin derhal iade amacının göz ardı edildiği ve üstün yarar ilkesinin müstakil bir iade ret sebebi olarak değerlendirilmiş olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir.

AİHM Büyük Daire'nin Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin ikinci kararı olan 2013 tarihli *X v. Latvia* kararında ise *Neulinger* kararındaki yaklaşımdan farklı bir yaklaşım benimsenmiş ve hatta karar metninde '*Neulinger* kararının aile durumuna ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme öngördüğü şeklinde yorumlanmaya açık olduğu ancak kararın yerel mahkemelere Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasına dair bir prensip dayatmadığı' ifade edilmiştir. *X v. Latvia* kararı uyarınca, Lahey Sözleşmesi ve AİHS'in uyum içinde uygulanabilmesi için Lahey Sözleşmesi'ndeki genel kural olan derhal iadeye istisna teşkil eden ret sebeplerinin, özellikle taraflarca ileri sürülmüş olmaları halinde kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi ve bu değerlendirme sonucunda ulaşılan sonucun denetime elverişli olacak ölçüde gerekçede açıklanması gerekmektedir. Bu açıdan AİHS m. 8'in Lahey Sözleşmesi kapsamında temelde usûli bir yükümlülük getirdiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce *X v. Latvia* kararında kabul edilen ve AİHM'in *Neulinger* kararı önceki kararlarının çoğunda da benimsenmiş olan yaklaşım, Lahey Sözleşmesi'ne uygunluk göstermektedir.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin *Neulinger* kararında olduğu gibi Lahey Sözleşmesi kapsamında müstakil bir iade ret gerekçesi olarak uygulanması kanaatimizce öncelikle süre yönünden uygun olmayacaktır. Zira çocuğun üstün yararı kavramına ilişkin değerlendirme ayrıntılı bir araştırma gerektirmekte olup, Lahey Sözleşmesi'nin temel gayesi olan derhal iadenin bu şekilde gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Ayrıca üstün yarar kavramı BMÇHS veya yer aldığı diğer uluslararası sözleşmelerde tanımlanmamıştır. Bu açıdan Lahey Sözleşmesi'ne taraf devlet mahkemelerince farklı şekillerde yorumlanarak Sözleşme'nin yeknesak bir şekilde uygulanmasına engel olma

ihhtimali de vardır. Belirtilen sebeplerle, çocuğun üstün yararı ilkesinin müstakil bir iade ret sebebi olarak değerlendirilmesi yerine, Lahey Sözleşmesi’nde yer alan iade ret sebeplerinin incelenmesinde gözetilmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır<sup>134</sup>. Sözleşme’nin en çok eleştirildiği noktalardan biri, çocuğun birincil bakımından sorumlu anne tarafından alıkonulması / kaçıırılması ve annenin ev içi şiddet veya cinsel istismar gibi mutad meskene dönmesinin kendisinden beklenemeyeceği hallerde iade kararının çocuğun üstün yararına aykırı sonuçlar doğurmasıdır. Çalışmamızın kapsamı itibariyle belirtilen eleştiri noktası detaylı olarak incelenmemiş olmakla beraber, Sözleşme’de bir değişikliğe gidilecek olur ise söz konusu eleştirilere yönelik somut değişikliklerin tartışılması, üstün yarar ilkesinin genel bir iade ret sebebi olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Türk yargı kararları bu açıdan incelendiğinde yeknesak bir uygulama olmadığı görölmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin 2019 tarihli bir kararında, çocuğun üstün yararı kavramı Lahey Sözleşmesi’nde iade ret sebeplerinin incelenmesinde göz önüne alınması gereken bir ilke olarak yer almışken, 2020 tarihli bir diğer AYM kararında üstün yarara ilişkin ayrıntılı bir inceleme öngörölmüşür. Netice olarak, yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, Türk yargı kararlarının önemli bir kısmında benimsenen *X v. Latvia* yaklaşımının takip edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yaza 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 and Gökyayla CD, *Milletlerarası Aile Hukuku* (1st edn, Vedat 2010).

Anton E, ‘The Hague Convention on International Child Abduction’ (1981) 30 (3) *The International and Comparative Law Quarterly* 537-567.

Ataman-Figanmeşe İ, ‘Çocukların Uluslararası Kaçıırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi’ in Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan (Beta 1999) 55-101.

Atıcı A, ‘1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçıırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi ve Türkiye’deki Uygulaması’ (2020) 1 *İzmir Barosu Dergisi* 117-174.

Beaumont P et al ‘Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights’ (2015) 64 (1) *Holliday The International and Comparative Law Quarterly* 39-63.

---

<sup>134</sup> Walker, *The Impact of the Hague Abduction Convention* (n 88) 668.

- Bozdağ GG, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri* (1st edn, Yetkin 2014).
- Bucher A, 'The New Swiss Federal Act on International Child Abduction' (2008) 4 (2) *Journal of Private International Law* 139-165.
- Costa JP, 'The Best Interests of the Child in the Recent Case-Law of the European Court of Human Rights' (2011) <[https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011info05\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011info05_en.pdf)> Erişim tarihi 11 Eylül 2022.
- Eekelaar J, 'The Role Of The Best Interests Principle In Decisions Affecting Children And Decisions About Children' (2015) 23 *Int J Child Rights* 3–26.
- Ekinci A and Kaplan Arık A, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nde Çocuğun İadesi' (2021) 2 *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1123-1183.
- Erdem B, 'Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları' (2015) 2 *Public and Private International Law Bulletin* 147-171.
- Giray FK, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesine İlişkin Taleplerin Reddi Sebepleri ile Türk Mahkemelerinin Konuya İlişkin Uygulamaları' (2011/7) 20 *Fasikül Dergisi Özel Sayısı* 41-51 (reddi sebepleri).
- Giray FK, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma ihtilaflarına İlişkin Seçilmiş Kararları' (2015) 35 (2) *Public and Private International Law Bulletin* 173-201.
- Giray FK, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi* (1st edn, Beta 2010) (*Çocukların İadesi*).
- HCCC, '1980 Child Abduction Convention Guide to Good Practice Article 13(1)(b) Part VI' <<https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>> erişim 10 Temmuz 2022.
- HCCC, 'Report of the Fifth Meeting of the Special Commission on the Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention' [https://assets.hcch.net/upload/wop/abd\\_2006\\_rpt-e.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf). > erişim tarihi 10 Temmuz 2022.
- HCCH, The Hague Conference, Conclusions and Recommendations of Part I of the Sixth Meeting of the Hague Special Commission, 1–10 June 2011 <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6224&dtid=57> Erişim tarihi 11 July 2022.
- Hof V and Kruger T, 'Separation from the Abducting Parent and the Best Interests of the Child: A Comparative Analysis of Case Law in Belgium, France and Switzerland' (2018) 65 *Neth Int Law Rev* 131–153.
- İzmirli L, 'Milletlerarası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Daire Lahey Sözleşmesi'nin 13 / 1- B Maddesi Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Çocuğun Mutad Meskenine Etkisi' (2021) 6 (2) *YBHD* 469-512.
- Keller H and Heri C, 'Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights' (2015) 84 (2) *Nordic Journal of International Law* 270-296.
- Kvisberg E T, 'Child Abduction Cases in the European Court Of Human Rights – Changing Views on the Child's Best Interests' (2019) 6(2) *Oslo Law Review* 90-106.
- Leto M, 'Whose Best Interest? International Child Abduction Under the Hague Convention' (2002) 3 (1) *Journal of International Law* 247-253.
- McEleavy P, 'The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: prioritising return or reflection?' (2015) 62 (3) *Netherlands International Law Review* 365-405 (Hague Convention).

- Mol C and Kruger T, ‘International Child Abduction And The Best Interests Of The Child: An Analysis Of Judicial Reasoning In Two Jurisdictions’ (2018) 14 (3) *Journal of Private* 421-454.
- Walker L and Beaumont P, ‘Shifting The Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice’ (2011) 7(2) *Journal of Private International Law* 231-249.
- Silberman L, ‘A Brief Comment on Neulinger and Shuruk v. Switzerland (2010), European Court of Human Rights’ (2010) XVIII *The Judges’ Newsletter* 18-19 (Brief Comment).
- Silberman L, ‘Abbott v. Abbott’ (2011) 105 (1) *The American Journal of International Law* 108 – 114.
- Silberman L, ‘Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis’ (1994) 28 (1) *Special Issue on International Family Law* 9-34.
- Walker L, ‘The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-Law of the European Court of Human Rights and the Un Human Rights Committe : The Danger of Neulinger’ (2010) 6 (3) *Journal of Private International Law* 649-682. (The Impact of the Hague Abduction Convention).
- Nelson S C, ‘Turning Our Backs on the Children: Implicaitons of Recent Decisions Regarding The Hague Convention on International Child Abduction’ (2001) 2 *University Of Illinois Law Review* 669- 694.
- Schuz R, ‘Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law’ (1995) 44(4) *The International and Comparative Law Quarterly* 771-802.
- Pérez-Vera E, ‘Explanatory Report’ < <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>> Erişim tarihi 10 Ağustos 2022.
- Öztekin Gelgel G, ‘25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması’ (2017) 37 (2) *Public and Private International Law Bulletin* 611–640.
- Telli K, ‘The Role Of Central Authorities In The Application Of The 1980 Hague Convention On Child Abduction: A Critical Analysis Of A Genuine Area Of Public International Law’ (2015) 1 (5) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 761 – 782.
- Saatçioğlu O, ‘Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme m.13/1-b Hükmü Kapsamında “Ev İçi Şiddet” Olgusu: Eleştirel Bir Değerlendirme’ (2021) 41(1) *Public and Private International Law Bulletin* 1–40.
- Loon v H, ‘Interaction Between Recent Case-law of the European Court of Human Rights and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Stement by Hans van Loon, Secretary General of the Hague Conference on Private International Law at the 41st Meeting of the Committee of Legal Advisers on Public International Law < <https://assets.hcch.net/upload/coe2011.pdf>> Erişim Tarihi 23 July 2022.
- Vurucu N Ç, “European Convention on Human Rights Article 8 (Right to Respect for Private and Family Life) and Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction in Light of Case Between MR and DR /Aganist Ukraine (Application No 63551 / 13)” (2019) 11 (111) *Fasikül Hukuk Dergisi* 267 – 270.
- Victoria Stephens and Nigel Lowe, ‘Children’s welfare and human rights under the 1980 Hague Abduction Convention – the ruling in Re E’ (2012) 34 (1) *Journal of Social Welfare and Family Law* 125-135.

- Paton J, 'The Correct Approach to the Examination of the Best Interests of the Child in Abduction Convention Proceedings Following the Decision of The Supreme Court in RE E (Children) (Abduction: Custody Appeal)' (2012) 8 (3) Journal of Private International Law 547-576.
- Ruiter A, "40 years of the Hague Convention on child abduction: legal and societal changes in the rights of a child" (2020) European Parliament's Committee on Legal Affairs < <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>> European Parliament's Committee on Legal Affairs Erişim tarihi 10 July 2022.
- Tekin E, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun İadesinin Reddi Sebepleri' (2019) 2 Ankara Barosu Dergisi 42-71.
- Toker A G, 'Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi Kapsamında Online İletişim Araçları ile Arabuluculuk Sürecinin İşletilmesi Mümkün müdür?' (2021) 23 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111-162 (Online).
- Toker A G, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı* (1st edn, Adalet Yayınları 2020) (*mutad mesken*).
- Şanlı C and Ataman-Fıganmeşe İ and Esen E, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021).
- United Nations Committee on the Rights of the Children General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) < [https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc\\_c\\_gc\\_14\\_eng.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf)> Erişim Tarihi 10 July 2022.





## Güncel Bir Yargı Kararı Işığında Tahkim İradesi ve Yorumu

### Consent to Arbitration; Interpretation It in Light of an Actual Judicial Decision

Burak Huysal\* 

#### Öz

Tahkim uyuşmazlık çözüm yolunun özü, zorunlu tahkim bir kenara bırakılırsa, taraf iradelerine dayanmaktadır. Dolayısıyla geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedebilmek için, tarafların uyuşmazlıklarını hakem eliyle çözmeye konusunda karşılıklı ve birbiriyle uyumlu iradelerinin varlığı zorunlu unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde oldukça yaygın olarak kullanılan tahkim uyuşmazlık çözüm yolu bakımından önemli bir sorun, tarafların tahkim iradelerinin açık ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde kesin olması yönündeki içtihat ve doktrin görüşleri kapsamında, uzun bir yargılama süreci sonunda hakem kararlarının kolayca iptal edilebiliyor olmasıdır. Yine tarafların tahkim iradesi bakımından geçersizlik sebebi olarak kullanılan diğer bir durum da asimetrik tahkim kayıtlarında ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda öncelikle tarafların tahkim iradelerinin yorumu ve asimetrik tahkim sözleşmeleri hakkındaki Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler incelenecektir. Konuya ilişkin yargı kararları incelendiğinde, taraflarca yapılan tahkim sözleşmelerinde özellikle mahkemeler ile tahkim uyuşmazlık çözüm yolunun birlikte yetkilendirildiği durumlar ile asimetrik tahkim kayıtlarının geçersiz kabul edildiği görülmektedir. Söz konusu yargı kararlarında bu geçersizlik sonucuna ulaşılrken, belirttiğimiz bu iki durumda da tarafların tahkim iradesinin açık ve kesin olmadığı gerekçesine dayanılmaktadır. Ulaşılan bu çıkarımın sonucu ise ya verilen hakem kararının iptali ya da konu önce yargıya taşınmışsa tahkim ilk itirazının reddi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan Türk hukuk doktrininin ikiye ayrıldığı görülmektedir. Çoğunlukta yer alan ilk gurup mahkeme ve tahkim konusunda yetkiyi paralel şekilde düzenleyen sözleşmelerin tahkim bakımından geçersiz olduğunu kabul ederken, diğer yazarlar ise bu tahkim sözleşmelerinin geçerli olduğunu kabul etmektedir. Çalışmamızın devamında ise asıl çalışma konumuzu oluşturan BAM kararı yapmış olduğumuz içtihat ve doktrin incelemeleri de dikkate alınarak değerlendirilmeye çalışılacak ve yargı kararlarına esas alınan ilkelerin yerindeliği ve günümüz dünyasına uygun olup olmadığı soruları yanıtlanmaya çalışılacaktır.

#### Anahtar Kelimeler

Tahkim, Asimetrik Tahkim, Paralel Yetki Sözleşmeleri, Tahkim İradesi, İradenin Yorumu

#### Abstract

Leaving compulsory arbitration aside, the essence of arbitration as a means of resolving a dispute involves the consent of both parties. Consequently, in order to be able to talk about a valid arbitration agreement, having reciprocal and informed consent of the parties for resolving a dispute by means of arbitration appears to be a necessary element. One important issue faced in contemporary arbitration, which is widely used as a means of dispute resolution, is that arbitral decisions can be annulled in light of jurisprudence and doctrinal opinions after a lengthy judicial process. Another issue that is relied upon as a reason for invalidating the consent to apply to arbitration arises out of asymmetrical arbitral clauses. When examining the judicial decisions on this subject, clauses in the arbitration agreements between the parties, especially cases where courts and arbitration are jointly authorized to resolve a dispute, as well as in asymmetric arbitration, are observed to be considered invalid. In order to reach this conclusion in the relevant jurisprudence, the justification is based on the argument that the consent of the parties is neither clear nor precise in both aforementioned cases. The result of this inference is either the annulment of the arbitral award or the rejection of the first objection to arbitration when the issue is initially brought before a judicial organ. Turkish legal doctrine can be observed to be

\* **Sorumlu Yazar:** Burak Huysal (Prof. Dr.), Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: burakhuysal@hotmail.com ORCID: 0000-0002-7655-1816

**Atf:** Huysal B, "Güncel Bir Yargı Kararı Işığında Tahkim İradesi ve Yorumu" (2023) 43(1) PPIL 211.  
<https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1202464>

divided between two approaches. While the first group, which constitutes the majority opinion, concurs that the agreements regulating the parallel competence of courts and arbitration are invalid in terms of arbitration, the second group of authors accepts that these arbitration agreements are to be considered valid. This paper will firstly examine the judgements of the Court of Cassation and the doctrinal opinions concerning the parties' consent to submit to arbitration and asymmetrical arbitral clauses. Subsequently and in light of the examined jurisprudence and doctrinal opinions, the paper will attempt to respond to the appropriateness of the Regional Court of Appeal judgement, which constitutes the subject matter of this work, and question its conformity to the contemporary world.

**Keywords**

Arbitration, Asymmetrical Arbitration, Parallel Jurisdiction Agreements, Consent to Arbitration, Interpretation of Will

***Extended Summary***

Arbitration is a method for resolving disputes that is used more and more every day in Türkiye. In addition to the fact that disputes are concluded faster under arbitration compared to state jurisdiction, government policies that support the widespread use of arbitration in Türkiye are an important contribution to the increase in disputes that are referred to arbitration. However, , the traditional approach of the courts to arbitration in practice can sometimes through the contribution of lawyers who adopt this same approach transform arbitration into a mechanism that prolongs disputes rather than one that provides a quick resolution to the dispute. Mandatory arbitrations aside, the essence of arbitration is based on the parties' consent to settle their disputes before the arbitrators. This is where the problems that have been mentioned appear. In other words, the established approach regarding the judgments of the Court of Cassation and the general view adopted by doctrine is that arbitration is an exceptional means for resolving disputes, and the main authority for resolving disputes belongs to the state courts. Based on this proposition, arbitration agreements concluded by both parties seek for the consent to arbitration to be precise and clear and to exclude any grounds for hesitation.

When examining the judicial decisions on this subject, the clauses in the arbitration agreements made between parties are observed to be considered invalid, especially in cases where courts and arbitration are jointly authorized to resolve a dispute as well as in asymmetric arbitration. In order to reach this conclusion in the relevant jurisprudence, the justification is based on the argument that the consent of the parties is neither clear nor precise in both aforementioned cases. The result of this inference is either the annulment of the arbitral award or the rejection of the first objection to the arbitration when the issue is initially brought before a judicial organ.

When examining the subject in terms of agreements in which both courts and arbitration are jointly authorized to resolve a dispute, Turkish legal doctrine is observed to be divided between two approaches. While the first group, which constitutes the majority opinion, concurs that the agreements regulating the parallel competence of courts and arbitration are invalid in terms of arbitration, the second group of authors accepts that these arbitration agreements are to be considered valid.

The authors who defend the first approach make an interpretation parallel to that provided by judicial organs, base their justification on the acceptance that the main place for the settlement of disputes is the state courts, and therefore accept that the agreements regulating the competence of both courts and arbitration simultaneously are to be considered invalid in accordance with the acceptance that the consent of the parties in this direction in arbitration agreements should be clear and exclude all grounds of hesitation. The opposing approach, on the other hand, accepts that parties may completely restrict the state judiciary by virtue of an arbitration agreement or foresee court or arbitration as alternatives to one another. Pursuant to this view, the consent vis-à-vis arbitration is clear in agreements that provide in parallel the right to apply for arbitration or to the courts. In such agreements, once the right to choose is exercised, the authority to which the dispute is initially submitted for the settlement of the dispute, whether it be the court or arbitration, is authorized to resolve the dispute as a whole for both parties.

In judicial decisions, asymmetric arbitration agreements are expressed as the other situation that cripples the consent to arbitration. An asymmetric arbitration agreement is a general concept used for arbitration agreements that give advantage to one party. Asymmetric arbitration agreements can basically be divided into two main headings: (1) agreements that provide one party the right to arbitrate, and (2) agreements that limit the procedural right of one party to the benefit of the other. When examining Turkish legal doctrine, the general view in terms of asymmetric arbitration agreements is that, unlike parallel jurisdiction agreements, to accept asymmetric arbitration agreements as being invalid from the beginning would be wrong without considering the circumstances of a specific case. However, to create the perception that asymmetric arbitration agreements are absolutely to be accepted as valid would also be wrong. Doctrine accepts that asymmetric arbitration agreements which provide the right to apply to arbitration to one party should be interpreted according to the circumstances of the case. In this sense, the most important reservation expressed in terms of the validity of asymmetrical arbitration agreements involves whether an arbitration agreement exists that allows only one party to apply to arbitration and whether the other party is unable to apply either to the courts or to arbitration, the case where both are true would result in a violation of the right of access to justice, and the arbitration agreement would be invalid in such a case. A second reservation on the subject is related to situations where the asymmetry in the agreement is imposed by virtue of the economic advantage of one of the parties. In such cases, asymmetric arbitration agreements is accepted as being deemed invalid due to this negative condition and/or apparent inequality against the weaker party.

In this study's opinion, the main issue stems from the fact that the relevant doctrine still accepts the proposition "arbitration is an exception; the main method

is state jurisdiction” as an absolute truth, in agreement with the Court of Cassation and jurisprudence. However, in my opinion, defending that this proposition, which had been accepted decades ago, still maintains its validity is difficult these days. Arbitration is currently widely used in Türkiye’s commercial life. This situation is even more advanced when dealing with international trade. In fact, the widespread use of arbitration that has currently been reached is a direct result of state policy. After the 2000s in particular, the reform realized with regard to the arbitration rules regulated under the International Arbitration Law and the Code of Civil Procedure was reinforced by foreseeing arbitration clauses in almost all public service concession terms and agreements and public-private cooperation agreements, and the establishment of the Istanbul Arbitration Center made disseminating arbitration culture to a much larger base possible.

During this period in which the world is going through extremely rapid changes and time is more important than ever, much more beneficial results can be obtained for the Turkish legal system if the judiciary were to keep up with this process and to adopt arbitration as an assistive means for reducing the burden on the state judiciary as well as for providing people with the speed they need, instead of accepting arbitration as an exception. Adhering to such strict and literal interpretations on the existence of the consent to arbitrate in particular is seen as a way for parties who’ve concluded they will ultimately lose a case to prolong the proceedings as much as possible. Having a more supportive and liberal approach to arbitration in the Turkish legal system, one that is in line with similar practices around the world and that considers the rules of interpretation and contract processes prevalent in the field of the law of obligations, will provide great benefits in overcoming many problems and in preserving the principle of keeping contracts alive.

## Güncel Bir Yargı Kararı Işığında Tahkim İradesi ve Yorumu

### Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması

Tahkim, bazı unsurlarında farklılıklar olsa da genel olarak taraflar arasında doğmuş ya da doğacak tahkime elverişli bir uyuşmazlığın, devlet yargısı dışında hakem adı verilen ve taraflarca seçilen özel kişilerce karara bağlanması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>1</sup>.

Milletlerarası ticarete uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir yere sahip olan tahkim, sözleşmenin tarafları bakımından, mahkemelerin bir alternatifi değil eşitidir. Devlet yargısına oranla tahkimin en önemli özelliği taraf iradelerine dayanmasıdır. İrade serbestisi ilkesi her ne kadar tahkimin özünü oluştursa da devletler tarafların tahkime yönelik iradelerini çeşitli yollarla sınırlamaktadır. İlke olarak, devletin bir uyuşmazlığın sadece mahkemelerinde görülmesini sağlama yönündeki hakkı saklıdır ve devletlerin kişilerin tahkime başvurmalarını yasaklama ya da sonradan hakem kararları üzerinde kamu düzenine uygunluk denetimi yapma hakları bakidir<sup>2</sup>. Ancak günümüzde, tahkime elverişlilik sınırları içerisinde, neredeyse tüm devletlerin özel hukuk ilişkilerinde tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmelerine izin verdiklerini görmekteyiz.

Kanun koyucular tarafından ulusal ve uluslararası ticaretin gelişmesi amacıyla hızlı ve güvenilir bir uyuşmazlık çözüm yolu olması nedeniyle desteklenmesine rağmen, mahkemelerin ve bazen de konuyu daha tutucu bir yaklaşımla ele alan doktrinin, taraf iradelerini yorum yoluyla kısıtlama eğiliminde oldukları görülmektedir.

Tahkim sözleşmesinin maddi geçerliliği ve iradelerin yorumu, patolojik tahkim sözleşmelerinden genel işlem şartlarına kadar bir hayli geniş yelpazede tartışılmaktadır. Söz konusu tartışmaların tamamının bir makalede ele alınması mümkün olmadığı gibi incelmemizin amacını da aşmaktadır. Bu çalışmada amacımız tahkim ve devlet mahkemelerini bir arada yetkilendiren tahkim sözleşmeleri ile asimetric tahkim sözleşmelerini ele almaktır.

Çalışmamızda bahsettiğimiz eğilimler, konuyu şekillendiren Yargıtay içtihatları ve güncel bir yargı kararı ışığında taraf iradelerinin yorumu ve asimetric tahkim sözleşmesinin tahkim iradesi üzerindeki etkisi ele alınmaya çalışılacaktır. İncelemeye çalışacağımız bu iki husus bakımından tahkimin milli ya da milletlerarası olması diğer bir değişle Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)<sup>3</sup> veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na

1 Rasih Yeğencil, *Tahkim* (Cezaevi Matbaası 1974) 7; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 17; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, VI (Yetkin 2001) 5875; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Tahkim* (6th edn, Vedat 2021) 5; Yargıtay HGK 2005/15-728 E. 2006/1 K. (Bkz: (2008) Ocak İzmir Barosu Dergisi 255).

2 Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010) 7.

3 Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21/06/2001 RG.: 05.07.2001/24453.

(HMK)<sup>4</sup> tabi olarak yürütülmüş olması bir fark yaratmamaktadır. Biz de bu nedenle konuyu milli ve milletlerarası tahkim ayrımı yapmaksızın ele almayı tercih ediyoruz.

## I. Tahkim Sözleşmesinde Açık Olmayan Taraf İradelerine İlişkin İçtihat ve Öğretide Yer Alan Görüşler

### A. Türk Hukukunda Konuya İlişkin Genel Yaklaşım

Tahkim kurumunun temeli, zorunlu tahkim bir kenara bırakılırsa, taraf iradelerine dayanmaktadır. Dolayısıyla bir tahkim sözleşmesinden bahsedebilmek için öncelikle bulunması gereken unsur, tüm sözleşmelerde olduğu gibi tarafların karşılıklı ve birbirleriyle uyumlu iradeleridir<sup>5</sup>.

Türk hukukundaki baskın görüş, tahkim sözleşmelerinin geçerliliği bakımından gerekli olan bu irade unsurunun -iradeyi sakatlayan haller yanında- diğer sözleşmelerden farklı olarak mutlaka açık olması ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde kesin olması yönündedir<sup>6</sup>. Bu yaklaşımın temelinde ise kişiler için uyumsuzlukların asıl çözüm yerinin mahkemeler olduğu ve tahkimin istisnai bir uyumsuzluk çözüm yolu olduğu görüşü yatmaktadır. Doktrinde<sup>7</sup> de hakim olan görüşün temelinde, Yargıtay'ın bu yöndeki yaklaşımı ve içtihatlarının<sup>8</sup> olduğu görülmektedir.

Yukarıda açıkladığımız bu yaklaşım aynı sözleşme içerisinde hem tahkimin hem de devlet mahkemelerinin yetkilendirildiği durumlarda tarafların tahkim iradelerinin kesin olmadığını ve ortada geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığını kabul etmektedir. Aynı şekilde tahkim iradesinin kesin olmadığı kabul edilen diğer bir durum ise asimetrik tahkim sözleşmeleridir. Asimetrik tahkim sözleşmesi kavramı, bir tarafı üstün hale getiren tahkim kayıtları için kullanılan bir üst kavram olmakla birlikte, tahkim sözleşmesinin sadece bir tarafına tahkime başvurma hakkı veren sözleşmeler de asimetrik tahkim sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır<sup>9</sup>.

4 Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12/1/2011 RG.: 04.02.2011/27836.

5 Tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi mi yoksa borçlar hukuku sözleşmesi mi olduğu konusundaki tartışmalar çalışmamız bakımından bir fark yaratmamaktadır. Tartışmalar için bkz.: Cevdet Yavuz, 'Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler', in *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"* (Marmara Üniversitesi Yayınları, 2009) 142; Krş.: Ergin Nomer, 'Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği' (1990) 10 (1-2) MHB (Doç. Dr. Özer Eskiuyurt'un Anısına Özel Sayı) 130.

6 Kuru (n 1) 5954 vd.; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 298 vd.; Akıncı (n 1) 152; Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlemesi* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1973) 86; Hatice Kocasakal Özdemir, 'Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı' *Prof. Dr. Handi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 531; Hakan Pekcantez, 'Tahkim İlk İtirazı' *Makaleler C. 2* (On İki Levha 2016) 825; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (On İki Levha 2017) 157; Nesli Şen Özçelik, 'Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2016) 36 (2) MHB, 68.

7 Bkz.: aşağıda I-B-2.

8 Bkz.: aşağıda I-B-1.

9 Şanlı (n 6) 436; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (Beta 2013) 83; Pekcantez (n 6) 824.

Tahkim sözleşmesinde taraflar arasında eşitliği bozan hükümler çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir<sup>10</sup>.

Türk hukukundaki hakim görüş tereddüt halinde tahkim sözleşmesini geçersiz saymak yönünde olmakla birlikte, daha tahkim yanlısı bir yaklaşımı savunan görüşler de mevcuttur. İlerleyen bölümlerde daha ayrıntılı ortaya konulacağı üzere bu görüşü savunan yazarlar, tarafların tahkim iradesi bulunduğu sürece, tahkimi ve devlet mahkemelerini paralel olarak yetkilendiren sözleşmelerde tahkim sözleşmesinin ayakta tutulması yönünde bir yorum yapılmasını savunmaktadır<sup>11</sup>. Aşağıda önce mahkemeler ve tahkim birlikte yetkilendiren sözleşmeler sonra da asimetric tahkim sözleşmeleri ele alınacaktır.

## B. Mahkeme ve Tahkimi Birlikte Yetkilendiren Sözleşmeler

### 1. İçtihat

Yargıtay'ın mahkemeler yanında tahkim heyetinin de yetkilendirildiği sözleşmeler bakımından tutumu incelendiğinde, taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açık ve kesin olmasını istikrarlı bir şekilde aradığı görülmektedir<sup>12</sup>.

Yargıtay vermiş olduğu pek çok kararda; taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği belirtildikten sonra, aynı sözleşme içerisinde örneğin “*İstanbul mahkemeleri yetkilidir*” gibi ibareler yer alan ve devlet mahkemelerini de yetkilendiren tahkim sözleşmelerini, ortada açık ve kesin bir tahkim iradesi bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>13</sup>.

Yerleşik içtihadı yukarıda belirttiğimiz gibi olmakla birlikte Yargıtay, mahkemelere ilişkin yetki ve tahkim kayıtlarının bir arada yer aldığı iki dosyada<sup>14</sup>, davanın mahkemede açılması üzerine ileri sürülen tahkim ilk itirazı ile ilgili olarak, tahkim

10 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayşegül Polat, ‘Asimetric Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği’ (2019) (1) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 vd.; Ozan Tok, ‘Patolojik ve Asimetric Tahkim Anlaşmalarının Değerlendirilmesi’ *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Panelleri Serisi Cilt - 1* (On İki Levha 2020) 70 vd.; Sumru Akter, ‘Patolojik ve Asimetric Tahkim Anlaşmalarının Yorumlanması’ *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Panelleri Serisi Cilt - 1* (On İki Levha 2020) 94 vd.

11 Alangoya (n 6) 32-34; Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (Alkım 2004) 35-36; Berk Demirkol, ‘Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği’ (2017) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 344 vd.; Vahit Doğan, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (Savaş 2020) 1105.

12 Yargıtay 13 HD 521/5446 12.4.2006, “...Hemen belirtmek gerekir ki, kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında taraflar bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir...” (Karar için bkz.: (2006) (7) YKD1099-1100).

13 Yargıtay 15. HD, 1438/2153 13.4.2009 “...Bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden ve kural olarak mahkemelerin ihtilafı çözmesi gerektiğinden, mahkemeye tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması yerine, dava dilekçesinin görev yönünden reddi doğru olmamış...” (www.yargitay.gov.tr); Benzer kararlar için bkz.: Yargıtay 15. HD, 2680/4137, 18.06.2007 (www.kazanci.com); Yargıtay 23. HD, 887/4043, 26.05.2014 (www.yargitay.gov.tr);

14 Yargıtay 15. HD, 3330/4607, 1.07.2014; Yargıtay 11. HD, 4467/11347, 02.11.2015 (www.yargitay.gov.tr). Kararların yorumu için bkz.: Demirkol (n 11) 341-343; Özdemir Kocasakal (n 6) 510 vd.

sözleşmesini geçersiz saymamıştır. Ancak bu kararlar tek başına Yargıtay'ın içtihat değiştirdiği anlamına gelmemektedir<sup>15</sup>. Söz konusu kararlarda<sup>16</sup> mahkeme iddialar hakkında bir karar vermeyip, tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında karar verme yetkisinin hakemlerde olduğunu belirterek davadan el çekmiştir<sup>17</sup>.

Bazı Yargıtay kararlarına konu olaylarda ise tarafların “*öncelikle uyuşmazlığın tahkimde çözülmeye çalışılacağı ancak burada bir çözüme ulaşılamazsa devlet mahkemelerine gidilebileceği*” şeklinde tahkim anlaşmaları yaptıkları görülmektedir<sup>18</sup>. Söz konusu kararlara konu uyuşmazlıklarda, esasında taraflarca tahkime gitmek amacıyla yapılmış bir sözleşme yoktur. Uygulamada bazen taraflar 30 gün içerisinde tahkimden bir sonuç alınamazsa mahkemeye gidilecektir şeklinde kayıtlar kullanmaktadır. Bu sözleşmelerde taraflar çoğu zaman ya tahkimin ne olduğunu bilmemekte ya da uzlaşma veya arabuluculuk gibi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kastetmektedir. Bu örnekler tarafların bir tahkim iradesi bulunmadığından, asimetrik tahkim ve paralel yetki öngören tahkim kayıtlarından farklıdır ve çalışmamızın konusu dışındadır<sup>19</sup>.

## 2. Doktrinde Yer Alan Görüşler

Türk hukuk doktrini incelendiğinde konu hakkında iki temel görüş olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki mahkeme ve tahkim konusunda yetkiyi paralel şekilde düzenleyen sözleşmelerin tahkim bakımından geçersiz olduğunu kabul ederken, ikincisi ise bu sözleşmelerin geçerli olduğunu savunmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere Türk hukukunda içtihat tarafından, uyuşmazlıkların asıl çözüm yerinin mahkemeler olduğu, tahkiminse ancak istisnai durumlarda kabul edilebileceği görüşü temel alınmaktadır. İlk görüşü savunan yazarlar için, söz konusu yaklaşım, tahkim sözleşmelerinin tarafların bu yöndeki iradelerinin duraksamaya neden olmaksızın açık şekilde anlaşılması gerektiği şeklinde bir yoruma yol açmakta ve bu da mahkemelerin yetkisi ile tahkimi aynı anda düzenleyen sözleşmelerin geçersiz olduğu sonucuna ulaşmaktadır<sup>20</sup>.

15 Demirkol (n 11).

16 Yargıtay 15. HD.'nin T. 15.9.1994 E. 1994/722, K. 1994/4938 “... Gerçekten yanlar arasındaki sözleşmenin 13. maddesinde bu sözleşmeden doğacak ihtilaflara hakemde bakılacağı kabul edilmişse de aynı madde de ihtilafın bu şekilde çözümlenememesi halinde Kozaklı Mahkemelerinin görevli olacağı benimsenmiştir.” (Erol Karataş and İzzet Ertekin, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması* (Yetkin 1997) 66); Yargıtay 15. HD, 2198/275, 08.05.2015 “*taraflar arasında meydana gelecek ihtilafların öncelikle tarafların her birinin ayrı ayrı tayin edeceği birer hakemden oluşan iki kişilik hakem heyetince çözülmesi esastır. 30 gün içinde bu yolla anlaşma sağlanamaması durumunda ihtilafların halinde İstanbul Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkilidir*” (www.yargitay.gov.tr).

17 Kanaatimizce doğru ve hem MTK hem de HMK'nın ilgili hükümlerine uygun olan Yargıtay'ın bu kararlarıyla ilgili eleştiriler için bkz.: Özdemir Kocasakal (n 6) 526.

18 Yargıtay 11. HD, 1050/3012, 31.03.2003; 2015/2758; Yargıtay 15. HD, 769/1572, 13.03.2007 (kararlar için bkz.: www.yargitay.gov.tr); Yargıtay 11. HD, 6686/360012.05.2005; Yargıtay 15. HD, 2198/2758, 22.06.2015 (kararlar için bkz.: www.kazanci.com).

19 Aynı yönde bkz.: Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (Güncel 2008) 2048; Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, ‘Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması Kavramları’ (2014) XVI DEÜHFD (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.II) 2048.

20 Bu görüşü savunan yazarlar için bkz.: Şanlı (n 6) 454; Akıncı (n 1); Özdemir Kocasakal (n 6) 531; Yavuz (n 5) 137; Pekcanitez (n 6) 825-827; Aydemir (n 6) 165 ve 401; Mine Tan Dehmen, ‘Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi’ (2005-2006) C. 25 (1-2) MHB (Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan) 457; İbrahim Özbay, *Hakem Kararlarının Temyizi* (Yetkin 2004) 184



Doktrinde, ancak uyuşmazlıkların çerçevesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde çizildiği hallerde, mahkeme ve tahkime ilişkin yetki kurallarının aynı sözleşmede düzenlenmesinin mümkün olabileceğini belirten bir görüş de yer almaktadır<sup>21</sup>. Bu görüş kanaatimizce bir önceki görüşten farklı değildir. Sözleşmelerde yer alan “sözleşmenin feshi ve sona ermesine ilişkin uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülecektir, bu iki konu dışında kalan uyuşmazlıklar da İstanbul mahkemeleri yetkilidir” gibi ifadeler kullanılarak akdedilen kısmi tahkim anlaşmalarının geçerli olacağı konusunda herhangi bir tartışma mevcut değildir<sup>22</sup>. Bu bağlamda söz konusu görüş de bir önceki başlık altında yer almaktadır.

Mahkemeler ve tahkim için paralel yetki düzenlemesi içeren sözleşmeler hakkında savunulan ikinci görüş ise bu sözleşmelerin geçerli olduğu yönündedir. Alangoya tarafından ortaya konulan bu görüş uyarınca, taraflar tahkim sözleşmesiyle devlet yargısını tamamen devre dışı bırakabilecekleri gibi, her iki yargı yolunu alternatifli olarak birbirlerinin yanında da kabul edebilirler. Taraflara tahkime veya mahkemeye başvurma hususunda hak tanıyan sözleşmeler, tahkim iradesi bakımından açıktırlar ve geçerli kabul edilmelidir. Bu gibi sözleşmelerde, uyuşmazlığın doğumuyla birlikte, seçme hakkı kullanılıp kendisine ilk başvurulmuş olan makam (mahkeme ya da tahkim), uyuşmazlığı bir bütün olarak çözüme yetkisine kavuşur. Bu anlamda tarafların mahkeme ya da tahkime başvurma hakkının, bir seçimlik hak olarak düzenlendiği kabul edilmelidir<sup>23</sup>.

Yaklaşık yarım yüzyıl önce ortaya konulan ve kanaatimizce taraf iradelerinin ayakta tutulması bakımından özel hukuk sistemimizin genel ruhuyla paralel bu görüş, 1980’li ve 1990’lı yıllarda ülkemizdeki tahkim karşıtı havanın da etkisiyle içtihat tarafından görmezden gelinmiştir. Yargıtay tarafından benimsenen tahkim iradesini dar yorumlayan bu kısıtlayıcı yaklaşımın, öncelikle yukarıdaki belirttiğimiz tahkime ilişkin temel eserlerde ve akabinde diğer çalışmalarda uzunca bir süre doktrin tarafından tartışmasız olarak kabul edildiği gözlemlenmektedir.

Geçtiğimiz son 10 yılda yapılan çalışmalar incelendiğinde ise tahkimin istisnailiğinden hareket eden ve irade konusunda ufacak bir şüphe halinde dahi tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağını kabul eden bu görüşün, yeni çalışmalarda tahkim yanlısı bir tutum ve iradenin ayakta tutulması yönündeki eğilimlerle terk edilmeye başlandığını ve Alangoya tarafından ortaya konulan yaklaşımın benimsendiğini görmekteyiz<sup>24</sup>.

21 Ekşi (n 9) 96.

22 Deren Yıldırım (n 11) 35; Yavuz (n 5) 137; Demirkol (n 11) 330 vd.

23 Alangoya (n 6) 32-36; Benzer yönde bkz.: Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku* (Sevinç 1978) 750.

24 Deren Yıldırım (n 11) 36; Yeşilova Bilgehan (n 19) 540; Özçelik (n 6) 72; Demirkol (n 11) 347; Doğan (n 11) 1105; Mustafa Serdar Özbek, ‘Tahkim İlk İtirazı Üzerinde Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi’ (2019) (2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 225.

### C. Asimetrik Tahkim Sözleşmeleri ve Tahkim İradesi 1. İhtihat

Bu başlık altında Yargıtay'ın asimetrik tahkim sözleşmelerine bakışı ele alınacaktır. Asimetrik tahkim sözleşmeleri denildiğinde anlaşılması gereken, bir tarafa üstünlük sağlayan anlaşmalardır. Asimetrik tahkim sözleşmeleri temel olarak iki ana başlığa ayrılabilir; tek tarafa tahkime başvuru hakkı tanıyan sözleşmeler ve bir tarafın lehine olacak şekilde diğer tarafın usuli olarak hakkını sınırlayan sözleşmeler<sup>25</sup>. Usuli anlamda taraflar arasında eşitsiz koşullar düzenlemek yoluyla adil yargılanma hakkını ihlal eden tahkim sözleşmelerinin geçersizliği konusunda bir tartışma olmadığı gibi bu gibi sözleşmeler çalışmamızın kapsamı dışındadır<sup>26</sup>.

Yargıtay tarafından kabul edilen “tahkim iradesinin varlığı bakımından duraksamaya yol açacak şekilde düzenlenen tahkim sözleşmelerinde tarafların tahkim iradesi yoktur ve bu nedenle de sözleşme geçersizdir” şeklindeki yaklaşım, kendisini asimetrik tahkim sözleşmelerinde de göstermektedir. Yargıtay'ın konuyu gündeme taşıdığı ve pek çok incelemeye konu olan Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü kurtarma yardım sözleşmeleri hakkındaki kararında<sup>27</sup>; “...geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edilebilmesi için uyuşmazlığın mutlaka hakemde çözümleneceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması gerektiği şartı duraksamasız olarak aranmaktadır. Çünkü tahkim kurumu, istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm yoludur ve asıl olan uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözümlenmesidir... Ayrıca âkit taraflardan sadece birisine tahkim yoluna başvurma hakkı tanıyan bu hükümden çıkan bir başka anlam da, kurtarma yardım alacağının tayinine ilişkin uyuşmazlıkta, sözleşmenin diğer tarafına mahkemeye başvurma hakkının tanınmış olduğudur. Yukarıda açıklandığı üzere aynı uyuşmazlık için hem tahkim hem de mahkemeye gitme yolunun kararlaştırılmış bulunması halinde tahkim şartı geçersiz olduğundan, somut uyuşmazlıktaki tahkim şartı bu nedenle de geçersizdir.” tespitinde bulduktan sonra bu durumu, bir paralel yetki şartı olarak değerlendirmiş ve bu nedenle de tahkim koşulunun geçersiz olduğuna hükmetmiştir<sup>28</sup>.

25 Tok (n 10) 71 vd.

26 Bu gibi sözleşmeler için en sık rastlanılan hallerden bir tanesi sözleşmenin bir tarafının hakemlerin tamamını ya da çoğunluğunu seçme hakkına sahip olduğu sözleşmelerdir. Bu gibi asimetrik tahkim sözleşmeleri Yargıtay tarafından ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilmektedir. “...Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarıdan fazlasını veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir...” Yargıtay 22. HD, 6529/11095 18.04.2016. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 9. HD, 14507/18315 05.06.2014; Yargıtay 20. HD, E. 1955/27912 08.03.2002; Yargıtay 13. HD, 8778/44922 05.04.1991; Yargıtay HGK, 13-606/56 12.02.1992 (www.kazanci.com.tr). Konuyla ilgili ayrıca bkz.: Polat (n 10) 19 vd.; Akıncı (n 1) 253; Bu gibi sözleşmelerin kamu düzenine aykırı kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz.: Ergin Nomer, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Müdahalesi’ (1999-2000) 19 (1-2) MHB 561.

27 Yargıtay 11. HD, 3257/1675 15.02.2011. (www.kazanci.com).

28 Karar hakkında detaylı bir inceleme için bkz.: Emre Esen, ‘Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi’nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği’ (2010) 9 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145 vd. Ayrıca bkz.: Polat (n 10) 50 vd.; Özbek (n 24) 238 vd.

## 2. Doktrinde Yer Alan Görüşler

Türk doktrini incelendiğinde asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından genel görüş, paralel yetki sözleşmelerinden farklı olarak, azınlıkta kalan iki karşı görüş hariç<sup>29</sup>, somut olaydaki koşullar dikkate alınarak asimetrik tahkim sözleşmelerinin baştan itibaren geçersiz olduğunu kabul etmenin hatalı olacağı yönündedir<sup>30</sup>.

Bu noktada asimetrik tahkim sözleşmelerinin mutlak olarak geçerli kabul edileceği yönünde bir algı oluşması hatalı olacaktır. Doktrinde, tek tarafa tahkime başvuru hakkı tanıyan asimetrik tahkim sözleşmelerinin somut olaya göre yorumlanması gerektiği ifade edildikten sonra, geçerliliği etkileyecek bazı durumlar örnekleme yoluyla ortaya konulmuştur.

Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından ileri sürülen en önemli çekince, tek tarafa tahkime başvuru hakkı tanıyan bir tahkim sözleşmesinin varlığı halinde diğer tarafın hem mahkemeye hem de tahkime başvuramaması durumunda adalete erişim hakkının ihlali sonucu doğacağı ve bu durumda tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağıdır<sup>31</sup>. Ancak doktrinde bu sorunun çözümü için tahkim sözleşmesini baştan geçersiz saymak yerine, asimetrik tahkim sözleşmesinde tahkime başvurma hakkı tanınan tarafça tahkim davası açılmasına rağmen, diğer tarafça aynı konuda mahkemede bir dava açılırsa bu davanın tahkim ilk itirazı üzerine reddedilmesi; tek taraflı olarak tahkime başvurma hakkı tanınan tarafça tahkimde dava açılmaz ancak diğer taraf tahkimde dava açarsa, tahkime başvurma hakkı tanınan tarafın açtığı davada mahkemenin, diğer tarafın tahkim ilk itirazını reddedip davaya bakmasının daha doğru olacağı ifade edilmektedir. Böylece sözleşme kapsamında uyumsuzluğun hangi yolla çözüleceği, önce tahkime veya mahkemeye başvurulmuş olunmasına göre belirlenecek ve taraflar bakımından adalete erişim noktasında bir engel ortaya çıkmayacaktır<sup>32</sup>.

29 Söz konusu görüş uyarınca, "Taraflardan sadece birisinin uyumsuzluk hakkında tahkime başvurabileceği yönündeki sözleşme, taraflardan birisine üstünlük tanınması yanında, tahkim sözleşmesinin iki tarafı da kapsamaması nedeniyle hükümsüz sayılabilir. Bu, aynı zamanda taraflardan birisi tahkime gidebilirken diğer tarafın mahkemeye gitmek zorunda bırakılmasını gerektirmektedir. Bu ise, taraflar arasında açık bir eşitsizlik olarak kabul edileceğinden tahkim sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır." Bkz.: Pekamtez (n 6) 824.; Bu gibi sözleşmelerin hak arama hürriyeti ve hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmadığı yönündeki görüş için bkz.: Aydemir (n 6) 135-136.

30 Esen (n 28) 155; Ekşi (n 9) 87-93; Hüseyin Afşin İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (Adalet 2016) 221; Polat (n 10) 56 vd.; Süleyman Yılmaz and Gökçe Filiz Çavuşoğlu, 'Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Kızları' (2020) 69 (3) AÜHFD 1488 vd.; Özbek (n 24) 241 vd.; Özçelik (n 6) 72; Tok (n 10) 72.

31 Esen (n 28) 153; Polat (n 10) 48; Benzer bir sonuç ancak farklı bir bakış açısı için bkz.: Yılmaz and Çavuşoğlu (n 30) 1492.

32 Esen (n 28) 153-154; Özbek (n 24) 241. Ancak kanaatimce "tek taraflı olarak tahkime başvurma hakkı tanınan tarafça tahkimde dava açılmaz ancak diğer taraf tahkimde dava açarsa, tahkime başvurma hakkı tanınan tarafın açtığı davada mahkemenin, diğer tarafın tahkim ilk itirazını reddedip davaya bakmasının daha doğru olacağı" yönündeki görüş bu olasılıkta, tahkime başvuru hakkı olmayan tarafın açtığı tahkim davasında hakemlerin, tarafın tahkime başvuru hakkı olmadığı gerekçesiyle, yetkisizlik kararı verebileceğini dikkate almamaktadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere hakemler yargılama konusundaki yetkisini taraflardan almaktadır. Bir sözleşmede, taraflar ortak bir iradeyle ve irade serbestisi kapsamında bir tarafın tahkime başvurmayacağı konusunda anlaşmaları noktada, hakemlerin yorum yoluyla ya da kendiliğinden bir yetki tesis etmeleri sonraki aşamalarda hakem kararının iptali veya tanınması ve tenfizinin reddi sonucu doğurabilecektir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, Türk hukukunda aksi yönde bir içtihat oluşmadıkça, tahkime başvuru hakkı olmayan taraf için böyle bir sözleşme yapmış olmanın yaratacağı belirsizlik ve riskler varlığını korumaya devam edecektir.

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği bakımından ortaya konulan ikinci çekince, asimetrinin taraflardan biri tarafından ekonomik üstünlük kullanılarak kabul ettirildiği durumlarda kendisini göstermektedir. Bu gibi sözleşmelerde zayıf taraf aleyhine oluşan bu olumsuz koşul ya da eşitsizlik nedeniyle asimetrik tahkim kaydının geçersiz sayılması gerektiği belirtilmektedir<sup>33</sup>. Ancak sözleşmede meydana gelen eşitsizliğin zayıf taraf lehine olduğu durumlarda ise asimetrik tahkim sözleşmesinin geçersiz kabul edilemeyeceği, bu durumun her somut olaya göre ayrı ele alınması gerektiği de haklı olarak ifade edilmiştir<sup>34</sup>.

## II. Bursa BAM 7. HD'nin 28.04.2022 Tarih ve 2021/1 E. 2021/2 K. Sayılı Kararı

### A. İncelemeye Konu Kararın Özeti ve İptal Kararına Dayanak Oluşturan Gereçler

İncelememizin konusunu oluşturan olayda, 2021 yılında üç kişiden oluşan bir hakem heyeti 2013 yılında taraflar arasında imzalanmış olan yüklenici sözleşmesi kapsamında iş sahibi tarafından açılan ve HMK hükümlerine tabi olarak yürütülen tahkim davası sonucunda davayı kabul ederek tazminata hükmetmiştir. Karar üzerine davalı yüklenici, Bursa Bölge Adliye Mahkemesinde hakem kararının iptali talebiyle dava açmıştır. Açılan iptal davası sonucunda Bursa BAM 7. HD, 28.04.2022 tarihli ve 2021/1 E. 2021/2 K. sayılı kararı ile yüklenicinin geçersizlik iddiasını kabul ederek hakem kararının iptaline hükmetmiştir<sup>35</sup>. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“...Her ne kadar tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın devlet mahkemelerinde mi yoksa hakemde mi görüleceğine ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de, bu sözleşmenin düzenlenmesi ve geçerliliği maddi hukuk işlemi olup, diğer sözleşmeler gibi yapılması Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için sözleşmeler için gerekli genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir..... Somut olayda hakem dosyasının davacısı olan is sahibi şirket, hakem dosyasının davalısı olan yüklenici şirketin eser sözleşmesini gereği gibi yerine getirmediği iddiasıyla maddi ve manevi tazminatın hüküm altına alınması için tahkim yoluna başvurmuş, is sahibi şirket, ikinci hakemin seçilmesi için iş sahibinin açtığı 2018/121 Esas sayılı dosyaya verdiği cevap dilekçesinde, tahkim yargılamanın başlamasından sonra hakem heyetine verdiği cevap dilekçesinde ve iş sahibinin hakem heyetine karşı açtığı davada verdiği cevap dilekçesinde sözleşmede tahkim ya da yargılama yolunun seçilebileceği ve bu konuda seçim hakkının işverende olduğuna ilişkin tahkim şartının geçersiz olduğunu savunarak itirazda bulunmuş, hakem heyeti kararının iptali için

33 Alangoya (n 6) 86; Esen (n 28) 153; Aydemir (n 6) 362; Polat (n 10) 20.

34 Ekşi (n 9) 87.

35 Karar yayımlanmamıştır.

*açtığı birlesen davada da, tahkim şartının geçersiz olduğunu, tahkim veya yargı yolunu seçme hakkının işverene tanındığını, uyuşmazlıkta devlet mahkemelerinin görevli olduğunu ileri sürmüştür. Yukarda da açıklandığı üzere kural olarak bir uyuşmazlığın çözümlenmesi görevi devlet mahkemelerine ait olup tahkim istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm yolu olduğundan tahkim iradesinin açık ve kesin olarak belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde tahkim şartı ya da anlaşması geçersiz olacaktır. Sözleşmenin 30.maddesinin ikinci bendindeki “Sulh yolu ile çözümlenemeyen sözleşme ile ilgili veya sözleşmeden kaynaklanan her türlü anlaşmazlık, aşağıda belirtilen şekilde atanan üç hakemden oluşan bir tahkim kurulunun geçici kabulden sonra oluşturulması ile nihai olarak tahkim yoluyla veya yargı yoluyla çözülebilecektir. ....” şeklindeki düzenleme sözleşmenin tarafına devlet mahkemeleri ile tahkim mahkemesi arasında seçimlik ya da terditli başvuru imkanı tanıdığından, ayrıca sözleşmenin 30.4. maddesindeki tahkim veya yargı yolunun seçilmesi konusundaki karar işveren tarafından verilecektir” şeklinde asimetrik tahkim sözleşmelerine ilişkin düzenleme dikkate alındığında sözleşmedeki tahkim şartının uyuşmazlığın kesin olarak tahkimde çözümleneceğine ilişkin bir irade beyanı içermemektedir*

*... Taraflarca kararlaştırılan tahkim şartında “sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlığın nihai olarak tahkim yoluyla veya yargı yoluyla” çözülebileceği ifade edilmiş olup bu sekliyle uyuşmazlığın çözümünde hakem kurulu tek yetkili olarak kabul edilmemiştir. Devlet mahkemeleri ile tahkim heyetini aynı anda yetkilendiren dava konusu sözleşmede tarafların iradesinin uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözmek olduğunu kesin olarak kabul etmek mümkün olmadığı için geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığından söz edilemeyecektir. Sözleşmede tahkim ve yargı yolunu seçme hakkının iş sahibine tanınması nedeniyle asimetrik tahkim şartı niteliğindeki hüküm nedeniyle yükleniciye mahkemede dava açma yetkisi verildiğinden söz konusu düzenlemede mutlak bir tahkim iradesi bulunmadığı gibi taraflar tahkim şartını açık ve kesin olarak belirlemediklerinden tahkim şartı geçersiz olup 6100 sayılı HMK'nun 439. maddesinin 2.a ve 2.ç bentleri gereğince hakem kararının iptali gerekmektedir...”*

Bursa BAM 7. HD tarafından ortaya konulan gerekçeler özetle şunlardır;

i. Bir uyuşmazlığın çözümlenmesi görevi devlet mahkemelerine ait olup tahkim istisnai hallerde başvurulacak bir çözüm olduğundan tahkim iradesinin açık ve kesin olarak belirlenmesi gerekmektedir.

ii. Taraflar arasındaki sözleşmenin 30. maddesinin ikinci bendindeki “uyuşmazlık nihai olarak tahkim yoluyla veya yargı yoluyla çözülebilecektir” şeklindeki ifade, sözleşmenin taraflarına devlet mahkemeleri ile tahkim mahkemesi arasında seçimlik ya da terditli başvuru olanağı tanıdığından, hakem kurulu tek yetkili olarak kabul edilmemiştir.

iii. Taraflar arasındaki sözleşmede tahkim ve yargı yolunu seçme hakkının iş sahibine tanınması nedeniyle bir asimetrik tahkim şartı mevcuttur ve yükleniciye mahkemede dava açma yetkisi verildiğinden söz konusu düzenlemede mutlak bir tahkim iradesi bulunmamaktadır.

## B. Çözülmesi Gereken Hukuki Sorunlar

Yukarıda aktardığımız Bursa BAM 7. HD'nin verilen hakem kararının iptali yönündeki hükmü bakımından aşağıda yer alan üç sorunun cevaplanması gerekmektedir.

i. Somut uyuşmazlığa konu sözleşmede tarafların tahkim yoluna başvurma iradesinin bulunup bulunmadığı,

ii. Sözleşmede tahkime başvurma hakkının tek tarafa bırakılıp bırakılmadığı, sözleşmenin asimetrik bir tahkim kaydı içerip içermediği ve bu durumun adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlal oluşturup oluşturmadığı,

iii. Tahkim kararının iptalini talep eden davacının tahkim sözleşmesinin geçersizliği ve tahkim iradesi bulunmadığı gerekçelerine dayanarak iptal davası açmış olmasının dürüstlük kuralına uygun olup olmadığıdır.

BAM tarafından geçersiz olduğu kabul edilen sözleşmenin ilgili bölümü şu şekildedir:

*“ 30.2 Sulh yolu ile çözümlenmeyen Sözleşme ile ilgili veya Sözleşmeden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık, ihtilaf veya iddia aşağıda belirtilen şekilde atanan üç hakemden oluşan bir tahkim kurulunun Geçici Kabulden sonra oluşturulması ile nihai olarak tahkim yoluyla veya yargı yolu ile çözülebilecektir. Tahkim yolu seçilen konularda, tahkimin başlamasını müteakip otuz (30) gün içerisinde, her bir taraf birer hakemi tayin edecek ve bu şekilde tayin edilen iki hakem, on dört (14) gün içerisinde üçüncü hakemi belirleyecektir. Taraflardan herhangi birisinin, diğer tarafın yazılı talebini müteakip on dört (14) gün içerisinde hakem tayin etmemesi halinde, söz konusu tarafça tayin edilmesi gereken hakem, Edremit Ticaret Mahkemeleri tarafından seçilecektir. Üçüncü, hakemin belirlenmesi konusunda herhangi bir anlaşmaya varılamaması durumunda üçüncü hakem, Edremit Ticaret Mahkemelerince tayin edilecektir. Tahkim yeri Edremit'dir. Hakem kararı nihai olup üzerinde bağlayıcı olacaktır.*

*30.3 Tahkim işlemlerine ait tüm masraflar taraflarca eşit olarak karşılanacak ve her bir taraf söz konusu işlemlerle ilgili kendi masrafını kendisi karşılayacaktır.*

*30.4 Tahkime gidilmesi tercih edilmeyen konularda Edremit Ticaret Mahkemeleri yetkili olacaktır. Sulh yoluyla çözülemeyen davalar için tahkim veya yargı yolunun seçilmesi konusundaki karar işverene aittir.”*

## C. Karara İlişkin Değerlendirmemiz

### 1. Tahkim İradesi Bakımından Değerlendirme

İncelediğimiz kararda açıkça ortaya konulduğu üzere BAM'ın hakem kararını iptal ederken dayandığı gerekçelerden bir tanesi, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan *“aşağıda belirtilen şekilde atanan üç hakemden oluşan bir tahkim kurulunun geçici kabulden sonra oluşturulması ile nihai olarak tahkim yoluyla veya yargı yoluyla çözülebilecektir”* şeklindeki ifadedir.

Yukarıda incelediğimiz üzere gerek Yargıtay'ın gerekse doktrindeki pek çok yazarın görüşü, mahkemelerle birlikte hakemleri yetkili kılan tahkim sözleşmelerinde taraf iradelerinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmasıdır. Diğer taraftan, BAM kararında da belirtildiği üzere, hem Yargıtay kararlarında hem de doktrinde taraflar arasındaki tahkim sözleşmelerinin geçerliliği ve iradelerin varlığı konusunda sözleşmelere ait genel yorum ilkelerinin kullanılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>36</sup>.

Gerçekten de bir tahkim sözleşmesinde tarafların tahkim iradesinin kesin ve bağlayıcı olup olmadığı, sözleşmeyle ortaya konulan iradelerinin yorumuyla anlaşılabilir. Esası itibarıyla bu yorum BAM kararında da vurgulanmış ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve oluşmasının Türk Borçlar Kanunu (TBK)<sup>37</sup> kurallarına tabi olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada çalışmamız kapsamında uygulama alanı bulacak kural TBK madde 19'dur<sup>38</sup>. Söz konusu madde kapsamında yapılması gereken öncelikle taraflar arasındaki tahkim sözleşmesini incelemek ve taraflarca bağlayıcı bir tahkim sözleşmesi yapılmak istenip istenmediğini yorumlamaktır.

Karara konu olayda, sözleşmeden de anlaşıldığı üzere taraflar; sulh süreci sonunda tahkime gidileceği, hakem heyetinin üç kişiden oluşacağı, hakemlerin nasıl seçileceği, hakemini seçmeyen taraf için hakemin nasıl ve hangi mahkeme tarafından atanacağı, tahkim yerinin neresi olacağı, tahkim ve hakem ücretlerinin nasıl karşılanacağı, hakemlerce verilecek kararın taraflar için bağlayıcı olacağı konularını son derece detaylı şekilde düzenlenmiştir. Somut olayda tarafların uyuşmazlığın çözümü bakımından mahkeme ve tahkimi yetkilendirmiş olması bir soru işareti yaratabilecektir. Ancak sözleşmenin sonraki maddelerine bakıldığında, sadece tahkime gidilmeyen konular için mahkemelerin yetkilendirildiği de açıkça belirtilmiş ve tahkim yolu tercih edilecek uyuşmazlıklar bakımından, hakem kararının taraflar için bağlayıcı olacağı konusunda da anlaşılmıştır.

36 Ekşi (n 9) 87 vd.; Doğan (n 11) 1120; Ejder Yılmaz and Ramazan Arslan and Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku (Yetkin 2020) 767; Yılmaz and Çavuşoğlu (n 30) 1478; Aydemir (n 6) 140 vd.; İlhan (n 30) 128.

37 Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG.: 04.02.2011/27836.

38 TBK madde 19 *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”*.

Tüm bu değerlendirmeler yanında, hukukumuzda mahkeme ve tahkim yolu bakımından seçimlik bir hakkın kullanılmasını engelleyen ya da böyle bir tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağını düzenleyen yasaklayıcı bir hüküm de mevcut değildir<sup>39</sup>. Nitekim doktrinde de haklı şekilde ifade edildiği üzere, tahkim sözleşmesini düzenleyen özel kuralların varlığı, tahkim sözleşmesinin borçlar hukukuna özgü kurallara tabi olma niteliğini ortadan kaldırmaz ve bu anlamda özel ve genel geçerlilik koşulları dışında kanunlarda yer almayan koşullar getirilerek sözleşmenin geçersizliğine hükmedilemez<sup>40</sup>. Uygulamada karşılaşılan pek çok tahkim sözleşmesine göre, alışılmışın dışında detaylı şekilde bir tahkim koşulu düzenleyen taraflar bakımından, kanaatimce BAM'ın tahkim iradesinin bulunmadığı ya da iradenin belirsiz olduğu şeklindeki yorumu hatalı olduğu gibi, TBK m. 19'da düzenlenen hukuki yorum kuralına da aykırı olmuştur. Somut olayda tarafların tahkim iradesi açık ve kesindir. Sözleşme kapsamında iş sahibi tarafından tahkime başvurulmasıyla birlikte, artık tarafların tahkim yönündeki iradesi mutlak hale gelmiş ve sözleşmenin her iki tarafı için de uyuşmazlığın çözümü için hakem heyeti tek yetkili mercii haline almıştır<sup>41</sup>.

## 2. Asimetrik Tahkim Sözleşmesine İlişkin Değerlendirme

Yukarıda yargı kararları ve doktrin görüşleri kapsamında açıkladığımız üzere bir tarafa üstünlük tanıyan tahkim sözleşmeleri asimetrik tahkim sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından, genel olarak bir geçersizlik hali kabul edilmemekle birlikte, taraflardan birine tahkim yoluna izin verirken diğer tarafa izin vermeyen kayıtlar ile tahkimde bir tarafa yargılamayı etkileyecek derecede üstünlük sağlayan tahkim sözleşmelerinin geçersiz oldukları kabul edilmektedir<sup>42</sup>.

BAM tarafından verilen iptal kararında dayanılan gerekçelerden bir diğeri taraflar arasındaki sözleşmede yer alan “*Sulh yoluyla çözülemeyen davalar için tahkim veya yargı yolunun seçilmesi konusundaki karar işverene aittir.*” şeklindeki koşuldur. Söz konusu düzenlemenin, tahkim kaydının geçersizliğine sebep olduğunun kabulü için, bir tarafın dava açma hakkını elinden alacak şekilde düzenlenmiş bir asimetrik tahkim kaydı niteliğinde olması gerekmektedir.

Öncelikle söz konusu sözleşmede sadece tahkim ya da devlet yargısına başvurulacak uyuşmazlıkların belirlenmesi yetkisi işverene bırakılmıştır. Böylece işveren tarafından bu seçim yapıldıktan sonra, tarafların her ikisi için de uyuşmazlığın çözümü için

39 Alangoya (n 6) 34; Demirkol (n 11) 345; Doğan (n 11) 1105.

40 Nomer, ‘Tahkim Anlaşması’ (n 5) 130-131.

41 Doktrinde de taraflardan birinin seçim hakkını kullanmasıyla, tahkim iradesi konusundaki belirsizliğin son bulacağı, tahkim yolu seçilmişse uyuşmazlığın hakem heyetinin yetkisine gireceği ve diğer uyuşmazlık çözüm yolunun her iki taraf için de ortadan kalkacağı kabul edilmektedir. Bkz.: Alangoya (n 6) 32 vd.; Deren Yıldırım (n 11) 35 vd.; Özçelik (n 6) 70; Demirkol (n 11) 346.

42 Bkz.: yukarıda dn. 33.



başvurulacak yol aynıdır. Bu durum karşısında bir taraf için diğerine göre bir üstünlük sağlandığını ya da tahkime başvuru hakkının sadece bir tarafa ait olduğunu söylemek mümkün değildir. Tüm bu veriler ışığında kanaatimce sözleşme bir asimetrik tahkim kaydı içerirse de tarafların adalete erişimi bakımından eşitliği bozucu bir durumun ortaya çıkmamakta ve silahların eşitliği ilkesi korunmaktadır. Belirttiğimiz gerekçeyle, sözleşmenin geçersizlik sonucu doğuracak bir asimetrik tahkim kaydı olarak yorumlanması hatalı olmuştur.

BAM tarafından yapılan yorum doğru kabul edilse dahi, asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçersizliği bakımından ele alınan bir diğer durum, bir tarafın ekonomik üstünlüğünü kullanması ve bu yolla kendisi lehine yargılamada eşitliği bozacak olanaklar sağlamasıdır. Karardan anlaşıldığı üzere sözleşmenin her iki tarafı da tacirdir ve tahkim iradesinin açık olmadığını iddia eden yüklenici hem işveren şirketin pay sahibi hem de yüklenici şirketin hakim ortağı ve işveren konumundaki şirkette münferiden temsil ve ilzam yetkisini haiz müdürdür. Böyle bir durumda taraflar arasında baskıyla imzalatılmış bir sözleşmenin bulunduğunu söylemek hayatın olağan akışına aykırı olacağı gibi, hangi uyuşmazlıklar için tahkime başvurulacağı konusunda karar verme yetkisinin bir tarafa bırakılmasının da diğer taraf aleyhine usuli anlamda olumsuz bir koşul olarak değerlendirilmesi kanaatimizce hatalıdır<sup>43</sup>. Zira taraflar nihai olarak ister hakem heyeti önünde isterse mahkeme önünde uyuşmazlıklarını çözmüş olsunlar, her iki yargılamada da hukukun doğru uygulanması ve daha da önemlisi adil yargılanma ilkelerine uygun davranılması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da mahkeme veya tahkimin, bu ölçütler kapsamında, diğerine göre daha üstün olduğu düşünülmemelidir.

### 3. Geçersizlik İddiasının Dürüstlük Kuralı Bakımından Değerlendirilmesi

Tahkim sözleşmelerinin geçersizliğine ilişkin itirazlar bakımından değerlendirilmesi gereken en önemli unsurlar bir tanesi de kanaatimizce Medeni Kanun m. 2'ye ve dürüstlük kuralına uygun olup olmadığıdır.

Yukarıdaki bölümlerde incelediğimiz kararların neredeyse tamamında sözleşmenin taraflarının tacir olduğunu ve sözleşmeye tahkim koşulunun karşılıklı anlaşmayla eklendiği görülmektedir. İncelediğimiz karar ve benzer davalarda tüm hukukçular tarafından dürüst bir şekilde cevaplanması gereken soru, geçersizlik iddiasında bulunan tarafın asıl düşüncesi; söz konusu sözleşmelerde yer alan tahkim kayıtlarına eklenmiş mahkemelere ilişkin yetki düzenlemesi nedeniyle tahkim iradesinin olmadığı ve uyuşmazlığın devlet yargısında görülmesinin daha güvenli olması mıdır, yoksa yargılama sürecini uzatmaya yönelik hukuki bir manevra yapma çabası mıdır?

43 Yargılamada eşitlik ilkesinin ihlali, asimetrik tahkim koşulunun varlığıyla değil, yargılama sırasında tarafların usuli haklarının ihlaliyle ilgilidir. Buna bağlı olarak ancak yargılama sırasında taraflardan birinin usuli haklarının ihlal edilmesi halinde asimetrik tahkim koşulunun geçersizliği gündeme gelebilir. Bkz.: Polat (n 10) 39.

Özellikle tacirler arasında düzenlenmiş olan tahkim sözleşmeleri düşünüldüğünde -basiretli tacir ilkesiyle birlikte- iradelerin yorumunda tahkim şartı yanında mahkemelere ilişkin hükümlerin de bulunması nedeniyle, gerçekte tahkime başvurma iradesi bulunmadığını kabul eden Yargıtay'ın, tahkim karşıtı bir yorumla hareket ettiğini söylemek abartılı bir yorum olmayacaktır. Örneğin tacir olmaya bağlı cezai şartta indirim isteyememe ya da tacir olduğu için ağırlaştırılmış özen borcu gibi pek çok kuralı rahatlıkla maddi meselelerde uygulayan mahkemelerimizin, tahkim konusuna gelindiğinde, son derece detaylı düzenlenmiş tahkim sözleşmelerinde dahi tacir olmaya bağlı sonuçları dikkate almaması ve sanki tahkimi ilk defa duyan ya da tahkim konusunda hiçbir bilgisi olması beklenmeyen işçi ve tüketici gibi kişilerle aynı düzlemde düşünmesi kanaatimce doğru bir yorum tarzı oluşturmamaktadır.

Tahkim iradesinin varlığına ilişkin bu yüzeysel ve sadece sözleşmede yer alan kavramlarla sınırlı lafzi bir inceleme yapıldığında, ister milli isterse milletlerarası bir tahkim söz konusu olsun, uzun bir süreç sonucunda verilen hakem kararlarının tereddütsüz iptal edildiği görülmektedir. Bu gibi kararların hiçbirinde ne taraflar arasındaki ilişkiler ve ortaklık yapıları ne de sözleşmenin kimin tarafından hazırlandığı gibi konular dikkate alınmaktadır. Hatta uygulamada bazı şirketlerin bilinçli olarak bu şekilde mutlak ifadeler içermeyen tahkim sözleşmeleri hazırladıkları ve bir sorun yaşandığında bu muğlak durumdan faydalanarak yargı sürecini uzatma yoluna gittikleri de yaşanan bir gerçektir. Yargıtay'ın çelişkili davranma yasağı kapsamında bazı geçersizlik iddialarını reddeden kararları<sup>44</sup> mevcut olsa da bunlar konu bakımından yaşanan sorunları çözmekten uzaktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında özellikle ticari sözleşmelerde çoğu zaman eşit bir müzakere süreci ile gerçekleştirilen ve özellikle de tahkim yoluna başvurma dışında, tahkim usulüne ilişkin de detaylı hükümler içeren sözleşmeler bakımından, tahkim iradesinin bulunmadığı yönündeki taraf itirazlarının, dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve bu tip itirazların reddedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

## Sonuç

Yargıtay'ın çelişkili davranma yasağı kapsamında bazı geçersizlik iddialarını reddeden kararları mevcut olsa da bunlar konu bakımında yaşanan sorunları çözmekten

44 “Mahkemece taraflar arasında düzenlenen 17.04.2009 tarihli düzenleme şeklindeki arsa payı karşılıklı inşaat sözleşmesinin K-1 maddesi uyarınca taraflar arasındaki tüm uyuşmazlıkların hakem yoluyla çözülmesinin kararlaştırıldığı, taraflarca atanan iki hakem ile mahkemece belirlenen üçüncü hakemin katılımıyla hakem heyetinin toplandığı gerekçesiyle, davanın usul yönünden reddine dair verilen kararın davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 2014/9731 E., 2015/5113 K. sayılı ilamı ile taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen tahkim şartı kesin nitelikte olmadığından geçersiz olduğu, fakat davalı yan tahkim ilk itirazında bulduktan sonra sözleşmenin belirtilen hükmü sebebiyle hakeme başvurduğu ve davacı yanın hakem belirlediği, taraf hakemlerinin üçüncü hakemin seçimi konusunda uyuşmamaları sebebiyle mahkemece üçüncü hakemin atandığı ve davaya konu uyuşmazlığın oluşturulan hakem heyetince görülerek karar verildiği, bu itibarla, artık tahkim şartının geçersiz olduğunun savunulması, çelişkili davranma yasağına aykırı olduğu gibi MK'nın 2. maddesine de aykırı olduğundan tahkim şartı sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiği belirtilerek sonucu itibarıyla doğru olan hükmün onanmasına karar verilmiştir.” Yargıtay 23. HD, 8611/5219 12.12.2016 (www.kazanci.com).

uzaktır. Kanaatimizce temel sorun, Yargıtay’ın ve içtihadın görüşüne katılan doktrinin tahkim için halen “*tahkim istisnadır, asıl olan devlet yargısıdır*” şeklindeki önermeyi mutlak bir doğru olarak kabul etmelerinden kaynaklanmaktadır.

Oysaki, bundan onlarca yıl öncesinde kabul edilen bu önermenin, günümüzde halen geçerliliğini koruduğunu söylemek kanaatimce zordur. Bugün için tahkim ülkemiz ticaret hayatında son derece yaygın olarak kullanılmaktadır. Milletlerarası ticarete bu durum daha da ileri düzeydedir. Esasında tahkimin yaygınlaşması anlamında gelinen bu aşama devlet politikasının da bir sonucudur. Özellikle 2000’li yıllardan sonra Milletlerarası Tahkim Kanunu ve HMK’nın tahkime ilişkin kurallarında gerçekleştirilen reform hareketi, neredeyse tüm kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri ile kamu-özel işbirliği anlaşmalarına tahkim kayıtları konularak pekiştirilmiş, ISTAC’ın kuruluşuyla da tahkim kültürünün çok daha geniş bir tabana yayılması sağlanmıştır.

Dünyanın son derece hızlı bir değişim geçirdiği, sürelerin her zamankinden daha da önemli olduğu bu dönemde, yargımızın da bu sürece ayak uydurması, tahkimi çok istisnai bir yol olarak kabul etmek yerine, kişilerin ihtiyaç duyduğu hızı sağlamak yanında devlet yargısındaki yükü de azaltan bir yardımcı olarak benimsemesi, hukukumuz için çok daha faydalı sonuçlar doğuracaktır. Tahkim iradesinin varlığı konusunda bu derece sıkı ve lafzi yorumlara bağlı kalınması, özellikle davada haksız çıkacağını düşünen taraflar için yargılama süreçlerinin uzatılması için bir yol olarak görülmektedir. Artık hukukumuzda da dünyadaki benzer uygulamalara ayak uydurularak, TBK m. 19’da yer alan yorum kuralları ve sözleşme süreçleri de dikkate alınarak tahkime daha destekleyici ve liberal bir bakış açısıyla yaklaşılması, karşılaşılan pek çok sorunun aşılmasında ve sözleşmelerin ayakta tutulması ilkesinin korunması noktasında büyük faydalar sağlayacaktır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yaza 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).

Akter S, ‘Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Yorumlanması’ *Tahkim Anlaşması-Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1* (On İki Levha 2020) 77-105.

Alangoya Y, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlemesi* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1973).

- Aydemir F, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (On İki Levha 2017). AYDEMİR F, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (On İki Levha 2017). BİLGE N and ÖNEN E, *Medeni Yargılama Hukuku* (Sevinç 1978).
- Demirkol B, 'Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017)
- (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 325-354.
- Deren Yıldırım N, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (Alkım 2004).
- Doğan V, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (Savaş 2020).
- Erol K and İzzet E, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfiz, Tanınması* (Yetkin997).
- Esen E, 'Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyım Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği' (2010) 9 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145-155
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010).
- Kocasakal Özdemir H, 'Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı' *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 511-536.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. VI (Yetkin 2001).
- Nomer E, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi' (1999-2000) 19 (1-2) MHB 555-576.
- Nomer E, 'Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği', (1990) 10 (1-2) MHB (Doç. Dr. Özer Eskiyyurt'un Anısına Özel Sayı) 129-131.
- Özbay İ, *Hakem Kararlarının Temyizi* (Yetkin 2004).
- Özbek M S, 'Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi' (2019) (2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 179-253.
- Özçelik N Ş, 'Resmi Yargı ve Tahkimin Aynı Aynı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2016) 36 (2) MHB 53-82.
- Pekcanitez H, 'Tahkim İlk İtirazı' *Makaleler C. 2* (On İki Levha 2016) 807-841.
- Polat A, 'Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği' (2019) (1) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 3-65.
- Sarıöz Büyükalp Aİ, 'Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması Kavramları' (2014) XVI DEÜHFD (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.II) 1321-1350.
- 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 2019).
- Tan Dehmen M, 'Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi' (2005-2006) 25 (1-2) MHB 451-472.
- Tok O, 'Patolojik ve Asimetrik Tahkim Anlaşmalarının Yorumlanması' *Tahkim Anlaşması- Tahkim Okulu Paneller Serisi Cilt-1* (On İki Levha 2020) 57-77.

Yavuz C, 'Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler', in *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"* (Marmara Üniversitesi Yayınları, 2009).

Yeğengil R, *Tahkim* (Cezaevi Matbaası 1974).

Yeşilova, Bilgehan, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (Güncel 2008).

Yılmaz S and Çavuşoğlu GF, 'Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Kızları' (2020) 69 (3) AÜHFD 1475-1504.



## Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi

### The Discretionary Power of the Administration in Acquiring Turkish Citizenship Through Marriage

Merve Acun Mekengeç\* 

#### Öz

Türk vatandaşlık hukukunda vatandaşlık doğumla ve sonradan olmak üzere iki şekilde kazanılmaktadır. Sonradan kazanılan vatandaşlığın türlerinden biri, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasıdır. Türk vatandaşlık hukukunda idareye bu konuda takdir yetkisi verilmiştir (TVK m. 10). İdarenin sahip olduğu takdir yetkisi, vatandaşlık kazanmak için gerekli şartları sağlayan yabancıların Türk vatandaşlığını kazanıp kazanmayacağı noktasındadır. Aksi hâlde idarenin Kanun'da belirtilen şartları sağlamayan yabancıların Türk vatandaşlığını kazanacağına ilişkin karar verme yetkisinin olmadığı açıktır. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının bir alt türüdür ve idarenin bu konuda da takdir yetkisi bulunmaktadır. Takdir yetkisi idareye hareket serbestisi tanımaktadır. Ancak bu hareket serbestisinin çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, idare takdir yetkisine dayanarak keyfî uygulamalar yapmamalıdır. Bu çalışmada, idarenin TVK m. 10 uyarınca sahip olduğu takdir yetkisinin sınırları tespit edilmeye çalışılmış ve evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin şartlar bakımından idarenin takdir yetkisi, doktrindeki görüşler ve Danıştay kararları ışığında değerlendirilmiştir.

#### Anahtar Kelimeler

Türk Vatandaşlığı, Evlenme, Takdir Yetkisi, Yetkili Makam

#### Abstract

In Turkish citizenship law, nationality is acquired in one of two ways: through birth or through another procedure. One of other way to acquire citizenship is through the decision of a competent authority. In the Turkish citizenship law, relevant administration has been granted discretionary power in this regard (Turkish Citizenship Law of 2009, numbered 5901 [TCL] Art. 10). Administrative discretionary power concerns the issue of deciding whether the foreigner who meets the necessary conditions for acquiring citizenship should be awarded nationality. For other cases, an administration clearly lacks the authority to decide that a foreigner who has not met the legally specified conditions can acquire Turkish citizenship. The acquisition of Turkish citizenship through marriage is one of the ways to acquire Turkish citizenship through the decision of the competent authority, and an administration also has discretionary power in this regard. Discretionary power thus provides administrative convenience in making these decisions. However, the framework of this convenience needs to be defined. In other words, the administration should not make arbitrary applications based on its discretionary power. This study attempts to determine the limits of administrative discretionary power in accordance with Article 10 of TCL and assesses the conditions regarding the acquisition of Turkish citizenship through marriage in light of the opinions regarding the doctrine of administrative discretionary power and the decisions of the Council of State.

#### Keywords

Turkish Citizenship, Marriage, Discretionary Power, Competent Authority

\* Sorumlu Yazar: Merve Acun Mekengeç (Dr. Öğr. Üyesi), Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli, Türkiye. Eposta: merveacun@hotmail.com ORCID: 0000-0001-7091-3153

Atf: Acun Mekengeç M, "Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi" (2023) 43(1) PPIL 233. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1099977>

### **Extended Summary**

As per the Article 66 of the Constitution of the Republic of Türkiye (1982), “Everyone bound to the Turkish State through the bond of citizenship is a Turk.” Turkish citizenship is acquired through birth or through other procedures. Turkish nationality that has been acquired through birth may occur through lineage (TCL, Art. 7) or exceptionally through one’s place of birth (Art. 8). The acquisition of citizenship through other procedures can be examined under acquisition by decision of the competent authority, adoption, and exercising the right to choose. The acquisition of Turkish citizenship through the decision of the competent authority is itself divided into four sub-headings: the regular way (Art. 11), the exceptional way (Art. 12), renewal (Arts. 13, 14, 43), or through marriage. Nationality is related to state sovereignty, and TCL states that the administration has been given discretionary power in terms of granting Turkish citizenship through the decision of the competent authority (Art. 10). This study holds to opinion that the bestowal of such discretionary power has been a befitting approach.

Both the increase in international relations and developments regarding migration have led to an increase in the number of foreigners marrying Turkish citizens. These marriages sometimes come across as authentic marriages, while other times unfortunately appear as marriages arranged with the sole intention of acquiring citizenship (simulated marriages), and simulated marriages are undesirable.

Article 16 of TCL stipulates the conditions that are required for acquiring Turkish citizenship through marriage. The foreigner who meets these requirements obtains the right to apply for citizenship to the competent authority. However, due to the discretionary power of the administration, simply meeting these conditions isn’t enough to acquire Turkish citizenship. In other words, upon meeting the conditions specified in Art.16 of the TCL, a foreigner merely acquires the right to apply for citizenship. The competent authority for acquiring Turkish citizenship through marriage is the Ministry of Internal Affairs.

Administrative discretionary power doesn’t exempt it from adhering to the law. Therefore, administration cannot make arbitrary applications. Although relevant administration has discretionary power, their use of authority has limits. If the relevant administration exceeds this limit, the decisions it issues will be subject to judicial review according to Art. 125 of Constitution of the Republic of Türkiye (1982). A similar regulation can be found in Article 2/2 of the Administrative Procedure Law of 1982, numbered 2577 (APL).

The legal doctrine’ve different opinions concerning the judicial supervision of administrative discretionary power. According to one, judicial supervision over the exercise of discretionary power is possible. In order for an administrative action



undertaken through the exercise of discretionary power to be deemed lawful, the administration must make decisions in accordance with several basic principles, such as the principle of the social state, the protection of family unity, the principle of equality, the integrity of the administration, the principle of the right to defense, the principle of moderation, the principle of environmental protection, and freedom of thought and opinion. In addition, the administration should exercise its discretion in accordance with the preservation of public interest and the requirements of public service and make its decision in a justified manner through legally determined procedures. All the above-mentioned aspects are required by the rule of law. According to another opinion, judicial review is not possible because administrative discretionary power is related not to the legality of the administrative process but to its relevance. Judicial review in this regard is possible only if an explicit error has occurred in the exercise of discretionary power or a violation has occurred regarding the principle of moderation. According to another opinion similar to the second, administrative judicial bodies cannot question relevancy. In this regard, administrative judicial bodies will be able to conduct judicial supervision only from the perspective of the objective element of the administrative process, public interest, and basis of its service.

This paper has evaluated the acquisition of Turkish citizenship through marriage by analyzing administrative discretionary power alongside Article 10 of the TCL. The relevant views of the doctrine as well as several decisions of the Council of State have been referenced in this review. Unfortunately, while some of the decisions of the Council of State are based on accurate evaluations, the same cannot be said for several other decisions.

The acquiring of Turkish Citizenship through marriage is legislated by Art. 16 of TCL. The article, initially analyzed the conditions mentioned above in order to examine administrative discretionary power. As can be seen, no gender distinction is made with regard to acquiring Turkish citizenship through marriage, nor are the couple required to reside in Turkey during the marriage. Even a spouse who is a Turkish citizen does not need to have been a Turkish citizen at the start of the marriage. If a spouse who is a Turkish citizen acquired Turkish citizenship after the marriage, then the calculation of the three-year period in the marriage will be based on the date when Turkish citizenship was acquired (Regulation on the Enforcement of Turkish Citizenship of 2010, Art. 25/3).

This paper has evaluated the conditions for acquiring Turkish citizenship through marriage in two groups. The study examined the first group by evaluating the conditions for an authentic marriage and examined the second group by evaluating the condition of not being an obstacle in terms of national security and public order. Legislators do not want Turkish citizenship to be acquired through simulated marriages. Although this

issue has not been explicitly mentioned, this conclusion may be drawn from the legally required conditions. The examinations that have been conducted herein conclude that the administration does not enjoy discretionary powers regarding its evaluation of whether the conditions specified in Article 16 of the TCL have been realized; it is merely entitled to “a margin of discretion” in terms of deciding whether a foreigner is involved in a situation that may impede national security and public order. The margin of discretion is related to the legality of administrative process, with the possibility remaining for judicial supervision of administrative body.

## Giriş

Vatandaşlık genel bir ifade ile gerçek kişileri devlete bağlayan hukuki ve siyasi bağ olarak tarif edilebilir<sup>1</sup>. Vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi hâlleri kanunla düzenlenmektedir. Bu durum, vatandaşlığın hukuki bağımlı ortaya koymaktadır. Yine, vatandaşın yabancından farklı olarak kendi ülkesinde siyasi ya da kamu görevinde bulunma gibi haklardan ve yurtdışında ise devletin diplomatik himayesinden yararlanması, vatandaşlığın siyasi bağımlı oluşturmaktadır<sup>2</sup>.

Türk anayasa hukukunda ilk kez 1924 Anayasası'nda<sup>3</sup> vatandaşlık kavramına yer verilmiştir. İlgili hüküm “*Türkiye’de din ve ırk ayırd edilmeksizin vatandaşlık bakımından herkese “Türk” denir*” şeklinde düzenlenmekteydi (m. 88). Ardından 1961 Anayasası'nda<sup>4</sup> “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*” şeklinde bir düzenleme yer almış (m. 54) ve 1982 Anayasası'nda aynı esas tekrar edilmiştir (m. 66). Bu hükme paralel olarak Türk vatandaşlığı, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda<sup>5</sup> (TVK) “*Türk vatandaşı: Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiyi ifade eder*” şeklinde düzenlenmiştir (m.1/ç). Görüldüğü gibi bu hükümlerde herhangi bir etnik köken ayrımı yapılmaksızın Türk vatandaşlığının Türkiye Cumhuriyeti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olma kriteri üzerine inşa edildiği açıktır.

Türk vatandaşlığı iki şekilde kazanılabilmektedir. Bunlardan ilki doğumla (aslen) kazanma iken ikincisi sonradan (mükteseben) kazanmadır. Türk vatandaşlığının doğumla kazanılması kendi içinde ikiye ayrılarak soybağı (kan) esaslı veya doğum yeri (toprak esaslı) ile kazanmayı kapsamaktadır (TVK m. 6). Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı ise yetkili makam kararıyla, evlat edinilmeyle veya seçme hakkının kullanılması yollarıyla gerçekleşmektedir. Sonradan Türk vatandaşlığının kazanma yollarından biri olan yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması ise kendi içinde:

- a. Olağan yolla (adi telsik- TVK m. 11)
- b. İstisnai yolla (istisnai telsik- TVK m. 12)
- c. Yeniden
  - aa. İkamet şartı aranmaksızın (TVK m. 13)

1 Arzu, Alibaba, *Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları*, (Turhan 2021), 3; Vahit, Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (Güncellenmiş 14. edn, Savaş 2017) 5; Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler*, (9. edn, Yetkin 2021) 1; Turgut Turhan and Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları*, (Yetkin 2010) 21.

2 Alibaba (n 1) 4; Turhan and Tanrıbilir (n 1) 21.

3 1924 Anayasası, Kanun Numarası: 491, Kabul Tarihi: 20.04.1340 (1924), RG 24.05.1924/71.

4 1961 Anayasası, Kanun Numarası: 334, Kabul Tarihi: 09.07.1961, RG 20.07.1961/10859.

5 Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.05.2009, RG 12.06.2009/27256.

bb. İkamet şartı aranarak (TVK m.14)

cc. TVK m. 43 hükmü uyarınca

d. Evlenme yoluyla (TVK m.16) olmak üzere alt başlıklarda toplanmaktadır.

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişinin öncelikle bu yönde bir talebinin (iradesinin) olması gerekmektedir. Ardından kazanma türüne göre gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığının incelenmesi aşamasına geçilebilmektedir.

“(1) Bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Başvuru sahiplerinde; a) Aile birliği içinde yaşama, b) Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama, c) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama, şartları aranır. (2) Başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi hâlinde birinci fıkranın (a) bendindeki şart aranmaz. (3) Evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancılar evlenmenin butlanına karar verilmesi hâlinde evlenmede iyi niyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler” (TVK m. 16). Düzenlemeden anlaşılacağı üzere sadece Türk vatandaşı ile evlenmiş olmak, vatandaşlığın kazanılması için yeterli değildir. Hatta bu evlilik sebebiyle yabancı kişi vatansız duruma düşmüş olsa dahi vatandaşlık kazanamayacaktır<sup>6</sup>.

Kanunda sayılan şartları sağlayan bir yabancı evlenme yoluyla vatandaşlık kazanmak için başvuru yapabilir. Ancak Kanun’daki şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak<sup>7</sup> bir hak sağlamaz (TVK m. 10/1).

Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri kanunilik (idarenin kanuniliği) ilkesi olmakla birlikte idarenin eylem ve işlemlerinin tüm ayrıntılarının her zaman kanunla düzenlenmesi mümkün değildir. İdareye tanınan takdir yetkisinin gerekliliği bir Danıştay kararında<sup>8</sup> “... idare hukuku kuralları, kamu görevlerinin değişen gereklerine ve özelliklerine uymak zorunda bulunduğundan, idarelerin bütün faaliyetleri evelden konulmuş esaslara bağlanmak suretiyle düzenlenemezler. Nitekim çok defa idarelerin ne zaman, nerde, nasıl, ne şekilde işlem tesis edeceklerinin önceden düzenlenmiş kurallarda saptanmasına imkân yoktur. Bu itibarla kamu hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının, bu hizmetlerin bütün ayrıntıları ile gereği gibi düzenlemesi mümkün

6 Bu durum doktrinde eleştirilmiş ve Türk vatandaşı biriyle evlenmesi sebebiyle vatansız duruma düşen kimseler için en azından daha kısa bir süre öngörülmesi gerektiği, Kanun’un bu hâliyle de bu durumdaki kişilerin TVK m. 12/1-c kapsamında vatandaşlığa alınması zaruri görülmesi olarak istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabileceği ifade edilmiştir: Güngör (n 1) 138. 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda evlenmekle eski vatandaşlığını kaybeden bir kimsenin kendiliğinden Türk vatandaşlığını kazanacağı düzenlenmekteydi (m.5). Madde 2003 yılında değişikliğe uğramış olsa da bu esas korunmuştu.

7 Kanun’da kullanılan “mutlak hak” ifadesi doktrinde eleştirilmiştir: Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (25. edn, Filiz 2018) 77.

8 Danıştay 5. D. T. 26.03.1970, E. 1969/4331, K. 1970/1004. Karar için bkz. Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (3. edn, On İki Levha 2021)13.

*olmayan hâllerde idarelere, hukuk kuralları içinde bir hareket serbestisi tanınması zorunludur...*” şeklinde belirtilmiştir. Ancak idareye tanınan takdir yetkisinin idarenin keyfi uygulamasına izin verildiği anlamına gelmesi elbette ki mümkün değildir.

Türk vatandaşlık hukukunda yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanımı konusunda idareye verilen takdir yetkisi, Türk vatandaşlığına alınma bakımından şartları sağlayan bir yabancıyı Türk vatandaşlığına alınıp alınmaması noktasında hareket serbestisi sağlamaktadır. Ancak hüküm şartların sağlanıp sağlanmadığı noktasında idarenin takdir yetkisine ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Özellikle yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmada aranan bir şart olan “millî güvenlik ve/veya kamu düzeni”<sup>9</sup> kriterinin idareye takdir yetkisi verip vermediği vatandaşlık hukukunda son dönemlerde en çok tartışılan konulardan birini oluşturmaktadır. İdareye TVK m. 10 kapsamında tanınan takdir yetkisinin nasıl kullanılmalı gerektiği, sınırları ve yargısal denetimi gibi sorunların ise genel idare hukuku ilkeleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada öncelikle idarenin takdir yetkisi kavramı hakkında bilgi verilerek bu yetkinin hangi durumlarda ortaya çıkabileceği, sınırları ve takdir yetkisinin yargısal denetimi konuları üzerinde durulacaktır. TVK m. 10 hükmünde idareye verilen takdir yetkisi, idari işlemin konu unsurunda tanınan takdir yetkisidir. Bu nedenle bu husus çalışmada açıklanmaktadır. Ayrıca özellikle idari işlemin sebep unsurunda kullanılan belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi verip vermediği konuları açıklanırken belirsiz hukuki kavramların doğum yeri olan Alman hukukundaki görüşlerden ve bu görüşlerin Türk hukukuna yansımalarından da bahsedilecektir. Zira TVK m. 16/1-c’de yer alan ve belirsiz hukuki kavramlardan olan “millî güvenlik ve kamu düzeni” kıstası bu hususun açıklanmasını zorunlu kılmıştır. Çalışmada bu açıklamaların ardından evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının şartları ele alınacaktır. TVK m. 10 kapsamında idarenin takdir yetkisi konusu ise çalışmanın ilk kısmında yer alan idarenin takdir yetkisine ilişkin bilgilerle birlikte değerlendirilerek açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca TVK m. 16 kapsamında aranan şartlar bakımından idarenin takdir yetkisi olup olmadığı konularına yer verilecektir. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının yanı sıra son yıllarda özellikle Avrupa ülkelerinde sıklıkla görülen evlilik benzeri yaşam modellerinin Türk vatandaşlığının kazanılmasında etkili olup olmayacağına da yer verilecektir. Bunun yanı sıra evliliğin butlanında iyi niyetin tespiti bakımından İçişleri Bakanlığı’nın takdir yetkisi olup olmadığı bu çalışmada incelenen bir diğer meseledir. Tüm bu konular incelenirken doktrindeki görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanılarak farklı bir bakış açısıyla değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

9 Bu kriter yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında genel yolla, istisnai yolla ve evlenme yoluyla kazanımda birlikte aranmaktadır. Türk vatandaşlığının yeniden kazanılmasında ise sadece millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâli olmama şartı aranmaktadır.

## I. İdarenin Takdir Yetkisi

### A. Genel Bilgi

İdarenin kamu gücünü kullanmak suretiyle yaptığı ve hukuki sonuç elde etmeyi amaçlayan tek taraflı irade açıklamasına idari işlem denilmektedir<sup>10</sup>. İdare, idari işlemlerinde bazen bağlı yetkisini kullanırken bazen takdir yetkisini kullanmaktadır.

Kanun idarenin belirli bir durumda belirli bir karar almasını emrediyorsa bağlı yetki söz konusudur<sup>11</sup>. Bir başka ifadeyle, bir idari işlemin unsurlarının hukuk kuralları tarafından önceden belirlenerek, idareye belli bir yönde hareket serbestisi tanınmamışsa veya idarenin belirli bir tasarrufta bulunması kesin bir şekilde emredilmişse bağlı yetkiden bahsedilmektedir<sup>12</sup>.

Mevzuatta her türlü detayın gösterilmesi mümkün değildir. Ayrıca zamanla idarenin karşılaştığı sorunlarda artış yaşanabilmekte veya kamu hizmetlerinin değişen nitelikleri ile karşılaşılmaktadır. Bu gibi durumlar idareye takdir yetkisinin tanınmasını zorunlu kılmaktadır<sup>13</sup>. İdarenin takdir yetkisi, idarenin belli bir konuda karar alması, karar almaması veya birden fazla karar arasında tercih yapma imkânına sahip olması şeklinde tezahür etmektedir<sup>14</sup>. Doktrinde takdir yetkisinin çok geniş ya da çok dar olabileceği, bu durumu uygulama alanının belirlediği ileri sürülmektedir<sup>15</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 11.03.1980 tarihli İdari Makamlarca Takdir Yetkisi Kullanılması Hakkında Üye Devletlere Yönelik Bakanlar Komitesi'nde<sup>16</sup> (Tavsiye Kararı) takdir yetkisi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Takdir yetkisi terimi, alınacak kararda idari makamın yasal olarak kabul edilebilecek birkaç karar içinden en uygun bulunduğunu seçebilmesine imkân verecek şekilde idari makama bir dereceye kadar serbesti tanıyan yetki anlamındadır*”.

10 Kemal Gözler and Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (19. edn, Ekin 2017) 265; Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. edn, İmaj 2015) 121 vd. Halil Kalabalık “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi” (1997) 1 (1) GÜHFHD 116.

11 Gözler and Kaplan (n 10) 353. Benzer yönde, Serkan Çınarlı and Ramazan Yıldırım, *Türk İdare Hukuku Dersleri C. II* (Astana 2019) 57; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner and Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, (7. edn, Der 2015) 126; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri, C. II*, (5. edn, Seçkin 2021) 109.

12 Ramazan Çağlayan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi” (2003), AÜEHFD, 7 (3-4) 173.

13 Sinan Seçkin and Gül Üstün “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe” (2015) 21 (2) MÜHF-HAD (Mehmet Akif Aydın’a Armağan) 511. Benzer yönde, Giritli, Bilgen, Akgüner and Berk (n 11) 124-125; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 99- 100.

14 Gözler and Kaplan (n 10) 355. Benzer yönde, Bahtiyar Akyılmaz, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi” (1998) (1) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi 25; Ali Ülkü Azrak “İdari Yargı Denetiminin Sınırları Olarak İdarenin Takdir Yetkisi” (1985) 6 İHİD 22-23; Çınarlı and Yıldırım (n 11) 57; Giritli, Bilgen, Akgüner and Berk (n 11) 125; Yıldızhan Yayla, “İdarenin Takdir Yetkisi” (1964) 30 (1-2) İÜHFHM 202.

15 Giritli, Bilgen, Akgüner and Berk (n 11) 127.

16 Tavsiye Kararı No: R 80 (2). [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016804f22ae#globalcontainer](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016804f22ae#globalcontainer).

Takdir yetkisi, kesin ve net bir kavram olmadığından, sınırları ve kullanım koşullarının somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekir<sup>17</sup>. Doktrinde bireyselleştirilmiş/şahsileştirilmiş adaletin sağlanmasının ancak bu şekilde mümkün olabileceği; nitekim kanun koyucunun da takdir yetkisini serbestiden öte önüne gelen olaylarda en adil çözümün bulunması amacıyla tanıdığı belirtilmektedir<sup>18</sup>. Ayrıca idareye keyfi uygulamalara yol açacak çok geniş takdir yetkisi vermek yasama yetkisinin Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu düzenleyen Anayasa m.7'ye aykırılık oluşturacaktır. Bu durum bir Anayasa Mahkemesi kararına da yansımıştır<sup>19</sup>.

Takdir yetkisi ile kanunilik ilkesinin (*idarenin kanuniliği ilkesi*) bağlantısına da kısaca değinmek gerekir. İdarenin kanuniliği ilkesi kaynağını Anayasa'dan almaktadır. İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur (Anayasa m. 123). Kanunilik ilkesi, genel bir ifade ile idarenin kanunlara uyması, bir başka deyişle kanunun idarenin tüm faaliyetlerine egemen olması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>20</sup>. Kanunilik ilkesi kanuna uygun olma ve kanuna dayanma ilkelerini içermektedir<sup>21</sup>. Takdir yetkisinin kullanımı ise idarenin kanuniliği ilkesinden bir sapma ya da bu ilkenin bir istisnası değildir<sup>22</sup>.

## B. Takdir Yetkisinin Bulunduğu Durumlar

### 1. Kanunun Açık Hükmü

#### a. Genel Bilgi

İdarenin kuruluş ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi Anayasal zorunluluktan ileri gelmektedir (Anayasa m. 123). Ancak idarenin belirli şart ve durumların gerçekleşmesi hâlinde belli bir karar alıp almamak veya değişik çözümler arasından birini tercih etmek konusunda bir seçim imkânı varsa takdir yetkisinin varlığı kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Mevzuatta zaman zaman kesin ifadeler yerine “atayabilir”, “kazanabilir”, “edilebilir”, “feshedebilir”, “atanabilir” gibi yoruma açık ve seçimlik hak tanıyan kelimelerin

17 Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi* (Beta 2003) 12.

18 Metin Günday, *İdarenin Takdir Yetkisi* (1982 Teksir) 12-15 (Aktaran: Arat-Özkaya (n 17) 12).

19 Anayasa Mahkemesinin T. 13.09.2000, E. 200/14, K.2000/21 sayılı kararı (RG T. 05.01.2001, RG Sayı: 24278).

20 Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi* (Beta 2013) 4 vd.; Halil Altındağ, *İdarenin Yargusal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi* (On iki Levha 2016) 32.

21 Altındağ (n 20) 32-34. İdarenin kanuniliği ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut (n 20) 1 vd.

22 Akbulut (n 20) 336; Arat-Özkaya (n 17) 11. Benzer yönde, Altındağ (n 20) 39-40; E. Blythe Stason “The Role of Discretion in Administrative Law and Its Relationship to the Rule of Law” (1959) 9 (12) *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 320.

23 Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 37. Benzer yönde, Fatih Kırışık *Kamu Yönetiminde Takdir Yetkisi Kullanımı ve Yargusal Denetimi* (Ekin 2016) 20.

kullanıldığı görülmektedir. Bu kullanımlar, kanunun açık hükmü ile idareye takdir yetkisi verildiği hâllerdendir<sup>24</sup>.

### b. İdari İşlemin Konu Unsurunda Takdir Yetkisi

İdari işlemin; yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere beş unsuru bulunmaktadır<sup>25</sup>. Hukuki işlemlerin konusu, bu işlem neticesinde ortaya çıkacak hukuki sonuçtur<sup>26</sup>. Bu durumu hukuki işlemin konusu ile sonucunun aynı olması şeklinde de ifade etmek mümkündür. Sebeye bağlı olarak bir idari işlemin yapılması öngörülmüşse, idare bu sebeple bağlı olacağından takdir yetkisi söz konusu olmayacaktır<sup>27</sup>. Ancak bazı durumlarda idareye işlemin konu unsuru bakımından hareket serbestisi-takdir yetkisi- tanınmış olabilir.

İdari işlemin konu unsurundaki takdir yetkisi sebebe bağlı olarak idarenin harekete geçip geçmeyeceği veya ne yönde hareket edeceğini belirlemez. Örneğin, fakülte yönetimi, kitap verme, giyecek ve yiyecek yardımı yapma, barınma imkânı sağlama durumlarından birisini tercih etme hakkına sahipse, konu unsurunda takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>28</sup>. Yine, idari işlemin konu unsurundaki takdir yetkisi mevzuatta idareye “yapabilir” “alabilir” “verebilir” gibi ifadeler kullanılarak da tanınmış olabilir. Ancak mevzuatta bu şekilde yer alan ifadelerle idareye takdir yetkisinin verildiğinin kabulü için bu yetkinin kullanılmamasının hizmet kusuru olarak kabul edilmemesi gerekir<sup>29</sup>

Belli sebeplerin gerçekleşmiş olmasına rağmen o işlemin yapılması idarenin takdirine bırakılmışsa idari işlemin konu unsuru takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu duruma örnek olarak “*Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, bu Kanunda belirtilen şartları taşıması hâlinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz*” (TVK m. 10) hükmü verilebilir<sup>30</sup>.

İdarenin takdir yetkisine dayanarak tesis edeceği işlemler, kanunun öngördüğü hukuki sonuca yönelik olmazsa, idari işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırı

24 Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 101; Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 36. Benzer yönde Giritli, Bilgen, Akgüner and Berk (n 11) 125-126; Gözler and Kaplan (n 10) 358.

25 İdari işlemin beş unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler and Kaplan (n 10) 304 vd.; Günday (n 10) 150 vd. Takdir yetkisinin idari işlemin unsurları açısından irdelenmesi konusunda bkz. Gözler and Kaplan (n 10) 355 vd.; Giritli, Bilgen, Akgüner and Berk (n 11) 131; Kalabalık “Takdir Yetkisinin Sınırı” (n 8) 176 vd.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 104 vd.

26 Çağlayan (n 12) 179; Gözler and Kaplan (n 10) 348; Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 220. İdari işlemin konu unsurundaki sakatlık hâlleri konunun imkânsız olması, konunun kanuna aykırı olması, sebep ile konu arasındaki kanunun öngördüğü illiyet bağının yokluğu ve sebep ile konu arasında ölçsüzlük bulunması durumlarında ortaya çıkar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler and Kaplan (n 10) 349 vd.

27 Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 223.

28 Çağlayan (n 12) 179.

29 Muhammed Göçgün, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, (On İki Levha 2017) 189. Benzer yönde, Kırışık (n 23) 58.

30 Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 224; Kırışık (n 23) 57. Konu unsurunda idareye takdir yetkisi verilmişse hâkim, işlemin sebebi ile konusu arasındaki ilişkiyi değerlendiremez. Takdir yetkisinin varlığı hâlinde idare belirli bir sebebin varlığına rağmen istediği kararı alabilir: Gözler and Kaplan (n 10) 353.



kabul edilir<sup>31</sup>. Ayrıca Danıştay tarafından verilen bazı kararlarda kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütlerinin yerleşmiş içtihatlarla kabul edildiği; takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilmeksizin kullanılması ihtimalinde idari işlemin sebep ve amaç unsurları bakımından hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir<sup>32</sup>. Bu nedenle idare takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanmalıdır.

## 2. Belirsiz Hukuki Kavramlar

### a. Genel Bilgi

İdareyi bir işlem yapmaya yönlendiren hukuki ya da fiili etkenler idari işleminin sebebini teşkil etmektedir<sup>33</sup>. İdari işlemler kendilerinden önce var olan ve objektif esaslarla belirlenen bir sebebe dayanmalıdır. Bu sebep ölüm, hastalık, yaşlılık, doğal afet gibi maddi bir olay olabileceği gibi idarenin yapmak istediği işlemde daha önce bulunan kanun, yönetmelik gibi bir hukuki idari işlem de olabilir<sup>34</sup>.

İdarenin kuruluş, işleyiş, görev ve yetkilerini düzenleyen mevzuatta idari işlemin sebebi bazen açıkça gösterilir. Bazen de bu sebep açıkça gösterilmeyip “*mili güvenlik*”, “*millî egemenlik*”, “*kamu düzeni*”, “*genel asayiş*”, “*kamu yararı*”, “*genel sağlık*”, “*genel ahlâk*”, “*uygun görülme*”, “*duruma göre*”, “*icabı hâl*” ... gibi yoruma açık belirsiz hukuki kavramlar kullanılabilir<sup>35</sup>. İdari işlemin sebebini belirsiz hukuki kavramlar oluşturduğunda dahi idare, işlemin dayanağını teşkil eden olayları ortaya koymak zorundadır<sup>36</sup>.

Belirsiz hukuki kavramların doğduğu ve geliştiği yer Alman hukukudur. Alman hukukunda belirsiz hukuki kavramlar ve idareye onlar aracılığıyla verilen yorum alanı ile takdir yetkisi arasında net bir ayırım çizilerek, belirsiz hukuki kavramlar konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmiştir<sup>37</sup>. Başka bir ifadeyle, belirsiz hukuki kavramların içeriği açısından doğru sonuç normatif olarak belirlenmiş,

31 Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 220.

32 Danıştay 5. Dairesi'nin T. 28.01.2016, E. 2016/258 sayılı; T. 14.12.2015 ve E. 2015/5857; T. 15.12.2015, E. 2015/3596. Kararlar için bkz. Göçgün, (n 29) 186. Konusu sebebe bağlı olarak açıkça gösterilmeyen idari işlemlerde, idarenin kanunun yapılmasına izin verdiği işlemlerden kamu yararı ve hizmet gereklerine en uygun olanını seçme noktasında takdir yetkisine sahip olduğu konusunda bkz. Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 225. Benzer yönde, Kırışık (n 23) 58.

33 Gözler and Kaplan (n 10) 344; Günday (n 10) 152; Ahmet Nohutçu, *İdare Hukuku*, (19. edn, Savaş 2016) 318.

34 Gözler and Kaplan (n 10) 344; Günday (n 10) 154-155; Kalabalık “Takdir Yetkisinin Sınırı” (n 8) 181; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 88.

35 Arat-Özkaya (n 17) 108; Gözler and Kaplan (n 10) 345; Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 43-44; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 89; Kırışık (n 23) 20-21.

36 Arat-Özkaya (n 17) 108.

37 Georg Nolte “General Principles of German and European Administrative Law - A Comparison in Historical Perspective” (1994) *The Modern Law Review* 197.

mahkemelere de bu konuda geniş bir ölçüde denetim yapma imkânı verilmiştir<sup>38</sup>. Alman hukukundaki bu yorum tarzı Avrupa Birliği hukukunda da etkisini göstermeye başlamıştır. Tavsiye Kararı'nda takdir yetkisi hukuken kabul edilebilir seçeneklerden birini seçebilme olanağı şeklinde tanımlanmıştır. Tavsiye Kararına İlişkin Açıklayıcı Not'ta açıkça takdir yetkisinin belirsiz hukuki kavramlar için uygulanamayacağına ve idarenin her olayda bu belirsiz hukuki kavramın içeriğini objektif esaslarla belirleyeceği yer verilmiştir<sup>39</sup> (m. 12).

Belirsiz hukuki kavramlar konusunda idarenin takdir yetkisinin olup olmadığı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda idareye takdir yetkisi tanımayan görüşler (tek çözüm ve değerlendirme marjı/nitelendirme serbestisi) olduğu gibi idarenin takdir yetkisinin olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Çalışmanın bu kısmında doktrindeki söz konusu görüşler ana hatları ile ele alınacaktır.

## **b. Takdir Yetkisini Kabul Etmeyen Görüşler**

İdari işlemin sebep unsurunu oluşturan belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi vermediğine ilişkin görüşler özellikle Alman hukukunda görülmekte, tek çözüm ve değerlendirme marjı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Türk hukukunda bu görüşlerin taraftarları olduğu gibi sadece belirsiz hukuki kavramlarda takdir yetkisinin olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır.

### **aa. Tek Çözüm**

Alman hukukunda belirsiz hukuki kavramların yorumlanması ile takdir yetkisi arasında net bir fark kabul edilmektedir. Takdir yetkisinin kabul edilebilmesi için kanunun açık bir hükmünün olması veya bu anlamı açıkça ifade edecek bir kavramın kullanılması gerekmektedir. Böyle bir durumun olmaması hâlinde ise idarenin yapabileceği belirsiz hukuki kavramı yorumlamaktır. Bu yorum yargısal denetime tabi kabul edilir ve yargı bu durumda “tek çözüm görüşü” doğrultusunda değerlendirme yapmaktadır<sup>40</sup>.

Alman idare hukukunda baskın görüş olarak tek çözüm görüşü savunulmaktadır. Tek çözüm görüşünün özünde, belirsiz hukuki kavramların belirli olduğu ve tek bir çözüme işaret ettiği fikri hâkimdir<sup>41</sup>. Belirsiz hukuki kavramlar konusunda hukuken

38 Franz-Joseph Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (2008) 55 (Aktaran: Dilşat Yılmaz “Alman İdare Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi” (2011) 69 (1-2), İÜHF 1028. Benzer yönde, Ernst K. Pakuschert, “The Use of Discretion in German Law” (1976) (44) (94), *The University of Chicago Law Review* 98; Jürgen Schwarze *European Administrative Law*, (Sweet&Maxwell 1994) 261-262 ve 263-265 (Aktaran: Jülide Gül Erdem, “Türk ve Alman İdare Hukuku Öğretilerinde Belirsiz Hukuki Kavramlar” (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 64.

39 <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/ceviriler/takdiryetkisi.htm>.

40 Erdem “Belirsiz Hukuki Kavramlar” (n 38) 64.

41 Nolte (n 37) 197; Schwarze (n 38) 274 (Aktaran: Erdem “Belirsiz Hukuki Kavramlar” (n 38) 64. Alman hukukundaki takdir yetkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Yılmaz (n 38) 1019-1032; Thomas Elsner, *Das Ermessen Im Lichte der Reinen Rechtslehre* (Duncker & Humblot 2011) 1 vd.

kabul edilebilecek tek bir çözüm tarzının olabileceği ve kanun koyucunun idareye arasında seçim yapabileceği birçok alternatif vermediği<sup>42</sup> kabul edilmektedir.

Türk hukukunda AZRAK tarafından savunulan görüşe göre<sup>43</sup> “... İdarenin takdir kudret ve yetkisi, sanıldığı kadar geniş değildir. Bir kere, idareye takdir yetkisi veriyormuş gibi görünen pozitif hukuk hükümlerinin büyük bir kısmı, lüzum, hayati ihtiyaç, yakın tehlike, münasip ölçü, kamu güvenliği vb gibi, münferit olaylarda yorumlanarak somutlaştırılması gereken muhtevası belirsiz hukuk kavramlarını içermektedirler. Bu hâllerde de hukuken doğru sayılabilecek tek yorum tarzı bulunmak gerektiğine göre, artık kanun koyucunun idareye, aralarında seçim yapılmak üzere birçok alternatifler vermiş olduğu pek söylenemez<sup>44</sup>”.

Bu görüşün savunucuları idarenin belirsiz hukuki kavramın içerdiği normatif çözümü bulmasını bir tespit işlemi olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle de idarenin sonuç üzerinde etkisi olamayacağını ve doğal olarak da takdir yetkisinin bulunmadığını savunmaktadırlar. Zira takdir yetkisinde idareye iradesini kullanması için bırakılan bir alan bulunmaktadır. Ancak bu alan belirsiz hukuki kavramlarda yer almamaktadır. İdarenin yapması gereken kanun koyucunun iradesini tespit ederek o doğrultuda işlem yapmaktır<sup>45</sup>.

## bb. Değerlendirme Marjı

Tek çözüm görüşüne zamanla bazı eleştiriler yöneltilmiştir. Yapılan bu eleştiriler neticesinde değerlendirme marjı/nitelendirme serbestisi görüşü doğmuştur. Değerlendirme marjı görüşü de belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi vermediğini kabul etmektedir. Tek çözüm görüşünde olduğu gibi idarenin bu kavramlar üzerindeki değerlendirmesinin yorum olduğu ve bu yorumun yargı denetimine tabi bulunduğu kabul edilmektedir. Değerlendirme marjı görüşünün tek çözüm görüşünden ayrıldığı nokta ise idarenin kanun koyucunun iradesine uygun birden fazla değerlendirmeden birini seçebilmesinin hukuka uygun olduğunu savunmasıdır<sup>46</sup>.

İdarenin bu noktada yapmış olduğu değerlendirme yetkisi, takdir yetkisinden farklıdır. Belli bir tasarrufun yapılması, belirsiz hukuki kavramla nitelendirilen bir şarta bağlanmışsa, idare bu kavramla meydana gelen davranış koşulunun varlığını tespit edecektir. Ardından da öngörülmüş o tek tasarrufu yapacaktır. Ancak belirsiz hukuki kavramın yorumlanmasının akabinde yapılacaklar konusunda idareye seçenек

42 Ali Ülkü Azrak, “Yargı ve İdare- İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme” (1969) 34 (1-4) İÜHFİM 146. Benzer yönde Arat-Özkaya (n 17) 110.

43 Azrak “Yargı ve İdare” (n 42) 129-155; Azrak “Takdir Yetkisi” (n 14) 24.

44 Azrak “Yargı ve İdare” (n 42) 146.

45 Erdem “Belirsiz Hukuki Kavramlar” (n 38) 65-66.

46 Steffen Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht (München 2009) 120-121 (Aktaran: Yılmaz (n 38) 1027; Erdem “Belirsiz Hukuki Kavramlar” (n 38) 66.

tanınsa dahi idareye takdir yetkisini normun sonuç kısmı (konu unsuru) vermektedir. Bu noktada idareye takdir yetkisini veren belirsiz hukuki kavramlar değildir<sup>47</sup>.

Türk hukukunda değerlendirme marjı görüşü açıkça GÖZLER/KAPLAN tarafından savunulmaktadır. Yazarlara göre idari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi olmaz. Bu tip belirsiz hukuki kavramların yorumlanmasında idarenin az ya da çok sahip olduğu değerlendirme yetkisine takdir yetkisi denilmemelidir. Burada kullanılacak kavram “değerlendirme marjı”dır. Değerlendirme marjında idare, idari işlemin sebep unsurunu oluşturan belirsiz hukuki kavramı yorumlar ve sebebin bu belirsiz hukuki kavram açısından nitelendirmesini yapar. Değerlendirme marjı bu nedenle işlemin hukukiliği ile ilgilidir ve idari yargı organlarının yargısal denetimi mümkündür. Hâlbuki takdir yetkisinde yargısal denetim mümkün değildir. Zira bu konu idari işlemin yerindeliliği ile ilgilidir<sup>48</sup>. Yazarlar değerlendirme marjı ve takdir yetkisi arasında dört fark bulunduğuna işaret etmişlerdir. Buna göre iki kavram arasındaki ilk fark yargı denetimi noktasındadır. Zira değerlendirme marjı idari yargı organlarının denetimine tabi iken takdir yetkisi yargısal denetime tabi değildir. İkinci fark değerlendirme marjının idari işlemin sebep unsurunda, takdir yetkisinin ise idari işlemin konu unsurunda ortaya çıkmasıdır. Üçüncü fark ise değerlendirme marjı idari işlemin hukukiliği ile ilgiliyken, takdir yetkisi yerindeliliği ilgili bir sorundur. Son olarak dördüncü fark ise değerlendirme marjında idare yorum ve hukuki tavsif faaliyetinde bulunmaktadır. Hâlbuki takdir yetkisinde idare seçim yapmaktadır<sup>49</sup>.

İdare sebep unsurunu bu tür belirsiz hukuki kavramlarla (soyut bir şekilde) belirlemiş olsa dahi sebep olarak belirli somut olay ve durumlara dayanmak zorundadır. Ayrıca idarenin dayanağını teşkil eden somut olay ve durum kanunun öngördüğü genel kavramın kapsamına dahil edilebilir nitelikte olmalıdır. Bu sayede mahkeme söz konusu işlemi denetleyebilir. Bu iki durumun aksine bir hareket hâlinde o idari işlem sebep unsuru bakımından hukuka aykırıdır. Örneğin idare, bir işlemi millî güvenlik sebebiyle yaptığını belirtirken ilgili kişinin bu açıdan sakınca teşkil eden fiilini göstermezse ya da idare ilgili kişinin bazı fiillerini göstermekle birlikte bu fiillerin “millî güvenlik” kavramı ile ilgili yoksa söz konusu idari işlemin sebebi hukuka aykırı olmaktadır<sup>50</sup>.

47 Erdem “Belirsiz Hukuki Kavramlar” (n 38) 66.

48 Gözler and Kaplan (n 10) 356-358. Belirsiz hukuki kavramların idareye takdir yetkisi vermediğini kabul eden bazı yazarlar açıkça ifade etmese de değerlendirme marjı/nitelendirme serbestisine yakın bir görüşe sahip oldukları sonucunu çıkarmak mümkündür: Sait Güran “İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Mütafi Addi” (1963) 29 (1-2) 167-168; Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri* (1972-1973 Teksir) 213-214. Özyörük, değerlendirme marjı görüşünü savunduğunu doğrudan ifade etmese de yapmış olduğu açıklamalardan bu görüşe yakın olduğu sonucu çıkarılabilir. Yazar, sebep unsurunda takdir yetkisinin “açık-seçik” biçimde ya da “belirsiz hukuki kavramlarla” olmak üzere iki şekilde görülebileceğini ifade ettikten sonra; idari amirin olaya ve duruma göre belirsiz hukuki kavramı belirli hâle getirip tasarrufuna istinad ettireceğini; belirsiz hukuki kavramların idareye verdiği yetki için “takdir yetkisi” ifadesini kullanmış olmakla birlikte, akabinde takdir yetkisini kullanmak için “belirli” hâle getirilmesi gereken belirsiz hukuki kavramların, amir tarafından yapılamaması hâlinde yargı tarafından belirleneceğini; idarenin belirlemesinin zamana ve mekâna uyumluluğunun idare mahkemesince denetleneceğini açıkça belirtmiştir: Özyörük (n 48) (Aktaran: Jülide Gül Erdem, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı* (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi 2013) 258.

49 Gözler and Kaplan (n 10) 356-358.

50 Gözler and Kaplan (n 10) 345-346. Benzer yönde, Günday (n 10) 155-156. Ancak Günday, idarenin dayandığı ve işlemine sebep olarak gösterdiği maddi olayın belirsiz hukuki kavrama atlanıp atlanamayacağı objektif şekilde belirlenemeyip, bu konuda kuşku olması hâlinde idarenin takdir yetkisinin olduğunu belirtmektedir: Günday (n 10) 156.

Tek çözüm görüşü ve değerlendirme marjı görüşü arasında belirsiz hukuki kavramların somut olaya uygulanırken idarenin ne kadar serbest olduğu noktasında bir fark bulunmaktadır. Değerlendirme marjı görüşünde olayların çeşitli biçimlerde nitelendirilmesinin kanun koyucunun iradesine aynı oranda uygun olabileceği, bir başka ifadeyle bu durumlarda idarenin yorumlardan birini seçmesinin yasaya uygun olduğu kabul edilmektedir. Ancak tek çözüm görüşünde ise sadece tek bir yorumun kabul edilebileceği fikri hâkimdir<sup>51</sup>.

Bu görüşün savunucuları belirsiz hukuki kavramları kendi içinde ikiye ayırmaktadır. Örneğin “gece”, “gün doğumu”, “mahalli âdetler” gibi kavramlar belirli bir yer ve zamanda objektif olarak belirlenebilecek kavramlardır ve tek bir çözümü öngörürler. Bu gibi kavramlarda idarenin değerlendirme/nitelendirme serbestisi bulunmamaktadır. Ancak bazı kavramlar ise “önemli neden”, “kamu düzeni”, “hizmet gereği” gibi (tip kavramlar) belli çıkarlar, değerler ya da olayların alanını işaret eder. Buna karşın bu kavramlar yer ve zaman bakımından kesin olarak belirlenemezler. Ancak bu tip kavramlar çeşitli ama birbirine benzeyen bir o kadar da hangi münferit olayları kapsadıkları tam olarak tespit edilemeyen kavramlardır. Bu nedenle bu kavramların idareye belirli sınırlar içinde kalmak kaydıyla değerlendirme serbestisi verdikleri kabul edilmektedir<sup>52</sup>.

### cc. Diğerleri

Türk hukukunda tek çözüm ve değerlendirme marjı görüşlerini benimseyen görüşler olduğu gibi belirsiz hukuki kavramlar konusunda sadece idarenin takdir yetkisinin bulunmadığını söylemekle yetinen görüşler de mevcuttur.

Bir görüşe göre belirsiz hukuki kavramların kullanması hâlinde takdir yetkisinin ya da bağlı yetkinin bulunması, belirsiz hukuki kavramın nasıl bir anlam kazandığına göre değişkenlik göstermektedir. Şayet kanunda yer alan belirsiz hukuki kavramın yorumu toplumda geçerli olan genel anlayışa veya objektif bir değer yargısına dayanıyorsa idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı, bağlı yetkisinin olduğu kabul edilmektedir<sup>53</sup>. Ancak bu belirsiz hukuki kavramlar idarenin anlayışını ifade ediyorsa takdir yetkisi bulunmaktadır. İdare, bu belirsiz hukuki kavramları kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri doğrultusunda yorumlamak zorundadır<sup>54</sup>.

51 Erdem, *Takdir Yetkisi* (n 48) 241.

52 Mahendra P. Singh *German Administrative Law in Common Law Perspective*, (2. edn, Heidelberg 2001) 177 (Aktaran: Erdem “Belirsiz Hukuki Kavramlar” (n 38) 67; Erdem *Takdir Yetkisi* (n 48) 243-244. Benzer yönde, Arat-Özkaya (n 17) 111; Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 45.

53 Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 102 vd.; Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 47; Seçkin and Üstün (n 13) 513. Benzer yönde, Çağlayan (n 12) 178; Kırışık (n 23) 21. Ancak belirsiz hukuki kavramın toplum tarafından genel kabul gören bir anlayışa sahip olup olmadığının belirlenmesinin güçlük yaratacağı belirtilmektedir: Seçkin and Üstün (n 13) 514.

54 Seçkin and Üstün (n 13) 514.

Bir başka görüşe göre ise belirsiz hukuki kavramlar konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle de her belirsiz hukuki kavram açısından idarenin yapacağı değerlendirme yargısal denetime açıktır<sup>55</sup>.

### c. Takdir Yetkisini Kabul Eden Görüşler

Belirsiz hukuki kavramlar bakımından idarenin takdir yetkisinin olduğunu kabul eden görüşler genel olarak bu kavramların herkes tarafından kabul edilen tek bir yorum şeklinin bulunmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşün savunucuları kavramların belirsizliklerinin onları normatif olmaktan alıkoyacağını, somut olaylar için doğrudan doğruya hüküm doğuramayacakları için çeşitli değerler ve sosyal çıkarlar arasında seçim yapılmasının zorunlu olduğunu ve yapılan yorumların öznel olacağını kabul etmekte ve böylelikle de belirsiz hukuki kavramlarda idarenin takdir yetkisinin olduğunu vurgulamaktadır<sup>56</sup>. NOHUTÇU ise belirsiz hukuki kavramlar konusunda idarenin sınırlı bir takdir yetkisi bulunduğunu belirtmekle yetinmiştir<sup>57</sup>.

### 3. Teknik Takdir

Türk hukukunda değerlendirme hâlleri olarak da ifade edilen teknik takdir, idarenin teknik bilgi ve uzmanlığa ihtiyaç duyduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Şayet idare değerlendirmesini objektif genel anlayışa göre yapıyorsa takdir yetkisinin olmadığı, değerlendirmeyi sübjektif şekilde yapacaksa takdir yetkisinin bulunduğu sonucuna varılacaktır<sup>58</sup>. Örneğin malulen emekli olacak bir memur hakkında görevinin sürdürülebilir olup olmadığına dair düzenlenen sağlık raporu gibi işlemler genel değerlendirme niteliğinde kabul edilmektedir. Bu durumda idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşın müzik eserlerinin değerlendirilmesinde idaresinin takdir yetkisinin olacağı kabul edilmektedir<sup>59</sup>.

### 4. İzin Hâlleri

Kolluk işlemlerinde söz konusu olan izin, idarenin bireylerin faaliyetlerini önceden denetlemesi ve gerektiğinde de engellemesi amacıyla düzenlenmiştir. Bu durumda idare daha önceden yapacağı denetleme sonucunda bir faaliyete izin verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahip olmaktadır<sup>60</sup>. Doktrinde seyahat özgürlüğünün Anayasa ile teminat altına alınmış bir hak olmasına rağmen (m. 23) yurt dışına

55 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* Cilt I (3.edn, İsmail Akgün Matbaası 1966) 297-298.

56 Erdem "Belirsiz Hukuki Kavramlar" (n 38) 67. Benzer yönde, Erdem *Takdir Yetkisi* (n 48) 260-261; Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 46-47.

57 Nohutçu (n 33) 319.

58 Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 53-54. Benzer yönde, Çağlayan (n 12) 179; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 103-104; Kırışık (n 23) 22; Seçkin and Üstün (n 13) 514 vd. Takdir yetkisinin varlığı açısından görüş ayrılıkları bulunmaktadır: Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 104.

59 Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 54 ve 64.

60 Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 65 vd.

çıkarken alınması zorunlu olan pasaportun kolluk alanında verilen bir izin olduğu belirtilmektedir<sup>61</sup>.

### C. Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi

İdareye kamu hizmetlerinin yürütülmesinde takdir yetkisi tanınması bir zorunluluktur. Ancak idarenin bu görevini yerine getirirken her zaman en iyi çözüm yolunu bulacağı ve hukuk kurallarının sınırları içinde kalacağını söylemek mümkün görülmemektedir. İdareye verilen takdir yetkisinin keyfî kullanımını önlemek ve yönetilenlerin haklarını korumak açısından takdir yetkisinin yargısal denetimi hukuk devletinin gereği olarak ortaya çıkmaktadır<sup>62</sup>.

Bağımsız yargı organları tarafından yapılan yargısal denetim, idarenin hukuka bağlı kalmasını sağlamakta ve bu durum hukuk devletinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa’da “(1) İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”... (4) Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez” şeklinde bir hüküm yer almaktadır (m. 125 (1-4)). Benzer bir düzenlemeye İdari Yargılama Usul Kanunu’nda (İYUK)<sup>63</sup> da yer verilmiştir (m.2/2). Bu düzenlemelerde idari işlemin hukuka uygunluk denetiminde, “idari işlem ve eylem niteliğinde” veya “takdir yetkisini kaldıracak biçimde” yargı kararı verilemeyeceği ile “yerindelik denetimi” yasağı öne çıkmaktadır<sup>64</sup>.

İdarenin takdir yetkisini kullanması, idarenin hukuka bağlılığının bir istisnası ya da sınırı değildir. İdare, takdir yetkisini iyi niyetle ve ölçülü bir şekilde kullanmalıdır. İdare bu yetkisini amacı dışında kullanırsa yetkisini kötüye kullanmış olacaktır. Bu durumda idari yargı organlarının, idarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği işlemleri keyfiliği önlemek ve bireylerin haklarını koruyabilmek için denetlemesi gerekmektedir<sup>65</sup>. Hâkim takdir yetkisinin kullanıldığı durum ve koşulları, sınırlarının aşılıp aşılmadığını, kullanılma şeklini, takdir yetkisinin kullanılmasındaki amacı her zaman denetleyebilmektedir<sup>66</sup>.

İdarenin takdir yetkisi kamu hizmetlerinin iyi, verimli, zamanında, hizmetin gereklerine uygun bir şekilde kullanılmasına hizmet etmektedir. İdare için son derece önemli olan takdir yetkisinin yargı yoluyla denetlenmesinin de bazı kurallara tabi

61 Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 66.

62 Kırıışık (n 23) 37.

63 İdari Yargılama Usul Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.01.1983/17580.

64 Seçkin and Üstün (n 13) 516.

65 Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 120.

66 Azrak “Yargı ve İdare” (n 42) 146.

olmaması takdir yetkisinin yok edilmesine sebebiyet verebilir. Nasıl ki idarenin takdir yetkisi keyfî uygulamalar yapılmasını önlemek için sınırlandırılıyorsa yargısal denetiminin de sınırlarının olması önemli ve zorunludur<sup>67</sup>.

## 1. Hukuka Uygunluk Denetimi ile Sınırlı Olmak

İdari yargıda hâkimin takdir yetkisinin denetlenmesi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Hukuka uygunluk denetimi, idari işlemin genel bir ifadeyle mevzuata, içtihatlarla, süreklilik arz eden idari uygulamalara uygun olup olmadığının denetlenmesi anlamındadır<sup>68</sup>.

Hukuk devletinde tüm devlet faaliyetleri hukuk kurallarına uygun olmalı ve yönetilenlere hukuk güveni sağlanmalıdır. İdarenin de bu noktada hukuka uygun davranması idare hukukunun temel ilkeleri arasında yer almaktadır<sup>69</sup>. Takdir yetkisi, objektif (nesnel) ölçüler içinde yasal amaca ve kamu hizmeti gereklerine uygun şekilde kullanılmalıdır<sup>70</sup>.

Hukuka uygun davranmak anayasal kurallara uymak üst başlığında sosyal devlet, aile birliğinin korunması, eşitlik, idarenin bütünlüğü, savunma hakkı, ölçülülük<sup>71</sup>, çevrenin korunması, düşünce ve kanaat hürriyeti gibi bazı temel ilkelere uygun davranılmasını kapsar. Ayrıca idari işlemin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olması da gerekir<sup>72</sup>. Son olarak idarenin takdir yetkisinin hukuka uygun olabilmesi için kararın gerekçeli olması gerektiği de açıktır<sup>73</sup>. Hukuka uygunluk denetimi idari işlemin sadece yazılı hukuk kaynaklarına uygun olması ile sınırlı değildir. Bunun yanında idari işlem, yazılı olmayan hukuk kurallarına, adalet, hakkaniyet, eşitlik gibi hukukun genel prensiplerine ve yargı içtihatlarına da uygun olmalıdır<sup>74</sup>.

Tavsiye Kararı'nda takdir yetkisini kullanan idarenin bu yetkisini verilen amacın dışında kullanmaması, nesnel ve tarafsız olması, hakkaniyete uymayan ayrımcılıktan kaçınarak kanun önünde eşitlik ilkesini gözetmesi, verilen karardan olumsuz etkilenebilecek kişilerin hak, özgürlük ve menfaatleri ile güdülen amaç arasında uygun bir denge gözetmesi, makul süre içinde kararını vermesi ve tüm idari ilkeleri olayın

67 Kırışık (n 23) 60.

68 Hulusi Alphan Dinçkol, "İdari Yargı'da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi" (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan 1572.

69 Kalabalık "Takdir Yetkisinin Sınırı" (n 10) 113. Benzer yönde, Seçkin and Üstün (n 13) 5.

70 Azrak "Takdir Yetkisi" (n 14) 20.

71 İdarenin takdir yetkisinde ölçülülük ilkesinin uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Jülide Gül Erdem, Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri" (2013) 62 (4) AÜHFD 971-1005.

72 Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 157 vd. Benzer yönde, Akbulut (n 20) 344 vd.; Akyılmaz (n 15) 34 vd.; Arat-Özkaya (n 17) 39 vd.; Nohutçu (n 33) 320; Seçkin and Üstün (n 13) 516.

73 Kalabalık "Takdir Yetkisinin Sınırı" (n 10) 172 vd. Gerekece, işlemin sebebinin işlem metninde gösterilmesidir. İdari işlemin belirli bir sebebe dayanması zorunlu iken işlem metninde bu sebebin gösterilmesine ya da açıklanmasına dair genel bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak İYUK m. 20 gereği mahkeme, yargılama aşamasında idareden işlemin sebebinin göstermesini isteyebilmektedir: Seçkin and Üstün (n 13) 525 ve 528.

74 Kırışık (n 23) 62.



özel koşullarını dikkate alarak tutarlı bir şekilde uygulaması gerektiği belirtilmektedir (m.2).

## 2. Yerindelik Denetimi Yasağı

Mahkemelerin idarenin takdir yetkisini nereye kadar denetleyebileceği idare hukukunun klasik ve zorlu bir problemidir. İdarenin takdir yetkisinin yargı yolu ile denetimi yapılırken idari işlem ve eylemlerin hukukiliği üzerinde durulmaktadır. Yerindelik denetimi ise yargı denetiminin dışında kalmaktadır (Anayasa m. 125/4 ve İYUK m.2/2).

Yerindelik, bir idari işlem ya da eylemin yapılmasında mekân, zaman, durum ve şartların hâline göre idari ihtiyaçlar uyarınca davranmak şeklinde tanımlanabilmektedir<sup>75</sup>. Yerindelik, kamu hizmeti gereklerinin idare tarafından takdir yetkisi içinde değerlendirilmesidir<sup>76</sup>.

Yerindelik, takdir yetkisinin çekirdeğini oluşturmaktadır. Aynı zamanda hukuka uygunluk denetiminin sınırını belirlemektedir<sup>77</sup>. İdarenin birden fazla seçenek arasından birini seçme durumunda olduğu hâllerde yargı organının denetim sınırı, tercih edilen seçeneğin hukuka uygun olup olmadığı noktasındadır. İdare bu seçeneklerden birini tercih etmeye zorlanamamaktadır. İdare “seçmeme” tasarrufunu sebebi ile ortaya koymuşsa artık hukukilik denetimi dışında kalmış olmaktadır<sup>78</sup>.

Doktrinde takdir yetkisinin yapılan idari işlemlerden bağımsız ve işlemin konusunu oluşturan olayda bir kez kullanılmakla tükenen bir yetki olduğu; oysa yerindeliğin, yapılan idari işlemin ortaya çıkardığı, az çok süreklilik arz eden bir durumu belirttiği; bu durumun idari işlemin yarattığı sonucun, kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmesinden ibaret olduğu; takdir yetkisinin uygulanacak hukuk normunun çerçevesi içinde idarenin serbest karar verme alanını oluştururken, yerindeliğin ise bu serbest karar verme alanı içerisinde kalınarak verilen kararın konusunu oluşturduğu ve bu açıdan yargı denetiminin dışında kalan, gerçekte takdir yetkisinin ilişkin olduğu norm alanı olduğu belirtilmektedir<sup>79</sup>.

Bağlı yetkide idarenin hukuk kurallarına uygun davranıp davranmadığı her zaman yargısal denetime açıktır<sup>80</sup>. Ancak idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminin sınırı konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Nitekim konuya ilişkin bir görüş, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetime tabi olduğunu ve kanun yolları da dahil

75 Seçkin and Üstün (n 13) 518. Benzer yönde, Arat-Özkaya (n 17) 22; Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 175.

76 Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 101; Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 179.

77 Seçkin and Üstün (n 13) 518.

78 Arat-Özkaya (n 17) 38.

79 Azrak “Takdir Yetkisi” (n 14) 27; Dinçkol (n 68) 1575.

80 Giritli, Bilgen, Akgüner and Berk (n 11) 126-127; Gözler and Kaplan (n 10) 357. Benzer yönde, Günday (n 10) 46 vd.

olmak üzere her süreçte yargısal denetimin mümkün olduğunu belirtmektedir<sup>81</sup>. Bu görüş bazı Danıştay kararları ile desteklenerek takdir yetkisinin kullanılmasının söz konusu olduğu işlemlere yönelik yargı yoluna başvurulabileceği ve bu durumun gerek öğretisi gerek uygulamada kabul edildiğini ileri sürmektedir. Anayasa'nın herhangi bir ayırım yapmaksızın idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutması (m. 125) ve takdir yetkisinin kullanıldığı işlemleri diğer işlemlerden ayırmaması görüşün dayanağını oluşturmaktadır<sup>82</sup>. Bu görüş uyarınca, idarenin takdir yetkisine dayanılarak yapılan işlemler üzerinde iki aşamalı bir denetim bulunmaktadır. İlk aşamada idari işlemin dayandığı maddi ve hukuki olayların gerçeğe uygun olup olmadıkları denetlenirken, ikinci aşamada gerçekliği tespit edilen ve idari işlemin temelini teşkil eden maddi ve hukuki olayların işlemin yapılmasını gerekli kılacak niteliğe sahip olup olmadığı incelenmektedir<sup>83</sup>.

Diğer görüş uyarınca ise idari yargı organları idarenin takdir yetkisini denetleyemez. Zira takdir yetkisi idari işlemin hukukiliği ile değil yerindeliği ile ilgili bir meseledir. Bir başka ifadeyle, idare takdir yetkisini kullanırken idari işlemin yerindeliğini takdir eder. İdari yargı organları ise idari işlemin hukukiliğini incelediğinden mahiyeti gereği idarenin takdir yetkisi yargı organlarınca denetlenemez. Bu durum hukuk mantığından çıkan genel bir sonuç olduğundan ayrıca bir pozitif hukuk kuralına da ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>84</sup>. Bu görüşe göre, idarenin takdirinin idari yargı organlarınca denetlenemeyeceği kuralının iki istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalardan ilki, açık takdir hatası, diğeri ise ölçülülük ilkesine aykırılıktır. Açık takdir hatası, çok ağır ve apaçık takdir hatalarını ifade etmektedir. Bu tip hatalarda yapılan işlemin yanlış olduğunu anlamak için uzman olmaya dahi gerek bulunmamaktadır. Ölçülülük ilkesine aykırılık hâli ise idari işlemin sebebi ile konusu arasında açık bir oransızlık olması durumudur. İdare mevcut ve hukuka uygun bir sebebe dayansa dahi istediği her türlü tedbiri alamaz. Ancak bu iki istisna hâkimin yerindelik denetimi yapmasına sebebiyet vereceği için dar yorumlanmalıdır<sup>85</sup>. Bu görüşe benzer olan bir diğer görüşe göre ise, idareye takdir yetkisi tanınmışsa idari yargı mercileri Anayasa m. 125/4 gereği yerindelik denetimi yapamaz. Bu durumda idari yargı mercileri, sadece idari işlemin amaç unsuru bakımından “kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleri” açılarından yargısal denetim yapabilmektedir<sup>86</sup>.

81 *Kaya İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 118-119. Benzer yönde, Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 107; Seçkin and Üstün (n 13) 517 vd.

82 *Kaya İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 118-119. Yazar bu duruma ilişkin bazı Danıştay kararlarını örnek göstermiştir. Söz konusu kararlar, Danıştay 10. Dairesi T. 23.10.1990, 1988/2710 E., 1990/2301 K. sayılı kararı; Danıştay 5. Dairesi'nin T. 23.10.1986, 1985/596 E. ve 1986/1084 K. sayılı kararı; *Kaya İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 120 dn, 12.

83 Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri* (n 11) 107.

84 Gözler and Kaplan (n 10) 362.

85 Gözler and Kaplan (n 10) 362-364. Benzer yönde, Seçkin and Üstün (n 13) 520 vd.

86 Giritli, Bilgen, Akgüner and Berk (n 11) 126-127-134.

### 3. Takdir Yetkisini Kaldıracak Şekilde Yargı Kararı Verilmesi Yasağı

İdari yargı hâkimi, idarenin takdir yetkisini denetlerken yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremeyecektir (Anayasa m. 125/4. Benzer yönde İYUK m. 2/2).

Bu yasağın, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda yetkili olmayan idari makamlar tarafından yapılan idari işlemler iptal edilirken de uygulanacaktır. Bir başka ifadeyle, mahkeme, idari işlemin yetkisiz idari makamlar tarafından tesis edildiği kanaatine ulaşırsa bu hususu tespit etmekle yetinecek- yetki unsuru yönünden idari işlemi iptal edecek- işin esasına girerek takdir yetkisini ortadan kaldıracı mahiyette bir karar alamayacaktır<sup>87</sup>.

İdareye takdir yetkisi tanındığı durumlarda idarenin bu yetkisini kullanmaya zorlanamaması da bu yasağın kapsamında değerlendirilmeye müsaittir. Bir başka ifadeyle, mahkeme idareye belli bir idari işlem ya da idari karar alma emri ya da talimatı veremez<sup>88</sup>.

## II. Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması

### A. Aranan Şartlar

#### 1. Ön Şartlar/ Başvuru Şartları

##### a. Bir Türk Vatandaşı ile En Az Üç Yıldır Evli Olma

Bir kişinin yaşadığı ülkede vatandaş olması yabancı olmasına oranla pek çok açıdan daha avantajlı bir durumdur. Zira vatandaş ile yabancı arasında bazı haklar ve bunların kullanımı bakımından farklı esaslar getirilmiştir. Zaman zaman insanların vatandaşlık kazanmak amacıyla evlendikleri görülmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda<sup>89</sup> (TMK) evliliğin mutlak butlan sebepleri sınırlı sayıda sayılmıştır (m.145). Muvazaalı evlilikler ise bu sebepler arasında değerlendirilmemiştir. Hatta bir evlilik batıl dahi sayılsa ancak hâkimin kararıyla sona ermektedir. Mutlak butlan hâlinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurmaktadır (TMK m. 156).

87 Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 187. Yetkisiz idari makam tarafından tesis edilen işlemlerde idarenin bağlı yetkisi varsa mahkeme hem işlemi yetki unsuru yönünden iptal etmeli hem de işin esasına girerek karar vermelidir: Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 187-188.

88 Dinçkol (n 68) 1578; Benzer yönde, Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 188 vd.

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

Muvazaalı bir evliliğe dayanarak bir kimsenin Türk vatandaşlığını kazanması istenmeyen bir durumdur. Ancak Danıştay kararlarında<sup>90</sup> da belirtildiği gibi idare tarafından evliliğin muvazaalı olduğuna ilişkin bir karar verilmesi ve bu değerlendirme sonucunda idari işlem tesis edilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce kanun koyucu evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması için getirdiği şartlarla (TVK m. 16/1-c hariç) bir anlamda muvazaalı evliliklerle vatandaşlık kazanımının önüne geçmeye çalışmaktadır.

Evliliğin vatandaşlık kazanmaya sebebiyet verebilmesi için yabancının öncelikle bir Türk vatandaşı ile evli olması ve bu evliliğin devam ediyor olması gerekmektedir. Bu şart müracaat makamlarınca öncelikle incelenmektedir (Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikle<sup>91</sup> (Yönetmelik) (m. 25/1).

Türk vatandaşı eşin bu vatandaşlığını doğumla ya da sonradan kazanmış olmasının evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Yine, çift evlendiği anda bir tarafın Türk vatandaşı olma mecburiyeti de bulunmamaktadır. Şayet Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancının eşi, sonradan Türk vatandaşlığını kazanmışsa üç yıllık sürenin hesaplanmasında Türk vatandaşlığını kazanma tarihi esas alınacaktır (Yönetmelik m. 25/3).

TVK'da Türk vatandaşı ile evlenme suretiyle vatandaşlık kazanmak için sadece evli olmak yeterli görülmemiştir. Bu evliliğin en az üç yıldır devam ediyor olması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki bu üç yıllık sürede çiftin Türkiye'de ikamet etmesine gerek bulunmamaktadır.

Maddede herhangi bir cinsiyet ayrımı yapılmamıştır. Bu nedenle başvuru yapan yabancının kadın ya da erkek olması Türk vatandaşlığının kazanılması noktasında bir fark yaratmayacaktır.

### **b. Evliliğin Devam Ediyor Olması**

Kanun koyucu evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi amacıyla başvuru yapılabilmesi için yabancının en az 3 yıldır bir Türk vatandaşı ile evli olmasını yeterli görmemekte, bu evliliğin devam ediyor olmasını aramaktadır. İçişleri Bakanlığı'nın başvurunun akıbeti hakkında vereceği karar anında da bu evliliğin devam ediyor olması gerekir<sup>92</sup>.

90 "... Evlilik ilişkisinin geçersizliğine hükmedilmesi ancak adli yargı yerince bu konuda verilecek bir karar ile mümkün olduğundan, yargı yerlerince verilmiş bir karar olmadıkça idarece, evliliğin formalite (muvazaalı) olduğu konusunda bir değerlendirme yapılarak idari işlem tesisine hukuken olanak bulunmamaktadır..." Danıştay 10. Dairesi 05.10.2015 T, 2012/8144 E. ve 2015/4051 K. sayılı kararı, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı. (Erişim tarihi 11.01.2022). Doktrinde idarenin muvazaalı evliliklere ilişkin değerlendirme yaparak işlem meydana getirmesinin amaçlanması durumunda Kanun'da değişiklik yapılması gerektiği belirtilmektedir: Çiçek Özgür, "Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" (2020) 42 TAAD 324-325.

91 Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG 06.04.2010/27544.

92 Rifat Erten, "Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler" (2004) 5 (19) TAAD 252.

Türk vatandaşı ile evli olan yabancının evliliği; boşanma, evliliğin feshi, gaiplik gibi bir sebeple sona ermiş ise bu kişinin evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanması mümkün değildir. Evliliğin boşanma veya müracaat tarihinden önce ölüm gibi nedenlerle son bulması hâlinde bu başvuru kabul edilemeyecektir (Yönetmelik m. 25/2-b). Belirtmek gerekir ki vatandaşlık kazanımı için başvuru yapıldıktan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü konusunda Kanun’da bir istisnaya yer verilmiş ve başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü hâlinde “aile birliği içinde yaşama” şartının aranmayacağı düzenlenmiştir. Ancak Kanun “... bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir” ifadelerine yer verdiği için, başvurudan önce Türk vatandaşı eşin ölümü ile evlilik sona ermişse yabancının evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanamayacağını; buna karşın başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü ihtimalinde ise diğer şartları da sağlayan yabancının idarenin takdir yetkisi çerçevesinde Türk vatandaşlığını kazanabilme ihtimali olduğunu söylemek gerekir.

## 2. Asli Şartlar

### Aile Birliği İçinde Yaşama

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından aranan ilk asli şart “aile birliği içinde yaşama”dır. Aile birliği içinde yaşama sürekli aynı evde yaşama şeklinde katı bir uygulamanın varlığını haklı çıkarmaz. Özellikle çalışma hayatındaki gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda evli çiftlerin kimi zaman farklı şehirlerde ve hatta farklı ülkelerde çalışması dahi gerekebilir. Kimi zamansa aynı evde yaşayamama durumu mahkûmiyet, tedavi, eğitim gibi zorunlu sebeplerden ileri gelebilir.

Bir olayda yetkili makam kendisine yapılan evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanma başvurusunu, Kırgız uyruklu başvuru sahibinin Türk vatandaşı ile 04/02/2009 tarihinde evlendiği, eşinin 25/03/2011 tarihinden itibaren tutuklu ve daha sonra hükümlü olarak cezaevinde bulunması nedeniyle “aile birliği içinde yaşama” şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle reddetmiştir. İdare mahkemesi yetkili makamın kararını doğru bulurken, Danıştay davacının, eşine (Türk vatandaşının) hükümlü olarak cezaevinde bulunduğu sürede düzenli olarak maddi olarak destekte bulunduğu anlaşıldığı, ayrıca davacının eşinin ailesiyle aynı apartmanda yaşadığı hususu da göz önünde bulundurulduğunda davacının eşi ile evlilik birliğini fiilen aynı çatı altında olmasa da manevi olarak sürdürmeye devam ettiği, dolayısıyla davacı açısından bu şartın gerçekleştiği kanaatine varmıştır<sup>93</sup>. Kanaatimizce Danıştay’ın bu konuda izlediği prensip yerindedir. Zira aile birliği içinde yaşamak sadece fiilen aynı çatı altında bulunma anlamına gelmemektedir.

93 Danıştay 10. Dairesi’nin T. 10.03.2021, E. 2016/13579, 2021/1030 K. sayılı kararı. www.danistay.gov.tr (Erişim tarihi 10.01.2022).

Aile birliği içinde yaşama süreklilik arz etmelidir. Başvuru sahibi başvurusunu yaptığında ve karar verilene kadar bu durumun devam etmesi gerekir. Ancak kanun koyucu Türk vatandaşı eşin ölmesi hâline ilişkin bir istisnaya yer vermiş ve başvurunun yapılmasından sonra Türk vatandaşı eşin ölmesi nedeniyle evliliğin sona ermesi durumunda bu şartı aramamıştır<sup>94</sup> (TVK m. 16/2).

### **b. Evlilik Birliği ile Bağdaşmayacak Bir Faaliyette Bulunmama**

Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama durumu bir anlamda gerçek bir evliliğin varlığı için aranmaktadır. Yönetmelik'te de fuhuş yapmak, fuhuşa aracılık etmek gibi durumlar aile birliği ile bağdaşmayacak faaliyetlere örnek olarak sayılmıştır (Yönetmelik m. 28/1-b). Somut olaya göre başka faaliyetler de bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>95</sup>.

Evlilik birliği ile bağdaşmayacak faaliyette bulunmak, Türk vatandaşlığının kazanılması başvurusunun ret sebebidir. Ancak bu faaliyetin hangi anda yapılması gerektiği TVK'da ya da Yönetmelik'te düzenlenmemiştir. Elbette ki evlilik anında bu tür bir faaliyette bulunmak başvurunun reddedilmesine sebebiyet verecektir. Ancak esas mesele yabancının bu tür faaliyette evlenmeden önce bulunması ve evliyen bu tür faaliyetler içinde olmaması hâlinde nasıl hareket edilmesi gerekeceğidir. Yetkili makam, Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin başvuruda bulunan Belarus vatandaşı kadının 2007 yılında “fuhuş yaptırmak” suçundan mağdur olarak işlem gördüğü, 2009 yılında evlendiği ve bir daha bu tür eylemlere dahil olmamasına rağmen durumu TVK m. 10 uyarınca düzenlenen takdir yetkisi kapsamında değerlendirmiş ve başvuruyu reddetmiştir. Ret kararı üzerine açılan dava sonucunda idare mahkemesi yetkili makamı haklı bulmuş ve konunun TVK m. 10 kapsamında olduğuna karar vererek davanın reddine karar vermiştir. Ancak Danıştay “evlilik birliği ile bağdaşmayacak faaliyette bulunmak” şartının evlilik başladığı andan sonraki süreci kapsayabileceği ve olayda yabancı kadının evlendikten sonra bu tür bir eylemde bulunmadığının sabit olması nedeniyle konunun TVK m. 10 kapsamında olmadığına ve idare mahkemesi kararının bozulmasına oy çokluğu ile karar vermiştir<sup>96</sup>. Kanaatimizce Danıştay'ın bu konuda vermiş olduğu karar yerindedir. Zira Kanun'da bu şart aslında gerçek bir evliliğin olup olmadığına ilişkin belirleme yapılabilmesi amacıyla getirilmiştir. Bu

94 Doktrinde, boşanmanın Türk vatandaşı eşin kusuruna dayanması durumuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir: Rona Aybay, Nimet Özbek and Gizem Ersen-Perçin, *Vatandaşlık Hukuku* (Siyasal 2019) 134. Ayrıca Türk vatandaşlığını kazanmak için gerekli başvurunun yapılmasından sonra çiftin şiddetli geçimsizlik sebebi ile boşanması ve çocukların velayetinin yabancı eşe verilmesi durumunda aile birliği içinde yaşama şartının gerçekleştirmediği gerekçesi ile Türk vatandaşlığına alınmamanın haklı bir sebebi olamayacağı ileri sürülmektedir: Doğan (n 1) 103. Ancak kanaatimizce TVK'da bu hususa ilişkin gerekli düzenlemeler yapılmadan idarenin bu yönde bir karar vermesi mümkün değildir.

95 Doktrinde boşanmaya sebebiyet verebilecek fiil ve davranışların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür: Nomer (n 7) 99. Erdem, bazı hukuka ve ahlaka aykırı fiillerin bu kapsamda değerlendirilebileceğini belirtmektedir: B. Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (7. edn, Beta 2019) 170.

96 Danıştay 10 Dairesi'nin T. 02.12.2020, E. 2016/1358, K. 2020/5616 sayılı kararı. www.danıştay.gov.tr. Benzer bir karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi'nin T. 04.09.2020, E. 2015/3472, K. 2020/2913 sayılı kararı. www.danıştay.gov.tr (Erişim tarihleri 10.01.2022).

nedenle önemli olan kişinin evliyken nasıl hareket ettiğidir. Ayrıca idarenin takdir yetkisi, şartları sağlayan bir yabancıнын vatandaşlığa alınıp alınmamasına ilişkindir. İdare burada şartlardan birinin sağlanmadığı konusunda karar vermiştir. Bu hususa ilişkin idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak yabancıнын TVK m. 16'daki şartları sağlmasına rağmen kendisine vatandaşlık verilmemesi ise takdir yetkisi kapsamındadır.

### c. Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmama

Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama şartı<sup>97</sup>, evliliğin gerçek bir evlilik olup olmaması ile ilgili değildir. Aslında bu şart özellikle gerçek bir evliliğin varlığı hâlinde ayrı bir öneme sahip olacaktır. Zira evlilik gerçek bir evlilik değilse diğer şartlarla vatandaşlık kazanımı büyük ölçüde zaten engellenebilecektir.

Millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının ne anlama geldiği TVK'da tanımlanmamıştır<sup>98</sup>. Yönetmelik'te de bu ifadelerin tanımlarına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. TVK m. 16 gerekçesinde de konuya ilişkin özel bir açıklama yer almamaktadır. Ancak bu şart başka kazanım hâllerinde de aranmaktadır. Olağan yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin TVK m. 11 gerekçesinde konuya yer verilmiş ve tekrardan kaçınmak amacıyla olduğunu düşündüğümüz gerekçe TVK m. 16'ya eklenmemiştir. Söz konusu gerekçe “... Bu şartın konulması ile millî güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve millî menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin, bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içerisinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların Türk vatandaşlığını kazanmaları engellenmektedir” şeklinde düzenlenmiştir. Aslında bu düzenlemeler incelendiğinde “millî güvenlik ve kamu düzeni” kavramlarının bir tanımının yapılmadığı ancak söz konusu kavramlar hakkında genel bir fikir verdiği

97 Erdem, bu şartın evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranmasını eleştirmiştir: B. Bahadır, Erdem “Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme” Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds), Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, (Seçkin 2008) 102-103.

98 İdare hukuku açısından kamu düzeninin unsurlarını belirlemede klasik ve modern anlayış olmak üzere ikili bir ayrım bulunmaktadır. Klasik anlayışa göre kamu düzeni unsurları; güvenlik, dirlik ve esenlik (kamu huzuru), genel sağlık iken; modern anlayışa göre ise bu unsurlara ilave olarak kamusal estetik, genel ahlak, insan onuru ve insanların kendisine karşı korunmasıdır. İdare hukuku açısından kamu düzeni kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selam Boz, Mehmet Nacac, Hasan Burak Öndin, Yücel Özdemir, Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı and Sümeyye Ulusoy, *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları*, (Adalet 2020) 17 vd.; Hülya Çelik- Şeşen, *Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru*, (Seçkin 2018) 15 vd.; Özge Oktay-Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, (On İki Levha 2011) 7 vd. Millî güvenlik kavramı dar anlamda sadece millî savunma ile ilgili bir kavramdır. Ancak geniş anlamda millî güvenlik kavramı ise kamu güvenliği ile devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren her türlü sorunu kapsamaktadır. Millî güvenlik bir ülkede yerleşik siyasi, ekonomik ve hukuksal düzeninin devamlılığını sağlayan önlemler ile devletin ve milletin varlığına ve birliğine, anayasal düzene yönelen her türlü saldırıya karşı alınan tedbirlerdir: Boz, Nacac, Öndin, Özdemir, Bölükbaşı and Ulusoy (n 98) 62-63. Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 2/1-d'de “... Millî güvenlik: Devletin anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanmasını, ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

görülmektedir<sup>99</sup>.

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru yapan kişilerden herhangi bir suçtan dolayı yargılanmasına devam edilenler, hükümlü ya da tutuklu olanların başvuruları kabul edilmeyecektir<sup>100</sup> (Yönetmelik m. 25/2-c). Ayrıca ilgili kurumlarca yapılan araştırma sonucunda Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkma yolunda faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yaptığı veya bunları maddi olarak desteklediği, Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, Terörle Mücadele Kanunu<sup>101</sup> kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunduğu, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katıldığı, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler ile taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar Türk vatandaşlığını kazanamayacaklardır<sup>102</sup> (Yönetmelik m. 72/5). Hüküm millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarını somutlaştırmaya yöneliktir<sup>103</sup>. Belirtmek gerekir ki, yabancı bahsi geçen suçlardan yargılanmış ancak hakkında beraat kararı verilmişse artık onun millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli olduğuna karar verilmemelidir<sup>104</sup>.

Yönetmelik m. 72/5 son cümlede yer alan “taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar...” ibaresinin iptali için açılan davada Danıştay<sup>105</sup> “... 5901 sayılı Kanun'da evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması için başvuru sahiplerinin taşınması gereken şartların belirlendiği, söz konusu yasanın uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan iptale konu

99 Benzer yönde, Rifat Erten “Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak” (2020) 40 (2) Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 1358.

100 Bu düzenleme, doktrinde idareye fazlasıyla geniş bir takdir yetkisi vermesi ve bu durumun tehlikeli olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ayrıca millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama şartının ilgilinin başvurusu yapıldıktan sonra aranacağı ve Yönetmelik m. 25/2-c'deki düzenlemenin Anayasanın 66. maddesinde düzenlenen vatandaşlığı kanunla kazanılacağı hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmektedir: Aybay, Özbek and Ersen- Perçin (n 94) 135-136. Söz konusu düzenleme masumiyet karinesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile de eleştirilmiştir: Kamuran Reçber and Zeynep Özgeç “5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunundaki Bazı Boşluklar” (2016) 74 (1) 380. Doktrinde maddenin süre, hapis cezasına konu eylemin niteliği ve güncel şartlar açısından değerlendirme yapılabilmesine uygun olacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir: Erten, “Millî Güvenlik” (n 99) 1368.

101 Terörle Mücadele Kanunu, Kanun Numarası: 3713, Kabul Tarihi: 12.04.1991, RG T. 12.04.1991, RG Sayı: 20843 (Mükerrer).

102 Maddede geçen hapis cezası Türk mahkemeleri tarafından verilen hapis cezalarını kapsamaktadır. Yabancı mahkeme tarafından verilen hapis cezalarına dayanılarak vatandaşlık başvurusu reddedilemez. Ancak yabancı mahkemelerden alınan bir karar ya da yabancı devletin millî güvenliğini veya kamu düzenini bozucu faaliyette bulunan yabancının vatandaşlık başvurusu TVK m. 10 kapsamındaki genel takdir yetkisi uyarınca reddedilebilir: Erten, “Millî Güvenlik” (n 99) 1363.

103 Mustafa Erkan, “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 72/5. Maddesinin Kanunilik İlkesi ve Hükmünün Açıklanmasının Geri Bırakılması Bağlamında Değerlendirilmesi” (2019) 14 (175-176) BÜHFD 331; Elif F Çelik “Sonradan ve Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşı Olmanın Başvuru Şartları (TVK m. 11)” (2021) 157 TBB 492.

104 Danıştay 10. Dairesi'nin T. 05.10.2015, 2012/8455 E. ve 2015/4050 K. sayılı kararı. www.legalbank.net. (Erişim tarihi: 26.02.2022).

105 Danıştay 10. Dairesi'nin T. 15.10.2020, E. 2015/1612 ve K. 2020/3837 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr (Erişim tarihi 05.05.2022).



*Yönetmeliğin dava konusu edilen hükmü ile de Türk vatandaşlığına alınma hususunda Devletin hükümranlık yetkisi gözetilerek millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından vatandaşlığa alınmada engel teşkil edecek suç ve cezalara ilişkin kriterler belirlenmiş olup, belirlenmiş olan bu kriterlerin dayanak Kanun'da belirtilen "millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunmaması koşulunun" açıklanması niteliğinde olduğu ve açıklanan nedenlerle anılan madde hükmünde kamu yararı ve dayanağı Kanun hükmüne aykırılık görülmediği açık olduğundan, Yönetmeliğin iptali istenilen kısmında hukuka aykırılık bulunmamaktadır..." şeklinde karar vermiştir. Kararda görüldüğü üzere Yönetmelik m. 72/5 hükmünün millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının açıklanmasına yönelik olduğu belirtilmektedir.*

Başvuru sahibinin millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli olup olmadığı Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı'ndan ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nden arşiv araştırması istenerek tespit edilir ve araştırmanın sonucu açık şekilde bildirir (Yönetmelik m. 35/2-4). Arşiv araştırması Türk vatandaşlığını kazanmada ciddi bir öneme sahiptir. Örneğin bir olayda evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak için yetkili makama başvuru yapılmış ve Emniyet Genel Müdürlüğü ve MİT Müsteşarlığı tarafından yapılan arşiv araştırması sonucunda davacının Türk vatandaşlığına alınmamasının daha uygun olacağı yönünde menfi görüş bildirilmiştir. Bunun üzerinde "millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama" şartının sağlanmadığı gerekçesi ile başvuru reddedilmiştir. Kararın iptali için idare mahkemesine başvuru yapılmış ve idare mahkemesi davacının en az 3 yıldır Türk vatandaşı ile evli olduğu, müşterek çocuklarının bulunduğu, aynı çatı altında evlilik birliğini sürdürdüğü, evliliklerinin Türk kültürüne uygun olup menfaat karşılığı olmadığı, apartman içerisinde aile olarak komşuluk ilişkilerinin olduğu, genel ahlâk ve adaba ters düşecek bir yaşam tarzlarının olmadığı tespit edildiği ve davacının millî güvenlik ve kamu düzeni açısından sakıncalı bulunduğuna ilişkin soyut iddia dışında somut bir tespit ve suçlama bulunmadığı ve dayanak oluşturacak bir bilgi ve belge gönderilmediği gerekçesiyle kararı iptal etmiştir. Ancak Danıştay TVK m. 10 ile idareye geniş bir takdir yetkisi verildiğini, bu durumun TVK m. 10 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüş ve idare mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>106</sup>. Kanaatimizce başvurunun millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil eden bir hâl sebebiyle reddedilebilmesi için

106 Danıştay 10. Dairesi'nin T. 18.01.2021, E. 2016/13184, 2021/68 K. sayılı kararı. Danıştay kararının ilgili kısmı şu şekildedir: "... 5901 sayılı Kanun'un 16. maddesinde evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanma bakımından asgari koşulların belirlendiği, 10. maddesindeki düzenlemeye göre de aranan şartları taşımanın vatandaşlığı kazanma bakımından yabancıya mutlak bir hak sağlamadığı, başvuranın mevzuatta aranan şartları taşıyıp taşımadığı hususunun idarece araştırılması suretiyle yapılacak değerlendirme sonucunda, Türk vatandaşlığına alınmaya yönelik talebin hukuka uygun sebeplerle olumlu veya olumsuz şekilde karşılanmasında, Devletin ilgili Kanun'dan kaynaklanan geniş bir takdir yetkisinin olduğu açıktır. Uyuşmazlıkta, davacının Türk vatandaşlığına alınma talebiyle yaptığı başvurusunun yukarıda belirtilen şekilde incelenmesi sonucunda, Emniyet Genel Müdürlüğü ile Millî İstihbarat Teşkilatı Başkanlığına davacının Türk Vatandaşlığına alınmamasının daha uygun olacağı yönündeki tespit ve değerlendirmelerin niteliği dikkate alındığında; vatandaşlığa kabul konusunda idarenin Kanundan kaynaklanan takdir yetkisi kapsamında, millî güvenlik ve kamu düzeni gözetilerek davacının başvurusunun reddi yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir..." , www.danistay.gov.tr. (Erişim tarihi 10.01.2022).

bu durumun somut belgelere dayandırılarak gerekçelendirilmesi yerinde olacaktır<sup>107</sup>. Aksi hâlde idareye sadece varsayımlarla hareket edebilme imkânı tanınmış olacaktır ki bu durumun hukuk güvenliği ile bağdaşmayacağı ortadadır. Bu nedenle soyut verilerle ya da varsayımlarla hareket edilebilme özgürlüğü takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmemesi gereken tehlikeli bir durumdur. Kaldı ki somut olayda idare ilgili birimden gelen arşiv araştırması sonucuna göre millî güvenlik ve kamu düzeni kıstasının sağlanmadığına karar vermiş, Danıştay ise TVK m. 10 gereğince bu konuda idarenin takdir yetkisi olduğuna hükmetmiştir. Hâlbuki idarenin takdir yetkisi TVK m. 16'daki şartları sağlayan yabancıların Türk vatandaşlığına alınıp alınmamasına ilişkindir. Bu konuda keyfi uygulama yapılmaması, özellikle somut bilgi ve belgelerle işlem yapılması gerekmektedir.

Türk vatandaşı olan eşin bir suçtan mahkumiyetinin olması eşinin vatandaşlık almasına engel teşkil etmemelidir<sup>108</sup>. Zira cezaların şahsiliği ilkesi buna engel olmalıdır. Danıştay'ın bu konuda çelişkili kararları bulunmaktadır. Danıştay bir kararında<sup>109</sup> TVK m. 10'un idareye takdir yetkisi verdiğini, bu yetkinin Devlet'in hükümlerlik hakkı ve yetkisinin bir sonucu olduğunu belirttikten sonra, idarenin takdir yetkisini kullanırken tesis ettiği işlemin amacıyla, kişi hak ve özgürlükleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge sağlamanın gerektiğinin altını çizmiştir. Karara konu olayda Gürcistan vatandaşı bir kişi, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına alınma talebinde bulunmuş ve yapılan tahkikat olumlu sonuçlanmıştır. Ancak yetkili makam bu talebi reddetmiştir. Yetkili makam başvuruyu davacı ve eşi hakkında 17/10/2011 tarihinde aile fertlerine kötü muamele suçundan adli işlem yapıldığı, 15/03/2013 tarihinde yol kontrol uygulamasında gümrük ve tekel kaçakçılığı suçundan işlem yapıldığı, Türk vatandaşı eşin 2008 yılında kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan kaydının bulunduğu gerekçeleri ile reddetmiştir. Buna ilişkin açılan iptal davasında idare mahkemesi, ailenin korunması ve çocuk hakları başlığını taşıyan Anayasa m. 41 uyarınca ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve Devlet'in ailenin huzur ve refahı için gerekli tedbirleri alacağına hüküm altına alındığı, somut olayda idarenin tahkikatı olumlu sonuçlanmış olmasına rağmen Türk vatandaşı ile 3 yılı aşkın zamandır evli olan davacının vatandaşlık talebini reddetmesinin, Anayasa'nın 41. maddesi kapsamında da hukuka aykırılık teşkil ettiğine ve bu bağlamda idarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği dava konusu işlemin amacıyla kişi hak ve özgürlükleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge sağlamaktan uzak olması nedeniyle işlemin iptaline karar vermiştir. Temyiz edilen karar, Danıştay tarafından onanmıştır.

107 Benzer yönde, Gül Esra Dardağan-Kibar "Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanuniliği İlkesi", Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds) Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Savaş 2019) 6; Mustafa Erkan "Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında "Millî Güvenlik" ve "Kamu Düzeni" Kavramlarının İncelenmesi", Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds) Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Savaş 2019) 34.

108 Benzer yönde, Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 95) 172-174.

109 Danıştay 10. Dairesi'nin 09.02.2021 T. 2016/1261 E. ve 2021/349 K. sayılı kararı, www.legalbank.net (Erişim tarihi 10.01.2022).

Benzer bir olayda ise Irak vatandaşı bir kişi evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına alınma başvurusunun reddine ilişkin kararın iptali için idari yargıya başvurmuştur. İçişleri Bakanlığı bu başvuruyu Türk vatandaşı eşin terör örgütü ile iltisaklı olduğu belirlendiğinden “millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama” şartının sağlanmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Bunun üzerine açılan davada ilk derece mahkemesi davalı idarece TVK’nın ilgili hükümlerinde, başvuru şartlarını taşımanın vatandaşlık için tek başına hak sağlamayacağı ifade edilerek idarenin bu konuda takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmişse de evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması için başvuru sahiplerinin taşıması gereken şartların TVK’da belirtildiği, bu şartların sadece başvuru sahipleri bakımından aranması gerektiği, Türk vatandaşı olan diğer eşin de bu şartları taşımasının değerlendirme kriteri olarak belirlenemeyeceği, kaldı ki böyle bir değerlendirmenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacağı, terör örgütü mensubu olanın Türk vatandaşı eş olduğu, söz konusu kişi Türk vatandaşı olarak Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan yararlanabilmekte iken terör örgütü ile herhangi bir bağlantısı olmayan davacıya Türk vatandaşlığı verilmemesinin hakkaniyete aykırı olduğu, öte yandan davacının çocuklarının da Türk vatandaşı oldukları, davacının vatandaşlığa alınma yönünde şahsi olarak olumsuz bir durumunun da bulunmadığı gerekçeleri ile Bakanlığın kararının iptaline karar vermiştir. Ancak Danıştay konuyu idarenin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirmiş ve idare mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>110</sup>. Kanaatimizce idarenin takdir yetkisinin bu kadar geniş yorumlanması yerinde değildir. Zira, TVK m. 16’da evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranan şartlar başvuru sahibinin eşinde değil şahsında aranmaktadır.

## B. Özel Durumlar

### 1. Evliliğin Butlanla Sakat Olması

Evliliğin butlanı, evliliğin kanunda aranan bazı şartları taşıyamaması veya evlenmeye dair irade beyanında sakatlık olması gibi sebeplerle mahkeme tarafından evliliğin butlanına ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra evliliğin sona ermesi hâlidir<sup>111</sup>.

Türk hukukunda evlenmenin butlanı sebepleri mutlak butlan ve nisbi butlan sebepleri şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu sebepler sınırlı sayıdadır<sup>112</sup>.

110 Danıştay 10. Hukuk Dairesi’nin T. 11.11.2020, E. 2016/15612, K. 2020/4798 sayılı kararı. www.danistay.gov.tr. Benzer kararlar, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 2015/4972 E. ve 2018/23 K. sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesi’nin 03.06.2021 T. 2016/14043 E. 2021/2977 K. sayılı kararı. www.danistay.gov.tr (Erişim tarihleri 10.01.2022).

111 Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku*, C. 2 (Yenileniş 22. edn, Beta 2020)

208.

112 Hüseyin Hatemi and Burcu Kalkan-Oğuztürk, *Aile Hukuku* (4. edn, Vedat 2014) 64 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Genişletilmiş 2. edn, Turhan 2016) 75 vd.; Bilal Köseoğlu and Köksal Kocağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (Ekin 2011) 10 vd.

Mutlak butlan sebepleri;

- a. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması,
- b. Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olması,
- c. Eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı olması,
- d. Eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın olması (TMK m. 145).

Nisbi butlan sebepleri ise

- a. Ayırt etme gücünden geçici yoksunluk (TMK m. 148)
- b. Yanılma (TMK m. 149)
- c. Aldatma (TMK m.150)
- d. Korkutma (TMK m. 151)
- e. Yasal temsilcinin izninin alınmamasıdır (TMK m. 153).

Batıl bir evlilikle bir yabancıнын Türk vatandaşlığını kazanması arzu edilen bir durum değildir. Ancak kanun koyucu bir şekilde vatandaşlık kazanıldıktan sonra Türk vatandaşlığının devam edip etmemesi noktasında ikili bir ayrıma gitmiş ve iyi niyete vurgu yapmıştır. İlgili hükme göre evlenmenin butlanına karar verildiğinde Türk vatandaşlığını kazanan kişi iyi niyetli ise vatandaşlığını muhafaza edecektir (TVK m. 16/3). Yönetmelik'te ise Türk vatandaşlığını kazanan kişinin evliliğinin butlanına karar verilmesi durumunda vatandaşlığını kaybedeceği; ancak İçişleri Bakanlığı tarafından yapılacak inceleme sonucunda evlenmede iyi niyetli olduğunun tespit edilmesi hâlinde Türk vatandaşlığını koruyacağı düzenlenmiştir<sup>113</sup> (m. 31/1).

Türk hukukunda batıl bir evlilik ancak hâkimin kararıyla sona ermektedir. Mutlak butlan hâlinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurmaktadır (TMK m. 156).

Türk vatandaşlığının kazanılmasına sebebiyet veren evliliğin butlanı için Türkiye'de dava açılabilirliği gibi yurtdışında da dava açılmış olabilir. Şayet dava Türkiye'de açılacaksa hâkim, kendisinin yetkili ve görevli olduğuna karar verdikten sonra uygulanacak hukuku tespit edecektir. Uygulanacak hukuk tarafların evlenme anındaki milli hukukudur (MÖHUK m. 13/1). Bu hukuk Türk hukuku çıkabileceği gibi yabancı hukuk da çıkabilir. Yine taraflardan birinin evlenme anında Türk vatandaşı olması

---

<sup>113</sup> Doktrinde, Yönetmeliğin Kanun'da olmayan bir kayıp hâlini düzenlediği ve bu durumun kanunilik ilkesi kapsamında tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir: Erten, "Evliliğin Butlanı" (n 92) 267, Güngör (n 1) 146-147. Aksi görüş: Dardağan-Kibar (n 107) 8.

söz konusu olabileceği gibi her ikisinin de yabancı olması muhtemeldir. Şayet dava yurtdışında açılmışsa yabancı mahkemeden alınan kararın Türkiye’de tanınması gerekmektedir. Buna karşı yabancı adli ya da idari mercilerden alınan evliliğin butlanı kararının Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>114</sup> m. 27/A hükmü uyarınca aranan şartların gerçekleşmesi hâlinde nüfus kütüğüne tescili de mümkündür<sup>115</sup>.

Türk hukukuna göre evliliğin butlanına sebebiyet verecek bir evliliğin gerçekleşmiş olması durumunun ayrıca incelenmesi gerekir. Evliliğin butlanının evlenme yoluyla kazanılan Türk vatandaşlığı üzerindeki etkisi TVK m. 16/3’de düzenlenmiştir. Burada irdelenecek olan ise idarenin kendisine başvuru yapıldığı anda bu durumu tespit etmesi ihtimalidir.

Bazı hukuk sistemleri çok eşliliğe izin vermektedir. İlk olarak bir Türk vatandaşı ile bir yabancıyla gerçekleştirdiği çok eşli bir evliliği ele alalım. Bu evliliğin geçerli bir evlilik olabilmesi için MÖHUK m. 13/1 gereğince tarafların evlenme anındaki millî hukukuna bakılmalıdır. Şayet bir Türk vatandaşı ile yabancı ilk evliliklerini yapmış ve bu evlilik geçerli bir evlilikse, (Türk vatandaşı olan taraf sonradan ikinci evliliğini yapmışsa) bu evlilik yoluyla Türk vatandaşlığı kazanılabilir. Zira batıl olan evlilik ikinci evliliktir. Bu durumda idare TVK m. 16’da aranan şartların sağlanıp sağlanmadığına bakacak ve şartlar sağlanmışsa yabancıyı Türk vatandaşlığına alabilecektir. Ancak bu hususta idarenin TVK m. 10 gereğince takdir yetkisinin olduğu unutulmamalıdır. Kanaatimizce burada idarenin bir Türk vatandaşının iki evlilik yaptığını öğrenmesi ile birlikte Cumhuriyet Savcısına haber vermesi yerinde olacaktır. Böylelikle Cumhuriyet Savcısı ikinci evliliğin mutlak butlanla batıl olup olmadığına ilişkin mahkemeye başvurabilecektir (TMK m.147).

Şayet tarafların yine ilk evliliği olmakla birlikte bir Türk ile yabancı arasında gerçekleşen evlilikte yabancı olan tarafın sonradan yurtdışında ikinci bir evlilik daha yaptığı idare tarafından anlaşılmışsa kanaatimizce idare bu kişinin kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli olduğu kanaatine ulaşabilir (TVK m. 16/1-c). Zira bu kişinin Türk vatandaşlığı kazanması ile birlikte Türk vatandaşının birden fazla evlilik yapması durumu dolaylı olarak kabul edilmiş olacaktır. Kanaatimizce çok eşlilik toplumda geçerli olan genel anlayışa ve objektif değer yargısına göre kamu düzenini bozucu mahiyettedir.

Türk vatandaşı olan tarafın mevcut bir evliliği varken ikinci bir evlilik yapılmış ve bu evliliğe istinaden Türk vatandaşlığı kazanılmak için de idareye başvurulmuş olabilir. Taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu durumda ikinci evlilik batıl bir evlilik olacaktır. Ancak bu evlilik şeklen geçerli bir evliliktir. Batıl bir evlilik hâkim kararına kadar geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurmaktadır. İdare evliliğin batıl olduğuna

114 Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153.

115 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erten, “Evliliğin Butlanı” (n 92) 254 vd.

karar veremeyecektir. Kanaatimizce burada idare Cumhuriyet Savcısına haber vermeli ve Savcılık da evliliğin butlanı davasının açılması için mahkemeye başvurmalıdır (TMK m. 147 gereği). İdare hâkim kararına göre kişinin Türk vatandaşlığına alınmıyacağına karar vermelidir. Şöyle ki evliliğin butlanı davasında mahkeme MÖHUK m. 13/1 gereğince uygulanacak hukuku belirleyecektir. Mahkeme ikinci evliliğin mutlak butlanla batıl olduğuna karar verirse artık ortada bir evlilik olmadığından evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında ön şartlardan biri olan “*Bir Türk vatandaşı ile en az 3 yıldır evli olma*” şartı gerçekleşmeyecektir. Bu durumda yabancıların Türk vatandaşlığına alınması mümkün değildir. Bu konuda idarenin takdir yetkisi de yoktur. Ancak mahkeme evliliğin butlanına karar vermeyebilir. Örneğin mevcut evliliğe rağmen yeniden evlenen bir kimsenin önceki evliliği mutlak butlan kararı verilmeden önce sona ermişse ve ikinci evlenmede diğer eş iyiniyetli ise, bu evlenmenin butlanına karar verilemez (TMK m. 147/3). Şayet uygulanacak hukuka göre bu ve buna benzer bir sebeple ikinci evliliğin butlanına karar verilmemiş ve ilk evlilik sona ermiş ise ikinci evlilik geçerli olabilecektir. Bu noktada idare TVK m. 16’daki şartları sağlayan yabancıların Türk vatandaşlığına alınmasına karar verebilir. Ancak batıl bir evlilik sebebiyle Türk vatandaşlığı kazanılmışsa kazanılan vatandaşlığın akıbeti evlenmede iyi niyetli olmaya göre değişiklik gösterecektir (TVK m. 16/3).

İkinci olarak iki yabancıların evlendiğini ardından taraflardan birinin sonradan Türk vatandaşlığını kazandığını ve diğer eşin evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru yapmasını ele almak gerekir. Bu şekilde gerçekleşen bir evlilik yine butlan sebeplerinden biri ile batıl olabilir. İdare kendisine yapılan evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına alınma başvurusunda bu hususu tespit ederse evliliğin butlanına karar veremeyecektir. Kanaatimizce idarenin mutlak butlan sebeplerinin varlığını görmesi durumunda Cumhuriyet Savcısını haberdar etmesi ve akabindeki işlemlere göre kararını vermesi daha doğru olacaktır. Belirtmek gerekir ki Türk hukukunda nisbi butlan sebeplerinden birinin oluşması hâlinde Cumhuriyet Savcısının dava açma hakkı yoktur (TMK m. 147).

## 2. Türk Hukukunda Düzenlenmeyen Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri

Türk hukukunda evlilik tam ve sürekli hayat ortaklığı kurma amacıyla iki farklı cinsiyetten kişinin kanunun öngördüğü şekil ve şartlar altında birleşmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>116</sup>. Türk hukukunda evliliğin gerçekleşmesi için çiftin farklı cinsiyetlere sahip olması gerekmektedir. Özellikle TMK’da yer alan bazı maddelerde bu husus açıkça düzenlenmiştir. TMK’da geçen “*birbiriyle evlenecek erkek ve kadın*” (m. 134) ya da “*erkek ve kadından her biri*” (m. 136) ifadeleri bu duruma örnek verilebilir.

<sup>116</sup> Akıntürk and Ateş (n 111) 204.

Türk hukukunda eşinsel evlilikler kabul edilmemektedir. Ancak günümüzde bazı devletlerin bu hususu yasalarında düzenlediği bilinen bir gerçektir. Yine, bazı devletlerde geleneksel evlilik modellerine benzemeyen ama evliliğe benzer şekilde ortaya çıkan bazı yaşam modellerinin de kabul edildiği bilinmektedir.

Evlilik benzeri yaşam modelleri kavramı serbest, kısa süreli, gizli yaşanan ya da çok eşliliğe sebebiyet veren birliktelikleri değil, evli eşler gibi alenî ve sürekli mahiyeti haiz birliktelikleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu modeller konu ve amaç açısından evliliğe benzemesine rağmen, şekil açısından evlilikten ayrılmaktadır<sup>117</sup>. Evlilik benzeri yaşam modellerine *common law* evlilik, kayıtlı birliktelik, uzun süreli birlikte yaşama modelleri örnek verilebilir. *Common law* evlilik; şekli geçerlilik konusunda bir belirleme getirmeyen çiftlerin rızalarına dayanan bir evlilik modelidir. Kayıtlı birliktelik, geleneksel evliliğin şekil koşulları yerine yetkili makamca tescil veya kayıt gibi şartların gerçekleştirilmesi ile kurulan ve çiftlerin belli koşulları sağladığı birlikte yaşama modelidir. Uzun süreli birlikte yaşama ise genel olarak resmî bir şekil şartı olmaksızın ve iki yetişkinin evlenme niyeti olmadan birbirine destek olma görevini de içerecek şekilde evliliğin tüm yükümlülüklerini yerine getirdikleri uzun süreli beraberlik modelleridir<sup>118</sup>.

Türk hukukunda birlikte yaşayan kişiler Anayasa'nın aileyi koruyan hükümlerinden ve aile hukukuna özgü kurallardan yararlanamamaktadır. Örneğin Türkiye'de dinî nikahla birlikte yaşayan bir çift evli kabul edilmemektedir. Hatta bazı Yargıtay kararlarında kişilerin evlenme niyeti olmaksızın birlikte yaşaması nişanlılık ilişkisi kapsamında dahi görülmemiştir<sup>119</sup>.

Maddi hukukta konunun düzenlenmemiş olması bu tip evliliklerin ya da evlilik benzeri yaşam modellerinin yansımalarının Türk hukukunda görülmeyeceği anlamına gelmemektedir. Örneğin bu şekilde birlikte yaşayan kişilerin nafaka, mal rejimi, miras vs. sorunları hakkında Türkiye'de dava açmalarına engel bulunmamaktadır<sup>120</sup>. Yine, idarenin bir Türk vatandaşı ile böyle bir evlilik gerçekleştirmiş ya da evlilik dışı yaşam modeli içinde yaşayan bir yabancıyla Türk vatandaşlığını kazanma talebi ile karşılaşması da ihtimal dahilindedir. Ancak evlilik yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için öncelikle bu evliliğin hukuken geçerli bir evlilik olması gerektiği unutulmamalıdır.

117 Necla Öztürk, *Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri* (Adalet 2016) 17-18.

118 Tanımlar için bkz. Öztürk (n 117) 60, 71 ve 85. Evlilik benzeri yaşam modelleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk (n 117) 1 vd.

119 Y. 3. HD, T. 13.11.1986, 9944-10387; Y. 3. HD T. 29.06.2010, E. 2010/4392, K. 2010/11584; Y. 13. HD, T. 24.04.2006, E. 2006/355, K. 2006/6349. Kararlar ve başka örnekler için bkz. Rıza Furkan Çözme, *Türk Vatandaşlığının Evlenme Yoluyla Kazanılması* (Yetkin 2021) 87-88.

120 Evlilik benzeri yaşam modellerinin milletlerarası özel hukuk boyutu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Işıl Selin Tekdoğan-Bahçivancı, "Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk" (2018) Y.9 (33) 623-683; Öztürk (n 117) 165 vd. Sedat Sirmen, "Eşinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi" (2009) 58 (4) AÜHFD 825-879.

Bazı hukuk sistemleri maddi hukuklarında düzenledikleri evlilik benzeri yaşam modellerini vatandaşlık hukuklarına da yansıtmışlardır. Örneğin, Alman hukukunda evlilik benzeri yaşam modelleri kabul edilmiştir. Bu durum vatandaşlık yasalarına da yansımış ve evlenme yoluyla Alman vatandaşlığının kazanılması bakımından eşî veya kayıtlı partnerinin Alman vatandaşı olması ve Kanun'da sayılan diğer şartların gerçekleşmesi hâlinde Alman vatandaşlığının kazanılabileceği düzenlenmiştir (Alman Vatandaşlık Kanunu m.9)<sup>121</sup>. Yine Hollanda hukukunda da 3 yıldan beri statü temelli kayıtlı birliktelik yaşayanların genel yollardan daha kolay vatandaşlık kazanımı sağlanmaktadır<sup>122</sup>.

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için evliliğin resmî bir evlilik olması gerekir. Bir başka ifadeyle, *common law* evlilik, kayıtlı birliktelik, uzun süreli birliktelikler ya da dinî nikahlı birliktelikler (resmî şekil olmayan) evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına sebebiyet vermeyecektir. Bu yaşam modelleri Türk hukukunda kabul edilen kurumlar olmadığından, bu kurumların vatandaşlık kazanımı üzerindeki etkileri mevzuatta hâliyle yer almamıştır. Bu şekilde birlikte yaşayan bir çift evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının ön şartlarından biri olan “*Bir Türk vatandaşı ile en az 3 yıldır evli olma*” şartını yerine getirmemiş olacaktır. Bu şart gerçekleşmediğinden idarenin takdir yetkisini kullanarak da bu durumdaki kişileri Türk vatandaşlığına alması mümkün değildir.

Aynı cinsten kişilerin Türkiye’de evlenmesi mümkün değildir. Tarafların millî hukuku (MÖHUK m. 13/1 ve MÖHUK m. 2/3) aynı cinsten kişilerin evliliğine izin vermiş olsa dahi kamu düzeni müdahalesi gereğince (MÖHUK m. 5) bu evlenme Türkiye’de gerçekleşemez. Benzer şekilde çok küçük yaşta ki kişilerin evlenmesi bakımından da aynı sonuç geçerlidir<sup>123</sup>. Ancak Amerika Birleşik Devletleri’nin bazı eyaletlerinde ve bazı Avrupa ülkelerinde aynı cinsten kişilerin evlenmesine izin verilmektedir. Bu devletlerden birinde bir tarafın Türk vatandaşı olduğu bu tarz evlilik

121 <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=266> (Erişim tarihi 03.02.2022).

122 Tekdoğan-Bahçivancı (n 120) 630.

123 Yabancılık unsuru içeren evliliklerde evlenmenin geçerlilik şartlarına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 13’de düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrası uyarınca evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk olarak tarafların evlenme anındaki millî hukuku kabul edilmiştir. Evlilik aile hukuku kapsamında düzenlenen bir konu olduğundan millî hukukun uygulanmasında atfın dikkate alınması gerekir (MÖHUK m. 2/3 gereği). Evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukukta kamu düzeni müdahalesinin de gündeme gelme ihtimali vardır. Böyle bir durumda tarafların millî hukuku bu evliliğe izin vermiş olsa bu evliliğin Türkiye’de gerçekleşmesi MÖHUK m. 5 gereği mümkün değildir. Doktrinde bazı konuların iki taraflı evlenme engeli bazı konuların ise tek taraflı evlenme engeli olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler olduğu gibi (Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Millî Hukuk* (14. edn, Beta 2016) 228 vd.), konunun doğrudan kamu düzeni müdahalesi kapsamında ele alınması savunanlar da bulunmaktadır (Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *Millî Hukuk* (6. edn, Vedat 2018) 125 vd.127-128). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel and Erdem (n 123) 223 vd.; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 123).



bir şekilde gerçekleşmiş olabilir<sup>124</sup>. Yurtdışında böyle bir evlilik gerçekleştiğinde aslında bu evlilik total bir evlilik olacaktır. Zira Türk hukukunda evliliğin geçerliliği konusunda tarafların her birinin evlenme anındaki millî hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m. 13/1). Türk maddi hukukunda bu tip evliliklere izin verilmediğinden yapılan evlilik Türk hukuku açısından yokluk yaptırımına tabi olacaktır.

Yurtdışında iki yabancı arasında böyle bir evlilik gerçekleşmiş ve taraflardan biri sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olabilir. Türk vatandaşlığını kazanan taraftan dolayı evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması için de başvuru yapılabilir. Bu evliliğin Türk hukuku açısından kabul edilmesi yine kamu düzenine aykırı olacaktır. Belirtmek gerekir ki kamu düzeni müdahalesinin yoğunluğu aslında söz konusu hukuki ilişkinin Türkiye ile olan yakın ilişkisine göre değişkenlik gösterebilir. Ancak çalışma açısından eşcinsel bir evlilikle Türk vatandaşlığının kazanılması konusu incelendiğinden bu tip evliliklerin Türkiye ile çok yakın bir bağlantısı olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple de her iki durum açısından da evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasındaki ön şartlardan biri olan “*Bir Türk vatandaşı ile az 3 yıldır evli olma*” şartının –en azından bugün için- gerçekleşmemiş olduğu sonucuna varılmalıdır. Yine idarenin bu durumda olan bir kimseyi Türk vatandaşlığına alması konusunda takdir yetkisi de bulunmamaktadır<sup>125</sup>.

Bu konuda dinî nikahlı birliktelikler üzerinde de kısaca durmak gerekir. Resmî nikah olmaksızın dinî nikahla evlilik Türk hukukunda geçersizdir. Ancak çift dinî nikahla yurt dışında evlenmiş olabilir. Bu durumda ikili bir ayrımla konu ele alınmalıdır. Yurtdışında gerçekleşen evlilik geçerli bir evlilikse (MÖHUK m. 13/1 ve MÖHUK m. 5 gereğince) ve evliliğin yapıldığı yer hukukuna göre resmî şekil dinî nikah ise o hâlde bu evlilik Türk hukukunda da geçerli bir evlilik olacaktır (MÖHUK m. 13/2 gereği). Bir başka ifadeyle, bu evlilik hem ehliyet ve şartlar hem şekil açısından geçerli bir evliktir. Bu durumda TVK m. 16’da aranan diğer şartlar da gerçekleşmişse bu evlilik yoluyla Türk vatandaşlığı kazanılabilir. Bu noktada evliliğin sırf dinî nikahla gerçekleşmiş olmasının TVK m. 16/1-c kapsamında kamu düzeni engeline takılmayacağını da söylemek gerekir. Ancak yurtdışında gerçekleşen dinî nikahlı evlilik, evliliğin gerçekleştiği yer

124 Türkiye’de evlenmek isteyen yabancılar evlenmelerine engel teşkil eden bir hâllerinin bulunmadığına dair “evlenme ehliyet belgesi” getirmek zorundadırlar. Bu belge yabancının vatandaşlığında bulunduğu devletin makamları tarafından düzenlenecek olup yabancının bizzat kendisi tarafından temin edilmelidir. Şayet bunun mümkün olmaması hâlinde, bu belge evlendirme memurları tarafından Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü aracılığı ile istenebilir (Evlendirme Yönetmeliği m. 12/son ve m. 20/4). Ayrıca Türkiye 1980 tarihli Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme’yi onaylamıştır. Bu Sözleşme uyarınca her âkit devlet, yabancı bir ülkede evlenmek amacıyla talepte bulunan ve kendi kanununa göre bu evlenme için gerekli şartları taşıyan vatandaşına, bir evlenme belgesi vermeyi taahhüt etmektedir (m. 1). Bu sebeple Sözleşmeye taraf devlet vatandaşları Türk resmî makamlarında evlenmek istediklerinde “evlenme ehliyet belgesi” sunmaları gerekmektedir. Aynı şekilde Sözleşmeye taraf devletlerden birinde bir Türk vatandaşı evlenmek istediğinde Türk makamlarından düzenlenecek evlenme ehliyet belgesi de gerekebilecektir. Şayet yabancı ülkede gerçekleşecek evlilik aynı cinsten iki kişinin evlenmesi şeklinde gerçekleşecekse Türk resmî makamları tarafından evlenme ehliyet belgesi düzenlenemeyebilecektir. Ancak bir Türk vatandaşı yine de Sözleşmeye taraf olan veya olmayan bir devlette hem cinsi ile evlenmiş olabilir.

125 Doktrinde Türk vatandaşı ile aynı cinsten olan yabancı eşin TVK m. 16 uyarınca Türk vatandaşlığını kazanma talebi Türk kamu düzeninin engellemesi ile karşılaşılabileceği de belirtilmiştir: Güngör (n 1) 144.

hukukuna göre resmî şekilde gerçekleşen bir evlilik değilse, o takdirde Türk hukuku uyarınca da geçersiz bir evlilik olacaktır (MÖHUK m. 13/2 gereği). Bu durumda bu evlilik yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması “*Bir Türk vatandaşı ile az 3 yıldır evli olma*” şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle mümkün değildir.

## C. Yetkili Makamın Türk Vatandaşlığına Alma Konusundaki Takdir Yetkisi

### 1. TVK m. 10 Uyarınca Takdir Yetkisi

Türk vatandaşlık hukukunda yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır<sup>126</sup>. Bu konudaki idarenin takdir yetkisinin dayanağını ise TVK m. 10 hükmü oluşturmaktadır. Bu hükme göre “*Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, bu Kanunda belirtilen şartları taşıması hâlinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz*”. Son cümlede yer alan “mutlak bir hak sağlamaz” ifadesi ile takdir yetkisinin varlığı daha da pekiştirilmiştir. Bu nedenle yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmak isteyen yabancı açısından Kanun’da aranan şartları sağlamış olmak, aslında sadece Türk vatandaşlığına başvuru hakkı kazandırmaktadır. İdarenin takdir yetkisi de yalnızca TVK’da aranan şartları sağlayan yabancıların vatandaşlığa alınıp alınmamasına ilişkindir.

Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un<sup>127</sup> 28. maddesi ile TVK m. 10’a ikinci bir fıkra eklenmiştir. İlgili hüküm “*Bu Kanun uyarınca sonradan Türk vatandaşlığının kazanılmasında uygulanacak temel ilke ve esaslar ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınmak suretiyle Bakanlıkça belirlenir*” şeklindedir. Konuya ilişkin çıkarılan ikincil bir mevzuat henüz bulunmamaktadır. Bu düzenleme de idarenin takdir yetkisine vurgu yapmaktadır<sup>128</sup>.

126 Doktrinde Türk vatandaşlığını kazanma için aranan şartları taşımanın vatandaşlığın kazanılmasında yabancıya mutlak bir hak sağlamayacağı şeklinde “kesin ve emredici” nitelikte olan, “mutlak takdir yetkisi” öngören ve hatta “zımni/dolaylı yasama kısıntısı” getiren hükmün de etkisiyle, tüm şartları taşıyan yabancıların dahi Türk vatandaşlığına alınmamasının salt “Devletin hükümlerlik/egemenlik hakkı” gerekçesiyle reddedilmesinin hükümet tasarrufu teorisini çağrıştırdığı ileri sürülmektedir: Cemil Kaya, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümlerlik/Egemenlik Hakkı Teorisine” (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 650. 1961 ve 1982 Anayasalarında hükümet tasarrufu yaklaşımı sona ermiştir. Danıştay tarafından 1961 Anayasası öncesi dönemlerde hükmet tarafından vatandaşlık işlemlerine yönelik verilen kararlar idari değil siyasi kabul edilmiştir. Ayrıca hükümet tasarrufu olarak bu kararlar yargı denetiminin dışında bırakılmıştır. Günümüzde de vatandaşlığa alınma konusunu içeren idari işlemlere yönelik kararlarda Danıştay tarafından sıkça devletin hükümlerlik/egemenlik yetkisine vurgu yapılmasının hükümet tasarrufuna gönderme mahiyetinde olduğu ileri sürülmüştür: M. Ece Uyanık, “Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararıyla Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi” (2021) 9 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 515.

127 Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7039, Kabul Tarihi: 19.10.2017, RG T. 03.11.2017/30229.

128 Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 95) 121; Mustafa Erkan, “Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi” (2019) 39 (2) PPIL 424. Benzer yönde, Uyanık (n 126) 510 vd. Doktrinde maddeye eklenen ikinci fıkranın taktiri yetkinin kullanılmasına (yerindelik değerlendirmesine) ilişkin olduğu belirtilmektedir: Güngör (n 1) 78. Maddenin düzenleme yeri, ikincil düzenleme ile soyut konuları somuta çevirme konusunda izlenen yöntem ve düzenlemenin kanunilik ilkesi açısından değerlendirilmesi konusunda bkz. Erkan, “Değişikliklerin İncelenmesi” (n 128) 420 vd. Benzer yönde, Uyanık (n 126) 509 vd.

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazanma konusunda idareye takdir yetkisi verilmesinin nedeni bir kişiye vatandaşlık verilmesinin devletin egemenlik hakkıyla ilgisi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu husus gerekçede açıkça “... vatandaşlığın bir bireye verilmesi egemenlik hakkıyla doğrudan ilgili olduğundan, aranan şartları taşımış olmanın vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak kazandırmayacağı hüküm altına alınmıştır” ifadeleri ile ortaya konmuştur.

İdareye TVK m. 10/1 uyarınca tanınan takdir yetkisi belirli bir sebebin gerçekleşmesi durumunda kanunda düzenlenen konuda karar alıp almama noktasındadır. Bu noktada idari işlemin konu unsuru kanunda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>129</sup>. Bir başka ifadeyle, idare TVK m. 16’da aranan şartlar gerçekleşmiş olsa dahi yabancıyı Türk vatandaşlığına almak zorunda değildir. İdare, aranan şartları sağlayan yabancıya Türk vatandaşlığını verip vermeme bakımından hangisinin daha uygun düştüğünü belirleyebilecektir.

Yabancıнын Türk vatandaşlığına alınması iç ve dış politika veya devletin genel güvenliği ile siyasi çıkarlar açısından sakıncalı görülürse idare bu başvuruyu takdir yetkisi çerçevesinde reddedebilecektir. Zira Türk vatandaşlığına alınma devletin hükümlerle hakkıyla ilgilidir. Özellikle güvenlik bakımından bir sakıncanın olup olmadığına vatandaşlığa alınma isteğinin olduğu dönemdeki güncel koşullara göre değerlendirilmelidir<sup>130</sup>.

Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin şartlar TVK’da tek tek sayılmıştır. İdarenin bu noktada takdir yetkisi ancak şartları sağlayan yabancılar için bir anlam ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle, TVK’da sayılan şartları yerine getiren yabancı, Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru hakkını haiz olur. İdare bu şartları sağlamayan yabancıya yönelik takdir hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanma yönünde karar veremez. Benzer şekilde idare, şartları sağlayan yabancıнын şartları sağlamadığı gerekçesi ile başvurusunu reddedemez. Bu durum takdir yetkisi kapsamında değildir. Danıştay karşısına gelen bir olayda bu hususu açıkça dile getirmiştir. Olayda, davacı Azerbaycan uyrukludur ve 04/12/2008 tarihinde Türk vatandaşıyla evlenmiştir. Bu kişi evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına alınmak için başvuru yapmış ancak başvurusu reddedilmiştir. Dava bu işlemin iptaline ilişkindir. İlk derece mahkemesi davacının evlenme yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılması için öngörülen koşulları taşıyıp taşımadığı hususunun değerlendirilmesi ve vatandaşlığa kabul edilip edilmemesinin devletin hükümlerle yetkisi kapsamında olduğuna, bununla birlikte davacının eşinin vefat etmesi nedeniyle mevzuatta yer verilen “en az üç yıldan beri Türk vatandaşıyla evli olan ve evliliği devam eden yabancı” şartını taşımadığına ve bu nedenle de davanın reddine karar vermiştir. Danıştay ise başvuru tarihinde evliliğin devam ettiğini (Türk vatandaşı eşin vefat etmediği) ve diğer şartların da sağlandığını açıklamış ve idare mahkemesinin kararını bozmuştur. Kararda,

129 Kırışık (n 23) 56.

130 Nomer (n 7) 79. Benzer yönde, Güngör (n 1) 81.

TVK’da şartların açıkça sayıldığı ve bu yönde yetkili makamın takdir yetkisi olmadığı; idarenin takdir yetkisini kamu yararına uygun ve objektif esaslara göre kullanması gerektiği ve başvuru sahibinden kaynaklanan sübjektif değerlendirmelerin somut bilgi ve belgelerle ortaya konulması lüzumu belirtilmiştir<sup>131</sup>. Kanaatimizce Danıştay’ın vermiş olduğu karar yerindedir. Zira yetkili makam başvuru şartlarını taşıyan bir yabancı Türk vatandaşlığına alınmasına ilişkin takdir yetkisini kullanmamıştır. Yetkili makam burada başvuru şartlarını sağlayan bir yabancı şartları sağlamadığına ilişkin karar vermiştir. Hâlbuki yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınma konusunda bazı şartların sağlanması bakımından idarenin takdir yetkisi olduğu kabul edilse bile<sup>132</sup> bu konuda bulunmamaktadır. Zira başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi hâlinde aile birliği içinde yaşama şartının aranmayacağı açıkça Kanun’da düzenlenmiştir (TVK m. 16/2). Konuya ilişkin verilen kararda idarenin takdir yetkisinin sınırlarını aştığını söylemek mümkündür.

İdarenin takdir yetkisine dayanarak tesis edeceği işlemler, kanunun öngördüğü hukuki sonuca yönelik olmalıdır. Aksi hâlde, idari işlem konu unsuru bakımından hukuka aykırıdır<sup>133</sup>. Bu nedenle idare Türk vatandaşlığına alınma için yapılan başvuruda başvuruyu kabul edebileceği gibi reddedebilir. Konuya ilişkin başka bir karar veremeyecektir. Aynı zamanda idare Türk vatandaşlığına alınma başvurusunu kabul edecekse Kanun’da sayılan şartların gerçekleşmiş olması zorunluluğu bulunmaktadır. Doktrinde, idarenin bir karar alma ya da almama noktasında konu unsurunda sahip olduğu takdir yetkisinin genellikle yerindelik alanına girdiği ve bu sebeple bu tür işlemlerin yargı denetimi dışında kaldığının söylenebileceği, ancak idarenin mevzuatta gösterilen sebepten başka bir karar alması ya da mevzuatta gösterilen sebep gerçekleşmeden karar alması durumunda hukuka aykırı hareket etmiş olacağı ve idari yargı organının da bu idari işlemi iptal edebileceği belirtilmektedir<sup>134</sup>.

## 2. TVK m. 16’da Aranan Şartlar Bakımından Takdir Yetkisi

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazanma konusunda her bir yol için TVK’da farklı koşullar aranmaktadır. Aranan bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda da kararı yetkili makam vermektedir. Bazı şartlar yoruma açık değildir. Örneğin, olağan yolla Türk vatandaşlığının kazanılması için aranan şartlardan biri olan başvuru tarihinden geriye doğru en az beş yıldır Türkiye’de ikamet etme şartı böyledir. Belgeler ışığında bu husus tespit edilecektir. Ancak bazı şartlar yoruma açıktır. Yönetmelik ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılsa da kimi zaman yetkili makamın yorumuna ihtiyaç duyulan hususlar olabilmektedir.

131 Nomer (n 7) 79.

132 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemre Tüysüz “Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi” (2022) 13 (1) İnÜHFD 53 vd.; Uyanık (n 126) 495 vd.

133 Kaya *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 220.

134 Kırışık (n 23) 57.

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması için aranan ön şart en az üç yıldan beri bir Türk vatandaşı ile evli olma ve bu evliliğin devam ediyor olmasıdır. İdare kendisine yapılan başvuruda bu hususu somut belgelerle karara bağlayacaktır. Bu noktada idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır<sup>135</sup>.

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından aranan asli şartlardan ilki ise “aile birliği içinde yaşama”dır. Yetkili makam aile birliği içinde yaşama kavramını yorumlayarak şartın sağlanmış olup olmadığına karar verecektir. Burada yapılacak değerlendirme, idarenin sübjektif bir değerlendirmesi değildir. Bir başka ifadeyle, idare bu kavramı toplumda geçerli olan genel anlayışa uygun ve objektif bir değer yargısına dayandırmak zorunda olduğundan bu hususta takdir yetkisinin olduğunu söylemek mümkün görülmemektedir<sup>136</sup>.

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranan asli şartlardan ikincisi ise “evlilikle bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama” şartıdır. Yönetmelikte bazı fiiller bu hususa ilişkin olarak örnek mahiyetinde sayılmıştır. Bu noktada idare Yönetmelik’te sayılan fiillerin dışında başka fiilleri de evlilik ile bağdaşmayacak bir faaliyet içinde değerlendirebilir. Ancak bu değerlendirme de yine sübjektif olmayacak; toplumda geçerli olan genel anlayışa uygun ve objektif bir değer yargısına dayandırılacaktır. Kanaatimizce burada da idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Asli şartlara ilişkin aranan son şart ise “millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama”dır. Bu kavramlar daha önce inceleme konusu yaptığımız belirsiz hukuki kavramlardandır. Belirsiz hukuki kavramlar söz konusu olduğunda idarenin takdir yetkisinin olup olmadığı ise kavramların içeriğinin nasıl doldurulduğu ile ilgilidir<sup>137</sup>. Şayet burada kavramların içeriğinin idarenin sübjektif değerlendirmesi yerine toplumun genel anlayışı esas alınmak suretiyle objektif değer yargılarıyla doldurulması gerektiği kabul edilecek olursa, takdir yetkisinin olmadığı sonucuna varılabilecektir. Bu tespiti yapabilmek için mevzuattaki düzenlemeleri incelemek gerekir.

TVK m. 11 gerekçesi, Yönetmelik m. 28/2-c ve 72/5 bu belirsiz hukuki kavramların içeriğini tespit etmek için yol göstericidir. Özellikle Yönetmelik m. 72/5 son cümlede yer alan “taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar...” ibaresinin iptali için açılan davada Danıştay maddenin

135 Aybay, Özbek and Ersen-Perçin 403 sayılı mülga TVK’da evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranan şartlar bakımından idarenin takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir: Aybay, Özbek and Ersen-Perçin (n 94) 132.

136 Benzer yönde, Tüysüz (n 132) 61.

137 Benzer yönde, Tüysüz (n 132) 57. Doktrinde bu şartın 403 sayılı mülga TVK’da yer almadığı; ancak uygulamada gizli bir yönergeyle kimlerin vatandaşlığa alınmasının sakıncalı olduğu belirlendiği ve bazı mahkeme kararlarına durumun yansdığı; bu kararlarda devletin genel güvenliği ve siyasi çıkarlarının dikkate alındığı ve kanunun verdiği takdir yetkisine dayanarak bu değerlendirmelerin yapılabileceğinin belirtildiği fakat bu durumun Anayasa m. 66/3’e aykırılık oluşturduğu ileri sürülmektedir: F. Bilge Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri” (2008), (75) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 40 vd. Benzer yönde, Erten, “Millî Güvenlik” (n 99) 1356-1357.

millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından vatandaşlığa alınmada engel teşkil edecek suç ve cezalara ilişkin açıklama yaptığını belirtmiştir<sup>138</sup>.

Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kriterinin idareye takdir yetkisi verip vermediği özellikle son dönemde çok tartışılmaktadır. Doktrinde bir görüş, bu TVK m. 11 gerekçesi ve özellikle Yönetmelik m. 72/5'in idarenin takdir yetkisini sınırlandırdığını ve öngörülebilirliği bir ölçüde sağladığını ifade etmektedir<sup>139</sup>. Diğer görüş, bu belirsiz hukuki kavramların içeriğinin idarenin sübjektif değerlendirmesiyle değil objektif esaslarla doldurulması gerektiği ve bu nedenle idarenin bağlı yetkisi olduğunu ileri sürerken<sup>140</sup>, bir başka görüş ise kavramların objektif değerlendirmelerden uzak olması sebebiyle idarenin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmektedir<sup>141</sup>. Ayrıca doktrinde vatandaşlık hukuku gibi kanunilik ilkesinin egemen olduğu bir alanda zaten idarenin takdir yetkisinin olmasına rağmen ayrıca “mili güvenlik” ve kamu düzeni” gibi muğlak kavramlara yer verilmemesi gerektiğine ilişkin bir görüş de bulunmaktadır<sup>142</sup>.

TVK m. 11 gerekçesi, Yönetmelik m. 25/2-c ve m. 72/5 ile kavramlar somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemeler, kavramların içeriğini belirleyebilme açısından bir çerçeve çizmekte, yol göstermektedir. Öngörülebilirliği sağlamayı hedeflemektedir. Kavramların temelinde politika, siyaset, güncel koşullar önemli bir yere sahip olduğundan, yapılan yoruma göre kavramların içeriği değişiklik gösterebilecektir<sup>143</sup>. Ancak yapılacak yorum yine de objektif değer yargılarına dayanmalıdır. Düzenlemeler ise yapılacak yorumlara ışık tutacak mahiyettedir. Bir başka ifadeyle, idare “millî güvenlik ve kamu düzeni” kavramlarının içeriğini belirlerken serbest olmadığı gibi kendisinin bir tercih yapma imkânı da bulunmamaktadır. Bu nedenle bu hususta idarenin takdir yetkisi olmadığını, bağlı yetkisi olduğunu düşünmekteyiz. Yine de idarenin bu belirsiz hukuki kavramların içeriğini doldururken yorum yapması gerektiği de ortadadır. Kanaatimizce idarenin bu noktada yapacağı yorumun niteliği “değerlendirme marjı” mahiyetindedir. İdare mahkemeleri kişilerin yapmış oldukları eylemlerin millî güvenlik ve kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceğini denetleyebilecektir. Ancak idarenin takdir yetkisinin olmadığı alan

138 Danıştay 10. Dairesi'nin T. 15.10.2020, E. 2015/1612, K. 2020/3837 sayılı kararı, (www.danistay.gov.tr) Erişim tarihi 05.05.2022).

139 Erten, “Millî Güvenlik” (n 99) 1358-1359. Erten, Yönetmelik m. 72/5'de sayılan eylemlerin sınırlı sayıda olduğunu, vatandaşlık başvurusunun millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama şartı uyarınca reddedilebilmesi için başvuru için başvuru eyleminin bu kapsamdaki eylemlerden birine girmesi gerektiğini ifade etmiştir. Erten, “Millî Güvenlik” (n 99) 1360-1361.

140 Benzer yönde, Doğan (n 1) 71 vd.; Tüysüz (n 132) 58. Erten ise kamu düzeni şartı bakımından idarenin takdir yetkisi olmadığını belirtmiştir. Erten, “Millî Güvenlik” (n 99) 1360.

141 Banu Şit-Köşgeroğlu, “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, (2017) 7(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 170. Benzer yönde, Erdem *Vatandaşlık Hukuku* (n 95) 175; Erkan “Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni” (n 107) 35; Erten “Millî Güvenlik” (n 99) 1357-1358; Feriha Bilge Tanrıbilir “Evlenme ve Vatandaşlık” (2020) 5(5) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3042; Uyanık (n 126) 519.

142 Tanrıbilir “Vatandaşlığın Kazanılması” (n 137) 42.

143 Benzer yönde, Erkan “Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni” (n 107) 35.

bahsi geçen kıstasa ilişkindir. Yoksa idare, kişinin millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil eden bir fiilinin olmadığına kanaat getirmesine rağmen TVK m. 10 uyarınca sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak kişinin Türk vatandaşlığına alınmamasına karar verebilir.

Doktrinde Yönetmelik m. 72/5 kapsamındaki kişiler hariç olmak üzere gerçek bir evliliği bulunduğu tespit edilenlerin vatandaşlık başvurularının TVK m. 16/1-c kapsamında kamu düzeni açısından yapılacak değerlendirmede “*bozulan kamu düzeninin evlilikle birlikte yeniden tesis edilip edilmediğinin* “ *ya da genel olarak “kamu düzenine aykırılığının devam edip etmediğinin*” araştırılması gerektiği; bu konuda Kanun’da bir zaman sınırlaması olmadığı için bu yöndeki değerlendirmenin TVK m. 10 uyarınca takdir yetkisi kapsamında olduğu; Danıştay’ın çeşitli kararları uyarınca gerçek bir evliliği olan çiftlerin evlilik öncesi ve evlilikten sonraki suç kayıtlarının idarece bir bütün olarak ele alındığı ve “*genel ahlâk, Türk örf âdetlerine aykırılık veya Türk kültür, örf ve âdetlerine aykırı davranışlar nedeniyle ahlâki bakımdan iyi örnek teşkil etmeme*” temelinde TVK m. 16/1-c kapsamında değerlendirdiği ve yüksek mahkemenin bu durumu yetkili makamın takdir yetkisi içinde kabul ettiği ifade edilmiştir<sup>144</sup>. Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâl içinde bulunmama şartının kişinin hayatının hangi anında aranacağı mevzuatta belirtilmemiştir. Kanaatimizce idareye bu noktada tanınmış olan değerlendirme yetkisinin sadece TVK m. 10’dan kaynaklandığını kabul etmek eksik olabilir. Şöyle ki belirsiz hukuki kavramlar mahiyeti gereği yorum yapılmasına uygun kavramlardır. Bu nedenle İçişleri Bakanlığı millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâl içinde bulunmamayı “evlilik müddetince bulunmama” şeklinde yorumlayabileceği gibi “evlilik öncesinde bulunmama” şeklinde de yorumlayabilir. Bize göre millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama kriterinin yabancıнын evliliği sürecinde aranması gerekmektedir. İdarenin bu hususta takdir yetkisi bulunmamaktadır ve yapılacak değerlendirme, yargı denetimine açıktır. İdare başvuruda millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlin olduğuna karar verdikten sonra takdir yetkisini kullanarak Türk vatandaşlığının kazanılmasına karar veremez. Zira, TVK m. 10 kapsamındaki takdir yetkisi şartları sağlayan yabancılara yönelik kullanılacak bir yetkidir. Buna karşın idare, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlin olmadığına karar verdikten sonra TVK m. 10 uyarınca kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde Türk vatandaşlığına alınma başvurusunu reddedebilir. Bu noktadaki gerekçesi ise kişinin evlilik öncesi millî güvenlik ve kamu düzenine aykırı faaliyetleri olabilir. Bu husus idarenin takdir yetkisi kapsamındadır.

İdarenin bu ayrımı yapmadan “*genel ahlak ve Türk örf âdetlerine aykırılık veya Türk kültür, örf ve âdetlerine aykırı davranışlar nedeniyle ahlâki bakımdan iyi örnek*

144 Güngör (n 1) 142. Örnek kararlar için bkz. Güngör (n 1) 142-144, dn. 425.

*teşkil etmeme*” gibi şartlarla vatandaşlık başvurusunu kabul etmemesi mevzuatta aranmayan bir şartı evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından araması anlamına gelmektedir. Bu durum ise kanaatimizce vatandaşlık hukukunda hâkim olan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebilir.

### 3. Evliliğin Butlanında Takdir Yetkisi

Evliliğin butlanına karar verilmesi durumunda evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişi Türk vatandaşlığını kaybederken (Yönetmelik m. 31/1) evlenmede iyi niyetli olan yabancı eş ise Türk vatandaşlığını muhafaza edecektir (TVK m. 16/3 ve Yönetmelik m. 31/1). Dolayısıyla İçişleri Bakanlığı tarafından yabancının evlenmede iyi niyetli olduğu tespit edilmişse Türk vatandaşlığı muhafaza edilecek, kötü niyetli olduğu tespit edilmişse de Türk vatandaşlığı sona erecektir.

Yönetmelikte, İçişleri Bakanlığının yabancı eşin evlenmede iyi niyetli olup olmadığını incelemesi yapılacağı belirtilmiştir (m.31/1). Bu araştırmada hangi hususlara göre karar verileceği ya da iyi niyetli olma durumunun nasıl tespit edileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Bu nedenle iyi niyetin tespitinde idarenin takdir yetkisi olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Maddede geçen evliliğin butlanı ifadesi hem mutlak butlan hem nisbi butlan hâllerini kapsamaktadır. Türk hukukunda evliliğin butlanında iyi niyetli olma ile eşin ya da eşlerden birinin evlenme anında evlenmeyi batıl kılan bir sebebin olduğunu bilmemeleri ve gerekli özeni göstermiş olsalar dahi bilemeyecek durumda olmaları anlaşılmaktadır<sup>145</sup>.

Türk vatandaşlığını kazanan eş iyi niyetli ise vatandaşlığını muhafaza edecektir. Bu noktada iyi niyet ile kastedilen yabancı eşin evliliğin batıl olduğunu bilmemesi, bilmesi de gerekmemesidir<sup>146</sup>. Örneğin, yetkili evlendirme memuru tarafından evlenme izni verilen bir kimsenin evli olmadığını kabul etmek makul olduğundan, önceki evliliğin sona erip ermediğinin araştırılması beklenemez. Bu durumda evli bir kişiyle evlenen kişinin kural olarak özensiz olduğunu kabul etmek mümkün görülmemektedir<sup>147</sup>. Özellikle Türk vatandaşı eş, daha önceden yurtdışında yapmış olduğu evliliği yetkili makamlardan gizlemiş olabilir ve bu durumda evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan eşin evlenme anında iyi niyetli olduğunun kabulü gerekir<sup>148</sup>.

145 Mehmet Erdem and Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022) 78-79. Benzer yönde, Kılıçoğlu (n 112) 85.

146 Doğan (n 1) 105. Doktrinde iyi niyetin, evlenmenin Türk vatandaşlığını kazanmak için yapılıp yapılmadığı bakımından aranması gerektiği de ileri sürülmektedir: Reçber and Özgenç (n 100) 381.

147 Erdem and Makaracı-Başak (n 145) 80.

148 Erten, “Evliliğin Butlanı” (n 92) 267.



Evliliğin butlanına ilişkin açılan davada iyi niyete/kötü niyete ilişkin bir tespit yapılmış olabilir<sup>149</sup>. Bu durumda İçişleri Bakanlığı bu tespit ile bağlı olacaktır<sup>150</sup>. Zira, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez (Anayasa m. 138/4). Ancak mahkemenin her zaman bu hususa ilişkin bir belirleme yapmak zorunda olduğunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki evliliğin butlanı davasında yabancı hukukun uygulanması ihtimalinde yabancı hukukun iyi niyete bir sonuç bağlamaması ya da yabancı adli ya da idari birimlerce verilen evliliğin butlanı kararında iyi niyete/kötü niyete ilişkin bir tespite yer verilmemesi söz konusu olabilir. İşte bu durumda yabancı eşin iyi niyetli olup olmadığı İçişleri Bakanlığı tarafından tespit edilecektir<sup>151</sup>.

Kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamamaktadır (TMK m. 3). Evlenmenin butlanına karar verilirse, evlenirken iyi niyetli bulunan eş bu evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu korumaktadır (TMK m. 158). Doktrinde, TMK m. 158 ve TMK m. 3'ün birlikte değerlendirilmesi ile birlikte iyi niyetli olduğunu iddia eden eşin bu iddiasından yararlanacağı (iyi niyetli kabul edileceği) ve evlenme anında iyi niyetli olunmadığını iddia eden tarafın bu durumu ispatlaması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>152</sup>.

İçişleri Bakanlığı “evliliğin butlanında iyi niyetli olma” durumuna ilişkin inceleme yaparken, iyi niyetli olup olmadığı incelenen eşin (ilgilinin), evliliğin kurucu şartlarının olmadığını bilmesine/bilebilecek durumda olmasına rağmen bu hususu gizlemiş olduğunu tespit ederse, bu eylem idarenin vatandaşlık kazanmaya esas teşkil eden bir hususta yanıtılması anlamına gelmektedir. Bu durumun yaptırımını ise Türk vatandaşlığının iptalidir (TVK m. 31). Türk vatandaşlığının iptali konusunda idareye takdir hakkı verilmemiştir. Evliliğin butlanına hükmedilmiş olmasına karşın Türk vatandaşlığı, ilgilinin hileli davranışları sonucunda değil, idarenin hukuki şartlar oluşmadan vatandaşlığa alınmaya ilişkin karar vermesi nedeniyle de kazanılmış olabilir. Kanaatimizce bu durumda TVK m. 16/3'deki iyi niyetli eşin Türk vatandaşlığını koruyacağına ilişkin açık hüküm, İçişleri Bakanlığının kararını geri almasına (TVK m. 40) engel teşkil etmektedir<sup>153</sup>.

149 Örneğin “Evlenmenin butlanını dava etme hakkı mirasçılara geçmez. Ancak, mirasçılar açılmış olan davayı sürdürebilirler. Davanın sonucunda evlenme sırasında iyi niyetli olmadığı anlaşılan sağ kalan eş, yasal mirasçı olamayacağı gibi, daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları da kaybeder” (TMK m. 159) hükmünde mahkemenin sağ kalan eşin evlenmede iyi niyetli olup olmadığını tespiti gerekmektedir.

150 Erten, “Evliliğin Butlanı” (n 92) 272.

151 Erten, “Evliliğin Butlanı” (n 92) 272.

152 Reçber and Özgenç (n 100) 381.

153 Erten, “Evliliğin Butlanı” (n 92) 272. Aksi yönde: Doğan (n 1) 105.

Görüldüğü gibi evliliğin butlanı durumunda, Türk vatandaşlığını bu evlilik yoluyla kazanmış olan eşin Türk vatandaşlığını muhafaza etmesi evlenmede iyi niyetli olmasına bağlıdır. Yönetmelik de İçişleri Bakanlığı'nın bu konuda gerekli incelemeyi yapacağını düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 31/1). Ancak evliliğin butlanı davasında mahkeme iyi niyete/kötü niyete dair bir tespit yapmışsa İçişleri Bakanlığı bu tespit ile bağlı olacağından aksine bir karar vermesi mümkün değildir. Şayet mahkeme tarafından iyi niyete/kötü niyete dair bir belirleme yapılmamışsa da İçişleri Bakanlığının kişinin iyi niyetli olup olmadığını incelerken “evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan eşin evlenme anında evlenmeyi batıl kılan bir sebebin olduğunu bilmemesi ve gerekli özeni göstermiş olsa dahi bilemeyecek olması” kıstasından hareket etmesi gerekmektedir. Bu belirlemeleri toplumda geçerli olan genel anlayışa veya objektif bir değer yargısına dayandırmak zorunda olduğundan bu konuda İçişleri Bakanlığı'nın takdir yetkisinin olmadığını düşünmekteyiz.

#### 4. Yargısal Denetim

İdari yargı organları<sup>154</sup> takdir yetkisini denetlerken hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Bu nedenle idarenin de Türk vatandaşlığına alınma konusunda tesis edeceği idari işlemin hukuka uygun olması gerekir. Bu kapsamda idarenin takdir yetkisini kullanırken objektif olması ve vatandaşlık hukuku ile ilgili uluslararası alanda kabul edilen temel ilke ve esaslara uygun davranması gerekmektedir<sup>155</sup>. Bunun yanı sıra idarenin takdir yetkisini hukuka uygun kullanılmış olması için anayasal kurallara uymak üst başlığında sosyal devlet, aile birliğinin korunması, eşitlik, idarenin bütünlüğü, savunma hakkı, ölçülülük, çevrenin korunması, düşünce ve kanaat hürriyeti gibi bazı temel ilkelere uygun davranması da gerekmektedir. Ayrıca idari işlemin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olması bir diğer kriter olarak kabul edilmektedir<sup>156</sup>.

İdarenin verdiği kararda neden bu hususta karar verdiğini belirtir nitelikte gerekçeye ihtiyaç olduğu açıktır. Aksi hâlde idari yargının hukuka uygunluk denetimi yapması güçleşecek ve başvuruculara etkin bir savunma imkânı tanınmış olmayacaktır. Özellikle idari işlem yargıya taşındığında idarenin işlemin sebebini göstermesi gerekmektedir<sup>157</sup>. Yargı, hukuka uygunluk denetiminde idarenin ortaya koyduğu sebebi ve bu sebebin

154 Danıştay Kanunu uyarınca Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görev yapacağı davalar haricinde (Danıştay Kanunu m. 24), idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davalarında genel yetkili mahkeme idare mahkemeleridir (İYUK m. 2/1-a). Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında, başvuru türüne göre yetkili makam değişmektedir. Örneğin, olağan yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasında yetkili makam İçişleri Bakanlığı iken, istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasında ise Cumhurbaşkanıdır. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında yetkili makam İçişleri Bakanlığı olduğundan, idarenin başvurunun akıbeti hakkında vermiş olduğu karara karşı açılacak iptal davasında ilk derece mahkemesi idare mahkemeleridir. Buna karşın yetkili makamın Cumhurbaşkanı olduğu hâllerde ise ilk derece mahkemesi Danıştay'dır.

155 Erkan, “Değişikliklerin İncelenmesi” (n 128) 424.

156 Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi* (n 8) 157 vd. Benzer yönde, Akbulut (n 20) 344 vd.; Akyılmaz (n 14) 34 vd.; Arat-Özkaya (n 17) 39 vd.; Nohutçu (n 33) 320; Seçkin and Üstün (n 13) 516.

157 Uyanık (n 126) 519.

gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleyebilecektir<sup>158</sup>.

Hukuka uygunluk denetimi idari işlemin yazılı hukuk kaynaklarına uygun olması kadar yazılı olmayan hukuk kaynaklarına -örneğin adalet, hakkaniyet, eşitlik, örf ve âdetler gibi hukukun genel prensiplerine uygun olma- ve ayrıca yargı içtihatlarına da uygun olmasını kapsamaktadır<sup>159</sup>.

Yargı organının denetim sınırı da Türk vatandaşlığına kabul ya da ret kararının hukuka uygunluğu ile sınırlıdır. İdare bu seçeneklerden birini seçmeye zorlanamayacaktır. İdare, yapılan vatandaşlık başvurusuna ilişkin kararında kamu yararı ve hizmet gereklerine en uygun olanını seçme noktasında takdir yetkisine sahiptir. Ayrıca mahkemeler idarenin Türk vatandaşlığına alınması başvurusu konusunda vermiş oldukları kararlarda takdir yetkisini denetlerken adeta idarenin yerine geçerek karar veremeyecektir. Aksi hâlde, yargı kararı ile idarenin takdir yetkisi kaldırılmış olur ki bu durum Anayasa'ya aykırıdır (Anayasa m. 125/4).

Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararlarda idareye tanınan takdir yetkisinin kapsamı Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararına yansımıştır<sup>160</sup>. Kararda Cezayir uyruklu bir yabancı, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru yapmış ancak başvuru, yabancının millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli olması nedeniyle reddedilmiştir. Ret kararına karşı açılan iptal davasında ilk derece mahkemesi Türk vatandaşlığına kabul etme konusunda idarenin takdir yetkisi olduğu ve konunun bu kapsamda kaldığı gerekçesiyle idari işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin kararına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Mahkeme "... 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 10. maddesinde, aranan şartları taşımanın vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamayacağı kurala bağlanmış olup, Devletin hükümlerlik hakkının doğal bir sonucu olarak yabancıları Türk Vatandaşlığına kabul edip etmeme konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu kuşku bulunmamaktadır. Bu yetkinin ancak kanunun temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması hâlinde, dava konusu edilen işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı sebebiyle iptalini gerektireceği açıktır. Bütün idari işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirme hedefine yönelmek durumunda olduğundan idari işlemin amaç unsuru bakımından hukuka aykırı sayılabilmesi için idari işlemin tesis edilmesinde kamu yararı dışında bir amacın gözetilmiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konmuştur. Buna göre, kamu yararı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir...". Yapılan

158 Erkan, "Değişikliklerin İncelenmesi" (n 128) 425. Benzer yönde, Kalabalık "Takdir Yetkisinin Sınırı" (n 10) 172 vd.

159 Kırışık (n 23) 62.

160 Ankara BİM, 10. İDD, T. 15.11.2017, E/K 871/1085 sayılı karar. Karar için bkz. Uyanık (n 126) 517.

yargılama sonucunda işlemin iptali talebinin reddine dair verilen karar kaldırılmıştır. Kararda Türk vatandaşlığına alınma konusunda idarenin takdir yetkisinin olduğu kabul edilmekle birlikte, bu yetkinin sınırlarından bahsedilmiştir. İdarenin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanıldığı kabulü için idari işlemin kanunun temel ilkelerine, hizmet gereklerine ve kamu yararına uygun kullanıldığı kanıtlanması ya da bu durumun yargı merciince saptanması hâlinde dava konusu idari işlemin sebep ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır<sup>161</sup>.

## Sonuç

İdari eylem ve işlemlerin tüm ayrıntıları ile her zaman mevzuatta düzenlenmesi mümkün değildir. Bu durum kimi zaman bir zorunluluktan kaynaklanmakla birlikte kimi zamansa kamu hizmetlerinin günün koşullarına uygun ve daha etkin kullanılması için tercih edilen bir durumdur. Bu gibi nedenlerle idareye takdir yetkisi tanınmaktadır.

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında idareye takdir yetkisi tanınmıştır (TVK m. 10). Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması da yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının bir alt türüdür ve bu konuda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Vatandaşlık kavramı, devletin hükümlerle yetkisi ile ilgili olduğundan bu konuda idareye takdir yetkisi verilmesi yerinde bir yaklaşımdır.

Takdir yetkisi idareye verilen hareket serbestisidir. Dolayısıyla idarenin takdir yetkisi, şartları sağlayan yabancıların Türk vatandaşlığına alınıp alınmamasına ilişkindir. Bu hususta idareye takdir yetkisi verilmiş olması idarenin hukuka aykırı karar verebileceği anlamına gelmemektedir. İdare bu takdir yetkisini kullanırken hukuksal çerçeveye uygun hareket etmelidir. Bu durum hukuk devletinin gereğidir.

Türk vatandaşlığının kazanılmasında her bir yol için ayrı şartlar düzenlenmiştir. Bu çalışmada idarenin takdir yetkisinin evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasındaki görünümü incelenmiştir. Bu hususun değerlendirilebilmesi için öncelikle takdir yetkisi kavramı, şartları, yargısal denetimi ve sınırları incelenmiştir. Ardından evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin şartlar incelenmiş ve hem TVK m. 10 uyarınca idareye tanınan takdir yetkisi hem her bir şart açısından idarenin takdir yetkisinin olup olmadığı tartışılmıştır.

TVK m. 10 uyarınca idareye verilen takdir yetkisi idari işlemin konu unsurunda tanınmıştır. İdare bu takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılmalıdır. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığı kazanmak için başvuru yapıldığında idarenin vereceği kabul ya da ret kararına karşı yargı yolu açıktır (Anayasa m. 125/1 gereği). Ancak yargı yetkisi hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır. Mahkemelerin

161 Uyanık (n 126) 518.

yerindelik denetimi yapması mümkün değildir. Ayrıca, mahkemenin yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı vermesi de mümkün değildir (Anayasa m. 125/4). Böylelikle idarenin eylem ve işlemlerine karşı yönetilenlerin hakları korunabilirken, takdir yetkisinin yargısal denetiminin de sınırları çizilmiştir.

Yapılan incelemede şartların varlığı bakımından idarenin takdir yetkisinin olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Bir başka ifadeyle, örneğin idare bir evliliğin en az 3 yıldır devam edip etmediğine ya da başvuru sahibinin evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyeti bulunup bulunmadığına karar verirken takdir yetkisine sahip değildir. Bu konuda özellikle millî güvenlik ve kamu düzeni kıstaslarının üzerinde ayrıca durulmuştur. Zira bu kavramlar belirsiz hukuki kavramlardır. Belirsiz hukuki kavramlar konusunda idarenin takdir yetkisi olup olmadığı Türk idare hukuku doktrini tarafından da tartışılmaktadır. Kanaatimizce özellikle TVK m. 11 gerekçesi ve Yönetmelik m. 72/5 bu kavramların içeriğinin nasıl doldurulması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu nedenle kavramların içeriğinin objektif esaslarla ve toplumda geçerli olan genel anlayışa göre değerlendirilmesi gerekir. Ancak yine de idarenin az ya da çok bir değerlendirme ve yorum yapması gerekmektedir. Çalışmada idarenin “millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama” şartı açısından takdir yetkisi olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. İdare bu kavramları yorumlayacak ve bir değerlendirme yapacaktır. Her ne kadar objektif esaslarla bir değerlendirme yapacak olsa da güncel siyasi ya da politik koşullardan kavramların içeriği etkilenebilecektir. Bu nedenle idarenin bu hususta yapacağı yorumun değerlendirme marjı mahiyetinde olduğunu ve değerlendirme marjının işlemin hukukiliği ile ilgili olmasından dolayı her zaman yargısal denetime tabi olduğunu düşünmekteyiz.

Çalışma kapsamında Türk hukukunda kabul edilmeyen evliliklerle ya da evlilik benzer yaşam modellerine istinaden evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının mümkün olup olmadığı da incelenmiştir. Evlilik benzeri yaşam modelleri adı üstünde olduğu gibi bir evlilik değil ona benzeyen kurumlardır. Yurt dışında bir şekilde gerçekleşen bu tür bir birliktelikle TVK m. 16 uyarınca Türk vatandaşlığının kazanılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması için aranan ön şartlardan biri olan “Bir Türk vatandaşı ile en az 3 yıldır evli olma” şartı gerçekleşmemiştir. Kanun’da aranan bir şart gerçekleşmediğinden idarenin TVK m. 10 uyarınca da bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Benzer sonuca eşcinsel evlilikler için de ulaşılmıştır.

Evliliğin butlanı teşkil edecek mahiyette bir evlilik gerçekleşmiş ve bu evlilik sebebiyle Türk vatandaşlığının kazanılması için idareye başvuru yapılmış olabilir. Bu durumda idare başvuru esnasında bu sebebi fark ederse evliliğin butlanına karar

veremeyecektir. Zira evliliğin butlanına hâkim karar verebilir (TMK m. 156). Bu durumda idarenin Cumhuriyet Savcısı'na haber vermesi ve Cumhuriyet Savcı'nın da mahkemeye başvurarak evliliğin butlanı davası açması yerinde olacaktır (TMK m. 147). Bu durumda idare, mahkeme kararına göre kişinin Türk vatandaşlığına alınıp alınmayacağına karar verebilir. Ancak idare bu hususları gözden kaçırmış ve bu evliliğe dayanılarak Türk vatandaşlığı kazanılmış olabilir. Bu durumda ise evliliğin butlanının Türk vatandaşlığı üzerindeki etkisi gündeme gelecektir.

Evliliğin butlanı konusunun evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması açısından oluşturacağı durum Kanun'da ayrı bir fıkra ile düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre evlenmenin butlanına karar verildiğinde Türk vatandaşlığını kazanan kişi iyi niyetli ise vatandaşlığını muhafaza edecektir (TVK m. 16/3). Yönetmelik'te ise Türk vatandaşlığını kazanan kişinin evliliğinin butlanına karar verilmesi durumunda vatandaşlığını kaybedeceği; ancak İçişleri Bakanlığı tarafından yapılacak inceleme sonucunda evlenmede iyi niyetli olduğunun tespit edilmesi hâlinde Türk vatandaşlığını koruyacağı düzenlenmiştir. Yapılan inceleme sonucunda iyi niyetin tespiti konusunda idarenin takdir yetkisi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira idare bu noktada verilmiş bir yargı kararında iyi niyete/kötü niyete ilişkin bir belirleme varsa buna uygun karar vermelidir. Şayet yargı kararında bu husus değinilmemişse idarenin iyi niyet açısından yapacağı inceleme “Türk vatandaşlığını evlenme yoluyla kazanan eşin evliliğinin butlanına ilişkin bir sebebin varlığını bilmemesi ve gerekli özeni göstermiş olsa dahi bilemeyecek durumda olması”na ilişkindir. İdare bu araştırmasını da objektif esaslarla ve toplumda geçerli olan genel anlayışa göre yapmalıdır.

---

**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

Akıylmaz B, “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi” (1998) (1) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi 23-55.

Alibaba A, *Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları* (Turhan 2021).

Altındağ H, *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi* (On iki Levha 2016).

Aybay R, Özbek N and Ersen-Perçin G, *Vatandaşlık Hukuku* (Siyasal 2019).

Azrak AÜ, “Yargı ve İdare- İki Fonksiyonun Karşılaştırılması Üzerine Bir Teorik Deneme” (1969) 34 (1-4) İÜHF 129-155 (Yargı ve İdare).

- Azrak AÜ, “İdari Yargı Denetimin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi” (1985) 6 İHİD 16-28 (Takdir Yetkisi).
- Boz Selman Sacit, Nacak Mehmet, Öndin Hasan Burak, Özdemir Yücel, Bölükbaşı Mustafa Oğuzhan and Ulusoy Sümeyye, *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları* (Adalet 2020).
- Çağlayan R, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi” (2003), AÜEHFD, 7 (3-4) 171-208.
- Çelik EF, “Sonradan ve Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşı Olmanın Başvuru Şartları (TVK m. 11)” (2021) (157) TBB 445-508.
- Çelik-Şeşen H, *Kamu Düzeni Kavramının Dirlilik ve Esenlik Unsuru* (Seçkin 2018).
- Çelikel A, and Erdem B.B. *Milletlerarası Özel Hukuk* (14.edn, Beta 2016).
- Çınarlı S and Yıldırım R, *Türk İdare Hukuku Dersleri C. II* (Astana 2019).
- Dardağan-Kibar GE, “Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanuniliği İlkesi” Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu* (Savaş 2019) 3-16.
- Diñçol HA, “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 1565-1593.
- Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (14. edn, Savaş 2017).
- Elsner T, “Das Ermessen Im Lichte der Reinen Rechtlehre” (Duncker & Humblot 2011).
- Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (7. edn, Beta 2019).
- Erdem BB, “Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme”, Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds), *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, (Seçkin 2008) 97-105.
- Erdem JG, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri” (2013) 62 (4) AÜHFD 971-1005.
- Erdem JG, “Türk ve Alman İdare Hukuku Öğretilerinde Belirsiz Hukuki Kavramlar” (2019) 10 (1) İnÜHFD 61-72.
- Erdem JG, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı* (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi 2013).
- Erkan M, “Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında “Millî Güvenlik” ve “Kamu Düzeni” Kavramlarının İncelenmesi”, Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Gelişmeler Sempozyumu* (Savaş 2019) 17-38 (Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni).
- Erkan M, “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 72/5. Maddesinin Kanunilik İlkesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Bağlamında Değerlendirilmesi” (2019) 14 (175-176) BÜHFD 329-356.
- Erkan M, “Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi”, (2019) 39 (2) PPIL 415-446 (Değişikliklerin İncelenmesi)
- Erten R, “Türk Vatandaşlığının Yeninden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak” (2020) 40 (2) Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan) 1351-1371. (Millî Güvenlik).

- Erten R, “Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler”, (2014) 5 (19) TAAD 243-278.
- Giritli İ, Bilgen P, Akgüner T and Berk K, *İdare Hukuku* (7. edn, Der 2015).
- Göçgün M, *İdari İşlemin Konu Unsuru*, (On İki Levha 2017).
- Gözler K and Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (19. edn, Ekin 2017).
- Günday M, *İdarenin Takdir Yetkisi* (1982 Teksir)
- Günday M, *İdare Hukuku* (10. edn, İmaj 2015).
- Güngör G, *Tâbiyet Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler*, (9. edn, Yetkin 2021).
- Güran S. “İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Mütâfi Addi” (1963) 29 (1-2) İÜHF 157-184.
- Hatemi H and Kalkan-Oğuztürk B, *Aile Hukuku* (4. edn, Vedat 2014).
- Kalabalık H, “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi” (1997) 1 (1) GÜHFD (Takdir Yetkisinin Sınırı) 172-211.
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri, C. II* (5. edn, Seçkin 2021) (İdare Hukuku Dersleri).
- Kaya C, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi* (3. edn, On İki Levha 2021).
- Kaya C, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/Egemenlik Hakkı Teorisine” (2016) 7, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 637-663.
- Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (Genişletilmiş 2. edn, Turhan 2016).
- Köseoğlu B and Kocaağa K, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (Ekin 2011).
- Nohutçu A, *İdare Hukuku*, (19. edn, Savaş 2016).
- Nolte G, “General Principles of German and European Administrative Law - A Comparison in Historical Perspective” (1994) The Modern Law Review (191-212).
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (25. edn, Filiz 2018).
- Oktay-Tekinsoy Ö, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, (On İki Levha 2011).
- Onar SS, “*İdare Hukukunun Umumi Esasları*” Cilt I (3.edn, İsmail Akgün Matbaası 1966).
- Özgür Ç, “Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” (2020) 42 TAAD 307-340.
- Öztürk N, *Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri*, (Adalet 2016).
- Pakuschert EK, “The Use of Discretion in German Law” (1976) 44 (94) The University of Chicago Law Review (94-109).
- Peine FJ, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (2008).
- Reçber K and Özgenç Z, “5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunundaki Bazı Boşluklar” (2016) 74 (1) 373-387.
- Schwarze J, *European Administrative Law* (Sweet&Maxwell 1994).
- Seçkin S and Üstün G, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekeçe” (2015) 21 (2) MÜHF-HAD (Mehmet Akif Aydın’a Armağan) 509-534.
- Singh MP, *German Administrative law in Common Law Perspective*, (2. edn, Heidelberg 2001).
- Sirmen S, “Eşçinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi” (2009) 58 (4) AÜHFD 825-879.



- Stason EB, “The Role of Discretion in Administrative Law and Its Relationship to the Rule of Law” (1959) 9 (12) *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, 316-325.
- Steffen D, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht* (München 2009).
- Şit-Köşgeroğlu B, “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, (2017) 7(1) *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 169-198.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. edn, Vedat 2018).
- Tanrıbilir FB, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri” (2008) (75) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 27-62. (Vatandaşlığın Kazanılması).
- Tanrıbilir FB, “Evlenme ve Vatandaşlık” (2020) 5(5) *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3019-3049.
- Tekdoğan-Bahçivancı IS, “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk” (2018) 9 (33) *TAAD* 623-683.
- Turhan T and Tanrıbilir FB, *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları*, (Yetkin 2010) (Evlenme ve Vatandaşlık).
- Tüysüz C, “Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi” (2022) 13 (1) *İÜHFD* 48-65.
- Yayla Y, “İdarenin Takdir Yetkisi” (1964) 30 (1-2) *İÜHFM* 201-211.
- Yılmaz D, “Alman İdare Hukuku’nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi” (2011) 69 (1-2) *İÜHFMC* (1019-1032).



## Incorporation of Rules Governing the Enforcement of Prison Sentences Imposed by the International Criminal Court ICC: An African Perspective

### Uluslararası Ceza Mahkemesi Tarafından Hükmedilen Hapis Cezalarının İnfazına İlişkin Kuralların İç Hukuka Aktarılması: Bir Afrika Perspektifi

Etienne Kentsa 

#### Abstract

Because of the tumultuous relations between Africa and the International Criminal Court (ICC), the implementation of its Statute by African states remains topical. The author assesses the legislative incorporation of the provisions of Article 106 of the ICC Statute by the laws of eight African states (Burkina Faso, Central African Republic, DRC, Kenya, Mauritius, Uganda, South Africa, and the Union of the Comoros). Since it seems relevant to assess the conformity of national cooperation legislation with the statements of the Rome Statute on cooperation and judicial assistance, the analysis requires both the comparison of the African legislations with the Rome Statute and that of African legislations with each other. He notes the hesitant acknowledgement of the ICC's supervisory power over the enforcement of prison sentences by African laws. He then elaborates on the mixed incorporation of the principle of application of the national legislation to the conditions of detention and related guarantees, that is, the compliance of these conditions with widely accepted international treaty standards on the treatment of prisoners, the equality of treatment of persons sentenced by the ICC and domestic prisoners and, the freedom and confidentiality of communications between the sentenced person and the ICC. Finally, the author argues that since most of the African states' cooperation laws incorporate the requirement of freedom and confidentiality of communications between the sentenced person and the ICC, it can be inferred that the states concerned generally acknowledge the ICC's power of supervision.

#### Keywords

Incorporation, Prison Sentences, Enforcement, Treatment, Supervision

#### Öz

Afrika ile Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) arasındaki çalkantılı ilişkilerden dolayı, Afrika devletlerinin UCM Statüsü'nü uygulaması tartışmalıdır. Yazar, 8 Afrika devletinin (Burkina Faso, Orta Afrika Cumhuriyeti, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Kenya, Mauritius, Uganda, Güney Afrika ve Komor Adaları) hukukuna bakarak UCM Statüsü'nün 106. madde hükümlerinin mevzuata aktarılmasını değerlendirmektedir. İşbirliğine dair ulusal mevzuatın Roma Statüsü'ndeki işbirliği ve adli yardıma ilişkin ifadelerle uyumunun incelenmesi konuyla ilgili görüldüğünden, analiz hem Afrika'daki mevzuatların Roma Statüsü'yle hem de birbirleriyle kıyaslanmasını gerektirmektedir. Yazar, Afrika'daki kanunların, hapis cezalarının infazı üzerinde UCM'nin denetleme yetkisini isteksizce kabul etmelerine dikkat çekmektedir. Ardından, ulusal mevzuatın tutukluluk koşulları ve bununla alakalı güvencelere uygulanması ilkesinin karma bir şekilde birleştirilmesi, yani bu koşulların, mahkûmlara muameleye ilişkin genel kabul gören uluslararası sözleşme standartlarına uygunluğu, UCM tarafından mahkûm edilen kimselerle yerel mahkûmlara eşit muamele edilmesi, mahkûm ile UCM arasında haberleşme hürriyeti ve gizliliğinin sağlanmasını ayrıntılı bir şekilde incelemektedir. Son olarak yazar, çoğu Afrika devletinin işbirliğine dair kanunları cezalandırılan kişi ile UCM arasında haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği gereksinimini içerdiğinden, ilgili devletlerin UCM'nin denetim yetkisini genel olarak kabul ettikleri sonucuna ulaşılabileneğini ileri sürmektedir.

#### Anahtar Kelimeler

Hukuka Aktarma, Hapis Cezaları, Infaz, Mahpuslara Muamele, Denetim

\* **Corresponding author:** Etienne Kentsa (PhD.), University of Buea, Faculty of Laws and Political Science, Department of Public Law and Public Administration, Buea, Cameroon. E-mail: kentsienne@gmail.com ORCID: 0000-0003-2154-3840

**To cite this article:** Kentsa E, "Incorporation of Rules Governing the Enforcement of Prison Sentences Imposed by the International Criminal Court ICC: An African Perspective" (2023) 43(1) PPIL 285. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1158843>

## I. Introduction

Like the International Criminal Tribunals (ICTs) for the former Yugoslavia (ICTY) and for Rwanda (ICTR), the International Criminal Court (hereafter the ‘ICC’ or ‘Court’) is a ‘giant without arms or legs’, to use the image that the late Professor Cassese gave of the ICTY.<sup>1</sup> Indeed, having neither police forces nor prison facilities, the ICC, like the ad hoc Tribunals, depends on the assistance of the national authorities for the execution of its decisions.

It is with the creation of the ICTs by the UN in 1993 and 1994<sup>2</sup> that one witnessed for the first time the operation of an international legal regime of sentences enforcement. Under the Statutes, the Rules of Procedure and Evidence (RPE) and the headquarters agreements of those tribunals, a UN-administered detention centre was created for each of them: One in Scheveningen, not far from The Hague in the Netherlands and the other in Arusha, Tanzania. These are the first international detention centres dedicated to those awaiting trial or appeal and to those detained by court decision.<sup>3</sup>

Therefore, given the tumultuous relations between Africa and the ICC, it is interesting to analyse African states’ laws on cooperation with the ICC; especially with regard to the enforcement of prison sentences imposed by the Court. These are the laws of the following states: Burkina Faso<sup>4</sup>, Central African Republic<sup>5</sup>, Democratic Republic of Congo<sup>6</sup>, Kenya<sup>7</sup>, Mauritius<sup>8</sup>, Uganda<sup>9</sup>, South Africa<sup>10</sup>, and the Union of the Comoros<sup>11</sup>. These laws are examined under the prism of Article 106 ICC Statute, which contains the rules for the supervision the enforcement of prison sentences and conditions of detention in the territory of the states. As per Article 106,

---

1 Antonio Cassese, ‘On Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law’ (1998) 9 *European Journal of International Law* 2, 13.

2 SC Res 827 (27 May 1993) UN Doc S/RES/827; SC Res 955 (8 November 1994) UN Doc S/RES/955.

3 See ICTY’s Rules Governing the Detention of Persons awaiting Trial or Appeal before the Tribunal or otherwise Detained on the Authority of the Tribunal, Rev. 9, 21 July 2005; ICTR’s Rules Covering the Detention of Persons awaiting Trial or Appeal before the Tribunal or otherwise Detained on the Authority of the Tribunal, 9 January 1996.

4 Law No 052-2009/AN Determining Jurisdiction and Procedure for the Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court by the Burkinabe Courts, 3 December 2009 (promulgated by Decree No 2009-894/PRES, 31 December 2009) (hereafter ‘Burkina Faso ICC Law’).

5 Law No 10.002 of 06 January 2010 on the Criminal Procedure Code (hereafter ‘Central African Republic CPC’). Title XIV of Book III of this Code is entitled ‘Cooperation with the International Criminal Court’ (Arts. 344 to 363).

6 Law No 15/024 of 31 December 2015 Amending and Supplementing Decree of 6 August 1959 on the Criminal Procedure Code (hereafter ‘Democratic Republic of Congo CPC’). This law includes in Chapter II of Decree of 6 August 1959 on the Criminal Procedure Code as amended and supplemented by Law No 06/19, 20 July 2006, Section III *bis* entitled ‘Cooperation with the International Criminal Court.’

7 The International Crimes Act 2008, 12 December 2008 (hereafter ‘Kenya ICC Law’).

8 International Criminal Court Act 2011 (Act No. 27), 26 July 2011 (hereafter ‘Mauritius ICC Law’).

9 The International Criminal Court Act 2010, 25 May 2010 (hereafter ‘Uganda ICC Law’).

10 Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 2002 (Act 27), 12 July 2002 (hereafter ‘South Africa ICC Law’).

11 Law No 11-022/AU 13 December 2011 on the Implementation of the Rome State (promulgated by Decree No 12-022/PR, 04 February 2012) (hereafter ‘Comoros ICC Law’).

1. The enforcement of a sentence of imprisonment shall be subject to the supervision of the Court and shall be consistent with widely accepted international treaty standards governing treatment of prisoners.
2. The conditions of imprisonment shall be governed by the law of the state of enforcement and shall be consistent with widely accepted international treaty standards governing treatment of prisoners; in no case shall such conditions be more or less favourable than those available to prisoners convicted of similar offences in the state of enforcement.
3. Communications between a sentenced person and the Court shall be unimpeded and confidential.’

The legal regime thus established, as a commentator noted, is a ‘*régime dualiste, basé sur un modèle à la fois national, et international*’ (dualist system, based on a national and international model).<sup>12</sup> It emphasises the concern of the negotiators to ensure some balance between two interests of equal validity. On the one hand, given that the prison facilities of the state of enforcement are used, it seems quite natural and logical that its legislation should be the one that governs daily prison life. Without such an option, the ICC would have had to put in place its own prison standards.<sup>13</sup> On the other hand, there is the need for the Court to guarantee the conformity of the conditions of detention of persons sentenced by it with the relevant international standards and thereby to ensure a relative equality of treatment of these prisoners.<sup>14</sup> This system is an innovation in international criminal law. As Professor Schabas pointed out,

‘the International Military Tribunals took no part in the enforcement of their sentences ... When the Security Council established the ad hoc tribunals, it delegated enforcement of sentences to national justice systems, subject to some supervision by the international tribunals ... Although the International Criminal Court also assigns detention of sentenced persons to national prison systems, it retains much more direct control over the enforcement than is the case at the ad hoc tribunals.’<sup>15</sup>

It should be noted that the participation of states in the execution of the prison sentences imposed by the ICC is part of what should be called voluntary cooperation, in accordance with Article 103 ICC Statute. Indeed, States are masters of the choice

12 Faustin Z Ntoubandi, ‘Article 106, Contrôle de l’exécution de la peine et conditions de détention’, in Julian Fernandez and Xavier Pacreau (eds), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article* (Pedone 2012) 1975-1979, 1975.

13 See William A Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press 2010) 1082.

14 See Kimberly Prost, ‘Enforcement’ in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational 2001) 673-702, 675; Trevor Pascal Chimimba, ‘Establishing an Enforcement Regime’ in Roy S Lee (ed), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results* (Kluwer Law International 1999) 345-356, 351.

15 Schabas, *The International Criminal Court* (n 13) 1066-1067.

to participate or not in the execution of these sentences.<sup>16</sup>

This article assesses the extent to which the provisions of Article 106 ICC Statute have been incorporated into African states' laws on cooperation with the ICC while explaining the compromise enshrined in the above mentioned provisions. The analysis of the African laws highlights, on the one hand, a hesitant incorporation of the principle of primacy of the Court as for the supervision of the enforcement of prison sentences which it imposes, and on the other hand, a mixed incorporation of the principle of the application of national legislation to the conditions of detention and the guarantees accompanying such application.

## **II. The Hesitant Acknowledgement of the ICC's Primacy as for the Supervision of Prison Sentences Enforcement**

While the ICC, unlike the ICTs, does not enjoy primacy over national courts, its primacy in the enforcement of penalties has been enshrined in its Statute. However, the analysis of the African laws highlights a difficult acknowledgement of the Court's supervision power over the enforcement of prison sentences and conditions of detention. To better understand this reluctance of the legislators concerned, it is necessary to retrace the evolution of the negotiations on the issue. In fact, this history also makes it possible to better understand the very spirit of Article 106 ICC Statute. However, consideration should be given to the supervision of the prison sentences enforcement itself.

### **A. The Negotiations on the Issue of the ICC's Supervision Power as an Element of African Laws Analysis**

The state of African states' legislation as for the ICC's supervision power could be explained by the evolution of negotiations on this issue. The pioneering and decisive role of the International Law Commission (ILC) in drafting the provisions of Article 106 ICC Statute should be noted. Article 59(3) of 1994 ILC Draft Statute stated that the enforcement of sentences should be under the auspices of the Court. In the commentary to Article 59, the ILC reiterated the principle of the Court's supervision, even if one may wonder about the use of the conditional: 'The imprisonment would also be subject to the supervision of the court, the details of which would be elaborated in the rules.'<sup>17</sup> The idea of supervision of the Court was maintained by the ad hoc Committee: '... while custodial and administrative authority over the convicted person should be delegated to the state that accepted responsibility for enforcing the sentence, the

---

<sup>16</sup> See Etienne Kentsa, 'L'incorporation législative du régime d'exécution des peines d'emprisonnement du Statut de Rome de la CPI en Afrique' (2017) 2 *Revue du Droit Public* 407, 411.

<sup>17</sup> UNGA 'Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session' UN GAOR 49th session Supp No 10 UN Doc A/49/10 (1994) § 2 at 67.

international criminal court should play some role in the supervision of the prisoner, perhaps through an appropriate international organization.’<sup>18</sup>

Within the framework of the Preparatory Committee, a compromise was reached on the principle of the Court’s supervision in more complex terms than those used previously. The Preparatory Committee’s Report states that:

‘Concerning the issue of the supervision of a sentence of imprisonment, it was generally agreed that the Court should exercise control in critical areas, in order to ensure consistency and compliance with international norms regarding conditions of incarceration (e.g., the 1955 United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), and leaving to the custodial state the day-to-day supervision of the prisoner.’<sup>19</sup>

The distribution of supervisory powers thus achieved remained too vague.<sup>20</sup> The relevance of the wording then used was lacking, with the understanding that there was uncertainty as to the meaning of the terms ‘the Court should exercise control in critical areas’ and, ‘leaving to the custodial state the day-to-day supervision of the prisoner.’ Such a wording, if maintained, would have caused ‘*incertitudes pour la Cour; pour l’État d’exécution mais également pour le condamné*’ (uncertainties for the Court, for the State of enforcement but also for the convicted person).<sup>21</sup> It therefore seemed necessary to revise this wording in order to introduce more clarity. This was done through the first paragraph of Article 96(1) of the 1998 draft Statute: ‘The enforcement of a sentence of imprisonment shall be subject to the supervision of the [Court] [Presidency].’<sup>22</sup> This wording was the most complete, even if it did not specify which body of the Court should exercise supervision over the enforcement of prison sentences. In this regard, it must be said that Article 106(1) ICC Statute is no more specific when it provides that ‘the enforcement of a sentence of imprisonment shall be subject to the supervision of the Court.’ It is indeed necessary to refer to the ICC RPE to understand that it is the Presidency which has the supervisory jurisdiction.<sup>23</sup> This relative imprecision is not sufficient to explain the reluctance of African legislators to acknowledge the Court’s supervision power.

18 UNGA ‘Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court’ UN GAOR 50th Session Supp No 22 UN Doc A/50/22 (1995) § 241 at 45.

19 UNGA ‘Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court Vol I (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996)’ UN GAOR 51st Session Supp No 22 UN Doc A/51/22 (1996) § 357 at 74.

20 See Evelise Plénet, *Vers la création d’une prison internationale : l’exécution des peines prononcées par les juridictions pénales internationales* (L’Harmattan 2010) 254.

21 Ibid.

22 ‘Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court’ UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Rome 15 June - 17 July 1998) (14 April 1998) UN Doc A/CONF.183/2/Add.1, at 153.

23 Rule 211 ICC RPE.

## **B. The Awkward Acknowledgement of the ICC's Supervision Power by African Laws**

An assessment of the cooperation laws of African states highlights the reluctance these states to provide the Court's supervision power over the enforcement of prison sentences. If some laws make no reference to such a power, it must only be deduced from some provisions of those which seem to acknowledge some prerogatives of the Court in this matter. Nowhere in the laws of the Central African Republic, Comoros and Congo does the Court have the power to supervise the enforcement of the sentences imposed by it in the territory of the states concerned. Following the application of the sentenced person for a reduction or at least an amendment of his sentence and, in the event of a negative decision by the Court, Central African and Comorian laws at least provide for the power of the Court to decide on the transfer of the person to another state it has designated.<sup>24</sup> In the same vein, South African and Mauritian laws do not expressly provide for the Court's power of supervision, but rather that which it has to decide on the transfer of persons serving their sentences in the states concerned to another state.<sup>25</sup>

The laws of Burkina Faso, Kenya and Uganda, if they also do not expressly provide for the Court's power of supervision, set themselves apart from other texts by making it possible for Court officials to have free access to prison facilities where persons convicted by the Court serve their prison sentences. Article 48(3) of the Burkinabe cooperation legislation states that 'the Court has access to the place where the convicted person is serving his sentence.' Kenyan and Ugandan laws are more precise when they provide that 'a Judge of the ICC or a member of the staff of the ICC may visit the ICC prisoner for the purpose of hearing any representations by the prisoner without the presence of any other person, except any representative of the prisoner.'<sup>26</sup> Bearing in mind that Burkinabe, Kenyan and Ugandan laws have also enshrined the freedom and confidentiality of communications between the Court and its convicts on the territory of the states concerned, this is sufficient to conclude that these texts acknowledge the Court's power of supervision. Indeed, the free and confidential communications between the Court and its convicts constitute a very important means of monitoring the conditions of their detention in the prisons of the states of enforcement. Therefore, the mere fact that a state provides for the freedom and confidentiality of communications between the Court and the convicted persons presupposes that the state in question accepts the missions of inspection of the conditions of detention which the Court initiates.

However, where a law of cooperation with the Court does not provide for neither the power of supervision nor the freedom and confidentiality of communications

---

24 Art 363(4) Central African Republic CPC; Art 57(4) of Comoros ICC Law.

25 Art 32(3)(b) South Africa ICC Law; Art 39(3)(b) Mauritius ICC Law.

26 Art 136(3)(b) Kenyan ICC Law; Art 69(3)(b) Uganda ICC Law.



between the Court and sentenced persons; this should not, in principle, be a source of concern for the enforcement of sentences and conditions of detention. In fact, the Court may conclude bilateral arrangements with states in order to establish a framework for the reception of persons whom it has condemned, and such arrangements must be in conformity with the ICC Statute.<sup>27</sup> When one looks closely at the enforcement agreements that the Court has concluded to date with some states parties to the ICC Statute, one sees that they allow the parties to better regulate the enforcement of sentences and the conditions of detention. This includes the ad hoc Agreement between Democratic Republic of Congo and the Court.<sup>28</sup> It is certainly this type of agreement that the Central African, Comorian and Congolese laws refer to when mentioning the agreement between the government and the ICC on the transfer of the person concerned.<sup>29</sup> Such an agreement would indeed make it possible to fill the gaps in these laws with regard to the incorporation of the ICC Statute's provisions on the supervision of prison sentences enforcement and conditions of detention.

### **C. The Silence of African Laws on the Procedures for the Supervision of Prison Sentences Enforcement**

The examination of the laws of the African states does not really reveal the scope of the supervisory power of the ICC. The same applies to the relevant legal instruments of the Court. In order to get a better understanding of the concept of 'supervision' of the enforcement of prison sentences, it is necessary to examine, on the one hand, the scope of the Court's power of supervision and, on the other hand, the practical arrangements for such supervision, that is, inspections of the conditions of detention.

#### **1. The Silence of African Laws on the Scope of the ICC's Supervision Power over the Enforcement of Prison Sentences**

In the absence of a precise definition by the ICC Statute and hence by the laws under consideration, it is appropriate to rely on the other relevant legal instruments of the ICC and scholarly writings to circumscribe the scope of the Court's power of supervision over the enforcement of prison sentences.

Like the texts of the ad hoc Tribunals<sup>30</sup>, the ICC legal instruments provide that the enforcement of prison sentences is subject to the supervision of the Court or a body of the Court. According to Article 106(1) ICC Statute, 'the enforcement of a sentence of

<sup>27</sup> Rule 200(5) ICC RPE.

<sup>28</sup> Ad Hoc Agreement between the Government of Democratic Republic of Congo and the Court on the Execution of Mr. Germain Katanga's Sentence, ICC-01/04-01/07-3626-Anx, signed at The Hague, 24 November 2015 (hereafter the 'ad hoc Agreement DRC-ICC').

<sup>29</sup> Art 362(2) Central African Republic CPC, Art 56(3) Comoros ICC Law; Art 21-26<sup>h</sup>(2) Democratic Republic of Congo CPC.

<sup>30</sup> Rule 104 ICTY RPE; Rule 104 ICTR RPE. As per these rules, the enforcement of any sentence of imprisonment shall be subject to the supervision of the Tribunal or an organ of the Tribunal.

imprisonment shall be subject to the supervision of the Court ...’ The idea of a primacy of the Court in matters of supervision is reflected in this paragraph. However, as Plénet aptly pointed out, it is not easy to understand what is meant by ‘enforcement of a sentence of imprisonment.’<sup>31</sup> Indeed, the term ‘supervision’ is not explicitly used in relation to the conditions of detention. But the fact that these conditions are required to ‘be consistent with widely accepted international treaty standards governing treatment of prisoners’ implies some supervision by the ICC.<sup>32</sup> It is therefore necessary to focus on the interpretative approaches to the statement in question.

The first approach consists in interpreting it in relation to its generic meaning, that is to say by including the enforcement as such and its conditions.<sup>33</sup> Such an extensive approach leads to the apprehension of paragraph 1 of Article 106 in the light of its paragraph 2.<sup>34</sup> In this case, the ICC supervision jurisdiction would be extended to compliance with widely accepted international treaty standards governing the treatment of prisoners. This approach is also reflected in the Regulations of the Court. In fact, Regulation 113(1) states that: ‘The Presidency shall establish an enforcement unit within the Presidency to assist it in the exercise of its functions under Part 10 of the Statute, in particular: (a) The supervision of enforcement of sentences and conditions of imprisonment; and (b) The enforcement of fines, forfeiture orders and reparation orders.’

The second approach would be to consider the first two paragraphs of Article 106 separately; this would lead to the exclusion from the jurisdiction of the Court of all aspects relating to the conditions of the enforcement of prison sentences. The jurisdiction over these conditions would then be transferred to the state of enforcement which would exercise supervision under its national law.<sup>35</sup> This second interpretation seems very restrictive and does not reflect the general spirit of the ICC Statute that aims at ensuring the international nature of the prison sentences and, therefore, the primacy of the Court in this matter. Indeed, clearly the reference to international treaty standards in both paragraphs 1 and 2 is a reference to the conditions of the enforcement of the prison sentence.<sup>36</sup> But the ICC Statute is silent on the means at the disposal of the Court to carry out its supervision. However, it will be seen further that the requirement of freedom and confidentiality of communications between the sentenced person and the Court is de facto an important means of supervision for the Court through the sentenced person.

---

31 Plénet (n 20) 330.

32 See Denis Abels, *Prisoners of the International Community: The Legal Position of Persons Detained at the International Criminal Tribunals* (PhD thesis, Amsterdam Center for International Law 2012) 594.

33 See Claus Krefß and Göran Sluiter, ‘Imprisonment’, in Antonio Cassese, Paula Gaeta and JRWD Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press 2002) 1757-1821, 1804.

34 Plénet (n 20) 330.

35 Ibid.

36 Ibid.

Rule 211 ICC RPE, which sets out the Presidency's supervision prerogatives, reinforces the idea that the approach proposing the extension of the Court's supervision would be the most congruent. As per Rule 211(2),

'when a sentenced person is eligible for a prison programme or benefit available under the domestic law of the state of enforcement which may entail some activity outside the prison facility, the state of enforcement shall communicate that fact to the Presidency, together with any relevant information or observation, to enable the Court to exercise its supervisory function.'

This provision makes substantial reference to the conditions of imprisonment and to the obligation of the state of enforcement to inform the Court when it so requests. In addition, the RPE specifies the means used by the Court for the exercise of its supervisory function. Indeed, Rule 211(1) states that:

'In order to supervise the enforcement of sentences of imprisonment, the Presidency:

(a) Shall, in consultation with the state of enforcement, ensure that in establishing appropriate arrangements for the exercise by any sentenced person of his or her right to communicate with the Court about the conditions of imprisonment, the provisions of article 106, paragraph 3, shall be respected;

(b) May, when necessary, request any information, report or expert opinion from the state of enforcement or from any reliable sources;

(c) May, where appropriate, delegate a judge of the Court or a member of the staff of the Court who will be responsible, after notifying the state of enforcement, for meeting the sentenced person and hearing his or her views, without the presence of national authorities.'

If the communications between the sentenced person and the Court constitute a means of supervising the enforcement of his sentence and the conditions of his detention, the ICC RPE in no way ignores the possibility that the prisoner provides it with inaccurate information. For this reason, Rule 211(1)(d) gives the Presidency the power to 'give the state of enforcement an opportunity to comment on the views expressed by the sentenced person.'

Furthermore, the Court has exclusive jurisdiction over measures relating to the adjustment and reduction of sentences.<sup>37</sup> The domestic rules on pardons and reduction of sentences do not apply to sentences imposed by the ICC. The latter may also, if the conditions of detention in a state do not seem satisfactory, in particular in the light of the relevant international treaty standards, decide on the transfer of the sentenced person to another state of enforcement. All of this points to the extent of the Court's supervisory power. This supervision necessarily includes the enforcement of sentences and conditions of detention.

---

<sup>37</sup> Art 105(2) ICCSt.

The extensive approach to the Court's supervisory jurisdiction is supported by the bilateral agreements it has concluded with some states on the enforcement of the sentences it imposes. All these agreements incorporate very satisfactorily both the provisions of Article 106 ICC Statute and Rule 211 ICC RPE. Beyond the precision of the scope of the Court's supervisory jurisdiction, the bilateral agreements between the Court and states, on the one hand, and especially the one concluded with the International Committee of the Red Cross<sup>38</sup> (ICRC), on the other hand, lay down the arrangements for such supervision, that is, the periodic inspections of the conditions of detention of sentenced persons conducted by the ICRC or the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, shortly Committee for the Prevention of Torture (CPT), as the case may be.

## **2. The Silence of African Laws on Periodic Inspections of the Conditions of Detention of Persons Serving their Sentence in a State of Enforcement**

Periodic inspections of the conditions of detention of sentenced persons are not expressly provided for in the African states' laws under consideration. The silence of the reference texts of the ICC regarding the conditions of visits of the prisoners is a possible explanation of this state of affairs. While Burkinabe legislation simply specifies that the Court has access to the place of detention of the prisoner<sup>39</sup>, Kenyan and Ugandan laws are more specific when they provide identically that 'a Judge of the ICC or a member of the staff of the ICC may visit the ICC prisoner for the purpose of hearing any representations by the prisoner without the presence of any other person, except any representative of the prisoner.'<sup>40</sup> The Kenyan and Ugandan laws thus provide for a mechanism for monitoring the enforcement of prison sentences, which presupposes the possibility of carrying out inspection missions in the prison facilities concerned. But the notion of periodic inspections is absent therein.

It is therefore necessary to rely on the agreement reached between the Court and the ICRC on 13 April 2006<sup>41</sup> and the bilateral agreements on the enforcement of sentences to find the idea of periodic inspections carried out by an external entity. The ICC-ICRC Agreement sets out the conditions for visits to persons detained at the Scheveningen Detention Unit in The Hague and to prisoners serving their sentences in the territory of states of enforcement in accordance with bilateral agreements. Indeed, this agreement does not automatically apply to ICC prisoners, but rather in accordance

---

38 Agreement between the International Criminal Court and the International Committee of the Red Cross on Visits to Persons deprived of Liberty Pursuant to the Jurisdiction of the International Criminal Court, 13 April 2006, ICC-PRES/02-01-06, <[https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A542057C-FB5F-4729-8DD4-8C0699DDE0A3/140159/ICCPRES020106\\_English.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A542057C-FB5F-4729-8DD4-8C0699DDE0A3/140159/ICCPRES020106_English.pdf)> accessed 10 September 2021 (hereafter the 'Agreement ICC-ICRC')

39 Art 48(3) Burkina Faso ICC Law.

40 Art 136(3)(b) Kenya ICC Law; Art 69(3)(b) Uganda ICC Law.

41 Agreement ICC-ICRC (n 38).

with bilateral agreements on the enforcement of sentences.<sup>42</sup> This is in fact a repeat of the practice observed in the enforcement of the sentences imposed by the ICTY. Indeed, most of the bilateral agreements concluded by the latter authorized the ICRC to conduct inspection visits.<sup>43</sup>

With regard to the ICC, the majority of bilateral agreements concluded empower the ICRC to conduct inspection missions.<sup>44</sup> Only the agreement reached between the Court and the United Kingdom designates the CPT as the body responsible for inspections.<sup>45</sup> The ICRC and the CPT are thus the two bodies responsible for monitoring the conditions of detention of prisoners in the framework of the enforcement of the sentences imposed by the ICC. Nevertheless, it should be pointed out that the CPT's jurisdiction is limited for the moment to the United Kingdom's prison facilities, even though the agreement concluded by the Court and Austria implicitly allows the Court to designate the CPT.<sup>46</sup>

The ICC-ICRC Agreement sets out the scope of the supervision and the conditions for the visits carried out by the ICRC. According to its Article 2(1), '... the ICRC shall be authorised to visit all [d]etainees held by the ICC in the [d]etention [c]entre for the duration of their detention.' To do this, the ICRC has unlimited access to the detention centre and in particular the right to move around the institution without restriction. The agreement provides for the possibility for the ICRC to visit persons sentenced and transferred to the state in charge of the enforcement of their sentence in accordance with the bilateral agreements on the enforcement of sentences concluded between the ICC and the states of enforcement. Indeed, the agreement provides for the ICC's obligation to include in the agreements it signs with the states of enforcement 'the possibility of visits by the ICRC according to its standard conditions and procedures.'<sup>47</sup> To make the ICRC's mission possible, the ICC must inform the ICRC in writing of the transfer of a detainee to the state in charge of the enforcement of his sentence,

42 Plénet (n 20) 334.

43 All the bilateral agreements concluded by the ICTR authorize the ICRC carry out inspection visits: See Arts 6 Agreements with Mali, Benin, Sweden, Italy, France, Swaziland, Rwanda and Senegal. The majority of ICTY bilateral agreements also do so: See Arts 6 of the Agreements with Italy, Finland, Norway, Sweden, France, Denmark, Belgium, Estonia and Poland; Art 7 Agreement with Slovakia; Art 5 ad hoc Agreement between the ICTY and Germany on the enforcement of Tarculovski's sentence. See Édith-Farah Elassal, *Coupable ! L'exécution des peines prononcées par les instances pénales internationales : (in)égalité de traitement entre les condamnés ?* (LLM thesis, University of Laval 2013) 66.

44 Arts 7 Agreements with Belgium, Finland, Denmark and Serbia; Art 4 Agreement with Mali and Art 4 ad hoc Agreement DRC-ICC (n 28).

45 Art 6 Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the International Criminal Court on the enforcement of sentences imposed by the International Criminal Court, ICC-PRES/04-01-07, 8 November 2007, available online at <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C540B3EF-F3FF-4AD0-93F5-DA85E96B1522/0/ICCPres040107ENG.pdf>> accessed 10 September 2021) (hereafter the 'Agreement UK-ICC'). In the context of the ICTs, some bilateral agreements also designated the CPT: See Arts 6 Agreements between the ICTY and the United Kingdom, Portugal, Albania; Art 5 ad hoc Agreement on the enforcement of Galić sentence.

46 Art 7(1) Agreement between the ICC and Austria provides that: 'The competent national authorities of Austria shall allow the inspection of the conditions of imprisonment and treatment of the sentenced person(s) by the Court, or an entity designated by it, at any time and on a periodic basis ...'

47 Art 14(1) Agreement ICC-ICRC (n 38).

providing it details of the institution to which the sentenced person is transferred and the anticipated date of transfer.

The effectiveness and credibility of the inspections conducted by the ICRC are guaranteed by its unlimited access to all inmates and to the entire penitentiary, by the possibility of private interviews with the detained persons of its choice and by the right to renew the visits if it deems it necessary. In addition, the ICRC is assured of having the complete and detailed list of detainees provided by the Registrar or an official of the Court, and must be allowed to draw up such a list during its inspections.<sup>48</sup> The number of delegates and the composition of inspection teams are determined by the ICRC.

The purpose of the international organization's visits is purely humanitarian and is to ensure that all persons deprived of liberty are treated humanely and in accordance with international standards for the treatment of detainees. It is about the supervision of the material conditions of detention and the physical and psychological state of the latter. This may lead the ICRC to ask the ICC, if necessary, to take measures to improve them. If the ICRC is empowered to make suggestions to the Court in relation to compliance with judicial guarantees, it cannot question the validity of the detention ordered by the Court.

It is clear from the bilateral agreements on the enforcement of sentences and the ICC-ICRC Agreement that inspections conducted by the ICRC are impromptu and periodic, the determination of their frequency being at the discretion of the ICRC. After each visit, the latter must submit to the Presidency and the Registrar a confidential report containing its findings and recommendations, if any. When the visits are carried out in a state of enforcement, the ICRC shall submit its confidential reports to the national authorities concerned and forward the copies to the Presidency of the Court. The principle of confidentiality also applies to the Court where, in accordance with Rule 211(1)(b), it requests the ICRC to provide it with information, reports or experts opinion on the conditions of detention and the treatment of sentenced persons in the states of enforcement where the ICRC is authorised to carry out inspections.

It goes without saying that this international organization today has a proven expertise in the assessment of conditions of detention according to relevant international standards.<sup>49</sup> Plénet says that formalizing this practice in an agreement between the ICRC and the ICC strengthens the ICRC's weight and legitimacy as a reference authority in this matter.<sup>50</sup> This organization seems to be the Court's privileged partner. The choice of the ICRC, an organization widely accepted by states and widely represented in the world, is a guarantee of the effectiveness of inspections. Moreover,

---

48 Art 4 *ibid.*

49 Elassal (n 43) 68.

50 Plénet (n 20) 334.

the Court is thus protected against tensions that could arise between the states parties and it if its own organs were to carry out the inspections themselves. The option for a specialized entity has above all the merit of promoting the uniformization of the supervision of the conditions of detention of all sentenced persons.<sup>51</sup> In Professor Manirakiza's view, the only way to avoid unfounded differential treatment in law is to allow an international supervision of the domestic enforcement of international sentences.<sup>52</sup> It is therefore clear that the supervisory power granted to the Court is also a means of supervising the compliance of conditions of detention with international treaty standards on the treatment of prisoners.

### **III. The Mixed Incorporation of the Principle of Application of the National Legislation to the Conditions of Detention and the Related Guarantees**

The analysis of African states' cooperation laws highlights a confirmation (certainly mixed) of the application of national legislation to the conditions of detention and the related guarantees. It should be recalled that the ICC Statute provides that sentenced persons serve their sentence of imprisonment in a state designated by the Court on the list of states which have informed the Court that they are prepared to receive prisoners.<sup>53</sup> Therefore, it is normal for the conditions of detention to be governed by the legislation of the state of enforcement. However, the application of national legislation is counterbalanced not only by the Court's supervision, but above all by guarantees of the protection of the rights of sentenced persons in the state of enforcement. These guarantees include first of all the requirement that detention conditions comply with widely accepted international treaty standards governing the treatment of prisoners. Secondly, such conditions shall be in no case more or less favourable than those available to prisoners convicted of similar offences in the state of enforcement. Finally, there is the obligation for the state of enforcement to ensure the free and confidential nature of communications between the sentenced person and the Court. It is therefore appropriate to assess the incorporation of the application of national legislation to the conditions of detention before focusing on that of the guarantees that accompany it. It should be noted that there is a diversity of African states' laws with regard to the incorporation of the principle of the application of national legislation to conditions of detention. As regards the guarantees of the protection of the rights of sentenced persons in the state of enforcement, those laws make a limited incorporation.

---

51 Ibid 335.

52 Pacifique Manirakiza, 'La problématique de l'exécution des sanctions pénales internationales' (2006) 11 Canadian Criminal Law Review 27, 42.

53 Art 103(1)(a) ICCSt.

### **A. The Heterogeneous Incorporation of the Principle of the Application of the Legislation of the State of Enforcement to the Conditions of Detention**

Article 106(2) ICC Statute provides that the conditions of detention shall be governed by the legislation of the state of enforcement of the sentence of imprisonment. A careful reading of the cooperation laws of the African states makes it possible to realize that only the texts of the states having in common the English language have expressly provided for the application of the national legislation to the conditions of detention. At this level, the general similarity, on the one hand, between South African and Mauritian laws and, on the other hand, between Kenyan and Ugandan laws, is confirmed. Indeed, South African law specifies that the provisions of the Correctional Services Act 1998 and South African domestic law apply to ICC prisoners<sup>54</sup> while Mauritian law states that the latter are subject to the Reform Institutions Act.<sup>55</sup> It is clear from both laws that they apply subject to the exclusive jurisdiction of the ICC to amend the sentence and, to the freedom and confidentiality of communications between sentenced persons and the Court.<sup>56</sup> In Kenya and Uganda, ICC prisoners are subject to the Prisons Act (Cap. 90)<sup>57</sup> and the Prisons Act<sup>58</sup> respectively, as if they were sentenced in accordance with the domestic laws of those states.

The ICC Statute, by providing for the application of national laws with regard to conditions of detention, essentially takes over the system enshrined in the ICTs Statutes. Indeed, the ICTY Statute provided that the imprisonment is subject to the national rules of the state concerned<sup>59</sup>; whereas the ICTR Statute stated that the sentences of imprisonment shall be enforced in accordance with the laws in force of the state concerned.<sup>60</sup> The same applies to the Special Court for Sierra Leone (SCSL)<sup>61</sup> and Special Tribunal for Lebanon (STL).<sup>62</sup> These provisions are one of the most pronounced manifestations of the decentralization of the enforcement of the sentence. This decentralization was preferred to the creation of an international prison system, which therefore justifies the application of national legislation to the conditions of detention.<sup>63</sup> A different option would have required international criminal courts to create their own prisons. As Corell noted about the ad hoc Tribunals, the creation of an international prison ‘would be a very costly enterprise and very inflexible, because

---

54 Art 32(4)(a) South Africa ICC Law.

55 Art 39(4)(a) Mauritius ICC Law.

56 Art 32(4)(a) South Africa ICC Law; Art 39(4)(a) Mauritius ICC Law.

57 Art 136(2) Kenya ICC Law.

58 Art 69(2) Uganda ICC Law.

59 Art 27 ICTYSt.

60 Art 26 ICTRSt.

61 Art 22(2) SCSL Statute.

62 Art 29(2) STL Statute.

63 Elassal (n 43) 62.



it would be difficult to assess to what extent prison space would be needed.<sup>64</sup> The exercise of the sovereignty of states is thus recognized in order to encourage them to cooperate in the enforcement of international sentences. In fact, they would probably have refused to allow the enforcement of sentences in their territory to be completely outside their sovereignty. However, as Penrose pointed out, a permanent institution such as the ICC should not depend on a non-viable enforcement system.<sup>65</sup> According to this author,

‘an international prison would ensure: (1) that each international prisoner has a prison cell available upon conviction; (2) that prisoners would be housed with similar offenders posing similar security risks; (3) that prisoners would be subjected to standard rules and regulations regarding confinement, and, ultimately, a uniform system for commutation; and, (4) perhaps most importantly, that prisoners and the international community would perceive a sense of permanence.’<sup>66</sup>

The application of national law highlights the problem of the application of the programmes available under that law. This issue has been completely ignored in the ICTs system.<sup>67</sup> With respect to the ICC, its RPE outlines its terms and conditions: ‘When a sentenced person is eligible for a prison programme or benefit available under the domestic law of the state of enforcement which may entail some activity outside the prison facility, the state of enforcement shall communicate that fact to the Presidency, together with any relevant information or observation, to enable the Court to exercise its supervisory function.’<sup>68</sup> This provision, by creating a regime that is advantageous to the ICC prisoners, recognizes the ICC’s supervisory power. It must ensure that the programmes or benefits in question, if granted, would not result in unequal treatment between the Court’s prisoners and those of the state of enforcement. The history of the negotiations that led to the adoption of this provision by the Assembly of States Parties (ASP) reveals a deep disagreement between the delegations. On the one hand, there were delegations that believed that national programmes should apply to the persons sentenced by the Court and, on the other hand, those for whom this would have created an unacceptable inequality of treatment between persons detained in different states.<sup>69</sup>

‘From the perspective of the proponents, it was critically important to ensure that a person sentenced by the ICC received equality of treatment to that accorded to domestic prisoners. For these delegations, this was an essential requirement for implementation under domestic law. Other delegations were concerned that the proposals under consideration altered the delicate

64 Hans Corell, ‘Nuremberg and the Development of an International Criminal Court’, (1995) 149 *Military Law Review* 87, 97-98.

65 Mary Margaret Penrose, ‘No Badges, No Bars: A Conspicuous Oversight in the Development of an International Criminal Court’ (2003) 38 *Texas ILJ* 621, 638.

66 Idem, ‘Spandau Revisited: The Question of Detention for International War Crimes’ (1999-2000) 16 *New York Law School Journal of Human Rights* 553, 585.

67 Elassal (n 43) 63.

68 Rule 211(2) ICC RPE.

69 Elassal (n 43) 63-64.

balance struck under article 106, between the application of domestic law and practice and equality of treatment for all prisoners sentenced by the Court. For those delegations, if the emphasis were placed solely on equal treatment within a state, it would create an inequality of treatment between prisoners of different states of enforcement.<sup>70</sup>

The application of national law to the enforcement of the sentence and to the conditions of detention seems to be a means of counterbalancing the supervision which the Court is empowered to exercise. It can also be inferred that the principle of the application of national legislation here, as on other aspects of Part 10 ICC Statute, requires the adoption of appropriate legislation or at least the adaptation of existing national legislation on the treatment of prisoners. Therefore, if the silence of the cooperation legislation of the French-speaking African states on the application of national legislation is justified by the non-existence or inadequacy of that legislation, the states concerned must adopt or adapt this legislation as soon as possible. In addition, the enforcement regime established by the ICC Statute contains guarantees of the protection of the rights of the person sentenced by the ICC in the territory of the state of enforcement.

## **B. The Limited Incorporation of the Guarantees Attached to the Regulation of the Conditions of Detention by the Legislation of the State of Enforcement**

In order to prevent international prisoners from being mistreated or treated more favourably than domestic prisoners convicted of similar offences, the ICC Statute attaches strong guarantees to the principle of the application of national law to conditions of detention. The incorporation of the requirement of compliance with the relevant international treaty standards, the equal treatment of international and domestic prisoners, and the requirement that communications between the sentenced person and the Court be free and confidential is assessed in the following paragraphs. Such assessment will reveal that the cooperation laws of the African states do not incorporate all the above mentioned guarantees in a uniform manner.

### **1. The Awkward Incorporation of the Requirement of Compliance of Detention Conditions with Widely Accepted International Treaty Standards**

There is a quasi-absence of the requirement of Article 106(2) ICC Rome Statute in the cooperation laws of the African states. Indeed, only the Burkinabe and Congolese laws have incorporated this provision. The first provides that the conditions of detention shall comply with widely accepted international treaty standards on the treatment of detainees and, in accordance with Article 106 ICC Statute.<sup>71</sup> The second states that the conditions of detention shall comply with the treaty rules admitted by international

---

<sup>70</sup> Prost, 'Enforcement' (n 14) 687.

<sup>71</sup> Art 47(2) Burkina Faso ICC Law.

law on the treatment of detainees.<sup>72</sup> These two laws are therefore relatively consistent with Article 106(2) ICC Statute, which requires conditions of detention to comply with widely accepted international treaty standards on the treatment of detainees. Article 106(2) also provides that ‘in no case shall such conditions be more or less favourable than those available to prisoners convicted of similar offences in the state of enforcement.’ While Burkinabe and Congolese laws differ from other African texts, it is clear that they remain deficient on this second requirement of Article 106(2). Burkinabe and Congolese texts must therefore incorporate this second requirement in order to fully comply with the ICC Statute on the conditions of detention. The other African states considered here must do more by fully incorporating the two above requirements. In fact, compliance with these requirements would not only raise the level of national standards for detention, but also avoid any difference in treatment between persons sentenced by the ICC and other incarcerated persons.

Although the failure of a national legislation to comply in this respect does not imply a priori that the conditions of detention in the state concerned would not be adequate, it must nevertheless be pointed out that some states have always wanted to have some autonomy in the matter. Indeed, it will be recalled that in Rome there were differences as to the nature of the standards which the state of enforcement should comply with. Some delegations were opposed to proposals that would make it mandatory for the state of enforcement to apply international standards which in reality are just recommendations. These included the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners<sup>73</sup>, to which others wanted an explicit reference. The rejection of this second option would have been due to the fact that several prison systems, even those in so-called rich or developed countries, do not always apply these standards.<sup>74</sup> For some authors, the reference to ‘international treaty standards’ means an exclusion of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners<sup>75</sup>, and several other standards of a similar nature. It should be recalled that in Rome, several delegations were not prepared to accept such detailed and ambitious standards whose status as customary international law was not certain.<sup>76</sup> It is clear that all these standards are not enforceable in all places and at all times. The compromise thus found was to exclude any reference to the soft law standards and to require the conformity of the conditions of detention only to the hard law envisaged in Article 106(1) and (2) ICC

72 Art 21-25(2) Democratic Republic of Congo CPC.

73 As adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders in 1955 and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977.

74 Schabas, *The International Criminal Court* (n 13) 1082.

75 See in particular Chimimba, ‘Establishing an Enforcement Regime’ (n 14) 352-353.

76 Michael Stiel and Carl-Friedrich Stuckenberg, ‘Article 106 - Supervision of Enforcement of Sentences and Conditions of Imprisonment’ in Mark Klamburg (ed), *The Commentary on the Law of the International Criminal Court* (TOAEP 2017) 693-697, 694.

Statute.<sup>77</sup> During the negotiations, the reference to the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners was rejected ‘on the grounds that this would [have] set the enforcement threshold so high, that only a very select club of penitentiary paragons would be fit to be designated for forthcoming decades.’<sup>78</sup>

The international treaty standards envisaged in Article 106 are contained in international human rights instruments, such as the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Regional human rights instruments are also concerned. In Rome, therefore, the conception of the ICTY was deviated. In fact, in *Erdemović* case, the ICTY Trial Chamber presented the international instruments for the enforcement of the sentence as follows:

‘The Trial Chamber considers that the penalty imposed as well as the enforcement of such penalty must always conform to the minimum principles of humanity and dignity which constitute the inspiration for the international standards governing the protection of the rights of convicted persons, which have *inter alia* been enshrined in article 10 of the International Covenant on Civil and Political Rights, article 5, paragraph 2 of the American Convention on Human Rights and, as regards penalties more specifically, article 5 of the Universal Declaration of Human Rights and article 3 of the European Convention on Human Rights.

The Trial Chamber would also refer to the following instruments: Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners; Basic Principles for the Treatment of Prisoners; Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment; European Prison Rules and Rules governing the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal before the Tribunal or otherwise Detained on the Authority of the Tribunal.’<sup>79</sup>

The ICTY thus demanded the compliance of the enforcement of sentences with both the soft law and the hard law.

The presence of the terms ‘international treaty’ in the text of paragraphs 1 and 2 of Article 106 should lead to a restrictive interpretation that inevitably means the exclusion of Standard Minimum Rules and other similar rules on the treatment of detainees. It is therefore difficult to follow Elassal when she points out that the Standard Minimum Rules, even if it is not part of international treaty law, codify well-established rules of customary international law.<sup>80</sup> But, nothing prevents a state of enforcement to incorporate those Standard Minimum Rules.

Some authors believe that the quintessence of the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and other similar instruments has already been assimilated to the interpretation of general provisions of treaties such as the International Covenant

---

77 Ibid.

78 Gerard A M Strijards and Robert O Harmsen, ‘Article 103, Role of States in Enforcement of Sentences of Imprisonment’ in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court, Observer’s Notes, Article by Article* (3th edn, Hart 2016) 2173-2186, 2184.

79 *Prosecutor v Erdemović* (Judgement) IT-96-22-T, T Ch (29 November 1996) § 74.

80 Elassal (n 43) 60.

on Civil and Political Rights and through the decisions of the UN Human Rights Committee.<sup>81</sup> For instance, in *Fongum Gorji-Dinka v Cameroun*, the Committee ‘reiterate[d] that persons deprived of their liberty may not be subjected to any hardship or constraint other than that resulting from the deprivation of liberty and that they must be treated in accordance with, inter alia, the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (1957)’ before concluding that ‘[Gorji-Dinka]’s rights under article 10, paragraph 1 [International Covenant on Civil and Political Rights], were violated during his detention between 31 May 1985 and the day of his hospitalization.’<sup>82</sup>

In addition, most bilateral enforcement agreements signed by the ICC provide that the enforcement of the sentence or conditions of detention must comply with ‘international treaty standards generally [in the case of agreements with Belgium and Denmark] or widely [in the case of agreements with Finland and the DRC] accepted’ which govern the treatment of detainees.<sup>83</sup> These agreements therefore deviate from the precision of Article 106(2) ICC Statute. Articles 4(1), 6(1) and 6(1) of the Agreements with Mali, Austria and Serbia use the terms ‘widely accepted international treaty standards’. These last three agreements confirm the spirit and more or less repeat the letter of Article 106(2) ICC Statute. Finally, the Agreement with the United Kingdom is unique, which provides that ‘[t]he conditions of imprisonment ... shall be in accordance with relevant international human rights standards governing the treatment of prisoners, including any obligations of the United Kingdom under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ...’<sup>84</sup>

This variety of statements is a manifestation of the voluntarism that surrounds the system of enforcement of prison sentences imposed by the ICC. It should not call into question the spirit of the ICC Statute in the enforcement of sentences under the said bilateral agreements. Abtahi and Koh noted that ‘states may choose to remove the word “treaty” from their enforcement agreement in an effort to encompass soft law.’<sup>85</sup> According to Clark, ‘... a number of delegations at Rome shared a general philosophical antipathy to international customary law. In any event, the reference to international standards was modified in Rome by the word “treaty” so that it is

81 See in particular Schabas, *The International Criminal Court* (n 13) 1082-1083; Abels (n 32) 48, 235. For the relevant decisions of the Human Rights Committee, see in particular UNCHR, ‘General Comment No 21’ UN Doc A/47/40 at 195 *et seq.*, §§ 5 and 13; *Albert Womah Mukong v Cameroun* (1994) Observations, Submission No 458/1991, § 9.3; *Fongum Gorji-Dinka v Cameroun* (2005) Observations, Communication No 1134/2002, § 5.2. It should be noted that Mukong and Gorji-Dinka were arrested and detained because they claimed the autonomy of the English-speaking part of Cameroon. For more details, see in particular Alain Didier Olinga, ‘La “Question anglophone” devant le prétoire international des droits de l’Homme’ in Alain Didier Olinga (ed), *Le Cameroun et le prétoire international* (Afrédit 2015) 321-333, 324-326.

82 *Fongum Gorji-Dinka v Cameroun*, *ibid.*

83 Art 4(2) Agreement ICC-Belgium (or Art. 6(1) 2010 version); Art 4(2) Agreement ICC-Denmark; Art 6(1) Agreement ICC-Finland; Art 4(1) ad hoc Agreement ICC-DRC.

84 Art 5 Agreement UK-ICC.

85 Hiram Abtahi and Steven Arrigg Koh, ‘The Emerging Enforcement Practice of the International Criminal Court’ (2012) 45 *Cornell ILJ* 1, 12.

international treaty standards that apply.’<sup>86</sup> Such a precision clearly means the exclusion of soft law.

Beyond the issue of the content of the applicable international treaty rules, the requirement of compliance of the enforcement of the sentence and the conditions of detention with those rules offers the state of enforcement the opportunity to improve the conditions of detention in force in its territory by incorporating elements of an international regime more protective of the rights of convicted persons.<sup>87</sup> Only this upgrade will enable it to respond serenely to the requirement of equal treatment of persons sentenced by the ICC and domestic prisoners.

## **2. The Non-Incorporation of the Requirement of Equal Treatment between the ICC and Domestic Prisoners**

The cooperation laws of African states are silent on the requirement of Article 106(2) ICC Statute under which ‘in no case shall ... conditions [of detention] be more or less favourable than those available to prisoners convicted of similar offences in the state of enforcement.’ And if it can be inferred that the cooperation laws that subject persons sentenced by the ICC to national law (the cases of South Africa, Mauritius, Kenya and Uganda) can easily ensure equal treatment, it would be difficult to pronounce on the laws of the other states concerned.

Article 106(2) explicitly imposes on states of enforcement an obligation to refrain from creating enforcement regimes specifically reserved for persons sentenced by the ICC.<sup>88</sup> The purpose of introducing this provision was to ensure that persons sentenced by the Court be not mistreated in national prisons.<sup>89</sup> It was seen as another manifestation of the principle of complementarity. Indeed, while the ICC Statute recognizes the primacy of genuine national prosecutions, under no circumstances should there be discrimination as to the treatment of persons convicted by the Court and subsequently transferred to states for the purpose of serving their prison sentences. The term ‘similar offences’ must be interpreted in relation to the seriousness of the offence. This implies that differences in treatment for other reasons are not prohibited.<sup>90</sup> It may, however, prove difficult to implement equal treatment in a state which, for example, applies the death penalty, or at least concerning the outcome of detention.<sup>91</sup> A commentator states that ‘*l'égalité de traitement visé[e] n'implique pas une égalité parfaite*’ (equal treatment targeted does not imply perfect equality), since equality

---

86 Roger S Clark, ‘Article 106, Supervision of Enforcement of Sentences and Conditions of Imprisonment’ in Triffterer and Ambos (eds) (n 78) 2192-2195, 2193.

87 Ntoubandi, ‘Article 106’ (n 12) 1978.

88 Ibid.

89 Chimimba, ‘Establishing an Enforcement Regime’ (n 14) 353.

90 Krefß and Sluiter, ‘Imprisonment’ (n 33) 1803.

91 Ntoubandi, ‘Article 106’ (n 12) 1978.

must be assessed in relation to ‘*un traitement pénitentiaire qui respecte les normes internationales relatives à la condition des prisonniers*’ (penitentiary treatment that complies with international standards on the condition of prisoners).<sup>92</sup> In any event, the Court has the power to inquire, in accordance with Rule 211(1) ICC RPE, about the compliance of the conditions of detention with international treaty standards. If the information collected indicates non-compliance with these standards, the Presidency may simply proceed with the designation of a new state of enforcement under Article 104(1) ICC Statute.

While the merit of Article 106(2) is beyond doubt, its application could have this perverse effect in some countries, that is, providing persons sentenced by the ICC with better conditions of detention than those reserved for national detainees who commit petty theft.<sup>93</sup> This risk is real in that the equality requirement only applies to international and national prisoners who commit ‘similar offences’. If persons sentenced by the Court were to benefit from more favourable conditions of detention than those reserved for domestic offenders who commit less serious offences, it would be a perversion of justice. Moreover, since the Court’s supervisory power only applies to the conditions of detention of persons sentenced by it, some states of enforcement could be tempted to improve the treatment of these prisoners while neglecting domestic prisoners. To counter this injustice, states parties must simply adapt national standards to relevant international standards. It should be noted that Article 106(2) has a significant normalizing potential. In fact, the prohibition of neither more nor less favourable treatment of international prisoners, if strictly adhered to and the relevant international standards are effectively applied, would certainly lead to a marked improvement in living conditions in national prisons. In fact, Smit points out that ‘there will be an enormous pressure on countries that take these prisoners to operate their prison system entirely in terms of these international standards.’<sup>94</sup> However, the requirements relating to the treatment of detainees may also discourage some states, rich or poor, from accepting persons sentenced by the ICC.<sup>95</sup> These include those whose national standards are far from being in line with international treaty standards on the treatment of detainees. Abels also believes that ‘[w]hat may have been a legitimate attempt to make it more attractive for states to accept international prisoners may become an insurmountable obstacle to do so for states with less financial resources, which may in turn have negative implications for reconciliation and rehabilitation processes.’<sup>96</sup>

92 Manirakiza, ‘La problématique de l’exécution des sanctions pénales internationales’ (n 52) 42.

93 Elassal (n 43) 174.

94 Dirk van Zyl Smit, ‘International Imprisonment’ (2005) 54 *International Criminal Law Quarterly* 357, 376.

95 Abels (n 32) 596.

96 *Ibid.*

The requirement of equal treatment of domestic prisoners and those convicted by the ICC makes it possible to question the issue of the disparity of treatment between the latter when they are in the prisons of several states of enforcement. Indeed, the ICC Statute does not provide for equal treatment of persons sentenced by the Court from one country to another. This standardization enterprise would have been even more credible if a similar principle had been provided for in the treatment of international prisoners from one country or from one international criminal court or tribunal to another.<sup>97</sup> Although the equal treatment of international convicts was not provided for in the ICTs Statutes, the issue has at least preoccupied the judges of the ICTY. In fact, in *Erdemović* case, the following was recommended: ‘The Trial Chamber considers it possible to deduce from the principle of equal treatment before the law that there can be no significant disparities from one state to another as regards the enforcement of penalties pronounced by an international tribunal. It therefore recommends that there be some degree of uniformity and cohesion in the enforcement of international criminal sentences.’<sup>98</sup>

But the case law of the ICTs has not been able to establish a principle of equal treatment of detainees that could be invoked by a convicted person of the ICTY or the ICTR.<sup>99</sup> To the silence of the Statutes of the latter followed the inertia of their judges on the issue. Notwithstanding this legal vacuum, Elassal believes that there are legal bases both internally and internationally that justify the implementation of the principle of equal treatment of prisoners from one country or from one international criminal body to another.<sup>100</sup> The feasibility of this enterprise seems very difficult. States must therefore ensure that detainees are treated humanely. In the context of the ICC, states are imposed an additional obligation to facilitate communications between the sentenced person and the Court.

### **3. The Adequate Incorporation of the Requirement of the Free and Confidential Communications between the Sentenced Person and the ICC by the Majority of African Laws**

Article 106(3) ICC Statute, which states that ‘[c]ommunications between a sentenced person and the Court shall be unimpeded and confidential’, has been satisfactorily incorporated by the majority of the laws of African states under consideration.<sup>101</sup> Only Central African, Comorian and Congolese laws are silent on this issue. However, compliance with this requirement in a way conditions the implementation of the

---

97 For the argument in favour of such a requirement, see Elassal (n 43) 174.

98 *Prosecutor v Erdemović* (Judgement) IT-96-22-T, T Ch (29 November 1996) § 72.

99 Elassal (n 43) 171.

100 Ibid 174.

101 Art 32(4) (c) South Africa ICC Law, Art 48(3) Burkina Faso ICC Law, Art 39(4) (c) Mauritius ICC Law, Art 136(3) Kenya ICC Law and Art 69(3) Uganda ICC Law.



Court's power to supervise the enforcement of prison sentences and conditions of detention. Indeed, it is clear that the Court could effectively exercise its jurisdiction as regards both the revision of the sentence and the supervision of the enforcement of the sentence only if the right of access of the detained person to the Court is guaranteed. The free access of the condemned person to the Court allows not only to protect his rights, but above all to guarantee the effectiveness of the supervision of the enforcement of the sentence of imprisonment by the Court. The fact that the obligation to facilitate communications between the detainee and the Court has been imposed on the state of enforcement is certainly a means of protecting the rights of the detainee during the enforcement of his sentence. If, under the ICC system, the convicted person is entitled to challenge the conditions of his detention and to apply to the Court at any time for his transfer to another state of enforcement<sup>102</sup>, this right would be wishful thinking if the states responsible for enforcement were not obliged to facilitate communications between the detainee and the Court. Furthermore, in the event of non-compliance with this obligation, the supervision of the enforcement of the prison sentence by the Court would be very limited. It should be noted that the Court's reference texts make the convicted person the main source of information for the Court in terms of conditions of detention. Consequently, the effectiveness of the supervision exercised by the Court in this matter will be largely dependent on compliance by the state of enforcement with its obligation to guarantee the freedom and confidentiality of communications between the sentenced person and the Court.

According to a commentator, in a way, Article 106(3) represents for the states the greatest constraint.<sup>103</sup> It allows the Court to monitor the enforcement of prison sentences without warning the states of enforcement.<sup>104</sup> Free and confidential communications between the sentenced person and the Court may take place at any time and, apparently, at the initiative of the Court or at the request of the sentenced person.<sup>105</sup> For the effective implementation of this communication requirement, states parties must facilitate communications between the condemned person and the Court as well as respect the confidentiality of such communications.<sup>106</sup> In this regard, Rule 211(1)(a) ICC RPE provides that the Presidency '[s]hall, in consultation with the state of enforcement, ensure that in establishing appropriate arrangements for the exercise by any sentenced person of his or her right to communicate with the Court about the conditions of imprisonment, the provisions of article 106, paragraph 3, shall be respected.'

---

102 Art 104(2) ICCSt.; Rule 209 ICC RPE.

103 Plénet (n 20) 329.

104 Rule 211(1) ICC RPE.

105 Plénet (n 20) 329.

106 Ntoubandi, 'Article 106' (n 12) 1979.

Stiel and Stuckenberg note that ‘[a]s proposals for a qualification “subject to overriding security considerations” ... were rejected at the Rome Conference, the provision is to be applied without exceptions.’<sup>107</sup> There is no ground to justify the non-compliance with Article 106(3). In fact, it was admitted that ‘there is even a positive obligation for the state of enforcement to facilitate communications between the prisoner and the Court’.<sup>108</sup>

It can be said that the fact that most of the African states’ cooperation laws incorporate the freedom and confidentiality of communications between the sentenced person and the Court, leads to the conclusion that the states concerned generally acknowledge the Court’s power of supervision over the enforcement of sentences or conditions of detention.

#### IV. Concluding Observations

This article is about the implementation of a specific aspect of the ICC Statute in eight African states, that is, the provisions of Article 106 on the supervision of the enforcement of sentences and conditions of detention. The assessment of the cooperation laws of these African countries reveals an awkward acknowledgement of the ICC’s primacy when it comes to the supervision of prison sentences enforcement. These laws are also silent about the procedures for such supervision. It is argued that this silence can be justified by the absence of such procedures within the ICC Statute. In addition, periodic inspections of the conditions of detention of persons sentenced by the Court are not provided for by the ICC Statute neither by African laws. One has to resort to bilateral agreements reached between the ICC and the ICRC, and between the ICC and some states to find the terms and conditions of the periodic inspections missions.

The third section of the article elaborates on the mixed incorporation of the principle of application of the national legislation to the conditions of detention and related guarantees. One notices a heterogeneous incorporation of this principle, on the one hand, and a limited incorporation of the guarantees attached the regulation of the conditions of detention by the legislation of the state of enforcement. However, since the requirement of the free and confidential communications between the sentenced person and the ICC is adequately incorporated by five<sup>109</sup> of the eight laws under assessment, it can be concluded that the five states concerned generally acknowledge the Court’s power of supervision. In fact, the free and confidential communications between the sentenced person and the ICC are a good means of supervision of the enforcement of sentences and conditions of detention. Overall, the African states

---

107 Stiel and Stuckenberg, ‘Article 106’ (n 76) 696. For a similar argument, see Kreß and Sluiter, ‘Imprisonment’ (n 33) 1801; Schabas, *The International Criminal Court* (n 13) 1083.

108 Stiel and Stuckenberg, *ibid.*

109 That is the laws of Burkina Faso, Kenya, Mauritius, Uganda and South Africa. Cf. (n 101).

considered, with the exception of the DRC, have not yet had the opportunity to apply their legislation in this domain, given the still insignificant number of ICC prisoners. But the implementation of the provisions of Article 106 ICC Statute is likely to improve the conditions of detention in these states.

---

**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.

---

## Bibliography/Bibliyografya

### Books

Plénet E, *Vers la création d'une prison internationale : l'exécution des peines prononcées par les juridictions pénales internationales* (L'Harmattan 2010)

Schabas WA, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press 2010)

### Articles/Book Chapters

Abtahi H and Koh SA, 'The Emerging Enforcement Practice of the International Criminal Court', (2012) 45 Cornell I.L.J. 1-23.

Cassese A, 'On Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law', (1998) 9 European Journal of International Law 2-17.

Chimimba TP, 'Establishing an Enforcement Regime', in Roy S Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results* (Kluwer Law International 1999) 345-356.

Clark RS, 'Article 106, Supervision of Enforcement of Sentences and Conditions of Imprisonment', in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court* (3th edn, Hart 2016) 2192-2195.

Corell H, 'Nuremberg and the Development of an International Criminal Court', (1995) 149 Military Law Review 87-100.

Kentsa E, 'L'incorporation législative du régime d'exécution des peines d'emprisonnement du Statut de Rome de la CPI en Afrique', (2017) 2 Revue du Droit Public 407-437.

Kreß C and Sluiter G, 'Imprisonment', in Antonio Cassese, Paula Gaeta and JRWD Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (OUP 2002) 1757-1821.

Manirakiza P, 'La problématique de l'exécution des sanctions pénales internationales', (2006) 11 Canadian Criminal Law Review 27-52.

Ntoubandi FZ, 'Article 106, Contrôle de l'exécution de la peine et conditions de détention', in Julian Fernandez and Xavier Pacreau (eds), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article* (Pedone 2012) 1975-1979.

Olinga AD, 'La "Question anglophone" devant le prétoire international des droits de l'Homme', in Alain Didier Olinga (ed.), *Le Cameroun et le prétoire international* (Afrédit 2015) 321-333.

- Penrose MM, 'Spandau Revisited: The Question of Detention for international War Crimes', (1999-2000) 16 New York Law School Journal of Human Rights 553-591.
- , 'No Badges, No Bars: A Conspicuous Oversight in the Development of an International Criminal Court', (2003) 38 Texas I.L.J. 621-642.
- Prost K, 'Enforcement', in Roy S Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational 2001) 673-702.
- Smit DVZ, 'International Imprisonment', (2005) 54 International Criminal Law Quarterly 357-386.
- Stiel M and Stuckenberg C-F, 'Article 106 - Supervision of Enforcement of Sentences and Conditions of Imprisonment', in Mark Klamburg (ed.), *The Commentary on the Law of the International Criminal Court* (TOAEP 2017) 693-697.
- Strijards GAM and Harmsen RO, 'Article 103, Role of States in Enforcement of Sentences of Imprisonment', in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court, Observer's Notes, Article by Article* (3th edn, Hart 2016) 2173-2186.

### International Conventions and Instruments

- Agreement between the International Criminal Court and the International Committee of the Red Cross on Visits to Persons deprived of Liberty Pursuant to the Jurisdiction of the International Criminal Court, 13 April 2006, ICC-PRES/02-01-06, available online at <[https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A542057C-FB5F-4729-8DD4-8C0699DDE0A3/140159/ICCPRES020106\\_English.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A542057C-FB5F-4729-8DD4-8C0699DDE0A3/140159/ICCPRES020106_English.pdf)> accessed 10 September 2021
- Ad Hoc Agreement between the Government of Democratic Republic of Congo and the Court on the Execution of Mr. Germain Katanga's Sentence, ICC-01/04-01/07-3626-Anx, signed at The Hague, 24 November 2015
- ICC Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 UNTS 90 done at Rome on July 17, 1998, entered into force July 1, 2002
- Rules of Procedure and Evidence (ASPOR 1<sup>st</sup> session New York 3-10 September 2002 ICC-ASP/1/3 and Corr.1) as amended
- ICTY *Prosecutor v Erdemović* (Judgement) IT-96-22-T, T Ch (29 November 1996)
- SCSL, Special Court for Sierra Leone Statute, annex to the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Special Court for Sierra Leone 2178 UNTS 137 done at Freetown on January 16, 2002, entered into force April 12, 2002
- UN United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders in 1955 and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977
- UNCHR, 'General Comment No 21' UN Doc A/47/40
- , *Albert Womah Mukong v Cameroon* (1994) Observations, Submission No 458/1991
- , *Fongum Gorji-Dinka v Cameroon* (2005) Observations, Communication No 1134/2002
- UNGA 'Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session' UN GAOR 49th session Supp No 10 UN Doc A/49/10 (1994)
- 'Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court' UN GAOR 50th Session Supp No 22 UN Doc A/50/22 (1995)

- ‘Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court Vol I (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996)’ UN GAOR 51st Session Supp No 22 UN Doc A/51/22 (1996)
- ‘Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court’ UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Rome 15 June - 17 July 1998) (14 April 1998) UN Doc A/CONF.183/2/Add.1 UNSC Res 827 (27 May 1993) UN Doc S/RES/827
- Res 955 (8 November 1994) UN Doc S/RES/955
- ICTR Statute adopted by Res 955 (8 November 1994) UN Doc S/RES/955
- ICTY Statute adopted by Res 827 (27 May 1993) UN Doc S/RES/827
- Special Tribunal for Lebanon Statute annex to Res 1757 (30 May 2007) UN Doc S/RES/1757
- Rules Covering the Detention of Persons awaiting Trial or Appeal before the Tribunal or otherwise Detained on the Authority of the Tribunal, 9 January 1996
- Rules Governing the Detention of Persons awaiting Trial or Appeal before the Tribunal or otherwise Detained on the Authority of the Tribunal, Rev. 9, 21 July 2005

### **National Legislation**

- Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 2002 (Act 27) (South Africa), 12 July 2002
- International Criminal Court Act 2011 (Act No. 27) (Mauritius), 26 July 2011
- Law No 052-2009/AN Determining Jurisdiction and Procedure for the Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court by the Burkinabe Courts, 3 December 2009 (promulgated by Decree No 2009-894/PRES, 31 December 2009)
- Law No 10.002 of 06 January 2010 on the Criminal Procedure Code (Central African Republic)
- Law No 11-022/AU 13 December 2011 on the Implementation of the Rome State (Comoros) (promulgated by Decree No 12-022/PR, 04 February 2012)
- Law No 15/024 of 31 December 2015 Amending and Supplementing Decree of 6 August 1959 on the Criminal Procedure Code (Democratic Republic of Congo)
- The International Crimes Act 2008 (Kenya), 12 December 2008
- The International Criminal Court Act 2010 (Uganda), 25 May 2010





## Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması\*

### Application of the Principle of Non-Refoulement Within the Context of the European Convention on Human Rights

Ceren Karagözoğlu\*\*

#### Öz

Mülteci hukuku ile sağlanan korumanın temelini oluşturan *non-refoulement* ilkesi, insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde önemli bir uygulama alanına sahiptir. İnsan hakları sözleşmelerinin bir kısmında *non-refoulement* ilkesine açık bir biçimde yer verilirken önemli bir kısmında ilke, sözleşmelerin diğer hükümleri ile ilişkilendirilerek değerlendirilmektedir. İlkenin sözleşmeler kapsamında ortaya çıkan uygulaması ise öğretide ağırlıklı olarak kişinin gönderildiği ülkede maruz kalacağı muamele ile çerçevesinde yaşam hakkı, işkence yasağı ve sınırlı da olsa kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ve düşünce, vicdan, din özgürlüğü ve sınır dışı etme işlemi ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkı ve uygulanan idari gözetim tedbirine bağlı olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile birlikte ele alınmaktadır. Ancak ilkenin sözleşmeler çerçevesindeki görünümü, sınır dışı etme işlemi ile bağlantılı olarak ortaya çıkan uygulamalardan, tedbirlerden ya da hukuki başvuru yollarından bağımsız, kişinin gönderileceği devlet ülkesinde maruz kalacağı muamele sebebiyle muhatap kaldığı duruma ilişkindir. Sınır dışı etme veya geri gönderme sonucunu doğuran eylem veya işleme muhatap kişinin tabi tutulduğu idari gözetim koşulları veya söz konusu eylem ve işleme karşı sahip olduğu adli ve idari başvuru hakkı çerçevesinde değerlendirilen hak ve özgürlükler ise temel olarak devletin ulusal hukuk düzeninde var olan eksiklikleri veya hukuka aykırılıkları konu almaktadır. Bu sebeple ilkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında uygulanması çalışmada, kişinin gönderildiği devlet ülkesinde maruz kalacağı muamelenin Sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlükler bakımından değerlendirilmesi çerçevesinde incelenecektir.

#### Anahtar Kelimeler

*Non-Refoulement* İlkesi, Mülteci Hukuku, İnsan Hakları Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ülke Dışı Uygulama

#### Abstract

The principle of non-refoulement constitutes the foundation of the protection provided by refugee law and has an important scope of application within the framework of human rights treaties. While some human rights treaties clearly include provisions on the principle of non-refoulement, most treaties handle the principle in relation to other provisions. Application of the principle of non-refoulement is mainly handle alongside the right to administrative detention or the right to an effective remedy in connection with the deportation process in doctrine. However, the rights and freedoms evaluated within the scope of this principle are related to deficiencies or illegalities in the national legal order of the state in connection with a deportation, extradition, or refoulement decision. Application the principle of non-refoulement within the scope treaties is independent of these elements. It instead concerns the treatment to which the person being

\* Makale, 26-29 Mayıs 2022 tarihlerinde Ankara Barosu XII. Uluslararası Hukuk Kurultayı'nda sunulan “*Non-Refoulement İlkesinin İnsan Hakları Sözleşmeleri Çerçevesinde Uygulanması (Kişi ve Yer Bakımından)*” başlıklı bildirinin, ilke uygulamasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ve Sözleşme'nin maddi hükümleri bakımından değerlendirmeyi içerecek biçimde genişletilmiş halidir.

\*\* Sorumlu Yazar: Ceren Karagözoğlu (Araş. Gör. Dr.), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Türkiye. E-posta: [cerenkaragozogu@hotmail.com](mailto:cerenkaragozogu@hotmail.com) ORCID: 0000-0003-0757-9767

Atf: Karagozogu C, “Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması” (2023) 43(1) PPII 313. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1203096>



addressed will be subjected to in the territory of the state to which that person will be deported, extradited or refouled. Within the framework of this limitation, this study will examine the application of the principle of non-refoulement in the context of the European Convention on Human Rights.

**Keywords**

Non-Refoulement, Refugee Law, Human Rights Law, European Convention On Human Rights, Extraterritorial Application

**Extended Summary**

The non-refoulement principle is a concept that prohibits States from returning a refugee or asylum seeker to territories where their life or freedom would be at risk of being threatened on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion.

Article 33 of the 1951 Refugee Convention includes the most comprehensive regulation on the principle of non-refoulement, according to which:

- 1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where their life or freedom would be threatened on account of their race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion.*
- 2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee against whom reasonable grounds exist for regarding them as a danger to the security of the country in which they are, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.*

Although the principle is basically associated with refugee law, the concept is not restricted to refugee law, as it also has an important application area within the framework of human rights treaties. This principle is supported by human rights treaties that preclude refoulement that would expose the concerned individual to the danger of torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. While the principle of non-refoulement is clearly included in some human rights treaties such as the American Convention on Human Rights (1969) and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment (1984), the principle is handled in relation to other provisions of some human rights treaties, such as the European Convention on Human Rights (1953) and the International Covenant on Civil and Political Rights (signed 1966, enacted 1974). This principle is especially associated with prohibiting ill treatment, which is a non-derogable right in these human rights treaties, notwithstanding circumstances of public emergency. In other words, no exceptional situation is stipulated when applying the principle of non-refoulement within the context of human rights treaties that are contrary to the 1951 Refugee Convention.



This research aims to analyze this principle as evaluated within certain articles of the European Convention on Human Rights. The first section of this paper will present the principle of non-refoulement in international law, particularly within the framework of the 1951 Refugee Convention. The study will then discuss the relationship between the principle and human rights law.

The second section of this paper looks at the extraterritorial application of the 1951 Refugee Convention and the European Convention on Human Rights. The protection stipulated by the application of non-refoulement principle is not restricted by high contracting party territory and is accepted as falling under the jurisdiction of a State in circumstances where a person can be said to be under the authority and control of that State within the scope of the ECHR. Therefore, a person can be considered to be within a State's jurisdiction based on the circumstances, after which the state is bound to comply with this protective duty. In this context, where the threat of ill-treatment stems from is unimportant, whether the person is within the territory of that State, in their country of origin, or in a third State. Moreover, the application of the principle within the framework of the European Convention on Human Rights does not require a person to have refugee status. The principle is applied to deportation, extradition, expulsion, and refoulement cases regardless of whether the person has refugee status or not.

The third section this paper will analyze the case law under the European Convention on Human Rights within the scope of how the principle is applied. The European Court of Human Rights accepts that refoulement would be a violation of Article 3 (prohibition of torture) of the Convention if substantial grounds exists for accepting that the applicant risks a violation of their rights under Article 2 (right to life) and Article 3 should they be returned to the other state. Article 3 of the European Convention on Human Rights envisages applying non-refoulement to such situations, notwithstanding acts that have taken place outside a country's territory, acts committed by or under the responsibility of another state, or conduct that has yet to occur. When applying the principle, however, the European Court of Human Rights make a distinction with regard to the relevance of the rights protected by Articles 2 and 3 and other rights laid down in the European Convention on Human Rights. The Court has determined a higher threshold of a flagrant breach for Article 5 (right to liberty and security), Article 6 (right to a fair and public hearing), Article 8 (protection of family and private life), and Article 9 (freedom of thought, conscience, and religion) of the European Convention on Human Rights.

## Giriş

*Non-refoulement* ilkesi (geri gönderme yasağı), gönderileceği ülkede işkence, insanlık dışı veya haysiyet ve onur kırıcı muameleye maruz kalma riski olan yabancıların ülkeden gönderilmesi yasağını ifade etmektedir<sup>1</sup>. Ülke, temel olarak suçluların iadesi ve mülteci hukuku ile ilişkilendirilse de insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde de önemli bir uygulama alanına sahiptir.

İlkenin insan hakları sözleşmeleri kapsamında uygulanması, bireyin herhangi bir şekilde zulme uğrayacağı ülkelere geri gönderilmesinin yasaklanması temel amacı çerçevesinde belirlenmektedir. Bu amaç çerçevesinde ilke ile öngörülen koruma, mülteci statüsü elde edilmesi aranmayarak 'kişi' veya ülkesel bir kısıtlama öngörülmeyle 'yer' bakımından bir sınırlamaya tabi tutulmamaktadır. İnsan hakları sözleşmeleriyle kurulan denetim mekanizmalarının bu şekilde ilkeyi gerek benimseyen gerekse genişleten uygulaması hem ilke ile sağlanan korumayı pekiştirmekte hem de bireyin korunması bağlamında geri gönderme, iade veya sınır dışı işlemleri bakımından sözleşmelerle kurulan sistemi güçlendirmektedir.

İlkenin insan hakları sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkan uygulaması, öğretide ağırlıklı olarak sınır dışı etme işlemi ile bağlantılı olarak değerlendirildiği için idari gözetim veya etkili başvuru hakkı ile birlikte ele alınmaktadır<sup>2</sup>. Ancak ilkenin uygulanması bu unsurlardan bağımsız, kişinin gönderileceği devlet ülkesinde maruz bırakılacağı muamele sebebiyle muhatap kaldığı duruma ilişkindir. Diğer bir deyişle ilkenin sözleşmelerle ilişkisi, sözleşme hükümlerine aykırılık taşıyan muamele sebebiyle kişinin gönderildiği devlet ülkesinde maruz kalacağı muamelenin sözleşmelerle korunan haklar bağlamında ortaya çıkan görünümüdür. Ülke kapsamında değerlendirilen diğer hak ve özgürlükler ise sınır dışı etme kararı ile bağlantılı olarak devletin ulusal hukuk düzeninde ortaya çıkan eksikliklere veya hukuka aykırılıklara ilişkindir. Dolayısıyla sınır dışı ya da iade işlemi sonucu ortaya çıkan her ihlal *non-refoulement* ilkesi kapsamında değerlendirilmeye uygun değildir<sup>3</sup>. Bu sebeple söz konusu hak ihlalleri ile *non-refoulement* ilkesi uygulamasını ayırt etmek gerekmektedir.

1 Nuray Ekşi, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması* (Beta 2017) 2.

2 Sınır dışı etme işlemi ile bağlantılı olarak değerlendirilen etkili başvuru hakkı, *non-refoulement* ilkesi ile öngörülen koruma bakımından usuli bir güvence oluşturması sebebiyle Sözleşme çerçevesinde sağlanan koruma bakımından pekiştirici bir işleve sahiptir. İnsan hakları sözleşmeleri çerçevesinde ilke ile sağlanan korumanın sınır dışı işlemleri ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkıyla birlikte ele alındığı çalışmalar için bkz. Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016) 294-9; Nuray Ekşi, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia-Türkiye Davası Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme* (Beta 2010) 28.

3 İnsan Hakları Komitesi'nin Kindler/Kanada kararında yer verdiği, kişinin gönderildiği ülkede kaçınılmaz ve öngörülebilir şekilde Sözleşme'nin ihlalini teşkil edecek işleme maruz kalacağının tespit edilmesi halinde taraf devletin sorumlu olacağına ilişkin ifadesi, bu hususun teyidi olarak yorumlanabilir. Karar için bkz. HRC, Communication No. 470/1991, 30.07.1993, Kindler v Canada, para 13.1 <<https://www.refworld.org/cases,UNCHR,51b6e4fc4.html>> 11 Şubat 2021.

Çalışmada bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>4</sup> ile koruma altına alınan hangi hakların, hangi ölçütler çerçevesinde -ilke uygulaması- kapsamında değerlendirildiğinin tespiti amaçlanmaktadır. Bu çerçevede öncelikle uluslararası hukukta *non-refoulement* ilkesine değinilecek ve ilkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde uygulanması, kişi ve yer bakımından ve maddi hükümler açısından olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenecektir.

## I. Non-Refoulement İlkesinin İnsan Hakları Hukuku İle İlişkisi

Mülteci hukuku, bireyin uluslararası hukukta korunmasını temel aldığından insan hakları ile doğal bir tamamlayıcılık ilişkisi içerisindedir<sup>5</sup>. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme'nin<sup>6</sup> Giriş Bölümü'nde Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ne<sup>7</sup> yapılan atıf ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin insan hakları hukukunu, mültecilerin korunması bakımından öngörülen kural ve ilkelerin temel kaynağı kabul eden kararları da bunun teyidi niteliğindedir. Uygulamada da mülteci hukukuna ilişkin kavram ve kurallar yorumlanırken sıklıkla insan hakları hukuku ile öngörülen ölçütlere başvurulduğu görülmektedir<sup>8</sup>. Özellikle mülteci hukuku ile sağlanan korumanın temelini oluşturan *non-refoulement* ilkesi, insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde önemli bir uygulama alanına sahiptir.

### A. Uluslararası Hukukta Non-Refoulement İlkesi

Devlet, taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla yabancıların ülkesine girmesi ve ülkesinde kalması veya yabancılara ülkesinde sığınma

4 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, *European Treaty Series* - No. 5. Türkiye, Sözleşme'yi 04.11.1950 tarihinde imzalamıştır. 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgesi, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Çalışma kapsamında Sözleşme metninden yararlanırken "*Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt- Bölgesel Sistemler (Legal Kitabevi 2011)*" isimli eser kullanılmıştır.

5 UNHRC, (A/AC.96/898) Note on International Protection, 3 July 1998, para 1 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/016/39/img/G9801639.pdf?OpenElement>> 12 Mayıs 2022.

6 Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p 137. Türkiye Sözleşme'yi, 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalamıştır. 9 Ağustos 1961 tarih ve 359 sayılı Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin Onaylanması Hakkında Kanun ile onaylanması uygun bulunan Sözleşme, Kanun ekinde 5 Eylül 1961 tarih, 10898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme 30 Mart 1962 tarihinde Türkiye bakımından uluslararası alanda yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'nin "*mülteci*" tanımının yapıldığı ilk maddesini "*1 Ocak 1951'den evvel Avrupa'da cereyan eden hadiseler*" şeklinde anlamakta olduğunu belirten beyanla taraf olmuştur. Beyanında mülteci statüsünü sadece Avrupa'da meydana gelen olaylar sonucunda sığınma talep eden kişilere tanyacağını bildirmiştir. 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne ilişkin Protokol ile ise Sözleşme'de yer alan zamansal sınırlamalar kaldırılmış; ancak coğrafi sınırlama ile kabul eden devletlere bunu devam ettirebilme imkânı tanınmıştır (Protocol relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 606, p 267). Sözleşme çalışmada "*1951 Cenevre Sözleşmesi*" olarak kısaltılacaktır.

7 Universal Declaration of Human Rights (UDHR), UNGA Res 217A(III), Evrensel İnsan Hakları Bildirisi 10 Aralık 1948 tarihinde 217 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı ile kabul edilmiştir. Bildiri için bkz. <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>> 12 Ekim 2022.

8 Ahmet Hamdi Topal, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar* (On İki Levha 2019) 168.

hakkı tanıyıp tanınmaması hususunda münhasıran yetkilidir<sup>9</sup>. *Non-refoulement* ilkesi ise devlete tanınan bu münhasır yetkiyi sınırlandıran bir uluslararası hukuk ilkesi olarak kabul görmektedir<sup>10</sup>. Uluslararası teamül kuralına dönüştüğü kabul edilen<sup>11</sup> ilkeye, uluslararası belgelerde<sup>12</sup> ve insan hakları sözleşmeleri ile kurulan denetim mekanizmalarınca *jus cogens* nitelik atfedildiği de görülmektedir<sup>13</sup>.

*Non-refoulement* ilkesi, kendi ülkelerindeki zulüm ve hayati tehlike tehdidinden kaçarak güvenli bir ülkede yaşamak isteyenler için koruma sağlamakta ve bu bağlamda devletlere bu kişileri sınır dışı etmeme veya geri göndermeme yükümlülüğü yüklemektedir<sup>14</sup>.

İlke, özellikle, bireye mülteci hukuku ile sağlanan uluslararası korumanın temelini oluşturmaktadır<sup>15</sup>. İlkeye, mülteci hukukuna ilişkin en kapsamlı düzenleme olarak kabul edilen 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde yer verilmiştir. Sözleşme'nin 33. maddesinin ilk fıkrasıyla, hiçbir taraf devletin bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri dolayısıyla hayatının veya özgürlüğünün tehdit altında olacağı<sup>16</sup> ülkenin sınırlarına her ne şekilde olursa olsun sınır dışı edemeyeceği veya sınırdan geri gönderemeyeceği ve/veya çeviremeyeceği

9 Sevin Toluner, *Millîterarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi* (5th edn, Beta 1996) 356-7.

10 Topal (n 8) 133-4.

11 Guy S. Goodwin-Gill, 'The Haitian Refoulement Case: A Comment' (1994) 6(1) *International Journal of Refugee Law* 103, 105; Elif Uzun, 'Geri Gönderme İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme' (2012) 8(30) *Uluslararası Hukuk ve Politika* 25, 42-51.

12 1984 tarihli Cartagena Mülteciler Bildirisi'nin 3. Bölümü'nde ilkenin *jus cogens* niteliği haiz olduğu belirtilmiştir. Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama <[https://www.oas.org/dil/1984\\_cartagena\\_declaration\\_on\\_refugees.pdf](https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf)> 11 Ekim 2022.

13 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, 2012 tarihli Djamel Ameziane/Amerika Birleşik Devletleri kararında *non-refoulement* ilkesinin *jus cogens* bir norm olarak kabul gördüğünü vurgulamıştır. Inter-Am.C.H.R., 20.03.2012, Djamel Ameziane v United States, Admissibility Report No. 17/12, para 256-8 <<https://www.oas.org/en/iachr/decisions/admissibilities.asp?Year=2012>> 25 Ocak 2021. İlkenin *jus cogens* nitelik kazanıp kazanmadığına ilişkin ayrıntılı analiz için bkz. Gökçe Konyalı, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı* (Seçkin 2021) 68-72.

14 Uzun (n 11) 25.

15 M. Tefik Odman, *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünya'da ve Türkiye'de İlticanın Gelişim Süreci* (Yetkin 2020) 85. Benzer yönde bkz. Konyalı (n 13) 65-8.

16 Sözleşme'nin *non-refoulement* ilkesine ilişkin 33. maddesinde yer alan "tehdit" kavramının, "mülteci" tanımının yapıldığı ilk maddesinde yer alan "haklı zulüm korkusu" kavramını kapsayacak nitelikte yorumlanması gerektiği öngörülmektedir. Bu bağlamda "hayatının ve özgürlüğünün tehdit altında olması" ifadesinin, bir mülteci veya iltica talep eden kişinin haklı zulüm korkusu altında olması; işkence, zalimane, gayri insani veya aşağılayıcı muamele ya da ceza görme konusunda gerçek bir riske maruz bırakılması; hayatı, fiziksel bütünlüğü veya özgürlüğüne yönelik diğer tehditlerle karşı karşıya olması hallerini kapsayacağı kabul görmektedir. Bununla birlikte Sözleşme maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da kitlesel sığınma talepleri bakımından da ilkenin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elihu Lauterpacht, Daniel Bethlehem, 'The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion', *Refugee Protection in International Law- UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (Eds.) (Cambridge University Press 2003), (sirasıyla) 123-5, para 123-133; 119-121, para 103-111. *Non-refoulement* ilkesinin kitlesel sığınma olayları bakımından uygulanması gerektiği İcra Komitesi kararlarında da teyit edilmektedir. General Conclusion on International Protection No. 74 (XLV) - 1994, Executive Committee 45th session, Contained in United Nations General Assembly Document No. 12A (A/49/12/Add.1).

(*expel or return* ('*refouler*'))<sup>17</sup> kabul edilmiştir.

Sözleşme'nin 33. maddesinde ilke ile öngörülen koruma, Sözleşme gereğince mülteci statüsüne sahip herkesi kapsadığı gibi mülteci statüsüne kabul için aranan kriterlere uygun olmakla birlikte mülteci statüsü resmen tanınmamış kişileri de kapsamaktadır<sup>18</sup>. Ayrıca bu korumadan yararlanılması için iltica talep eden kişilerin bulunduğu ülkeye yasal yollardan girmiş olması aranmamakta; geri gönderme sonucunu doğuran eylem veya işlemlerin ise sınır dışına çıkarma, sınır dışı etme veya ülkeye girişin reddedilmesi vb. şekilde gerçekleşebileceği kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

Ancak 1951 Cenevre Sözleşmesi ile sağlanan bu koruma mutlak nitelikte değildir. Sözleşme'nin 33. maddesinin ikinci fıkrasında, ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlü mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mültecinin bu hükümden yararlanmayı talep edemeyeceği düzenleme altında alınmıştır<sup>20</sup>. Maddede yer verilen "*ulusal güvenlik*" ve "*tehlike oluşturma*" ifadeleri belirsiz bırakılmıştır. Ancak kavramların, Sözleşme'nin bireyi koruma amacı bağlamında dar bir biçimde yorumlanması gereği

17 Sözleşme'nin İngilizce metnindeki "*expel or return* ('*refouler*')" ifadesine, Sözleşme'nin resmi çevirisinin bulunduğu 5 Eylül 1961 tarih ve 10898 sayılı Resmî Gazete'de "*sınır dışı ve iade etme*" şeklinde yer verilmiştir. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında İsviçre temsilcisi "*expel*" teriminin bir devlet ülkesine kabul edilmiş olan mültecileri kapsadığını; Fransızca "*refouler*" teriminin ise İngilizce "*return*" terimine göre belirsiz bir anlama sahip olmakla birlikte ülkeye girmiş ancak henüz ikamet etmeyen mülteciler bakımından bir uygulama öngördüğünü, henüz bir devlet ülkesine girmemiş bir mülteciye uygulanması anlamına gelmediğini belirtmiştir. İsviçre temsilcisinin söz konusu terimlere ilişkin bu yorumu hazırlık çalışmalarına katılan birçok devlet temsilcisi tarafından desteklenmiştir. Birleşik Krallık temsilcisi ise Stil Komitesi'nin (The Style Committee) "*return*" teriminin Fransızca "*refoulement*" teriminin en yakın muadilini teşkil ettiğini belirttiğini dolayısıyla Sözleşme'nin İngilizce metninin daha geniş bir anlam ifade etmediğini vurgulamıştır. Hazırlık çalışmalarının devamında ise terimler üzerindeki görüşmeler özellikle kitlesel göç üzerinden sürdürülmüş, devletin iltica talebini kabul etme zorunluluğu bulunmadığından hareket edilerek madde ile taraf devletlerin kitlesel göçü kabul yükümlülüğü üstlenmeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüşmeler sonucunda önceki Sözleşmelerde izlenen uygulamaya uygun olarak Fransızca "*refoulement*" (fiil olarak '*refouler*') kelimesinin, İngilizce "*return*" kelimesinden sonra parantez içinde yer alması kabul edilmiştir. İcra Komitesi ise 1978'deki 28. Oturumunda, Geri Gönderme ile ilgili 6 Numaralı Karar'ında, zulme maruz kalabilecek kişiler bakımından -devletin hem sınırında hem ülkesinde- resmi olarak mülteci sıfatı tanınmış olup olmadığına bakılmaksızın geri gönderme ülkesine riayet edilmesi gereğini vurgulamıştır. Maddenin yorumunda ise Fransız ve Belçika hukuk düzeninde "*refoulement*" teriminin sınırdan reddetme ve/veya geri çevirmeyi de kapsayacağı ifade edilmiştir. Mülteciyi kabul eden devletin ona sığınma hakkı tanımakla yükümlü olmadığından hareketle sığınma hakkını tanımaya ilişkin sunulan argümanın doğru olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte madde metninde yer alan "*herhangi bir şekilde*" ifadesi sebebiyle ilke ile öngörülen korumanın "*iade*" işlemi bakımından da uygulanması gerektiği öngörülmüştür. *The Refugee Convention 1951 The Travaux Préparatoires Analysed With A Commentary*, By Dr. Paul Weis, 233-245 <<https://www.unhcr.org/protection/travaux/4ca34be29/refugee-convention-1951-travaux-preparatoires-analysed-commentary-dr-paul.html>> 3 Ekim 2022. "*Expulsion*" terimiyle ise idari veya adli yargı kararı ile kişinin devlet ülkesinden ayrılmasının öngörüldüğü ifade edilmektedir. Nememiah Robinson, *Convention relating to the status of refugees: Its History, Contents and Interpretation, A Commentary* (Institut of Jewish Affairs, 1953) 162.

18 İlke ile sağlanan korumanın, iltica talep eden kimselerin mülteci statülerinin belirlenmesi aşamasında da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Çiçekli (n 2) 276-7; Topal (n 8) 136; Konyalı (n 13) 68.

19 Çiçekli (n 2) 274-5, 277.

20 Sözleşme'nin 32. maddesinde ise devletin, ülkesinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi, ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili sebepler dışında sınır dışı edemeyeceklerine yer verilerek mültecilerin sınır dışı edilmesi bakımından genel bir yasak öngörülmüştür. Sözleşme'nin 33. maddesinde geri gönderme yasağına ilişkin istisnai halde, kişinin ülke sınırında veya ülke sınırları içinde olması yeterli görülürken; 32. maddesinde mültecinin ülkesinde kanunlara uygun bir biçimde bulunması şartına yer verilmiştir. Sözleşme'nin 32. ve 33. maddeleri birlikte okunduğunda ilke ile sağlanan korumanın, sınır dışı etme, iade etme de dahil geri gönderme sonucu doğuran işlemler bakımından mültecilerin ölüm, işkence, zulüm tehdidi altında olabilecekleri ülkeye gönderilmemesini gerektirdiği kabul edilmektedir. Topal (n 8) 138-9.

kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

## B. İnsan Hakları Sözleşmelerinde Non-Refoulement İlkesi

İnsan hakları sözleşmelerinin bir kısmında *non-refoulement* ilkesine açık bir biçimde doğrudan<sup>22</sup>, bir kısmında belirli şartlar altında dolaylı olarak<sup>23</sup> yer verilirken önemli bir kısmında ilkenin, sözleşmelerin diğer hükümleri ile ilişkilendirilerek değerlendirildiği<sup>24</sup> görülmektedir. Sözleşmelerle kurulan denetim mekanizmaları ilkeyi özellikle işkence yasağını öngören sözleşme hükümleri kapsamında değerlendirerek ilke ile sağlanan korumayı pekiştirmekte ve geri gönderme, iade ve sınır dışı işlemleri bakımından

- 21 Madde metninde yer verilen söz konusu ifadelerin geniş yorumunun Sözleşme'nin amacını ve işlerliğini ortadan kaldırdığı belirtilerek söz konusu hükmün oldukça dar bir yorumla uygulanması gerektiği öngörülmektedir. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında da söz konusu maddeye ilişkin görüşmeler sırasında Sözleşme'nin amacına virgü yapıldığı ve maddede belirtilen hallerle ilişkin ifadelerin belirgin olması gerektiği üzerinde durulduğu görülmektedir. *The Refugee Convention 1951 The Travaux Préparatoires Analysed With A Commentary*, 233-6. Madde itibarıyla öngörülen tehlikenin muhatabının ise kendisinin koruma talebinde bulunulan devlet olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında ulusal güvenlik ve toplum açısından 'tehlike oluşturma' kanaatinin temelsiz bir korkuyla gerçekleştirilmemesi ve 'tehlike oluşturma' işinin yüksek tutulması gerektiği öngörülmektedir. Lauterpacht, Bethlehem (n 16) 135-6, para 165-9; Uzun (n 11) 32-3.
- 22 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 22. maddesinin 8. fıkrasında ve İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ilkeye doğrudan, açık bir biçimde yer verilmekte; geri gönderme, sınır dışı ya da iade etme ile işkence görme ihtimali arasında ilişki kurularak bu riskin bulunduğu hallerde geri gönderme, sınır dışı ve iade etme yasağı öngörülmektedir. Sözleşme metinleri için bkz. American Convention on Human Rights "Pact of San José, Da Costa Rica", United Nations, *Treaty Series*, vol 1144, p 123; Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p 85.
- 23 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (md. 3/2), 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (md. 2, 22, 37) ve 2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol (md. 19)'da ise belli şartlar altında geri gönderme yasağı öngörülerek ilkeye dolaylı olarak yer verildiği görülmektedir. Sözleşmeler için bkz. European Convention on Extradition, United Nations, *Treaty Series*, vol 359, p 273; Convention on the Rights of the Child, United Nations, *Treaty Series*, vol 1577, p 3; Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, *Treaty Series*, vol 2241, p 480.
- 24 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde açıkça yer verilmemekte birlikte ilke, genel itibarıyla, Sözleşmelerin işkence veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan hükümleri kapsamında değerlendirilmektedir (Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi için bkz. International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p 171 and vol. 1057, p 407). İnsan Hakları Komitesi gerek genel yorumları ve devlet raporları gerekse bireysel başvurulara ilişkin vermiş olduğu kararlar ile ilkenin, Sözleşme kapsamında uygulanmasını kabul etmektedir. Komite, 1992 tarihli İşkencenin, Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçük Düşürücü Muamele veya Cezalandırmanın Yasaklanmasına İlişkin 20 Numaralı Genel Yorumunda *non-refoulement* ilkesine temel düzeyde yer vermiştir. Komite, söz konusu Genel Yorumu'nda, Sözleşme'ye taraf devletlerin bireyleri, iade, sınır dışı etme veya ülkelerine geri gönderme yoluyla başka bir devlete gönderilmeleri halinde işkence, zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele veya cezalandırma tehlikesine maruz bırakmaması gerektiğini belirtmiştir (CCPR, General Comment No. 20, Prohibition of Torture or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Article 7), 10 March 1992, (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)), para 9). Komite 2004 tarihli 31 Numaralı Genel Yorumu'nda ise ilkeyi daha geniş bir biçimde ele almış ve taraf devletin Sözleşme'yle üstlendiği saygı gösterme ve güvence altına alma yükümlülüğünün, bireyin gönderildiği veya daha sonra gönderileceği ülkede tafisi imkansız zarara uğramasına dair gerçek bir riskin varlığına ilişkin somut temellerin olduğu durumları içerdiğini belirtmiştir (CCPR, General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, Adopted on 29 March 2004 (2187th meeting), (CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13) para 12). Komite yaşam hakkının korunmasına ilişkin 2019 tarihli 36 Numaralı Genel Yorumu'nda ise ilkeye yaşam hakkı bağlamında yer vermiştir. Komite, Sözleşme'ye Ek 2 Numaralı İhtiyari Protokol'e taraf olarak veya ölüm cezasını kaldırılmayı zorunlu kılan bir uluslararası belgeyi kabul ederek ölüm cezasını kaldırılan taraf devletlerin, ölüm cezasının uygulanmasına karşı güvenilir ve etkili güvenceler alınmadıkça, bireylerin, ölüm cezası gerektiren suçlamalarla karşı karşıya kaldıkları bir ülkede sınır dışı, iade veya başka bir şekilde gönderilemeyeceklerini vurgulayarak *non-refoulement* ilkesini bu yükümlülük kapsamında değerlendirmiştir (CCPR, General Comment No. 36, Article 6 Right of life, CCPR/C/GC/36, 3 September 2019, para 34).

güvence oluşturmaktadır<sup>25</sup>.

İnsan hakları sözleşmelerinde *non-refoulement* ilkesi, devletin pozitif yükümlülükleri ile ilişkilendirilmekte ve devletlerin, kendi yetkisi altındaki bireylerin Sözleşme hükümlerine aykırı muameleye maruz kalmalarını önleme yükümlülüğü kapsamında yorumlanmaktadır<sup>26</sup>. Zira Sözleşmeler çerçevesinde geri gönderme işlemlerinin ihlal teşkil edip etmediğine ilişkin yapılan değerlendirme, kişinin gönderildiği ülkede Sözleşme hükümlerine aykırı muameleye maruz kalma riskiyle ilişkilendirilerek yapılmaktadır. Ancak söz konusu değerlendirme, bu eylemlerin gerçekleşmesinden bağımsız, kişinin böyle bir muameleye maruz kalma tehdidi ile ilişkilidir<sup>27</sup>. Sözleşme hükümlerine aykırı muameleye maruz kalma riski değerlendirilmeksizin ya da böyle bir muamele ile karşılaşma riski olan ülkeye gönderilen kişi, gönderildiği ülkede herhangi bir zarar görmese dahi gönderen devletin geri göndermeme yükümlülüğünü ihlal ettiği kabul edilmektedir<sup>28</sup>. Devletin yükümlülüğünün bu şekilde gönderilen devletin tasarruflarından bağımsız olarak tanımlanması, bir yandan bu yükümlülüğün mahiyetini açıklarken öte yandan yükümlülüğün kaynağının diğer devlet yetkisi altında gerçekleşen tasarruflar olmadığı ve yükümlülüğün, devletin geri gönderme işlemi dahilinde doğduğunun kabulünü ortaya koymaktadır. Bu noktada söz konusu kabulün bir gereği olarak; kişinin iade veya sınır dışı yoluyla gönderildiği devletin, Sözleşme'nin tarafı olması aranmadığının da ayrıca belirtilmesi gerekmektedir.

## II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Non-Refoulement İlkesini Kişi ve Yer Bakımından Uygulaması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında ilke ile öngörülen koruma, mülteci statüsü elde edilmesi aranmayarak 'kişi' veya ülkesel bir kısıtlama öngörülmeyle 'yer' bakımından bir sınırlamaya tabi tutulmamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme uygulaması, ilkeyle sağlanan korumayı pekiştirmekle birlikte bireyin korunması bağlamında da geri gönderme, iade veya sınır dışı işlemleri bakımından insan hakları sözleşmeleriyle kurulan sistemin güçlenmesine katkıda bulunmaktadır.

- 25 Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, 2012 tarihli Djamel Ameziane/Amerika Birleşik Devletleri kararında Amerikan insan hakları sistemindeki belgeler yorumlanırken ve uygulanırken Bildiri'nin kabulünden sonraki insancıl hukuk ve mülteci hukuku gibi insan hakları hukuku alanındaki düzenlemelerin ve taraf devletlerin diğer insan hakları sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerinin dikkate alınmasının gerekli olduğunu kabul etmiştir (Inter-Am.C.H.R., 20.03.2012, Djamel Ameziane v United States, para 262-6). Komisyon'un bu yaklaşımı 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokol hükümlerinin de insan hakları sözleşmelerinin yorumunda kullanılmasının yolunu açmış ve zayıf bir denetim sistemine sahip bu Sözleşmelere, dolaylı dahi olsa, insan hakları denetim mekanizmaları tarafından güvence sağlamıştır.
- 26 Gregor Noll, 'Delimiting and Justifying Protection under the ECHR', *Negotiating Asylum- The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection* (The Hague: Kluwer Law International 2000) 473; Helen Lambert, 'The European Convention On Human Rights And The Protection of Refugees: Limits And Opportunities' (2005) 24(2) *Refugee Survey Quarterly* 39, 43; Maarten Den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing 2012) 148.
- 27 Manfred Nowak, 'Obligations of States to Prevent and Prohibit Torture in an Extraterritorial Perspective' *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, Mark Gibney, Sigrun Skogly (Eds.) (University of Pennsylvania Press 2010) 19.
- 28 Niels Frenzen, 'Extraterritorial Refugee Protection' *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Andre Nollkaemper (Ed.) (Cambridge University Press 2017) 525. İnsan Hakları Komitesi, Kindler/Kanada kararında bu hususu açık bir biçimde teyit etmiştir. Komite, ilkenin uygulanması bağlamında bireyin geri gönderildiği devletin yetkisi altında iken Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlal edileceğine ilişkin kaçınılmaz ve öngörülebilir bir sonucun varlığını ölçüt kabul etmiş, bu sonucun gerçekleşmiş olmasını aramamıştır (HRC, 30.07.1993, Kindler v Canada, para 6.2).

## A. İlkenin Kişi Bakımından Uygulanması

*Non-refoulement* ilkesi temel olarak mülteci hukuku ile ilişkili olsa da bununla sağlanan koruma, insan hakları sözleşmelerinin gerek hükümlerinde gerekse uygulamasında kişi bakımından bir sınırlamaya tabi tutulmamaktadır. Ne ilkeye açık bir biçimde yer veren sözleşmelerde ne de uygulamada ilke bağlamında öngörülen koruma için, mülteci statüsü elde edilmesi aranmakta<sup>29</sup>; ilke ile sağlanan güvencenin, iltica talebinin kabulünden ya da iltica hakkının tanınmasından bağımsız, temel ve özel bir koruma olduğu kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Mülteciler, iltica talebinde bulunan kişiler ve suçluların iadesi<sup>31</sup> bağlamında geri gönderilecek kimseler veya 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 'f' bendi gereğince mülteci statüsü haricinde bırakılan kişiler<sup>32</sup> ilke ile öngörülen koruma kapsamında kabul edilmektedir.

## B. İlkenin Yer Bakımından Uygulanması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ilkenin yer bakımından uygulanmasında ülkesel bir sınırlamaya gidilmemekte; ilkenin ister ülke sınırları içerisinde, ister sınırda, isterse ülke sınırları dışında devletin yetkilileri/görevlileri

29 Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 22. maddesinin 8. fıkrasında bir yabancının hiçbir halde ırk, vatandaşlık, din, sosyal statü ya da siyasal görüşlerinden ötürü yaşam hakkının ya da kişi özgürlüğünün tehlikeye düşecek olduğu bir ülkeye, o ülkenin söz konusu yabancı kişinin vatandaşı bulunduğu ülke olup olmadığına bakılmaksızın iade edilemeyeceği ve geri gönderilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi de Pacheco/Bolivia kararı ile bunu teyit etmiş; Sözleşme'de geri gönderme yasağının, sadece mülteciler veya sığınmacılar bakımından değil ülkedeki yasal durumu veya göçmenlik durumu ne olursa olsun yaşam hakkı ya da kişi özgürlüğü tehlikeye bulunan tüm yabancılar bakımından tanıdığı kabul etmiştir. Inter-Am.Ct.H.R., 25.11.2013, Pacheco Tineo Family v Plurinational State of Bolivia, para 35 <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_272\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf)> 25 Ocak 2021. Benzer şekilde İşkenceyi Önleme Sözleşmesi bağlamında da ilkenin uygulanması kişi bakımından bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır.

30 Goodwin-Gill (n 11) 109.

31 İnsan Hakları Komitesi Kindler/Kanada kararında suçluların iadesinin Sözleşme'nin kapsamı dışında olduğunu ancak iade edilmesinin etkileriyle ilgili özel koşulların Sözleşme'nin belirli hükümleri kapsamında başvurunun konusunu oluşturacağını belirtmiş ve başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vererek ilkeyi Sözleşme kapsamında uygulamıştır. Karar, Kanada'nın Montreal şehrinde cezaevinde tutuklu bulunan Birleşik Devletler vatandaşı Joseph Kindler'in hakkında ölüm cezası verilmiş olan Birleşik Devletler'e iadesi sebebiyle Sözleşme ile korunan haklarının ihlal edildiğine ilişkin başvuruyu konu almaktadır. Kasım 1983'te Amerika Birleşik Devletleri'nin Pennsylvania Eyaleti'nde cinayet ve adam kaçırma suçu sebebiyle yargılanan başvuru hakkında ölüm cezası verilmiştir. Başvurucu henüz gözaltında iken Eylül 1984'te kaçmış ve Nisan 1985'te Kanada'nın Quebec Eyaleti'nde tutuklanmıştır. Temmuz 1985'te Amerika Birleşik Devletleri başvurunun iadesini talep etmiş ve Ağustos 1985'te Quebec Yüksek Mahkemesi başvurunun iade edilmesine ilişkin kararı vermiştir. Başvurucu Komite'ye yaptığı başvurusunda ölüm cezasının zalimce ve insanlık dışı muamele/ceza teşkil ettiğini ve ölüm sırasındaki koşulların acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı olduğunu ileri sürerek Birleşik Devletler'deki adli prosedürlerin, özellikle idam cezasıyla ilgili oldukları ölçüde, adaletin temel gereklerini karşılamadığını iddia etmiştir. HRC, 30.07.1993, Kindler v Canada. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Soering/Birleşik Krallık kararında ilkeyi, suçluların iadesi bakımından uygulamıştır. Karar çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

32 1951 Cenevre Sözleşmesi hükümlerince kişiye mülteci statüsü verilmesi dahi, kişinin ülkeden çıkarılarak işkence ve kötü muamele göreceği bir ülkeye gönderilmesi halinde devletin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri ile üstlendiği yükümlülüklerin ihlal edilmiş olacağı kabul görmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2008 tarihli Ismoilov ve Diğerleri/Rusya kararında terör suçu işleyen kimselerin dahi Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında ilke ile öngörülen korumadan yararlandığı ifade etmiştir. Bkz. ECtHR, 22414/93, 15.11.1996, Chahal v The United Kingdom, para 79-80 <



aracılığıyla gerçekleştirdiği devlet tasarruflarını kapsayacağı kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Bu bağlamda ilkenin Sözleşme kapsamında uygulaması ağırlıklı olarak sınır dışı, iade etme veya geri gönderme gibi devletin ülkesinde gerçekleştirdiği tasarruflar bağlamında ortaya çıksa da ilkeyle öngörülen yükümlülüğün, devletin ülkesi ile sınırlı olmadığı ve devletin, yetkisi<sup>34</sup> altında bulunan kimselere karşı bu yükümlülüğü yerine getirme yükümü altında olduğu kabul edilmektedir. Bu kabul 1951 Cenevre Sözleşmesi hükümleri ve diğer insan hakları sözleşmeleri ile kurulan denetim mekanizmaları uygulamaları ile de desteklenmektedir<sup>35</sup>.

1951 Cenevre Sözleşmesi'nde, Sözleşme'nin uygulama alanını belirleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde koruma altına alınan haklara ilişkin açıklama yapılırken “...*taraf devletin ülkesinde bulunan*”, “...*yasal olarak iltica ettiği ülkede kalan*”, “...*taraf devletin ülkesinde ikamet eden*” ifadelerinin kullanılmış olması<sup>36</sup> ve Sözleşme'nin 40. maddesi ile “...*devletin, Sözleşme'yi imzaladığı, onayladığı veya katıldığı anda, işbu Sözleşme'nin uluslararası alanda sorumlu bulunduğu bütün topraklarda ya da bu toprakların herhangi bir bölümünde uygulanacağını ilan edebileceği*”nin öngörülmesi, Sözleşme uygulamasının taraf devlet ülkesi ile sınırlandırıldığına ilişkin tartışmaların doğmasına sebep olabilmektedir. Ancak görülmektedir ki Sözleşme ile bir kimsenin Sözleşme metnindeki tanıma uyduğu andan itibaren mülteci sayılacağı, ilgilinin bu statüyü kanuni olarak tanımlanmadan önce de fiilen elde etmiş olacağı kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Dolayısıyla iltica talebinde bulunan kişiler, devlet ülkesine henüz giriş yapmamış olsalar dahi, mültecilik statüleri hakkında karar verilmeye kadar Sözleşme'nin 33. maddesinde yer alan *non-refoulement* ilkesinin sağladığı korumadan yararlanabilecektir<sup>38</sup>. Bu bağlamda Sözleşme'nin mülteci tanımını yapan ve *non-refoulement* ilkesine yer veren temel hükümleri, Sözleşme ile öngörülen korumanın taraf devletin ülkesi ile sınırlı olarak uygulanmadığının bir göstergesidir.

33 Goodwin-Gill (n 11) 105; Lauterpacht, Bethlelem (n 16) 111, para 67.

34 İnsan hakları sözleşmeleri çerçevesinde “*yetki*”, uluslararası hukuktaki karşılığında farklı olarak kullanılmakta; devletin sözleşme hükümlerinden doğan yükümlülüklerinin ve sözleşmenin uygulama alanının belirlenmesi bağlamında yorumlanmaktadır. İnsan hakları sözleşmeleri çerçevesinde devletin yetkisi, devletin belirli bir bölge veya birey üzerinde, belirli konularla sınırlı olarak ise ihlal teşkil eden eylem üzerinde otorite/kontrol/güç uygulamasından hareketle tespit edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ceren Karagözoğlu, *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği Çerçevesinde Devletin Yetkisi ve Sorumluluğu* (Oniki Levha 2023) 24-8.

35 İnsan Hakları Komitesi, 2004 tarihli “*Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin İçeriği*” başlıklı Genel Yorumu'nda Uluslararası Medeni ve Siyasal Hakları Sözleşmesi çerçevesinde *non-refoulement* ilkesinin uygulanması bakımından ülkesel bir sınırlama öngörülmediğini açık bir biçimde ifade etmiş; taraf devletin, ülkesinde ve kontrolü altındaki tüm bireyleri, gönderildiği veya daha sonra gönderileceği ülkede telafisi imkansız zarara uğrayacağına dair gerçek bir riskin varlığına ilişkin somut temellerin mevcudiyetinde iade etmeme, sınır dışı etmeme veya başka herhangi bir şekilde ülke dışına çıkarmama yükümü altında olduğunu belirtmiştir. CCPR, General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, Adopted on 29 March 2004 (2187th meeting), (CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13), para 12.

36 Sözleşme ile koruma altına alınan kişiler bakımından “...*present in the State party's territory*”, “...*lawfully staying in territory of state*”, “...*habitual residence*” ifadeleri üzerinden tanımlama yapıldığı görülmektedir.

37 Uzun (n 11) 27-8.

38 James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (Cambridge University Press 2005) 315-6; Uzun (n 11) 31.

Sözleşme'nin 40. maddesinin ise 4 Kasım 1950'de imzaya açılan ve 3 Eylül 1953 tarihinde uluslararası alanda yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sömürge düzeninin günümüzde işlevini yitirmiş bir ürünü olarak kabul edilmekte olan 56. maddesine<sup>39</sup> benzer bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Söz konusu maddenin Sözleşme'nin uygulanmasında ülkesel bir sınır teşkil edip etmediği uzun yıllar öğretilerde tartışılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise 2011 yılında verdiği Al-Skeini/ Birleşik Krallık kararında Sözleşme'nin 56. maddesinin tarihsel gerekçelerle dahil edilmiş olduğunu, mevcut koşullarda Sözleşme'nin 1. maddesi ile düzenlenen yetki hükmünü kısıtlayıcı nitelik arz etmediğini belirtmiştir<sup>40</sup>. Dolayısıyla Sözleşmelerin hazırlık çalışmalarının yapıldığı sırada var olan uluslararası hukuk düzeni ve ilgili maddelerinin kaleme alınışındaki benzerlik ve Mahkeme'nin söz konusu karardan hareketle, andlaşmaların konu ve amacı dahilinde yorumlanması gereği çerçevesinde 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 40. maddesinin, Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında var olan sömürge düzeninin bir ürünü olarak kabul edilebileceği ya da en azından Sözleşme'nin uygulama alanı bakımından bir sınırlama amacı taşımadığı söylenebilir.

İlkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında taraf devlet ülkesi dışında uygulanması ise büyük ölçüde, uluslararası hukukta devletin ülke dışı yetkisinin kabul edildiği alanlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak devletin yetkisinin tespiti ve ilkenin uygulanması için devletin yetkisinin, uluslararası hukukça öngörülen ilke ve kurallara uygun biçimde kurulmuş olması gerekli değildir. Sözleşme bağlamında devletin yetkili olduğunun kabulü halinde, bu yetkinin uluslararası hukuktaki meşruiyetine bakılmaksızın, ilke ile sağlanan korumanın uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Özellikle açık denizde gerçekleştirilen itme/püskürtme vb. eylemler, ülke sınırında güvenlik güçlerince gerçekleştirilen tasarruflar ve devletin, başka bir devlet ülkesinde ancak kendi denetimi ve otoritesi altında olan gözaltı merkezlerinde/hapishanelerde tutulan kişiler devletin yetkisi bağlamında değerlendirilerek Sözleşme'nin uygulama alanı kapsamına alınmaktadır.

## 1. Açık Deniz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi geri gönderme sonucunu doğuran eylemlerin açık denizde gerçekleşmesini, ilkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında

39 AIHS md. 56; "Her devlet, onaylama sırasında veya daha sonra herhangi bir zamanda Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne göndereceği bir bildirimle bu Sözleşme'nin, uluslararası ilişkilerini yürüttüğü bütün ülke topraklarına veya bunlardan herhangi birine, bu maddenin 4. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, uygulanacağını beyan edebilir" şeklindedir.

40 ECtHR, 55721/07, 07.07.2011, Al-Skeini and Others v The United Kingdom, para 140.

uygulanmasına engel olarak görmemiştir<sup>41</sup>. Mahkeme 2012 tarihli Hirsi Jamaa/İtalya kararında<sup>42</sup>, İtalya kıyılarına gitmek amacıyla Libya'yı terk eden 11'i Somali vatandaşı ve 13'ü Eritre vatandaşı olan başvuru sahiplerini taşıyan teknelere, İtalya Kıyı Güvenliği tarafından açık denizde yapılan müdahaleyi (interception)<sup>43</sup> ve bu müdahale sonucu teknelerde bulunan kişilerin Libya makamlarına teslim edilmesini *non-refoulement* ilkesi kapsamında değerlendirmiş; başvuru sahiplerinin, İtalyan askeri gemisine bindikleri andan Libya makamlarına teslim edilene kadar, hem *de jure* hem *de facto* olarak İtalyan makamlarının sürekli ve münhasır kontrolü altında bulunduğunu, bu bağlamda müdahalenin türü ve amacının fark yaratmadığını ifade etmiştir<sup>44</sup>.

Mahkeme 2014 tarihli Sharifi ve Diğerleri/İtalya ve Yunanistan kararında ise açık denizde gerçekleştirilen müdahalelerin (interception) Sözleşme'ye Ek 4 Numaralı Protokol'ün 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek geri gönderme sonucu doğuran işlemin ülke sınırları dahilinde mi yoksa haricinde mi gerçekleştiğinin tespitinin gerekli olmadığını belirtmiştir<sup>45</sup>.

- 41 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ortaya koyduğu bu yaklaşım diğer insan hakları denetim mekanizmaları uygulamaları ile de desteklenmektedir. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu 1997 tarihli Haiti/Amerika Birleşik Devletleri kararında sığınma talebinde bulunan ve Haiti'ye döndüklerinde kötü muameleyle maruz kalan Haiti Cumhuriyeti vatandaşı başvuru sahiplerinin, ülkeye girişinin engellenmesi amacıyla, açık denizde, Amerikan Kıyı Güvenliği tarafından yapılan müdahaleyi ilke ile sağlanan koruma kapsamında değerlendirmiştir. Komisyon, devletin yetkisinin tespitinde ise ihlalin meydana geldiği yerden bağımsız olarak, birey ile ilgili devlet arasındaki ilişkiden hareket edildiğini kabul ederek -ülkesinde olması aranmaksızın- devletin fiili otoritesi altında bulunan herkesin, devletin yetkisine tabi olduğunu ifade etmiş; Haitili başvuru sahiplerinin -açık denizde iken- Birleşik Devletler yetkisi altında bulunan gemilere yerleştirilerek ülkeye girişine engel olunmasının ve işkence, kötü muamele ve hatta ölüm riski ile karşı karşıya oldukları Haiti'ye iade edilmesinin, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi çerçevesinde *non-refoulement* ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Inter-Am.C.H.R., 13.03.1997, The Haitian Centre for Human Rights et al. v United States, Report No. 51/96, Case 10.675, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev at 550 (1997). Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ise "Göç ve/veya Uluslararası Koruma İhtiyacı Bağlamında Çocukların Hakları ve Güvenceleri" başlıklı danışma görüşünde Sözleşme bağlamında *non-refoulement* uygulamasının, devletin ülkesi ile sınırlı olmadığını ve kara, hava, deniz ülkesi dahilinde olup olmadığını bakılmaksızın devletin, üzerinde otorite uyguladığı veya kontrolü altında bulunan herkes bakımından geri gönderme yasağının uygulanacağını kabul etmiştir. Am.Ct.H.R., 19.08.2014, Advisory Opinion OC-21/14, Requested By The Argentine Republic, The Federative Republic Of Brazil, The Republic Of Paraguay And The Oriental Republic Of Uruguay (Rights And Guarantees Of Children In The Context Of Migration And/Or In Need Of International Protection) para 219 <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen\\_seria\\_21\\_eng.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seria_21_eng.pdf)> 25 Ocak 2021. İşkenceye Karşı Komite de 2008 tarihli Marine I isimli başvuruda iltica talebinde bulunan kişilere karşı açık denizde yapılan müdahaleyi, işkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin *non-refoulement* ilkesini düzenleyen 3. maddesi kapsamında ele almış ve değerlendirmesini devletin ülkesinden bağımsız bir biçimde sürdürmüştür. Committee Against Torture, J.H.A. v Spain (Marine I), CAT/C/41/D/323/2007, 21.11.2008, para 8.2 <<https://www.refworld.org/cases,CAT,4a939d542.html>> 12 Nisan 2022.
- 42 ECtHR, 27765/09, 23.02.2012, Hirsi Jamaa and Others v Italy <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>> 20 Haziran 2020.
- 43 Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği "interception" teriminin uluslararası kabul görmüş bir tanımının olmadığını; terimin anlamının geçmişi ve mevcut devlet uygulamaları incelenerek tespit edilmesi gerektiğini belirtmiş ve terimin, gerekli belgeleri olmaksızın kara, hava veya deniz yoluyla uluslararası sınırları geçen ve muhtemel varış ülkesine giden kişileri önlemek, engellemek veya durdurmak için devletin ülkesel sınırları dışında aldığı tüm tedbirleri kapsar şekilde tanımlanabileceğini belirtmiştir. UNHCR, Interception of Asylum-seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach, UN Doc. EC/50/SC/CRP.17 (9 June 2000) para 10.
- 44 Mahkeme sınır dışı etme, iade veya benzeri bir işlemlerle kişiyi geri gönderen devletin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında sorumluluğunun doğması için gönderilecek devletin Sözleşme'ye taraf olmasını aramamıştır. ECtHR, 27765/09, 23.02.2012, Hirsi Jamaa and Others v Italy, para 64-8. Mahkeme benzer şekilde 1989 tarihli Soering/Birleşik Krallık kararında *non-refoulement* ilkesi bakımından yaptığı değerlendirmesinde ise devletin ülkesinden bahsetmeksizin yetkisine atıfta bulunmuş ve devletin, sınır dışı etme, iade gibi kişinin başka bir ülkeye gönderilmesi sonucunu doğuran işlemlerin öngörülebilir sonuçları sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesi ile üstlendiği yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmiştir. ECtHR, 14038/88, 07.07.1989, Soering v The United Kingdom para 82, 86-7 <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57619>> 29 Nisan 2022.
- 45 ECtHR, 16643/09, 21.10.2014, Sharifi and Others v Italy and Greece, para 212 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147702>> 3 Ekim 2022.

Görülmektedir ki Mahkeme açık denizde gerçekleşen müdahaleler bağlamında Sözleşme'nin uygulanmasını devletin ülkesiyle sınırlamamakta; devletin yetkisini tespitle birlikte kişilerin ilke ile sağlanan korumadan yararlanabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte devletler tarafından sığınma talebinde bulunan kimseleri taşıyan gemilere karşı, açık denizde alınan önlemlerin veya gerçekleştirilen eylemlerin gemide bulunan kişiler üzerindeki psikolojik etkisinin, insan hakları sözleşmelerinin ülke dışına uygulanmasını tetikleyici bir sebep olarak görülmesi gerektiğine ilişkin görüşler de bulunmaktadır<sup>46</sup>. Ancak fiziksel bir müdahale olmaksızın psikolojik etki doğuran -uyarı ateşi açılması, silah doğrultulması, rota değiştirme çağrısı vb. şekilde tezahür eden- eylemler bakımından, devletin yetkisinin tespitinde uygulanan denetim ve otoriteyi esas alan ölçütlerin nasıl karşılanacağı tartışma konusudur. Bu bağlamda sözleşmelerin uygulanabilirliğini destekleyen görüşte; söz konusu eylemlerle devletlerin, gemilerde bulunan kişiler üzerinde etkin kontrol uyguladığı iddia edilmekte<sup>47</sup> ve söz konusu eylemlerin kişiler üzerinde yarattığı psikolojik baskı ve yönlendirmenin, kişilerin iltica talebinde bulunmalarının engellenmesine neden olabileceği ifade edilerek söz konusu durumların özerk nitelikli olduğu ve ayrı hukuki parametreler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasını gerektirdiği ileri sürülmektedir<sup>48</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu görüş, insan hakları sözleşmelerinin uygulanabilirliği bağlamında devletin yetkisinin varlığı bakımından gerektiği açıklıkta bir gerekçelendirme içermemektedir. Böyle bir kabul, devletin yetkisinin tespitinde belirli bölge veya birey üzerinde uygulanan denetim ve otoriteyi esas alan ölçütler bakımından bir belirsizliğe sebep olabilecek ve dolayısıyla sözleşmelerin ülke dışına uygulanabilirliğinin tespitini, oldukça muğlak ve belirlenmesi zor bir neden-sonuç ilişkisine çekebilecektir.

## 2. Ülke Sınırı

Kişinin geri gönderilmesi sonucunu doğuran eylem veya ihmallerin devletin ülke sınırlarında gerçekleşmesi halinde, devletin ülkesi bağlamında bir değerlendirmeye gidilmeksizin Sözleşme bağlamında *non-refoulement* ilkesinin uygulama alanı bulunduğu; ilke ile öngörülen korumanın Sözleşme çerçevesinde uygulanabileceğinin kabul edildiği görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2017 tarihli N.D., N.T/İspanya kararında<sup>49</sup> ülke sınırında gerçekleştiği iddia edilen eylemler bakımından yetki değerlendirmesinde

46 Solon Solomon, 'Migrant boats on the high seas and their interception through psychologically coercive measures: Is there a case to extraterritorially apply human rights law?' (2019) 37(1) Netherlands Quarterly of Human Rights 36, 38.

47 ibid 40.

48 Açık denizde alınan bu tür önlemler karşısında insan hakları sözleşmelerinin uygulanabilirliği, tampon bölgede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulamasını konu alan Mahkeme kararlarına öykülenilerek -özellikle Andreou/Türkiye kararında Mahkeme tarafından sunulan gerekçeler bağlamında- gerekçelendirilmektedir (Andreou/Türkiye kararı için bkz. ECtHR, 45653/99, 23.06.2008, Andreou v Turkey (As to The Admissibility), <[49 ECtHR, 8675/15, 8697/15, 03.10.2017, N.D., N.T v Spain <\[326\]\(https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-177683> 13 Mayıs 2022.</a></p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88068> 23 Ağustos 2020). Bkz. ibid 48-9.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

bulunmuştur. Kararda başvuruçular İspanya-Fas sınırında, İspanya tarafından sınır güvenliğinin korunması için yapılan üç aşamalı çitlerin geçilmesi sırasında gerçekleşen eylemler sebebiyle yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesini yasaklayan Sözleşme'ye Ek 4 Numaralı Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuştur. Başvuruçuların iddiaları karşısında İspanya ise başvuruçuların, Melilla (İspanya) sınır kapısındaki koruyucu yapıların ötesine geçmeyi başaramadıkları ve dolayısıyla İspanya topraklarına girmedikleri için söz konusu kişiler üzerinde İspanya'nın yetkisinin doğmadığını ileri sürmüştür<sup>50</sup>. Mahkeme ise söz konusu çitin hangi devletin sınırları dahilinde olduğunun tespitini gerekli görmeksizin devletin, görevlileri aracılığıyla etkin kontrol uygulaması ile birlikte yetkisinin doğduğunu vurgulayarak başvuruçuların sınır duvarından indiği andan itibaren, en azından fiili olarak, İspanyol kolluk görevlilerinin münhasır ve sürekli kontrolü altında olduğunu belirtmiş ve İspanya'nın yetkili olduğuna karar vermiştir<sup>51</sup>. Büyük Daire ise söz konusu başvuruyu konu alan kararda devletin sınırdan farklı uzaklıkta bulunan bir çit ve/veya tel örgünün varlığının devlete, tek taraflı olarak, sınır hattı ile başlayan ülkesel yetkisini hariç tutma, değiştirme veya sınırlama yetkisi vermeyeceğinin altını çizerek devletin ülkesinde yetkili olduğu karinesini dayanak noktası olarak almış; yasadışı göçün yönetilmesinin getirdiği zorluğun, sınırlarda yaşanan kitlesel akının İspanya'nın, devlet otoritesini etkin şekilde uygulamasını engelleyecek bir durum teşkil etmediğini belirtmiştir<sup>52</sup>.

Mahkeme, 2018 tarihli M.A. ve Diğerleri/Litvanya kararında<sup>53</sup> ise başvuruçuların sığınma talebinin Litvanya sınır görevlileri tarafından Litvanya-Belarus sınırında reddedilmesinin, Sözleşme bağlamında Litvanya'nın yetkisini doğurduğunu ifade ederek ilke bağlamında değerlendirmede bulunmuştur<sup>54</sup>.

50 İspanya Hükümeti, ayrıca sınır güvenliği sağlamak üzere yapılan üç aşamalı çitin İspanya kara sınırları içinde olduğu varsayılabilir, kolluk kuvvetlerinin göçmenlerin girişini engellemeye yönelik eylemlerinin Protokol'ün ilgili hükmününün amaçları doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir. ibid para 44.

51 Mahkeme, İnsan Hakları Komiseri'nin sınırdaki çitler arasındaki arazide İspanya'nın yetkili olduğunu belirten kararına da atıfta bulunmuş ve devlet görevlileri tarafından yapılan müdahalenin amacı veya niteliğinin Mahkeme'nin vardığı sonucu değiştirmeyeceğini eklemiştir. ibid para 52-5.

52 ECtHR, 8675/15, 8697/15, 13.02.2020, N.D., N.T. v Spain, para 107-9 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353>> 13 Mayıs 2022.

53 Karar, Halep'te yaşayan ve Belçika'ya gittiklerinde sığınma talebinde bulunacaklarını bildiren Suriye vatandaşı başvuruçuların, Beyrut'taki (Lübnan) Belçika Büyükelçiliği'ne yaptıkları "insancıl-humanitarian" vize başvurusunun buradaki görevlilerce reddedilmesi sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muameleye maruz bırakıldıkları iddiasını konu almaktadır. Başvuruçular, Büyükelçilik görevlilerinin vize taleplerini reddeden kararlarının kamu gücü kullanılmasını teşkil ettiğini ve kararların mahiyeti gereği ulusal topraklarına girişi engellediğinden hareketle Belçika'nın yetkisinin doğduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ise önceki içtihatlarından hareketle kamu gücü kullanılmasını teşkil eden bu kararın tek başına Belçika'nın yetkisinin doğması için yeterli olmadığını, diplomatik görevlilerin hiçbir zaman başvuruçular üzerinde fiili kontrol uygulamadığını, başvuruçular Belçika vatandaşı olmadıkları için görevlilerin pozitif yükümlülüğünün doğmadığını, Belçika'nın diplomatik misyon binaları üzerindeki idari kontrolünün bina içerisine bulunan her kişi bakımından Belçika'nın yetkisini doğurmadığını belirtmiştir. ECtHR, 3599/18, 05.03.2020, M.N. and Others v Belgium, <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-202468>> 6 Mayıs 2022.

54 ECtHR, 59793/17, 11.12.2018, M.A. and Others v Lithuania, para 70 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188267>> 26 Eylül 2022.

Mahkeme 2020 tarihli M.K. ve Diğerleri/Polonya kararında<sup>55</sup> da Polonya sınırı üzerinde bulunan ve Polonya Sınır Güvenliği tarafından yönetilen kontrol noktalarında başvuruçuların geri gönderilmesi sonucunu doğuran eylemlerin Sözleşme bağlamında Polonya'nın yetkisini doğurduğunu kabul etmiştir<sup>56</sup>.

Mahkeme, vize talepleri Büyükelçilik görevlilerince reddedilen başvuruçuların Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muameleye maruz bırakıldıkları iddiasını konu alan 2020 tarihli M.N./Belçika kararında ise başvuruçuların, Belçika ulusal makamlarına yaptığı başvuru sonucu yetki bağlantısının kurulduğuna ilişkin iddiasını, söz konusu işlemlerin yetki bağının kurulması için yeterli olmadığı gerekçesi ile reddetmiş; aksi yaklaşımın devletin, yabancıların girişini, ikametini ve sınır dışı edilmesini kontrol etme hakkını öngören uluslararası hukuk kurallarına aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir<sup>57</sup>.

### 3. Ülke Dışında Bulunan Gözaltı Merkezleri/Hapishaneler

Sözleşme kapsamında ilkenin devletin ülkesinden bağımsız şekilde uygulanmasının bir diğer örneği ise devletin, başka bir devlet ülkesinde ancak kendi denetimi ve otoritesi altında olan gözaltı merkezlerinde/hapishanelerde tutulan kişiler üzerinde sahip olduğu yetkiye dayanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2009 tarihli Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık kararı<sup>58</sup>, Irak'ta Birleşik Krallık tarafından idare edilen gözaltı merkezlerinde bulunan ve 31 Aralık 2008 tarihinde -ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair güvence alınmadan- yargılanmak üzere Irak makamlarına sevk edilen başvuruçular bağlamında ilkenin uygulanmasını konu almaktadır. Mahkeme, Birleşik Krallık'ın öncelikle mevcut askeri güç kullanımı veya tehdidinin bir sonucu olarak Irak topraklarında kurulan bu tesislerde tutulan kişiler üzerinde otorite ve kontrol sağladığını; sonrasında ise bu fiili kontrolünün hukuki bir zemine kavuştuğunu tespit ederek<sup>59</sup> Birleşik Krallık'ın bina üzerindeki münhasır fiili ve sonrasında gelişen hukuki kontrolünden hareketle, başvuranlar da dahil olmak üzere orada tutulan kişilerin Birleşik Krallık'ın yetkisi altında olduğunu kabul etmiş<sup>60</sup> ve ilkeye uygulama alanı tanımıştır.

İnsan hakları sözleşmeleri ile kurulan diğer insan hakları denetim mekanizmaları da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımını desteklemiş ve kararlarıyla ilkenin uygulanmasına ilişkin hususları açık bir biçimde ortaya koymuştur. Amerikalılararası

55 ECtHR, 40503/17; 42902/17; 43643/17, 23.07.2020, M.K. and Others v Poland <<https://hudoc.echr.coe.int/fre/?i=001-203840>> 10 Eylül 2022.

56 ibid para 129-132.

57 ECtHR, 3599/18, 05.03.2020, M.N. and Others v Belgium, para 120-5.

58 ECtHR, 61498/08, 30.06.2009, Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom (As to The Admissibility) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-93398>> 21 Haziran 2020.

59 ibid para 87.

60 ibid para 88-9.

İnsan Hakları Komisyonu, Guantanamo Körfezi'nde (Küba), Amerika Birleşik Devletleri'nin yetkisi altında bulunan gözaltı tesisinde alıkonulan kişilerin geri gönderilmesi sonucunu doğuran işlemleri, ülkesel bir sınırlama öngörmeksizin, *non-refoulement* ilkesi kapsamında değerlendirmiştir<sup>61</sup>. İşkenceye Karşı Komite de taraf devletin ülkesi dışında ancak yetkisi altında bulunan hapisane ve gözaltı merkezleri bakımından yaptığı değerlendirmeleri konu alan devlet raporlarına ilişkin sonuç gözlemlerinde, Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde *non-refoulement* ilkesinin, kişinin bir devlet organından bir diğer devletin organına nakledildiği durumlar da dahil olmak üzere, herhangi bir ülkesel sınırlamadan bağımsız olarak uygulanması gerektiğini kabul etmiştir<sup>62</sup>.

### III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Non-Refoulement İlkesini Sözleşme'nin Maddi Hükümleri Bakımından Uygulaması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde *non-refoulement* ilkesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple ilke bağlamında Mahkeme'ye yapılan başvurular genel itibariyle Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan 3. maddesi, kölelik ve zorla çalıştırma yasağına ilişkin 4. maddesi, özgürlük ve güvenlik hakkını konu alan 5. maddesi, adil yargılanma hakkının yer aldığı 6. maddesi, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü konu alan 9. maddesi ile ilişkilendirilmektedir.

İlkenin Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında uygulanmasını konu alan başvurular konuya ilişkin içtihadın en geniş kısmını oluşturmaktadır. Hatta Mahkeme uygulaması ile 3. maddenin *non-refoulement* ilkesini içerir bir anlam kazandığı kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Mahkeme söz konusu başvurularda hakkın mutlak niteliği çerçevesinde sürdürdüğü yargılamasında, maddenin uygulamasında esas alınacak ölçütleri belirlerken madde bağlamında devletin yükümlülüklerinin kapsamına ilişkin de değerlendirmede bulunmaktadır.

Mahkeme, *non-refoulement* ilkesini Sözleşme'nin 5., 6., 8. ve 9. maddeleriyle ilişkilendiren başvurularda ise ilkenin, bu maddeler bakımından değerlendirilebileceğini

61 Komisyon Guantanamo'da alıkonulan kişilerin işkence veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya olabilecekleri bir ülkeye gönderilmesi ya da sınır dışı edilmeleri halinde kişilerin adil ve şeffaf bir süreçte yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mercii önünde yargılanmasını sağlamak için Birleşik Devletler tarafından gerekli önlemlerin alınması gerektiğini birçok kez ifade etmiştir. 'Inter-American Commission on Human Rights (IACHR): Pertinent Parts of October 28, 2005 Reiteration and further Amplification of Precautionary Measures (Detainees in Guantanamo Bay, Cuba)' (2006) 45(3) International Legal Materials 673, 678.

62 Committee Against Torture, Conclusions and recommendations of the Committee against Torture United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Crown Dependencies and Overseas Territories, CAT/C/CR/33/3 (10 December 2004), para 4(b), 5(e)-(f)-(j). Benzer yönde bkz. Committee Against Torture, Conclusions and Recommendations on Second periodic report of the United States of America, CAT/C/USA/CO/2 (25 July 2006), para 15, 16, 18, 22, 24; Committee Against Torture, Consideration Third to Fifth Periodic Reports of the United States of America, CAT/C/USA/3-5 (4 December 2013), para 13.

63 Uzun (n 11) 40.

kabul etmekte ancak geri gönderilmeyi yasaklayacak nitelikteki ihlalleri istisnai olarak nitelendirdiği koşullara bağlamaktadır<sup>64</sup>. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri bakımından gerçek riskin varlığını ararken; bunun dışında kalan hükümler bakımından açık ihlale ilişkin gerçek riskin varlığını işaret ederek devletin geri göndermeme yükümlününün doğumu için aradığı eşiği yükseltmektedir<sup>65</sup>. Ancak ilkenin uygulanmasına ilişkin içtihatla görülen bu farklılığın, her Sözleşme hükmü bağlamında gerektiği açıklıkla gerekçelendirilmediği görülmektedir. Bu noktada Mahkeme'nin kararlarında kullandığı argümanlar ise ortaya çıkan farklılıkların çözümlenmesinde bir araç olarak kullanılmaktadır.

*Non-refoulement* ilkesinin Sözleşme kapsamında uygulamasını olağanüstü rejime ilişkin düzenleme öngören 15. maddesi kapsamında hakların dokunulmaz niteliği ile ilişkilendiren görüşler bulunmaktadır<sup>66</sup>. Mahkeme'nin de ilkeyi Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında uygularken söz konusu düzenlemenin 15. madde kapsamında öngörülen dokunulmaz niteliğine atıf yaptığı<sup>67</sup> görülmektedir. Ancak Mahkeme'nin ilkeyi uygulamasını Sözleşme'de düzenlenen hak veya özgürlüğün dokunulmaz niteliği ile bağdaştırmak, ilke uygulamasının 15. madde kapsamında öngörülen dokunulmaz haklarla sınırlanması ile sonuçlanmaktadır. Sözleşme'nin 15. maddesi ile belirli haklar bakımından tanınan dokunulmazlık söz konusu hakkın temsil ettiği değerlerin bir göstergesidir<sup>68</sup>, Sözleşme ile düzenleme altına alınan haklar bakımından bir hiyerarşi veya öncelik yaratmamaktadır<sup>69</sup>. Mahkeme'nin de sonraki kararları ile ilkenin uygulanmasını 15. madde kapsamında öngörülen dokunulmaz haklarla sınırlayan yaklaşımı reddettiği görülmektedir<sup>70</sup>.

64 Bu noktada Amerikan insan hakları sisteminin ilkenin değerlendirilmesi hususunda daha geniş bir yaklaşım bulunduğu görülmektedir. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, Haiti/Amerika Birleşik Devletleri kararında Birleşik Devletler'in, Haitili başvuruçuları açık denizde iken kendi yetkisi altında bulunan gemilere yerleştirerek ülkeye girişine engel olmasının ve işkence, kötü muamele ve hatta ölüm riski ile karşı karşıya oldukları Haiti'ye iade etmesinin Bildiri ile koruma altında alınan yaşam, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, kanun önünde eşitlik hakkı, adil yargılanma hakkı ve sığınma hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir (Inter-Am.C.H.R., 13.03.1997, The Haitian Centre for Human Rights et al. v United States, para 171, 183-8). Komisyon'un kararı, geri gönderme yasağına aykırı uygulamanın Bildiri kapsamında sadece işkence yasağı ya da yaşam hakkı ile sınırlı bir şekilde değerlendirilmediğini göstermesi bakımından ayrıca önem arz etmektedir. Komisyon Djamel Ameziane/Amerika Birleşik Devletleri kararında hakkında geri gönderme kararı verilen başvuruçuya bu karara başvurabileceği etkili yargısal denetim sunulmamasının Bildiri ile düzenlenen adil yargılanma ve usulüne uygun yargılanma hakkı ile bağlantılı olarak *non-refoulement* ilkesinin ihlalini teşkil ettiğine karar vermiştir (Inter-Am.C.H.R., 20.03.2012, Djamel Ameziane v United States, para 262-6).

65 Mahkeme'nin bu yaklaşımını hakkın sınırlandırılması bağlamında orantılılık ilkesinin zımnı uygulaması olarak yorumlayan görüşler bulunmaktadır. Hemme Battjes, 'The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law' (2009) 11 European Journal of Migration and Law 205, 211.

66 Walter Kälin, *Das Prinzip des non-refoulement: das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht* (Peter Lang International Academic Publishers 1982) 181-2.

67 ECtHR, 14038/88, 07.07.1989, Soering v The United Kingdom para 88. Benzer şekilde bkz. ECtHR, 22414/93, 15.11.1996, Chahal v The United Kingdom, para 79.

68 Maarten Den Heijer, 'Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of *Non-Refoulement* under the European Convention on Human Rights' (2008) 10(3) European Journal of Migration and Law 277, 298.

69 ibid 297; Noll (n 26) 462.

70 Mahkeme'nin söz konusu yaklaşımını yansıtan kararlar "*Sözleşme'nin 5., 6., 8. ve 9. Maddesi Çerçevesinde Yapılan Başvurular*" başlığı altında incelenecektir.



Bununla birlikte özellikle 3. madde kapsamında yapılan değerlendirmeleri, hükmün *jus cogens* niteliği kapsamında değerlendiren görüşler bulunmaktadır<sup>71</sup>. Ancak Sözleşme sisteminde Sözleşme ile koruma altına alınan haklar çerçevesinde bir koruma öngördüğünden<sup>72</sup> hükmün uluslararası hukuktaki *jus cogens* niteliği Sözleşme bağlamında yargılamasını sürdüren Mahkeme bakımından belirleyici bir unsur olarak kabul edilemez. Ki Mahkeme'nin de değerlendirmelerinde hükmün *jus cogens* niteliğine değinmediği görülmektedir<sup>73</sup>.

Mahkeme'nin bireyin geri gönderilmesi sonucunu doğuran eylem veya işlem sonucu ortaya çıkan ihlalin telafi edilmez niteliğine yaptığı vurgu<sup>74</sup> ise söz konusu ihlalin ciddiyetinin belirlenmesinde bir araç niteliğindedir<sup>75</sup>. Bu sebeple söz konusu durum ilkenin uygulanması bağlamında tanımlayıcı bir nitelik arz etmemektedir. Mahkeme'nin 2. ve 3. maddeler dışındaki hak ve özgürlükler için aradığı açık ihlal niteliği ise daha yüksek bir öngörülebilirliğin ifadesi olarak okunabilir<sup>76</sup>. Bu durum kişinin geri gönderilmesi sonucu maruz kalacağı muameleye ilişkin risk düzeyi ile yakın ilişkilidir. Ancak Mahkeme'nin söz konusu hak ihlallerine ilişkin başvurularda, son dönemde 6. madde bakımından yaptığı değerlendirmeler dışında, risk düzeyinden ziyade Sözleşme'nin 3. maddesi perspektifinden değerlendirmede bulunduğu görülmektedir.

### A. Sözleşme'nin 2., 3. ve 4. Maddesi Çerçevesinde Yapılan Başvurular

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişinin geri gönderilmesi halinde maruz kalacağı muamele sebebiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalini konu alan başvuruları genel itibarıyla Sözleşme'nin 3. maddesi ve Sözleşme'ye Ek 6. Protokol'ün 1. maddesi ile birlikte değerlendirmektedir.

71 Theo Vogler, 'The scope of extradition in the light of the European Convention on Human Rights' *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, F. Matscher and H. Petzold (Eds.) (1988) 669-670'den aktaran Noll (n 26) 459-460.

72 Sözleşme bağlamında ilkenin uygulanmasında ihlalin yöneldiği hak veya özgürlüğün *jus cogens* niteliğinin ölçüt alınması, -*jus cogens* normun doğasına bağlı olarak- ölçütün tanımlanması hususunda belirsizliğe sebep olabilecektir. Den Heijer (n 68) 298-9.

73 Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi yargılamasında ilkenin *jus cogens* niteliği haiz olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. dp. 6.

74 ECtHR, 14038/88, 07.07.1989, Soering v The United Kingdom, para 90.

75 *Non-refoulement* ilkesinin Sözleşme bağlamında uygulanmasını ortaya çıkan ihlalin telafi edilemez niteliği ile gerekçelendirmenin, uygulama bağlamında belirsizliğe yol açacağı öngörülmektedir. Noll (n 26) 466. Benzer yönde bkz. Den Heijer (n 68) 301.

76 Den Heijer (n 68) 306-7.

Mahkeme 2005 tarihli Bader ve Kanbor/İsveç<sup>77</sup> kararında ise başvuru hakkındaki ölüm cezası verilen devlete geri gönderilmesi işlemini konu alan başvuruda, Suriye'deki mevcut uygulamanın, başvuru hakkını savunma hakları göz ardı edilerek yapılan yargılamanın ve söz konusu yargılama sonucunda verilen ölüm cezasının infazına dair bilgilerin belirsizliğinin, başvuru hakkının sınır dışı edilmesi halinde Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerine aykırı bir muamele ile karşılaşacağına ilişkin gerçek bir riskin varlığı bakımından somut gerekçeleri oluşturduğunu belirterek başvuru hakkının sınır dışı edilmesinin bu maddeler ile korunan hakların ihlaline yol açacağını tespit etmiştir<sup>78</sup>. Mahkeme bu kararı ile sınır dışı işlemlerinin Sözleşme'nin 3. madde dahilinde değerlendirilmesini öngören yerleşmiş uygulamasının, kişinin sınır dışı edildiği ülkede idam edileceği veya herhangi bir şekilde hakkında verilen ölüm cezasının infaz edileceğine ilişkin ciddi bir riskin varlığı halinde Sözleşme'nin 2. maddesi veya Sözleşme'ye Ek 6. Protokol'ün 1. maddesi kapsamında inceleme yapılmasını dışlamadığını vurgulamıştır<sup>79</sup>.

Mahkeme 2014 tarihli Al-Nashiri/Polonya kararında ise Sözleşme'nin 2. maddesi ile ölüm cezasına mahkum edileceğine dair gerçek bir riske ilişkin somut gerekçelerin varlığı halinde bireyin sınır dışı veya iade edilmesinin yasaklandığını vurgulayarak Polonya tarafından Guantanamo'da bulunan Amerika Birleşik Devletleri Askeri Üssüne gönderilen ve Birleşik Devletler Askeri Komisyonu önünde yargılamaya tabi tutulan başvuru sahiplerinin, söz konusu Askeri Komisyon önünde yapılacak yargılama sonucunda ölüm cezasına mahkum edileceğine dair somut ve öngörülebilir bir riskin bulunduğu tespit etmiş ve Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Sözleşme'ye Ek 6 Numaralı Protokol'ün ilk maddesi ile birlikte ele alındığında Sözleşme'nin 2. ve 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>80</sup>.

Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesi söz konusu başvurularda ise hakkın mutlak niteliği çerçevesinde yargılama sürecini sürdürmekte, maddenin uygulamasında esas alınacak ölçütleri belirlerken devletin yükümlülüklerinin kapsamına ilişkin de değerlendirmede bulunmaktadır.

77 Söz konusu kararda Mahkeme hükmünü Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri üzerine kurmuştur. Ancak karar, Mahkeme'nin *non-refoulement* ilkesini yaşama hakkı ile ilişkilendirmesi bakımından incelendiği için Mahkeme'nin sadece 2. madde bakımından sergilediği yaklaşıma yer verilmiştir. Karar, 2002 yılından itibaren İsveç'te bulunan Suriye vatandaşı Kamal Bader'in sığınma talebinin reddedilmesi ve ardından Suriye'ye sınır dışı edilmesi yönünde karar verilmesi üzerine Mahkeme'ye yaptığı başvuruyu konu almaktadır. İsveç yetkili makamlarınca hakkında sınır dışı kararı verilen başvuru öncelikle İsveç ulusal hukuk mekanizmalarında gerekli başvuruları yapmış; Suriye'deki hukuk sisteminin adil işlemediğine ilişkin beyanı ile birlikte, gıyabında Suriye Bölge Mahkemesi'nde yapılan yargılama sonucu ölüm cezasına mahkum edildiğini gerekçe göstererek hakkında verilen sınır dışı kararına itiraz etmiş ve tekrar sığınma talebinde bulunmuştur. İtirazı inceleyen İsveç makamları, Suriye Büyükelçiliği ile irtibata geçerek bahsedilen ölüm cezası kararı ve bu kararın infaz edilip edilmeyeceği hakkında bilgi talep etmiş ve bu taleplerine karşılık Elçilik'in söz konusu cezada indirimle gidileceği ve ölüm cezasının muhtemelen uygulanmayacağı yönündeki bildirimini üzerine başvuru hakkının sığınma talebini reddetmiştir. Bu karar üzerine başvuru, hakkında ölüm cezası verilen bir ülkeye sınır dışı edilmesi halinde Sözleşme ile korunan haklarının ihlal edileceği gerekçesi ile Mahkeme'ye başvurmıştır. ECtHR, 13284/04, 08.11.2005, Bader and Kanbor v Sweden <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70841>> 30 Ocak 2021.

78 ibid para 43-8.

79 Sözleşme'nin 2. maddesinin ölüm cezasına izin verir şekilde yorumlanmasında dahi adil bir yargılama olmaksızın ölüm cezasının uygulanmasının Sözleşme'ye aykırı olacağını belirtmiştir. ibid para 41-2.

80 ECtHR, 28761/11, 24.01.2014, Al-Nashiri v Poland, para 576-9 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146044>> 4 Temmuz 2022.

Mahkeme'nin suçluların iadesini konu alan 1989 tarihli Soering/Birleşik Krallık kararı<sup>81</sup> *non-refoulement* ilkesinin uygulanması hususunda geniş bir değerlendirme içermektedir. Mahkeme kararında, iadesi talep edilen kişinin gönderileceği devlet tarafından verilecek güvencelerin en az Sözleşme standartları kadar etkili olması gereğini aramış<sup>82</sup> ve varmış olduğu sonucu, Sözleşme'nin konu ve amacına yaptığı vurgu ve bu konu ve amaç çerçevesinde Sözleşme'yi etkin kılacak yorumun benimsenmesi gerektiği argümanı<sup>83</sup> ile desteklemiştir. Devamında ise 3. maddenin mutlak niteliğine dikkat çekerek kişinin iade edilmesi durumunda başvurunun maruz kalacağı muamelenin ciddiyeti ve telafisinin imkansızlığı çerçevesinde gerçek bir riskin varlığının, gönderen devletin Sözleşme hükümleri kapsamında sorumluluğunu doğuracağını belirtmiştir<sup>84</sup>. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından yapılan değerlendirmenin kapsamının sadece yaşanabilecek fiziksel acıyla sınırlanmaması gerektiğini belirtmiş, cezanın infazında önemli bir gecikme sonucu mahkumun maruz kalacağı ıstırap nedeniyle duyacağı korkunun yol açacağı ruhsal rahatsızlığın da dikkate alınması gereğine dikkat çekerek “ölüm bekleyişi olgusu”nu 3. madde bağlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ile ilişkilendirmiştir<sup>85</sup>.

Mahkeme sınır dışı etme işlemini Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirdiği 2000 tarihli Jabari/Türkiye kararında<sup>86</sup> ise sınır dışı edilen kişinin gönderildiği ülkede işkence, insanlık dışı muamele yahut onur kırıcı muamele ve

81 Davaya konu olayda, Alman vatandaşı başvuru kız arkadaşı ile birlikte çek sahtekarlığı suçu işlediği gerekçesi ile Birleşik Krallık'ta yakalanmıştır. Bu olaya ilişkin soruşturma sırasında başvurunun bir yıl önce Amerika Birleşik Devletleri'nin Virginia eyaletinde kız arkadaşının da desteği ile onun anne ve babasını öldürdüğü anlaşılmıştır. Birleşik Devletler yetkililerinin Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık arasında var olan Suçluların İadesine İlişkin Andlaşma'ya dayanarak başvurunun ve kız arkadaşının iadesini talep etmesi üzerine, Birleşik Krallık, ilgili kişilerin Birleşik Devletlere iade edilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine başvuru, iade işlemi gerçekleştirilmeden önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmıştır. Komisyon başvuru kabul edilebilir bulurken sadece yargılama sürecindeki etkili başvuru hakkı bakımından ihlal olduğuna karar vermiştir. Komisyon başvuruya ilişkin raporu hazırladıktan sonra başvuru Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülmüştür. Mahkeme, Komisyon'dan farklı olarak başvuruyu Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. ECtHR, 14038/88, 07.07.1989, Soering v The United Kingdom..

82 ibid para 82.

83 ibid para 87.

84 ibid para 88, 90-1. İnsan Hakları Komitesi de *non-refoulement* ilkesini Sözleşme kapsamında değerlendirdiği taraf devletler raporlarına ilişkin sonuç gözlemlerinde, Sözleşme'nin yaşam hakkını koruma altına alan 6. maddesi ve işkence yasağının yer aldığı 7. maddesi bağlamında geri gönderme yasağının, mutlak şekilde uygulanması gerektiğini birçok kez vurgulamıştır. CCPR/C/USA/CO/4, 23 April 2014, Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America, para 13. Komite 2017 tarihli İtalya'nın altıncı periyodik raporuna ilişkin sonuç gözlemlerinde benzer yönde yaklaşım sergilemekle birlikte taraf devletlerin göçmenleri toplu sınır dışı etmekten kaçınmaları gerektiğini belirtmiştir. CCPR/C/ITA/CO/6, 1 May 2017, Concluding observations on the sixth periodic report of Italy, para 25. Benzer yönde, CCPR/C/MLT/CO/2, 21 November 2014, Concluding observations on the second periodic report of Malta, para 17.

85 Mahkeme, Birleşik Krallık yetkilileri tarafından güvence istemi talebi ile Birleşik Devletlere yapılan başvurulara verilen cevapların yeteri kadar açık olmadığından hareketle, başvurunun iadesi durumunda Birleşik Devletler'de ölüm cezasına mahkum edileceğini veya “ölüm bekleyişi olgusuna” maruz kalacağını belirterek Virginia Eyaleti'ndeki mevcut uygulamalardan hareketle başvurunun iadesinin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline sebep olacağına karar vermiştir. ECtHR, 14038/88, 07.07.1989, Soering v The United Kingdom para 92-100, 106.

86 Davaya konu olayda, Türkiye'ye yasadışı yollarla giriş yapan İran vatandaşı başvuru, İran'da zina suçu işlediği ve kendisi hakkında cezai tahkikat başlatılmadan önce oradan ayrılmak zorunda kaldığı, eğer geri gönderilirse bu suçtan dolayı yargılanacağı ve insanlık dışı cezaya (falaka/recm) çarptırılacağı iddiasıyla sığınma talebinde bulunmuştur. Başvurunun talebi, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından kabul edilirken ulusal mevzuat ile belirlenen başvuru süresinin geçmesi nedeniyle Türk yetkili makamlarınca reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru sınır dışı edilmesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmıştır. ECtHR, 40035/98, 11.07.2000 Jabari v Turkey, para 9-18 <http://hudoc.echr.coe.int/fire?i=001-58900> 20 Şubat 2021

cezaya tabi tutulacağına ilişkin ciddi dayanakları varsa ve bu durum gerçek bir risk oluşturuyorsa 3. maddenin başvuru sınırları sınır dışı etmeme yükümlülüğü içerdiğini belirtmiştir<sup>87</sup>.

Mahkeme 2009 tarihli Abdolkhani, Karimnia/Türkiye kararında<sup>88</sup> ise Sözleşme'nin 3. maddesi ile korunan hakların mutlak niteliği gereğince, maddenin ihlaline sebep olacak tehlikenin kaynağının devlet görevlisi/yetkilisi sıfatına sahip olmasının aranmadığını vurgulamıştır<sup>89</sup>. Mahkeme böyle bir durumda başvuru sınırlarının geri gönderileceği ülke koşullarının, her başvurunun haiz olduğu şartlar bakımından göreceli olmakla birlikte, Sözleşme'nin 3. maddesinde öngörülen kriterler bakımından değerlendireceğini ve bu bağlamda başvurunun geri gönderilmesi durumunda karşılaşılabileceğini iddia ettiği kötü muamelelerin asgari bir ciddiyet düzeyine ulaşması gerektiğini belirterek<sup>90</sup> gerçek riskin varlığı için aradığı şartları somutlaştırmaya çalışmıştır. Mahkeme, söz konusu tespitin geri gönderilen ülkedeki somut olaylar ve mevcut uygulama ışığında, başvuru sınırlarının sistematik olarak kötü muameleyle maruz kalan bir gruba üyeliğine ilişkin ciddi nedenlerin varlığı göz önünde bulundurularak ve iade veya sınır dışı etme sırasında geri gönderen devlet tarafından bilinen veya bilinmesi gereken olaylar referans alınarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>91</sup>. Devamında ise bir yabancıya geçiş ülkesine gönderilmesinin, sınır dışı eden devletin 3. maddenin ihlaline sebep olacak bir muameleyle maruz bırakılmamasını güvence altına alma sorumluluğunu etkilemediğini belirterek -Irak makamlarınca İran'a gönderilmesine karşı yeterli koruma sağlayan yasal bir çerçeve olmaksızın- Irak'a sınır dışı edilmelerinin de 3. maddenin ihlali ile sonuçlanacağını ifade etmiştir. Mahkeme bu yorumu ile devletin, bir başka devletin

87 Mevcut dava bakımından yaptığı değerlendirmesinde 3. madde ile korunan hakkın niteliğine vurgu yaparak, bir bireyin sınır dışı edildiği takdirde o ülkede 3. madde tarafından yasaklanmış bir muameleyle maruz kalacağına ilişkin iddiasının titizlikle incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Devamında ise İran'daki mevcut kanuni düzenlemeler doğrultusunda ve zina suçunun reem ile cezalandırıldığı göz önünde bulundurularak başvuru sınırlarının İran'a sınır dışı edilmesinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceği yönünde karar vermiştir. ibid para 38-42.

88 Mahkeme başvuruda başvuru sınırlarının sınır dışı edilmesine ilişkin kararı, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nce mülteci statüsü tanınmış olan ve yasadışı yollarla Irak üzerinden Türkiye'ye gelen başvuru sınırlarında verilecek sınır dışı kararlarına karşı Türkiye tarafından İran'a sınır dışı edildikleri takdirde ölüm ve kötü muamele riski ile karşı karşıya oldukları ve aynı şekilde Irak'a sınır dışı edilmeleri halinde de ülkede var olan yaygın şiddet hareketleri sebebiyle işkence ve kötü muameleyle maruz kalacakları iddialarıyla Sözleşme'nin 3. maddesi ile korunan haklarının ihlal edileceğini ileri sürerek Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme kararında başvuru sınırlarının sınır dışı edilmeleri sonucu işkence, insanlık dışı muamele yahut onur kırıcı muamele ve cezaya tabi tutulacağına ilişkin gerçek bir riskin varlığı halinde 3. maddenin başvuru sınırlarını sınır dışı etmeme yükümlülüğü içerdiğini kabul etmiştir. ECtHR, 30471/08, 22.09.2009, Abdolkhani and Karimnia v Turkey <<http://hudoc.echr.coe.int/ENG?i=003-2865468-3141445>> 25 Ocak 2012.

89 ibid para 74. Benzer yönde bkz. ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden, para 80 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165442>> 2 Mayıs 2022.

90 ECtHR, 30471/08, 22.09.2009, Abdolkhani and Karimnia v Turkey, para 73.

91 Mevcut başvuru bakımından ise Mahkeme, başvuru sınırlarının sunduğu kanıtlar, İran'daki mevcut duruma ilişkin Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve diğer hükümet dışı örgütlerin raporları ışığında başvuru sınırlarının, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muameleyle tabi tutulmalarına ilişkin gerçek bir riskin var olduğunu tespit ederek başvuru sınırlarının İran'a sınır dışı edilmeleri halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceği yönünde karar vermiştir. ECtHR, 30471/08, 22.09.2009, Abdolkhani and Karimnia v Turkey, para 75-92. Benzer şekilde Mahkeme'nin başvuru sınırlarının geri gönderilmesi halinde kötü muamele ile karşılaşacağına ilişkin risk değerlendirmesinde bilinen veya bilinmesi gereken olayları referans alması gerektiğine ilişkin kararlar için bkz. ECtHR, 43611/11, 23.03.2016, F.G. v Sweden, para 115; ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden, para 106; ECtHR, 28492/15 49975/15, Khasanov And Rakhmanov v Russia, para 113 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217061>> 12 Eylül 2022. Benzer yönde bkz. ECtHR, 30696/09, 20.01.2011, M.S.S. v Belgium and Greece, para 358-9 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103050>> 13 Ağustos 2022.

yetkisi altında gerçekleşecek ihlalleri mümkün kılan nedensellik zincirinin bir parçası olması halinde dahi sorumluluğunun doğabileceğinin altını çizmiştir<sup>92</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki Mahkeme geri gönderme işlemlerinin Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında değerlendirilmesi için geri gönderilen devletin başvuruçunun menşei ülkesi olmasını aramamıştır. Mahkeme 2011 tarihli M.S.S./Belçika ve Yunanistan kararında, Belçika makamlarının Afganistan uyruklu başvuruçunun Yunanistan'a geri gönderilmesine hükmeden sınır dışı kararının, başvuruçunun Yunanistan'da maruz kalacağı aşağılayıcı muamele ve yaşam koşulları bağlamında Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında ihlali ile sonuçlandırıldığına karar vermiştir<sup>93</sup>.

Mahkeme'nin iltica talep eden kişilerin Ruanda'ya gönderilmesine ilişkin başvuruyu konu alan 2022 tarihli N.S.K./Birleşik Krallık geçici tedbir kararı<sup>94</sup> ise Sözleşme bağlamında ilkenin, kişilerin gönderildiği ülke devletinin Sözleşme'ye taraf olmasından bağımsız uygulandığının bir diğer göstergesidir. Karar, Birleşik Krallık'a iltica talebi reddedilen ve ret kararı doğrultusunda ulusal hukuk düzeninde yaptığı itiraza ilişkin yargı süreci tamamlanmadan Birleşik Krallık ve Ruanda arasında yapılan Mutabakat gereğince Ruanda'ya yerleştirilmesine karar verilen Irak vatandaşı N.K.S.'nin Mahkeme'ye yaptığı başvuruyu konu almaktadır.

Mahkeme, başvuruçunun Ruanda'ya gönderilmesi halinde Sözleşme'ye aykırı muameleye maruz kalma riski bulunmasının yanı sıra Ruanda'nın Sözleşme'ye taraf olmaması ve iltica talebinin reddi kararına karşı yapılan itirazın olumlu sonuçlanması sebebiyle Ruanda'ya gönderilen başvuruçunun Birleşik Krallık'a dönmesi gerektiğinde, böyle bir geri gönderme işlemini uygulanabilir kılacak hukuki bir mekanizmanın yokluğu sebebiyle ulusal düzeyde yürütülen yargılama sonuçlanana kadar başvuruçunun Ruanda'ya gönderilmemesi gerektiğine ilişkin geçici tedbir karar vermiştir. Mahkeme bu karara varırken Birleşik Krallık'tan Ruanda'ya nakledilen kişilerin mülteci statülerinin belirlenmesi hususunda adil ve etkili prosedürlere erişimi olmayacağına ilişkin Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin raporları ve Ruanda'nın güvenli üçüncü devlet statüsünü haiz olup olmadığına dair hususların dikkate alındığını belirtmiştir<sup>95</sup>.

92 Benzer yönde bkz. ECtHR, 59793/17, 11.12.2018, M.A. and Others v Lithuania, para 105-115. İnsan Hakları Komitesi Munaf/Romanya kararında, gerçek bir riskin varlığına ilişkin değerlendirmenin taraf devletin o sırada sahip olduğu bilgiler kapsamında yapılması gerektiğini belirtmiş ve bu bağlamda başvuruçunun, geri gönderilen devlet tarafından Sözleşme'ye aykırı muameleye tabi olacağı üçüncü bir devlete gönderilmesinin de devletin sorumluluğu kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir (HRC, Communication No. 1539/2006, 21.09.2009, Mohammad Munaf v Romania, para 14.2 <[https://www.cccprecentre.org/wp-content/uploads/2012/10/1539-2006-Romania\\_en.pdf](https://www.cccprecentre.org/wp-content/uploads/2012/10/1539-2006-Romania_en.pdf)> 22 Eylül 2021). Bu noktada belirtmek gerekir ki ilke ile öngörülen koruma sadece kişinin menşei ülkesi ile sınırlı değildir, kişinin kötü muameleye maruz bırakılma riski altında olacağı herhangi bir ülkenin sınırlarına gönderilmesi yasaklanmaktadır. Ancak kişinin, böyle bir riski taşımayan güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesine ilişkin bir engel bulunmamaktadır (Çiçekli (n 2) 279).

93 ECtHR, 30696/09, 21.01.2011, M.S.S. v Belgium And Greece, para 362-8.

94 ECtHR, The European Court grants urgent interim measure in case concerning asylum-seeker's imminent removal from the UK to Rwanda, Press Release 14.06.2022 (ECHR 197 (2022)) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7359967-10054452>> 14 Temmuz 2022.

95 ibid, s. 2.

Mahkeme ilkenin Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında uygulanmasını konu alan başvurularda maddenin kapsamı bakımından da yorumda bulunmaktadır. Mahkeme'nin kişinin gönderileceği devlette karşılaşılabileceği muameleye ilişkin değerlendirme yapılması gereğini, 3. madde kapsamında ayrı bir yüküm olarak tanıdığı görülmektedir<sup>96</sup>. Özellikle başvurucuların iltica taleplerinin değerlendirilmemesi; iltica talep eden kişilerin sınırda reddi bağlamında yapılan başvurular, Mahkeme'nin 3. maddenin kapsamına ilişkin söz konusu yaklaşımını tetikleme ya da açık bir biçimde ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir.

Mahkeme, 2018 tarihli M.A. ve Diğerleri/Litvanya kararında sınır görevlileri bakımından başvurucuların iltica talebinde bulunmasına izin verilmemesinin ve dolayısıyla geri gönderilmeleri halinde kötü muameleye maruz kalacaklarına ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olmasının Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali ile sonuçlandığını ifade etmiştir<sup>97</sup>.

Mahkeme 2020 tarihli M.K. ve Diğerleri/Polonya kararında da Sözleşme'nin 3. maddesi ile korunan hakkın mutlak niteliğini ön plana çıkararak benzer bir yorumda bulunmuş; iltica talebinde bulunmak için Polonya-Belarus sınırına gelen başvurucuların geri gönderilmeleri halinde kötü muameleye maruz kalıp kalmayacaklarına ilişkin bir değerlendirme yapılmasını taraf devletin Sözleşme'nin 3. maddesi ile üstlendiği yükümlülüğün bir parçası olarak yorumlamıştır<sup>98</sup>. Mahkeme, iltica prosedürünün Rus vatandaşları açısından etkili şekilde işlemediği resmi istatistiklerle doğrulanan Belarus'ta bulunan ve Polonya-Belarus sınırındaki kontrol noktasından girişlerine izin verilmeyerek uluslararası koruma başvurusunda bulunmaları engellenen Rus vatandaşları başvurucuların, Belarus'un kendileri bakımından güvenli üçüncü ülke statüsünde olmadığını ve Belarus'tan Çeçenistan'a gönderilmeleri halinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muameleye maruz kalacaklarına ilişkin belgeler sunduklarını dikkate alarak; başvurucuların özellikle talepleri yetkili bir yerel makam tarafından uygun şekilde incelenene kadar Polonya yetkisi içinde kalmalarına izin vermek suretiyle başvurucunun güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır<sup>99</sup>. Bu bağlamda bir devletin sınır kontrol noktasında, uluslararası koruma başvurusu bekleyen ve komşu devletin topraklarında kalması halinde kötü muameleye maruz kalabileceğini iddia eden bir bireyin, böyle bir riski ortadan kaldırmak için yeterli tedbirler alınmadıkça, ülke topraklarına erişiminin engellenmemesi gerektiğini belirtmiştir<sup>100</sup>.

96 Mahkeme'nin geri göndermeye ilişkin davalarda Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında benimsediği yaklaşıma ilişkin geniş analiz için bkz. Saadet Yüksel, 'Procedural aspects of the European Court of Human Right's Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases' (2022) 42 (2) Public and Private International Law Bulletin 777, 779-788.

97 ECtHR, 59793/17, 11.12.2018, M.A. and Others v Lithuania, para 105-115. Benzer yönde bkz. ECtHR, 51246/17, 08.07.2021, D.A. and Others v Poland, para 71-2 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210855>> 3 Kasım 2022.

98 ECtHR, 40503/17; 42902/17; 43643/17, 23.07.2020, M.K. and Others v Poland, para 178. Benzer yönde karar için bkz. ECtHR, 41326/17, 8098/18, 8147/18, 8384/18, 10.03.2022, Shenturk and Others v Azerbaijan, para 116 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216016>> 11 Eylül 2022.

99 ibid para 177-9.

100 ibid para 179.

Mahkeme 2022 tarihli O.M. ve D.S./Ukrayna kararında ise uluslararası havalimanının transit bölgesinde iltica talebinde bulunan Kırgızistan vatandaşı başvuruçunun, Ukrayna makamları tarafından Gürcistan'a gönderilmesini, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirmiş; devletin 3. madde ile üstlendiği yükümlün, başvuruçunun gönderildiği devletin güvenli üçüncü ülke statüsüne sahip olup olmadığına ilişkin değerlendirmeyi de kapsadığını kabul etmiştir. Mahkeme Ukrayna makamlarının, ilgili ve güncel bilgiler ışığında Gürcistan'ın iltica prosedürünün; başvuruçunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muameleye maruz kalmasına ilişkin değerlendirme yapılmaksızın doğrudan veya dolaylı olarak Kırgızistan'a gönderilmesini önlemek için yeterli güvenceleri sağlayıp sağlamadığına ilişkin değerlendirme yapmamasının 3. maddenin ihlali ile sonuçlandığını tespit etmiştir<sup>101</sup>.

Mahkeme'nin başvuruçunun gönderildiği devletin güvenli üçüncü ülke statüsüne sahip olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılması gereğini, 3. madde ile üstlenilen yükümlün bir parçası olarak kabul eden M.K. ve Diğerleri/Polonya ve O.M. ve D.S./Ukrayna kararları, geri gönderme işlemleri bakımından devletin, bir başka devletin yetkisi altında gerçekleşecek ihlalleri mümkün kılan nedensellik zincirinin bir parçası olması halinde dahi sorumluluğunun doğabileceğine ilişkin kabulün usuli görünümüdür. Mahkeme bu yaklaşımıyla maddenin bütüncül koruma sunmasına hizmet ederken, madde ile sağlanan korumayı da güçlendirmektedir.

Mahkeme 2021 tarihli K.I./Fransa kararında ise terör suçundan mahkum olduğu için ulusal düzenleme gereğince mülteci statüsü sona eren Rus vatandaşı başvuruçunun, Fransız toplumu için ciddi bir tehdit oluşturduğu gerekçesiyle Rusya'ya sınır dışı edilmesini öngören işlem bakımından yaptığı değerlendirmesinde, kişinin Rusya'ya gönderilmesi halinde maruz kalacağı koşullara ilişkin değerlendirme yapılmamasının 3. maddenin ihlali ile sonuçlanacağını ifade etmiştir<sup>102</sup>. Karar başvuruçunun, gönderen devlet ülkesinde bulunması itibarıyla Mahkeme'nin, ülke sınırında iltica talebi ve talebin gerektirdiği incelenmenin yapılması gereğini madde ile üstlenilen yükümlün bir parçası olarak kabul eden önceki kararlarından ayrılmakta; Sözleşme sisteminde ilke ile sağlanan korumanın, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nden farklı olarak mutlak nitelik arz ettiğini göstermesi bakımından ise ayrıca önem arz etmektedir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 4. maddesi ile ilişkilendirilen başvuruları ise genel yaklaşımına uygun şekilde Sözleşme'nin 3. maddesi ile birlikte değerlendirmektedir. Mahkeme,

101 Mahkeme'nin 3. madde bakımından yapılan değerlendirmeden sonra Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından ayrıca değerlendirme yapılmasının gerekli olmadığını belirtmesi ise 3. maddenin kapsamının genişlediğinin teyididir. ECtHR, 18603/12, 15.09.2022, O.M. and D.S. v Ukraine, para 96-100 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-219197>> 3 Ocak 2023.

102 ECtHR, 5560/19, 15.04.2021, K.I. v France, para 145-6 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209520>> 14 Aralık 2022.

1999 tarihli Ould Barar/İsveç kararında<sup>103</sup>, geri gönderme işlemleri ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin kölelik ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 4. maddesi bakımından değerlendirmede bulunmuştur. Mahkeme, 4. madde bakımından yaptığı değerlendirmesinde işkence yasağı bakımından yaptığı değerlendirmesine atıfta bulunduktan sonra, Moritanya hukukunda köleliğin yasaklandığına dolayısıyla başvuruçunun böyle bir muameleye maruz kalma riskinin olmadığına karar vermiştir<sup>104</sup>. Mahkeme bu yorumu ile *non-refoulement* ilkesi bağlamında 4. madde bakımından yapılacak değerlendirmeyi reddetmeksizin Sözleşme'nin 4. maddesine aykırı olarak ortaya çıkacak muamelenin işkence yasağı kapsamında değerlendirilebileceğine işaret etmiştir.

Görülmektedir ki Mahkeme, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri çerçevesinde yaptığı değerlendirmeleri konu alan söz konusu kararlarda *non-refoulement* ilkesini, devletin pozitif yükümlülükleri ile ilişkilendirmekte ve ilkeyi devletlerin kendi yetki alanlarındaki bireylerin aykırı muameleye maruz kalmalarını önleme yükümlülüğü kapsamında yorumlamaktadır<sup>105</sup>. Mahkeme hükmünü kurarken Sözleşme'nin konu ve amacı çerçevesinde hareket etmekte, hakkın niteliği üzerinden gerekçelendirmesini sürdürmekte ve Sözleşme'nin 3. maddesi ile korunan hakkın mutlak niteliğini ön plana çıkararak kişinin gönderileceği devlette karşılaşılabileceği muameleye ilişkin değerlendirme yapılması gereğini -ilke kapsamında- ayrı bir yüküm olarak tanımaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme'nin sınır dışı etme, iade gibi işlemler sonucu ülkesine veya geldiği ülkeye geri gönderilen kişinin o ülkede Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalini teşkil edecek bir muameleye maruz kalacağına ilişkin gerçek riskin varlığı halinde, gönderen devlet bakımından bu hakkın ihlal edileceğini kabul ederek bu hususta yerleşik bir uygulamanın oluşmasını sağladığı görülmektedir<sup>106</sup>.

103 Başvuruçunun Moritanya'ya geri gönderilmesi halinde Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesinin ve köle olarak çalıştırılmaya zorlanacağını ileri sürerek 4. maddesinin ihlal edileceği ileri sürmüştür. Mahkeme, 3. madde bakımından yaptığı değerlendirmesinde, başvuruçunun Moritanya'ya geri gönderilmesi halinde madde hükmüne aykırı muamele görme riskiyle karşı karşıya olduğuna inanmak için somut gerekçelerin bulunmadığına karar vermiştir. Sözleşme'nin 2. ve 4. maddeleri bakımından yaptığı değerlendirmede ise 3. madde bakımından yaptığı değerlendirmeye atıfta bulunarak başvuruçunun bu maddelere aykırılık teşkil edecek bir muameleye maruz kalacağına ilişkin yeterli delil sunulmadığına karar vermiştir. ECtHR, 42367/98, 19.01.1999, Ould Barar v Sweden (As to The Admissibility) <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-4507>> 22. Mayıs 2022.

104 ibid para 2.

105 Den Heijer (n 26) 148.

106 ECtHR, 14038/88, 07.07.1989, Soering v The United Kingdom para 111; ECtHR, 40035/98, 11.07.2000, Jabari v Turkey, para 42; ECtHR, 46827/99, 46951/99, 04.02.2005, Mamatkulov and Askarov v Turkey, para 71-8; ECtHR, 13284/04, 08.11.2005, Bader and Kanbor v Sweden, para 48; ECtHR, 30471/08, 22.09.2009, Abdolkhani and Karimnia v Turkey, para 90; ECtHR, 46605/07, 13.04.2010, Charahili v Turkey, para 60 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98256>>; ECtHR, 36370/08, 13.04.2010, Keshmiri v Turkey, para 26 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98261>>; ECtHR, 29217/12, 04.11.2014, Tarakhel v Switzerland, para 102-5; ECtHR, 43611/11, 23.03.2016, F.G. v Sweden, para 111-6; ECtHR, 7211/06, 07.06.2016, R.B.A.B. and Others v The Netherlands, para 54-9; ECtHR, 58182/14, 07.11.2017, K.I. v Russia, para 32-48 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178361>> 15 Nisan 2022. Mahkeme bazı kararlarında başvuruçunun geri gönderilmesi bakımından hükmünü kurarken Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmesi riskine ilişkin somut gerekçeler bulunduğunu tespit etmiştir. ECtHR, 21896/08, 19.01.2010, Z.N.S. v Turkey, para 49 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96773>>; ECtHR, 36009/08, 15.06.2010, M.B. and Others v Turkey, para 34 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99397>>; ECtHR, 15916/09, 13.07.2010, Dbouba v Turkey, para 43 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99905>>, 14 Nisan 2022. İnsan Hakları Komitesi ise 2015 tarihli H.E.A.K./Danimarka kararında, 31 Numaralı Genel Yorumunda benimsenmiş olduğu telafisi imkânsız zarar meydana geleceğine dair gerçek bir riskin varlığına ilişkin somut temeller aranmasının, yüksek bir eşik olduğunu belirterek başvuruçunun gönderileceği ülkedeki insan hakları durumu da dahil olmak üzere tüm ilgili vaktaların ve şartların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir (HRC, 23.07.2015, H.E.A.K. v Denmark, para 8.2). Komite'nin bu yorumu, *non-refoulement* ilkesi bakımından yapılan değerlendirmelerin geniş bir çerçevede yürütülmesinin öngörülmesi bakımından önemlidir.



Mahkeme'nin yargılamasında başvuruçunun geri gönderilmesi halinde ortaya çıkan zararın telafi edilmez niteliğine yaptığı vurgunun ise *non-refoulement* ilkesinin 3. madde kapsamında uygulanması için kullanılan bir argümandan ziyade mağduriyet iddiasının ciddi ve telafisi mümkün olmayan niteliği çerçevesinde madde ile sağlanan güvencenin etkinliğinin sağlanması amacını taşıdığı kabul edilmektedir<sup>107</sup>. Bununla birlikte Mahkeme'nin, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezayı yasaklayan 3. madde kapsamında yaptığı değerlendirmede kötü muamelenin, 3. madde kapsamına girmesi için asgari ciddiyet düzeyine ulaşması gerektiğini kabul ettiği<sup>108</sup> ve kötü muameleyle maruz kalma riskine ilişkin somut gerekçelerin varlığını aradığı görülmektedir. Mahkeme asgari bir ciddiyet seviyesine ilişkin değerlendirmenin, doğası gereği her somut olay bakımından farklı unsurları içerebileceği kaydı ile birlikte, geri gönderilen kişinin karşılaşacağı muamele veya cezanın niteliği, infaz şekli ve yöntemi, süresi ile fiziksel veya zihinsel etkileri gibi hususlar çerçevesinde yapılacağını belirtmektedir.

Mahkeme riske ilişkin incelemenin ise genel itibariyle bilinen ya da bilinmesi gereken durumlar üzerinden kümülatif ve kişisel bir değerlendirme gerektirdiğinin altını çizmektedir<sup>109</sup>. Kişinin belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti, cinsiyeti, sağlık durumu, yaşı, etnik kökeni, sosyoekonomik durumu, dini, siyasi görüşleri, geçmişte maruz kaldığı muamele ve özellikle iltica talep etmesi halinde sahip olduğu uluslararası statü vb. gibi unsurların söz konusu değerlendirmenin bir parçasını oluşturduğu görülmektedir. Bu bağlamda söz konusu unsurlar, tek başına belirleyici olmasa da somut olay bağlamında sunulan genel bir değerlendirmenin bileşenlerini teşkil etmektedir<sup>110</sup>. Bununla birlikte görülmektedir ki kişinin gönderildiği ülkede işkence veya kötü muameleyle maruz kalmayacağına ilişkin alınan diplomatik güvenceler de riske ilişkin yapılan değerlendirmenin kriterlerinden birini oluşturmaktadır. Ancak salt güvencelerin alınmış olması bunların yeterliliğine ilişkin bir değerlendirmeyi engellememektedir<sup>111</sup>.

107 Battjes (n 65) 212.

108 ECtHR, 46827/99, 46951/99, 04.02.2005, Mamatkulov and Askarov v Turkey, para 70; ECtHR, 28127/09, 03.12.2013, Ghorbanov and Others v Turkey, para 29 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138584>> 27 Ocak 2021; ECtHR, 29217/12, 04.11.2014, Tarakhel v Switzerland, para 118 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148070>>; ECtHR, 43611/11, 23.03.2016, F.G. v Sweden, para 112.

109 ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden, para 121. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu değerlendirmenin her kişi özelinde ayrı ayrı yapılması gerektiğini belirtmiş ve geri gönderme işlemine muhatap kişinin olası risk durumuna ilişkin açıklamasının güvenilir, inandırıcı ve tutarlı olması gerektiğini de belirtilmiştir. Bkz. Inter-Am. Ct.H.R., 19.08.2014, Advisory Opinion OC-21/14, para 221. İnsan Hakları Komitesi de benzer şekilde değerlendirmenin kişi özelinde yapılması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bkz. HRC, 23.07.2015, H.E.A.K. v Denmark, para 8.2.

110 Mahkeme'nin söz konusu unsurlar bağlamında kişinin kötü muameleyle maruz kalma riskine ilişkin değerlendirmelerine dair detaylı analiz için bkz. Erna Kristin Blöndal/Oddny Mjöl Arnardóttir, 'Non-Refoulement in Strasbourg: Making Sense of the Assessment of Individual Circumstances' (2018) 5(3) Oslo Law Review 147, 155-171.

111 ECtHR, 37201/06, 28.02.2008, Saadi v Italy, para 148 <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-85276>> 7 Ağustos 2022.

Söz konusu değerlendirmenin kişisel olması gereği ise ispat yükünün başvuruca yüklenilmesini gerektirmektedir<sup>112</sup>. Bu noktada başvuru koşulları bağlamında delil sunmanın zorluğu karşısında belge sunulması hususunda katı bir gereklilik öngörülmemektedir<sup>113</sup>. Başvurucular tarafından deliller sunulduktan sonra böyle bir riskin var olmadığını ortaya koymak ise hükümetin görevidir<sup>114</sup>. Bununla birlikte kişinin gönderildiği ülkede yaygın ve yoğun insan hakkı ihlallerin varlığı halinde, kişisel bir değerlendirmeye gerek kalmaksızın, -söz konusu koşullar bakımından yüksek bir eşik öngörülmüş olmakla birlikte- ilkenin uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>115</sup>. İncelenen kararlarda görüldüğü üzere Mahkeme değerlendirilmelerinde, mevcut durumla birlikte öngörülebilir sonuçlara odaklanılması gerektiğinin altını çizerek Birleşmiş Milletler, yerel hükümetler ve sivil toplum kuruluşlarının raporlarından yararlanmaktadır.

## B. Sözleşme'nin 5., 6., 8. ve 9. Maddesi Çerçevesinde Yapılan Başvurular

Mahkeme'nin *non-refoulement* ilkesinin uygulaması bağlamında Sözleşme'nin 5., 6., 8., ve 9. maddeleri ile ilişkilendirilen başvurular bakımından, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerini konu alan başvurulardan daha ihtiyatlı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir<sup>116</sup>.

Mahkeme 1989 tarihli Soering/Birleşik Krallık kararında sınır dışı etme işlemi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edileceğine ilişkin iddialara karşılık olarak; adil yargılanma hakkının, demokratik bir toplum düzeni bakımından önemli bir yer tutacağını belirterek kişinin sınır dışı işlemi sonucu gönderildiği ülkede adil yargılanmanın açıkça ihlal edilmesi/reddedilmesi (a flagrant denial of a fair trial) riskinin varlığı halinde, istisnai olarak, sınır dışı işleminin Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirmesini dışlamadığını belirtmiştir<sup>117</sup>. Mahkeme bu ifadesi ile sınır dışı işlemlerinin adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmiş ancak bu hususu detaylandırmamıştır. Mevcut olay bakımından ise bu değerlendirmeyi gerektirecek bir riskin doğmadığına karar vermiştir.

Mahkeme sınır dışı işleminin adil yargılanma hakkıyla ilişkilendirildiği 2001 tarihli Einhorn/Fransa başvurusunu<sup>118</sup> da benzer şekilde ele almıştır. Kararda sınır dışı edilmesi durumunda adil yargılanmanın açık ihlalini/reddini (a flagrant denial of

112 Ekşi (n 1) 46-7. Ayrıca bkz. ECtHR, 43611/11, 23.03.2016, F.G. v Sweden, para 120; ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden, para 91.

113 ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden, para 92.

114 ibid para 91; ECtHR, 43611/11, 23.03.2016, F.G. v Sweden, para 120.

115 ECtHR, 25904/07, 17.07.2008, NA. v The United Kingdom, para 115 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87458>> 15 Mayıs 2022; ECtHR, 43611/11, 23.03.2016, F.G. v Sweden, para 116; ECtHR, 28492/15 49975/15, Khasanov And Rakhmanov v Russia, para 96.

116 Den Heijer (n 68) 283.

117 ECtHR, 14038/88, 07.07.1989, Soering v The United Kingdom, para 113.

118 ECtHR, 71555/01, 16.10.2001, Einhorn v France (As to The Admissibility) <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-22159>> 22 Şubat 2022.

justice) teşkil eden uygulamaların varlığına ilişkin somut gerekçelerin varlığı halinde 6. madde kapsamında bir değerlendirme yapılabileceğini ifade etmiştir<sup>119</sup>. Mahkeme 2005 tarihli Mamatkulov/Türkiye kararında ise kişinin gönderileceği ülkede maruz kalacağı adil yargılanmanın açık ihlaline/reddine (a flagrant denial of justice) ilişkin riskin varlığının taraf devletin elinde bulunan ya da bulunması gereken deliller/gerekçeler kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>120</sup>.

Mahkeme başvurunun sınır dışı edilmesi halinde 3. maddenin ihlal edileceği sonucuna vardığı 2008 tarihli Saadi/İtalya kararında ise böyle bir sonucun varlığı halinde adil yargılanmasının açık ihlali/reddi iddiaları karşısında 6. madde bağlamında değerlendirme yapılmasına gerek olmadığını belirterek<sup>121</sup> Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında ihlal kararı verildiği hallerde 6. madde bakımından bir değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır<sup>122</sup>.

Mahkeme, söz konusu kararlarında adil yargılanmanın açık ihlali/reddi bakımından sınır dışı etme, iade gibi kişinin geri gönderilmesine sebep olan durumların 6. madde kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmiş ve gönderen devletin yükümlülüklerini vurgulamıştır. Ancak Mahkeme bu madde ile ilişkilendirilen başvurularda, ekseriyetle, söz konusu hakkın açık ihlalini teşkil edecek yeterli delil olmadığını dolayısıyla karara konu sınır dışı veya iade işleminin 6. madde bakımından ihlal teşkil etmediğine karar verdiğinden<sup>123</sup> bu hususta aranacak kriterlere ilişkin detaylı bir değerlendirme yapmamıştır.

Mahkeme 2012 tarihli Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık kararında ise adil yargılanmanın açık ihlali/reddi (a flagrant denial of justice) ifadesinin, 6. madde hükümlerinin ya da bu madde ile öngörülen ilkelere açık bir biçimde aykırılık taşıyan yargılamalar ile aynı anlama geldiğini ifade etmiş ve kavramın kesin olarak tanımlanmasa da; suç isnadının esaslarının yeniden değerlendirilmesine imkan tanımayan bireyin yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesi, bireye savunma hakkı tanınmamış olması, bireyin avukata erişiminin kasıtlı ve sistematik olarak reddedilmesi, tarafsız ve bağımsız bir yargılama merciinin bulunmaması veya işkence altında elde edilen delillerin yargılamada kullanılması hususlarını içerebileceğini belirtmiştir<sup>124</sup>.

119 ibid para 32-3. Benzer yönde, ECtHR, 17341/03, 22.06.2004, F. v The United Kingdom (As to The Admissibility), para 2 <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-24020>> 20 Şubat 2021.

120 ECtHR, 46827/99, 46951/99, 04.02.2005, Mamatkulov and Askarov v Turkey, para 90 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68183>> 26 Şubat 2021.

121 ECtHR, 37201/06, 28.02.2008, Saadi v Italy, para 160.

122 Nuray Ekşi, 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanması Uygulanamayacağı Sorunu' (2009) 29(1-2) Milletlerarası Hukuk Bülteni 119, 133.

123 ECtHR, 46827/99, 46951/99, 04.02.2005, Mamatkulov and Askarov v Turkey, para 91; ECtHR, 71555/01, 16.10.2001, Einhorn v France, para 34-5.

124 ECtHR, 8139/09, 17.01.2012, Othman (Abu Qatada) v The United Kingdom, para 258-9, 267 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108629>> 3 Ağustos 2022. Benzer yönde bkz. ECtHR, 28761/11, 24.01.2014, Al-Nashiri v Poland, para 562; ECtHR, 71537/14, 15.06.2017, Harkins v The United Kingdom, para 62-3 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175502>> 3 Ağustos 2022.

Bu bağlamda Mahkeme söz konusu ifade çerçevesinde öngörülen durumun, salt yargılama usulüne ilişkin eksikliklerin ötesinde madde ile koruma altına alınan hakkın özünün ortadan kaldırılmasına sebep olan uygulamalar veya bu minvalde söz konusu hak kapsamında öngörülen ilkelerin ihlali olduğunu belirterek kavrama ilişkin genel bir tanımlamada bulunmuştur<sup>125</sup>. Mahkeme mevcut başvuru bakımından yaptığı değerlendirmesinde ise başvurucunun Ürdün'e sınır dışı edilmesi halinde, hakkında yapılacak yargılamada, işkence altında yapılan sorgulamaların sonucunda alınan ifade veya delillerin kullanılacağı gerçek riski karşısında, adil yargılanmanın açık ihlali/reddi bağlamında gerçek bir riskin mevcut olduğunu belirterek başvurucunun Ürdün'e sınır dışı edilmesinin 6. maddenin ihlaline neden olacağına karar vermiştir<sup>126</sup>.

Mahkeme 2014 tarihli Al-Nashiri/Polonya kararında ise Polonya'dan Amerika Birleşik Devletleri'nin Guantanamo'da bulunan Deniz Üssüne nakledilen ve burada kurulan Askeri Komisyon'da yargılanan başvurucu bakımından yaptığı değerlendirmesinde işkence altında yapılan sorgulamalar ve bunun sonucunda alınan ifade veya delillerin yargılamada kullanılması yüksek ihtimali, yargılamayı yapan Askeri Komisyon'un 6. madde ile yargılama bakımından öngörülen nitelikleri taşımaması; bağımsız ve tarafsızlık niteliklerinden uzak olması, kanunla kurulmamış olması göz önüne alındığında adil yargılanmanın açık ihlali/reddi (a flagrant denial of justice) bağlamında gerçek bir riskin var olduğunu belirtmiştir<sup>127</sup>. Bu bağlamda Mahkeme Polonya'nın adil yargılanmanın açık ihlali/reddine ilişkin açık ve öngörülebilir riskin varlığına rağmen başvurucunun nakledilmesinde gösterdiği işbirliği ve yardımın söz konusu hakkın ihlali ile sonuçlandığına karar vermiştir<sup>128</sup>.

Mahkeme'nin 2012 tarihli Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık ve 2014 tarihli Al-Nashiri/Polonya kararları, ilkenin 6. madde bağlamında uygulanmasına ilişkin hususları açıklaması, gerekçeleri sunması ve daha da önemlisi ilkenin 3. madde çerçevesinde kemikleşen uygulamasını kırması bakımından önemlidir. Mahkeme bu kararlarıyla maddenin adil yargılanmanın açık ihlali/reddi ifadesi bakımından hakkın özüne yapılan müdahaleler şeklinde genelleştiren bir tanımlamada bulunarak ifadeyi, hakka yönelen müdahalenin niteliği veya ağırlığı üzerinden açıklamış ve mevcut başvurular bağlamında detaylandırmıştır. Bununla birlikte Mahkeme Al-Nashiri/Polonya kararında Sözleşme'nin hem 3. hem de 6. maddesi bakımdan değerlendirmesini yapıp her iki hükmün de ihlal edildiğine karar vererek Saadi/İtalya kararında benimsemiş olduğu yaklaşımdan ayrılmıştır.

125 ECtHR, 8139/09, 17.01.2012, Othman (Abu Qatada) v The United Kingdom, para 260; ECtHR, 28761/11, 24.01.2014, Al-Nashiri v Poland, para 563.

126 ECtHR, 8139/09, 17.01.2012, Othman (Abu Qatada) v The United Kingdom, para 281-7.

127 ECtHR, 28761/11, 24.01.2014, Al-Nashiri v Poland, para 567.

128 ibid para 568.

Mahkeme 2004 tarihli F./Birleşik Krallık kararında ise Sözleşme'nin 5. maddesi ile ilişkilendirilen geri gönderme işlemlerine ilişkin başvuruyu 6. madde ile birlikte değerlendirmiştir. Mahkeme başvurunun sınır dışı edilmesine ilişkin işleme ilişkin 5. madde bakımından yaptığı değerlendirmesinde, 6. madde bakımından öngördüğü kritere atıfta bulunarak<sup>129</sup> hakkın açık ihlalini kriter aldığı yüksek eşiği, 5. madde kapsamında yaptığı değerlendirmeler bakımından da sürdürdüğünü göstermiştir<sup>130</sup>. Mahkeme, 2012 tarihli Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık kararında ise kişinin bir devletten, 5. maddenin açık ihlaline ilişkin gerçek bir riskin var olduğu bir başka devlete gönderilmesinin bu maddenin ihlali sonucunu doğurabileceğini belirterek<sup>131</sup> bu noktada yüksek bir eşiğin esas alınması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.

Mahkeme'nin *non-refoulement* ilkesi kapsamında özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının koruma altına alındığı Sözleşme'nin 8. maddesi ve din ve vicdan özgürlüğünün koruma altına alındığı Sözleşme'nin 9. maddesi bakımından yaptığı değerlendirmelerinde de ihtiyatlı yaklaşımını sürdürdüğü görülmektedir.

Mahkeme 2001 tarihli Bensaid/Birleşik Krallık kararında<sup>132</sup> başvurunun geri gönderilmesi halinde sağlık sorunları sebebiyle Sözleşme'nin 8. maddesi ile koruma altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edileceğine ilişkin iddiasını değerlendirirken; 3. maddeye aykırı muamele ağırlığına ulaşmayan ancak bireyin fiziksel ve manevi bütünlüğünü olumsuz yönde etkileyen durumların 8. maddenin ihlali ile sonuçlanabileceğini dışlamaksızın, mevcut başvuru bakımından başvurunun geri gönderilmesi sonucu sağlığının zarar görme riskinin büyük ölçüde farazi faktörlere dayandığını ve başvurunun insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalacağını kanıtlanmadığını; bunun yanında, mevcut koşullar altında başvurunun manevi bütünlüğünün Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmeyi gerektirecek nitelikte etkilenmediğini belirtmiştir<sup>133</sup>.

Mahkeme 2006 tarihli N./Birleşik Krallık kararında ise başvurunun sağlık durumu ile ilgili olarak yapılan başvuruların çok istisnai durumlarda 3. madde kapsamında değerlendirilebileceğini belirtirken<sup>134</sup>, 2016 tarihli Paposhvili/Belçika kararında söz konusu istisnai durumların; yakın ölüm tehlikesi olmasa da gönderilen ülkede uygun tedavi yöntemlerinin bulunmaması veya başvurunun tedaviye erişiminin olmaması, başvurunun sağlık durumunun yoğun ıstırapla sonuçlanan ağır, ani ve tedavisi

129 ECtHR, 17341/03, 22.06.2004, F. v The United Kingdom, para 2.

130 Den Heijer (n 68) 283.

131 ECtHR, 8139/09, 17.01.2012, Othman (Abu Qatada) v The United Kingdom, para 233-5.

132 ECtHR, 44599/98, 06.02.2001, Bensaid v The United Kingdom <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-59206>>, 9 Ağustos 2022.

133 Mahkeme, Birleşik Krallık tarafından uygulanan tedbirin, 8. maddenin 2. fıkrası ile öngörülen sınırlamalar dahilinde ve demokratik toplum gereklilikleri ölçütüne uygun olduğunu belirtmiştir. ECtHR, 44599/98, 06.02.2001, Bensaid v The United Kingdom, para 46-8.

134 ECtHR, 26565/05, 27.052008, N. v The United Kingdom, para 43 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-86490>> 12 Ağustos 2022.

mümkün olmayacak bir gerilemeye maruz kalması veya başvurusunun beklenen yaşam süresinde önemli bir azalma olmasına ilişkin somut gerekçelerin varlığını içerdiğini ifade etmiştir<sup>135</sup>. Mahkeme devamında ise gönderilen devletteki sağlık hizmetine başvurusunun fiilen ne ölçüde ulaşabildiğinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirterek bireysel bir değerlendirmenin gerekli olduğuna işaret ederken; geri gönderme işleminin başvuru üzerindeki sonuçları üzerinde şüphe bulunması halinde ise gönderilen devlette başvurusunun uygun tedavi yöntemine ulaşacağına dair yeterli güvencelerin alınması gerektiğinin altını çizmiştir<sup>136</sup>.

Mahkeme 2004 tarihli F./Birleşik Krallık kararında ise başvurusunun geri gönderilmesi halinde cinsel kimliği sebebiyle Sözleşme'nin 8. maddesi ile koruma altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edileceğine ilişkin iddiasını değerlendirirken taraf devletlerin kişinin geri gönderilmesi sonucunu doğuran sınır dışı işlemlerinin, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddesi bakımından değerlendirmesinin bu hakların temel niteliğine dayandığını, bu sebeple Sözleşme'nin tüm hükümleri bakımından aynı şekilde uygulanmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme mevcut başvuru bakımından ise değerlendirmesine başvuranın 3. maddeye aykırı muamele görme riski altında olmadığını tespit ederek başlamış ve söz konusu sınır dışı işleminin, başvuranın manevi bütünlüğünü Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmeyi gerektirecek nitelikte etkilemediğini belirtmiştir<sup>137</sup>.

Mahkeme söz konusu kararlarda, geri gönderme işlemlerinin Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından değerlendirilebileceğini reddetmemiş olmakla birlikte; bu işlemler ile ilgili olarak Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri bakımından oluşan yaklaşımın diğer hükümler bakımından aynı şekilde uygulanmayacağını belirterek Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri ile diğer hükümleri arasında açık bir ayrıma gitmiştir<sup>138</sup>. Mahkeme 2016 tarihli Pashovili/Belçika kararına kadar 8. madde kapsamında değerlendirmesi için aradığı unsurlara ilişkin detaylı bir değerlendirme yapmamıştır<sup>139</sup>. Ancak bu kararında da değerlendirmesine sağlık durumu ile ilgili olarak yapılan başvuruların çok istisnai durumlarda 3. madde kapsamında değerlendirilebileceğine bahisle başlaması, bu hakkı 3. madde ile birlikte yorumladığı ya da bu hakka ilişkin ihlali ancak 3. madde çerçevesinde değerlendirilebilecek bir muamele riski olduğunda tespit edeceğinin bir kabulü olarak yorumlanabilir.

135 ECtHR, 41738/10, 13.12.2016, Pashovili v Belgium, para 183 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169662>> 12 Ağustos 2022.

136 ibid para 190-1.

137 ECtHR, 17341/03, 22.06.2004, F. v The United Kingdom, para 3. Mahkeme'nin değerlendirmesinde Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin temel niteliğine yaptığı vurgu, *non-refoulement* ilkesinin özellikle Sözleşme'nin diğer hükümleri bakımından uygulanması hususunda belirsizliğe sebep olması sebebiyle eleştirilmektedir. Battjes (n 65) 213; Den Heijer (n 68) 309-312.

138 Den Heijer (n 68) 283.

139 Mahkeme'nin söz konusu yaklaşımı, -ilke bağlamında- Sözleşme'nin 8. maddesinin bağımsız bir biçimde uygulanmasından kaçınılması olarak yorumlanmaktadır. Lambert (n 26) 44.

Mahkeme sınır dışı işlemini din ve vicdan özgürlüğü bakımından değerlendirdiği 2006 tarihli Z., T./Birleşik Krallık kararında<sup>140</sup>, başvuranın dini sebepler yüzünden zulme uğramasına veya ölüm ya da ciddi kötü muameleye maruz kalmasına ilişkin gerçek bir riskin varlığı ya da dini sebeplerle keyfi tutuklama veya adil bir yargılanma hakkının açık ihlali halinde sınır dışı etme işleminin Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğini öngörmüştür. Mahkeme Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan özgürlükleri, Sözleşme'nin diğer maddeleri ile koruma altına alınan hak ve özgürlüklerle ilişkili olarak değerlendirerek geri gönderme işlemleri bakımından 9. maddenin olası rolünü asgariye indirirken istisnai olarak, hakkın açık bir ihlaline ilişkin gerçek bir riskin varlığı halinde devletin sorumluluğunun devreye gireceğini belirterek<sup>141</sup> Sözleşme'nin 9. maddesi bakımından yapılabilecek değerlendirilmeyi dışarda bırakmamıştır<sup>142</sup>. Bununla birlikte Mahkeme'nin kararında, 3. maddeye aykırılık içermeyen din ve vicdan özgürlüğüne konu muamelenin tahayyülünün zor olduğunu bildiren yerel mahkeme ile aynı görüşü paylaştığını ifade etmesi<sup>143</sup> sınır dışı işlemleri bakımından 9. madde ile koruma altına alınan bu hakkı, 3. madde birlikte yorumladığı ya da bu hakka ilişkin ihlali ancak 3. madde çerçevesinde değerlendirilebileceğinin bir kabulü olarak okunabilir.

### Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde *non-refoulement* ilkesine ilişkin değerlendirme, devletin pozitif yükümlülükleri ile ilişkilendirilmekte ve devletlerin kendi yetkisi altındaki bireylerin Sözleşme hükümlerine aykırı muameleye maruz kalmalarını önleme yükümlülüğü kapsamında yorumlanmaktadır. Mahkeme kişinin geri gönderilmesi sonucunu doğuran işlemlere ilişkin değerlendirmesinde ilkeye başvurulması için mülteci sıfatını aramayı kişiyi bakımından; taraf devletin ülkesi bağlamında bir sınırlama öngörmeyerek yer bakımından ilkenin uygulamasını genişletmektedir.

İlke, Mahkeme uygulamasında özellikle kişinin gönderildiği devlette işkence veya diğer kötü muamele teşkil edecek ceza veya eylemlere maruz kalma riskiyle karşı karşıya kalması bağlamında ele alınmakta ve geri gönderme yasağına istisnai düzenleme öngören 1951 Cenevre Sözleşmesi'nden farklı olarak, ağırlıklı olarak mutlak bir hak kabul edilen Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Mahkeme taraf devletin, kişinin gönderildiği ülkede maruz kalacağı muameleye ilişkin

140 ECtHR, 27034/05, 28.02.2006, Z. and T. v The United Kingdom, s. 7 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72783>> 6 Ocak 2021.

141 ibid.

142 Den Heijer (n 68) 284.

143 ECtHR, 27034/05, 28.02.2006, Z. and T. v The United Kingdom, s. 7-8. Benzer şekilde Mahkeme'nin geri gönderme işlemi kapsamında Sözleşme'nin 9. maddesinin çerçevesinde yapılan başvuruyu Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleriyle ilişkili olarak ele aldığı karar için bkz. ECtHR, 29836/20, 26.04.2022, M.A.M v Switzerland, para 81-4 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216976>> 10 Eylül 2022.

değerlendirme yapması gereğini, kişinin karşılaşacağı muamele riskinden ayrı tutarak, söz konusu hususu madde kapsamında ayrı usuli bir yüküm olarak kabul etmektedir.

Mahkeme'nin ilkenin uygulanmasını Sözleşme'nin 3. maddesi odağına toplaması, geri gönderme işlemlerini konu alan başvuruların büyük kısmının iltica talebinde bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme her ne kadar Sözleşme çerçevesinde değerlendirme yapsa da 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerini bir çıkış noktası ya da destek ölçü norm olarak kullanmaktadır. Bu durum ise özellikle 5., 8., veya 9. madde bağlamında yapılan başvurularda 3. madde perspektifinden bir değerlendirme yapılması sonucunu doğurmaktadır. Hatta kimi zaman ilkenin değerlendirilmesi bakımından 3. maddeye yapılan bu başvurunun, diğer haklar bakımından bir eşik görevi gördüğü de söylenebilir. Bu noktada ilkenin 6. madde bağlamında uygulanmasına ilişkin Mahkeme kararları, 3. madde çerçevesinde toplanan ilke uygulamasını genişletmesi ve ilkenin Sözleşme'nin diğer hükümleri bakımından uygulanabilirliğinin kapısını açması bakımından önemlidir.

Zira 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nden bağımsız olarak diğer bir deyişle sadece belirli hükümlere indirgenmeksizin Sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme, ilkenin uygulanması bakımından Sözleşme sisteminde Mahkeme'ye daha geniş bir alan sunabilecektir. Böyle bir yaklaşım iki Sözleşme sistemi bağlamında ilkenin kapsamı bakımından birtakım farklılıkların ortaya çıkması olasılığını doğursa da Sözleşme ile 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi hükümlerinden daha geniş bir koruma sunulması olası bir çatışmanın varlığını ortadan kaldıracaktır. Ancak gözden kaçırmamak gerekir ki ilkenin uygulanması hususunda ölçüt alınan kriterlerin tespit edilmesi, her madde kapsamında içtihadı uygulamanın gelişmesini gerektirebileceğinden söz konusu kriterler bağlamında birtakım belirsizliklerin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Zira Mahkeme ilkenin uygulanması bakımından geri gönderme işlemini gerçekleştiren devletin bildiği veya bilmesi gereken olaylar ve geri gönderilecek devletin sunduğu diplomatik güvenceler ve mevcut genel durum ve geri gönderilecek kişinin içinde bulunduğu bireysel koşullar çerçevesinde -her kişi özelinde- kümülatif bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bu sebeple ilkenin uygulanmasına ilişkin yaptığı gerekçelendirmeler her madde ve her somut olay bakımından belirli ölçüde farklılık arz edebilmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin kararlarında sunduğu gerekçelendirme, kullandığı kriterler özellikle 3. madde çerçevesinde yapılan değerlendirmeye ölçüt alınan unsurlar bakımından bir tasnif yapılmasına imkan verse de Sözleşme'nin diğer hükümleri bakımından henüz yeterince aydınlatılmış değildir.



**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

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

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

## Bibliyografya/Bibliography

### *Kitaplar ve Makaleler / Books And Articles*

- Battjes H, ‘The Soering Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit Refoulement in ECHR Case Law’ (2009) 11 European Journal of Migration and Law 205-219.
- Blöndal EK, Arnardóttir OM, ‘Non-Refoulement in Strasbourg: Making Sense of the Assessment of Individual Circumstances’ (2018) 5(3) Oslo Law Review 147-174.
- Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016).
- Den Heijer M, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing, 2012).
- Den Heijer M, ‘Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of *Non-Refoulement* under the European Convention on Human Rights’ (2008) 10(3) European Journal of Migration and Law 277-314.
- Ekşi N, ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu’ (2009) 29 (1-2) Milletlerarası Hukuk Bülteni 119-139.
- Ekşi N, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Birakılması* (Beta 2017).
- Ekşi N, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia- Türkiye Davası Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme* (Beta 2010).
- Frenzen N, ‘Extraterritorial Refugee Protection’, *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Andre Nollkaemper (Ed.) (Cambridge University Press 2017).
- Gemalmaz MS, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri I. Cilt- Bölgesel Sistemler* (Legal Kitabevi 2011).
- Goodwin-Gill GS, ‘The Haitian Refoulement Case: A Comment’ (1994) 6(1) International Journal of Refugee Law 103-9.
- Hathaway JC, *The Rights of Refugees Under International Law* (Cambridge University Press 2005).
- ‘Inter-American Commission on Human Rights (IACHR): Pertinent Parts of October 28, 2005 Reiteration and further Amplification of Precautionary Measures (Detainees in Guantanamo Bay, Cuba)’ (2006) 45(3) International Legal Materials 673-681
- Kälın W, *Das Prinzip des non-refoulement: das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht* (Peter Lang International Academic Publishers 1982).
- Karagözoğlu C, *İnsan Hakları Sözleşmelerinin Ülke Dışına Uygulanabilirliği Çerçevesinde Devletin Yetkisi ve Sorumluluğu* (On İki Levha 2023).
- Konyalı G, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı* (Seçkin 2021).

- Lambert H, 'The European Convention On Human Rights And The Protection of Refugees: Limits And Opportunities' (2005) 24(2) *Refugee Survey Quarterly* 39-55.
- Lauterpacht E, Bethlehem D, 'The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion', *Refugee Protection in International Law- UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Erika Feller, Volker Türk, Frances Nicholson (Eds.) (Cambridge University Press 2003).
- Noll G, 'Delimiting and Justifying Protection under the ECHR', *Negotiating Asylum- The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection* (The Hague: Kluwer Law International 2000).
- Nowak M, 'Obligations of States to Prevent and Prohibit Torture in an Extraterritorial Perspective' *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, Mark Gibney, Sigrun Skogly (Eds.) (University of Pennsylvania Press 2010).
- Odman MT, *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünya'da ve Türkiye'de İlticanın Gelişim Süreci)* (Yetkin 2020).
- Robinson N, *Convention relating to the status of refugees: Its History, Contents and Interpretation, A Commentary* (Institut of Jewish Affairs, 1953).
- Solomon S, 'Migrant boats on the high seas and their interception through psychologically coercive measures: Is there a case to extraterritorially apply human rights law?' (2019) 37(1) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 36-49.
- The Refugee Convention 1951 The Travaux Préparatoires Analysed With A Commentary, By Dr. Paul Weis (1990) <<https://www.unhcr.org/protection/travaux/4ca34be29/refugee-convention-1951-travaux-preparatoires-analysed-commentary-dr-paul.html>>.
- Toluner S, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi* (5th edn, Beta 1996).
- Topal AH, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar* (On İki Levha 2019).
- Uzun E, 'Geri Göndermeme İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme' (2012) 8 (30) *Uluslararası Hukuk ve Politika* 25-58.
- Yüksel S, 'Procedural aspects of the European Court of Human Right's Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases' (2022) 42 (2) *Public and Private International Law Bulletin* 777-790.

### ***Uluslararası Belgeler ve Yargı Kararları / International Documents and Judgments***

- Convention Relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p 137.
- Protocol relating to the Status of Refugees, United Nations, *Treaty Series*, vol. 606, p 267.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, *European Treaty Series* - No. 5.
- International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p 171 and vol. 1057, p 407.
- American Convention on Human Rights "Pact of San José, Da Costa Rica", United Nations, *Treaty Series*, vol 1144, p 123.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, United Nations, *Treaty Series*, vol 1465, p 85.
- European Convention on Extradition, United Nations, *Treaty Series*, vol 359, p 273.

- Convention on the Rights of the Child, United Nations, *Treaty Series*, vol 1577, p 3.
- Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, *Treaty Series*, vol 2241, p 480.
- UNHRC, (A/AC.96/898) Note on International Protection, 3 July 1998 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G98/016/39/img/G9801639.pdf?OpenElement>> 12 Mayıs 2022.
- UNHCR, Interception of Asylum-seekers and Refugees: The International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach, UN Doc. EC/50/SC/CRP.17 (9 June 2000).
- Cartagena Declaration on Refugees, Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama <[https://www.oas.org/dil/1984\\_cartagena\\_declaration\\_on\\_refugees.pdf](https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf)> 11 Eki 2022.
- Committee Against Torture, J.H.A. v Spain (Marine I), CAT/C/41/D/323/2007, 21.11.2008 <<https://www.refworld.org/cases,CAT,4a939d542.html>> 12 Nisan 2021.
- Committee Against Torture, Comments by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the conclusions and recommendations (CAT/C/CR/33/3), (CAT/C/GBR/CO/4/Add.1), (CAT/C/SR.627), (CAT/C/SR.624).
- CCPR, General Comment No. 20, Prohibition of Torture or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Article 7), 10 March 1992, (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)).
- CCPR, General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, Adopted on 29 March 2004 (2187th meeting), (CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13)).
- CCPR, General Comment No. 36, Article 6 Right of life, CCPR/C/GC/36, 3 September 2019.
- ECtHR, 22414/93, 15.11.1996, Chahal v The United Kingdom <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58004>> 3 Temmuz 2022.
- ECtHR, 2947/06, 24.04.2008, Ismoilov and Others v Russia <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86086>> 3 Temmuz 2022.
- ECtHR, 27765/09, 23.02.2012, Hirsi Jamaa and Others v Italy <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>> 20 Haziran 2020.
- ECtHR, 45653/99, 23.06.2008, Andreou v Turkey (As to The Admissibility) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88068>> 23 Ağustos 2020).
- ECtHR, 8675/15, 8697/15, 03.10.2017, N.D., N.T v Spain <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-177683>> 13 Mayıs 2022.
- ECtHR, 8675/15, 8697/15, 13.02.2020, N.D., N.T. v Spain <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353>> 13 Mayıs 2022.
- ECtHR, 3599/18, 05.03.2020, M.N. and Others v Belgium <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-202468>> 6 Mayıs 2022.
- ECtHR, 59793/17, 11.12.2018, M.A. and Others v Lithuania <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188267>> 26 Eylül 2022.
- ECtHR, 40503/17; 42902/17; 43643/17, 23.07.2020, M.K. and Others v Poland <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203840>> 10 Eylül 2022.
- ECtHR, 18603/12, 15.09.2022, O.M. and D.S. v Ukraine <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-219197>> 3 Ocak 2023.

- ECtHR, 51246/17, 08.07.2021, D.A. and Others v Poland <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210855>> 3 Kasım 2022.
- ECtHR, 13284/04, 08.11.2005, Bader and Kanbor v Sweden <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70841>> 30 Ocak 2021.
- ECtHR, 28761/1, 24.01.2014, Al-Nashiri v Poland <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146044>> 4 Temmuz 2022.
- ECtHR, 14038/88, 07.07.1989, Soering v The United Kingdom <<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57619>> 29 Nisan 2022.
- ECtHR, 16643/09, 21.10.2014, Sharifi and Others v Italy and Greece, para 212 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147702>> 3 Ekim 2022.
- ECtHR, 40035/98, 11.07.2000 Jabari v Turkey <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58900>> 20 Şubat 2021.
- ECtHR, 30471/08, 22.09.2009, Abdolkhani and Karimnia v Turkey <<http://hudoc.echr.coe.int/ENG?i=003-2865468-3141445>> 25 Ocak 2021.
- ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165442>> 2 Mayıs 2022.
- ECtHR, 5560/19, 15.04.2021, K.I. v France <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209520>> 14 Aralık 2022.
- F.G. v Sweden, para 115; ECtHR, 59166/12, 23.08.2016, J.K. and Others v Sweden <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-161829>.
- ECtHR, 28492/15; 49975/15, Khasanov And Rakhmanov v Russia <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217061>> 12 Eylül 2022.
- ECtHR, 30696/09, 20.01.2011, M.S.S. v Belgium and Greece <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103050>> 13 Ağustos 2022.
- ECtHR, The European Court grants urgent interim measure in case concerning asylum- seeker's imminent removal from the UK to Rwanda, 14.06.2022 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7359967-10054452>> 14 Temmuz 2022.
- ECtHR, 41326/17, 8098/18, 8147/18, 8384/18, 10.03.2022, Shenturk and Others v Azerbaijan <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216016>> 11 Eylül 2022.
- ECtHR, 42367/98, 19.01.1999, Ould Barar v Sweden (As to The Admissibility) <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-4507>> 22.05. 2022.
- ECtHR, 46605/07, 13.04.2010, Charahili v Turkey <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98256>> 15 Nisan 2022.
- ECtHR, 36370/08, 13.04.2010, Keshmiri v Turkey <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98261>> 15 Nisan 2022.
- ECtHR, 58182/14, 07.11.2017, K.I. v Russia <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178361>> 15 Nisan 2022.
- ECtHR, 21896/08, 19.01.2010, Z.N.S. v Turkey <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96773>> 14 Nisan 2022.
- ECtHR, 36009/08, 15.06.2010, M.B. and Others v Turkey <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99397>> 14 Nisan 2022.
- ECtHR, 15916/09, 13.07.2010, Dbouba v Turkey <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99905>> 14 Nisan 2022.

- ECtHR, 28127/09, 03.12.2013, Ghorbanov and Others v Turkey <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138584>> 27 Ocak 2021.
- ECtHR, 29217/12, 04.11.2014, Tarakhel v Switzerland <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148070>> 27 Ocak 2021.
- ECtHR, 37201/06, 28.02.2008, Saadi v Italy <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-85276>> 7 Ağustos 2022.
- ECtHR, 25904/07, 17.07.2008, NA. v The United Kingdom <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87458>> 15 Mayıs 2022.
- ECtHR, 71555/01, 16.10.2001, Einhorn v France (As to The Admissibility) <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-22159>> 22 Şubat 2022.
- ECtHR, 17341/03, 22.06.2004, F. v The United Kingdom (As to The Admissibility) <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-24020>> 20 Şubat 2021.
- ECtHR, 46827/99, 46951/99, 04.02.2005, Mamatkulov and Askarov v Turkey <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68183>> 26 Şubat 2021.
- ECtHR, 8139/09, 17.01.2012, Othman (Abu Qatada) v The United Kingdom <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108629>> 3 Ağustos 2022.
- ECtHR, 71537/14, 15.06.2017, Harkins v The United Kingdom <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175502>> 3 Ağustos 2022.
- ECtHR, 44599/98, 06.02.2001, Bensaid v The United Kingdom <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59206>> 9 Ağustos 2022.
- ECtHR, 26565/05, 27.05.2008, N. v The United Kingdom <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86490>> 12 Ağustos 2022.
- ECtHR, 41738/10, 13.12.2016, Paposhvili v Belgium <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169662>> 12 Ağustos 2022.
- ECtHR, 27034/05, 28.02.2006, Z. and T. v The United Kingdom <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72783>> 6 Ocak 2021.
- ECtHR, 29836/20, 26.04.2022, M.A.M. v Switzerland <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216976>> 10 Eylül 2022.
- HRC, Communication No. 470/1991, 30.07.1993, Kindler v Canada <<https://www.refworld.org/cases,UNCHR,51b6e4fc4.html>> 11 Şubat 2021.
- HRC, Communication No. 1539/2006, 21.09.2009, Mohammad Munaf v Romania <[https://www.ccrpcentre.org/wp-content/uploads/2012/10/1539-2006-Romania\\_en.pdf](https://www.ccrpcentre.org/wp-content/uploads/2012/10/1539-2006-Romania_en.pdf)> 22 Eylül 2021).
- Inter-Am.C.H.R., 20.03.2012, Djamel Ameziane v United States, Admissibility Report No. 17/12 <<https://www.oas.org/en/iachr/decisions/admissibilities.asp?Year=2012>> 25 Ocak 2021.
- Inter-Am.C.H.R., 13.03.1997, The Haitian Centre for Human Rights et al. v United States, Report No. 51/96, Case 10.675, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev at 550 (1997).
- Inter-Am.Ct.H.R., 25.11.2013, Pacheco Tineo Family v Plurinational State of Bolivia <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_272\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf)> 25 Ocak 2021.





# Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 29.09.2022  
Revision requested: 25.04.2023  
Last revision received: 30.04.2023  
Accepted: 05.05.2023  
Published Online: 26.06.2023

## Postcolonial Approaches to International Human Rights Law: The TWAIL Case\*

### Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna Postkolonyal Yaklaşımlar: TWAIL Örneği

Elif Çağla Yıldız \*\*

#### Abstract

In the first two decades of the 2000s, TWAIL (Third World Approaches to International Law) attracted considerable attention in academia with its critical approach to international law. Although TWAIL is characterized as a heterogeneous construct due to the various orientations, a postcolonial approach could be considered as a common ground that promotes cooperation across its members. TWAIL scholars questioned the neutrality and universality of international law by emphasizing its association with colonialism. Certain members of TWAIL also investigated the international human rights law based on postcolonial perspectives, stressing that it universalized particular European constructs through certain norms based on European experiences and history. However, it should be noted that some TWAILers did not limit their analysis to deconstruction and, due to their postcolonial perspectives, they also adopted a reconstructionist strategy. In other words, in addition to the norms of human rights law that prioritize and universalize the European experience, the necessity of a human rights corpus free from Eurocentric dimensions is also addressed in TWAIL literature. Furthermore, the postcolonial emancipatory agenda in favour of subalterns seems to have led certain TWAIL members to consider rights as a language of emancipation and a set of limits imposed on state authority. The present article argues that the postcolonial approach of TWAIL members went beyond the deconstructive criticism and proposed a detailed analysis that investigated human rights law based on various perspectives. From this point of view, it aims to reveal the postcolonial character of the mentioned approach, which combines a critical stance with a reconstructive vision.

#### Keywords

Postcolonialism, International Human Rights Law, Third world, Universalism, Eurocentrism

#### Öz

2000'li yılların ilk yirmi yılında TWAIL (Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları) uluslararası hukuka eleştirel yaklaşımıyla akademik dünyada önemli ölçüde ilgi toplamıştır. TWAIL her ne kadar üyelerinin çeşitli eğilimleri sebebiyle heterojen bir oluşum olarak karakterize edilse de postkolonyal bir yaklaşımı üyelerini birleştiren ortak zemin olarak düşünmek mümkündür. TWAIL üyeleri kolonyalizmle ilişkisini vurgulayarak uluslararası hukukun tarafsızlığını ve evrenselliğini sorgulamışlardır. Kimi TWAIL üyeleri insan hakları hukukunu da postkolonyal perspektifler temelinde incelemiş, uluslararası insan hakları hukukunun Avrupa deneyimi ve tarihine dayalı belli normlar yoluyla Avrupa yapılarını evrenselleştirdiğini vurgulamışlardır. Öte yandan, bazı TWAIL üyelerinin analizlerini yapıbozumla sınırlamadığını ve postkolonyal perspektifleri gereği yeniden inşacı bir strateji de benimsediklerini belirtmek gerekir. Diğer bir deyişle, Avrupa deneyimini üstün kılan ve evrenselleştiren normların varlığının yanı sıra Avrupamerkezci taraflarından arınmış bir insan hakları korpusunun gerekliliğine de TWAIL yazınında işaret edilmektedir. Dahası, madunlar lehine özgürleştirici bir gündem kimi TWAIL üyelerini hakları bir özgürleşme dili ve devlet iktidarını sınırlayan bir mekanizma olarak düşünmeye sevk etmiş görünmektedir. Bu makale TWAIL üyelerinin insan hakları yaklaşımının yapıbozumcu eleştirinin ötesine geçerek hakları çeşitli perspektiflerle değerlendiren detaylı bir analiz ortaya koyduğunu ileri sürmektedir. Buradan hareketle, belirtilen yaklaşımın eleştirel bir tutumu yeniden inşacı bir vizyonla birleştiren postkolonyal karakterinin açığa çıkarılması hedeflenmektedir.

#### Anahtar Kelimeler

Postkolonyalizm, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Üçüncü Dünya, Evrenselcilik, Avrupamerkezcilik

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

\*\* **Corresponding author:** Elif Çağla Yıldız (Dr.), İzmir Katip Çelebi University, Faculty of Law, Department of Public of Law, İzmir, Türkiye.  
E-mail: elifcagla.yildiz@ikc.edu.tr ORCID: 0000-0001-9703-1249

**To cite this article:** Yıldız EC, "Postcolonial Approaches to International Human Rights Law: The TWAIL Case" (2023) 43(1) PPII 353.  
<https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1181972>



## Introduction

Since the development of the postcolonial theory, the relationship between knowledge and colonialism has been critically examined, and the neutrality of various fields of knowledge has been questioned. Employing the poststructuralist methodology, postcolonial theorists scrutinized the correlation between colonial expansion and the production of knowledge in numerous fields. The deployment of poststructuralist methodology was considered by some as a significant attribute of postcolonialism that distinguishes it from other anti-colonial critiques.<sup>1</sup> The colonial discourse analysis and deconstruction were the distinctive features of the postcolonial theory. Thus, several fields of knowledge, including international law, have been subjected to colonial discourse analysis and deconstruction.

On the other hand, the postcolonial approach is not always limited to deconstruction. As Pluckrose and Lindsay argued, the postcolonial theory is not only interested in deconstruction but also reconstruction.<sup>2</sup> As will be demonstrated in the current article, in addition to exposing the Eurocentric knowledge production that dominates both international and human rights law, TWAIL members also advocated the reconstruction of an inclusive corpus that would achieve universality due to the contributions of the excluded or marginalized Third World perspectives. Furthermore, the political agenda of the postcolonial theory distinguished it from postmodernism,<sup>3</sup> and demonstrated its impact on the approaches of several TWAIL members by leading them to analyse rights as a language of emancipation. In the present article, based on the above-mentioned discussions, it is argued that the TWAIL approach to human rights law could not be reduced to a simple rejection. The current paper aimed to demonstrate that a postcolonial approach to human rights law could be more complex than expected based on the review of the works published by TWAIL scholars, who analysed rights based on universality, delimitation of state authority and emancipation rather than rejecting them as categories alien to the Third World or a tool of domination.

### I. TWAIL and the Postcolonial Critique of International Law

TWAIL (Third World Approaches to International Law), established in 1996 by the initiative of a group of academics and graduate researchers at Harvard Law School, aimed to introduce Third World approaches to international law.<sup>4</sup> Although it was established by a limited number of individuals, TWAIL scholars emphasized that the

---

1 See Bart Moore-Gilbert, *Postcolonial Theory: Contexts, Practices, Politics* (Verso 1997) 1, 16.

2 Helen Pluckrose and James Lindsay, *Cynical Theories: How Activist Scholarship Made Everything about Race, Gender, and Identity-and Why This Harms Everybody* (Pitchstone Publishing 2020) 72.

3 *ibid* 71.

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



project was a loose network of academicians open to new participants.<sup>5</sup> This polycentric network also had a heterogeneous character. As stated by James T. Gathii, a member of the group, TWAIL was a heterogeneous discipline that had internal debates.<sup>6</sup> Various trends and intellectual sources of inspiration were experienced in TWAIL.<sup>7</sup> Despite the various trends such as the feminist theory, postmodernism, Marxism, or the critical race theory in TWAIL, TWAILers expressed a common commitment to the intellectual and practical struggle to expose and reduce the features of the international legal system that helped create or maintain an unjust global order, and reform the international law.<sup>8</sup> As argued by Antony Anghie, the main objective of TWAIL was to realize the promises of international law by transforming it into a system based on justice, not power.<sup>9</sup>

It is possible to argue that the power that Anghie referred to was principally colonial. Based on their postcolonial perspective, TWAILers considered the tie between international law and colonialism as a relationship between knowledge and power. They questioned the legitimacy of modern international law, arguing that it has been associated with colonialism since its birth. Okafor claimed that international law, which was disseminated by colonialism, was considered by the TWAILers as a power instrument rather than a neutral discipline.<sup>10</sup> According to TWAILers, colonialism, imperialism and their forms of knowledge played a role in the development of international law as a discipline.<sup>11</sup> By scrutinizing the hierarchy-based knowledge production in international law,<sup>12</sup> TWAIL scholars argued that colonial expansion was justified by the norms and the institutions that legitimized European superiority. Deconstruction of these international legal norms and institutions that legitimized colonial expansion became the primary goal of TWAIL scholars.<sup>13</sup>

The relationship between colonialism and international law has been one of the major themes in TWAIL works, along with its historical and contemporary aspects. Anghie's work is a significant example of the alternative historiography of international law that sought to expose the historical context of this relationship. Anghie addressed the colonial origins of international law by emphasizing the connections between the development of international legal doctrines and the colonial encounters observed in

5 BS Chimni, 'The World of TWAIL: Introduction to the Special Issue' (2011) 3(1) *Trade Law and Development* 14 3, 18.

6 Gathii (n 5) 34.

7 Andrea Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking* (Oxford University Press 2016) 266.

8 OC Okafor, 'Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A Twail Perspective' (2005) 43 (1/2) *Osgoode Hall Law Journal* 171, 176-177.

9 Makau Mutua and Antony Anghie, 'What is TWAIL?' (2000) 94 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 31, 40.

10 See Okafor (n 9) 177.

11 Luis Eslava and Sundhya Pahuja, 'Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law' (2011) 3 (1) *Trade, Law and Development* 103, 117.

12 Gathii (n 5) 35.

13 Mutua and Anghie (n 10) 31.

the 15th and 16th centuries. Anghie traced the production of knowledge that justified the colonial domination to the works of the Spanish jurist and theologian Francisco de Vitoria.<sup>14</sup> According to Anghie, by employing “*the dynamic of difference*” as the foundation and designating the European countries as sovereign, Vitoria laid the foundation of the sovereignty doctrine. In addition to tracing the emergence of colonial international law back to Vitoria’s theses,<sup>15</sup> Anghie exposed the colonial dimensions of the 19<sup>th</sup> century legal positivism which refused the legal personality of “*uncivilized*” societies that did not meet the Eurocentric “*sovereignty*” criterion. In the same vein, the dichotomy of developed/undeveloped countries that underlays the 20<sup>th</sup>-century Mandate System was also addressed.<sup>16</sup>

The persistent impact of colonialism on various disciplines in the aftermath of decolonization has been one of the main concerns in postcolonial studies. In the same vein, TWAIL members emphasized the persistence of the colonial mentality in international law. For instance, as in the NIEO (The New International Economic Order) case, the neglect of the attempts of newly independent states for the restructuring of international law was often indicated in TWAIL works.<sup>17</sup> Post-Cold War international law also provoked TWAIL criticism due to its role in the neoliberal transformation of Third World countries and the violation of their sovereignty with the excuse of “*democratic interventions*”. Emphasizing the relationship between international law and the dissemination of capitalism after the Cold War, Chimni addressed the imposition of a global legal order that facilitated the globalization of capitalism. Thus, Chimni highlighted the role of multilateral, regional and bilateral treaties that narrowed the scope of national laws in the Third World and ensured the free movement of goods, capital and services.<sup>18</sup> Similarly, Anghie emphasized the imposition of neoliberalism by international institutions to underline the persistence of colonial relations in contemporary international law. Thus, one of the main problems Anghie focused on was international financial institutions’ interventions in the political and social structure in Third World countries based on the “*good governance*” rhetoric.<sup>19</sup>

The transformation of the Third World through invasions was also addressed in the TWAIL critique of international law. The imperialist character of various justification attempts such as “*war on terror*” or “*new terrorist threat*” was exposed by TWAILers. Anghie addressed the post-9/11 US efforts for the transformation of

---

14 See Antony Anghie, ‘The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities’ (2006) 27 (5) *Third World Quarterly* 739, 742.

15 Antony Anghie, ‘Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law’ in Eve Darian-Smith and Peter Fitzpatrick (eds), *Laws of the Postcolonial*, (University of Michigan Press 1999) 90-91.

16 See Anghie, ‘The Evolution’ (n 15) 745, 747.

17 *ibid* 748-749.

18 See BS Chimni, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches* (2<sup>nd</sup> edn, Cambridge University Press 2017) 507-509.

19 See Anghie, ‘The Evolution’ (n 15) 749.

the Middle Eastern countries with the “*war on terror*” rhetoric. Arguments for an imperialistic reconstruction of international law based on the “*new*” threats to the international community were also analysed as examples of new colonial rhetoric.<sup>20</sup> The justification of the invasion of Third World countries with the excuse of a “*new era*” after September 11<sup>21</sup> was among the issues that TWAIL scholars indicated to demonstrate the persistence of the imperialist rhetoric in international law.

On the other hand, contrary to the first impression of all these briefly mentioned criticisms could evoke, TWAILers did not consider the rejection of international law as a solution. Consistent with their postcolonial tendencies, TWAILers emphasized that they were not only interested in the deconstruction of international law but also its reconstruction.<sup>22</sup> The need for the elimination of colonial dimensions of international law and its more susceptible reconstruction for the concerns of Third World peoples<sup>23</sup> was emphasized by TWAILers. Thus, they proposed several reforms.<sup>24</sup> TWAIL’s commitment to the reformation of international law despite the focus on its criticism could be considered as an indicator of an equally complex approach to human rights law. The detailed works of TWAIL scholars who investigated human rights law based on multiple perspectives indicate the accuracy of this consideration.

## II. TWAIL and International Human Rights Law

On human rights, the TWAIL scholars presented a complex picture. First, it should be noted that, unlike international law, human rights were not directly associated with colonialism by certain TWAILers. Anghie considered human rights as the only area of international law explicitly dedicated to the protection and furtherance of human dignity,<sup>25</sup> while Mutua indicated the inaccuracy of equating colonialism with human rights. According to Mutua, although both phenomena seek to transform the non-Western, human rights were inspired by noble ideals, while colonialism was driven by ignoble motives.<sup>26</sup> Despite TWAIL’s criticism of the prioritization of specific West-oriented rights and universalization of particular Western forms such as liberal democracy or free market, human rights law was not considered by TWAILers entirely a Western product dedicated to the transformation of the Third World. Although the justification that “*first*” generation rights allowed invasions or imposition of neoliberal policies was criticized by TWAIL scholars, most could not ignore the limits imposed

20 *ibid* 750.

21 See Okafor (n 9) 172, 180.

22 See Gathii (n 5) 39.

23 *ibid* 39.

24 For some suggestions see BS Chimni, ‘Third World Approaches to International Law: A Manifesto’ (2006) 8(1) *International Community Law Review* 3, 23-25.

25 Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, (Cambridge University Press 2005) 256.

26 Makau Mutua, ‘Savages, Victims, and Saviours: The Metaphor of Human Rights’ (2001) 42(1) *Harvard International Law Journal* 201, 236.

by human rights to the state power, the role they partially played in emancipatory struggles and the existence of the rights with Third World origins in the corpus.

### **A. Dominant and Marginal Perspectives in International Human Rights Law**

One of the frequent criticisms of human rights by TWAAIL scholars included the primacy of the Western perspectives in the human rights corpus. TWAAIL scholars traced this superiority back to the development of international human rights law. Mutua emphasized the dominance of Western perspectives in the formation of international human rights law. According to Mutua, the motivation behind the development of the international human rights law was primarily the protection of civil and political rights violated during the holocaust, in other words, holding member states to certain standards in the treatment of citizens.<sup>27</sup> Reminding the colonial status of most Asian and African countries in 1948 and thereby the exclusion of non-Western perspectives in the establishment of the Universal Declaration of Human Rights, Mutua highlighted the dominance of Western states in the formulation and codification of human rights norms.<sup>28</sup>

The superiority of civil and political rights, which are indispensable in the Western liberal tradition, was the main target of the criticism of the universality and neutrality of the current human rights corpus. Mutua viewed the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights as attempts to universalize civil and political rights, which are central to the Western liberal democracy. Mutua's assertion was based on the fact that the rights promoted in these documents such as the right to political participation, assembly, association, freedom of expression and the right of due process required a Western liberal democracy built on the separation of powers, regular elections and a multi-party system. According to Mutua, the employment of these civil and political rights by the Western human rights movement as the criteria to differentiate the countries without a liberal democracy led to the stigmatization and marginalization of non-Western political cultures as undemocratic political traditions.<sup>29</sup>

The European origins of civil and political rights were also addressed by Dianne Otto. Similarly, Otto questioned the universality and neutrality claims of human rights law by emphasizing the association between the development of a particular set of rights and the political and economic development in the post-World War II era.<sup>30</sup> Otto considered the Universal Declaration of Human Rights, that was based on civil

---

27 *ibid* 211-212.

28 Makau Mutua, *Human Rights: A Political & Cultural Critique*, Philadelphia (University of Pennsylvania Press 2002) 46.

29 Mutua, 'Savages, Victims and Saviors' (n 27) 222-223.

30 Dianne Otto, 'Rethinking Universals: Opening Transformative Possibilities in International Human Rights Law' (1997) 18 *Australian Year Book of International Law* 1, 1-2.

and political rights, as an outcome of the post-war world dominated by the West. According to Otto, the economic social and cultural rights included in articles 22 - 27 due to the influence of Latin American and Eastern Bloc nations could not liberate the declaration from Western dominance since civil and political rights were prioritized. The main indicator of this priority was the numerical majority and the position of civil and political rights in the declaration in articles 3 - 21.<sup>31</sup> However, the number and the position of the articles on civil and political rights in the Universal Declaration of Human Rights was not the only evidence of the dominance of Western perspectives. According to Otto, the development of a separate covenant on civil and political rights based on the contention that they were “*different*” from social, economic and cultural rights due to their negative or absolute character was a predominantly political distinction. Otto considered the codification of two sets of rights in separate covenants as a consequence of the prioritization of capitalist/liberal version of human rights as “*first*” generation rights.<sup>32</sup> Otto was not the only TWAIL scholar that read two separate conventions as an indicator of hierarchy. Mutua also emphasized the marginality of the economic, social and cultural rights by underlining their relegation to “*other*” human rights instruments.<sup>33</sup>

B.S Chimni also questioned the neutrality and universality of civil and political rights-dominated human rights corpus. Chimni underlined the globalization of the Western human rights narrative that prioritized civil and political liberties, facilitating the universalization of neo-liberalism.<sup>34</sup> Indicating the connection between civil and political rights and Western norms, Chimni particularly emphasized property rights. According to Chimni, the right to property, which was at the centre of the human rights discourse, played a key role in the neoliberal transformation of the Third World since its internationalization.<sup>35</sup>

The role that civil and political rights played in the universalization of Western forms prompted certain TWAIL scholars to address the relationship between these rights and the “*civilizing mission*”. According to Chimni, civil and political rights-dominated human rights discourse justified the interventions in Third World countries as “*civilizing mission*” justified colonialism.<sup>36</sup> In the same vein, Mutua underlined the similarities between the justification of the dissemination of Western norms by civil and political rights and colonialism by civilizing mission. According to Mutua, similar to the old version, the current civil and political rights-oriented civilizing missions were

31 *ibid* 13-14.

32 *ibid* 19-20.

33 Mutua, *Human Rights* (n 29) 47.

34 Chimni, ‘A Manifesto’ (n 25) 17.

35 *ibid* 11.

36 *ibid* 16-17.

based on the construction of savages-victim-saviour metaphors.<sup>37</sup> The UN, Western states, international non-governmental organizations and Western charities, which play the role of saviour in this construct, promise the Third World peoples' freedom from the tyranny of their states and cultures and a better society based on particular values. The saviours fulfill their promises by transforming or "*civilizing*" non-liberal, non-Western states that correspond to the metaphor of savages by ensuring their adherence to the human rights norms.<sup>38</sup> According to Mutua, the savages-victim-saviour construct that provides a foundation for international human rights law focuses on civil and political rights. The construct plays a critical role in the reconstruction of non-liberal countries that violate civil and political rights since the violation of these rights often leads to reports that mostly suggest external intervention.<sup>39</sup>

Although the human rights corpus has been criticized for its preference of Western norms, it was not considered exclusively a Western product by TWAIL scholars. The contributions of non-Western perspectives to international human rights law were also addressed by several members. According to Mutua, although the international human rights law and the human rights movement have focused on Eurocentric civil and political rights, "*second*" and "*third*" generation rights attempted to make a way into the main discourse of human rights.<sup>40</sup> In the same vein, Chimni considered certain economic and social rights as a contribution of the non-Western world to human rights. According to Chimni, in the 1920s, the Soviet Union expanded the realm of rights due to the introduction of the right to work, health insurance, free education, paid maternity leave, and disability benefits.<sup>41</sup>

However, the origin of economic and social rights was not an uncontroversial issue among the TWAIL scholars. Despite seeing the classification of "*second*" generation rights as an indicator of marginalization, Otto did not attribute economic and social rights to the non-Western World. According to Otto, economic and social rights originated in socialism, which was also a product of Europe. As products of socialist Europe, economic and social rights were downgraded, contrasting the capitalist/liberal human rights norms, which were prioritized with a label of "*first*" generation.<sup>42</sup> Otto considered the development of solidarity rights as the introduction of the non-Western perspectives into the human rights discourse. According to Otto, solidarity rights made inroads into the human rights corpus, which was under the dominance of two main European visions of the Cold War era as a contribution of the newly independent decolonized states. The efforts of these countries led to the inclusion of the right to

---

37 See Mutua, 'Savages, Victims, and Saviors' (n 27) 234-235.

38 *ibid* 202-204.

39 *ibid* 228-230.

40 Mutua, *Human Rights* (n 29) 46.

41 See Chimni, *International Law* (n 19) 539.

42 See Otto (n 31) 14, 20.

self-determination and the right to sovereignty over natural wealth and resources in human rights instruments. Despite criticizing the classification of these rights under the category of “*third*” generation, Otto considered their inclusion in human rights instruments important since it represented “*Third World ‘non-aligned’ movement’s exploration of the potential of human rights discourse to address their concerns*”.<sup>43</sup>

Balakrishnan Rajagopal was another TWAIL scholar who associated solidarity rights with the Third World. Rajagopal associated the articulation of the right to development and the right to solidarity with the human rights approach of the Third World intellectuals to challenge the Western political and economic hegemony after the failure of NIEO proposals. According to Rajagopal, the Third World entered the intellectual arena of human rights and began to present its demands in terms of rights due to the failure of the demands for redistribution.<sup>44</sup> Although Rajagopal considered the inclusion of collective rights -such as the rights of peoples to self-determination and sovereignty over natural wealth and resources- in the Declaration on the Right to Development as a ground-breaking step in the individual-oriented human rights rhetoric, he also emphasized the marginalization of “*third*” generation rights, of which status and universality were rejected by developed countries and Western academics. However, the significance of solidarity rights was still stressed by Rajagopal since these rights played a critical role in the Third World grassroots movements and paved the way for the communities to use the language of human rights to resist violence. Thus, the right to sovereignty over natural wealth and resources was underlined as an example of the empowerment of local communities in their resistance against the destruction of natural resources.<sup>45</sup>

According to TWAIL scholars, the contributions of the Third World to international human rights law were not limited to solidarity rights. One of the feminist members of the movement, Mosope Fagbongbe, addressed the significant roles played by the Third World not only in the development of solidarity rights but also the international protective measures against violence against women.<sup>46</sup> Similarly, Otto considered the increase in the number of specialized human rights instruments along with the development of “*fourth*” generation rights the results of the contribution of the Third World to the rights discourse. According to Otto, human rights law exhibited significant dynamism in responding to diversity issues due to the development of new rights thanks to the newly independent members of the UN and various local or transnational social movements for the rights of women, indigenous peoples and cultural and racial rights.<sup>47</sup>

43 *ibid* 21.

44 See Balakrishnan Rajagopal, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance* (Cambridge University Press 2003) 207-209.

45 *ibid* 220-221.

46 See Mosope Fagbongbe, ‘The Future of Women’s Rights from a TWAIL Perspective’ (2008) 10 (4) *International Community Law Review* 401, 404.

47 Otto (n 31) 15-16.

Thus, TWAIL scholars who studied human rights law did not consider the corpus exclusively a Western product. On the other hand, although the presence of non-Western perspectives in the human rights corpus was addressed by TWAIL scholars, the subjugation of these perspectives was considered a problem. Furthermore, according to several TWAIL members, the marginalized non-Western perspectives were not limited to “third” and “fourth” generation rights or collective rights. Certain scholars also criticized the subjugation of the concept of duty, which was important in certain non-Western social traditions. Rajagopal emphasized the adoption of a narrow body of individual rights that excluded duties by the West.<sup>48</sup> Disqualification of the duties was attributed to the predominance of the autonomous individual as the main subject of the human rights law by certain TWAILers. Otto emphasized the failure of the autonomous and self-interested European individual -the principal subject of the human rights law since the development of the Universal Declaration of Human Rights- to represent every context. According to Otto, this autonomous subject with pre-emptive rights excluded the individual model observed in collectivist traditions such as indigenous African societies where the individual builds identity through reciprocal social and legal obligations.<sup>49</sup> Mutua also addressed several contexts in Africa where the individual is not characterized as an entity isolated from the society but as an integral member of a group motivated by solidarity. According to Mutua, the communitarian traditions where individuals are bearers of both rights and duties unlike their European counterparts and not in constant struggle with the society for the restoration of their rights were marginalized in international human rights law.<sup>50</sup> Mutua regarded the brief and general articulation of the duties in Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights as one of the main indicators of marginalization of certain social traditions that were based on both rights and duties.<sup>51</sup> Otto also considered this brief reference to duties as the subjugation of non-individualist traditions. According to Otto, the dominant paradigm that prioritized individual liberty over collective interests and regarded modern democratic society as a contractual association between individuals and the state excluded traditions that were based on principles of solidarity and interdependence and organized based on communal obligations such as *dharma* or *mitzvot*.<sup>52</sup>

TWAIL scholars, who studied human rights, not just criticized the marginality of non-Western perspectives but also called for the reconstruction of the human rights corpus. The possibility to achieve a truly universal human rights corpus that equally includes the contributions of each culture was argued by several TWAILers. Mutua

---

48 Rajagopal (n 45) 209.

49 See Otto (n 31) 11-12.

50 See Mutua, *Human Rights* (n 29) 83.

51 *ibid* 85.

52 See Otto (n 31) 13.



suggested the inclusion of each culture in the construct of human rights law instead of the approach that accepts a single cultural expression or historical experience as human rights.<sup>53</sup> His proposals for reconstruction included the harmonization of duties and rights, a balance between individual and group rights, and giving more weight to social and economic rights.<sup>54</sup> Although Mutua accepted that the current corpus essentially includes many universal norms and ideals, he also emphasized that the dominance of Western liberalism was an obstacle to the universality of the human rights law. According to Mutua, the current picture does not represent the whole, and the gap should be filled by non-Western traditions to achieve a truly universal human rights corpus. During the process of reconstruction, all cultures and traditions should negotiate and reach a consensus on the constitution of human rights and even after the consensus, “*the doors must remain open for further inquiry, reformulation, and revision*”.<sup>55</sup> Otto also stressed the possibility of achieving cross-cultural values and suggested imagining the human rights law as an evolving dialogue between different traditions and perspectives. According to Otto, to explore cross-cultural values, it is necessary to engage in a critical dialogue that would expose the political character of the rhetoric of “*difference*” and to “*learn to speak in multiplicities rather than dualities*”.<sup>56</sup> Chimni was another TWAIL scholar that stressed the need to achieve a globally valid notion of human rights. Thus, he suggested the supplementation and modification of the human rights instruments dominated by Western liberalism with transnational and trans civilizational perspectives.<sup>57</sup>

### B. Rights as the Limits of State Power

The works of certain TWAIL scholars demonstrated the profound relationship between the Third World and human rights that goes beyond the production of norms. The oppression of Third World subalterns by the ruling elite in post-colonial nation-states was one of the issues that certain TWAIL members addressed in their works on human rights. Certain works emphasized the limit that the human rights law set on state power. Anghie addressed the revolutionary character of the human rights law that delimited sovereigns in their territory and emphasized the fact that post-colonial Third World states never had absolute power in their countries due to the simultaneity of decolonization and the development of the international human rights law.<sup>58</sup> According to Anghie, human rights fulfilled the critical function of imposing limits on Third World states that oppressed indigenous people, women, the poor and minorities. Anghie emphasized the significance of the international human rights law

53 Mutua, *Human Rights* (n 29) 74.

54 *ibid* 6-7.

55 *ibid* 73-74.

56 Otto, (n 31) 10-11, 35.

57 Chimni, *International Law* (n 19) 542.

58 Anghie, *Imperialism* (n 26) 254.

for Third World peoples since it offers a mechanism for claiming protection from state violence.<sup>59</sup> Another TWAIL scholar, who highlighted the limits set by the human rights law in favour of Third World subalterns, was Chimni. According to Chimni, rights play a critical role in protecting poor and marginalized groups against destructive state and international institution policies. Thus, Chimni even considered civil and political rights, which were often criticized by the postcolonial scholars for being Eurocentric, as beneficial for the struggle against the detrimental policies of states and international institutions.<sup>60</sup> Although he reminded us of the limited transformative potential of rights in capitalist societies, Chimni considered rights beneficial for the improvement of the welfare of both working classes and subaltern groups. By citing Karl Marx, Chimni stated that freedom of speech or freedom of the press played a protective role against the attempts of capitalist states to regulate and discipline the lives of ordinary citizens. The protective role of rights against state authority was not only associated with the capitalist societies. Chimni also emphasized the significance of rights in socialism since they secure equal participation or delimit paternalism, state policies that aim at the maximization of social welfare and the employment of coercion in the provision of public goods.<sup>61</sup>

### C. Emancipatory/Transformative Potential of Rights

Human rights are also analysed by certain TWAIL scholars based on their emancipatory/transformative potential. It was accepted by various TWAIL scholars that rights have transformative potential, albeit a limited one. For instance, Mutua recalled the employment of a rights strategy by the African National Congress to mobilize anti-apartheid resistance and addressed the necessity of resorting to rights in the struggle against oppression.<sup>62</sup> However, according to Mutua, the designation of human rights as the only instrument for transformation during the construction of post-apartheid South Africa failed to eliminate all legacies of the apartheid. In this regard, Mutua addressed the employment of state institutions for preferential economic, social and political treatment to whites since 1948 as one of the deep-rooted injustices created by the old regime. Another example was the policy of Black land dispossession, resulting in the possession of 87 percent of the lands by the whites.<sup>63</sup> According to Mutua, the adoption of a rights-based strategy as the primary transformation instrument after the apartheid led to the recognition of property rights, preserving the status quo where a large part of the land belonged to the white minority. Despite acknowledging the accuracy of the deployment of rights idiom in the struggle against apartheid, Mutua

---

59 Anghie, 'The Evolution' (n 15) 749.

60 See Chimni, 'A Manifesto' (n 25) 17, 24.

61 See Chimni, *International Law* (n 19) 537-539.

62 See Mutua, *Human Rights* (n 29) 152.

63 *ibid* 130-132.

considered granting equal rights to everyone without employing other transformative instruments as inadequate for the elimination of social injustices since it leads to the preservation of privileges. Land reform, the reorganization of the bureaucracy and the economy were some of the examples of different transformation mechanisms that could be employed along with rights according to Mutua. For Mutua, while the idiom of rights was an indispensable strategy in mobilizing resistance, it should be considered as only one of several transformation tools.<sup>64</sup>

Another TWAIL scholar who emphasized the necessity of the employment of human rights in the struggle against oppression was Vasuki Nesiiah. According to Nesiiah, the current deployment of rights by the states or foreign policy initiatives to justify interventions or “*good governance*” was not a valid reason to reject human rights. Addressing the fact that rights also played a critical role in struggles for social justice and civil liberties, Nesiiah highlighted the existence of a counter-tradition in human rights. Thus, Nesiiah considered human rights as a terrain where both the proponents and opponents of globalization existed and therefore, an area of conflicting visions. Nesiiah reminded us of the deployment of human rights in several significant social movements such as abolitionist struggles, civil rights movements, anti-colonial movements, late 18th century revolutions, or labour struggles. According to Nesiiah, although human rights were invoked by powerful actors in international politics, allowing these actors to define human rights was not an option. Nesiiah emphasized the extraordinary power of human rights and the significance of the recognition of demands for justice as “*human rights*” since it has important consequences for the distribution of resources and meanings.<sup>65</sup>

Rajagopal also addressed the limits of rights as a language of emancipation, yet indicated the difficulty of denying the value of rights “*as a tool of strategy and mobilization for oppressed groups.*” According to Rajagopal, it was hard to designate human rights as the sole language of emancipation for the oppressed groups in the Third World for several reasons. Rajagopal considered human rights as a partially strategic instrument due to its statist orientation, deep connection with development discourse,<sup>66</sup> or inclusion of certain norms inherited from colonialism such as article 4 in the Covenant on Civil and Political Rights on the state of emergency.<sup>67</sup> On the other hand, despite underlining the risk of designating human rights as the sole language of resistance, Rajagopal emphasized the necessity of using the language of rights strategically in certain social struggles.<sup>68</sup>

---

64 *ibid* 151-152.

65 See Vasuki Nesiiah, ‘The Rise and the Fall of Human Rights Empire’ (Foreign Policy in Focus, June 28 2012) [https://fpif.org/the\\_rise\\_and\\_fall\\_of\\_the\\_human\\_rights\\_empire/](https://fpif.org/the_rise_and_fall_of_the_human_rights_empire/) Date Accessed 10 October 2021.

66 See Rajagopal (n 45) 232.

67 For details, see *ibid* 176-186.

68 *ibid* 172-173.

The transformative potential of human rights was also analysed by Otto. Otto exhibited a more optimistic approach to the emancipatory potential of human rights despite criticizing the marginalization of non-Western perspectives in international human rights law. From a Foucauldian perspective, Otto reminded us that, although the discourse of rights masked domination, it also provided “*a language and a legal framework of challenging dominating power.*” Otto indicated the possibility of influencing the dominant global rights discourse with local perspectives, mentioning the efforts of indigenous peoples in the negotiation of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples draft. As expected, Otto criticized the classification of these rights as the “*fourth*” generation human rights. Nevertheless, according to Otto, the recognition of these rights also represented a departure from the assimilationist trend and led to dialogue opportunities between indigenous peoples and international human rights discourse.<sup>69</sup> After emphasizing the necessity to understand the hegemony of global knowledge to realize the potential of local knowledge to resist and reshape it, Otto asserted that the law was not a unitary discourse and it intersected with other discourses in multiple ways at local or global levels, leading to the emergence of multiple areas of power and resistance. According to Otto, several resistance opportunities could be generated by focusing on the interaction between various discourses and practices. And despite its disciplinary aspects, the human rights law also creates and determines several resistance opportunities.<sup>70</sup>

As it was demonstrated in this section, TWAIL scholars, who analyzed the transformative potential of the human rights law, agreed on its capacity to introduce certain changes for oppressed groups in the Third World. The role that human rights played both in the historical and contemporary struggles of the subalterns in the Third World was emphasized by various TWAIL scholars. However, as it was demonstrated, human rights were considered as one of several resistance instruments rather than an instrument idealized as the sole language of emancipation by TWAILers. While rights were generally considered a significant strategy to mobilize resistance, certain TWAIL members stressed the necessity to resort to human rights along with various transformation mechanisms, while others addressed certain features of the human rights law that delimit its emancipatory potential by justifying dominance. Certain members tended to focus on the capacities of the rights, rather than emphasizing the limits of their potential. Nevertheless, whether they focused on limits or capacities of human rights, all members who scrutinized the transformative/emancipatory potential of rights agreed on their consideration as one of the various tools of resistance.

---

<sup>69</sup> See Otto (n 31) 23-24.

<sup>70</sup> *ibid* 34-35.

## Conclusion

In addition to the analysis of the international law based on its relationship with colonialism, certain TWAIL scholars also scrutinized the human rights law from the same postcolonial perspective and questioned its neutrality and universality. Thus, the priority of certain human rights norms with Western origins and the Western forms that they aimed to universalize were exposed by the TWAIL members. On the other hand, as the current article aimed to demonstrate, TWAILers did not consider the human rights law exclusively as a body of Western norms or an instrument of domination. In their discussion on the human rights law, TWAIL scholars did not neglect the existence of non-European perspectives in the corpus, while exposing the superiority of the rights with European origins. In addition to emphasizing non-Western perspectives, TWAIL scholars also underlined the role human rights played in emancipation struggles and the limits they imposed on state authority. Consistent with the postcolonial agenda that aimed at the emancipation of Third World subalterns, certain TWAIL scholars stressed the critical role human rights played in delimiting state power and their significance as a language of emancipation, albeit a limited one.

Apart from their criticism, TWAIL scholars also introduced several ideas for the reconstruction of the human rights corpus. These suggestions deepened the complex relationship between the Third World and human rights. Thus, the intellectual and practical relationship between the Third World and the human rights law went beyond the introduction of certain human rights norms or the employment of rights as a language of resistance. The reconstructive suggestions that were introduced aimed to realize the universality that the current corpus lacks by constructing a body of norms that would include the contribution of all cultures without a hierarchy. Several strategies were also articulated by certain TWAIL members to improve the transformative or emancipatory potential of human rights. The recommendations that accompanied criticism deepened the TWAIL scholars' discussion on human rights. In addition to the recommendations that aimed at the universality of the human rights corpus and the improvement of the emancipatory potential of rights, certain TWAIL scholars demonstrated a will to make significant contributions to the introduction of dynamism to the human rights law. Mutua, for example, emphasized the constant development of new conditions of oppression and the resulting constant need for normative standards. Thus, challenges such as the war on terror as a pretext for human rights violations were considered by Mutua as issues that should be resolved with new normative frameworks that would provide civil protection from terrorist attacks without human rights violations. Furthermore, Mutua stressed the necessity of a normative framework for LGBTQ rights in international human rights law.<sup>71</sup> Fagbongbe's criticism about the indifference of international human rights law to the specific problems of the Third

---

71 See Makau Mutua, 'Standard Setting in Human Rights: Critique and Prognosis' (2007) 29(3) *Human Rights Quarterly* 547, 620, 627.

World women<sup>72</sup> also implied various areas without normative standards. The works of TWAIL scholars indicated the dynamism and comprehensiveness that the human rights law could acquire through postcolonial Third World perspectives. TWAIL scholars' discussion on human rights demonstrated the inaccuracy of the association of the postcolonial perspectives with an absolute rejection of universals. As could be observed in the TWAIL example, a postcolonial human rights approach not only exposes the priority of Western norms; and thus, the partiality of the human rights law, but also addresses the presence of, although subjugated, non-Western perspectives and the need for a reconstructed corpus where all cultures are equally represented. Furthermore, the benefits that rights idiom could provide for the subalterns in resistance are also central to postcolonial approaches, as observed in the works of several TWAIL scholars. The works of TWAIL members that addressed what the Third World could acquire or acquired from human rights and what human rights could acquire or acquired from the Third World perspectives indicated the diversity and dynamism that postcolonial approaches could offer to the human rights law in addition to demonstrating the inaccuracy of the association of postcolonial Third World approaches with an absolute opposition to human rights.

---

**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.

---

### Bibliography/Bibliyografya

Anghie A, 'Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law' in Eve Darian-Smith and Peter Fitzpatrick (eds), *Laws of the Postcolonial* (University of Michigan Press 1999).

Anghie A, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, (Cambridge University Press 2005).

Anghie A, 'The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities' (2006) 27(5) *Third World Quarterly* 739-753.

Bianchi A, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking* (Oxford University Press 2016).

Chimni BS, 'Third World Approaches to International Law: A Manifesto' (2006) 8(1) *International Community Law Review* 3-27.

Chimni BS, 'The World of TWAIL: Introduction to the Special Issue' (2011) 3(1) *Trade Law and Development* 14 3-27.

Chimni BS, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches* (2<sup>nd</sup> edn, Cambridge University Press 2017).

---

72 See Fagbongbe (n 47) 403.

- Eslava L and Pahuja S, '*Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law*' (2011) 3(1) Trade, Law and Development 103-130.
- Fagbongbe M, '*The Future of Women's Rights from a TWAIL Perspective*' (2008) 10(4) International Community Law Review 401-409.
- Gathii JT, '*TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography*' (2011) 3(1) Trade, Law and Development 26-64.
- Moore-Gilbert B, *Postcolonial Theory: Contexts, Practices, Politics* (Verso 1997).
- Mutua M and Anghie A, '*What is TWAIL?*' (2000) 94 Proceedings of the Annual Meeting 31-40.
- Mutua M, '*Savages, Victims, and Saviours: The Metaphor of Human Rights*' (2001) 42(1) Harvard International Law Journal 201-245.
- Mutua M, *Human Rights: A Political & Cultural Critique* (University of Pennsylvania Press 2002).
- Mutua M, '*Standard Setting in Human Rights: Critique and Prognosis*' (2007) 29(3) Human Rights Quarterly 547-630.
- Nesiah V, '*The Rise and the Fall of Human Rights Empire*' (Foreign Policy in Focus, June 28 2012) [https://fpif.org/the\\_rise\\_and\\_fall\\_of\\_the\\_human\\_rights\\_empire/](https://fpif.org/the_rise_and_fall_of_the_human_rights_empire/) Date Accessed 10 October 2021.
- Okafor OC, '*Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A Twail Perspective*' (2005) 43 (1/2) Osgoode Hall Law Journal 171-191.
- Otto D, '*Rethinking Universals: Opening Transformative Possibilities in International Human Rights Law*' (1997) 18 Australian Year Book of International Law 1-36.
- Pluckrose H and Lindsay J, *Cynical Theories: How Activist Scholarship Made Everything about Race, Gender, and Identity-and Why This Harms Everybody* (Pitchstone Publishing 2020).
- Rajagopal B, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance* (Cambridge University Press 2003).





# Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk

### Law Applicable to Foreign Service Contracts

Sibel Özel<sup>ID</sup>

#### Öz

Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, zayıf tarafı koruma adına MÖHUK m. 27’de ayrı bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda taraflara, mutat işyeri hukukunun işçiyi koruyucu hükümleri ile işçiye sağlanan korumadan onu mahrum bırakacak şekilde hukuk seçimi yapmalarına izin verilmemiştir. İşyeri hukukunun işçiyi koruma amacıyla getirilen emredici kuralları işçinin korunmasındaki sınırı işaret etmektedir. Bu bağlamda MÖHUK, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka ilişkin Roma I Tüzüğünden farklıdır. MÖHUK mutat işyeri hukukunun işçiyi koruma amacıyla getirilen kurallarını bertaraf edecek şekilde hukuk seçimine izin vermemiştir. Buna karşılık, Roma I Tüzüğünde mutat işyeri hukukunun yanında, işçinin işe alındığı işyeri hukuku ve ilişkiyle sıkı bağlantılı hukukun işçiyi koruyan hükümlerinin de hukuk seçimi ile bertaraf edilmesine izin verilmemektedir. Taraflar hukuk seçimi yapmadığında uygulanacak hukuk mutat işyeri hukuku olarak belirlenen objektif kıstasa göre tespit edilecektir. Bununla beraber, iş sözleşmeleri başka bir ülke hukuku ile daha sıkı bağlantılı ise, bu hukuk uygulanabilir. Yurt dışına çalışmaya götürülen Türk işçiler ile Türk işveren arasında yapılan yurt dışı hizmet akitleri genel işlem koşulları formunda, Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanmaktadır. Bu akitlerde bazı meselelerde işçinin çalıştığı ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Makalede bu hükümlerin hukuk seçimi anlaşması olup olmadığı, Türk hukukunun uygulanma gerekçesi ve ayrıca iş hukukunda doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeninin etkisi irdelenmektedir.

#### Anahtar Kelimeler

İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Hukuk Seçimi, Yurt Dışı Hizmet Akitleri, Doğrudan Uygulanan Kurallar, Kamu Düzeni

#### Abstract

Law Applicable to individual employment contracts are regulated separately in Article 27 of Turkish Private International and Procedural Law No. 5718 (MÖHUK) in terms of protection for weaker parties. In this respect, the parties are not allowed to choose a law that would deprive an employee of the protection afforded to them by the provisions of the law of the country in which the employee habitually carries out their work. The peremptory norms whose purpose is to protect employees regarding the law of the workplace will indicate employees’ level of protection. In this respect, MÖHUK differs from the Rome I Regulation on laws applicable to contractual obligations. MÖHUK does not allow a choice to be made regarding law that may result in an employee being deprived of the protection afforded to them by provisions that cannot deviate from an agreement under the law of the habitual place of employment. However, while the Rome I Regulation also doesn’t allow the law to be chosen that may result in an employee being deprived of the protection afforded to them by provisions that cannot deviate from an agreement under the law of the habitual place of employment, it also doesn’t allow this for the law in the country where the place of business through which the employee was engaged is situated, with the law of that country being more closely affiliated than indicated in Paras. 2 and 3 of Art. 8. In places where the parties did not choose a law, the applicable law must be determined by the objective criteria of the law of the habitual place of employment. However, when the employment contract is more closely affiliated with the law of another country, the law of that other country can be applied. Foreign service contracts that are concluded between

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

Atrf: Ozel S, “Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Uygulanacak Hukuk” (2023) 43(1) PPIL 371. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1280362>

Turkish employees taken abroad to work and their Turkish employers are prepared by the Turkish Employment Agency with regard to terms and conditions. These contracts include provisions related to the application of the law of the country where the employee works regarding certain issues. This article reviews if these provisions are the choice of a law agreement and a reason for applying Turkish law in addition to overriding mandatory rules in employment law and the effects of public policy.

**Keywords**

Law Applicable to Employment Contracts, Choice of Law, Foreign Service Contracts, Overriding Mandatory Rules, Public Policy

***Extended Summary***

Law applicable to individual employment contracts are regulated under Article 27 of the Turkish Private International and Procedural Law No. 5718 (MÖHUK) in terms of the protection of a weaker party. In this respect, the parties (employer and employee) are not completely free to choose any law they want. Thus, the parties can only choose the law that does not deprive the employee of the protection afforded to them through the legal provisions of the country in which the employee habitually carries out their work. The connecting factor adapted for application to employment contracts is affiliation to the place where the employee habitually carries out his work. The peremptory norms whose purpose is to protect the employee regarding the law of the workplace will indicate the employee's level of protection. In this respect, MÖHUK differs from the Rome I Regulation on law applicable to contractual obligations. MÖHUK does not allow the law to be chosen that may result in the employee being deprived of the protections afforded to them by contractual provisions that cannot be deviated from regarding the law of the habitual place of work. However, while the Rome I Regulation also does not allow the law to be chosen that may result in an employee being deprived of the protection afforded to them by contractual provisions that cannot be deviated from regarding the law of the habitual place of work, this also applies to the law of the country where the place of business through which the employee is engaged is situated, with the law of the country being more closely affiliated than is indicated in Paras. 2 and 3 of Art. 8 in Rome I Regulation.

In cases where the parties did not choose a law, the applicable law must be determined by the objective criteria, which is the law of the habitual place of work (*lex loci laboris*). However, in cases where the employment contract is more closely affiliated with another law, that law may be applied (MÖHUK, Art. 27, Para. 4). Para. 4 of Art. 27 is not an escape or exception clause but rather a main rule that is subject to the judge's discretion. The general precedent is that the judge must apply this provision in favor of the employee.

In cases where both parties are Turkish, or domiciled or residents in Türkiye, where the contract is written in Turkish, or when the wage is paid in Türkiye, the employment contract will be assumed to be closely affiliated with Turkish law. Foreign service contracts that have been prepared by the Turkish Employment Agency in particular are

assumed to be closely affiliated with Turkish law and to be due to Turkish employees being taken abroad from Türkiye by Turkish employers. Thus, the applicable law under Art. 27 of MÖHUK would be Turkish law.

These contracts include provisions stipulating that some issues will be governed by the legislation of the country where the employee works. Turkish writers argue that these provisions involve the choice of law, and this choice of law as stipulated in the Terms and Conditions that are the only mode for foreign service contracts, is valid under Turkish law.

In my opinion, the provisions in a contract regulating issues such as official holidays, work hours, and overtime pay are to be governed by the legislation of the country where the employee works and such provisions shall not be qualified as choice of law agreements in terms of private international law. These are contract provisions and incorporate the law of the workplace by reference. Thus, the validity of these contract provisions and the applicability of the law of the workplace will be subject to the law applicable to foreign service contracts.

Foreign service contracts are prepared as Terms and Conditions by the Turkish Employment Agency. A contract involving choice of law through terminology or by incorporating some workplace rules by reference as included in the contract must comply with the Turkish Code of Obligations (Act No. 6098 dated January 11, 2011). Under foreign service contracts, employers again are obliged to inform employees about the work conditions and situations that are subject to the law of the workplace in writing. Thus, the employee must know about foreign law. When an employer fails to inform an employee, the terms regarding a choice of law or an incorporation of some rules by reference will not be binding.

In the absence of choice of law foreign service contracts will be governed by the law of the country where the employee habitually carries out their work. However, these contracts are more closely affiliated with Turkish law due to both parties being Turkish, domiciling in Türkiye, the contract being written in Türkiye and prepared the Turkish Agency, or the payment being transferred to Türkiye. In this respect, I argue that a judge will have no need to find out the content of the law of a workplace in order to make a comparison and figure out which law is in favor of the employee unless the employee in particular claims that law.

On the other hand, in cases where Turkish law is applied to a foreign service contract, Arts. 31 and 33 of MÖHUK will be taken into consideration. Under Art. 31, the ruling to override the mandatory rules of a third country that is closely affiliated with the contract may occur. Again, the law of the country where performance is to be rendered will be taken into consideration with regard to an act of performance under Art. 33 of MÖHUK.

Under Art. 6 of MÖHUK, Turkish rules that qualify for overriding mandatory rules will additionally apply to an employment contract irrespective of applicable law as long as the place of work is situated in Türkiye. In cases where the workplace is abroad, however, the Turkish override of mandatory rules will not directly apply. Still, the policy underlying these provisions will reflect the public policy of Türkiye. Moreover, the constitutional values, economic and social regime of Turkish employment law, and policies safeguarding the social state will indicate the scope of Turkish public policy. Accordingly, in cases where a foreign law contradicts Turkish public policy, that law will not apply in Turkish courts. Turkish law will be applied when necessary under Art. 5 of MÖHUK.

## I. Giriş

Yurt dışında iş yapan Türk müteahhitlik firmalarının artmasıyla birlikte çalıştırılmak üzere yurt dışına Türk işçi götürülmesi de hız kazanmıştır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kaynağı yurt dışı hizmet akdi olmakta ve matbu olarak hazırlanan bu sözleşme Türkiye İş Kurumu tarafından onaylanmaktadır. İşçilerin Türkiye’de yerleşik Türk vatandaşı, işverenin de çoğu kez Türkiye’de kurulu bir şirket olduğu bu iş sözleşmeleri işçinin borcunu ifa ettiği mutad işyerinin yurt dışı olması nedeniyle yabancılik unsurunu bünyesinde barındırmaktadır. Bu itibarla ilgili sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)<sup>1</sup> uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir<sup>2</sup>.

Yargıtay uzun süre işçinin iş sözleşmesine binaen Türkiye’de Türk işverene karşı açtığı davalarda çeşitli nedenlerle doğrudan Türk hukukunu uygulamıştır. İş hukukunun kamusal tarafı ve emrediciliği, işçi veya sigortalının Türk vatandaşı olması, kamu düzeninin dikkate alınması, yurt dışına işçi gönderen kişi ya da şirketin yurt dışındaki şirketle organik bağının bulunması Türk hukukunun uygulanmasına gerekçe gösterilmiştir<sup>3</sup>.

Yargıtay’ın yurt dışında çalışan Türk işçilerin Türk işverene karşı Türkiye’de açtıkları davalarda işçiyi koruma adına Türk hukukunu uygulama tavrı 2020’den itibaren değişmeye başlamıştır<sup>4</sup>. Yargıtay HGK’nun 22.06.2022 tarihli kararı iş sözleşmelerinde yer alan çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin klozların geçerli bir hukuk seçimi olduğu ve bu nedenle uygulanacak hukukun seçilen yabancı hukuk olduğu yönündeki uygulamasının çarpıcı bir örneğidir<sup>5</sup>.

Karara konu olayda ilk derece mahkemesi Türk hukukunu uygulamış; Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) Umman mahkemelerinin yetkili olduğu ve Umman hukukunun uygulanması noktasındaki itirazı reddederek davalılar arasında iş ortaklığı bulunsa

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

2 Aynı nedenle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de MÖHUK kapsamında ele alınmalıdır.

3 Yargıtay 9 HD 15095/20715, 24.11.2016. Yargıtay uygulamasının eleştirisi için bkz. Musa Aygül, ‘Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi’ in Feriha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, 7-8 Aralık 2017* (Adalet 2018) 500 vd; Ercan Akyiğit, ‘Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerde Türk İşçi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi’ in *Ellinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları* (İntes Yayınları 2017) 99 vd. Yurt dışında işveren olarak bilinen şirkete Türk şirketi ortak ise, iki şirket arasında organik bağ olduğu gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve bu itibarla işçi ve işverenin Türk olması, ücretin Türkiye’de açılan bir hesaba yatırılması, işçinin mutad meskeninin Türkiye’de olması nedeniyle Türk hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmesi ve Türk iş hukukunun kamu düzeni karakteriyle uygulanması yönündeki kararlar için bkz. Gaye Baycık, ‘Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen Türk İşçilerin Açtığı Davalarda Uygulanacak Hukuk’ in *Ellinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları* (İntes Yayınları 2017) 117 vd.

4 Yargıtay 9 HD 5618/16557, 24.11.2020 ve aynı yöndeki diğer kararlar ile değerlendirme için bkz. Rıfat Erten, ‘Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye’de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri’ Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan (Yetkin 2022) 214 vd. Kararlar ile ilgili olumlu görüş için bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2021).

5 Yargıtay HGK 529/1017, 22.06.2022. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK 526/1014, 22.06.2022.

da davacı işçinin Türk şirketi tarafından yurt dışına götürüldüğü, iş ortağı diğer davalının Türkiye’de şubesinin bulunduğu gerekçesiyle uyuşmazlığa Türk hukukunun uygulanmasında isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir. Yargıtay 9. HD ise hem taraflar arasında Umman hukukunun seçildiği yönünde anlaşma olduğu hem de MÖHUK m. 27(2) uyarınca mutlak işyerinin Umman olması nedeniyle Umman hukukunun uygulanması yönünde hüküm vermiştir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Daire bu karara direnmiştir. BAM’a göre yurt dışı hizmet akitleri matbu niteliktedir ve çoğu kez boşluklar işveren tarafından doldurularak işçilere imzalatılmaktadır. Bu sözleşmenin 3. Maddesi uyarınca taraflar arasında hukuk seçimi yapıldığından söz edilebilmesi için işverenin işçiyi çalıştırılan ülke hukukuna göre tâbi olacağı çalışma şartları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmesi ve bu bilgilendirmenin İş Kurumu nezdinde saklanması gerekmektedir. Olayda davacı işçi için uygulanacak yer hukukunun dahi yazılmadığının belirlendiği, iş hukukunun güçsüz taraf olan işçinin korunması amaçlı olarak sözleşmeye getirilen emredici nitelikli 3. Maddenin uygulanmaması karşısında taraflar arası hukuk seçimi yapıldığının kabulüne imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk hukukunun uygulanmasında bir aykırılık görülmemektedir. Ayrıca işçinin yurt dışı hizmet akitlerini imzalayarak ve işverenleri ile aralarında doğan uyuşmazlıklarda kamu düzeni yönünden Türk iş hukukunun uygulanması nedeniyle çalışılan ülke mevzuatının uygulanmaması yönünde hukuki güvenlik/koruma içinde olduğunu kabul ettiğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin imzalanması ile iş hukuku gibi özel ve teknik bilgi gerektiren bir alanda çalışılan ülkenin iş hukuku mevzuatının unsurlarının bilerek imzalandığının kabulü; sözleşmenin güçsüz tarafı olan işçinin korunmasız bırakılması anlamını taşıyacaktır. İşverenin davacı işçiyi uygulanan hükümleri ve çalışma şartlarıyla ilgili bilgilendirmeyi yapmamış olması taraflar arasında hukuk seçimi olmadığı ve bu itibarla MÖHUK m. 27(4) uyarınca değerlendirme yapılarak Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

BAM’a göre davalılar Türk işveren/Türkiye’de şubesi bulunan işverendir; işçi her fırsatta Türkiye’ye gelmiştir ve yerleşim yeri, sosyal çevresi Türkiye’dedir; Türkiye’de sosyal güvence sistemi içinde yer almaktadır; ücretlerin brütleştirilmesi dahi yurt dışı çalışmalarda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri dikkate alınarak yapılmıştır; yurt dışı hizmet akdi Türk iş hukukuna özgü kurumlar gözetilerek düzenlenmiştir; sözleşme ana başlıklarına ilişkin başlıklar Türk iş hukuku dikkate alınarak belirlenmiştir; sözleşme Türkiye İş Kurumu vasıtasıyla Türkiye’de Türkçe olarak kaleme alınmıştır. Yargıtay uygulaması dikkate alındığında uyuşmazlığa daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanmasında bir aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararının temyizi üzerine Yargıtay HGK, BAM’ın verdiği kararın usul hukuku anlamında gerçek bir direnme kararı olmadığı, bozma kararından önce tartışılıp

değerlendirilmeyen yeni gerekçelere dayalı yeni hüküm niteliğindeki karara karşı temyiz itirazlarının incelenmesi için özel daireye gönderilmesine karar vermiştir<sup>6</sup>.

Görüldüğü üzere yurt dışında çalışmak üzere İş Kurumu aracılığıyla iş akdi yapıldığında işçinin işverene karşı açtığı davada ilk derece mahkemesi ve BAM hukuk seçimini geçerli kabul etmemiş ve Türk hukukunu uygulamış; Yargıtay ise taraflarca hukuk seçimi olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur<sup>7</sup>.

Matbu formda hazırlanan ve bazı meselelerde çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin hükümler bulunan bir yurt dışı hizmet akdi ile yurt dışına çalışmaya giden Türk işçinin Türkiye’de Türk işverene karşı açtığı iş alacağına ilişkin davada uygulanacak hukukun (ve hatta mahkemenin yetkisinin) belirlenmesi MÖHUK’un doğru uygulanması ve milletlerarası özel hukuk kavramlarının doğru değerlendirilmesine bağlıdır. Yabancılık unsuru içeren bir iş sözleşmesinde hukuk seçiminin anlamı ve geçerliliği; hukuk seçiminin bulunmadığı durumda MÖHUK m. 27(2) gereği mutat işyeri hukukunun tespiti; ilişkiyle sıkı bağlantılı bir başka hukukun bulunması halinde mutat işyeri hukukundan vazgeçme durumu; iş hukukuna ilişkin doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı, bu kuralların üçüncü bir ülke hukukunda bulunması halinde nasıl değerlendirileceği; uygulanacak yabancı hukukun Türk kamu düzenine hangi durumda aykırı olduğu için uygulanmayacağı hususlarının incelenmesi gerekmektedir.

Bu makalede öncelikle MÖHUK m. 27 kapsamında iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk ele alınacak ve ardından İş Kurumu aracılığıyla yapılan yurt dışı hizmet akitlerinde yer alan “çalışılan ülke hukukunun” uygulanması yönündeki hükümlerin gerçek bir hukuk seçimi olup olmadığı incelenecektir. Hukuk seçiminin geçerli olmadığı durumda uygulanacak hukukun tespitinde daha sıkı bağlantılı hukukun mutat işyeri hukukuna tercih koşulları ve milletlerarası özel hukukun iki önemli kavramı olan doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci kurallar) ile kamu düzeninin uygulama alanı değerlendirilecektir.

6 Yargıtay HGK 528/1016, 22.06.2022 sayılı kararı da aynı yöndedir.

7 Yargıtay 9 HD 644/2238, 23. 02.2022 sayılı kararında mutat işyerinin Etiyopya olduğu belirlenmiş ve taraflar arasında MÖHUK m. 27(1) uyarınca hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan uyumsuzluğa Etiyopya hukukunun uygulanması yönünde hüküm vermiştir. Mutat işyerinin Afganistan (Yargıtay 9 HD 6029/8323, 27.06.2022); Arnavutluk (Yargıtay 9 HD 2698/6694, 23.03.2021); Abu Dabi/BAE (Yargıtay 9 HD 5186/8074, 21.06.2022); Belarus (Yargıtay 9 HD 1704/3055, 09.03.2022); Gürcistan (Yargıtay 9 HD 4811,9192, 18.05.2021); Irak (Yargıtay 9 HD 10366/14521, 20.10.2021); Kazakistan (Yargıtay 9 HD 4330/4921, 20.04.2022); Kosova (Yargıtay 9 HD 7280/8049, 20.06.2022); Libya (Yargıtay 9 HD 3913/4917, 20.04.2022); Nijerya (Yargıtay 9 HD 10819/15036, 27.10.2021); Rusya (Yargıtay 9 HD 8187/12587, 22.09.2021); Rusya ve Gabon (Yargıtay 9 HD 870/1441, 08.02.2022); Suudi Arabistan (Yargıtay 9 HD 9875/15524, 09.11.2021); Türkmenistan ve Azerbaycan (Yargıtay 9 HD 3339/3862, 22.03.2022); Ukrayna (Yargıtay 9 HD 5070/3194); Umman (Yargıtay 9 HD 5936/4629, 22.02.2021) olduğu davalarda da aynı şekilde mutat işyeri lehine yapılan hukuk seçimi sözleşmelerine binaen uygulanacak hukukun belirlenmesi sonucuna ulaşılmıştır.

## II. Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk

### A. Genel Olarak

Bireysel iş sözleşmeleri özel hukuk bağlamında bir sözleşmesel ilişki kurduğu için uygulanacak hukuk meselesi de sözleşmelerin tâbi olduğu rejime göre belirlenecektir. Ancak iş sözleşmelerinde tarafların eşit olmaması, zayıf tarafın korunması gereği milletlerarası özel hukuk sisteminde iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun özel olarak belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Avrupa Birliği (AB) düzenlemesi olan Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzük<sup>8</sup> ve milletlerarası özel hukuk kanunları gibi 5718 sayılı MÖHUK m. 27 de iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku m. 24'ten ayrı olarak, zayıf taraf olan işçinin korunmasına hizmet edecek şekilde ayrıca belirlemiştir.

Bu noktada ele alınması gereken ilk husus, sözleşmesel alanda çok önemli bir ilke olan hukuk seçiminin iş sözleşmelerinde de kabul edilip edilmeyeceğidir. Zira taraf iradesinin önemli bir görünümü olan hukuk seçimi ile taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe kendileri belirlemektedir. MÖHUK m. 24 bu serbestiyi açık veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir hukuk seçimi olarak kabul etmiştir<sup>9</sup>. Zayıf taraf olan işçinin güçlü işveren karşısında korunması gereği hukuk seçiminin kabul edilip edilmemesi yönünde tereddütlere yol açmıştır. Bu itibarla iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin reddi ile işçi yararına hukuk seçiminin kabulü düşüncesi karşı karşıya gelmiştir<sup>10</sup>.

İşçi ile işveren arasında eşit pazarlık gücünün olmaması, iş ilişkisinin işçi ve aileleri için geçim kaynağı olması sınırsız bir hukuk seçiminin reddini gerektirmektedir. İşçiyi korumak için getirilen maddi hukuk hükümleri de taraflarca bertaraf edilemeyen emredici kurallar ile işçi lehine değiştirilebilen kurallar olarak düzenlenmiştir<sup>11</sup>. Aynı yaklaşım hukuk seçiminde de işçi lehine hukuk seçiminin engellenmemesi yönünde kendini göstermiştir. Dolayısıyla mutad işyerinde emredici hükümlerle sağlanan asgari koruma sınırı temel alınmak üzere işçiyi daha iyi koruyan hukuk seçilebilir iken, asgari koruma sınırının altındaki bir hukukun seçimi geçersiz kabul edilmiştir.

8 Regulation (EC) No: 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) Official Journal of the European Union, 4.07.2008, L 177/6. Tüzük Gerekeçe 23'te zayıf tarafın yaptığı sözleşmelerde kanunlar ihtilafı kurallarının onların menfaatlerini koruyacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim and Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha 2022) 403 vd; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2020) 283 vd; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (Beta 2021) 323 vd; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2021) 384 vd; Şanlı (n 4) 321 vd.

10 Ayrıntılı bilgi için bkz. Vahit Doğan, '5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2007) XI (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 147, 150 vd; Doğa Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (Adalet 2012) 63 vd.

11 Marcin Czerwinski, 'The Law Applicable to Employment Contracts Under the Rome I-Regulation' (2015) Adam Mickiewicz University Law Review 147, 152.



Taraflar arasında hukuk seçiminin olmaması halinde ise objektif bağlama kuralı her iki taraf açısından da öngörülebilir ve menfaat dengesine uygun olan mutad işyeri hukuku olarak belirlenmiştir. Mutad işyeri hukukunun özel hükümle tercihi, karakteristik edim borçlusunun işyeri ya da mutad meskeni hukukunu esas alan MÖHUK m. 24'ün iş sözleşmelerinde yetersiz kalacağı düşüncesidir. Zira iş sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu işçidir ve onun mutad meskeni ya da ticari ve mesleki faaliyet gereği kurulan sözleşmelerde ise işyeri her durumda mutad işyeri kavramını karşılamamaktadır. Bu nedenle ayrı bir hükümle her iki taraf açısından da öngörülebilir ve özellikle iş sözleşmelerinde kamu hukuku kurallarının da etkisini gösteren mutad işyeri hukuku kuralı önemli ve makul bir bağlama kuralı olarak işlev görmektedir.

Diğer yandan sözleşmesel alanda etkisini güçlendiren daha sıkı ilişkili hukuk kuralı iş sözleşmelerinde de varlığını sürdürerek mutad işyeri hukukunun yaratacağı adaletsizlikleri gidermekte ve çoğu durumda zayıf tarafı korumak için getirilen özel bağlama kuralının bu işlevini yerine getirmesine hizmet etmektedir.

### **B. MÖHUK m. 27 Uyarınca Uygulanacak Hukuk**

MÖHUK m. 27 modern gelişmeleri izleyerek iş sözleşmeleri için ayrı bir bağlama kuralı getirmiştir. Buna göre “(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde<sup>12</sup> uygulanacak hukuk taraf iradeleriyle belirlenmektedir. Ancak burada MÖHUK m. 24'ten farklı olarak sınırlı bir hukuk seçimine izin verilmiştir. Sınırlı hukuk seçiminin açık olabileceği gibi örtülü olarak da yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Burada önemli olan hukuk seçimiyle işçinin mutata işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumadan mahrum bırakılmayacağı hususudur.

Roma I Tüzüğü m. 8(1) de aynı şekilde iş sözleşmelerinde taraf iradesine izin vermiş ancak hukuk seçimi olmadığında Tüzük uyarınca uygulanacak hukukta bulunan ve tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyecek hükümlerin sağladığı korumadan işçinin mahrum bırakılmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla MÖHUK'tan farklı olarak sadece mutata işyeri hukukunun değil, mutata işyeri olmadığında uygulanacak olan işçinin işe alındığı işyeri hukukunun (m. 8(3)) ve daha sıkı bağlantılı hukukun (m. 8(4)) işçiyi koruyan emredici kurallarına aykırı hukuk seçimi yapılamayacaktır.

Gerek MÖHUK gerekse Roma I Tüzüğü uygulanacak hukukta emredici kurallarla işçinin sahip olduğu korumayı esas alarak daha ileri koruma sağlayan hukukun seçilmesini kabul etmiş ancak daha düşük standartta koruma içeren hukuk seçimini geçersiz kılmıştır. Her iki düzenleme de emredici hükümler ya da anlaşmayla bertaraf edilemeyecek hükümler terimini kullanmıştır. Bu tercih doğrudan uygulanan kurallar dışındaki emredici hükümleri işaret etmektedir. Doğrudan uygulanan kurallar emredicidir ancak her emredici kural doğrudan uygulanan kural değildir. Doğrudan uygulanan kurallar aşağıda belirttiğimiz üzere tarafların seçimiyle bertaraf edilemeyen ve ilgili ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik yapısını korumak için çıkarttığı kurallardır. Buna karşılık iş hukukundaki emredici kurallar mutlak ve nisbî emredici kurallar ayrımı içermektedir. Mutlak emredici kurallar taraflarca uyulması zorunlu ve değiştirilme olanağı olmayan kurallardır. Nisbî emredici kurallar ise işçi yararına değiştirilebilen kurallardır. İş hukukundaki emredicilik daha ziyade işçi yararına olmak üzere işverene karşı sözleşme serbestisinin kısıtlanmasını öngörmektedir<sup>14</sup>.

Mutata işyerinin Türkiye olduğu bir uyumsuzlukta taraflar anayasada yerini bulan sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak işçiyi koruyan emredici hükümlerden daha az koruma sağlayan yabancı hukuk seçemezler. Mutlak emredici kurallar Türk iş

12 İş sözleşmelerinde yabancılık unsuru işçi ya da işverenin yabancı olması, işverenin merkezinin yabancı ülkede bulunması, işçinin işini mutaden yerine getirdiği yerin yabancı bir ülke olması halinde kendini göstermektedir. Tümüyle Türk hukukunu ilgilendiren bir iş sözleşmesi tarafların yabancı bir hukuku seçmesi ile yabancılık unsuru taşıyan sözleşme haline gelmez. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, 'Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi' in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 423 vd. Ancak önsel olarak yabancılık unsuru taşıyan bir iş sözleşmesinde MÖHUK m. 27(1) uyarınca hukuk seçimi yapılabilecektir. Tümüyle Türk hukukuna tâbi bir iş sözleşmesinde yabancı hukukun seçilmesi MÖHUK m. 27(1) anlamında hukuk seçimi değil, TBK m. 26 anlamında sözleşme özgürlüğüdür ve yabancı hukuk bir sözleşme hükmü olarak TBK m. 27(1)'deki sınırlara tâbidir.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, 'Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' (2010) 59(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 528 vd; Elçin (n 10) 71 vd; Özel, Pürselim, Erkan and Karaca (n 9) 460-461; Czerwinski (n 11) 153.

14 Nuri Çelik, Nurşen Canıklıoğlu, Talat Canpolat and Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Beta 2022) 22-23.

hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olarak bertaraf edilemez ve her durumda ilişkiye uygulanır. Buna karşılık nisbi emredici kurallar doğrudan uygulanan kural değildir ve işçi yararına olmak üzere taraf iradesiyle bertaraf edilebilir.

Seçilen hukukun uygulanması işçinin mutata işyerinde sahip olduğu asgari korumadan daha iyi koruma sağlaması koşuluna bağlandığı için, seçilen hukuk ile mutata işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümlerinin karşılaştırılması gerekmektedir<sup>15</sup>. Doktrin dar kapsamlı karşılaştırma yerine davada uygulanacak hüküm ile bağlantılı hükümlerin bir grup olarak dikkate alınarak karşılaştırma yapılmasını kabul etmektedir<sup>16</sup>.

MÖHUK ve Roma I Tüzüğü hukuk seçiminde işçi yararına bir hukuk öngörürken bu hukukun iş sözleşmesiyle bağlantısını aramamıştır. Buna karşılık İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK)<sup>17</sup>m. 121(3) hangi hukukların seçilebileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre taraflar ancak işçinin mutata meskeni hukukunu veya işverenin işyeri, yerleşim yeri veya mutata meskeni hukukunu seçebilir. Bu yerler dışında hukuk seçimi yapılamaz. Burada açıkça işçinin mutata işyeri hukukunun seçimi engellenmiştir.

MÖHUK uyarınca yapılacak hukuk seçimi işçinin mutata işyeri hukukundaki işçiyi koruyucu hükümlerle, Roma I Tüzüğü uyarınca yapılacak hukuk seçimi ise Tüzük uyarınca iş sözleşmesine uygulanacak hukuklardaki koruyucu hükümlerle sınırlandırıldığı için tarafların mutata işyeri hukukunu hukuk seçimi yöntemiyle belirlemeleri halini ayrıca incelemek gerekmektedir. Aslında bu bağlama kuralı zaten hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukuku işaret etmektedir. Ancak taraflar bu hukuku seçmişse seçilen hukuk artık uygulanacak hukuk olup diğer basamak bağlama kurallarına gidişi engellemektedir. Buna göre MÖHUK sadece işçinin mutata işyerinin koruyucu hükümlerini esas alarak hukuk seçimi öngördüğü için seçilen hukukun diğer bağlama kurallarına göre belirlenecek maddi hukukla karşılaştırılması yapılmayacaktır. Bir başka ifadeyle hukuk seçimi MÖHUK m. 27(4) uyarınca uygulanacak olan en sıkı bağlantılı hukuku da bertaraf etmektedir. İşte Roma I Tüzüğü buna izin vermeyerek uygulanacak hukuku belirleyecek bütün bağlama kurallarının işaret ettiği maddi hukukun koruyucu hükümlerinin hukuk seçimiyle bertaraf edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

MÖHUK'a göre mutata işyerinin yurt dışında olduğu, iş sözleşmesinin taraflarının Türk vatandaşı olduğu ve mutata mesken veya yerleşim yerlerinin Türkiye olduğu; dolayısıyla en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması gereken uyuşmazlıklarda, mutata işyeri hukukunun seçilmesi geçerli bir hukuk seçimi olarak mütalaa edildiğinde, aslında işçinin Türk hukukuna göre sahip olduğu korumadan

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan (n 10) 155 vd; Elçin (n 10) 100 vd. Yargıtay 9 HD 5617/16556, 24.11.2020 kararında yararlılık karşılaştırması yapılması yönünde karar vermiştir.

16 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 358; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n. 9) 462.

17 İngilizce metin için bkz. Federal Act on Private International Law (PILA) <fedlex.admin.ch/eli/cc/1998/1776\_1776\_1776/en> Erişim Tarihi 22 Şubat 2023.

daha aşağı standartta koruma sağlayan mutata işyeri hukukunun uygulanması temin edilmiş olmaktadır. Aşağıda yurt dışı hizmet akitlerinde değineceğimiz üzere normalde Türk hukukunun uygulanacağı bir iş sözleşmesinde tarafların mutata işyeri hukukunu seçmesi ile işçi sahip olacağı asgari korumayı yitirebilecektir ve bu durum MÖHUK m. 27(1)'in konuluş gayesine aykırıdır. Bir başka ifadeyle MÖHUK m. 27(1)'de getirilen işçi lehine hukuk seçimi, en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukunun uygulanacağı bir durumda işçi lehine değil, aleyhine sonuç verecektir. Zira Türk hukukundan daha düşük standartta koruma getiren mutata işyeri hukuku, MÖHUK m. 27(2) gereği değil, MÖHUK m. 27(1) uyarınca seçilen hukuk olarak uygulanınca, en sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasına da engel olma işlevi görecektir. Bu itibarla mutata işyeri hukuku seçiminde işçinin özgür iradesi ile ve bilinçli olarak bu hukuku seçip seçmediğinin irdelenmesi gerekmektedir.

Hukuk seçiminin olmadığı durumlarda MÖHUK m. 27(2) işçinin mutata işyeri hukukunu esas almıştır. Madde mutata işyeri tanımı yapmamış ancak işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapmış olmasını mutata işyerinin değişimi olarak kabul etmemiştir. Buna göre iş seyahatleri, montaj faaliyetleri, fuar ya da sergilerde hizmet ifası gibi kısa süreli işler mutata işyerini değiştirmemektedir<sup>18</sup>. Önemli olan *animus revertendi* (işçinin dönme niyeti) ve *animus retrahendi* (işverenin döndükten sonra işçiyi istihdam etme niyeti) kıstasının somut olayda gerçekleşmiş olmasıdır. Geçici görevlendirmenin süresi ile ilgili belirli bir kıstas bulunmamakla beraber genel olarak iki yıllık bir sürenin geçici olacağı kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

Roma I Tüzüğü'nün uygulaması açısından işçinin yurt dışında işini yaptıktan sonra kaynak ülkeye dönmesinin beklendiği durumlarda mutata işyeri değişmemektedir. İşçinin aynı grup şirkete bağlı bir işverenle yeni sözleşme yapmış olması da başka bir ülkede geçici çalışma olarak mütalaa edilmektedir<sup>20</sup>.

Buna karşılık işçi sadece yabancı ülkede çalışmak üzere işi alınmışsa ya da işveren yabancı ülkeye gönderilen işçiyi geri alma niyetinden veya işçi geri dönme niyetinden vazgeçerse, işçinin yabancı ülkede fiilen çalıştığı yer artık mutata işyeri haline gelecektir<sup>21</sup>.

Mutata işyeri kavramı Türk maddi hukukunda yer almamaktadır. İç hukukta işyeri kavramı vardır ve bu kavram 4857 sayılı İş Kanunu<sup>22</sup> m. 2'de tanımlanmaktadır. Türk hukuku açısından işyerinin belirlenmesi için Bölge Çalışma Müdürlüğüne kayıt

18 Nomer (n 9) 351-352.

19 Czerwinski (n 11) 156-157. İşçi ve işverenin iradesi işçinin geri döneceği yönünde olsa da işçinin yurt dışında çalıştığı süre uzun bir döneme yayılmışsa, artık mutata işyerinin o yer olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Ugljesa Grusic, *The European Private International Law of Employment* (Cambridge University Press 2015) 159 vd. Ayrıca bkz. Doğan (n 10) 160.

20 Roma I Tüzüğü Gerekeçe 36.

21 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 464.

22 İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857 Kabul Tarihi: 22.5.2003 RG. 10.06.2003/25134.

yapılması; asıl işyeri ile bağlı işyeri ayrımının da bu kayıt esnasında belirtilmesi; teknik ve ekonomik bağımlılık sebebiyle üretim süreci içinde bütünlük teşkil eden yerlerin tek işyeri olarak kabul edilmesi öngörülmüştür<sup>23</sup>.

Uygulanacak hukuku belirleyen mutat işyeri kavramı işçinin işini fiilen yerine getirdiği yeri işaret etmektedir. İşyerinin belirlenmesinde işletmenin iç teşkilatlanması, firmanın ticaret siciline kayıtlı olup olmaması rol oynamayacaktır. İşveren için yapılan işin ağırlık merkezinin bulunduğu yer mutat işyerini oluşturmaktadır. Bu noktada işverenle işçinin anlaşmasına göre işçinin faaliyetlerini fiilen icra ettiği yer mutat işyeridir<sup>24</sup>. Dolayısıyla mutat işyerinin tespitinde işçinin işini nitelik, nicelik ve süre olarak hangi ülkede ağırlıklı olarak yerine getirdiğinin belirlenmesi önem arz etmektedir<sup>25</sup>. Yargıtay uygulamasında da mutat işyeri işin zaman ve içerik olarak ağırlıklı ifa yeridir<sup>26</sup>.

AB hukukunda da hem iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuku hem de mahkemelerin yetkisini belirleyen mutat işyeri kavramı Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları ile yorumlanmıştır<sup>27</sup>. Buna göre işçinin işverene karşı borçlarını esas olarak ifa ettiği, her seyahat sonrası döndüğü, ofisinin bulunduğu yer mutat işyeridir<sup>28</sup>. İşçinin faaliyetlerinin merkezini oluşturan, çalışma saatlerinin çoğunu geçirdiği, ofisinin bulunduğu, her iş seyahatinden sonra döndüğü yer mutat işyerinin tespitinde dikkate alınmaktadır<sup>29</sup>. İşçinin fiillerinin çoğunun yerine getirildiği<sup>30</sup>; işin tamamlanmasından sonra işçinin döndüğü yer de mutat işyerinin belirlenmesinde önemlidir<sup>31</sup>.

İşçinin taşıma işini yerine getirdiği yer ile talimatları aldığı yerin aynı yer olması halinde bu yer mutat işyeri kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Dolayısıyla bir uçak veya gemide çalışan uçuş görevlileri ve denizciler bir havaalanı ya da limandan hareket eden uçak veya gemide çalışmakta ve bu araçlar her yolculuk sonucu aynı yere dönüş yapmakta ise mutat işyeri havaalanı veya limanın bulunduğu yer olmaktadır<sup>33</sup>.

23 Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, 'Bireysel İş İhtilaflarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan (2011) İş Dünyası ve Hukuk 959, 977-978; Sibel Özel, 'Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m. 44' (2019) 14 (179-180) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1356.

24 Nomer (n 9) 351. Çelikel, Erdem mutat işyerinin taraf iradesiyle belirlendiğini, iradelerinin tespit edilemediği durumlarda ise yerine getirilecek işin niteliği ve özelliğinin, işin ağırlık merkezini belirleyeceğini öngörmüştür. (n 9) 433.

25 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 359; İpek Sarıöz-Büyükalp, 'Mutat İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu' (2018) 8(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 206; Hatice Selin Pürselim-Arning, *İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasası Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2022) 152.

26 Yargıtay 9 HD 5617/16556, 24.11.2020, Yargıtay 22 HD 9339/16564, 18.09.2019.

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarıöz-Büyükalp (n 25) 208 vd; Czerwinski (n 11) 156 vd; Özel (n 23) 1358 vd; Musa Aygül, Nazlı Çoban, 'Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutat İşyerinin Tespiti' (2020) 15(16) Terazi Hukuk Dergisi 1815, 1819 vd.

28 Mulox IBC v. Geels, 13 July 1993, Case C-125/92 <<https://curia.europea.eu>> pr. 25.

29 Ruten v. Cross Medical Case, 9 January 1997, Case C-383/95 <<https://curia.europea.eu>> pr. 26-27.

30 Koelzsch v. Luxemburg 15 Marh 2011, Case C-29/10 <<https://curia.europea.eu>> pr. 45.

31 Id, pr. 49.

32 Jan Vougsgeard v. Navimen AS, 15 December 2011, Case C-384/10 <<https://curia.europea.eu>> pr. 40.

33 Bkz. Grusic (n 19) 122-123.

MÖHUK m. 27(3)'e göre işçinin işini belirli bir ülkede mutat olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Roma I Tüzüğü m. 8(3)'e göre ise işçinin mutat işyerinin olmadığı durumda uygulanacak hukuk işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülke hukukudur<sup>34</sup>.

Mutat işyerinin tek bir ülke olarak belirlenemediği, işin aynı yoğunlukta ve devamlı olarak birden fazla ülkede yerine getirildiği durumlarda veya işin açık denizler, kutuplar veya uzay gibi bir ulusal hukukun uygulanmadığı yerlerde ifa edildiği durumlarda uygulanacak hukuk işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır<sup>35</sup>. Milletlerarası turnelerle faaliyet gösteren sirk veya gösteri grupları, devamlı sınır ötesi çalışan uzak yol sürücülere, demiryolu, deniz ve havayolu ulaşımında çalışan personel, deniz kazaları veya petrol yangınlarında çalışan kurtarma personelinin iş sözleşmeleri hukuk seçimi olmadığında işverenin esas işyeri hukukuna tâbi olacaktır<sup>36</sup>.

MÖHUK m. 27(4) sözleşmeye uygulanacak hukukun 2.ve 3. Fıkra hükümlerine göre belirlendiği durumlarda iş sözleşmesi ile daha sıkı bağlantılı başka bir hukuk varsa, bu hukukun uygulanması konusunda hâkime takdir hakkı vermiştir. Roma I Tüzüğünde bir istisna (kaçış) klozu olarak düzenlenen ve dar yorumlanması kabul edilen<sup>37</sup> bu husus MÖHUK'a göre mutat işyeri veya işverenin esas işyeri hukukuna kıyasla daha sıkı ilişkili hukukun olduğu her durumda uygulanması gereken bir hüküm olarak kaleme alınmamıştır. MÖHUK m. 24(4)'deki kaçış klotundan farklı olarak "tâbi olur" yerine "uygulanabilir" yüklemine kullanılması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir ve bu itibarla fıkranın uygulama alanının belirlenmesi gerekmektedir.

Daha sıkı ilişkili hukuk tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin dili, ödemenin yapılacağı para birimi, belirli bir hukuka tâbi tutulmuş önceki iş sözleşmelerinin varlığı, tarafların yerleşim yeri veya mutat meskeni gibi unsurlarla belirlenmektedir<sup>38</sup>. Bu itibarla Türkiye'de merkezi ya da bağlantısı olan işverenin, Türkiye'de mutat meskeni olan veya Türk vatandaşı olan bir işçi ile yurt dışında çalışmak üzere Türkiye'de imzaladığı, Türkçe kaleme alınan bir iş sözleşmesi mutat işyeri hukuku yerine Türk hukuku ile daha sıkı bağlantı halindedir.

Daha sıkı ilişkili hukukun hâkimin takdir hakkına bağlı olarak uygulanma imkânı, işçi lehine bir tercihi esas almayı gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle daha sıkı ilişkili

34 Ayrıntılı bilgi için bkz. Grusic (n 19) 167 vd; Czerwinski (n 11) 157 vd; Elçin (n 10) 139 vd.

35 Nomer (n 9) 353.

36 Id, 353. İşverenin esas işyerinin bulunmaması halinde uygulanacak hukuk en sıkı bağlantılı hukuka göre belirlenecektir. Nomer (n 9) 353. Uluslararası taşıma araçlarında ifa edilen iş sözleşmelerinde uygulanacak hukuk ile ilgili bkz. Aygün, Çoban (n 27) 1824 vd.

37 Bkz. Grusic (n 19) 174 vd; Sariöz-Büyükalp (n 25) 237 vd.

38 Czerwinski (n 11) 158.

hukukun takdirinde işçinin menfaati esas alınmalıdır<sup>39</sup>. Buna göre iş sözleşmesi mutat işyeri hukukuna kıyasla başka bir hukukla daha sıkı bağlantıda olsa bile, mutat işyeri hukuku işçi lehine ise hâkimin mutat işyeri hukukunda vazgeçerek daha sıkı ilişkili hukuku uygulama mecburiyeti yoktur. Hâkime verilen takdir hakkı işçiyi koruma prensibi çerçevesinde kullanılmalıdır.

Milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı hakkaniyeti esas olmakla birlikte maddi hukuk hakkaniyeti de göz ardı edilmemektedir. Amerikan hukukunda savunulan maddi hukuk hakkaniyet aynı biçimde kıta-Avrupası hukukunda yer almamakla beraber, özellikle zayıf tarafı koruyan kanunlar ihtilafı kuralları tesis edilmesi ve daha sıkı ilişkili hukuk istisnasıyla genel kuralın yol açabileceği adaletsizliklerin önlenmesi sağlanmıştır. Daha sıkı ilişkili hukuk kanunlar ihtilafı hakkaniyeti açısından ilişkiyi daha yakın bağlantılı bir hukuka bağlamak için kullanılabilmesi gibi; maddi hukuk hakkaniyeti açısından davacı lehine daha elverişli hükümler getiren hukukun bu bağlamda uygulanmasına da hizmet etmektedir<sup>40</sup>. MÖHUK m. 27(4)'de hâkime tanınan bu takdir hakkı ile zayıf tarafı korumak için getirilen kural maddi hukuk hakkaniyetini sağlama işlevi de görecektir.

### III. Yurt Dışı Hizmet Akitleri

#### A. Genel Olarak

Yurt dışında çalıştırılmak üzere Türkiye'den işçi götürülmesi halinde Türkiye İş Kurumu (Kurum) tarafından hazırlanan hizmet akitleri kullanılmakta ve bu akitler Kuruma onaylatılmaktadır. Bu şekilde Kurum tarafından hazırlanan, işçi ve işveren tarafından imzalanan ve Kurum tarafından onaylanan akitler münhasıran yurt dışında çalıştırılmak üzere işçi istihdamını sağladığı için, her iki taraf Türk veya Türkiye'de yerleşik olsa da mutat işyerinin yabancı ülke olması nedeniyle yabancılık unsurunu bünyesinde barındırmaktadır.

Bu bağlamda bu sözleşmelerde geçerli bir hukuk seçiminin olup olmadığı, hukuk seçimi yoksa mutat işyeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanıp uygulanamayacağının irdelenmesi gerekmektedir.

Yurt Dışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği<sup>41</sup> yurt dışındaki işlere işçi ve işçilere iş bulunması, işverenle işçi arasında yapılacak olan hizmet akitlerine aracılık edilmesi ve yurt dışına gidecek işçilerin işlemlerinin yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektedir (m. 1).

39 Nomer (n 9) 353; Çelikel, Erdem (n 9) 348; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 468; Aygül (n 3) 507; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 361; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Savaş 2022) 431.

40 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 25-26.

41 Yurtdışı İstihdam Hizmetleri Yönetmeliği, RG. 16.02.2008/26789.

Firma olarak isimlendirilen işveren yurt dışındaki işleri için Türkiye’den işçi götürecektir olan Türk veya yabancı uyruklu firmayı ifade etmektedir (m. 3(c)).

Hizmet örneği Kurum tarafından hazırlanan Türk veya yabancı uyruklu firma ile işçi arasında veya vekilleri arasında imzalanan bireysel hizmet akitlerinin (m. 3(ç)) Kuruma onaylatılması zorunludur (m. 8). Yurt dışına işçi götürülmesi ile ilgili mevzuata aykırı davranılması halinde idari para cezası ve diğer yaptırımlar uygulanmaktadır (m. 10). İşçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklar hizmet akdinde gösterilen yetkili mercilerce çözüme kavuşturulur (m. 11(1)).

Kurum Türkiye ile imzalanan ikili işgücü anlaşmaları<sup>42</sup> uyarınca yurt dışı hizmet akdi örnekleri<sup>43</sup> hazırlamıştır. Bu anlaşmalar iki ülke hükümetleri ve halkları arasında var olan dostane ilişkiyi teyit ederek, karşılıklı çıkara dayalı ilişkileri teşvik etmek amacıyla yapılmıştır<sup>44</sup>. Karşılıklı dostluk ve iş birliği ile Türk işgücünün yabancı ülkede istihdamı için yapılan bu anlaşmalar hiçbir şekilde iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku ya da bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisinin hangi kıstaslarla belirleneceğini öngören milletlerarası özel hukuk sözleşmeleri değildir. Bu itibarla bu ikili anlaşmalar yoluyla MÖHUK’ta uygulanacak hukuku ve milletlerarası yetkiyi gösteren kuralların bertaraf edilmesi söz konusu değildir. MÖHUK m. 1(2) uyarınca öncelik arz eden sözleşmeler milletlerarası özel hukuka ilişkin uygulanacak hukuka, mahkemelerin milletlerarası yetkisine ya da yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ya da adli yardıma ilişkin sözleşmelerdir<sup>45</sup>.

Dolayısıyla işgücü anlaşmalarında yer alan hükümler kanunlar ihtilafı kuralı ve milletlerarası yetki kuralı getirmemektedir. Örneğin Türkiye-Katar İşgücü Anlaşması m. 8’de yer alan “bu sözleşmede haklar ve yükümlülükler de dahil olmak üzere, temel çalışma şartları da bu Anlaşma hükümlerine ve Katar İş Kanunu hükümlerine aykırı düşmeyecek şekilde açıkça belirtilir” hükmü işçi ile işveren arasında yapılan iş sözleşmelerinde tarafların Katar hukukunu seçtiği yönünde yorumlanamaz. Aynı şekilde “dostane hiçbir çözüm bulunmazsa şikâyet Katar’daki yetkili adli makamlara havale edilir” (m. 15) hükmü milletlerarası yetki kuralı değildir ve Türk

42 İkili işgücü anlaşmaları için bkz. <[https://www.csgeb.gov.tr/uigm/genelbilgiler/ikili\\_ismgucu-anlasmalar](https://www.csgeb.gov.tr/uigm/genelbilgiler/ikili_ismgucu-anlasmalar)> Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

43 Yurt dışı hizmet akdi örneği için bkz. <<https://media.iskur.gov.tr/yurtdisi-hizmet.sozlesmesi>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

44 Türkiye ile Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Almanya, Fransa, Kuveyt, Katar, Ürdün, Libya, Hollanda, arasındaki ikili işgücü anlaşmalarının metinleri için bkz. (n 42).

45 Aygül, Erdoğan uluslararası işgücü anlaşmalarının Anayasa m. 90(5) ve MÖHUK m. 1(2) uyarınca milli hukuka nazaran öncelikle uygulanacağını savunmaktadır. Bkz. Musa Aygül, Canan Erdoğan, ‘Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği’ (2020) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı 753, 755. Anayasa m. 90 milletlerarası antlaşmaları düzenlemekte ve m. 90(5) de öncelik arz eden milletlerarası antlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunu vurgulamaktadır. İş gücü anlaşmaları temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmadığı gibi, her şeyden önce antlaşma değildir. Anayasa m. 90(5) kapsamına girmeyen ikili iş gücü anlaşmaları MÖHUK m. 1(2) kapsamında milletlerarası özel hukuk ile ilgili “sözleşme” de değildir. Bu itibarla hiçbir biçimde MÖHUK hükümlerinin uygulanması engellenemez.



mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldırmaz<sup>46</sup>. Kuveyt ile yapılan ikili işgücü anlaşmasına göre ‐istihdam koşullarının istihdam eden ülkenin ilgili yasa ve düzenlemelerine uygun olarak hazırlanan iş sözleşmesinde belirtileceğine‐ ilişkin hüküm (m. 5) de bir kanunlar ihtilafı kuralı değildir.

Dolayısıyla ikili işgücü anlaşmalarında yer alan hükümler kanunlar ihtilafı veya milletlerarası yetki kuralı işlevi görmeyecek ve Türk mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanmayacaktır. Bu anlaşmalar iki ülke arasındaki iş birliğini geliştirmek üzere iki ülke hükümetleri arasındaki taahhütleri içermektedir. Ancak her iki ülkede de iş sözleşmeleriyle ilgili uygulanacak hukuku ve yetkili mahkemeyi belirleyen ve mahkemelerin doğrudan uyguladığı kurallar ihdas etmemektedir.

Yurt dışı hizmet akitlerinde uygulanacak hukukun taraf iradesiyle belirlenip belirlenmediği; hukuk seçimi yoksa uygulanacak hukukun MÖHUK m. 27 uyarınca nasıl tespit edileceği ve Türk mahkemesi önünde görülen davada doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni etkisinin sonuçlarının ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir.

## B. Yurt Dışı Hizmet Akitlerinde Hukuk Seçimi

### a. Genel Olarak

Yurt dışı hizmet akitleri Türkiye İş Kurumu tarafından önceden hazırlanan ve işçi ile işverenin imzasından sonra Kurumun onayına sunulan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler taraflarca müzakere yoluyla değil, üçüncü kişi olan Kurum tarafından hazırlanmış metinlerdir. Bu itibarla söz konusu akitler genel işlem koşulu niteliğini taşımaktadır<sup>47</sup>.

Genel işlem koşulları olarak hazırlanan yurt dışı hizmet akitlerinde işverenin bilgi verme yükümlülüğü m. 3’te düzenlenmiştir. Buna göre işveren işin yapılacağı ülkedeki çalışma koşulları, ücret, fazla çalışma süreleri ile ücretlerini, hafta tatili, bayram tatili ve genel tatillere ilişkin koşulları, böyle günlerde ödenecek ücreti içeren açıklayıcı belgeyi işçiye; işçi ve işveren tarafından imzalanmış bir nüshayı da Kuruma vermek zorundadır. İşverenin işçiye vereceği belge içeriği ile işin yapılacağı ülkedeki uygulama arasında farklılıklar olursa işveren belgede belirtilen hususları uygulamakla sorumludur. Yine işin yapılacağı ülkedeki çalışma mevzuatında değişiklik olduğunda, değişiklikler işçiye yazılı olarak bildirilmelidir.

46 Aygül, Erdoğan işgücü anlaşmalarıyla hukuk seçimi ve milletlerarası yetki kuralı getirildiğini ileri sürmektedir. Müelliflere göre bu ikili anlaşmalar ile işçi ve işveren arası uyumsuzluklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kaldırılmıştır. Bkz. (n 45) 766, dn. 39. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu görüşün kabulünün sonucu şudur: Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hükümeti yabancı bir devlet ile yaptığı ikili bir anlaşma ile Türk işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda Türk mahkemesinin yetkisini kaldırmış; uyumsuzluğun sadece yabancı ülkede görülmesini temin ederek Türk vatandaşlarının adalete erişim hakkını bertaraf etmiştir. Bu sonuç kabul edilemeyeceği gibi yukarıda açıkladığımız üzere ikili işgücü anlaşmaları ne antlaşma ne de milletlerarası özel hukuk sözleşmesidir. Bu itibarla burada yer alan hükümlerin kanunlar ihtilafı ya da milletlerarası yetki kurallarını bertaraf etme gücü yoktur.

47 Baycık (n 3) 105; Aygül, Erdoğan (n 45) 771.

İş akdinin bildirimsiz olarak işçi veya işveren tarafından feshi çalışma mevzuatı bulunan ülkelerde bu ülke mevzuatına göre, bulunmayan ülkelerde ise 4857 sayılı İş Kanununun 24. ve 25. Madde hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir (m. 5).

İşveren işçiyi çalışma saatleri ve koşulları hakkında önceden bilgilendirmekle yükümlüdür. Çalışma süresi, fazla çalışma saatleri ve ödemelerle ilgili olarak çalışılan ülke mevzuat hükümleri uygulanır. Ülke mevzuatında hüküm yoksa 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır (m. 8).

Hafta tatili, bayram tatili ve genel tatil günlerine ve bu günlerde çalışma yapılması halinde ödenecek ücretlere ilişkin çalışılan ülke mevzuatı uygulanır. Bu çalışmalara ilişkin ödemeler çalışılan ülke mevzuatına uygun olarak yapılır (m. 9).

İşçi çalışılan ülke mevzuatı esasları doğrultusunda yıllık ücretli izin hakkına sahiptir (m. 10).

İşçi ile işveren arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğacak anlaşmazlıklar ile diğer ihtilafların giderilmesinde işverenin Türkiye'deki ikametgâhının veya şirket merkezinin bulunduğu şehrin mahkemeleri ile icra daireleri yetkilidir. Sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatı uygulanacaktır (m. 16).

Matbu formda hazırlanan ve genel işlem koşulları niteliğinde olan yurt dışı hizmet akdinde yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde geçerli bir hukuk seçimi yapılmış mıdır sorusunun cevabından önce m. 16'da yer alan ve işverenin Türkiye'deki ikametgâhının veya şirket merkezinin bulunduğu şehrin mahkemelerinin yetkili olduğunu belirleyen hükmün hukuken geçerli bir yetki anlaşması olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkilerde Türk mahkemelerinin yetki anlaşmasıyla yetkilendirilmesi MÖHUK'ta düzenlenmediği için, m. 40 uyarınca iç hukuktaki yetki anlaşmalarıyla ilgili düzenlemeye bakılması gerekmektedir. Buna göre HMK m. 17 ve 18 hükümlerine uygun olarak Türkiye'deki bir mahkeme yetki anlaşmasıyla yetkili kılınabilir<sup>48</sup>. HMK'ya göre ancak tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yetki anlaşması yapılabilir. Bu itibarla işçi ve işveren açıkça müzakere yoluyla da genel işlem koşulları içinde yer alan bir hükümle de yetki anlaşması yapamazlar.

Yurt dışı hizmet akdi m. 16 hükmünde davacının işçi ya da işveren olmasına bakılmadan işverenin ikametgâhı veya merkezinin bulunduğu mahkemeler yetkilendirilmiştir ki bu mahkeme işverenin işçiye karşı açacağı davada davacının

48 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 598 vd; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 4) 502 vd; Nomer (n 9) 487 vd; Çelikel, Erdem (n 9) 662 vd.

yerleşim yeri mahkemesini işaret etmektedir. Bir başka ifadeyle davacı işveren kendi yerleşim yerinde işçiye karşı dava açabilecektir ki iş hukukunda böyle bir yetki kıstası kabul edilemez.

Türk mahkemelerinin yetkisi yetki anlaşmasıyla belirlenemeyeceği için bakılacak olan hüküm MÖHUK m. 44'dür. Buna göre işçi işvereni dava ettiğinde mutad işyeri yurt dışında olduğu için davalı işverenin yerleşim yeri<sup>49</sup>, kendisinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Buna karşılık işveren işçiyi dava ettiğinde mutad işyeri yurt dışında olduğu için MÖHUK m. 44'e göre yetkili mahkeme olmadığından, MÖHUK m. 40'ın göndermesiyle İş Mahkemeleri Kanunu<sup>50</sup> m. 6 uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesi yetki kazanacaktır<sup>51</sup>.

Yurt dışı hizmet akdinde uygulanacak hukuk ile ilgili olarak belirli konularda çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı belirtilmiştir. Çalışılan ülke mevzuatı mutad işyeri hukukuna tekabül etmektedir<sup>52</sup>. Bu itibarla belirlenen konularda mutad işyeri hukukunun seçilip seçilmediğinin irdelenmesi gerekmektedir.

### **b. Hukuk Seçimi Klozlarının Geçerliliği**

Yukarıda incelendiği üzere iş sözleşmelerinde işçiyi koruma amacıyla taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı getirilmiştir. Şartlara uygun geçerli bir hukuk seçimi olduğunda MÖHUK m. 27(2) uyarınca işçinin işini mutaden yaptığı işyeri hukuku uygulanmaz; taraflarca seçilen hukuk uygulanır.

Yurt dışı hizmet akitleri genel işlem koşulları olduğu için hukuk seçimi klozlarının geçerliliği de genel işlem koşullarıyla hukuk seçimi yapılabilmesinin koşullarına bağlıdır<sup>53</sup>. Ancak daha önce temel sözleşmeden bağımsız olan hukuk seçimi anlaşmasının hangi hukuka göre geçerli olacağına tespiti gerekmektedir.

MÖHUK'ta hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceğine ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Roma I Tüzüğü m. 3(5) uyarınca hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği ve taraf iradelerine m. 10, 11 ve 11 uygulanacaktır. 10. Maddeye göre sözleşmenin veya herhangi bir sözleşme hükmünün varlığı ya da geçerliliği Roma I Tüzüğünde belirlenen hukuka tâbidir. Buna göre hukuk seçiminin geçerliliği de seçilen hukuka göre belirlenecektir. Aynı yaklaşım

49 İşverenin yerleşim yeri yurt dışında olduğu ancak Türkiye'deki şube veya acentesi aracılığıyla iş akdi yaptığı durumda şubenin veya acentenin bulunduğu yer mahkemesi de HMK m. 14(1) ve TTK m. 105(2) uyarınca yetkilidir. Bkz. Özel (n 23) 1365-1366.

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

51 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel (n 23) 1363 vd.

52 Mutad işyeri yerine çalışılan ülke hukuku kavramının kullanılması ile ilgili eleştiriler için bkz. Aygül, Erdoğan (n 45) 760.

53 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Özgenc, 'Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği' in Zeynep Derya Tarman (ed) *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (On İki Levha 2018) 389 vd; Berk Demirkol, 'Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması' (2020) 40 (2/II) Public and Private International Law Bulletin 1313 vd.

MÖHUK m. 32(1) uyarınca Türk doktrininde de benimsenmiştir<sup>54</sup>. Buna karşılık hukuk seçiminin geçerliliğinin *lex fori*'ye<sup>55</sup> ya da *favor negotii* prensibi gereği asıl sözleşmeye uygulanan hukuka veya tarafların sahip olduğu müşterek hukuka tâbi tutulması<sup>56</sup> gerektiği de savunulmaktadır.

Kanaatimizce hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin seçilen hukuka mı yoksa *lex fori*'ye mi tâbi olacağı meselesindeki görüş farklılıkları MÖHUK m. 24 çerçevesinde yapılan hukuk seçimi ile ilgilidir. MÖHUK m. 24 herhangi bir sınırlama olmaksızın taraflara hukuk seçimi imkânı tanımaktadır. Hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve maddi geçerliliğinin MÖHUK m. 32(1) uyarınca seçilen hukuka tâbi olması taraf beklentisi ve menfaatlerine uygun olduğu gibi MÖHUK'a da aykırılık teşkil etmemektedir. Bununla beraber hukuk seçiminin sınırlı olduğu sözleşmelerde, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği seçilen hukuka tâbi tutulamaz. Bu noktada MÖHUK m. 26 ve 27'de öngörülen sınırlı hukuk seçimi ile MÖHUK m. 25'te reddedilen hukuk seçiminin MÖHUK m. 32(1) hükmü ile bertaraf edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla taşınmazın aynına veya kullanımına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimi yapılamaz (MÖHUK m. 25). Yapılan hukuk seçimi Türk mahkemesi önünde geçersizdir. Tüketici ve iş sözleşmelerinde de taraflar ancak m. 26 ve 27 şartları uyarınca sınırlı hukuk seçimi yapabilirler. Şartlara uymayan hukuk seçimi geçersizdir. Bu itibarla yurt dışı hizmet akdinde yer alan hukuk seçimi klozlarının geçerliliği Türk hukukuna tâbidir.

Türkiye İş Kurumu tarafından hazırlanan ve taraflarca imzalanıp Kuruma onaylatılan yurt dışı hizmet akitleri TBK m. 20 kapsamında genel işlem koşulları kategorisine girmekte ve hukuk seçimine ilişkin bir hükmünün geçerliliği de ancak TBK m. 21-25 çerçevesinde olmaktadır. Bir başka ifadeyle genel işlem koşullarında hukuk seçimi klozu olması tek başına bu klozun geçersizliği anlamına gelmemektedir<sup>57</sup>. Bu noktada genel işlem koşulları içinde bir hüküm olarak yer alan hukuk seçimi ile tarafların yaptığı sözleşmeye içkinleştirme (*incorporation*) yoluyla dahil edilen genel işlem koşullarında yer alan hukuk seçimi arasındaki farka dikkat çekilmelidir<sup>58</sup>. Yurt dışı hizmet akitlerindeki hukuk seçimi sözleşmenin bir hükmünde yazılıdır. Bu itibarla genel işlem koşulları içinde yer alan hukuk seçiminin geçerliliğinin ele alınması gerekmektedir. Bu da hukuk seçimine ilişkin hükmün TBK m. 21 uyarınca yürürlük denetimi ve TBK m. 25 uyarınca içerik denetimine tâbi tutulmasını gerektirmektedir.

54 Nomer (n 9) 329; Tekinalp (n 9) 278-279; Özgenç (n 53) 410; Erten (n 4) 242-243; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014) 70; Cemile Demir-Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2013) 295; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021) 184.

55 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 4) 331; Ayşe Güvercin-Şahan, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2018) 2 Public and Private International Law Bulletin 441, 459; Aygül, Erdoğan (n 45) 762 vd.

56 Vahit Doğan, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti* (Yetkin 1996) 29-30. Hukuk seçiminin hukuki temelini milli hukuka değil, milli hukukların üstünde sınır aşırı (*transnational*) hukuk düzenine dayandığı ve hukuk seçiminin geçerli olup olmadığının *transnational* hukukun kabul ettiği ilkeler ışığında karar verilmesi yönündeki görüş için bkz. Berk Demirkol, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2011) 39 vd.

57 Aygül, Erdoğan (n 45) 771; Özgenç (n 53) 412; Demirkol (n 53) 1346.

58 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç (n 53) 413 vd; Demirkol (n 53) 1328 vd.

TBK m. 21'e göre karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi, karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıklayıcı bilgi verilmesi, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur (TBK m. 22).

Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa karşı taraf lehine yorumlanır (TBK m. 23). Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz (TBK m. 25).

Dolayısıyla yurt dışı hizmet akdinde yer alan çalışılan ülke mevzuatı lehine yapılan seçimin geçerli olabilmesi için TBK m. 21-25 hükümlerine uygun olması gerekmektedir.

Doktrinde yurt dışı hizmet akdinde yer alan hukuk seçimi klozlarının TBK hükümleri uyarınca geçerli olduğu kabul edilmektedir.<sup>59</sup>

Yukarıda belirttiğimiz üzere yurt dışı hizmet akitleri m. 3 işverenin bilgi verme yükümlülüğü başlığı altında işverenin çalışma koşulları, ücret, fazla çalışma süreleri ve ücreti, tatillere ilişkin koşullar ve ödenecek ücret ile ilgili açıklayıcı belgeyi işçiye verme yükümlülüğü getirmiştir. İşçi tarafından imzalanan, işverenin kaşesi ve yetkili kişinin imzasını taşıyan bir nüsha da Kuruma verilir. İşverenin bilgi verme yükümlülüğünün kapsamına giren bu hususlarda çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır (m. 8,9,10). Dolayısıyla işverenin yurt dışı hizmet akdi m. 3'de açıkça belirlenen yükümlülüğünün ihlalinin, akdin diğer hükümlerinde öngörülen çalışılan ülke mevzuatının, orada konuya ilişkin düzenleme yoksa Türk mevzuatının uygulanacağına ilişkin klozun (m. 16) geçerliliğine etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ankara BAM 7. HD<sup>60</sup> hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olabilmesi için işverenin işçiye bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmesi ve tarafların imzalaması ile Kurum nezdinde bu bilgilendirmenin saklanması zorunlu görmektedir. BAM'a göre işçinin korunması amaçlı olarak sözleşmeye getirilen emredici nitelikteki 3. Maddenin uygulanmaması karşısında hukuk seçimi yapıldığının kabulüne imkân yoktur. İş hukuku gibi özel ve teknik bilgi gerektiren bir alanda çalışılan ülkenin iş hukuku mevzuatının unsurlarının bilerek imzalandığının kabulü sözleşmenin güçsüz tarafı olan işçinin korumasız bırakılması anlamına gelmektedir.

59 Bkz. Aygül, Erdoğan (n 45) 773; Baycık (n 3) 108 vd.

60 Ankara 7 BAM, 3004/411, 18.02.2021. Karar için bkz. Erten (n 4) 260 vd; Ankara 27 BAM 3000/407, 18.02.2021 tarihli kararı da aynı yönde karar vermiştir. Karar için bkz. Aygül, Erdoğan (n 45) 777 vd.

Buna karşılık Yargıtay 9. HD<sup>61</sup> tarafların hukuk seçimi anlaşması yaptığını ve uygulanacak hukukun buna göre belirlenmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Doktrinde de tarafların geçerli olarak kısmi hukuk seçimi yaptığı ve mutata işyeri hukukunun seçilen hukuk olarak uygulanması gerektiği savunulmuştur<sup>62</sup>. Buna göre genel işlem koşulları hakkında işçiye açıklayıcı bilgi verilmesi ve içeriğini öğrenme imkânının sağlanması yeterlidir. İşçi Türkiye İş Kurumu internet sitesinden sözleşme metnini okuyabildiği için, hukuk seçimine ilişkin hükümler güven teorisine dahi başvurmayaya gerek olmayacak derecede açıktır ve bağlayıcıdır. İşçinin açıkça yazılmış bir hükmü anlayamaması hükmün geçersiz sayılmasını gerektirmez<sup>63</sup>.

Kanaatimizce işçi işveren ilişkisinde genel işlem koşulları içinde yer alan hukuk seçimi klotunun taraflarca okunup anlaşılması tek başına geçerli bir hukuk seçimi anlaşması yapıldığı anlamına gelmemektedir. Zayıf taraf olan işçinin korunması ilkesi hukuk seçiminde de kendini göstermekte ve işçinin sadece seçim klotunu okuyup anlaması yetersiz kalmaktadır. Burada önemli olan hukuk seçimi sonuçlarının öğrenilmesinin sağlanmasıdır<sup>64</sup>. Zaten bu amaçla Yurt Dışı Hizmet Akdi m. 3'te açıkça işveren için yükümlülük öngörülmüştür. Bu yükümlülük yerine getirilmeden yapılan bir hukuk seçimi anlaşması geçerli değildir.

Belli koşullarda çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin klotların hukuk seçimi olarak geçerli kabul edileceğini öngören görüş, hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak hukukun mutata işyeri olması nedeniyle, mutata işyeri hukukunun seçiminin işçinin durumunu ağırlaştırmayacağını savunmaktadır<sup>65</sup>. Bu görüşe katılmak mümkün değildir.

İş sözleşmelerinde taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmış ancak işçiyi korumak için mutata işyeri hukukunun işçiyi koruyucu hükümlerinin bertaraf edilmesine izin verilmemiştir. Fakat geçerli bir hukuk seçimi olduğunda artık MÖHUK m. 27(4) uyarınca en sıkı ilişkili hukukun uygulanması imkânı kalkmaktadır. Dolayısıyla Türk işveren ve işçi arasında, Türkiye'de, Türkçe kaleme alınan yurt dışı hizmet akdinde mutata işyeri hukukunun seçimi, ilişkiyle en sıkı ilişkili hukuk olan Türk hukukunun uygulanmasını engellemektedir. Bu itibarla mutata işyeri hukukunun seçimi ancak geçerli bir hukuk seçimi olduğunda kabul edilebilir. Zaten uygulanacak hukukun mutata işyeri hukuku olması hukuk seçiminin geçerliliğinin tartışılmasına engel olmaz. Bu noktada İsviçre MÖHK m. 121(3)'deki hukuk seçimi sınırı dikkate değerdir. İsviçre hukukuna göre taraflar ancak işçinin mutata meskeni hukukunu ya da işverenin işyeri, yerleşim yeri veya mutata meskeni hukukunu seçebilir. Mutata işyeri hukukunun seçimine izin verilmemiştir.

61 Yargıtay 9 HD 5618/16557, 24.11.2020 (n 4). Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz. yukarıda n. 7.

62 Erten (n 4) 246; Aygül, Erdoğan (n 45) 773 vd.; Baycık (n 3) 108 vd.

63 Baycık (n 3) 108 vd.; Aygül, Erdoğan (n 45) 773 vd.

64 Aynı yönde bkz. Gönenç (n 53) 413.

65 Baycık (n 3) 112-113; Aygül, Erdoğan (n 45) 775.

Diğer yandan hukuk seçimine sınır getirmeyen Roma I Tüzüğü de m. 8(2)(3) (4) hükümlerine göre uygulanacak hukukun işçiyi koruyacak hükümlerini bertaraf etmeyecek şekilde hukuk seçimini kabul etmiştir. Dolayısıyla en sıkı ilişkili hukukun işçiyi koruyan hükümlerini bertaraf edecek hukuk seçimi geçersizdir. MÖHUK m. 27’de ise hukuk seçiminde sınır, sadece mutat işyerinin işçiyi koruyucu hükümleridir. Bu itibarla hukuk seçimi objektif bağlama kuralı olan mutat işyeri hukuku olarak yapıldığında, bu seçimin geçerliliği daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Taraflar müzakere yoluyla ve serbest iradeleriyle mutat işyeri hukuku lehine bir hukuk seçimi yapabilirler. Ancak mutat işyeri hukukunun seçimi genel işlem koşullarına konan bir hüküm ile yapıldığında işçinin bu hükmü okuması ve metnin altına imza atması hukuk seçimini geçerliliği için yeterli değildir. İşçinin bu hükmün içeriğini bilmesi ve yurt dışı hizmet akdi m. 3’te işverene yüklenen bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülüğün ihlali TBK m. 21’e aykırılık teşkil etmektedir. Zira Türk hukukunun uygulanacağı beklentisinde olan işçiye yabancı hukukun uygulanması hakkında açıkça bilgi verilmesi ve yabancı hukukun içeriğinin öğrenilme imkânının sağlanması gerekmektedir. Bu duruma aykırılık halinde işlem koşulu yani hukuk seçimi yazılmamış sayılır. Bu itibarla genel işlem koşulları olarak düzenlenen yurt dışı hizmet akdinde hukuk seçimi anlaşması yapılması ancak işçiye yabancı hukukla ilgili bilgi verilmesi halinde geçerlidir.

Matbu formda hazırlanan yurt dışı hizmet akdi koşulları incelendiğinde milletlerarası özel hukuk kapsamında bir hukuk seçimi (kısmi hukuk seçimi dahil) klozuna yer verilmediği görülmektedir. Bize göre yurt dışı hizmet akdinde çalışma süresi, fazla çalışma, hafta tatili ve diğer tatiller, yıllık ücretli izin başlığı altında yapılan ve çalışılan ülke hukukunun esas alınacağını belirleyen hükümler hukuk seçimi klozu değil, sözleşme hükmüdür. Çalışılan ülke hukukunun ilgili mevzuatı içkinleştirme yoluyla yurt dışı hizmet akdinin bir parçası haline gelmiştir. Bu durum milletlerarası özel hukukta geçerli olan hukuk seçiminden farklıdır. Tarafların iradesiyle sözleşmenin tümüyle bir hukukun egemenliğine girmesi durumu, yabancı hukukun belirli hükümlerinin sözleşme hükmü olarak metne dahil edilmesi ile aynı sonucu doğurmamaktadır. Yabancı hukukun sözleşme hüküm olarak sözleşmeye dahil edilmesi halinde uygulanacak hukukun objektif kıstasa göre bulunması gerekir. Bu itibarla uygulanacak hukuk çerçevesinde bu sözleşme hükümlerinin somut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olacaktır.

Yurt dışı hizmet akitleri en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukuna bağlandığında sözleşme hükümlerinin geçerliliği ve bağlayıcılığı da Türk hukukuna göre belirlenecektir. Bu itibarla genel işlem koşullarındaki bir hükmün geçerliliği için TBK m. 21’deki açıklayıcı bilgi verme koşulu, yurt dışı hizmet akitleri m. 3’de ayrıntılı olarak düzenlenen işverenin yazılı olarak işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü ile somutlaşmıştır. Somut olayda işverenin yabancı ülkedeki çalışma koşullarını ve

yabancı hukuk ile ilgili bu bildirim yükümlülüğünün ihlali hiçbir müeyyideye tâbi tutulmadan hükümlerin bağlayıcılığı sonucunu doğuramaz. Sözleşme hükmü olarak da ilgili hükümler geçerli değildir.

### C. Hukuk Seçiminin Olmadığı Durumda Uygulanacak Hukuk

Yurt dışı hizmet akitlerinde geçerli bir hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukuk MÖHUK m. 27(2) uyarınca mutata işyeri hukukudur. Yukarıda mutata işyeri kavramı ile ilgili yaptığımız açıklamalar doğrultusunda yurt dışında çalışmak üzere istihdam edilen işçinin mutata işyeri hiç kuşkusuz çalışılan ülke hukukudur. Zira bu yer MÖHUK m. 27(2) son cümle gereği işin geçici olarak yapıldığı yer değildir. Türkiye’de istihdam edilen bir işçinin geçici görevle yurt dışına gönderilmesi halinde mutata işyeri Türkiye’dir ve geçici olarak yurt dışına görevlendirilme mutata işyerini değiştirmemektedir. Buna karşılık yurt dışında belirli bir projede çalıştırılmak üzere istihdam edilen işçinin mutata işyeri artık yurt dışı olmaktadır.

Yurt dışı hizmet akitlerinde MÖHUK m. 27(4) uyarınca daha sıkı ilişkili olarak Türk hukukunun uygulanması gündeme gelecektir. Yargıtay uygulamasında doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeni ya da iş hukukunun emredici yönü ve işçinin korunması ilkesi çerçevesinde doğrudan Türk hukukunun uygulandığı kararlar<sup>66</sup> bulunmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeninin milletlerarası özel hukuktaki işlevi ayrıdır. Aşağıda ele alacağımız bu kavramlardan önce MÖHUK m. 27(4)’deki bağlama kuralı gereği Türk hukukunun uygulanmasının gerekçesini ortaya koymak büyük önem arz etmektedir.

Yurt dışı hizmet akitleri Türkiye İş Kurumu tarafından Türkçe hazırlanmaktadır. Bu akitlerin tarafları Türk işveren ve Türk işçidir. İşverenin ve işçinin mutata meskeni Türkiye’dir. Ücretin TL’nin değerindeki düşüşten dolayı yabancı para üzerinden belirlenmesi önemli değildir. Bu paranın harcandığı yer Türkiye’dir. Dava Türkiye’de açılmıştır. Bu itibarla mutata işyeri hukukuna kıyasla Türk hukuku daha sıkı ilişkili hukuktur. Hâkimin hukuku olan Türk hukuku taraflar arasında öngörülebilir bir hukuktur. Daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması mutata işyeri hukukunun içeriğinin tespiti ile ilgili güçlükleri<sup>67</sup>, zaman ve para kaybını da bertaraf etmektedir.

Ancak daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasında hâkime takdir hakkı verilmesi, bu takdir hakkının işçi lehine kullanılmasını gerektirmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere mutata işyeri hukuku Türk hukukuna kıyasla işçi lehine düzenlemeler getirmekte ise

66 Bkz. Baycık (n 3) 118 dn. 90’da belirtilen kararlar; Akyiğit (n 3) 99’daki kararlar.

67 Yabancı hukukun uygulanması konusundaki güçlükler için bkz. Mustafa Erkan, ‘Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs Olması Gereken’ in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 543.



uygulanacak hukukun mutat işyeri hukuku olarak belirlenmesi daha uygun olacaktır. Bununla birlikte somut olaydaki mutat işyeri hukuku kolay bulunamayan bir ülke hukuku ise veya işçi özellikle o hukukun kendi lehine hükümlerini göstererek o hukukun uygulanmasını istiyor değilse, kıyaslama yapmak için zaman ve para harcayarak mutat işyeri hukuku hükümlerinin bulunup değerlendirilmesi yerine en sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması yerinde olacaktır.

Uygulanacak hukukun MÖHUK m. 27(2) uyarınca mutat işyeri hukuku olarak belirlenmesi ile MÖHUK m. 27(4) uyarınca en sıkı ilişkili hukuk bağlamında Türk hukuku olarak belirlenmesi, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde farklı sonuçlara yol açmaktadır. Zira her durumda taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Yurt dışı hizmet akitlerinde çalışma süresi, fazla çalışma, hafta tatili ve diğer tatiller, yıllık ücretli izin başlıkları altında düzenlemeler yapılmış ve çalışılan ülke hukuku esas alınmıştır<sup>68</sup>. Bize göre bu hükümler hukuk seçimi anlaşması değil, sözleşme hükmüdür ve bu itibarla uygulanacak hukuk çerçevesinde ilgili konularda uygulanacaktır. Söz konusu sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu varsayımında, belirlenen konularda çalışılan ülke mevzuatının esas alınması bir hukuk seçimi değil, sözleşme hükmü olarak değerlendirildiğinde artık çalışılan ülke hukukunu araştırma yükümlülüğü MÖHUK m. 2 gereği hâkime ait değildir. Uygulanacak hukuk MÖHUK m. 27(4) uyarınca Türk hukuku olduğunda, sözleşme hükmü olarak çalışılan ülke mevzuatını vakıa olarak ispat yükümlülüğü taraflara düşmektedir. Dolayısıyla bu hukuku ileri süren taraf içeriğini ispatlamak zorundadır.

Diğer yandan uygulanacak hukukun mutat işyeri kıstasına göre belirlendiği durumda ise, yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesi hâkime aittir.

#### **D. Çalışılan Ülke Hukukunun MÖHUK m. 31 ve 33 Çerçevesinde Dikkate Alınması**

MÖHUK m. 31 “sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır” hükmünü getirmiştir. Bu itibarla yurt dışı hizmet akitlerinde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 27(4) gereği Türk hukuku olarak belirlendiğinde mutat işyeri hukuku, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devlet hukuku konumuna düşmektedir ve mutat işyerinin bulunduğu bu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına adaletin tecellisi adına etki tanınabilir.

68 Katar’da çalışacak Türk işçilerle ilgili sözleşmede çalışma saatleri haftalık 48 saat olarak belirlenmiş ancak Ramazan ayında süre haftalık 36 saat olarak kararlaştırılmıştır (m. 8). Resmî ve dinî tatil günlerinde işçi çalıştırıldığında Katar mevzuatına göre çalışma ücreti ödenecektir (m. 9). İşçi Katar mevzuatında belirtilen süre ve esaslar dahilinde ücretli izin hakkına sahiptir (m. 10).

Doğrudan uygulanan kurallar kavramı ve iş hukukunda doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı aşağıda ele alınacaktır. Ancak öncelikle vurgulanmalıdır ki doğrudan uygulanan kurallar ancak işyerinin o ülkede bulunması halinde uyumsuzluğa müdahale edecektir<sup>69</sup>. Dolayısıyla işyerinin bulunduğu ülkenin siyasi, ekonomik ve toplumsal yapısını korumak için çıkarılan kurallar ve tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyen kurallar doğrudan uygulanan kurallardır ve bu kurallar uygulanacak hukukun mutata işyeri hukukuna göre belirlendiği durumlarda *lex causae*'nin bir parçası olarak uygulanma imkânına sahiptir. Ancak bu kuralların uygulanması Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ederse MÖHUK m. 5 engeliyle karşılaşacaktır.

Uygulanacak hukukun en sıkı ilişkili hukuk gerekçesiyle Türk hukuku olması halinde mutata işyeri hukukundan vazgeçilmiştir ve bu hukukun doğrudan uygulanan kuralları ancak şartları varsa dikkate alınabilir<sup>70</sup>.

Etki tanınması bu kuralların hukuk olarak uygulanmasını değil, vakia olarak ele alınmasını ifade etmektedir. Etki tanınan doğrudan uygulanan kuralın ihlaline bağlı sonuçlar bu hukuka göre değil, esasa uygulanan Türk hukukuna göre belirlenecektir<sup>71</sup>. Sıkı ilişkili üçüncü ülke hukuku olarak mutata işyeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması, bir başka ifadeyle bu hukukun vakia olarak Türk hukuku çerçevesinde ele alınmasının en önemli sonucu: mutata işyeri hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların hâkim tarafından re'sen araştırılması ve uygulanması zorunluluğunun ortadan kalkması ve vakiaları tarafların ileri sürmesi gereği bu vakianın esas alınmasını talep eden tarafın bu normları mahkemeye sunması gereğidir<sup>72</sup>.

Mutata işyeri yabancı bir ülkede bulunduğu bu hukuktaki çalışma saatleri, tatiller, fazla çalışma ücretleri, iş güvenliği ile ilgili kurallar doğrudan uygulanan kural olarak iş akdinde dikkate alınmak durumundadır. Örneğin çalışılan ülke hukukundaki resmi bayram tatili doğrudan uygulanan kural niteliğindedir ve iş sözleşmesine uygulanan hukuk Türk hukuku olduğunda da dikkate alınması gereken bir hükümdür.

Aynı şekilde MÖHUK m. 33 gereği "*ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır*". Uygulanacak hukuk Türk hukuku olduğunda da yurt dışı hizmet akdinde işçinin işini ifa edeceği yer mutata işyeridir ve bu hukukun ifaya ilişkin hükümleri de maddi vakia olarak dikkate alınmaktadır. Burada

69 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9), 136; Hatice Özdemir-Kocasakal, 'Doğrudan Uygulanan Kurallar' in Feriha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümürlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, 7-8 Aralık 2017* (Adalet 2018) 57; Michael Bogdan, 'Private International Law As Competent of the Law of Forum' (2011) 348 *Recueil des cours*, 185.

70 Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n.9), 143 vd; Mustafa Erkan, 'MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' (2011) 15(2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 81, 94 vd.

71 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n.9), 146; Özdemir-Kocasakal (n. 69), 74.

72 Yabancı hukukun içeriğinin tespitinde yabancı hukukun hukuk veya vakia olarak uygulandığı sistemlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha 2018) 90 vd.

da ifa yeri hukuku bir bağlama kuralı olarak işlev görmemekte ya da uygulanacak hukuku değiştirmemektedir. Uygulanacak hukuka göre yapılması gereken işlemler yabancı bir ülkede yapıldığında bu işlemlere bir vakıa olarak sonuç bağlanmaktadır<sup>73</sup>. Özellikle çalışma süreleri ve güvenlik önlemleri açısından mutata işyeri hukuku dikkate alınacaktır<sup>74</sup>.

#### IV. İş Sözleşmelerinde Doğrudan Uygulanan Kuralların İşlevi

Doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci kurallar) bir devletin siyasi, ekonomik ve sosyal yapısını korumak için çıkarılan ve içinde yabancılık unsuru olsun olmasın, uygulama alanına giren bütün uyumsuzluklarda doğrudan uygulanma kabiliyeti olan kurallardır. Kamu hukuku karakterli olarak özel hukuk ilişkilerine müdahale eden bu kurallar taraf iradeleriyle bertaraf edilemezler<sup>75</sup>. Doğrudan uygulanan kurallar emredici kural olmakla birlikte, her emredici kural doğrudan uygulanan kural değildir. Devlete ait menfaatlerin korunması amacıyla getirilen bu kurallar uygulama alanına giren tüm uyumsuzluklarda doğrudan esas alınmaktadır<sup>76</sup>.

Doğrudan uygulanan kurallar bir ülkenin kamu menfaatlerini korumak adına izlediği iktisadi, siyasi ve toplumsal siyasasını göstermektedir. Bu bağlamda sosyal bir devletin, toplumun sosyal refahını artırmak amacıyla zayıf tarafı koruyan kuralları, iş güvenliği ve işçi sağlığına ilişkin düzenlemeleri doğrudan uygulanan kurallardır. Türk hukukunda iş hukuku ile ilgili doğrudan uygulanan kuralların Türkiye’de açılan bir davada, uygulanacak hukuk ne olursa olsun ilişkiye müdahale edebilmesi için işyerinin Türkiye’de olması gerekmektedir. Zira devletin kendi ülkesinin sınırları dışında yapılan işlerle ilgili herhangi bir menfaati bulunmamaktadır<sup>77</sup>. Dolayısıyla Türk hukukunda bulunan bir doğrudan uygulanan kural MÖHUK m. 6 uyarınca işyerinin Türkiye dışında olduğu bir davada uygulanmayacaktır<sup>78</sup>.

Yurt dışı hizmet akitlerinde mutata işyeri yurt dışında olduğu için Türk doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m. 6 uyarınca uygulama imkânına sahip değildir; bu itibarla bu sözleşmeler için Türk hukukundaki hangi hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edileceği tartışması bir önem arz etmemektedir<sup>79</sup>. Zira Türk hukukunun iş hukukuna ilişkin doğrudan uygulanan kuralları *lex causae* ne

73 Bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 482-483.

74 Doğan (n 56) 117; Tarman (n. 13) 544.

75 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 131 vd; Özdemir-Kocasakal (n 69) 50 vd.

76 Roma I Tüzüğü m. 9(1)’de doğrudan uygulanan kurallar bir ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik organizasyonu gibi kamu menfaatlerini korumak için uygulanması elzem olan kurallar olarak tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cheshire/North/Fawcett, *Private International Law* (Oxford University Press 2017) 745 vd.

77 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 136; Özdemir-Kocasakal (n 69) 57; Bogdan (n 69) 185.

78 Belkis Vural-Çelenk, ‘Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması’ (2017) 3(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 277, 292.

79 İş hukukundaki kıdem tazminatı, fesih, çalışma şartları ile ilgili tartışmalar için bkz. Ersin Erdoğan, Canan Erdoğan, ‘Türkiye’den Yurt Dışına Götüürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi’ (2016) 13(50) Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 955, 966 vd; Akyiğit (n 3) 98 vd; Baycık (n 3) 117 vd.

olursa olsun mutat işyeri Türkiye’de ise uygulanır. Mutat işyerinin Türkiye olduğu iş sözleşmelerinde ise taraflar işçiyi daha iyi koruyan bir yabancı hukuk seçebilirler. Dolayısıyla Türk iş hukukundaki nisbi emredici kurallar doğrudan uygulanan kural değildir. Zira doğrudan uygulanan kurallar tarafların anlaşması ile bertaraf edilemez. Buna karşılık *lex causae* Türk hukuku ise Türk hukuku doğrudan uygulanan kuralları, mutlak ve nisbi emredici kuralları ile bir bütün olarak uygulanır.

İş hukukunda emredici kurallar diğer hukuk dallarından farklı olarak mutlak ve nisbi emredici kurallar olarak ayrılmaktadır. Taraflarca uyulması zorunlu ve değiştirme olanağı olmayan kurallar mutlak emredici kurallar; işçi yararına değiştirilebilen kurallar ise nisbi emredici kurallardır. Anayasada zayıf tarafın korunmasını amaçlayan sosyal devlet ilkesi ve iş hukukunun temelini oluşturan işçinin korunması ilkesi gereği böyle bir ayırım yapılmıştır<sup>80</sup>. Bu durumda mutat işyeri Türkiye olduğunda, taraflar Türk hukukunun nisbi emredici hükümlerine işçi lehine aykırılık teşkil edecek şekilde yabancı hukuk seçebilirler. Bu itibarla nisbi emredici kurallar doğrudan uygulanan kurallar değildir. Mutlak emredici kurallar ise hem işçiyi hem de devletin ekonomik ve sosyal menfaatini korumayı hedeflediği için taraflarca bertaraf edilemez. Bu kurallar doğrudan uygulanan kural niteliğindedir.

Dolayısıyla mutat işyerinin Türkiye olduğu durumda nisbi emredici kurala aykırı olarak işçiyi daha iyi koruyan bir hukuk seçilmişse o yabancı hukuk uygulanır. Hukuk seçimi yoksa Türk hukuku bütün hükümleriyle ilişkiye hâkim olur. Buna karşılık mutat işyeri Türkiye olmasına rağmen ilişki bir başka hukuk ile daha sıkı bağlantılı olduğu için MÖHUK m. 27(4) gereği yabancı hukuka bağlanmışsa, Türk iş hukukunun doğrudan uygulanan kuralları her halükârda uygulanacaktır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere en sıkı ilişkili hukuku işçi lehine uygulama konusunda takdir hakkı olan mahkemenin işçiyi Türk hukukundan daha aşağı derecede koruyan bir hukuku en sıkı bağlantılı hukuk olarak esas almaması gerekecektir. Türk hukukundan daha iyi koruma getiren en sıkı bağlantılı hukukun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi durumunda ise yine Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır.

İşçiyi koruma amacıyla getirilmiş kurallar anayasada yer alan sosyal devlet ilkesinin bir yansımasıdır. Bu kurallar sadece işçiyi koruma amacı taşımamakta; devletin sosyal ve iktisadi politikalarındaki tercihlerini ortaya koymaktadır. Bu itibarla nisbi emredici kural olarak düzenlenmiş iş hukuku kuralları doğrudan uygulanan kural tanımına girmemekle birlikte, bu kuralların işaret ettiği asgari koruma Türk hukukunun temel değerlerini ve siyasasını göstermekte ve Türk kamu düzeni anlayışını yansıtmaktadır.

Bu bağlamda doğrudan uygulanan kurallar ile kamu hukukunun kapsama alanı birbirine karıştırılmamalıdır. Doğrudan uygulanan kurallar kamu hukuku karakterli olmakla birlikte etkilerini özel hukukta doğururlar. Bu nedenle bireysel

80 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 14) 22-23.

iş sözleşmelerinde taraflar arasındaki uyuşmazlıkta esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun bu kurallar kendi uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanırlar. Kuralın kendisi bir kanunlar ihtilafı kuralı işlevi görmektedir. Buna karşılık kamu hukuku kuralları kendi kapsama alanını belirler ve buna göre ülkesel ya da şahsa bağlı olarak uygulanır. Ceza hukuku, idare hukuku gibi kamu hukuku kuralları, içinde yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklarda bile hangi hukuk uygulanır sorusu sorulmadan kendi uygulama alanını belirler. Bu nedenle özel hukuka etkisi olmayan kamu hukuku kurallarını milletlerarası özel hukuk terminolojisi ile doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirmek doğru değildir. Ceza hukukuna ya da idare hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta ilgili kuralların uygulanmasının gerekçesi MÖHUK m. 6 değildir. Bu kurallar kamu hukuku kurallarıdır ve uygulama ve kapsama alanını kamu hukuku kuralları belirler. Bu itibarla toplu iş ya da sosyal güvenlik hukuku doğrudan uygulanan kural olarak değil, kamu hukukunun bir parçası olarak uygulanır.

Sonuç olarak doğrudan uygulanan kurallar mutlak işyeri ülkesinde o ülkenin siyasi, ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak için çıkardığı ve tarafların anlaşmayla bertaraf edemeyeceği kurallardır. Bu itibarla ancak mutlak anlamda emredici kurallar doğrudan uygulanan kural kategorisinde yer alabilir. Nisbi emredici kural olarak düzenlenen belirsiz süreli iş sözleşmelerinde feshi ihbar süresi ve tazminatı, iş güvencesiyle ilgili hükümler<sup>81</sup>, çalışma süreleri, ücretli izin, tatil, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri, kıdem tazminatı ile ilgili kurallar doğrudan uygulanan kurallar değildir. Buna karşılık asgari ücret, iş güvenliği ve sağlığı, ayrımcılık yasağı doğrudan uygulanan kuraldır.

## V. İş Sözleşmelerinde Kamu Düzeninin Etkisi

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı esasa uygulanacak yabancı hukukun uygulanmasına engel olmaktadır (MÖHUK m. 5). Eğer uygulanacak yabancı hukuk forum devletinin temel ilkelerine, prensiplerine aykırı ise bu hukukun uygulanması milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti açısından savunulamamaktadır<sup>82</sup>.

81 Yargıtay 9 HD 9818/19560, 03.07.2006 tarihli kararında merkezi Almanya'da bulunan bir firmanın Türkiye'deki irtibat bürosunda çalışan işçilerinin iş aklını feshi üzerine açılan davada, İş Kanunu m. 18 uyarınca bir işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısının dikkate alınacağına ilişkin hükmü davalı işverenin yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçi sayısını da dikkate alarak uygulamıştır. Böylelikle en az 30 işçi çalıştırılan iş yerlerindeki işçiler için getirilen iş güvencesine ilişkin kural işçi lehine olarak işverenin yurt dışındaki işyerlerinde çalışanları da kapsar şekilde yorumlanmıştır. Kararla ilgili değerlendirme için bkz. Musa Aygül, Fatih Uşan, 'İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi' (2007) 3 Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi 75 vd. Burada İş Kanunu m. 18 uyarınca getirilen iş güvencesine ilişkin hüküm doğrudan uygulanan kural olarak değil, mutlak işyerinin Türkiye olması nedeniyle uygulanacak hukukun Türk hukuku olması nedeniyle uygulanmıştır. Yargıtay maddenin uygulanmasında esas alınan işyerlerinin yurt dışında olmasını maddenin kapsama alanının belirlenmesinde dışlamayarak, işçi lehine bir yorum yapmıştır.

82 Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 119.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında<sup>83</sup>kamu düzenine aykırılık Türk hukukunun temel değerlerine, genel ahlâk ve adap anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli olan ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet kurallarına, medeni toplulukların benimsedikleri ahlâk ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla yabancı hukuk Türk hukukunun temel değerlerine, adalet anlayışını gösteren hukuk prensiplerine, ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırı ise uygulanmayacaktır.

Kamu düzeni her şeyden önce anayasada yer alan temel hak ve özgürlükleri içermektedir<sup>84</sup>. Bu itibarla yabancı hukuk Anayasa m. 10'da belirlenen eşitliğe, imtiyaz yasağına; Anayasa m. 17'de düzenlenen kişi dokunulmazlığına, maddi ve manevi varlığına; Anayasa m. 18'de düzenlenen zorla çalıştırma yasağına; Anayasa m. 50'de öngörülen çalışma şartları ve dinlenme hakkına aykırı düzenlemeler getiriyorsa MÖHUK m. 5 gereği uygulanmayacaktır.

Esasa uygulanacak hukukun işçiye hiçbir koruma getirmemesi, işçiler arasında din, dil, ırk, cins, politik görüş ayrımı yapması hiç şüphesiz kamu düzenine aykırılık örneğidir<sup>85</sup>.

Türk kamu düzeninin kapsamının belirlenmesinde Türk hukukunun temel ilkeleri önemli bir yer tutmaktadır. Ancak bu husus yabancı hukukun içeriğinin araştırılmadan Türk maddi hukukunun kamu düzeni gerekçesiyle uyumsuzluğa doğrudan uygulanması anlamına gelmemektedir. Türk maddi hukukundaki temel ilkeler Türk kamu düzeninin esasını oluşturur ve bu maddi hukuk kuralları ancak doğrudan uygulanan kural niteliğinde ise uygulama alanına giren hususlarda yabancı hukuk araştırılmadan doğrudan uyumsuzluğa uygulanır. Oysa MÖHUK m. 5 kapsamında kamu düzeni müdahalesi doğrudan uygulanan kuralların uygulanmadığı bir uyumsuzluk için söz konusudur. Uygulanacak hukuk bağlama kuralları aracılığıyla tespit edilir ve bu yabancı hukukun uygulanmasının sonuçları Türk hukuku açısından kabul edilemez nitelikte ise yabancı hukuk uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır<sup>86</sup>.

Yargıtay iş hukuku ile ilgili eski kararlarında özellikle kıdem tazminatı meselesinde kıdem tazminatının Türk kamu düzeni ile ilgili olduğunu ve bu nedenle de Türk

83 Yargıtay İBK 2010/1 E, 2012/1 K. 10.02.2012, RG. 20.09.2012-28417.

84 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 122 vd.

85 Doğan (n 56) 132.

86 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 136 vd.

hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir<sup>87</sup>. Ancak son dönemde verilen kararlarda Türk emredici kurallarına aykırı yabancı hukuk sırf bu nedenle kamu düzenine aykırı görülmemektedir. Kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla mesai, hafta ve genel tatil alacaklarına ilişkin hükümler iç hukuk açısından emredici nitelikte olmakla birlikte yabancı hukukta farklı düzenlemeler yapılması MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine gerekçe oluşturmamaktadır. Farklılık nedeniyle somut uyuşmazlıkta çıkan durumun değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir<sup>88</sup>.

Türk iş hukukunun emredici hükümlerinin altında yatan temel siyasa Türk kamu düzeninin kapsamını oluşturmaktadır. Bu itibarla iş güvenliği, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla mesai, tatil alacaklarına ilişkin hükümler Türk iş hukukunun temel değerlerini oluşturmaktadır. Bu değerleri kabul etmeyen yabancı hukuk hiç kuşkusuz Türk kamu düzenine aykırıdır. Burada önemli nokta aynı düzenlemeleri farklı ele alan yabancı hukuktaki bu farklılığın Türk iş hukukunda savunulan değerlerle olan çatışmasıdır. Bir başka ifadeyle uygulanacak yabancı hukuk bir bütün olarak ele alınmalı ve bir alacakla ilgili Türk emredici hükmüne aykırılıktan ziyade o hukukun uygulanmasıyla adaletsiz bir sonuca varılıp varılmayacağı hususuna dikkat çekilmelidir.

İş hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda kamu düzenine aykırılık meselesi en fazla kıdem tazminatında kendisini göstermektedir. Bir görüş kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olmasını kamu düzenine aykırılık olarak kabul etmemektedir<sup>89</sup>. Diğer görüşe göre ise kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olması kamu düzenine aykırıdır<sup>90</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere Yargıtay iş ve sosyal güvenlik hukukunun kamusal tarafı ve emrediciliği nedeniyle kamu düzenini dikkate alarak Türk hukukunu uygulamıştır. MÖHUK m. 5'te öngörülen kamu düzeni istisnasının uygulanması öncelikle uygulanacak yabancı hukukun tespitini gerektirmektedir. Yabancı hukukun tespiti meselesi de MÖHUK m. 1(1) uyarınca içinde yabancılık unsuru bulunan özel hukuk ilişkilerine ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla bulunmasının bir sonucudur. Bir başka ifadeyle bireysel iş sözleşmeleri ve iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk yabancı

87 Yargıtay 9 HD 1621/7890, 06.07.1992 (Yargıtay Kararları Dergisi, 1993, s. 208-209). Eleştiriler için bkz. Doğan (n 56) 132-133; Tarman (n 13) 545; Yargıtay 9 HD 31301/30289, 25.10.2010 Kararın eleştirisi için bkz. Erdoğan, Erdoğan (n 77) 981 vd.

88 Yargıtay 9 HD 5617/16556, 24.11.2020. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 9 HD 2790/9788, 01.06.2021; Yargıtay 9 HD 9190/14139, 12.10.202

89 Bkz. Akyiğit (n 3) 94; Baycık (n 3) 119. İşçiye işin devamı sırasında telafi edici destekler sağlanması halinde kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olmasının somut olayda kamu düzenine aykırılık oluşturmayabileceği konusunda bkz. Özdemir-Kocasakal (n 68) 67. Yabancı hukukun daha az kıdem tazminatı öngörmesinin kamu düzenine aykırı olmadığı yönünde bkz. Elçin (n 10) 204-205.

90 Erdoğan, Erdoğan (n 79) 982. Doğan hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmayan bir kurum hakkında kamu düzeni müdahalesinin kabul edilmesini doğru bulmamakla beraber, yabancı hukukta kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olması kamu düzeni istisnası için uygun görmektedir. Bkz (n 56) 133.

bir hukuk ise, bu hukukun uygulanması Türk iş hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğunda yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilip Türk hukukuna göre karar verilir. Bununla birlikte özel hukuk ilişkisi olmayan sosyal güvenlik hukukunda Türk maddi normları, kapsama alanına giren işçi işveren ilişkilerinde uygulanacaktır. Bu durum kanunlar ihtilafı meselesi değil, kamu hukukunun uygulama alanıdır<sup>91</sup>.

Bu noktada doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeninin uygulama alanının sınırının tespiti önem arz etmektedir. Günümüz milletlerarası özel hukuk kanunlarında bu iki kavram ayrı olarak düzenlenmiştir<sup>92</sup>. Dolayısıyla mutad işyerinin Türkiye olduğu bir uyuşmazlıkta Türk iş hukukunun müdahaleci kuralları yabancı hukuka bakılmaksızın uygulanacaktır. Ancak işyerinin yabancı bir ülke olduğu ve esasa uygulanacak hukukun yabancı hukuk olduğu uyuşmazlıklarda Türk iş hukukunun doğrudan uygulanan kuralları da emredici kuralları da uygulanmayacaktır. Ancak bu kuralların altında yatan temel siyasa, bir başka ifadeyle Türk iş hukukunun vazgeçilmez temel prensipleri Türk kamu düzeni anlayışını göstermektedir ve yabancı hukuk bu temel prensiplere aykırı ise Türk kamu düzenine aykırılık devreye girecektir. Bu durumda Türk maddi normları doğrudan uyuşmazlığın çözümünde rol oynamamaktadır. Yabancı hukuk bu normların yansıttığı kamu düzenine aykırı olduğu için uygulanmamakta, uyuşmazlık Türk hukukuna göre çözümlenmektedir.

Kanaatimizce kıdem tazminatı<sup>93</sup>, iş güvenliği ve Anayasa m. 50'de yer alan çalışma şartları ve dinlenme hakkı ile ilgili temel prensipler Türk kamu düzeninin kapsamını oluşturmaktadır. İşçiyi bu bağlamda daha az himaye eden yabancı hukuk Türk kamu düzenine aykırıdır. Ancak bu değerlendirmenin yapılabilmesi için somut olayda yabancı hukukun uygulanması bir bütün olarak ele alınmalı ve Türk emredici kurallarının yansıttığı temel prensiplerin ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır.

## Sonuç

Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk zayıf taraf olan işçinin korunması amacıyla MÖHUK m. 27'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda en önemli farklılık işçi lehine yapılan sınırlı hukuk seçimidir. İş sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren objektif bağlama kuralı olarak tespit edilen mutad işyeri hukukunda yer alan işçiyi koruyucu hükümler taraf iradesiyle bertaraf edilemeyecektir. Buna karşılık işçiyi daha yüksek standartta koruyan hukukun seçimine izin verilmiştir.

91 Örneğin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun kimlerin sosyal güvenlik şemsiyesi altında olduğunu, bu haklardan yararlanma şartları ve finansman yöntemlerini belirlemektedir. Kanun kapsama alanındaki herkese uygulanmaktadır.

92 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 9) 136 vd.

93 4857 sayılı İş Kanunu'nda kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme yapılmamış; kıdem tazminatı fonu kurulması öngörülmüştür (Geçici madde 6). Kıdem tazminatı fonuna ilişkin kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesinde düzenlenen kıdem tazminatı hakları saklı tutulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat and Özkaraca (n 14) 669 vd.



Mutat işyeri hukukuna kıyasla ilişkiyle daha sıkı bağlantılı başka bir hukukun bulunması halinde ise hâkim MÖHUK m. 27(4) gereği mutata işyeri hukukundan vazgeçerek daha sıkı ilişkili hukuku uygulayabilecektir. Hâkimin takdir hakkını da işçi lehine kullanması kabul edilmektedir.

Her iki tarafın Türk olması, Türkiye’de yerleşik ya da mutata meskene sahip olması, sözleşmenin Türkçe düzenlenmesi, mutata işyerinin yurt dışı olduğu iş sözleşmelerinde daha sıkı bağlantının Türk hukuku ile kurulmasına yeterli olacaktır. Bu itibarla Türkiye İş Kurumu tarafından matbu olarak hazırlanan ve taraflarca imzalanarak Kurumun onayına sunulan yurt dışı hizmet akitlerinde uygulanacak hukuk MÖHUK m 27(2) gereği mutata işyeri olan çalışılan ülke hukuku olmakla birlikte; MÖHUK m. 27(4) gereği daha sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukun uygulanması imkânı ortaya çıkmaktadır.

Yurt dışı hizmet akitlerinde yer alan belirli konularda çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına ilişkin hükümler doktrinde hukuk seçimi olarak nitelendirilmekte ve genel işlem koşullarıyla yapılan bu seçimin hukukten geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bize göre akitlerde yer alan çalışılan ülke hukuku mevzuatına yapılan göndermeler bir hukuk seçimi sözleşmesi değil, ilgili mevzuatın içkinleştirme (*incorporation*) yoluyla akte dahil edilmesidir. Bir başka ifadeyle bu hükümler bir sözleşme hükmü olarak uygulanacak hukuk çerçevesinde değerlendirilecektir.

Yurt dışı hizmet akitinde belirli konularda çalışılan ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin hükümleri hukuk seçimi olarak gören görüş, bu seçimin aslında objektif olarak uygulanacak hukuku işaret ettiğini; hukuk seçimi olmadığında zaten uygulanacak hukukun mutata işyeri hukuku olduğunu savunmaktadır. Oysa iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin en önemli işlevi MÖHUK m. 27(4) gereği daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasını engellemektir. Dolayısıyla mutata işyeri lehine bir hukuk seçimi varsa, en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukunun uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu itibarla matbu formda düzenlenen yurt dışı hizmet akitinde geçerli bir hukuk seçiminin yapıp yapılmadığı meselesi büyük önem arz etmektedir.

Yurt dışı hizmet akitleri genel işlem koşulları niteliğindedir ve yapılan bir hukuk seçimi klozunun geçerliliği de genel işlem koşulları ile hukuk seçimi yapılabilmesinin şartlarına bağlıdır. Ancak öncelikle hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğinin *lex fori* Türk hukukuna tâbi olduğu vurgulanmalıdır. Kanaatimizce MÖHUK m. 32(1) uyarınca sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığının ve maddi geçerliliğinin sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbi olması kuralı gereği seçilen hukukun hukuk seçimi sözleşmesine uygulanması MÖHUK m. 24 çerçevesinde yapılan bir hukuk seçimi için geçerlidir. MÖHUK’ta hukuk seçimine sınırlama (m. 26, 27) ve yasaklama (m. 25) getirildiği durumda, hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğine seçilen hukuk uygulanamaz. Seçim sözleşmesinin

geçerliliği doğrudan Türk hukukuna tâbidir. Bu itibarla genel işlem koşullarıyla yapılan bir sözleşmede yer alan hukuk seçimi klozunun geçerliliği TBK m. 21-25'e göre belirlenecektir.

Yurt dışı hizmet akitleri m. 3'te işverenin bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre işveren çalışma koşulları, ücret, fazla çalışma süresi ve ücreti, tatillere ilişkin koşulları açıklayan bir belgeyi işçiye vermek ve imzalı nüshayı Kuruma sunmak zorundadır. Dolayısıyla işverenin bilgi verme yükümlülüğünün kapsamına giren hususlarda yabancı hukukun uygulanması öngörülmüşse bu hususun açıkça işçiye bildirilmesi gerekmektedir. Ancak bu bilgilendirme neticesi işçi yurt dışı hizmet akdini imzalarsa genel işlem koşuluyla hukuk seçimi yapılmış olur. Bir başka ifadeyle yabancı hukukun içeriği bilinmeden salt yabancı hukukun uygulanacağını belirlediği genel işlem koşullarının imzalanması taraflar arasında geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı anlamına gelmemektedir. Yurt dışı hizmet akdi m. 3'teki bilgi verme yükümlülüğünün ihlalinin sonucu hukuk seçimi klozlarının yazılmamasıdır.

Dolayısıyla yurt dışı hizmet akitlerinde çalışılan ülke hukuku lehine getirilen klozlar Türk hukukuna göre geçerli bir hukuk seçimi anlaşması değildir. Biz getirilen hükümlerin teknik anlamda hukuk seçimi değil, sözleşme hükmü olduğunu savunmaktayız. Bu durumda uygulanacak hukuk mutat işyeri hukukuna veya en sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukuna göre belirlenecektir. Bu sözleşme hükümlerinin geçerliliği de uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir. Bizatihi yurt dışı hizmet akdinde işverene getirilen bilgi verme yükümlülüğünün ihlali, bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumda çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağına ilişkin hükümlerin de artık yazılmamış sayılmasına yol açacaktır.

Yurt dışı hizmet akdinde hukuk seçiminin yapılmamış sayılmasının sonucu uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 27(2) gereği mutat işyeri hukukudur. Ancak tarafların Türk olması, Türkiye'de ikamet etmesi veya mutat meskene sahip olması, yurt dışı hizmet akdinin Türkiye İş Kurumu tarafından Türkçe olarak hazırlanması, işçinin Türk sosyal güvenlik şemsiyesi altında olması, ücretin Türkiye'de harcanması, davanın Türkiye'de açılması ilişkinin Türk hukukuyla yakın bağlantısını ortaya koymaktadır. Bu itibarla Türk hukuku daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulama imkânına sahiptir. Sıkı bağlantılı hukukun işçi yararına ancak mutat işyeri hukukundan daha elverişli hükümler getiriyorsa uygulanması yaklaşımı karşısında kanaatimizce somut olayın özelliklerine bakılmalıdır. Mutat işyeri hukuku kolay erişilemeyen bir ülke hukuku ise ve işçi mutat işyeri hukukunun işçi lehine hükümlerini göstererek o hukukun uygulanması istememişse, kıyaslama yapmak için para ve zaman harcamaya gerek olmadan Türk hukukuna göre hüküm verilmesi yerinde olacaktır. Zira MÖHUK m. 27(4) böyle bir kıyası zorunlu görmemekte, hâkime daha sıkı ilişkili hukuku uygulama konusunda takdir hakkı vermektedir. Bu itibarla işçinin, mutat işyeri hukukunun işçi

lehine düzenlemesinin uygulanması konusunda bir talebi olmadığı sürece en sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olduğu durumlarda bu hukukun uygulanması yerinde olacaktır.

En sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukuku uygulanırsa da mutata işyeri hukuku MÖHUK m. 31 ve 33 çerçevesinde dikkate alınacaktır. Mutata işyeri hukuku yurt dışı hizmet akitlerinde, sözleşmeyle sıkı ilişkili 3. ülke konumundadır ve bu ülkenin doğrudan uygulanan kuralları maddi vakıa olarak dikkate alınabilecektir. Aynı şekilde ifanın gerçekleşme biçiminde de mutata işyeri hukuku hükümleri MÖHUK m. 33 gereği dikkate alınacaktır.

Yargıtay kararlarında doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni iş sözleşmelerinde doğrudan Türk hukukunun uygulanmasının gerekçesini oluşturmuştur. MÖHUK m. 6 gereği esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının iş sözleşmelerine hâkim olabilmesi için, mutata işyerinin Türkiye’de olması gerekmektedir. Bu itibarla yurt dışı hizmet akitlerinde mutata işyeri yurt dışında olduğu için Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ilişkiye bu gerekçe ile uygulanamaz.

Buna karşılık mutata işyerinin Türkiye olduğu iş sözleşmelerinde taraflar yabancı bir hukuk seçse veya ilişkiye daha sıkı bağlantılı hukuk olarak yabancı hukukun uygulanması kabul edilse bile MÖHUK m. 6 gereği Türk iş hukukunun doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır.

Doğrudan uygulanan kurallar tarafların aksine sözleşme yapamayacağı ve devletin siyasi, sosyal ve ekonomik yapısını koruyan kurallardır. Bu itibarla işçi lehine nisbi emredici kurallar doğrudan uygulanan kural değildir. Ancak bu kuralların işaret ettiği asgari koruma Türk hukukunun temel değerlerini ve siyasasını göstermektedir ve Türk kamu düzeni anlayışını yansıtmaktadır.

Doğrudan uygulanan kurallar ile kamu hukukunun uygulama alanı birbirine karıştırılmamalıdır. Doğrudan uygulanan kurallar kamu hukuku karakteri taşımakla beraber etkilerini özel hukukta doğurmaktadır. Buna karşılık özel hukukla ilgili olmayan, tümüyle kamu hukuku kapsamındaki kurallar içinde yabancılik unsuru olsun olmasın kendi kapsama alanını belirler ve buna ilişkin her durumda uygulanır. Bu kuralların uygulanma gerekçesi MÖHUK m. 6 değildir. Uyuşmazlık bir özel hukuk uyuşmazlığı olmadığında MÖHUK devreye girmemektedir. Bu itibarla toplu iş hukuku veya sosyal güvenlik şemsiyesi ile ilgili kurallar doğrudan uygulanan kural olarak değil, Türk kamu hukuku kuralı olarak ilgili alanlarda uygulanır.

Doğrudan uygulanan kurallar ile karıştırılan kamu düzeni kavramı ise MÖHUK m. 5’te düzenlenmiştir. Buna göre esasa uygulanacak yabancı hukuk Türk hukukunun anayasal temel değerlerine, adalet anlayışını gösteren hukuk prensiplerine, ekonomik rejimine ve sosyal hukuk devleti olarak benimsediği temel siyasaya aykırı ise uygulanmayacaktır.

İş güvenliği, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin, fazla mesai, tatil alacaklarına ilişkin hükümler Türk iş hukukunun temel değerlerini oluşturmaktadır. Bu değerleri kabul etmeyen ya da Türk hukukundaki standartlardan daha aşağı düzenleme getiren yabancı hukuk Türk kamu düzenine aykırıdır.

---

**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.

---

### Bibliography/Bibliyografya

- Akyiğit E, 'Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerde Türk İşçi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi' in *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları* (İntes Yayınları 2017).
- Aygül M, 'Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi' in Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, 7-8 Aralık 2017* (Adalet 2018) 525-545.
- Aygül M and Uşan F, 'İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tespitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi?' (2007) 3 Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi 75.
- Aygül M and Çoban N, 'Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutat İşyerinin Tespiti' (2020) 15(16) Terazi Hukuk Dergisi 1815-1832.
- Aygül M and Erdoğan C, 'Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği' (2020) 2 Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı 753-788.
- Baycık G, 'Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen Türk İşçilerin Açtığı Davalarda Uygulanacak Hukuk' in *Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları* (İntes Yayınları 2017).
- Bogdan M, 'Private International Law As Competent of the Law of Forum' (2011) 348 Recueil des cours.
- Cheshire/North/Fawcett, *Private International Law* (Oxford University Press 2017).
- Czerwinski M, 'The Law Applicable to Employment Contracts Under the Rome I-Regulation' (2015) Adam Mickiewicz University Law Review, 147-162.
- Çalışkan Y, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014).
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canpolat T and Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Beta 2022).
- Çelikel A and Erdem, B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2021).

- Demir-Gökyayla C, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2013).
- Demirkol B, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2011).
- Demirkol B, 'Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması' (2020) 40 (2/II) Public and Private International Law Bulletin 1313-1350. Doğan V, '5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2007) XI (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 147-164.
- Doğan V, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti* (Yetkin 1996).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Savaş 2022).
- Elçin D, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (Adalet 2012).
- Erdoğan E and Erdoğan C, 'Türkiye'den Yurt Dışına Götüürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' (2016) 13(50) Legal İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 955-988.
- Erkan M, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs Olması Gereken' in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 543-558.
- Erkan M, 'MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' (2011) 15(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-121.
- Erten, R, 'Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye'de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri' Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan (Yetkin 2022) 213-262.
- Grusic U, *The European Private International Law of Employment* (Cambridge University Press 2015).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Yetkin 2021).
- Güvercin-Şahan A, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti' (2018) 2 Public and Private International Law Bulletin 441-479.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (Beta 2021).
- Özel S, 'Sözleşmesel İlişkide Yabancılaşma Unsuru ve Hukuk Seçimi' in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016).
- Özel S, 'Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m. 44' (2019) 14 (179-180) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1351-1382.
- Özel S, Erkan, M, Pürselim, H.S and Karaca, H.A, *Milletlerarası Özel Hukuk* (On İki Levha 2022).
- Özdemir-Kocasakal H, 'Doğrudan Uygulanan Kurallar' in Feriha Bilge Tanrıbilir and Gülce Gümüşlü Tunçağıl (eds), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, 7-8 Aralık 2017* (Adalet 2018) 49-88.
- Özgenç Z, 'Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliği' in Zeynep Derya Darman (ed), *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (On İki Levha 2018) 389-434.
- Pürselim-Arning H.S, *İş İlişkisi Kapsamında Rekabet Yasağı Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2022).

- Sarıöz-Büyükalp İ, 'Mutat İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu' (2018) 8(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-248.
- Şanlı C, Esen E, and Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Beta 2021).
- Tarman ZD, 'Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' (2010) 59(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521-550.
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Vedat Kitapçılık 2020).
- Uyanık-Çavuşoğlu A, 'Bireysel İş İhtilaflarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' (2011) İş Dünyası ve Hukuk () 959-990.
- Vural-Çelenk B, 'Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması' (2017) 3(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 277-296.
- Yöney C, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (On İki Levha 2018).

## Uluslararası Hukuk Komisyonunun Değişimi: İşlevsel ve Yapısal Denge Arayışı

### Evolution of the International Law Commission: The Pursuit of Functional and Structural Balance

Habip Ünyılmaz\* 

#### Öz

Uluslararası hukukun tedvinini ve tedricî gelişimini desteklemek üzere kurulan Uluslararası Hukuk Komisyonu, günümüz uluslararası hukukunun temel metinleri arasında sayılabilecek pek çok önemli andlaşmayı hazırlamıştır. Komisyon, kurumsal bağıni ve uzmanlığını kullanarak hem çalışma yöntemi hem de çıktıları itibar gören önemli bir hukuk otoritesi haline gelmiştir. Seksen yıla yaklaşan faaliyeti süresince Komisyonun yaşanan değişimlere uyum sağlamak ve beklentileri karşılamak adına farklı ihtiyaçlar, talepler veya yaklaşımlar arasında bir denge kurma gayreti içinde olduğu görülmektedir. Bu çalışmada sayılan bu etkenlerin tespit edilen üç tema uyarınca nasıl dengelendiği araştırılmıştır. Öncelikle Komisyonun işlevini ilgilendiren uluslararası teamül hukukunun tedvini ve uluslararası hukukun tedricî gelişimi arasında kurulmaya çalışılan denge incelenecektir. İkinci olarak yirmi birinci yüzyılda ağırlığını göstermeye başlayan bağlayıcı hukuk metinlerinden esnek hukuk kurallarını içeren metinlere doğru yönelimin Komisyon bakımından nedenleri ve sonuçları değerlendirilecektir. Nihayet kuruluşundan itibaren üye sayısı, üye dağılımı ve görevlileri bakımından Komisyonun yapısal değişimi örneklenecektir. Böylece Birleşmiş Milletlerin örgütsel bir parçası olarak Komisyonun hem kabul edilirliliğini hem de faydasını sürdürmek adına sürekli olarak bir değişim ve denge gayreti içerisinde olduğu görülecektir. Komisyon bu suretle uluslararası hukukun gelişimindeki ve güçlenmesindeki önemli rolünü korumaktadır.

#### Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk Komisyonu, Tedvin, Tedricî Gelişim, Andlaşmalar, Esnek Hukuk

#### Abstract

The International Law Commission (ILC) was established with the aim of promoting the codification and progressive development of international law. Over the years, it has prepared numerous important treaties that are now considered elemental texts of current international law. Thanks to its institutional relations and expertise, the ILC has become an important legal authority that is respected for its work methods and outputs. Throughout its 75 years of service, the ILC has continuously adapted to changes and satisfied expectations. It has strived to maintain a balance among the various needs, demands, and approaches. This study surveys how the ILC has balanced these factors under three themes by first examining the balance between the codification of international customary law and the progressive development of international law as a functional effort. The study also evaluates its trend of preparing soft law texts rather than hard law texts, as well as the reasons and consequences these have had for the ILC. Lastly, the study inspects the ILC's structural balancing efforts with respect to the number of members and profiles of both the members and the officers. The study will use this analysis to demonstrate that the ILC as an organizational part of the United Nations is in a continuous endeavor for change and balance to maintain its acceptance and usefulness. As such, it remains an important institution in the development and promotion of international law.

#### Keywords

International Law Commission, Codification, Progressive Development, Treaties, Soft Law

\* Sorumlu Yazar: Habip Ünyılmaz (Arş. Gör. Dr.), Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye.  
E-posta: habipunyilmaz@gmail.com ORCID: 0000-0003-1185-3626

Atf: Ünyılmaz H, "Uluslararası Hukuk Komisyonunun Değişimi: İşlevsel ve Yapısal Denge Arayışı" (2023) 43(1) PPIL 409.  
<https://doi.org/10.26650/ppil.2023.43.1266596>

### **Extended Summary**

The International Law Commission (ILC) was established with the aim of promoting the codification and progressive development of international law. Over the years, it has prepared numerous important treaties, such as the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and the 1969 Vienna Convention on Law of Treaties. These conventions are now considered among the elemental texts of the current international legal system.

As a result of its institutional relations and expertise, the ILC has become an important legal authority that is respected for its work methods and outputs. As a subsidiary organ of the United Nations (UN) General Assembly, ILC members have increased over the years and been chosen from the candidates nominated exclusively by the governments of UN member states to assure that “the Commission as a whole representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems” (Statute of the ILC art. 8). Meanwhile, the ILC has also developed well-operating work processes to ensure the necessary expertise in its outputs.

This study first examines the ILC’s work methods and structural formation to gain a sense of frequently used terms and concepts regarding the Commission and its outputs. Although the Statute of the ILC (UNGA Res. 174(II), 21 November 1947) provides a fundamental structure for its organization, work methods, and expected output, the ILC’s current operational procedures may not be immediately evident from this statute alone. Therefore, this study provides information based on official sources such as annual reports and yearbooks to reflect a concrete picture of the ILC’s current practices.

Throughout its 75 years of service, the ILC has continuously adapted to changes and satisfied expectations. It has strived to maintain a balance among the various needs, demands, and approaches concerning the ILC’s structural formation, mission, and forms of outputs it has produced.

The present study surveys how the ILC has balanced different factors under three themes, firstly by reviewing the balance between codification and progressive development as a repeating subject in the ILC’s activities. The difficulty in distinguishing these tasks has been apparent since the ILC’s beginning and it wasn’t able to maintain this for long. Currently, the ILC does not differentiate between these tasks, nor does it declare any qualification regarding its outputs purely on this distinction. What has prevailed is the first theme of the composite idea of these two concepts.

The second theme is about what form the ILC’s outputs take. Preparing soft law texts rather than hard law texts has been an obvious trend in the ILC’s works. With the turn of the century, most of the ILC’s outputs were not prepared for being converted into



a convention, so the ILC recommend alternative ways of utilizing these texts. When looking at the reasons for this, the trend in changing expectations and diversifying topics comes to the forefront. A considerable percentage of fundamental fields in the international legal system has been codified, and states suffer from the so-called treaty fatigue. Thus, preparing new draft articles to be converted to treaties is not prominently listed among state expectations. Instead, the ILC has turned to different forms for elaborating upon its previous works in complimentary codification and has also preferred the best forms regarding the ripeness of the field for codification and progressive development. These new forms are relatively convenient to study or put on the work schedule with their soft effects due to the reduced opposition among states. However, to think of these changes in form as a decrease in the ILC's authority or the quality of its work would be erroneous. Current studies and remarks do not indicate a decline in impact regarding the ILC or its outputs.

Lastly, the study inspects the structural balancing efforts with respect to the number of ILC members and profiles of both the members and the officers. Regional representation is the principal practice with regard to the ILC's structure and work processes. Members are chosen from already defined regional groups in assigned numbers. In order to strengthen the rule of regional representation, the officers that establish the Bureau of the ILC are chosen on a rotating term. Thus, each post is held by each regional group for a normal term of office. Nonetheless, some problems exist regarding the ILC's structure. The gender gap is obvious, and the number of Special Rapporteurs from specific regional groups and certain legal systems is also problematic.

Through this analysis, the study demonstrates that the ILC as an organizational part of the UN is in a continuous endeavor of change and balance to maintain its acceptance and usefulness. This reconciles the need for clear norms by way of codification and the necessity of adapting new regulative frames by way of progressive development. The ILC adapts to the changing grounds of international order and state preferences in order to accommodate new demands and provide the necessary normative guide. The ILC also strives to represent the differences of its constituents, albeit with some deficiencies. As such, the ILC remains an important institution in the development and promotion of international law.

## Giriş

Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK – Komisyon) günümüz uluslararası hukuku için temel nitelik arz eden ve hem devletler hem de hukuk uygulayıcıları tarafından etkililiği teyit edilen pek çok metni hazırlayarak önemli bir otorite hâline gelmiştir.<sup>1</sup> Bu çalışmada Komisyonun seksen yıla yaklaşan faaliyeti boyunca görevi, işlevi ve yapısı bakımından geçirdiği değişimler ele alınmış ve bunların nedenleri ile sonuçları değerlendirilmiştir. Öncelikle Komisyonun işleyişine ve yapısına dair temel bilgiler verilecektir. Ardından tespit edilen temalar üzerinden Komisyonun farklılaşan yönleri ele alınacak ve söz konusu değişimlerin nasıl farklı ihtiyaçlar ve talepler arasında bir denge kurma çabasına vücut verdiği ifade edilecektir.

### I. Ana Hatlarıyla Uluslararası Hukuk Komisyonu

BM Andlaşması madde 13/1-a uyarınca Genel Kurul “uluslararası işbirliğini geliştirmek ve uluslararası hukukun tedricî gelişimini ve tedvinini teşvik etmek” için çalışmak ve tavsiyede bulunmakla görevlendirilmiştir.<sup>2</sup> Genel Kurul, bu görevi ifa etmek üzere 21 Kasım 1947 tarihli ve 174 (III) sayılı kararla Uluslararası Hukuk Komisyonunun ihdas edilmesini kararlaştırmış ve UHK Statüsü’nü kabul etmiştir.<sup>3</sup>

UHK Statüsü madde 1’e göre Komisyonun amacı uluslararası kamu hukukunun tedricî gelişimini ve tedvinini desteklemektir. En son 1981 yılında yapılan değişiklikle birlikte<sup>4</sup> uluslararası hukuk alanındaki yetkinliği kabul görmüş otuz dört Komisyon üyesi, BM Genel Kurulu tarafından beş yıllık süre için seçilmektedir. Her ne kadar devletlerce aday gösterilmiş olsalar da, seçildikten sonra komisyon üyeleri bir devletin veya hükûmetin temsilcisi olarak değil uzman bireyler olarak görev yaparlar.<sup>5</sup>

### A. Komisyonunun Yapısı

Komisyonun yapısı ve çalışma yöntemine dair ilk dikkat çekilmesi gereken husus, UHK Statüsü’nün bir şablon olarak belirleyiciliği bulunmasına rağmen, seksen yılı bulan Komisyon çalışmalarını kavramak için hem Komisyonun hem de BM Genel Kurulunun uygulamalarını da incelemenin gerekli olduğudur.<sup>6</sup> Bu bağlamda ilerleyen

1 Laurence Boisson de Chazournes, ‘The International Law Commission in a Mirror—Forms, Impact and Authority’ in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021) 148–153.

2 BM Andlaşması metni için bkz: Sanfransisko’da 26 Haziran 1945 Tarihinde Yapılmış ve İmzalanmış Olan Birleşmiş Milletler Andlaşması ile Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün Onanması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4801, Kabul Tarihi: 15/8/1945, RG 24.8.1945/6092.

3 UHK Statüsü’nün Türkçe çevirisi için bu çalışmanın sonundaki ek kısmına bakınız.

4 UHK Statüsü, ilk olarak 485 (V) sayılı ve 12 Aralık 1950 tarihli BM Genel Kurulu kararıyla, ikinci olarak 984 (X) sayılı 3 Aralık 1955 tarihli kararlar, üçüncü olarak 985 (X) sayılı 3 Aralık 1955 tarihli kararlar ve son olarak 36/39 sayılı 18 Kasım 1981 tarihli kararlar tadil edilmiştir.

5 Report of the Working Group on review of the multilateral treaty-making process, UN Doc A/CN.4/325, *Yearbook of International Law*, 1979, Vol. II Part One, UN, New York 1981, 186, para 4.

6 Michael Wood, ‘Statue Of International Law Commission’ (*United Nations Audiovisual Library of International Law*) <<https://legal.un.org/avl/ha/silc/silc.html>> accessed 14 February 2023.

kısımda Statü'ye ilaveten, hem BM Genel Kurulu belgeleri hem de UHK resmî yayınları dikkate alınarak Komisyonun işleyişine ilişkin bir özet sunulacaktır.

Komisyon her yıl çalışma oturumuna (session) üyeleri arasından Başkan (Chair), Birinci ve İkinci Başkan Yardımcısı (First and Second Vice-Chairpersons), Taslak Komitesi Başkanı (Chair of the Drafting Committee) ve Genel Raportör (General Rapporteur) seçerek başlar.<sup>7</sup> Başkan; Komisyon Genel Kurulu (Plenary), Büro (Bureau) ve Genişletilmiş Büronun (Enlarged Bureau) toplantılarını yönetirken, aynı yetki ve görevler başkanın yokluğunda başkan yardımcılara da tanınmıştır.<sup>8</sup> Genel Raportör, Komisyonun BM Genel Kuruluna sunduğu yıllık raporların hazırlanmasından sorumluyken; Taslak Komitesi Başkanı, her bir başlık için komite üye dizilimini önerme ve hazırlanan taslakların takdimini yapmakla görevlidir.<sup>9</sup>

Seçilen bu beş kişi komisyon memurları (officers) olarak her oturum için çalışma programı ve teşkilatlanmaya ilişkin konuları görüşen Büroyu oluştururken, bu kişilere önceki oturum başkanı ve Özel Raportörlerin katılımıyla oluşan Genişletilmiş Büro ise gerektiğinde Komisyonun çalışma programını, yöntemlerini ve teşkilatlanmaya ilişkin konuları görüşmek üzere toplanabilir.<sup>10</sup>

Komisyon üyelerinin tamamının katılımıyla oluşan Genel Kurul, başta Özel Raportörlerin raporları olmak üzere, çalışma ve planlama grupları ile Taslak Komitesinin raporlarını ve gerekli görülen diğer konuları görüşür.<sup>11</sup> Bunlara ek olarak, önerilen taslakları ve şerhlerini çalışmak üzere Taslak Komitesine havale etmeye ve BM Genel Kuruluna sunulacak yıllık raporu kabul etmeye de yetkilidir.<sup>12</sup>

Komisyon faaliyetlerinin önemli bir parçasını oluşturan Özel Raportörler, üyeler arasından seçilirler.<sup>13</sup> Özel Raportör, belirlenen başlıklara ilişkin tartışmanın ve çalışmanın temelini oluşturan taslak hükümleri ve bunların şerh metnini de içeren raporları hazırlar ve bu rapor üzerine yürütülen Komisyon Genel Kurulu ve Taslak Komitesi toplantılarına katılır.<sup>14</sup> Özel Raportör, atandığı başlığa ilişkin raporunda, konunun sınırlarını çizerek mevcut hukukî durumu açıklar, taslak hükümlere ilişkin önerileriyle çalışmasını detaylandırır.<sup>15</sup> Hazırlanan raporlar, ilgili başlığın Komisyon Genel Kurulunda değerlendirildiği toplantıda raportörce sunulur, başlığa ilişkin ana konular ve eğilimler özetlenerek sorular cevaplanır.<sup>16</sup>

7 United Nations (ed), *The Work of the International Law Commission*, vol I (Ninth Edition, United Nations 2017) 21.

8 Rules of Procedure of the General Assembly, Un Doc A/520/Rev.20, 15 September 2022, Rules 105-107.

9 United Nations (n 7) 22.

10 ibid.

11 ibid 23.

12 ibid.

13 UHK Statüsü madde 16.

14 *Yearbook of the International Law Commission* 1996, vol. II (Part Two), UN, 1998, 90-92, para 185-201.

15 ibid 91, para 188.

16 United Nations (n 7) 27.

Komisyon Genel Kurulu tarafından Özel Raportörün çalışmalarının belirli bir olgunluğa eriştiği düşünüldüğünde, konu, yine Özel Raportörün de üyesi olduğu ve üyelerin çalışılan başlığa göre değiştiği Taslak Komitesine havale edilir.<sup>17</sup> İlgili başlığa dair farklı görüşlerin uyumlaştırılmaya çalışıldığı ve kabul görececek çözümlerin üretildiği bu komite, esasen Raportörce hazırlanan taslak hükümlerin gözden geçirilerek arzu edilen değişikliğin yapıldığı, taslak madde metninin ortaya çıktığı ve son kez Komisyon Genel Kuruluna kabul edilmek üzere sunulduğu organdır.<sup>18</sup>

Sayılan bu kişi ve kurullara ilaveten belirli başlıklarda Komisyon faaliyetlerine yardımcı olmak üzere alt komite, danışma grubu, çalışma grubu gibi muhtelif isimlerde *ad hoc* yardımcı organlar da ihdas edilmesi olağan Komisyon işleyişinin bir parçasıdır.<sup>19</sup>

## B. Komisyonun Çalışma Programı ve Yöntemi

UHK Statüsü'nün 16. ve 17. maddelerine göre, Komisyon, uluslararası hukukun tedricî gelişimi çalışmalarında, başta BM Genel Kurulu olmak üzere Birleşmiş Milletler üyeleri, Genel Kurul dışındaki Birleşmiş Milletler ana organları, uzmanlık örgütleri veya uluslararası hukukun tedricî gelişimi ve tedvinini teşvik etmek için hükümetlerarası anlaşmalarla kurulmuş resmî kurumlarca sunulan veya bu maksatla Genel Sekreter tarafından kendisine iletilen teklifleri değerlendirmektedir.

Komisyon, uluslararası hukukun tedvini çalışmaları kapsamında, Statü'nün 18. maddesine göre, tedvine uygun başlıkları seçebilmek için uluslararası hukukun tüm alanlarını mevcut taslakları göz önünde bulundurarak taramakla görevlendirilmiştir. Keza Komisyon belirli bir başlığın tedvininin gerekli veya uygun olduğunu değerlendirdiğinde BM Genel Kuruluna tavsiyelerini sunabilmektedir. Bu bağlamda, BM Genel Sekreterinin katkılarıyla ilki 1949<sup>20</sup>, ikincisi ise 1971 tarihli<sup>21</sup> iki belgeyle söz konusu tarama görevi yerine getirilerek çalışmaya uygun başlıklar tespit edilmiştir. 1996 yılında ise neredeyse elli yılı bulan Komisyon çalışmaları sonucunda; bitirilen, vazgeçilen, öngörülen ve hâlihazırda değerlendirilen başlıkları da içeren uluslararası hukukun on üç ana alanının şemasını “uzun vadeli çalışma programına ilişkin bir rapor” biçiminde çıkararak mevcut duruma ilişkin bir gözden geçirme gerçekleştirmiştir.<sup>22</sup> 2014 yılında bu raporda belirlenen başlıklara ilaveten çalışılmaya uygun başlıkları

17 Report of the Working Group on review of the multilateral treaty-making process, Un Doc A/CN.4/325, *Yearbook of the International Law Commission 1979*, vol. II (1), 197, para 45-46.

18 *Yearbook of the International Law Commission 1996*, vol. II (Part Two), UN, 1998, 93, para 212.

19 Ayrıntılı bilgi için bkz: United Nations (n 7) 28-32.

20 Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission, Un Doc A/CN.4/1/Rev.1, 10 Şubat 1949.

21 Survey of international law - Working Paper prepared by the Secretary-General in the light of the decision of the Commission to review its programme of work, Un Doc A/CN.4/245, 23 Nisan 1971, *Yearbook of the International Law Commission 1971*, vol. II Part Two, UN, New York, 1973, 1-100.

22 Report on The Long-Term Programme of Work, *Yearbook of the International Law Commission 1996*, vol. II Part Two, UN, New York, 1998, 133-136.

bildirmesi için Genel Sekreterden talepte bulunmuş, Genel Sekreter önceki şemaya ilaveten altı muhtemel başlığa ilişkin değerlendirmesini 2015'te sunmuştur.<sup>23</sup>

UHK Statüsü'nde Komisyonun çalışma yöntemi, tedvin ve tedrici gelişim biçimindeki iki temel görevi dikkate alınarak ve bu görevlere göre ayrıştırılarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu iki görevin birbirlerini dışlayan faaliyetler olmayacağı hatta birbirlerini destekleyecek mahiyette kullanılabileceği henüz Komisyonun kuruluşu için yapılan hazırlık çalışmalarında dile getirilmiş,<sup>24</sup> dahası başından itibaren Komisyon bu ayırımın katı biçimde uygulanmasının mümkün olmadığını bildirecek her iki görevin ve yöntemin uzlaştırıldığı bir çalışma yöntemini benimsemiştir.<sup>25</sup>

Komisyon bir başlığın değerlendirilmesi sürecini üç aşamada gerçekleştirmektedir. İlk, hazırlık aşamasında, ilgili çalışma planı yapılarak devletlerden ve BM de dâhil olmak üzere uluslararası kuruluşlardan gerekli materyaller temin edilmekte ve bir Özel Raportör atanmaktadır.<sup>26</sup> İkinci aşamada Özel Raportörce hazırlanan taslak hükümlerin ilk görüşmesi (first reading) yapılmaktadır.<sup>27</sup> Özel Raportörce sunulan rapor ve özellikle önerilen taslak hükümler, ilgili konuya ilişkin farklı yaklaşımlar ve muhtemel uzlaşma önerileri Komisyon Genel Kurulunda değerlendirilmektedir.<sup>28</sup> Keza Taslak Komitesinden gelen geçici taslak madde önerilerinin ve şerhlerinin onaylanması ve bir komisyon belgesi olarak hükümetlerden yazılı gözlemlerini bildirmesi de dâhil olmak üzere BM Genel Kuruluna sunulması kararlaştırılmaktadır.<sup>29</sup>

Son aşamada ise hükümetlerden ve diğer ilgili kurumlardan gelen yorumlar ve gözlemlerle değişen metne son hali verilerek ikinci görüşmesi (second reading) yapılmaktadır.<sup>30</sup> Bu aşamada Özel Raportör, gelen tavsiye ve gözlemleri çalışarak uygun görülen değişiklik tekliflerini sunmakta, Taslak Komitesinden gelen değiştirilmiş taslak hükümler onaylanmakta, taslak maddelerin ve şerhinin nihai hali ikinci görüşmede kabul edilerek metnin akıbetine ilişkin önerilere ve ilave eylemlere karar verilmektedir.<sup>31</sup>

Her ne kadar Statü sadece taslak maddeler biçiminde bir çıktıdan söz etse de; taslak ilkeler, sonuçlar veya rehber ilkeler gibi farklı içerik ve isimlendirmeler

23 Review of the list of topics established in 1996 in the light of subsequent developments Working paper prepared by the Secretariat, Un General Assembly, Un Doc A/CN.4/679, 5 Mart 2015.

24 Report of the Committee on the Progressive Development of International Law and its Codification, *Official Records of the General Assembly, Second Session, Sixth Committee, Annex I*, para. 7.

25 Report of the Working Group on review of the multilateral treaty-making process, UN Doc A/CN.4/325, *Yearbook of the International Law Commission, 1979*, Vol. II Part One, UN, New York 1981, 187-189, para 13, 16.

26 ibid 195, para 35.

27 ibid.

28 ibid 197-198, para 46-49.

29 ibid.

30 ibid 195, para 35.

31 ibid 198-200, para 50-56.

kullanılması uygulanagelen bir usuldür.<sup>32</sup> Taslak hükümlerin ve metne ilişkin Komisyon tavsiyelerinin BM Genel Kuruluna sunulmasıyla birlikte, kural olarak, o başlığa ilişkin çalışma sona ermektedir. Statü madde 23 uyarınca söz konusu metne ilişkin tavsiyeler şu şekilleri alabilmektedir: Hâlihazırda yayımlanmış rapora dair herhangi bir eylemde bulunmamak, bir BM Genel Kurulu kararıyla raporu kayıt altına almak veya benimsemek, bir sözleşme akdedilmesi amacıyla taslağı BM üyelerine tavsiye etmek veya bir sözleşme akdedilmesi için bir konferans toplamak.

### C. Komisyon Toplantıları ve Yayınları

1949 yılındaki henüz ilk toplantısında Komisyon, BM Genel Kurulu komitelerinde uygulanan usul kurallarının Komisyon için de geçerli olduğuna ve gerektiğinde Komisyonun kendi usul kurallarını benimseyebileceğine karar vermiştir.<sup>33</sup> Bu bağlamda Komisyon, üyelerinin çoğunluğunun bulunduğu toplantılarda ve hazır bulunan üyelerin çoğunluğuyla karar almaktadır.<sup>34</sup> Komisyonun ilk yıllarında oylamaya dayalı karar alma baskın uygulamayken, ilerleyen yıllarda oyaşmaya (konsensüs) dayalı çalışmanın sıklığı artmıştır.<sup>35</sup>

Her bir oturumun ardından Komisyonun o yılki çalışmalarını içeren ve mevcut çalışma başlıklarında gelinen aşamanın da değerlendirildiği yıllık rapor (annual report) BM Genel Kuruluna sunulur.<sup>36</sup> Yıllık raporlar, BM Genel Kurulu Altıncı Komitesinde (Hukuk Komitesi) “Uluslararası Hukuk Haftası” olarak anılan Ekim ayı sonu ile Kasım ayı başına denk gelen bir zaman diliminde tartışılır.<sup>37</sup>

Komisyon çalışmalarının takip edilmesinde, gerek muhtelif yargı makamları önünde gerekse resmî yazışmalarda ve akademik metinlerde UHK çalışmalarını kaynak olarak göstermek, onlara atıf yapmak veya eğitim faaliyetlerinde kullanmak için en çok yararlanılan kaynakların başında Uluslararası Hukuk Komisyonu Yıllığı (Yearbook of International Law Commission) gelmektedir.<sup>38</sup> İki cilt halinde yayımlanan yıllığın ilk cildi, Komisyon toplantılarının kayıtlarının özetini, ikinci cildi ise yıllık rapor da dahil olmak üzere, Özel Raportörlerce sunulmuş raporlar veya çalışmalara yardımcı olması için hazırlanmış etütler gibi temel belgelerin kopyasını içermektedir.<sup>39</sup>

32 United Nations (n 7) 50–53.

33 Report to the General Assembly, *Yearbook of the International Law Commission 1949*, UN, New York, 1956, 278, para 5.

34 Report of the Working Group on review of the multilateral treaty-making process, UN Doc A/CN.4/325, 186, para 8.

35 ibid.

36 ibid 202, para 64-66.

37 BM Genel Kurulu tarafından benimsendiği üzere, 2003 yılından itibaren başlayan bu uygulamaya göre Komisyon raporunun Altıncı Komitede tartışıldığı ilk hafta “Uluslararası Hukuk Haftası” olarak anılmakta ve özellikle üye devletlerin Komisyon faaliyetleriyle daha fazla etkileşimde bulunabilmek adına hukuk müşavirleri düzeyinde katılımları tavsiye edilmektedir. Bkz: BM Genel Kurulu, UN Doc A/RES/58/77, 8 Ocak 2004, para 11.

38 Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session, UN Doc A/66/10, *Yearbook of the International Law Commission 2011*, Vol. II Part Two, UN, New York, 2018, 179-180, para 407.

39 ibid para 408.

Komisyonun yerleşik çalışma usulleri, reform ve değişimden kaçınmayan işleyişi ve devletlerce seçilen uzmanların BM bünyesindeki faaliyetleri, uluslararası hukukun hem berraklaştırılması hem de dile getirilmesi ihtiyacını gidermek için ilk müracaat edilen birimlerden biri olmasıyla sonuçlanmıştır. Hakikaten, Komisyonun devletlerle bağının ve BM'nin bir parçası olmasının getirdiği imkânlar, yerleşmiş çalışma biçimi, bugüne kadar gösterdiği öz ve net norm taslakları oluşturma yeteneği ve bunları izah eden şerh geleneği gibi tecrübeleri dikkate alındığında, uzmanlığında şüphe bulunmayan süregelen bir itibara sahiptir.<sup>40</sup>

## II. Uluslararası Hukuk Komisyonunun Değişimi

Tarihsel bir bakışla Uluslararası Hukuk Komisyonu incelendiğinde, gerek kendisinden beklenenler gerekse faaliyet biçimi bakımından kuruluş çalışmalarından<sup>41</sup> günümüze kadar devam edegelen farklı denge arayışları dikkat çeken ve yinelenen bir temadır. Komisyonun geçirdiği değişimlerin nedenlerinin başında bu denge arayışlarının bulunduğu söylenebilir. İlk olarak neredeyse tüm Komisyon faaliyetlerinde var olagelen tedvin ve tedricî gelişim gerilimi içinde denge kurma çabası dikkat çekmektedir. İşlevsel denge arayışı olarak adlandırılabilir bu çabaları, Komisyonun bilhassa nihai metinlerinin bürüneceği şekli ilgilendiren görevsel denge arayışı takip etmektedir. Nihayet üye seçimi ve Komisyon toplantılarının yönetimini ilgilendiren yapısal denge çabaları bu temanın son görünümü olarak dile getirilebilir. Mevcut başlıkta sırasıyla bu arayışlar örneklenerek açıklanmaya çalışılacaktır.

### A. İşlevsel Denge Arayışı

Dumbarton Oaks müzakereleri esnasında Çin'in BM Genel Kurulunu “uluslararası hukukun gelişimi (*development*) ve gözden geçirilmesi (*revision*) için çalışmak” ile görevlendirme teklifi üzerine farklı terminolojik değişiklikler ileri sürülmüş<sup>42</sup> ve özellikle “gözden geçirme” tabiri yerine istikrar ve değişim arasında uygun bir dengeyi yansıttığı düşünülen “*tedricî gelişim ve tedvin*” lafzı kabul görmüştür.<sup>43</sup> Uluslararası hukukun tedvinini ve tedricî gelişimini teşvik etmek görevini yerine getirmek maksadıyla Genel Kurulca ihdas edilen UHK, böylece henüz kurulmadan tâbi bulunduğu ana organ için öngörülen rolle birlikte bir dengeyi ayakta tutmaya memur kılınmıştır. Nitekim Statüye göre Komisyonun amacı uluslararası hukukun tedricî gelişimini ve tedvinini desteklemektir.<sup>44</sup> Bu hükmün içeriği ise yapılan tanımlarla doldurulmuştur.

40 Elena Baylis, ‘The International Law Commission’s Soft Law Influence’ (2019) 13 FIU Law Review 1007, 1014.

41 Komisyonun kuruluşu ve ilk yıllardaki çalışmaları için bkz: Seha L Meray, ‘Birleşmiş Milletler Devletler Hukuku Komisyonunun Altı Yılı’ (1954) 9 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 171; Seha L Meray, ‘Devletler Hukuku Komisyonunun Çalışmalarına Devletlerin Gösterdiği İlgi’ (1955) 10 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 202.

42 Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945, Vol. IX, United Nations Information Organisation, 1945, Londra, New York, 177-179.

43 Carl-August Fleischhauer and Bruno Simma, ‘Article 13’ in Bruno Simma and others (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol 1 (3rd Edition, Oxford University Press 2012) paras 7-9.

44 UHK Statüsü madde 1.

Buna göre, uluslararası hukukun tedricî gelişimi, yine Statüde, uluslararası hukuk tarafından henüz düzenlenmeyen konularda veya hukukun devlet uygulamalarında henüz yeterince gelişmediği durumlara ilişkin sözleşme taslaklarını hazırlamak biçiminde tanımlanmaktadır.<sup>45</sup> Uluslararası hukukun tedvini ise hâlihazırda yaygın devlet uygulamasının, emsallerin ve öğretinin bulunduğu alanlarda uluslararası hukuk kurallarının daha kesin tertip ve sistematize edilmesi biçiminde tanımlanmaktadır.<sup>46</sup> O hâlde, tedvin ile mevcut kuralların yazıya geçirilerek istikrarın güçlenmesi ve korunması amaçlanırken, tedricî gelişim ile kabul edilebilir bir değişimin sağlanması amaçlanmıştır.

Statüdeki düzenlemeden yola çıkarak uluslararası teamül hukuku kurallarının tedvini, hukukun gereği olduğu inancıyla kural olarak yaygın ve istikrarlı devlet uygulamalarının<sup>47</sup> yazıya geçirilmesi olarak anlaşılabilir. Bu durumda henüz uluslararası teamül hukuku kuralları kadar yaygınlığa, istikrara ve manevî ögeye sahip olmayan fakat muhakkak mevcut bulunan devlet uygulamalarını konu edinen faaliyetler için tedricî gelişim söz konusu olacaktır.<sup>48</sup>

Her ne kadar farklı şekillerde tanımlanmış olsalar da bu iki görevin kesin bir biçimde ayrılmasının mümkün olmadığı, Komisyon Statüsü hazırlanırken de teyit edilmiştir. Statüyü hazırlamakla görevlendirilen “On Yediler Komitesi”,<sup>49</sup> bu iki kavramın birbirini dışlamayacağını, hatta bir kuralı tertip etmek veya belirli kuralları sistematize etmek için yeni kuralların oluşturulmasının bir gereklilik olabileceğini bildirmiştir.<sup>50</sup> Bu nedenle UHK Statüsü’nde yapılan hem tedvin hem de tedricî gelişim tanımlarının “kolaylık sağlaması” için yukarıda verilen biçimlerde tanımlandığı düzenlenmiştir.<sup>51</sup> Nitekim bu durum Komisyon faaliyete geçtikten sonra yürütülen neredeyse her çalışmada gözlenmiştir.<sup>52</sup> Uluslararası deniz hukuku çalışmalarının yürütüldüğü 1956 yılı itibarıyla bizzat Komisyon raporlarında böyle bir ayrımın idame ettirilebilmesinin güçlüğü, hangi kuralın tedvini hangisinin tedricî gelişimi yansıttığı konusundaki derin görüş ayrılıklarının varlığı ve her iki kategoriye de tam anlamıyla ait olmayan içeriğin böyle bir nitelendirmeyi imkânsız kıldığı bildirilmiş ve bu ayrımın terk edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>53</sup> Raporun ilgili kısmı şöyledir:

45 UHK Statüsü madde 15.

46 ibid.

47 *Asylum Case (Colombia/Peru) (Judgment)* [1950] ICJ Rep 276-277.

48 Dire Tladi, ‘Codification, Progressive Development, New Law, Doctrine, and the Work of the International Law Commission on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Personal Reflections of the Special Rapporteur’ (2019) 13 FIU Law Review 1150, 1138.

49 Bu isim Komitenin üye sayısından gelmektedir. Bkz: BM Genel Kurulu, UN Doc A/RES/94(I), 11 Aralık 1946.

50 Fleischhauer and Simma (n 43) para 12.

51 UHK Statüsü madde 15.

52 James Crawford, ‘The Progressive Development of International Law: History, Theory and Practice’ in Denis Alland and others (eds), *Unity and Diversity of International Law* (Martinus Nijhoff 2014) 18.

53 ILC, ‘Report of the International Law Commission covering the work of its eighth session’ (23 April-4 July 1956) UN Doc A/CN.4/104, *Yearbook of International Law Commission 1956*, Vol. II, UN, New York, 1957, s 255-256, para 26.



“Uluslararası Hukuk Komisyonu ihdas edilirken Komisyonun işinin bir tarafta “uluslararası hukukun tedvinin” ... diğer tarafta “uluslararası hukukun tedrici gelişiminin” ... olduğu iki vechesi bulunabileceği düşünülmüştür.

Komisyon deniz hukukuna dair kuralları hazırlarken söz konusu iki faaliyete ilişkin Statü’de belirlenen ayırımın en azından bu alanda güçlkle idame ettirilebileceğine ikna olmuştur. Bir konunun ‘uygulamada yeterince geliştiğine’ ilişkin derin görüş ayrılıkları bulunmasının yanı sıra, ‘uluslararası hukukun kabul görmüş bir ilkesine’ dayanan Komisyon tarafından kabul edilen pek çok hüküm bunları ‘tedricî gelişim’ kategorisine yerleştirebilecek biçimde çerçevelendirilmiştir. Her ne kadar başlangıçta hangi maddenin bu kategorilerden hangisine girdiğini belirtmeye çalışsa da, Komisyon, pek çok [maddenin] tam anlamıyla ikisine de ait olmaması nedeniyle bu teşebbüsten vazgeçmek durumunda kalmıştır.”<sup>54</sup>

Bu bağlamda bizzat komisyon üyelerince de zikredilen görüş, “*esasen hiçbir başlığın tamamıyla yeni bir alana ilişkin olamayacağı, her başlığın kısmen tedvin kısmen tedricî gelişim içerdiği*” yönündedir.<sup>55</sup> İki kavramı ayırmak her ne kadar entelektüel anlamda cezbedici olsa da, Komisyon faaliyetleri bakımından bu ayırımın yapay kaldığı ve uygulamada yürütülemez görüldüğü ifade edilmiştir.<sup>56</sup> Nihai aşamada mevcut hukuku tanımlamaya denk düşen tedvin ile hukukun yönünü belirlemeyi içeren tedricî gelişim ayırımı, Komisyonun görevinin başından itibaren katı biçimde uygulan(a)madığı için terk edilmiştir. Bunun yerine Komisyonun bir başlığa ilişkin çalışmasını nitelik itibarıyla özetlemek için her iki kavramın birlikte zikredilmesi ilgili başlıkların şerhlerinde sık karşılaşılan bilgilerden biri olmuştur.<sup>57</sup> Günümüze kadar yürütülen faaliyetler incelendiğinde komisyonun çalışma yöntemi, tedvinin yönlendirmesine dayanan fakat her iki kavramın dengesini kurabilecek “*işlevsel bir melez*” veya “*tedvin tedricî gelişim alaşımı*”<sup>58</sup> olarak somutlaşmaktadır.<sup>59</sup>

Komisyon, farklı çalışmalarında aynı metin içerisinde mevcut kuralları yazıya dökerek daha belirgin biçime getirip tedvin etmekte ve henüz yeterince olgunlaşmayan uygulamaları da hukukun gelişimi adına düzenlemektedir. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere belirli maddeleri veya düzenlemeleri hukukun tedvini veya tedricî gelişimi olarak özellikle nitelendirmekten kaçınmakta ve metnin bütününde her iki yöntemden de faydalandığını bildirmektedir. Bu nedenle içerik itibarıyla baskın olan melez uygulamanın bizzat Komisyonca ayırma tâbi tutulduğu örnekler sınırlıdır. Söz

54 ibid 255-256, para 25-26.

55 Alain Pellet, ‘Responding to New Needs through Codification and Progressive Development’ in Vera Gowlland-Debbas (ed), *Multilateral Treaty-Making* (Springer 2000) 15.

56 ibid 15–16.

57 Draft articles on Succession of States in respect of Treaties with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission* 1974, vol. II, Part One, 174, para 83; Draft Articles on most-favoured-nation clauses with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission* 1978, vol. II, Part Two, 16, para 72; Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II, Part Two, 31, para 1; Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters, with Commentaries’, *Yearbook of the International Law Commission* 2016, vol. II, Part Two, 24, para 2.

58 United Nations (n 7) 48.

59 Crawford (n 52) 19.

konusu ayırımı yapıldığı dikkat çeken örneklerden biri devletin sorumluluğu başlığıdır. Tamamlanması en uzun süren çalışma başlıklarından biri olan tam adıyla devletlerin uluslararası haksız (hukuka aykırı)<sup>60</sup> fiillerden dolayı sorumluluğunda, nihai metin olan Sorumluluk Maddeleri<sup>61</sup> hem tedvin hem de tedricî gelişimin birlikte işlendiği örnekler içermektedir. Sorumluluk Maddeleri Şerhi, söz konusu maddelerin hem tedvin hem de tedricî gelişim yoluyla uluslararası sorumluluğa ilişkin temel kuralları tertip ettiğini ifade ederek başlamaktadır.<sup>62</sup> Ardından bir devletin fiilinin iç hukuktan bağımsız biçimde uluslararası haksız fiil olarak nitelendirileceği,<sup>63</sup> herhangi bir devlet organının bir davranışının devlete isnat edilebileceği,<sup>64</sup> devletin talimatı, emiri veya denetimi altındaki kişilerin davranışlarını devlete isnadı,<sup>65</sup> devlet tarafından tanınan veya benimsenen davranışların isnadı,<sup>66</sup> hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin sonuçları,<sup>67</sup> uluslararası haksız fiilden kaynaklanan zararın onarımı,<sup>68</sup> tazminatın kapsamı,<sup>69</sup> gibi uluslararası yargı makamlarınca da teamül niteliği tespit edilmiş farklı hususları maddeler halinde sistemli biçimde tedvin etmiştir.

Genel uluslararası hukukun emredici kurallarından kaynak bulan yükümlülüklerin ağır ihlalinin özel sonuçlarını düzenleyen 41. maddenin şerhine gelindiğinde ise birinci fıkrada geçen “[...] ağır ihlale son vermek için devletler hukuka uygun araçlarla işbirliği yapmalılardır” düzenlemesinin mevcut uluslararası hukukun devletlere işbirliği biçiminde pozitif bir görevi yükleyip yüklediğinin şüpheye açık olması nedeniyle hukukun tedricî gelişimini yansıtabileceği ifade edilmiştir.<sup>70</sup> İlaveten mağdur devletten başka bir devletin sorumluluğa başvurması başlığı taşıyan 48. maddenin 2 fıkrasının b bendindeki “uluslararası toplumun bütününe borçlanılan yükümlülüğün ihlali” durumunda devletlerin bireysel olarak mağdur olmasa da başka devletlerin sorumluluğunu ileri sürülebileceği düzenlemesinin “söz konusu toplumsal yahut müşterek menfaati korumak için bir yol sağladığı” için haklı görülen bir “tedrici

60 Türk öğretisinde kimi yazarlar uluslararası haksız fiil (eylem) tabirini tercih ederken kimi yazarlara uluslararası hukuka aykırı eylem tabirini tercih etmektedirler. İlk tercih için örnek olarak bkz: Seha L Meray, *Devletler Hukukuna Giriş (Birinci Cilt)* (Üçüncü Bası, AÜSBF Yayınları 1968) 627–629; M Aydoğan Özman, ‘Devletler Hukukunda Müeyyide’ (Yayımlanmamış Doçentlik Eseri, Ankara Üniversitesi 1974) 17–20; Hakan Hakkı Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010); İkinci tercih için örnek olarak bkz: Yusuf Aksar, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk* (2. Baskı, Seçkin 2021) 513–516; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap* (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2019) 155–156; Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk* (4. Baskı, Dora Yayınları 2020); İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (3. Baskı, Seçkin 2016) 396–418; Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

61 BM Genel Kurulu, Responsibility of States for internationally wrongful acts, A/RES/56/83, 28 Ocak 2002; Devam eden kısımda Erkiner tarafından yapılan şuradaki tercümenin terminolojisi esas alınacaktır: Erkiner (n 60) 307–327.

62 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II, Part Two, 31, para 1.

63 ibid 37, para 5.

64 ibid 40, para 6.

65 ibid 47, para 1-5.

66 ibid 52-53, para 1-7.

67 ibid 71, para 2-4.

68 ibid 91, para 1.

69 ibid 99, para 3-5.

70 ibid 144, para 3.

*gelişim önemi*” olduğu zikredilmiştir.<sup>71</sup> Nihayet mağdur devletten başka devletlerin 48. maddenin 2. fıkrasında yer bulan sorumluluğu ileri sürebilme imkânının somutlaştığı 54. madde düzenlemesinde tartışmaya açık çok taraflı (müşterek) karşı önlemlere<sup>72</sup> başvurabilme ihtimalini dışlamaması da bu bağlamda sayılabilir. Komisyon, 54. maddeyle çok taraflı karşı önlemlere ilişkin uygulamanın seyrek ve sınırlı olmasından kaynaklı muğlaklığı bu alandaki muhtemel gelişime ket vurmeyecek biçimde hukuka uygun önlemler alabilme hakkını tanıyarak önlemlerin bürüneceği hukukî niteliği vazedmeden düzenlemeye çalışmıştır.<sup>73</sup> Sorumluluk Maddeleri üzerinden yapılan bu kısa inceleme, Komisyonun uluslararası teamülün tedvini ve hukukun tedricî gelişimini aynı metin içerisinde nasıl ele aldığına dair bir çerçeve sunmakla beraber, her çalışma başlığında tedvin ve tedricî gelişim dengesi farklılaşabilmektedir.

Hukukun tedvini ve tedricî gelişimi arasındaki gerilimin esasen hukukun doğasıyla da ilintili olduğunu ifade etmek aşırıya kaçacak bir yorum olmayacaktır. Olan hukuk (*lex lata*) ile olması gereken hukuk (*lex feranda*) arasındaki uyumu sağlama görevi, istikrar ve değişim arasındaki denge arayışının bir sonucu olarak tedvin ve tedricî gelişim tartışmalarında tekrar tekrar tezahür etmektedir.<sup>74</sup> Bu bağlamda, Komisyonun açık ve belirgin hukuk kurallarına duyulan ihtiyaca cevap vermek için giriştiği uluslararası teamül hukukunu tedvin faaliyeti hukukî istikrara katkı sunmaktadır. Komisyon, genişleyen uluslararası ilişki alanları ve farklılaşan ihtiyaçlardan kaynaklanan yeni düzenleme gerekliliğine cevap vermek içinse uluslararası hukukun tedricî gelişimini ve böylece değişimini desteklemektedir. Çalışma biçimi itibarıyla somutlaşan “*işlevsel melez yöntem*” veya “*tedvin teamül alışımı*”, istikrar ve değişimin kabul gören verimli bir dengesi olarak somutlaşmaktadır.

Öte yandan sonraki başlıkta işlenecek Komisyonun görevsel değişim ve denge arayışı, özellikle 2000’li yıllardan itibaren tedvine elverişli başlıkların sayıca azalması ve devlet uygulamalarının daha az gözlemlendiği alanlarda artan komisyon çalışmaları dikkate alındığında tedvin ve tedricî gelişim dengesinde tedricî gelişimin önceye nazaran kendine daha fazla yer bulduğuna da işaret etmektedir. Komisyonun çalışma başlıklarındaki ve nihai metinlerindeki değişimin devletlerin temsiline dayanan tedvinden, uzmanların yönlendirdiği tedricî gelişime doğru bir değişim olarak okuyan çalışmalar<sup>75</sup> bu olguyu dikkate almaktadır. Artan etkisine rağmen gerek Komisyonun gerekse yazarların yöntem itibarıyla tedricî gelişimi hem tedvinden hem de yasama

71 ibid 127, para 12.

72 Çok taraflı karşı önlemler kavramı için bkz: Habip Ünyılmaz, ‘Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebrillliği’ (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi 2022) 168–180.

73 ibid 175; Nikolaos Voulgaris, ‘The International Law Commission and Politics: Taking the Science Out of International Law’s Progressive Development’ (2022) 33 European Journal of International Law 761, 774.

74 Secretariat of the International Law Commission, ‘Introduction’ in The United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill Nijhoff 2021) 27.

75 Yota Negishi, ‘The International Law Commission Celebrating Its 70th Anniversary: Dresser le bilan pour l’avenir “à venir”’ (2018) 7 ESIL Reflection.

faaliyetlerinden ayıran ölçütleri hâlâ ortaya koymamış olmaları eleştirilmekte ve bu durumun muhatapları bakımından Komisyonun itibarına gölge düşüren ve yeni başlıklara dair otoritesinin sorgulanmasına sebep olan bir sorun olduğu ifade edilmektedir.<sup>76</sup>

## B. Görevsel Denge Arayışı

UHK denilince ilk akla gelen metinler, aynı zamanda günümüz uluslararası hukukunun iskeletini oluşturduğu söylenebilecek alanları düzenleyen bir içeriğe sahiptir. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi gibi modern uluslararası hukukî düzenin köşe taşı niteliğindeki andlaşmalar, UHK tarafından hazırlanan taslak metinlerden vücut bulmuştur. Komisyon tarafından ortaya konan taslaklardan faydalanılarak hazırlanan uluslararası andlaşmalar listesi şöyledir:<sup>77</sup>

- 1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri olarak anılan Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, Açık Deniz Sözleşmesi, Açık Denizlerde Balıkçılık ve Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşme ve Kıta Sahanlığı Sözleşmesi, Uyuşmazlıkların Zorunlu Çözümü Hakkında İhtiyari Protokol
- Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme
- Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolleri
- Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolleri
- Özel Misyonlar Sözleşmesi ve İhtiyari Protokolü
- Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi<sup>78</sup>
- Diplomasi Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi
- Viyana Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsili Sözleşmesi
- Viyana Devletlerin Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi
- Viyana Devlet Mallarına, Arşivlerine ve Borçlarına Devletlerin Halefiyeti Sözleşmesi

<sup>76</sup> Voulgaris (n 73) 766–771, 774–778, 780-781.

<sup>77</sup> Liste ve ilgili andlaşma metinleri için bkz: United Nations (ed), *The Work of the International Law Commission*, vol II (Ninth Edition, United Nations 2017) 1–296.

<sup>78</sup> Komisyon tarafından hazırlanan şerhin Türkçe çevirisi için bkz: Mukaddes Korkmaz Süreç, '1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi' (2019) 4 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35.

- 1986 Viyana Devletler ve Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
- Uluslararası Su Yollarının Seyrüsefer Dışı Kullanımı Hukuku Sözleşmesi<sup>79</sup>
- Devletler ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına Dair BM Sözleşmesi

Sayılan bu andlaşmalar, Komisyonun taslak maddeler biçiminde hazırladığı nihai metinler üzerinden müzakere edilerek kabul edilmiştir. Bununla birlikte özellikle 2000’li yıllardan itibaren Komisyonun nihai metinleri, önceki dönemlerde baskın olan taslak maddelerden farklı esnek hukuk (soft law) enstrümanlarına kaymıştır. Bu dönemde taslak maddelerin yerini alan ve bir andlaşmaya çevrilmesinin öncelik arz etmediği söz konusu çalışmalar, Komisyonun görevi bakımından farklı ihtiyaçlar ve yaklaşımlar arasında bir denge kurmayı amaçladığı bir değişim olarak dikkat çekmektedir.

Komisyonun çalışma şekline bakıldığında -ilerleyen aşamalarda değişiklik mümkün olmakla beraber- bir başlığın henüz ilk ele alınışından itibaren söz konusu çıktının bürüneceği nihai şekil belirlenmektedir.<sup>80</sup> Tarihsel olarak bu nihai şekil, yukarıda sayılan ve andlaşmalara esas teşkil eden metinlere ilaveten devletlerin uluslararası haksız fiillerden dolayı sorumluluğu,<sup>81</sup> diplomatik kurye ve çantaların durumu<sup>82</sup> ve gerçek kişilerin uyrukluğunun devletlerin halefiyetiyle ilişkisi<sup>83</sup> gibi farklı başlıklar için taslak maddeler olarak somutlaşmıştır. Taslak madde üretmenin esas olduğu bu çalışma yöntemi dayanağını Statü’den farklı maddelerinin birlikte okunmasından almaktadır. Statü madde 15’te yapılan uluslararası hukukun tedricî gelişimi tanımı “*sözleşme taslakları hazırlamak*” biçiminde bir nihai şekil öngörmekte, uluslararası hukukun tedvini için Statü madde 20’de ise “*taslakların maddeler biçiminde hazırlanması ve... bir şerhle birlikte Genel Kurula sunulması*” gerektiği düzenlenmektedir. Fakat hazırlanan bir metni sözleşme taslağı olarak nitelendirmenin metnin tamamının bir tedricî gelişim örneği olarak algılanmasına yol açabileceği endişesiyle, tedvin ve tedricî gelişimin birlikte işlediği melez çalışma yönteminin bir sonucu olarak nihai şeklin taslak maddeler biçiminde adlandırılması Komisyonun yerleşik tercihi haline gelmiş ve Statüdeki söz konusu ayırım uygulamada etkisiz kılınmıştır.<sup>84</sup>

79 Komisyonun bu konudaki çalışmaları için bkz: Enver Bozkurt, ‘Ulaşma Elverişli Olmayan Akarsular’ın Hukuki Rejimi ile İlgili Görüşler ve Uluslararası Hukuk Komisyonu 1994 Taslağı’ [1995] Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201, 211–218.

80 Report of the International Law Commission Sixty-third session (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011), UN Doc A/66/10, para 383.

81 Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, *Yearbook of International Law Commission*, Vol. 2 (II), UN, 2007, 25–30.

82 Draft articles on the status of the diplomatic courier and the diplomatic bag not accompanied by diplomatic courier, *Yearbook of International Law Commission* 1989, Vol. I, UN, New York, 1992, 240–281.

83 Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to the Succession of States, *Yearbook of International Law Commission* 1999, Vol. II (Part Two), UN, New York, 2003, 20–39.

84 Sean D Murphy, ‘Codification, Progressive Development, or Scholarly Analysis? The Art of Packaging the ILC’s Work Product’ in Maurizio Ragazzi (ed), *Responsibility of International Organizations* (Martinus Nijhoff 2013) 30–32.

Hazırlanan taslak maddelerin adından da anlaşılacağı üzere, bu metinden yola çıkarak devletlerin andlaşma müzakeresi yürütmeleri öngörülmekte, yani taslak maddeler taslak andlaşmalar olarak planlanmaktaydı.<sup>85</sup> Söz konusu durumu, Statü madde 23 uyarınca Komisyonun taslağın son hali ve ilgili raporun ardından BM Genel Kuruluna yapacağı önerinin uygulamadaki görünümünden de teyit edebilmek mümkündür. 1947-1999 yılları arasında tamamlanan otuz çalışma başlığının yirmi tanesinde bir sözleşme akdedilmesi önerilmiştir.<sup>86</sup> Komisyon, istisnalar bulunmakla beraber, çoğunlukla hazırlanan taslakların bir andlaşmaya tahvil edilmek üzere ya BM Genel Kurulu tarafından doğrudan ya da bir diplomatik konferansa değerlendirilmesi tavsiyesinde bulunmuştur.<sup>87</sup>

Komisyonun ilk elli yıllık karnesi, kendisinden bekleneni karşılamak adına kural olarak andlaşmalarla düzenlenmeye uygun başlıkları belirleyip, çalışıp ve tartışıp devletlerin üzerinde müzakere edebilecekleri taslak maddeler üreten bir organ olduğunu göstermektedir.<sup>88</sup> Bu faaliyetin öne çıkan iki yönü bulunmaktadır. İlki, nihai ürünün taslak maddeler olarak biçimlendirilmesi, ikincisi ise Komisyonun söz konusu maddeleri bir andlaşmaya dönüştürmek üzere BM Genel Kuruluna önermesidir. Şüphesiz bu dönemde taslak maddelerle nihayetlenmeyen farklı çalışma başlıkları olmuştur fakat kural uygulama taslak maddeler üretmek olagelmıştır. Hakeza 2000’li yıllardan önce tamamlanan taslak maddeler dışı çıktılarının pek çoğu, Statü’nün 16. ve 17. maddeleri uyarınca BM Genel Kurulu veya Ekonomik ve Sosyal Konsey gibi organların teklifi veya Komisyonu böyle bir şekil için çalışmaya davet etmesiyle oluşmuşken, 2000’li yıllarla birlikte ortaya çıkan değişim bizzat Komisyonun kendi çalışmalarına dair aldığı kararların sonucudur.<sup>89</sup>

Komisyonun 1999 yılında tamamlanan gerçek kişilerin uyrukluğunun devletlerin halefiyetiyle ilişkisi başlığında hazırlanan taslak maddelerin BM Genel Kurul kararıyla benimsenmesini önermesiyle<sup>90</sup> başlatılabilecek yeni yüzyıldaki uygulama ise önceki elli yılın kural uygulamasının değiştiğini ve hem taslak maddeler hazırlamanın hem de bunların *öncelikle* andlaşmaya tahvil edilmesini önermenin kural olmaktan çıktığını göstermektedir. Bu dönemde tamamlanan başlıklar ve nihai şekilleri şöyledir:

85 Jacob Katz Cogan, ‘The Changing Form of the International Law Commission’s Work’ in Roberto Virzo and Ivan Ingravallo (eds), *Evolutions in the Law of International Organizations* (Brill Nijhoff 2015) 277–278.

86 Laurence R Helfer and Timothy Meyer, ‘The Evolution of Codification: A Principal-Agent Theory of the International Law Commission’s Influence’ in Curtis A Bradley (ed), *Custom’s Future: International Law in a Changing World* (Cambridge University Press 2016) 315.

87 Cogan (n 85) 278.

88 ibid 279.

89 Yejoon Rim, ‘Reflections on the Role of the International Law Commission in Consideration of the Final Form of Its Work’ (2020) 10 *Asian Journal of International Law* 23, 6–7.

90 *Yearbook of International Law Commission* 1999, Vol II (Part Two), para 44.

<b>Tablo 1.</b> Tamamlanan çalışma başlıkları, nihai biçimleri ve BM Genel Kuruluna öneriler (2001-2022)			
<b>Yıl</b>	<b>Çalışma Başlığı</b>	<b>Biçim</b>	<b>Öneri</b>
2001	Devletlerin uluslararası haksız fiilden dolayı sorumluluğu	Taslak maddeler	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması, sonraki bir aşamada bir sözleşme akdetmek üzere uluslararası bir konferans toplamanın değerlendirilmesi <sup>91</sup>
2001	Tehlikeli faaliyetlerden doğan sınıraşan zararın önlenmesi <sup>92</sup>	Taslak maddeler	BM Genel Kurulunca bir sözleşme hazırlanması <sup>93</sup>
2006	Tehlikeli faaliyetlerden doğan sınıraşan zarardan kaynaklanan sorumluluğun paylaşılması <sup>94</sup>	Taslak ilkeler	BM Genel Kurulu kararıyla benimsenmesi <sup>95</sup>
2006	Diplomatik himaye	Taslak maddeler	Sözleşme hazırlanması <sup>96</sup>
2006	Devletlerin hukukî yükümlülük yaratan tek tarafı beyanları	Kılavuz ilkeler	BM Genel Kurulunun dikkatine sunma (commend to attention) <sup>97</sup>
2006	Uluslararası hukukun bölümlenmesi (parçalanması)	Çalışma grubu raporu	BM Genel Kurulunun dikkatine sunma <sup>98</sup>
2008	Şınraşan akifer hukuku <sup>99</sup>	Taslak maddeler	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması, sonraki bir aşamada bir sözleşme hazırlanması <sup>100</sup>
2011	Andlaşmalara Çekinceler Konulması <sup>101</sup>	Rehber	Kayıt altına alınması <sup>102</sup>
2011	Uluslararası örgütlerin sorumluluğu	Taslak maddeler	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması, sonraki bir aşamada bir sözleşme hazırlanması <sup>103</sup>

91 *Yearbook of International Law Commission* 2001, Vol II (Part Two), 25, para 72-73.

92 Ayrıntılı bir inceleme için bkz: Ayşe Tütüncü, 'Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 53'üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınıraşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış' (2011) 22 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 889.

93 *Yearbook of International Law Commission* 2001, Vol II (Part Two), 145, para 94.

94 Bu başlığa ilişkin bkz: Ayşe Nur Tütüncü, Ufuk Dal and Nesrin Singil, *Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sınıraşan Zarardan Kaynaklanan Sorumluluğun Paylaşılmasına İlişkin Milletlerarası Hukuk* (Beta Basım Yayın 2021).

95 *Yearbook of International Law Commission* 2006, Vol II (Part Two), 57, para 63.

96 ibid 24, para 46.

97 ibid 160, para 170.

98 *Yearbook of International Law Commission* 2006, Vol II (Part Two), 176, para 239.

99 Sınıraşan akifer hukukuna dair bkz: Ayşe Nur Tütüncü, Ufuk Dal and Miray Azaklı Köse, *Milletlerarası Sınıraşan Akifer Hukuku* (Beta Yayınevi 2018).

100 *Yearbook of International Law Commission* 2008, Vol II (Part Two), 19, para 49.

101 Komisyonun bu başlığa ilişkin çalışmalarına dair bkz: Beyza Özturanlı, 'Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışmaları Çerçevesinde Uluslararası Andlaşmalara Getirilen Çekincelere İlişkin Hukuki Rejim' (2012) 11 *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 471; Elif Uzun, 'Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Andlaşmalara Çekince İleri Sürülmesi İçin Uygulama Rehberi" Üzerine Betimsel Bir İnceleme' (2013) 12 *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 185; Erkan Akdoğan, 'Pratisyenin Alet Kutusu: Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Kılavuzu ve Uluslararası Andlaşmalarda Çekinceler' (2017) 5 *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19.

102 *Yearbook of International Law Commission* 2011, Vol II (Part Two), 25, para 72.

103 ibid 39-40, para 85.

2011	Silahlı çatışmaların andlaşmalara etkisi	Taslak maddeler	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması, sonraki bir aşamada bir sözleşme hazırlaması <sup>104</sup>
2014	Yabancıların sınır dışı edilmesi <sup>105</sup>	Taslak maddeler	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması, sonraki bir aşamada bir sözleşme hazırlaması <sup>106</sup>
2015	En çok gözetilen ulus kaydı	Özet sonuçlar	Genel Kurulun dikkatine sunma <sup>107</sup>
2016	Afet durumlarında kişilerin korunması	Taslak maddeler	Sözleşme hazırlaması <sup>108</sup>
2018	Uluslararası teamül hukukun belirlenmesi <sup>109</sup>	Taslak sonuçlar	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması <sup>110</sup>
2018	Sonraki anlaşmaların ve uygulamanın andlaşmaların yorumlanmasıyla ilişkisi	Taslak sonuçlar	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması <sup>111</sup>
2019	İnsanlığa karşı suçların önlenmesi ve cezalandırılması	Taslak maddeler	BM Genel Kurulunca veya bir uluslararası konferanşa doğrudan bir sözleşme hazırlanması <sup>112</sup>
2021	Andlaşmaların geçici uygulanması	Rehber	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması <sup>113</sup>
2021	Atmosferin korunması	Taslak rehber ilkeler	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması <sup>114</sup>
2022	Silahlı çatışmalarda çevrenin korunması	Taslak ilkeler	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması <sup>115</sup>
2022	Genel uluslararası hukukun emredici normlarının ( <i>jus cogens</i> ) tanımlanması ve hukukî sonuçları	Taslak sonuçlar	BM Genel Kurulu kararıyla kayıt altına alınması <sup>116</sup>

Tamamlanan yirmi çalışma başlığının sadece dokuzu taslak maddeler olarak hazırlanmış, diğer başlıklarda taslak ilkeler, taslak sonuçlar, taslak kılavuz ilkeler gibi muhtelif biçimler tercih edilmiştir. Keza bu nihai metinlere ilişkin BM Genel Kuruluna sunulan tavsiyeler de değişmiştir. Her ne kadar taslak madde hazırlanan dokuz başlığın

104 *Yearbook of International Law Commission* 2011, Vol II (Part Two), 106, para 97.

105 Taslak maddeler ve Türk mevzuatına dair karşılaştırmalı bir inceleme için bkz: Nuray Ekşi, ‘ILC’nin ‘‘Yabancıların Sınırdışı Edilmesine İlişkin 2014 Taslak Kuralları’’nın Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleriyle Mukayesesi ve Bu Kuralların Türkçe Tercümesi’ (2016) 33 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1.

106 *Yearbook of International Law Commission* 2014, Vol II (Part Two), 21, para 42.

107 *Yearbook of International Law Commission* 2015, Vol II, 16, para 41.

108 *Yearbook of International Law Commission* 2016, Vol II, 24, para 46.

109 Uluslararası örgütler ve teamül hukuku ilişkisini Komisyonun çalışmaları bakımından inceleyen bir çalışma için bkz: Nergiz Emir, ‘Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun ‘‘Uluslararası Örf Ve Âdet Hukukunun Belirlenmesine İlişkin Taslak Sonuçlar’’ Metni Çerçevesinde Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Örf Ve Âdet Hukukuna Etkisi’ (2020) 11 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 665.

110 *Yearbook of International Law Commission* 2018, Vol II, s 89-90, para 63.

111 ibid 24, para 49.

112 Report of the International Law Commission 2019, A/74/10, 10, para 42.

113 Report of the International Law Commission 2021, A/76/10, 53, para 49.

114 ibid 10, para 37.

115 Report of the International Law Commission 2022, A/77/10, 91, para 55.

116 ibid 11, para 41.



hepsinde bunların birer sözleşmeye çevrilmesi tavsiye edilmiş olsa da, sadece dört başlıkta öncelikle bir sözleşme hazırlanması tavsiye edilmiş, kalan beş başlıkta ise öncelikle söz konusu maddelerin kayıt altına alınması, sonraki bir aşamada sözleşmeye tahvil edilmesinin değerlendirilmesi tavsiye edilmiştir. Nitekim 1999 yılından itibaren ortaya çıkan taslak maddelerin hiçbiri, henüz bir andlaşmaya çevril(e)memiştir.<sup>117</sup>

Taslak maddelerin yerini alan taslak ilkeler, rehber ilkeler gibi nihai metinlerin ağırlığı açık biçimde görülmekte ve bu çıktılar bir andlaşmaya dönüştürülmekten ziyade “*kayıt altına alınma*”, “*dikkate sunulma*” veya “*benimsenme*” gibi tavsiyelerle BM Genel Kuruluna iletilmektedir. Taslak ilkeler ve sonuçlar gibi metinlerin kayıt altına alınması veya benimsenmesi tavsiye edilmişken, raporlar ve kılavuz ilkeler ise BM Genel Kurulunun dikkatine sunulmuştur. Bu bağlamda kural olan nihai ürünün taslak maddeler olduğu örneklerden ziyade alternatif şekillerin ağırlık kazandığı ve esasen bir andlaşmaya dönüştürülerek “taçlanması” beklenen nihai metinlerin bunun yerine farklı biçimlerde değerlendirilmesinin önerildiği görülmektedir. Taslak maddeler dışında kalan Komisyon çalışmaları bir andlaşmaya çevrilmek üzere *hazırlanmamaktadır*. Bizzat Komisyon, taslak maddeler dışında kalan çıktılarının bağlayıcı olmayan ve esasen yol göstermeyi hedefleyen nitelikleri bulunduğunu ifade etmektedir.<sup>118</sup>

Esnek hukuk metinlerinin ağırlığının artması biçiminde somutlaşan söz konusu eğilim, 2022 yılı sonu itibarıyla hâlihazırda Komisyon gündeminde bulunan ve nihai şekilleri belirlenen başlıklarda da açıkça görülmektedir. Buna göre sadece devlet görevlilerinin yabancı devletlerin ceza yargısı yetkisinden muafiyeti başlığında taslak maddeler hazırlanmaktayken, devletin uluslararası sorumluluğa halefiyeti başlığında taslak kılavuz kurallar ve hukukun genel ilkeleri<sup>119</sup> başlığında ise taslak sonuçlar hazırlanmaktadır.<sup>120</sup>

BM Genel Kurulu da Komisyonun bu yeni eğilimini destekleyecek biçimde tavsiyelerine uymakta ve artık sunularak benimsenmiş metinlerin başlığı olarak “taslak” tabirini zikretmeyerek metnin bir andlaşmaya çevrilecek “tasarı” olarak algılanmadığını ima etmektedir.<sup>121</sup> Bu yeni durum, müzakereye hazır metinler yerine taslak süreci bitmiş metinler üretilmesi biçiminde somutlaşarak etki ve muhatap itibarıyla farklılaşmayı da kaçınılmaz kılmaktadır. Devletlerin yanı sıra yargıçlara, akademisyenlere, avukatlara ve hatta yeri geldiğinde siyasi karar alıcılara bile hitap edilmektedir. Yine bu etki bağlayıcı hukukla değil, esnek hukukla gerçekleşmektedir.

117 Rim (n 89) 5.

118 Report of the International Law Commission 2006, UN Doc A/61/10, Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sınıraşan Zarardan Kaynaklanan Sorumluluğun Paylaşılmasına dair taslak ilkeler, 64, para 11; Report of the International Law Commission 2011, UN Doc A/66/10, Andlaşmalara Çekinceler Uygulanmasına dair rehber, 35, para 4.

119 Hukukun genel ilkelerine ilişkin Komisyon çalışmalarının ayrıntılı bir incelemesi için bkz: Mehmet Emin Büyük, ‘Uluslararası Hukuk Komisyonunun “Hukukun Genel İlkeleri” Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme’ (2022) 42 Public and Private International Law Bulletin 403.

120 Report of the International Law Commission 2022, UN Doc A/77/10, 5-6, para 16-18.

121 Cogan (n 85) 10–11.

Komisyonun ifade edilen değişiminin nedenlerine bakıldığında, ilk olarak çalışma başlıklarının konusu dikkat çekmektedir. Komisyon, yukarıda zikredilen pek çok andlaşmayı hazırlayarak yoğun uygulama ve etkileşimin olduğu uluslararası ilişkilerin ana alanlarında yazılı ve belirgin kurallara duyulan ihtiyacı karşılamış ve tedvine uygun konuları büyük oranda tamamlamıştır.<sup>122</sup> Komisyonun kurulduğu yirminci yüzyılın ortaları itibarıyla uluslararası hukukun durumu ve buna bağlı olarak Komisyondan beklentiler incelendiğinde iki husus öne çıkmaktadır. İlk Komisyon görevinin henüz başındayken uluslararası hukuk kuralları ağırlıklı olarak teamül hukukundan yani yazılı olmayan bir kaynaktan doğmaktaydı ve andlaşmalar hukuku veya diplomatik ilişkiler hukuku gibi temel ilişki alanları bile tedvin edilmemiş durumdaydı. Bu nedenle BM döneminde hukukî kesinliği sağlamak adına çok taraflı andlaşmalar hazırlayarak tedvin faaliyetlerine öncelik vermek aynı zamanda uluslararası toplumun bir beklentisiydi.<sup>123</sup>

İkinci olaraksa, yirminci yüzyılın ortalarında uluslararası hukukun konusu çoğunlukla günümüzde klasik olarak nitelendirilen başlıklardan oluşmaktaydı. Hâlbuki geçen 70 yıldan fazla sürede uluslararası hukukun kapsamı genişlemiş, önceleri hukukun konusu olmayan veya yeni ortaya çıkmaya başlaması nedeniyle kapsam bakımından sınırlı kalan muhtelif alanlarda hukukî gelişmeler yaşanması sonucu Komisyonun çalışma alanı genişlemiş ve buna bağlı olarak beklentiler değişmeye başlamıştır.<sup>124</sup> Günümüzde çok daha belirgin ve kabul gören bir yere sahip olan insan hakları hukuku veya uluslararası çevre hukuku<sup>125</sup> gibi alanlar henüz gelişiminin ilk evrelerindeyken; küresel idare hukuku,<sup>126</sup> ulusötesi (transnational) hukuk veya gayrişeklî (gayriresmî) hukuk<sup>127</sup> gibi bu dönemden sonra ortaya çıkmaya başlayan alanların normatif yapıları, uluslararası hukukun andlaşmalar veya teamüller gibi klasik kaynak kategorilerine uymamaktadır.<sup>128</sup> Yeni başlıklar öncekiler kadar yoğun ve keskin bir ihtiyaçtan kaynaklanmamakta ve uygulama sıklığının azlığı, bu başlıkların tedvine elverişli andlaşma materyali olmaktan ziyade kesin ve katı yükümlülükler yerine esnek yaklaşıma daha müsait şekillere uygun olduklarına işaret etmektedir. Andlaşma yorgunluğu (treaty fatigue) adı verilen çok taraflı andlaşmalara taraf olmaktan kaçınma veya bu tip metinlere rağbet etmeme tutumlarıyla şekillenen günümüz devlet tercihleri dikkatte alındığında, Komisyon çıktılarının etkisini artıracak ve kabul edilebilirliğini

122 Rim (n 89) 9.

123 Ernest Petrić, 'Presentation by Ernest Petrić' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021) 66–67.

124 Hajer Gueldich, 'Challenges of Codification for the International Law Commission in a Changing Landscape of International Law' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021) 289–292.

125 Komisyonun atmosferin korunması da dahil olmak üzere uluslararası çevre hukukuna ilişkin çalışmalarına dair bir genel bir değerlendirme için bkz: Nilüfer Oral, 'The International Law Commission and the Progressive Development and Codification of Principles of International Environmental Law' (2019) 13 FIU Law Review 1075, 1087–1097.

126 Gökhan Güneysu, 'Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku -Bir Girizgah-' (2016) 6 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287.

127 Halil Rahman Başaran, *Uluslararası Tahkim* (On İki Levha Yayıncılık 2014) 87–89.

128 Alejandro Rodiles, 'The International Law Commission and Change: Not Tracing but Facing It' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021) 119–122.

sağlayacak esneklik öne çıkmaktadır.<sup>129</sup> Devletlerin andlaşmalar vasıtasıyla hukuken bağlayıcı taahhütler altına girme isteklerinin azalmasının sonuçlarından biri Komisyonun andlaşma taslakları hazırlamak yerine ilkeler, rehber kurallar vb. yönlendirici metinleri tercih etmesi olmuştur.

Böylece Komisyonun çalışma başlıklarının bürüneceği nihai şekli belirlerken BM Genel Kurulunun ve devletlerin muhtemel tepkisini dikkate alacağı öngörülebilir. Kolayca benimseneceği düşünülen başlıklarda andlaşma yapılmasını tavsiye etme ve buna uygun olarak taslak maddeler hazırlanması muhtemelken, siyasi açmaz durumunda diğer nihai şekillerin tercih edilebileceği düşünülebilir.<sup>130</sup> Nitekim nihai metin olarak taslak maddelerin belirgin bir ağırlığı olduğu, taslak maddeler dışındaki çıktıların devlet temsilcilerince daha kolay kabul gördüğü, hatta belirli devletlerin güçlü muhalefetinin bulunduğu başlıklarda taslak maddeler yerine ilkeler, rehber ilkeler veya kılavuz şeklindeki çıktıların söz konusu itirazları veya tereddütleri giderdiği belirtilmektedir.<sup>131</sup>

Öte yandan Komisyonun çıktılarını itibarıyla yaşanan değişimin bir diğer nedeni olarak “tamamlayıcı veya açıklayıcı tedvin”<sup>132</sup> olarak adlandırılan yönteme de değinmek gerekir. Komisyonun bazı yakın tarihli başlıklarının esasen önceki çalışmalarını destekleyen, geliştiren veya detaylandıran niteliği dikkat çekmektedir. Böylece temel metinlerin ardından oluşan uygulama birikimi de dikkate alınarak ilgili hukukî çerçeve güçlendirilmekte veya mevcut yahut muhtemel sorunlara çözüm üretilmektedir. Söz gelimi, Komisyonun önemli metinlerinden biri olan Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin (VAHS) 1969 yılında imzalanmasından sonra hem ortaya çıkan sorunları gidermek hem de andlaşmada kendine yer bulamayan belirli konuları çerçeveselendirebilmek için farklı başlıklar Komisyon gündemine alınmıştır. Bunlardan ilki olan 2011 yılında nihayetlenen andlaşmalara çekince konulmasına ilişkin rehber, esasen VAHS çekince düzenlemelerinde kendine yer bulması mümkün olmayan, uygulamaya ilişkin sorunları dikkate alarak hazırlanmıştır.<sup>133</sup> Yine 2011 yılında tamamlanan ikinci başlık sözleşmenin 73. maddesinde açıkça düzenleme dışında bırakıldığı belirtilen devletlerarası çatışmadan kaynaklı sorunları andlaşmalar bakımından inceleyen silahlı çatışmaların andlaşmalara etkisine dair taslak maddeler

129 Joost Pauwelyn, Ramses A Wessel and Jan Wouters, ‘When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking’ (2014) 25 *European Journal of International Law* 733, 738–743.

130 Helfer and Meyer (n 86) 314.

131 Maurice Kamto, ‘The Working Methods of the International Law Commission’ in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021) 204.

132 Keun-Gwan Lee, ‘Recalibrating the Conception of Codification in the Changing Landscape of International Law’ in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021) 322–331.

133 Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session, *Yearbook of International Law Commission* 2011, Vol II (Part Three), UN, New York, 2018, ss 35-37, para 1-10.

olmuştur.<sup>134</sup> 2015 yılında ise andlaşmalar hukukunu ilgilendiren tekrar eden çalışma başlıklardan biri olan en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin çalışma grubu nihai raporu beş özet sonuçla birlikte BM Genel Kuruluna sunulmuştur.<sup>135</sup> 2018 yılına gelindiğinde andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin VAHS m. 31 ve 32 düzenlemelerini detaylandıran sonraki anlaşmaların ve uygulamanın andlaşmaların yorumlanmasıyla ilişkisine dair taslak sonuçlar başlığı tamamlanmıştır.<sup>136</sup> Nihayet 2021 yılında andlaşmaların henüz yürürlüğe girmeden üzerinde anlaşılan belirli hükümlerinin derhal sonuç doğurması konusunda VAHS m. 25 düzenlemesini detaylandırmak ve açıklamak için andlaşmaların geçici uygulanmasına dair rehber tamamlanmıştır.<sup>137</sup>

Andlaşmalar hukuku örneğinden de görüleceği üzere, Komisyon faaliyetleri sonucu ortaya çıkan bazı esnek hukuk metinleri, mevcut bağlayıcı hukuk metinlerinin uygulanmasına yardımcı olacak yönlendirici bir içeriğe sahiptir. Nitekim bu durum, “*sözleşme yoluyla tedvinden bağlayıcı olmayan usullerle tedvine doğru bir geçiş*” biçiminde ifade edilerek özellikle uluslararası hukukun kaynakları bakımından açık, kesin ve öngörülebilir tali kuralların betimlendiği bir süreci belirtmektedir.<sup>138</sup> O halde salt ana kurallar üretmekten ibaret olmayan, bunların uygulanışına, yorumlanışına veya yürütülüşüne dair tereddütlerini gideren kurallar üretme gerekliliği de yeni dönemdeki değişimin bir nedeni olarak görülebilir.

Komisyonun esnek hukuk metinlerinin ağırlığının arttığı yeni eğiliminin nedenlerinden bir diğeri ise taslak maddelerin taşıdığı güçle alakalıdır. Taslak maddeler lafzının tesis ettiği otorite imasının yeni çalışma başlıklarının içeriğini yansıtmada sebep olabileceği muhtemel olumsuzluklar ve söz konusu yeni başlıklarda sıkça tedricî gelişimin tedvini aşacak biçimde etkili olması nedeniyle isimlendirmede farklılaşmalar kaçınılmaz olmuştur. Taslak maddeler yerine taslak sonuçlar veya ilkeler gibi muhtelif terminolojik tercihler, ilgili çıktının vasfına dair bir belirleme olabileceği gibi Komisyonun uluslararası teamül hukukunu yansıttığı varsayımına hanel getirebilecek yüksek ölçüde tedricî gelişim içeren çalışmalarını ayrıksı tutma amacına da hizmet etmektedir.<sup>139</sup> Esnek hukuk metinleri, hukukun henüz bir andlaşmaya çevrilme olgunluğuna erişemediği alanlarda elverişli bir zemin hazırlamakta, mevcut kuralları tedvin etmesine rağmen bunların olası gelişimlerine

134 Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties with commentaries, Yearbook of the International Law Commission 2011, vol. II, Part Two, 108-109, para 1-2; Bu konuya dair bir inceleme için bkz: Elif Uzun, ‘Uluslararası Hukuk Komisyonunun ‘Silahlı Çatışmaların Andlaşmalara Etkisi Hakkındaki Taslak Maddeler’i Üzerine Betimsel Bir İnceleme’ (2017) 75 Ankara Barosu Dergisi 129.

135 Yearbook of International Law Commission 2015, Vol II, 16.

136 Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, Yearbook of the International Law Commission, 2018, vol. II, Part Two, 23-88.

137 Draft guidelines and draft annex constituting the Guide to Provisional Application of Treaties, with commentaries thereto, Report of the International Law Commission 2021, A/76/10, 69, para 2-3.

138 Danae Azaria, ‘The International Law Commission’s Return to the Law of Sources of International Law’ (2019) 13 FIU Law Review 989, 990, 994-995.

139 Kristina Daugirdas, ‘The International Law Commission Reinvents Itself?’ (2014) 108 American Journal of International Law 79, 80.

ket vurmamakta ve Komisyonun bağlayıcı metinlere nazaran daha kolay üzerinde uzlaşabilmesini sağlamaktadır.<sup>140</sup>

Komisyonun yeni eğiliminin yönetsel boyutu da çalışmaların daha kolay yürütülebilmesi ve sonuçlandırılabilmesini sağlamaktadır. Andlaşma yapmak çok zaman ve emek gerektiren, kural olarak etkisi taraflarla sınırlı ve tedricî gelişime daha az elverişli bir süreç iken; esnek hukuk enstrümanları daha kısa sürede, devletleri “ikna” etme mecburiyeti olmadan ve esasen mahkemeler gibi uygulayıcılara destek veren ve böylece gelişime daha fazla açık bir çalışma çıktısıdır.<sup>141</sup> Nitekim bir andlaşmaya çevrilmemesine rağmen 2001 tarihli Sorumluluk Maddeleri<sup>142</sup> günümüzde uluslararası yargı organlarının en sık müracaat ettikleri kurallar arasında yer almakta, hatta hâlihazırda pek çok andlaşmanın elde edemediği normatif etkililiğe sahip olmaktadır.<sup>143</sup> Komisyonun mevcut gündemi, önceki yıllarla karşılaştırıldığında devletlerin daha fazla ayrıştığı, tercihlerinin farklılaştığı konuları içermekte ve bu durum önceki yıllara nazaran daha zor bir tedvin süreci anlamına gelmektedir.<sup>144</sup> Komisyonun çalışmalarına nihai şekli verirken yaşadığı bu değişimin iki temel nedeni olduğu zikredilebilir: Bunlar; günümüzde devletlerin çok taraflı andlaşma yapmak üzere uluslararası toplantılar düzenleme isteğinin azalması ve normların içeriğine dair belirgin görüş farklılıklarıdır.<sup>145</sup>

Esnek hukukun siyasî müzakerelerle biçimlendirilen andlaşmalara göre avantajları arasında bilhassa teknik ve bürokratik yönü daha ağır basan alanlarda siyasî etkiyi aza indirmesi, katı biçimde benimsenmesi gereken andlaşmaların yerine öncesinde bu kuralların “denenmesine” imkân tanınması da sayılabilir.<sup>146</sup> Böylece Komisyon, taslak maddeler dışındaki çıktılara yönelerek olağan çalışma sürecinde karşılaşıcağı kurumsal zorlukları aşabilmekte, hatta çalışamayacağı başlıkları gündemine alabilmektedir.<sup>147</sup> Bunun sonucunda normatif gücü taslak maddeler kadar olmayan fakat yönlendirici ve açıklayıcı etkisi bulunan çıktılar vücut bulmaktadır.

Nitekim Komisyonun nüfuzu uluslararası mahkemelerin, tahkim heyetlerinin, andlaşmalara bağlı kurulan organların, akademik yayınların, gerek hükümetlerarası

140 Baylis (n 40) 1011–1012.

141 Cogan (n 85) 12.

142 BM Genel Kurulu, Responsibility of States for internationally wrongful acts, UN Doc A/RES/56/83, 28 Ocak 2002.

143 Sadece 2001-2016 yılları arasında Sorumluluk Maddelerine 163 davada 392 atıf yapılmış, bu yoğun ilgi üzerine BM Genel Kurulu önceleri tüm sorumluluk maddelerine atıfları derlemesini talep ettiği Genel Sekreterden daha ayrıntılı biçimde her bir maddeye tekil biçimde yapılan atıfları derlemesini talep etmiştir. Söz konusu derlemeler için bkz: Compilation of decisions of international courts, tribunals and other bodies, Report of the Secretary-General, UN Doc A/74/83, 23 Nisan 2019; UN Doc A/71/80, 21 Nisan 2016; UN Doc A/68/72, 30 Nisan 2013; UN Doc A/65/76, 30 Nisan 2010; UN Doc A/62/62, 1 Şubat 2007.

144 Helfer and Meyer (n 86) 313.

145 ibid 305–308.

146 Baylis (n 40) 1013.

147 Kamto (n 131) 206.

gerekse hükümetler dışı örgütlerin işleyişinde görülmektedir.<sup>148</sup> Başta Uluslararası Adalet Divanı (UAD) olmak üzere uluslararası mahkemeler, bilhassa uluslararası teamül hukuku kurallarını tespit etmek için meşakkatli bir tarama süreci yerine Komisyon çalışmalarını kullanmayı yeğlemektedirler.<sup>149</sup> Keza farklı mahkemelerin de benzer biçimde ya ilave bir gerekçeye ihtiyaç duymaksızın Komisyon çalışmalarına atıf yaparak hüküm tesis ettikleri<sup>150</sup> ya da nitelendirme ve gerekçelendirme aşamasında bu çalışmalardan faydalandıkları görülmektedir.<sup>151</sup> Komisyon tarafından üretilen esnek hukuk metnlerinin devletler için benzer konularda bir ilham kaynağı ve örnek olarak kullanılmasının yanında farklı alanlarda ortaya çıkan belirsizlikleri gideren birer araç olarak da değerlendirildiği görülmektedir.<sup>152</sup>

Esnek hukuk metnlerine yönelmenin Komisyonun mevcudiyetine dair olumsuz görüşlere bir cevap olarak da düşünülmesi mümkündür. Devletlerin Komisyon çalışmalarına dayanan andlaşmaları yapma ve bunlara taraf olma isteklerindeki azalmadan beslenerek Komisyonun işlevini ve faydasını sorgulayan muhtelif eleştirilere cevaben üretilen söz konusu yeni metinler ve bunların hukukî etkileri, Komisyonun hâlâ bir amacı ve rolü olan bir organ olduğunu göstermektedir.<sup>153</sup> Komisyonun eskisi kadar çok andlaşmaya evrilen taslaklar sunmaması etkililiğine ve otoritesine ilişkin bir sorundan ziyade, günümüzde devletlerin uluslararası işbirliğini farklı enstrümanlarla ilerletmek ve biçimlendirmek istemeleriyle de alakalıdır. Komisyon da tasarı maddeler yayımlamak yerine “andlaşma dışı çıktılar” adı verilen nihai ilkeler, rehber ilkeler vb. sonuçlar ile söz konusu eğilime ayak uydurmaktadır. Fakat böyle bir yönelim, devletler tarafından BM nezdinde seçilen kişilerce yürütülen Komisyon faaliyetleri bakımından bazı değişiklikleri gerektirmektedir. Komisyonun çalışma başlıkları itibarıyla devletler dışında kalan birimleri daha çok ilgilendiren veya etkileyen konulara yönelmiş olması, bu birimlerle daha fazla iletişim halinde olmasını ve başta uluslararası örgütler olmak üzere, farklı kişi ve kurumların daha aktif biçimde katkı bulunabileceği bir çalışma yöntemini gerekli kılmaktadır.<sup>154</sup>

O halde, Komisyonun esnek hukuk metnlerine daha fazla mesai sarf etmesini uluslararası toplumun neredeyse tamamının teveccühünü gören çok taraflı andlaşma taslakları ürettiği “altın çağına” nazaran bir otorite veya güç zayıflaması olarak görmek

148 Baylis (n 40) 1016–1018.

149 Peter Tomka, ‘Custom and the International Court of Justice’ (2013) 12 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 195, 197–198; Sadece nihai metinler değil, bunların şerhleri de farklı aşamalarda uluslararası yargılamada etkili olmaktadır. Örnekler için bkz: Danae Azaria, ‘The Working Methods of the International Law Commission: Adherence to Methodology, Commentaries and Decision-Making’ in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021) 178–181.

150 Örnekler için bkz: de Chazournes (n 1) 150.

151 AİHM bakımından bir inceleme için bkz: Ineta Ziemele, ‘The Functions of the International Law Commission: Identifying Existing Law or Proposing New Law?’ in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021) 271–276.

152 Örnekler üzerinden bu durumu değerlendiren bir çalışma için bkz: de Chazournes (n 1) 143–146.

153 Cogan (n 85) 286; Murphy (n 84) 33–34.

154 Daugirdas (n 139) 81.

doğru olmayacaktır.<sup>155</sup> Söz konusu metinlerin “ikinci sınıf” veya düşük etkili sanılması hatası, az sayıda devletin taraf olmayı tercih ettiği ve tereddütle yaklaşılan andlaşma taslaklarına nazaran daha fazla normatif etki oluşturabilme ihtimali karşısında iyice belirginleşmektedir.<sup>156</sup> Bunun yerine Komisyonun yeri ve zamanı geldiğinde değişime ayak uydurmanın da ötesine geçip, değişimi yönlendirme ve hatta belirli durumlarda klasik uluslararası hukuk yöntemlerine uygun olarak bu eğilimleri şekillendirme çabası olarak değerlendirilmek mümkündür.<sup>157</sup>

### C. Yapısal Denge Arayışı

UHK kurulduğunda üye sayısı 15 olarak kararlaştırılmıştır. Fakat yıllar içinde BM’nin üye sayısının artmasına paralel olarak Komisyonun yapısı da değişmiştir. Üye sayısı önce 1956’da 21’e, ardından 1961’de 25’e, nihayet 1983’te 34’e çıkarılmıştır.<sup>158</sup> Üye sayısındaki artış sadece devlet sayısındaki niceliksel artışa bir yanıt vermenin yanında, Statü madde 8’de geçen Komisyon üyelerinin belli başlı uygarlık biçimlerinin ve başlıca hukuk düzenlerinin temsilini sağlaması kuralına uygun biçimde bölgesel kota düzenlemesi yapılmasıyla desteklenmiştir. Buna göre; 8 üye Afrika devletleri, 7 üye Asya-Pasifik devletleri, 3 üye Doğu Avrupa devletleri, 6 üye Latin Amerika ve Karayipler devletleri, 8 üye ise Batı Avrupa ve diğer devletlerin uyrukluğundan seçilecektir ve kalan 2 üyenin ilkinin uyruğu Afrika ve Doğu Avrupa, ikincisinin ise Asya-Pasifik ile Latin Amerika ve Karayipler arasında rotasyona tâbi olacaktır.<sup>159</sup> Nitekim hem Statü uyarınca üyelerin yetkin uluslararası hukukçular olması hem de farklı coğrafya ve hukuk düzenlerini temsil etmeleri arasında bir denge kurma amacının gerçekleştiği hâlihazırdaki Komisyon üye dağılımında görebilmek mümkündür. Akademisyen, diplomat ve hukuk danışmanı gibi farklı mesleklere mensup ve farklı unvanları haiz olan mevcut üyelerin hem doktriner uzmanlığa hem de uygulama tecrübesine sahip oldukları görülmektedir.<sup>160</sup>

Üyelerin seçilmesine ilişkin yukarıda ifade edilen yapısal denge kurmayı amaçlayan örneklere Komisyonun çalışmalarına yön veren kişiler, yani komisyon memurları, bakımından kurulmaya çalışılan dengeyi de eklemek gerekir. Çalışmanın başında belirtildiği üzere her yıllık çalışma takvimi o oturumu yönetecek ve yönlendirecek

155 Pavel Šturma, ‘Concluding Remarks by Pavel Šturma: The International Law Commission and Its Impact: Some Comments’ in The United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021) 157–162.

156 Christian Tomuschat, ‘The International Law Commission - An Outdated Institution’ (2006) 49 *German Yearbook of International Law* 77, 104.

157 Rodiles (n 128) 131–132.

158 BM Genel Kurulu, UNGA Res 1103 (XI) (18 December 1956); UNGA Res 1647 (XVI) (6 November 1961); UNGA Res 36/39 (18 November 1981).

159 BM Genel Kurulu, UNGA Res 36/39 (18 November 1981) para 3. 2021 yılında yapılan son seçimlerde Türkiye’nin aday olan Nilüfer Oral, Batı Avrupa ve diğer devletler grubundan ikinci kez seçilmiştir (UHK resmi internet adresindeki bilgi için bkz: <[https://legal.un.org/ilc/elections/2021election\\_outcome.shtml](https://legal.un.org/ilc/elections/2021election_outcome.shtml)> Erişim Tarihi 08 Kasım 2022).

160 1 Ocak 2023 ile 31 Aralık 2027 tarihleri arasında görev yapacak üyeler için 2021 yılında yapılan seçimlerin sonuçları ve seçilen üyelerin özgeçmiş bilgileri için Komisyon resmi internet sitesindeki şu adrese bakılabilir: <[https://legal.un.org/ilc/elections/2021election\\_outcome.shtml](https://legal.un.org/ilc/elections/2021election_outcome.shtml)> Erişim Tarihi 30 Aralık 2022.

kişilerin belirlenmesiyle başlamaktadır. Başkan, Başkan Yardımcıları, Taslak Komitesi Başkanı, Genel Raportörden müteşekkil Büronun üyelerinin belirlenmesi, bu konuda ilk dikkat çeken husustur. Komisyonun çalışma programını, çalışma yöntemlerini ve teşkilatlanmasını değerlendirme yetkisini haiz olan söz konusu memurların belirlenmesinde yine üye seçimine yön veren bölgesel temsilde denge kurma gerekliliği etkili olmaktadır. Sayılan beş memurun belirlenmesi, beşe ayrılan bölgesel kümeler arasından her bir grubun bir kişiyle temsil edilmesi esasıyla işlemektedir.<sup>161</sup> Örneğin 2022 yılı oturumunda görev alan Büro üyelerinin ait olduğu bölgesel kümeler şöyledir: Başkan, Afrika; Birinci Başkan Yardımcısı, Batı Avrupa; İkinci Başkan Yardımcısı, Latin Amerika ve Karayipler; Taslak Komitesi Başkanı, Asya Pasifik; Genel Raportör, Doğu Avrupa.<sup>162</sup>

Büro üyelerinin belirlenmesindeki bölgesel temsil esası, aynı zamanda her yıl rotasyona tâbidir. Son beş yılda gerçekleşen değişimleri bir tablo olarak şöyle gösterilebilir:

<b>Tablo 2.</b> Büro üyelerinin yıllara göre bağlı oldukları bölgesel kümeler (2017-2022)						
	2017 <sup>163</sup>	2018 <sup>164</sup>	2019 <sup>165</sup>	2020 <sup>166</sup>	2021 <sup>167</sup>	2022 <sup>168</sup>
Başkan	Batı Avrupa	Latin Amerika ve Karayipler	Doğu Avrupa	-	Asya Pasifik	Afrika
Birinci Başkan Yardımcısı	Latin Amerika ve Karayipler	Doğu Avrupa	Asya Pasifik	-	Afrika	Batı Avrupa
İkinci Başkan Yardımcısı	Afrika	Asya Pasifik	Batı Avrupa	-	Doğu Avrupa	Latin Amerika ve Karayipler
Taslak Komitesi Başkanı	Asya Pasifik	Afrika	Latin Amerika ve Karayipler	-	Batı Avrupa	Asya Pasifik
Genel Raportör	Doğu Avrupa	Batı Avrupa	Afrika	-	Latin Amerika ve Karayipler	Doğu Avrupa

Görülebileceği üzere olağan çalışma şartlarında her bölgesel grubun bir memurluğa sahip olduğu ve sonraki yıllarda el değiştirmesinin benimsendiği bir uygulama söz konusudur. Böylece beş yıllık süre içerisinde her bölgesel küme Komisyonun işleyişini yöneten memurlukların hepsinde görev almış bulunmaktadır. 2022 yılında Taslak

161 Secretariat of the International Law Commission (n 74) 37.

162 2022 yılında görev yapan Büro üyeleri şöyledir: Başkan Dire D. Tladi (Güney Afrika), Birinci Başkan Yardımcısı Michael Wood (Birleşik Krallık) İkinci Başkan Marcelo Vázquez-Bermúdez (Ekvator), Taslak Komitesi Başkanı Ki Gab Park (Kore Cumhuriyeti), Genel Raportör Pavel Šturma (Çek Cumhuriyeti). (RILC 2022, Un Doc A/77/10, 2, para 3.)

163 Report of the International Law Commission 2017, UN Doc A/72/10, 2, para 3.

164 Report of the International Law Commission 2018, UN Doc A/73/10, 2, para 4.

165 Report of the International Law Commission 2019, UN Doc A/74/10, 2, para 3.

166 COVID-19 pandemisi nedeniyle Komisyonun 72. oturumu sonraki yıla ertelenmiştir. (BM Genel Kurulu, UNGA A/RES/75/135 (22 December 2020); UNGA Res 74/545 (2 April 2020); UNGA Res 74/559 (23 July 2020).

167 Report of the International Law Commission 2021, 2, para 4.

168 Report of the International Law Commission 2022, UN Doc A/77/10, 2, para 3.



Komitesi Başkanı ve Genel Raportör seçimlerinde görülen istisnâî durumun nedeni her iki grubun özel olarak görev değişiminde anlaşmaları olmuş, bu nedenle olağan uygulamadan sapılmıştır.<sup>169</sup> O halde gerek üye seçimi gerekse bu üyelerin yaptıkları görev bakımından coğrafi denge çabasının başarıya ulaştığı ifade edilebilir.

Komisyonun gerekli yapısal dengeyi kurmakta başarılı olamadığı örneklerden biri olarak Özel Raportör belirlenmesinde belirli coğrafya ve hukuk düzenlerinin ağırlığı sayılabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere Komisyon çalışmalarının iskeleti Özel Raportörlerce kurulmakta, çalışmalar ilgili raporlar üzerinden detaylı teknik ve içerik incelemeye tâbi olmaktadır. Komisyon çalışmaları açısından bu derece önemli olan Özel Raportörlük atamalarında önceki paragraflarda zikredilen hassasiyetlerin ön planda tutulması da yine hem Komisyonun görevi hem de kurumsal niteliği düşünüldüğünde bir beklentiden ötede bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

2022 yılı sonu itibarıyla atanan 64 Özel Raportörden 32'si Batı Avrupa ve diğer devletler, 10'u Latin Amerika ve Karayipler, 10'u Doğu Avrupa, 7'si Afrika ve 5'i ise Asya Pasifik bölgesel kümesinden olmuştur.<sup>170</sup> Üye dağılımıyla kıyaslandığında 34 üyenin 8'inin uyrukluğuna denk gelen Batı Avrupa kümesi, Özel Raportör atamalarında oransal bakımdan iki kat daha fazla temsil edilmiş görünmektedir. Son tahlilde, Batı ve Doğu Avrupa kümelerine dâhil olan üyelerin Özel Raportör atamalarında baskınlığını gösteren bu veriler açık bir dengesizlik barındırmaktadır. Keza söz konusu Özel Raportörlerin üye dağılımı dikkate alındığında Anglo-Sakson gelenek gibi belirli hukuk geleneklerinin üye dağılımına nazaran daha fazla temsil edilmesi de Statü'nün "*belli başlı uygarlık biçimlerinin ve başlıca hukuk düzenlerinin temsilinin sağlanmasını*" esas alan düzenlemesiyle bağdaşmamaktadır.<sup>171</sup>

İkinci başarısızlık örneği olarak üyelerin cinsiyeti dağılımındaki orantısızlık gösterilmektedir. Yetmiş yılı aşan faaliyet süresi boyunca Komisyonun toplam kadın üye sayısının sadece yedi olması eleştirilmektedir.<sup>172</sup> Şüphesiz bu eleştiri Komisyondan ziyade aday gösterme ve seçme süreçlerini yöneten BM üyesi devletlere yönelmektedir.

## Sonuç

Uluslararası Hukuk Komisyonunun kuruluşundan itibaren geçirdiği değişimleri farklı ihtiyaçların ve taleplerin dengelenmesi üzerinden değerlendiren bu çalışma,

169 2022 tarihli 73. oturumun açılış toplantısı olan 3564. toplantıda Komisyon başkanı seçilen Dire D. Tladi bu durumu iki bölgesel küme arasında kararlaştırılan değişimden kaynaklandığını belirtmiştir. Komisyonun tutanaklarına yansımayan bu bilgiye toplantının video kaydının 07:34-08:02 zaman aralığında erişilebilir. Kayıt için bkz: 3564th meeting, 73rd session of the International Law Commission, <<https://media.un.org/en/asset/k19/k19tfdx6uj>> Erişim Tarihi 07 Şubat 2023.

170 UHK resmi internet sitesindeki Özel Raportör listesi ve görev süreleri için şu adrese bakınız: <<https://legal.un.org/ilc/guide/annex3.shtml>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2023. 2016 yılına kadar verileri değerlendiren bir çalışma için bkz: Mónica Pinto, 'The Authority and the Membership of the Commission in the Future' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill Nijhoff 2021) 369–371.

171 UHK Statüsü madde 8; ibid 371.

172 ibid 369–370.

söz konusu değişimlerin aynı zamanda Komisyonun hem parçası olduğu kurum hem de muhtemel muhatapları tarafından kabul ve itibar görmesinde de etkili olduğunu göstermeye çalışmıştır. Komisyonun hukuksal istikrar ve değişim arasındaki dengeyi kurma çabası, işlevsel bir değişimle sonuçlanmış ve hukukun tedvini ile tedrici gelişimini birlikte işleyen bir yöntemin yerleşik uygulama olmasını sağlamıştır.

Uluslararası düzenin farklılaşan zemininin ve çeşitlenen devlet tercihlerinin etkisini belirgin biçimde hissettirdiği yirmi birinci yüzyılla birlikte, Komisyon, gereksinim duyulan normatif rehberliği esnek hukuku önceleyen çalışmalarla gidermeye çalışmıştır. Uluslararası hukuk düzeninin ana alanlarının tedvin edilmiş olması ve andlaşma yapmaya önceki dönemler kadar istekli olunmaması gibi nedenlerle taslak maddeler üretme ve bunların bir andlaşmaya çevrilmesini tavsiye etme biçimindeki olağan uygulama değiştirilmiştir. Komisyon farklı nihai şekillere yönelerek hem önceki çalışmalarını tamamlama ve detaylandırma imkânına hem de yeni uluslararası ilişki alanlarının olgunluğuna göre farklı biçimleri kullanabilme imkânına kavuşmuştur. Devletlerin daha az muhalefetiyle karşılaşan esnek hukuk metinleri üretme eğilimi, çalışma programının da genişlemesine yardımcı olmuştur. Bağlayıcı hukuk metinleri yerine esnek hukuk metinlerine kayan mesai ağırlığı, Komisyonun yönlendirici ve tamamlayıcı rolünü güçlendirmesi için bir fırsat olmuştur.

Nihayet Komisyonun geçirdiği yapısal değişim incelendiğinde -eksiklikler bulunmakla beraber- bölgesel temilde dengenin kurulması gerekliliği hem üye sayısının artması hem de rotasyona tâbi bir yönetim anlayışının yerleşmesiyle sonuçlanmıştır. Sayılan bu değişimler sonucunda Komisyon, uluslararası hukukun gelişimindeki ve güçlenmesindeki önemli rolünü korumaya devam etmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yaza 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

Akdoğan E, 'Pratisyenin Alet Kutusu: Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Kılavuzu ve Uluslararası Andlaşmalarda Çekinceler' (2017) 5 Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19.

Aksar Y, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk* (2. Baskı, Seçkin 2021).

Azaria D, 'The International Law Commission's Return to the Law of Sources of International Law' (2019) 13 FIU Law Review 989.

—, 'The Working Methods of the International Law Commission: Adherence to Methodology, Commentaries and Decision-Making' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021).

- Başaran HR, *Uluslararası Tahkim* (On İki Levha Yayıncılık 2014).
- Baylis E, 'The International Law Commission's Soft Law Influence' (2019) 13 *FIU Law Review* 1007.
- Bozkurt E, 'Ulaşım Elverişli Olmayan Akarsular'ın Hukuki Rejimi ile İlgili Görüşler ve Uluslararası Hukuk Komisyonu 1994 Taslağı' [1995] Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201.
- Büyük ME, 'Uluslararası Hukuk Komisyonunun "Hukukun Genel İlkeleri" Çalışması ve Güncel Gelişmelere Dair Bir Değerlendirme' (2022) 42 *Public and Private International Law Bulletin* 403.
- Cogan JK, 'The Changing Form of the International Law Commission's Work' in Roberto Virzo and Ivan Ingravallo (eds), *Evolutions in the Law of International Organizations* (Brill Nijhoff 2015).
- Crawford J, 'The Progressive Development of International Law: History, Theory and Practice' in Denis Alland and others (eds), *Unity and Diversity of International Law* (Martinus Nijhoff 2014).
- Daugirdas K, 'The International Law Commission Reinvents Itself?' (2014) 108 *American Journal of International Law* 79.
- de Chazournes LB, 'The International Law Commission in a Mirror—Forms, Impact and Authority' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021).
- Ekşi N, 'ILC'nin "Yabancıların Sınırdışı Edilmesine İlişkin 2014 Taslak Kuralları"nın Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleriyle Mukayesesi ve Bu Kuralların Türkçe Tercümesi' (2016) 33 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 1.
- Emir N, 'Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Uluslararası Örf Ve Âdet Hukukunun Belirlenmesine İlişkin Taslak Sonuçlar" Metni Çerçevesinde Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Örf Ve Âdet Hukukuna Etkisi' (2020) 11 *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 665.
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2010).
- Ernest Petrič, 'Presentation by Ernest Petrič' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021).
- Fleischhauer C-A and Simma B, 'Article 13' in Bruno Simma and others (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol 1 (3rd Edition, Oxford University Press 2012).
- Guedich H, 'Challenges of Codification for the International Law Commission in a Changing Landscape of International Law' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021).
- Güneysu G, 'Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku -Bir Girizgah-' (2016) 6 *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 287.
- Helfer LR and Meyer T, 'The Evolution of Codification: A Principal-Agent Theory of the International Law Commission's Influence' in Curtis A Bradley (ed), *Custom's Future: International Law in a Changing World* (Cambridge University Press 2016).
- Kamto M, 'The Working Methods of the International Law Commission' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021).
- Kaya İ, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (3. Baskı, Seçkin 2016).
- Korkmaz Sürer M, '1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi' (2019) 4 *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35.
- Lee K-G, 'Recalibrating the Conception of Codification in the Changing Landscape of International Law' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021).

- Meray SL, 'Birleşmiş Milletler Devletler Hukuku Komisyonunun Altı Yılı' (1954) 9 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 171.
- , 'Devletler Hukuku Komisyonunun Çalışmalarına Devletlerin Gösterdiği İlgî' (1955) 10 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 202.
- , *Devletler Hukukuna Giriş (Birinci Cilt)* (Üçüncü Bası, AÜSBF Yayınları 1968).
- Murphy SD, 'Codification, Progressive Development, or Scholarly Analysis? The Art of Packaging the ILC's Work Product' in Maurizio Ragazzi (ed), *Responsibility of International Organizations* (Martinus Nijhoff 2013).
- Negishi Y, 'The International Law Commission Celebrating Its 70th Anniversary: Dresser le bilan pour l'avenir "à venir"' (2018) 7 ESIL Reflection.
- Oral N, 'The International Law Commission and the Progressive Development and Codification of Principles of International Environmental Law' (2019) 13 FIU Law Review 1075.
- Özman MA, 'Devletler Hukukunda Müeyyide' (Yayımlanmamış Doçentlik Eseri, Ankara Üniversitesi 1974).
- Özturanlı B, 'Uluslararası Hukuk Komisyonu Çalışmaları Çerçevesinde Uluslararası Andlaşmalara Getirilen Çekincelere İlişkin Hukuki Rejim' (2012) 11 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 471.
- Pauwelyn J, Wessel RA and Wouters J, 'When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking' (2014) 25 European Journal of International Law 733.
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri: 3. Kitap* (6. Baskı, Turhan Kitabevi 2019).
- Pellet A, 'Responding to New Needs through Codification and Progressive Development' in Vera Gowlland-Debbas (ed), *Multilateral Treaty-Making* (Springer 2000).
- Pinto M, 'The Authority and the Membership of the Commission in the Future' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill Nijhoff 2021).
- Reçber K, *Uluslararası Hukuk* (4. Baskı, Dora Yayınları 2020).
- Rim Y, 'Reflections on the Role of the International Law Commission in Consideration of the Final Form of Its Work' (2020) 10 Asian Journal of International Law 23.
- Rodiles A, 'The International Law Commission and Change: Not Tracing but Facing It' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021).
- Secretariat of the International Law Commission, 'Introduction' in The United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill Nijhoff 2021).
- Šturma P, 'Concluding Remarks by Pavel Šturma: The International Law Commission and Its Impact: Some Comments' in The United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021).
- Tladi D, 'Codification, Progressive Development, New Law, Doctrine, and the Work of the International Law Commission on Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Personal Reflections of the Special Rapporteur' (2019) 13 FIU Law Review 1150.
- Tomka P, 'Custom and the International Court of Justice' (2013) 12 The Law & Practice of International Courts and Tribunals 195.
- Tomuschat C, 'The International Law Commission - An Outdated Institution' (2006) 49 German Yearbook of International Law 77.

- Tütüncü A, 'Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 53'üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış' (2011) 22 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 889.
- Tütüncü AN, Dal U and Azaklı Köse M, *Milletlerarası Sınır aşan Akifer Hukuku* (Beta Yayınevi 2018).
- Tütüncü AN, Dal U and Singil N, *Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sınır aşan Zarardan Kaynaklanan Sorumluluğun Paylaştırılmasına İlişkin Milletlerarası Hukuk* (Beta Basım Yayın 2021).
- United Nations (ed), *The Work of the International Law Commission*, vol I (Ninth Edition, United Nations 2017).
- (ed), *The Work of the International Law Commission*, vol II (Ninth Edition, United Nations 2017).
- Ünyılmaz H, 'Uluslararası Hukukun Kuvvet Kullanılmaksızın Cebriliği' (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi 2022).
- Uzun E, 'Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "Andlaşmalara Çekince İleri Sürülmesi İçin Uygulama Rehberi" Üzerine Betimsel Bir İnceleme' (2013) 12 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 185.
- , 'Uluslararası Hukuk Komisyonunun 'Silahlı Çatışmaların Andlaşmalara Etkisi Hakkındaki Taslak Maddeler'i Üzerine Betimsel Bir İnceleme' (2017) 75 Ankara Barosu Dergisi 129.
- , *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Voulgaris N, 'The International Law Commission and Politics: Taking the Science Out of International Law's Progressive Development' (2022) 33 European Journal of International Law 761.
- Ziemele I, 'The Functions of the International Law Commission: Identifying Existing Law or Proposing New Law?' in United Nations (ed), *Seventy Years of the International Law Commission* (Brill 2021).

## EK: ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU STATÜSÜ'NÜN<sup>173</sup> TÜRKÇE ÇEVİRİSİ

### Madde 1

1. Uluslararası Hukuk Komisyonunun hedefi uluslararası hukukun tedricî gelişimini ve tedvinini desteklemektir.
2. Komisyonun aslı çalışma alanı uluslararası kamu hukuku olmakla beraber uluslararası özel hukuk alanına girmekten men edilmemiştir.

## BÖLÜM I

### ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONUNUN TEŞEKKÜLÜ

### Madde 2<sup>174</sup>

1. Komisyon, uluslararası hukuk alanındaki yetkinliği kabul görmüş otuz dört üyeden oluşur.
2. Aynı Devletin birden fazla vatandaşı [aynı zamanda] Komisyonun üyesi olamaz.
3. Çifte vatandaşlık durumunda, bir aday medeni ve siyasi haklarını olağan biçimde kullandığı Devletin vatandaşı addedilir.

### Madde 3

Komisyon üyeleri, Birleşmiş Milletler Üyesi Devletlerin Hükûmetleri tarafından gösterilen aday listelerinden Genel Kurulca seçilir.

### Madde 4

Her Üye [devlet], ikisi kendi vatandaşı ve diğer ikisi başka bir Devletin vatandaşı olmak üzere en fazla dört aday gösterebilir.

### Madde 5

Adayların isimleri, seçimin yapılacağı yıl 1 Haziran'a kadar Hükûmetler tarafından yazılı olarak Genel Sekretere bildirilir, ancak bir Hükûmet istisnaî hallerde 1 Haziran'dan önce gösterdiği bir adayın yerine başka bir adayı Genel Kurulun [toplantılarının] başlamasına otuz gün kalmadan önce bildirebilir.

<sup>173</sup> BM Genel Kurulu tarafından 174 (II) sayılı ve 21 Kasım 1947 tarihli kararlar benimsenmiştir. Yine Genel Kurul tarafından 485 (V) sayılı ve 12 Aralık 1950 tarihli karar, 984 (X) sayılı ve 3 Aralık 1955 tarihli karar, 985 (X) sayılı ve 3 Aralık 1955 tarihli karar ve 36/39 sayılı ve 18 Kasım 1981 tarihli kararlar değiştirilmiştir.

<sup>174</sup> Madde metni BM Genel Kurulunun 36/39 sayılı ve 18 Kasım 1981 tarihli kararıyla değiştirilmiştir.

## **Madde 6**

Genel Sekreter, aday gösteren Hükümetçe bildirilmiş aday isimlerinin yanı sıra aday öz geçmişlerini, mümkün olan en kısa sürede Üye Devlet Hükümetlerine iletir.

## **Madde 7**

Genel Sekreter, yukarıda madde 3'te atf yapılan, usulüne uygun biçimde aday gösterilmiş tüm isimleri alfabetik sırayla içeren listeyi hazırlar ve seçimde kullanılmak üzere Genel Kurula sunar.

## **Madde 8**

Seçimde, seçmenler, Komisyona seçilecek kişilerin bireysel olarak gerekli nitelikleri taşımaları gerektiğini ve bir bütün olarak Komisyonda dünyanın belli başlı uygarlık biçimlerinin ve başlıca hukuk düzenlerinin temsilinin sağlanması gerektiğini göz önünde bulunduracaklardır.

## **Madde 9<sup>175</sup>**

1. Her bir bölgesel küme için belirlenen azami sayıya kadar adaylardan, hazır bulunan ve oylamaya katılan Üyelerin oylarının salt çoğunluğundan az olmamak kaydıyla, en fazla oyu alanlar seçilir.

2. Aynı Devletin birden fazla vatandaşının seçilmek için yeterli oyu almaları durumunda, en çok oyu almış olan seçilir, oyların eşit olması durumunda ise daha yaşlı olan veya en yaşlı olan aday seçilir.

## **Madde 10<sup>176</sup>**

Komisyon üyeleri beş yıl için seçilirler. Yeniden seçilebilmeleri mümkündür.

## **Madde 11**

Boşalan üyelikler, yukarıda 2. ve 8. maddelerde yer alan hükümlere uygun şekilde, Komisyonun kendisi tarafından doldurulur.

## **Madde 12<sup>177</sup>**

Komisyon, Cenevre'deki Birleşmiş Milletler Avrupa Ofisinde konumlanacaktır. Ancak Komisyon, Genel Sekretere danıştıktan sonra, başka yerlerde toplanabilme hakkına da sahiptir.

---

175 Madde metni BM Genel Kurulunun 36/39 sayılı ve 18 Kasım 1981 tarihli kararıyla değiştirilmiştir.

176 Madde metni BM Genel Kurulunun 985 (X) sayılı ve 3 Aralık 1955 tarihli kararıyla değiştirilmiştir.

177 Madde metni BM Genel Kurulunun 984 (X) sayılı ve 3 Aralık 1955 tarihli kararıyla değiştirilmiştir.

### **Madde 13<sup>178</sup>**

Komasyon üyelerinin yol masrafları karşılanır ve miktarı Genel Kurul tarafından belirlenen özel bir ödenek de alırlar.

### **Madde 14**

Genel Sekreter, imkânı ölçüsünde, Komasyonun görevini yerine getirebilmek için talep edeceği personel ve hizmetleri karşılar

## **BÖLÜM II**

### **ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONUNUN İŞLEVLERİ**

#### **Madde 15**

Aşağıdaki maddelerde, “uluslararası hukukun tedricî gelişimi” ifadesi, kolaylık sağlaması için, uluslararası hukuk tarafından henüz düzenlenmeyen konularda veya hukukun devlet uygulamalarında henüz yeterince gelişmediği durumlara ilişkin sözleşme taslakları hazırlamak anlamında kullanılmaktadır. Benzer biçimde, “uluslararası hukukun tedvini” ifadesi, kolaylık sağlaması için, hâlihazırda yaygın devlet uygulamasının, emsalin ve öğretinin bulunduğu alanlarda uluslararası hukuk kurallarının daha kesin tertip ve sistematize edilmesi anlamında kullanılmaktadır.

### **ULUSLARARASI HUKUKUN TEDRICÎ GELİŞİMİ**

#### **Madde 16**

Genel Kurul, uluslararası hukukun tedricî gelişimi için bir öneriyi Komasyona havale ettiğinde, Komasyon ana hatlarıyla aşağıdaki usulü izler:

- (a) Üyelerinden birini Raportör olmak üzere atar;
- (b) Bir iş planı tertip eder;
- (c) Hükûmetlere bir anket gönderir ve iş planına dâhil olan ögeler hakkında, belirlenmiş bir süre içinde, veri sağlamaya ve bilgi vermeye davet eder;
- (d) Üyelerinden bazılarını, söz konusu ankete verilen cevaplar alınana kadar, taslakların hazırlanmasında Raportörle çalışmak üzere atayabilir.
- (e) Bilimsel kuruluşlar ve uzman bireylere danışabilir; bu uzmanların Birleşmiş Milletler Üyelerinin vatandaşı olması zorunluluğu yoktur. Genel Sekreter gerektiğinde

178 Madde metni BM Genel Kurulunun 485 (V) sayılı ve 12 Aralık 1950 tarihli kararıyla değiştirilmiştir.



ve bütçe imkanları dahilinde söz konusu uzmanlara danışmanın masraflarını karşılayacaktır.

(f) Raportör tarafından teklif edilen taslakları değerlendirir.

(g) Komisyon bir taslağın tatminkâr olduğunu değerlendirdiğinde, Genel Sekreterden onu bir Komisyon belgesi olarak yayımlamasını ister. Sekreterlik, Komisyon tarafından uygun olduğu değerlendirilen açıklamaların ve destekleyici materyalin eşlik edeceği belgeye, gereken tüm aleniyeti sağlar. Söz konusu yayım, yukarıdaki (c) bendinde anılan ankete cevaben Komisyona sunulan her bilgiyi içerir.

(h) Komisyon, Hükûmetleri, bu belgeye ilişkin yorumlarını makul bir süre içerisinde bildirmeye davet eder.

(i) Raportör ve bu maksatla atanmış üyeler, söz konusu yorumları göz önünde bulundurarak taslağı yeniden değerlendirir ve bir nihai taslak ve açıklayıcı rapor hazırlayarak Komisyon tarafından değerlendirilmek ve kabul edilmek üzere sunar.

(j) Komisyon, bu şekilde kabul edilmiş taslağı tavsiyeleriyle birlikte Genel Sekreter kanalıyla Genel Kurula sunar.

## **Madde 17**

1. Komisyon, ayrıca Birleşmiş Milletler Üyeleri, Genel Kurul dışındaki Birleşmiş Milletler ana organları, uzmanlık örgütleri veya uluslararası hukukun tedricî gelişimi ve tedvinini teşvik etmek için hükûmetlerarası anlaşmalarla kurulmuş resmî kurumlarca sunulan veya bu maksatla Genel Sekreter tarafından kendisine iletilen çok taraflı sözleşme tekliflerini ve taslaklarını değerlendirir.

2. Komisyonun söz konusu tekliflerin veya taslakların çalışılmasını uygun gördüğü durumlarda, ana hatlarıyla aşağıdaki usul izlenir:

(a) Komisyon bir iş planı tertip eder, söz konusu teklifleri ve taslakları çalışır ve bunları aynı konudaki diğer teklifleri ve taslakları karşılaştırır.

(b) Komisyon, Birleşmiş Milletlerin tüm Üyelerine ve konuyla ilgisi bulunan yukarıda sözü geçen organlara, uzmanlık örgütlerine ve resmî kurumlara bir anket gönderir ve makul bir süre içerisinde görüşlerini iletmeye davet eder.

(c) Komisyon raporunu ve tavsiyelerini Genel Kurula sunar. Öncesinde, eğer uygun görürse, teklifi veya taslağı sunmuş olan organ veya kuruma geçici bir ara rapor hazırlayabilir.

(d) Eğer Genel Kurul Komisyonu önerilmiş plana uygun biçimde çalışmaya devam etmeye davet ederse, yukarıda 16. maddede belirtilen usul uygulanır. Bununla birlikte, o maddenin (c) bendinde atıf yapılan ankete gerek kalmayabilir.

## ULUSLARARASI HUKUKUN TEDVİNİ

### Madde 18

1. Komisyon, tedvine uygun başlıkları seçebilmek için uluslararası hukukun tüm alanlarını hükûmetler kaynaklı olmasına bakmaksızın mevcut taslakları göz önünde bulundurarak tarar.

2. Komisyon belirli bir başlığın tedvininin gerekli veya istenilir olduğunu değerlendirdiğinde Genel Kurula tavsiyelerini sunar.

3. Komisyon herhangi bir konuyla ilgilenirken Genel Kurulun taleplerine öncelik verir.

### Madde 19

1. Komisyon her bir duruma uygun bir iş planı benimser.

2. Komisyon, Genel Sekreter kanalıyla Hükûmetlere; kanunların, kararnamelerin, yargı kararlarının, andlaşmaların, diplomatik yazışmaların ve çalışılan başlıkla bağlantılı ve Komisyonun gerekli gördüğü diğer belgelerin metinlerini sağlamak üzere ayrıntılı bir talep yöneltir.

### Madde 20

Komisyon taslaklarını maddeler biçiminde hazırlar ve aşağıdakileri içeren bir şerhle birlikte Genel Kurula sunar:

(a) Emsallerin yeterli biçimde sunumu ve andlaşmaları, yargı kararlarını ve öğretiyi de kapsayan ilgili her türlü diğer veriyi

(b) Şunları tanımlayan sonuçları:

(i) Devlet uygulamalarında ve öğretilerde her bir noktaya ilişkin uzlaşının ölçüsünü;

(ii) Farklı çözümler lehine ileri sürülen savlarla birlikte mevcut görüş ayrılıklarını ve anlaşmazlıkları.

### Madde 21

1. Komisyon bir taslağın tatminkâr olduğunu değerlendirdiğinde, Genel Sekreterden onu bir Komisyon belgesi olarak yayımlamasını ister. Sekreterlik, bu belgeye Komisyon tarafından uygun olduğu değerlendirilen açıklamaların ve destekleyici materyal de dahil olmak üzere gereken tüm aleniyeti sağlar. Söz konusu yayım, 19. maddeye göre Hükûmetlerce Komisyona sağlanmış her bilgiyi içerir. Komisyon danışılan herhangi bir bilimsel kuruluşun veya uzmanın görüşlerinin yayıma dâhil edilip edilmeyeceğine karar verir.

2. Komisyon Hükümetlerden makul bir süre içerisinde bu belgeye dair yorumlarını sunmasını ister.

### **Madde 22**

Söz konusu yorumları da değerlendirerek Komisyon, bir nihai taslak ve açıklayıcı raporu tavsiyeleriyle birlikte Genel Sekreter kanalıyla Genel Kurula sunar.

### **Madde 23**

1. Komisyon, Genel Kurula şunları tavsiye edebilir:

- (a) Hâlihazırda yayımlanmış olan rapora dair herhangi bir eylemde bulunmamayı;
- (b) Bir [Genel Kurul] kararıyla raporu kayıt altına almayı veya benimsemeyi;
- (c) Bir sözleşme akdedilmesi amacıyla taslağı Üyelere tavsiye etmeyi;
- (d) Bir sözleşme akdedilmesi için bir konferans toplamayı.

2. Genel Kurul uygun gördüğü herhangi bir zamanda taslakları yeniden değerlendirmek veya yeniden düzenlemek üzere Komisyona tekrar havale edebilir.

### **Madde 24**

Komisyon, uluslararası teamül hukukunun kanıtlarına daha kolay ulaşılabilmesini sağlayacak Devlet uygulamalarına ilişkin belgelerin ve ulusal ile uluslararası mahkemelerin uluslararası hukuk konusundaki kararlarının derlenmesi ve yayımlanması gibi yolları ve yöntemleri değerlendirir ve bu konuya dair Genel Kurula bir rapor hazırlar.

## **BÖLÜM III**

### **DİĞER KURULUŞLARLA İŞ BİRLİĞİ**

#### **Madde 25**

1. Komisyon, gerekli gördüğü durumlarda, Birleşmiş Milletlerin herhangi bir organına bu organın yetkisine giren herhangi bir konuda danışabilir.

2. Genel Sekreter tarafından Hükümetlere gönderilen tüm Komisyon belgeleri ilgisi bulunan söz konusu Birleşmiş Milletler organlarına da gönderilir. Bu organlar Komisyona her türlü bilgiyi sağlayabileceği gibi önerilerde de bulunabilir.

## Madde 26

1. Komisyon, işlevlerini yerine getirmede böyle bir usulün yardımcı olacağına inanıyorsa, görevlendirildiği herhangi bir konuda resmî veya gayriresmî herhangi bir ulusal veya uluslararası örgüte danışabilir.

2. Genel Sekreter, Komisyon belgelerinin dağıtımını için, Komisyona danıştıktan sonra, uluslararası hukuk konularıyla ilgilenen ulusal ve uluslararası örgütlerin bir listesini hazırlar. Genel Sekreter her bir Birleşmiş Milletler Üyesinin en az bir ulusal örgütünü bu listeye dâhil etmeye gayret eder.

3. Bu maddenin hükümlerinin uygulanmasında, Komisyon ve Genel Sekreter, Genel Kurul ve Birleşmiş Milletlerin diğer ana organlarının Franco İspanyası'yla ilişkilere dair kararlarına uygun davranır ve Naziler ve Faşistlerle birlikte çalışmış örgütleri hem listeden hariç tutar ve hem de bunlara danışmaz.

4. Komisyonun uluslararası hukukun tedvinini amaç edinmiş, Pan-Amerikan Birliği gibi, hükümetlerarası örgütlere danışmasının uygun olduğu tanınmıştır.

### AMAÇ VE KAPSAM

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 1981 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL), uluslararası akademik bir dergidir. *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'a gönderilen makaleler çift-kör hakemlik sistemi kullanılarak değerlendirilmektedir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki sayı hâlinde yayınlanan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'da yayımlanması istenen bilimsel çalışmaların Haziran sayısı için en geç 30 Mart tarihine kadar, Aralık sayısı için ise en geç 31 Eylül tarihine kadar gönderilmesi gerekmektedir.

*Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'da, milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarının farklı boyutlarını adalet ve hukuk temellerinde ele alan disiplinler veya disiplinlerarası özgün çalışmalar yayımlanmaktadır. Böylelikle dergimiz milletlerarası hukuk, milletlerarası münasebetler ve milletlerarası özel hukuk konularına giren meseleleri yakından takip ederek ve ilgili çalışmaları yayımlayarak bu konularda faaliyet gösteren kişilere yardımcı olmayı hedeflemektedir.

*Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'da milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarında yazılmış özgün makalelerin yanı sıra, bu alanlarda yayımlanmış olan kitaplara dair incelemeler ve ilgili yargı kararlarına dair değerlendirmelere de yer verilmektedir.

#### (a) Milletlerarası Hukuk:

1. Milletlerarası Hukuk (Tarihçesi, felsefesi, teorileri, kaynakları, kişileri, milli hukukla ilişkileri vs.)
2. Milletlerarası Hukuk Kişiliği ve Tanıma (Devletler, Hükümetler)
3. Ülkesel Egemenlik ve Devletin Yetkisi
4. Milletlerarası Hukukta İşlemler: Tek taraflı işlemler ve Andlaşmalar Hukuku
5. Milletlerarası Barış ve Güvenlik Hukuku ve Kuvvet Kullanma Yasağı
6. Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku
7. Milletlerarası Çevre Hukuku
8. İnsancıl Hukuk (Silahlı çatışmalar hukuku)
9. Milletlerarası Teşkilatlar Hukuku
10. Milletlerarası Deniz Hukuku
11. Milletlerarası Ekonomi Hukuku
12. Devletin Hukukî Sorumluluğu
13. Milletlerarası Ceza Hukuku
14. Milletlerarası Mülteci Hukuku
15. Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözümü (Diplomatik, Yargısal)
16. Milletlerarası Hava ve Uzay Hukuku
17. Milletlerarası Sınırşan Sular ve Akifer Hukuku

### (b) Milletlerarası Özel Hukuk:

1. Milletlerarası Özel Hukukun Genel Prensipleri
2. Milletlerarası Usul Hukuku
3. Milletlerarası Adli Yardım
4. Kanunlar İhtilafı Kuralları
5. Milletlerarası Yatırım Hukuku
6. Yabancılar Hukuku (Yabancıların Sosyal Hakları, Mülkiyet Hakkı, Eğitim Hakkı vb.)
7. Türk Vatandaşlık Hukuku
8. Yerel Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi
9. Yabancı Mahkeme ile Yabancı Tahkim Mahkemesi Kararlarının Tanınması ve Tenfizi
10. Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukuku
11. Milletlerarası Özel veya Usul Hukukuna İlişkin Sözleşmeler Hukuku
12. Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri
13. Milletlerarası Ticari Tahkim
14. Göç Hukuku

## EDİTORYAL POLİTİKALAR VE HAKEM SÜRECİ

### Yayın Politikası

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin içeriği derginin amaç ve kapsamı ile uyumlu olmalıdır. Dergi, orijinal araştırma niteliğindeki yazıları yayınlamaya öncelik vermektedir.

### Genel İlkeler

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirilmediği olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

Ön değerlendirmeyi geçen yazılar iThenticate intihal tarama programından geçirilir. İntihal incelemesinden sonra, uygun makaleler Editör tarafından orijinaliteleri, metodolojileri, makalede ele alınan konunun önemi ve derginin kapsamına uygunluğu açısından değerlendirilir.

Bilimsel toplantılarda sunulan özet bildiriler, makalede belirtilmesi koşulu ile kaynak olarak kabul edilir. Editör, gönderilen makale biçimsel esaslara uygun ise, gelen yazıyı yurtiçinden ve /veya yurtdışından en az iki hakemin değerlendirmesine sunar, hakemler gerek gördüğü takdirde yazıda istenen değişiklikler yazarlar tarafından yapıldıktan sonra yayınlanmasına onay verir.

Makale yayınlanmak üzere Dergiye gönderildikten sonra yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim yazar olarak eklenemez ve yazar sırası değiştirilemez.

Yayına kabul edilmeyen makale, resim ve fotoğraflar yazarlara geri gönderilmez.

### Telif Hakkında

Yazarlar Public and Private International Law Bulletin dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)

lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.

### Açık Erişim İlkesi

Public and Private International Law Bulletin, tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir.

Public and Private International Law Bulletin makaleleri açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.tr>) olarak lisanslıdır.

### İşleme Ücreti

Derginin tüm giderleri İstanbul Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayını ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayın için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

### Hakem Süreci

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirilmediği olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir. Gönderilen ve ön kontrolü geçen makaleler iThenticate yazılımı kullanılarak intihal için taranır. İntihal kontrolünden sonra, uygun olan makaleler baş editör tarafından orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi ve dergi kapsamı ile uyumluluğu açısından değerlendirilir. Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar.

Seçilen makaleler en az iki ulusal/uluslararası hakeme değerlendirmeye gönderilir; yayın kararı, hakemlerin talepleri doğrultusunda yazarların gerçekleştirdiği düzenlemelerin ve hakem sürecinin sonrasında baş editör tarafından verilir.

Hakemlerin değerlendirmeleri objektif olmalıdır. Hakem süreci sırasında hakemlerin aşağıdaki hususları dikkate alarak değerlendirmelerini yapmaları beklenir.

- Makale yeni ve önemli bir bilgi içeriyor mu?
- Öz, makalenin içeriğini net ve düzgün bir şekilde tanımlıyor mu?
- Yöntem bütünlüklü ve anlaşılır şekilde tanımlanmış mı?
- Yapılan yorum ve varılan sonuçlar bulgularla kanıtlanıyor mu?
- Alandaki diğer çalışmalara yeterli referans verilmiş mi?
- Dil kalitesi yeterli mi?

Hakemler, gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir.

### YAYIN ETİĞİ VE İLKELER

Public and Private International Law Bulletin, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır ve Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayınlanan etik yayıncılık ilkelerini benimser; Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing başlığı altında ifade edilen ilkeler için adres: <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

Gönderilen tüm makaleler orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir makale editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift kör değerlendirmeden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkar edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir.

### Araştırma Etiği

Dergi araştırma etiğinde en yüksek standartları gözetir ve aşağıda tanımlanan uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser. Makalelerin etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır.

- Araştırmanın tasarlanması, tasarımın gözden geçirilmesi ve araştırmanın yürütülmesinde, bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkeleri sağlanmalıdır.
- Araştırma ekibi ve katılımcılar, araştırmanın amacı, yöntemleri ve öngörülen olası kullanımları; araştırmaya katılımın gerektirdikleri ve varsa riskleri hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir.
- Araştırma katılımcılarının sağladığı bilgilerin gizliliği ve yanıt verenlerin gizliliği sağlanmalıdır. Araştırma katılımcıların özerkliğini ve saygınlığını koruyacak şekilde tasarlanmalıdır.
- Araştırma katılımcıları gönüllü olarak araştırmada yer almalı, herhangi bir zorlama altında olmamalıdır.
- Katılımcıların zarar görmesinden kaçınılmalıdır. Araştırma, katılımcıları riske sokmayacak şekilde planlanmalıdır.
- Araştırma bağımsızlığıyla ilgili açık ve net olunmalı; çıkar çatışması varsa belirtilmelidir.
- Deneysel çalışmalarda, araştırmaya katılmaya karar veren katılımcıların yazılı bilgilendirilmiş onayı alınmalıdır. Çocukların ve vesayet altındakilerin veya tasdiklenmiş akıl hastalığı bulunanların yasal vasisinin onayı alınmalıdır.
- Çalışma herhangi bir kurum ya da kuruluştaki gerçekleştirilecekse bu kurum ya da kuruluştan çalışma yapılacağına dair onay alınmalıdır.



- İnsan ögesi bulunan çalışmalarda, “yöntem” bölümünde katılımcılardan “bilgilendirilmiş onam” alındığının ve çalışmanın yapıldığı kurumdan etik kurul onayı alındığı belirtilmesi gerekir.

### **Yazarların Sorumluluğu**

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirmede olmadığı konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir.

Gönderilen makalede tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır, bu bağlamda “yazar” yayınlanan bir araştırmanın kavramsallaştırılmasına ve dizaynına, verilerin elde edilmesine, analizine ya da yorumlanmasına belirgin katkı yapan, yazının yazılması ya da bunun içerik açısından eleştirel biçimde gözden geçirilmesinde görev yapan birisi olarak görülür. Yazar olabilmenin diğer koşulları ise, makaledeki çalışmayı planlamak veya icra etmek ve / veya revize etmektir. Fon sağlanması, veri toplanması ya da araştırma grubunun genel süpervizyonu tek başına yazarlık hakkı kazandırmaz. Yazar olarak gösterilen tüm bireyler sayılan tüm ölçütleri karşılamalıdır ve yukarıdaki ölçütleri karşılayan her birey yazar olarak gösterilebilir. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Anlaşması Formu’nda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara örnek olarak ise sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler verilebilir.

Bütün yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkiler, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan etmelidirler. Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

### **Editör ve Hakem Sorumlulukları**

Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar. Gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalacağını garanti eder. Baş editör içerik ve yayının toplam kalitesinden sorumludur. Gereğinde hata sayfası yayınlamalı ya da düzeltme yapmalıdır.

Baş editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve Dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermeye yükümlüdür.

Hakemlerin araştırmayla ilgili, yazarlarla ve/veya araştırmanın finansal destekçileriyle çıkar çatışmaları olmamalıdır. Değerlendirmelerinin sonucunda tarafsız bir yargıya varmalıdırlar.

Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilginin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

### YAZILARIN HAZIRLANMASI

#### Dil

Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir. Türkçe dilinde başvuru yapan makalelerde İngilizce öz, anahtar kelime ve genişletmiş özet yer almalıdır. İngilizce dilince başvuru yapan makalelerde genişletilmiş özete ihtiyaç duyulmamaktadır.

#### Yazıların Hazırlanması ve Gönderimi

Aksi belirtilmedikçe gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılacaktır. Makale gönderimi online olarak ve <http://ppil.istanbul.edu.tr> üzerinden yapılmalıdır. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ifade eden, makale türünü belirten ve makaleyle ilgili bilgileri içeren (bkz: Son Kontrol Listesi) bir mektup; yazının elektronik formunu içeren Microsoft Word 2003 ve üzerindeki versiyonları ile yazılmış elektronik dosya ve tüm yazarların imzaladığı Telif Hakkı Anlaşması Formu eklenerek gönderilmelidir.

1. Çalışmalar, A4 boyutundaki kağıdın bir yüzüne, üst, alt, sağ ve sol taraftan 2,5 cm. boşluk bırakılarak, 12 punto Times New Roman harf karakterleriyle ve 1,5 satır aralık ölçüsü ile hazırlanmalıdır.
2. 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* <sup>2</sup>Nüfus 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]:

<sup>3</sup>B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta 2017) 165.

*Örnek* [Çok yazarlı kitaplar]

<sup>5</sup>Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86ff.

<sup>8</sup>Cemal 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* <sup>9</sup>Rumeysa 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* <sup>11</sup>Sevin Toluner, 'Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 857, 860.

<sup>14</sup>Ayşe 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* <sup>17</sup>Graham 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* <sup>21</sup>Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <[www.nakedlaw.com/2009/05/index.html](http://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* <sup>5</sup>Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

...

<sup>26</sup>Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

<sup>27</sup>ibid 114-115.

### 12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek <sup>28</sup>Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

<sup>31</sup>Erdem, '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](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](http://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

<b>Responsible/Corresponding Author</b> <i>Sorumlu Yazar</i>	
<b>Title of Manuscript</b> <i>Makalenin Başlığı</i>	
<b>Acceptance date</b> <i>Kabul Tarihi</i>	
<b>List of authors</b> <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				

<b>Manuscript Type (Research Article, Review, etc.)</b> <i>Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, v.b.)</i>	
--	--

**Responsible/Corresponding Author:**  
*Sorumlu Yazar:*

<b>University/company/institution</b>	<i>Çalıştığı kurum</i>	
<b>Address</b>	<i>Posta adresi</i>	
<b>E-mail</b>	<i>E-posta</i>	
<b>Phone; mobile phone</b>	<i>Telefon no; GSM no</i>	

**The author(s) agrees that:**  
The manuscript submitted is his/her/their own original work and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. İSTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work. The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights. I/We indemnify İSTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article. I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements and does not contain material or instructions that might cause harm or injury. This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

**Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder**  
Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını, Tüm yazarların bu çalışmaya aslı olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını, Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını, Makalenin başka bir yerde basılmadığını veya basılmak için sunulmadığını, Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara ait olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir. Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işverenin telif dâhil patent hakları, fikri mülkiyet hakları saklıdır. Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslarca vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz. Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapılrken 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.

<b>Responsible/Corresponding Author;</b> <i>Sorumlu Yazar;</i>	<b>Signature / İmza</b>	<b>Date / Tarih</b>
		...../...../.....

