

Public and Private International Law Bulletin

Cilt Volume 44 Sayı Number 2 E-ISSN 2667-4114



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume 44 • Sayı/Number 2

Public and Private International Law Bulletin
Cilt/Volume: 44 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 2024
E-ISSN: 2667-4114 • DOI: 10.26650/ppil

Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

DOAJ

ERIH PLUS

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

SOBİAD

Gale Cengage

Public and Private International Law Bulletin
Cilt/Volume: 44 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 2024
E-ISSN: 2667-4114 • DOI: 10.26650/ppil

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL

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

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

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
Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - gesimsek@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

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

Yönetici Editör / Managing Editor

Dr. Öğr. Üyesi Melis AVŞAR, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - melis.avsar@istanbul.edu.tr

Alan Editörleri / Section Editors

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

Etik Editörü / Ethic Editor

Prof. Dr. Ergin NOMER (Emekli), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - nomerergin@gmail.com

Tanıtım Yöneticisi / Publicity Manager

Arş. Gör. Ahmet TOKAT, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - ahmet.tokat@istanbul.edu.tr

Dil Editörü / Language Editor

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye - alan.newson@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Julien CHAISSE, Hong Kong Çin Üniversitesi, Sha Tin, Hong Kong - julien.chaisse@cuhk.edu.hk
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - gunseli.gelgel@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - fkerem@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. İbrahim KAYA, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - ibrahim.kaya@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Silke Ruth LASKOWSKI, Kassel Üniversitesi, Hessen, Almanya - laskowsk@uni-kassel.de
Prof. Dr. Ralf MICHAELS, Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü - michaels@mpipriv.de
Prof. Dr. David P. STEWART, Georgetown Üniversitesi, Washington, Amerika Birleşik Devletleri - stewartd@law.georgetown.edu
Prof. Dr. Don WALLACE, Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Washington, Amerika Birleşik Devletleri - wallace@ili.org
Prof. Dr. Cüneyt YÜKSEL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr
Auxiliary Prof. Dr. Dulce LOPES, Coimbra Üniversitesi, Coimbra, Portekiz - dulce.rdgr@gmail.com
Dr. Biset Sena GÜNEŞ, Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü - guenes@mpipriv.de

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

Cinsiyet Temelli Zulme Karşı Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Sağlanan Koruma Statüleri.....	319
Protection Statuses Provided Under International and Turkish Law Against Gender-Based Persecution (This article includes an English translation)	377
Ceren Karagözoğlu, Rumeysa Partalci	
The Right of Meskhetian Turks to Return to Their Country Ahıska Türklerinin Ülkelerine Geri Dönme Hakkı	433
Ceren Zeynep Pirim, Akif Emre Öktem	
Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi: Bangladeş/Myanmar Kararı Sonrası Hukuki Manzara The Jurisdiction of the International Criminal Court: Examining the Legal Landscape Post-Bangladesh/Myanmar Decision	487
Muhammet Celal Kul, Hasan Basri Bülbül	
Alman Federal Mahkemesi'nin Yabancı Hakem Kararının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfiz Talebinin Reddine İlişkin 9 Mart 2023 Tarihli Kararı ve Güncel Gelişmeler Işığında Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk The Law Applicable to Arbitration Agreements in Light of the Decision of the German Federal Court Dated 9 March 2023 on the Refusal to Enforce A Foreign Arbitral Award Against Third Parties and Recent Developments	517
Banu Şit Köşgeroğlu	
Res Communis ve Roma Medeni Hukukunun Diğer Temel Kavramlarıyla Antarktika Hukukunu İdealleştirme Denemesi An Attempt to Idealise Antarctic Law with Res Communis and Other Basic Concepts of Roman Civil Law	553
Özlem Tüzüner	

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Cinsiyet Temelli Zulme Karşı Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Sağlanan Koruma Statüleri

Protection Statutes Provided Under International and Turkish Law Against Gender-Based Persecution

Ceren Karagözoğlu*, Rumeysa Partalci**

Öz

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi uluslararası hukuk çerçevesinde şekillenen uluslararası koruma rejiminin bağlayıcı temel kaynağını oluşturmaktadır. Bu nitelik, Sözleşme’ye cinsiyet temelli zulme karşı başvurulacak ilk kaynak olma özelliğini kazandırmakta; mülteci statüsü, cinsiyet temelli zulüm karşısında bireye uluslararası koruma sunan temel araç olmaya devam etmektedir. Ancak 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nde öngörülen ölçütlerin normatif temelde genişletilmemiş olması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan insan hakları sözleşmelerinin nihayetinde özel bir koruma statüsü öngörmemesi, özellikle cinsiyet temelli zulüm karşısında mülteci tanımının dışında kalan bireyler için öngörülen ve bu niteliği itibarıyla tamamlayıcı olarak adlandırılan statülerin varlığını gerekli kılmıştır. Çalışmada ise bu doğrultuda cinsiyet temelli zulme karşı, uluslararası hukukta ve Türk hukukunda sağlanan koruma statülerine odaklanılmaktadır. Bu kapsamda 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi, 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol, Sözleşme ve Protokol’ün uygulanmasına yön vermesi sebebiyle BMMYK uygulamaları ve tamamlayıcı koruma statüsüne yer vermesi sebebiyle Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi (2011/95/EU) ve Türk mevzuatı çerçevesinde öngörülen koruma rejimleri bakımından değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi, Cinsiyet Temelli Zulüm, Mülteci, Tamamlayıcı Koruma, Geçici Koruma

Abstract

The 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees constitutes a fundamental binding source within the international protection regime under international law. This qualification makes the Convention the primary legal framework for addressing gender-based persecution, and the refugee status remains the main instrument offering international protection to individuals subjected to such persecution. However, the fact that the criteria stipulated in the Geneva Convention of 1951 have not been expanded normatively and that human rights conventions guaranteeing fundamental rights and freedoms do not specifically establish a distinct protection status has led to the creation of complementary/subsidiary protection statuses. These are particularly relevant for individuals who fall outside the formal definition of a refugee yet still face gender-based persecution. This study focuses on the protection statuses provided under international law and Turkish law in cases of gender-based persecution. It specifically evaluates the 1951 Geneva Convention, the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, UNHCR practises guiding the implementation of these instruments, and the European Union Qualification Directive (2011/95/EU), which includes complementary protection. These legal frameworks are assessed in the context of Turkish legislation, providing a comprehensive overview of the protection regimes in place.

Keywords

The 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees, Gender-based Persecution, Refugee, Complementary Protection, Temporary Protection

* Sorumlu Yazar: Ceren Karagözoğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Türkiye. E-posta: cerenkaragozoglu@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0757-9767

** Rumeysa Partalci (Dr. Öğr. Üyesi), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Türkiye. E-posta: rbagci@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2357-5021

Atf: Karagözoğlu C, Partalci R, “Cinsiyet Temelli Zulme Karşı Uluslararası Hukukta Ve Türk Hukukunda Sağlanan Koruma Statüleri”. (2024) 44(2) PPIL 319. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.2.159064>

Extended Summary

The Convention Relating to the Status of Refugees, which contains concrete provisions for persons in need of international protection, defines refugee status and sets the basic standards for obtaining this status, is the first source to be used against gender-based persecution. Although the provision of the Convention limits the sources of fear of persecution to certain grounds and gender, which constitutes one of the largest groups in the face of such persecution, is not listed among the grounds that may give rise to the fear of persecution, it is widely accepted that gender has a determining effect on the form and causes of treatment constituting persecution, and in this context, it is foreseen that the correct interpretation of the article will not exclude the concept of gender. Therefore, the refugee status remains the main instrument offering international protection to individuals against gender-based persecution. However, the fact that the criteria stipulated in the Geneva Convention of 1951 have not been expanded on a normative basis and that human rights treaties guaranteeing the fundamental rights and freedoms of individuals do not ultimately provide for a special protection status necessitates the existence of statuses called complementary protection/subsidiary protection, especially for individuals who fall outside the definition of refugee in the face of gender-based persecution. The so-called complementary protection/subsidiary protection statuses extend the protection granted to the individual by both stretching the concept of persecution/(reducing it to the level of serious harm) and not limiting it to certain grounds. However, it should be noted that the emergence of complementary/subsidiary forms of protection as a result of the need to offer protection to persons who are not refugees leads to the conclusion that the refugee status acts as a threshold in the assessment of this protection. If, because of assessment, the person has not been able to obtain refugee status, it is accepted that only then should an assessment be made in terms of complementary/subsidiary protection. This acceptance is not only a consequence of the nature of the complementary/subsidiary protection status but also a requirement of the state party to the Geneva Convention of 1951 to fulfil its international obligations. This is because complementary/subsidiary protection statuses are largely based on national legal regulations. The existence of complementary/subsidiary protection statuses on a national basis not only weakens the protection provided to the individual but also causes the boundaries of the envisaged protection to diverge, thus making state practises in this direction less uniform. This situation raises the need to regulate complementary/subsidiary protection statuses by an international convention. This is because an international convention granting protection status to an individual significantly affects/expands the scope of the rights and freedoms granted to these individuals and ultimately offers a stronger protection as it puts states under an international obligation in the light of the independent nature of human rights treaties from the principle of reciprocity. At this point, the Istanbul Convention comes to the fore in terms of emphasising the protection offered against gender-based persecution.

The Istanbul Convention implicitly extends the protection provided by the 1951 Geneva Convention and complements the protection provided by the 1951 Geneva Convention by facilitating access to international status despite gender-based persecution. The Istanbul Convention gives a normative character to the complementary protection against gender-based persecution on an international basis and serves to transform protection into an international obligation for states. As a party to the Geneva Convention of 1951, Turkey's legislation on foreigners' law is regulated in line with the provisions of the Convention. The refugee status under Article 61 of the Law on Foreigners and International Protection (No. 6458) is defined within the scope of the Geneva Convention of 1951. The international protection statuses regulated in Article 62 (conditional refugee status) and Article 63 (subsidiary protection status) are based entirely on Turkey's domestic legislation and are not covered by the Convention. Under Article 63, before a person can be examined for subsidiary protection status, an examination under Articles 61 and 62 must have been conducted. However, in practise, applications are evaluated without following this order. This is a clear violation of the Law on Foreigners and International Protection (No. 6458) and the Geneva Convention of 1951. Asylum applications must first be examined in terms of (conditional) refugee status. As a result of the lack of detailed explanations of the concepts of "*serious harm*" and "*persecution*" in the Law on Foreigners and International Protection (No. 6458), the issue of who will be granted subsidiary protection status in practise and under what standards and principles becomes unclear. Further clarification of the content of these concepts in the law would contribute to the situation.

The study also examines the cases of individuals fleeing the armed conflict in Ukraine, especially those who have experienced sexual violence. These individuals, particularly women, may qualify for asylum under the Geneva Convention on the grounds of membership in a particular social group. However, one of the critical challenges in the asylum process is the difficulty refugees face in articulating their experiences during interviews. This can result in their inability to demonstrate the fear of persecution necessary to obtain refugee status. The study emphasises that fear should be assessed objectively, recognising that even if an individual's fear appears less intense than average, it does not negate the existence of persecution or a credible risk thereof. Decisions on whether gender-based violence falls within one of the five grounds under the Geneva Convention of 1951 are examined in relation to applications based on domestic violence, sexual assault, sexual orientation, certain surgical interventions on genitalia and forced marriage. It is concluded that in these applications based on sexual violence, whether the applicants have been persecuted on account of their membership of a particular social group should be addressed as a matter of priority. Cases where people seek asylum in Turkey not individually but through a mass migration movement are discussed separately in the study. In this regard, there are persons who should be granted temporary protection status in

accordance with the Temporary Protection Regulation. Under Provisional Article 1 of the Temporary Protection Regulation, temporary protection status is granted to persons who came to Turkey “*as of 28.04.2011 due to the events that occurred in the Syrian Arab Republic*”. Therefore, persons covered by the Regulation cannot be included in the individual application process, even if they are victims of sexual violence. However, in our opinion, it is right to criticise the fact that the Regulation, rather than the law, stipulates this issue.

Giriş

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi¹, uluslararası korumaya ihtiyacı bulunan kişiler açısından somut hükümler içeren; mülteci tanımına yer vererek bu statünün elde edilmesi için temel standartları belirleyen, bu minvalde birçok bölgesel nitelikli düzenlemeye öncülük eden evrensel nitelikli bir düzenlemedir². Sözleşme, bu yönüyle uluslararası hukuk çerçevesinde şekillenen uluslararası koruma rejiminin bağlayıcı temel kaynağını oluşturmaktadır³. Bu nitelik, Sözleşme’ye cinsiyet temelli zulme karşı başvurulacak ilk kaynak olma özelliğini kazandırmakta; mülteci statüsü, cinsiyet temelli zulüm karşısında bireye uluslararası koruma sunan temel araç olmaya devam etmektedir. Ancak bireye uluslararası alanda koruma sağlayan mülteci statüsü, nihayetinde insan hakları hukukunun bir parçasını teşkil ettiğinden bu alanın gelişen yapısına paralel olarak dinamik bir kavram olmak zorundadır⁴. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin (BMMYK)⁵ kurumsal alanının Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararı ile fiili olarak genişletilmesine⁶ rağmen 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nde yer alan mülteci statüsü tanımının, tarihi ve coğrafi sınırlamaların kaldırılması dışında sabit kalması, BMMYK’nın fiili sorumlulukları ile devletin uluslararası yükümlülükleri arasında bir boşluk yaratmıştır⁷. İnsan hakları sözleşmeleri ile sunulan koruma bu boşluğu bir biçimde doldursa da nihayetinde

1 Convention Relating to the Status of Refugees, (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 United Nations Treaty Series (UNTS) 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 Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Sözleşme, 30 Mart 1962 tarihinde Türkiye bakımından uluslararası alanda yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme’nin “mülteci” tanımının yaptığı ilk maddesini “1 Ocak 1951’den evvel Avrupa’da cereyan eden hadiseler” şeklinde anlamakta olduğunu belirten beyanla taraf olmuştur. Beyanında mülteci statüsünün sadece Avrupa’da meydana gelen olaylar sonucunda iltica talep eden kişilere tanınacağını bildirmiştir. Sözleşme çalışmada “1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi” olarak kısaltılacaktır. 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, (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267).

2 Ahmet Hamdi Topal, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar* (On İki Levha 2019) 40.

3 Topal (n 2) 67.

4 Sözleşme’nin başlangıç bölümünde 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’ne yapılan açık atıf, mülteci tanımının insan hakları ilkeleriyle birlikte geliştirilmesi niyetinin ve insan hakları hukukunun Sözleşme’nin yorumlanmasında ve uygulanmasında bir araç olması gereğinin bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. 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) 113, para 75.

5 BMMYK, Taraf devletlerce 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin uygulamasını izlemek, mültecilere koruma sağlamak ve sorunlarına çözüm bulmak amacıyla Birleşmiş Milletler tarafından görevlendirilmiş siyasi olmayan bir uluslararası kuruluş olarak tanımlanmaktadır. BMMYK’nın yetki, görev ve örgütsel yapılanması, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1950 yılında kabul edilen BMMYK Tüzüğü’nde belirlenmiştir. Bkz. General Assembly-Fifth Session, 428 (V) Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees < <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr/0/060/26/pdf/nr006026.pdf?token=O53txAKpuQm4pbEVvv&fe=true> > 23 Şubat 2024.

6 UNGA, A/RES/1167(XII) of 26 November 1957 (Chinese refugees in Hong Kong); A/RES/1388(XIV) of 20 November 1959 (Report of the United Nations High Commissioner for Refugees); A/RES/1499(XV) of 5 December 1960 (Report of the United Nations High Commissioner for Refugees); A/RES/1673(XVI) of 18 December 1961 (Report of the United Nations High Commissioner for Refugees) < <https://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/79> > 12 Eylül 2024.

7 Guy S. Goodwin-Gill, ‘The Language of Protection’ (1989) 6(1) Int’l J. Refugee 6, 12; Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press, 2007) 41.

sözleşmeler bu kişilere özel bir statü tanımamaktadır⁸. Bu durumsa bir biçimiyle 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile öngörülen mülteci tanımının dışında kalan kimseler bakımından yeni bir statü yaratılması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına bakıldığında Sözleşme taraflarının da zaman içinde böyle bir gerekliliğin ortaya çıkabileceğine işaret ettiği görülmektedir. Hazırlık çalışmalarında sunulan birçok taslak metnin mülteci statüsünün, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun önerileri doğrultusunda genişletilebileceği yönünde hüküm içermesi⁹, Sözleşme taraflarının Sözleşme hükmü gereğince mülteci statüsü dışında kalan kişilere ikame bir koruma sunma niyetinin ve uluslararası koruma statüsü tanınması bağlamında öngörülen ölçütlerin zaman içinde ortaya çıkan birtakım gereklilikler ölçüsünde değişebileceğine ilişkin kabullerinin bir göstergesidir¹⁰. Ancak söz konusu taslak metinlerin Sözleşme hükmüne dönüşmemiş ve 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde öngörülen ölçütlerin normatif temelde genişletilmemiş olması, -mülteci statüsü bağlantılı- bu statü ile öngörülen unsurlar temelinde tamamlayıcı koruma statülerinin doğumunu hazırlamıştır. Bu çerçevede 'tamamlayıcı koruma', 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile arasında hukuki bir bağ ya da ilişkiyi ifade etmekten ziyade, kişiye Sözleşme'den farklı bir hukuki yükümlülük temelinde sağlanan korumayı ifade etmektedir¹¹. Tamamlayıcı koruma statüleri, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ni referans alsa da büyük ölçüde devletlerin ulusal hukuk düzenlemeleri temelinde ortaya çıkmakta ve bireye cinsiyet temelli zulüm karşısında sunulan korumada önemli bir rol üstlenmektedir.

Çalışma ise temel olarak cinsiyet temelli zulme karşı bireye uluslararası hukukta ve Türk hukukunda sağlanan koruma statülerine odaklanmaktadır. Bu sebeple cinsiyet temelli zulüm ve ayrımcılığı konu alan insan hakları sözleşmeleri çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır. Çalışmada cinsiyet temelli zulme karşı bireye sağlanan statüleri, evrensel niteliği haiz olması, günümüz itibarıyla kabul görmüş "mülteci" statüsünün temel ölçütlerini saptaması ve bölgesel düzenlemelere büyük ölçüde kaynaklık etmesi sebebiyle 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi, 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol¹², Sözleşme ve Protokol'ün uygulanmasına yön vermesi sebebiyle

8 Kişilere uluslararası koruma statüsü verilmesi ulusal nitelikli özel düzenlemelerle gerçekleştirilmektedir. Bu durumsa devletin bu alandaki yükümlülüklerinin tetiklenmesini zayıflatmakta ve bu kimselere tanınan hak ve özgürlüklerin kapsamını da önemli ölçüde etkilemektedir. McAdam (n 7) 12.

9 UN Economic and Social Council, 'Provisional Draft of Parts of the Definition Article of the Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees, Prepared by the Working Group on this Article, (E/AC.32/L.6) (23 January 1950) <<https://www.refworld.org/legal/leghist/ahcrsp/1950/en/42439>>; 'Corrigendum to the Proposal for a Draft Convention Submitted by France, (E/AC.32/L.3/Corr.1) (18 January 1950) <<https://www.unhcr.org/publications/ad-hoc-committee-statelessness-and-related-problems-corrigendum-proposal-draft>>; Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, United States of America: Addendum to (E/AC.32/L.4) (19 January 1950); Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Decisions of the Committee on Statelessness and Related Problems Taken at the Meetings of 31 January 1950 (E/AC.32/L.20) <<https://www.unhcr.org/publications/ad-hoc-committee-statelessness-and-related-problems-decisions-committee-10>>; Draft Convention Relating to the Status of Refugees : decisions of the Working Group taken on 9 February 1950 (E/AC.32/L.32) <<https://digitallibrary.un.org/record/731059?v=pdf>> 12 Eylül 2024.

10 McAdam (n 7) 35-9.

11 McAdam (n 7) 2.

12 Protocol relating to the Status of Refugees, (n 1).

BMMYK uygulamaları ve tamamlayıcı koruma statüsüne yer vermesi sebebiyle Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi (2011/95/EU)¹³ ve Türk mevzuatı çerçevesinde öngörülen koruma rejimleri bakımından değerlendirilmektedir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde cinsiyet temelli zulme karşı koruma ile ilişkilendirildiği kadarıyla mülteci statüsünün elde edilmesinde öngörülen ölçütlere yer verilmektedir.

Bu kapsamda çalışmanın ilk bölümünde öncelikli olarak Sözleşme'nin mülteci tanımını yapan ilk maddesinin, cinsiyete dayanan/yönelik zulüm perspektifinden yorumlanmasına odaklanılmaktadır. Cinsiyet ve belirli toplumsal gruba mensubiyet ile cinsiyete dayalı/yönelik şiddet ve haklı nedene dayanan zulüm arasındaki ilişki incelenmektedir. Devamında ise cinsiyet temelli zulme karşı Avrupa Birliği düzenlemelerinde sunulan korumaya yer verilmektedir.

Cinsiyet temelli zulme karşı bireye sağlanan uluslararası koruma, uluslararası tabanda statü tanınması ve tanınan statü çerçevesinde haklar sağlanması olarak iki veçhe üzerinden ilerlemektedir. Çalışma statü tanınması ile sınırlıdır. Bu sebeple kişiye sahip olduğu statü çerçevesinde tanınan haklara, öngörülen koruma statüsü farklılığını vurguladığı ölçüde yer verilmektedir. Bu doğrultuda çalışmanın ikinci bölümünde Türk mevzuatı çerçevesinde öngörülen koruma rejimleri bakımından öncelikle, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda (YUKK)¹⁴ yer alan uluslararası koruma statüleri incelenmektedir. YUKK madde 61, 62 ve 63'te düzenlenen uluslararası koruma statülerinin koşulları, birbirinden farkları ve temel esasları üzerinde durulmaktadır. Uluslararası koruma statülerinin genel tanıtımından sonra ise cinsiyet temelli bir zulme karşı Türk hukukunda sağlanabilecek koruma türlerinin neler olabileceği hususu ele alınmaktadır. Özellikle kitlesel göç hareketlerinde cinsel şiddet nedeniyle Türkiye'ye sığınan kişilerin başvurularının nasıl değerlendirileceği önem taşımaktadır. Bu bağlamda, Suriye Arap Cumhuriyeti'nde yaşanan olaylar nedeniyle 28 Nisan 2011 tarihinden itibaren gelen kişiler bakımından ayrı bir başlık açılmaktadır. Son başlıkta ise Geçici Koruma Yönetmeliği geçici madde 1 kapsamı dışında kaldıkları için 28 Nisan 2011 tarihinden önce Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye'ye sığınan kişiler ve diğer devletlerden cinsiyet temelli bir zulüm nedeniyle Türkiye'ye sığınan kişiler değerlendirilmektedir. Değerlendirmeler, öğretilerdeki görüşler, dünya üzerindeki ve Türkiye'deki uygulamalar ışığında yapılmaktadır.

13 Directive 2011/95/EU of The European Parliament And of The Council of 13 December 2011 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 (Official Journal of the European Union, L 337/9, 20.12.2011) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095>> 22 Mart 2024. Direktif metin içerisinde “*Vasıflandırma Direktifi*” olarak kısaltılacaktır.

14 Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG. 11.04.2013/28615. Kanun metin içerisinde “*YUKK*” şeklinde kısaltılacaktır.

I. Cinsiyet Temelli Zulme Karşı Uluslararası Hukukta Tanınan Koruma

Yirminci yüzyılda yaşanan gelişmelerin göç hareketlerini tetiklemesi, yerinden edilmiş kişilere uygulanacak statülerin belirlenmesi, uluslararası yardım ve koruma sağlanması hususunda gösterilen çabanın sonucunda uluslararası toplum çeşitli uluslararası belgeler üzerinde uzlaşsa da sistemli olarak kurumsal düzeyde örgütlenme 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin kabulü birlikte gelişmiştir¹⁵.

Mülteci tanımına yer vererek bu statünün elde edilmesi için ana kriterleri belirleyen Sözleşme, bireye uluslararası alanda sunulan koruma rejiminin de temelini oluşturmaktadır. Öyle ki bireye mülteci statüsü tanınmasını öngören bölgesel nitelikli belgelerin, insan hakları hukukunun gelişimine paralel olarak ortaya çıkan diğer koruma statülerine ilişkin düzenlemelerin Sözleşme ile öngörülen kriterler temelinde şekillendiği görülmektedir.

Sözleşme ile mültecilere sunulan uluslararası koruma, yabancı statüsündeki kişiye menşe ülkesinin dışında başka bir ülke tarafından sağlanan ikame bir korumadır ve kişinin menşe ülkesinin korumasından mahrum kaldığı hallerde devreye girmektedir¹⁶. Bu sebeple mülteci koruma sisteminde mültecilerin korunması ve onlara yardım sağlanması konusundaki sorumluluk öncelikle devletlere aittir. Ancak devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmelerini ve yetkisi altında bulunan mültecilere yeterli koruma sağlanmasını kolaylaştırmak ve kontrol etmek konusunda BMMYK, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve BMMYK Statüsü çerçevesinde önemli bir rol üstlenmektedir¹⁷. Bu bağlamda BMMYK'nın uluslararası korumanın sağlanması hususunda devletin sorumluluğunu tamamlayıcı nitelikte bir sorumluluğu bulunmaktadır¹⁸. BMMYK tarafından kabul edilen raporlar, rehber ilkeler, hem Sözleşme ve Protokol'e ilişkin devlet uygulamalarının tespiti hem de bu uygulamalara yön vermesi itibarıyla bireye sağlanan korumanın önemli bir parçasını teşkil etmektedir.

A. 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile belirli sebepler doğrultusunda oluşan haklı temele dayalı zulüm korkusunun mülteci statüsünün kazanılmasında belirleyici olduğu evrensel bir mülteci tanımı kabul edilmektedir. Sözleşme vatandaşı olduğu ülkenin veya vatansızsa mutlak ikamet ülkesinin dışında bulunan ve ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesinden dolayı haklı temele dayalı zulüm korkusuyla ülkesine dönemeyen veya dönmekte isteksiz olan kişileri

¹⁵ Yirminci yüzyılda mülteci hukukunun gelişimi ve örgütlenme çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Tevfik Odman, *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünya'da ve Türkiye'de İlticanın Gelişim Süreci)* (Yetkin Yayınları 2020) 33-81.

¹⁶ Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2015) 27.

¹⁷ Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016) 218.

¹⁸ Topal (n 2) 68.

kapsayan genel bir tanım sunmaktadır¹⁹. Mülteci tanımı temel olarak öznel nitelikli bir zulüm korkusu, nesnel olarak belirlenen nedenler ve menşe ülkte hukuki koruma sağlanamaması olarak üç temel unsura dayandırılmaktadır²⁰.

Sözleşme mülteci kavramını kişi ve grup özelliklerini belirterek dar kapsamda ele almakta; silahlı çatışmalar, siyasi ve ekonomik karışıklıklar, doğal afetlerden dolayı ülkesini terk etmek zorunda kalan kişiler bakımından ayrıca bir hüküm barındırmayarak bu kişileri en azından normatif temelde mülteci statüsünün dışında bırakmaktadır²¹.

Mülteci hukukuna ilişkin bölgesel düzenleme olarak kabul edilebilecek belge ve Sözleşmelerde de zulme dayanak teşkil eden sebepler bakımından 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nden bir sapma ya da sebepler itibarıyla genişlemeye gidilmediği; 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde zulüm korkusunun/tehdidinin kaynağı olarak kabul edilen ırk, din, tabiiyet, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet, siyasi düşünce sebeplerinin aynı şekilde benimsendiği görülmektedir. Ancak bölgesel düzenlemelerde, -1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nden farklı olarak- hedef aldıkları coğrafi sınırlar dahilinde mevcut olan siyasi ve askeri konjonktür göz önünde bulundurularak işgal, saldırı, yabancı hakimiyeti, ağır insan hakkı ihlalleri, doğal afet gibi kamu düzenini ciddi şekilde bozan hallerin de mülteci statüsünün elde edilme sebebi olarak

19 Sözleşme'nin 1. maddesinde mülteci, "İrki, 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 bahis konusu hadiseler neticesinde önceki yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahıs" olarak tanımlanmıştır.

20 Deborah Perluss and Joan F. Hartman, 'Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm' (1986) 26 Virginia J of Intl L 551, 583.

21 Sözleşme'de mülteci statüsü üç temel unsur üzerine kurulmuş olsa da başvuru temelinde haklı zulüm korkusunun varlığının aranması ve bunun ispatlanmasının öngörülmesi sebebiyle statünün elde edilmesinde öznel nitelikli ölçütlerin önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Topal (n 2) 44, 49.

ayrıca sıralandığı görülmektedir²². Bu düzenlemelere göre 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ndeki tanıma ek olarak, haklı zulüm korkusu taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın belirtilen sebepler dahilinde ülkelerinden kaçmak zorunda olan herkes mülteci tanımı kapsamına alınmakta; haklı temele dayalı zulüm korkusu kapsamında kişiselleştirilmiş veya ayrımcı bir tehdit veya zarar riski aranmamaktadır²³. Bölgesel düzenlemeler, bu yönüyle Cenevre Sözleşmesi'ne kıyasla daha kapsamlı ve objektif ölçütler öngörmekte²⁴, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nden en azından lafzi olarak ayrılmaktadır. Zira bölgesel düzenlemelerde işgal, saldırı, yabancı hakimiyeti, ağır insan hakkı ihlalleri şeklinde sıralanan durumlar 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi kapsamında “zulüm” başlığı altında değerlendirilebilecek halleri teşkil etmektedir²⁵. Dolayısıyla söz konusu haller normatif temelde Sözleşme'de yer almasa da belirli ölçütler çerçevesinde Sözleşme uygulamasının bir parçasını teşkil etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu haller dolayısıyla zulmün varlığını kabul edilse dahi Sözleşme çerçevesinde kişinin mülteci statüsünü elde edebilmesi için; ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesinden dolayı haklı temele dayalı zulüm korkusunu taşıması aranmaktadır. Bu durum ise somut,

22 1969 tarihli Afrika'da Yaşanan Mülteci Sorunlarının Belirli Yönlerine İlişkin Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi bölgesel nitelikli ilk düzenlemelerdir. Sözleşme mülteci teriminin, menşe ülkesinin ya da vatandaş olduğu ülkenin bir bölümünde veya tamamında harici saldırı (*external aggression*), işgal, yabancı hakimiyeti veya kamu düzenini ciddi şekilde bozan olaylar nedeniyle, menşe ülkesi veya vatandaş olduğu ülke dışında başka bir yere sığınmak amacıyla mutlak ikamet yerini terk etmek zorunda kalan herkes bakımından da uygulanacağı düzenleyen ilk maddesinin ikinci fıkrası itibarıyla 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nden daha geniş bir mülteci tanımına yer vermektedir. (OAU Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa). Bir diğer bölgesel düzenlemeyi teşkil eden 1984 tarihli Cartagena Bildirgesi de 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan mülteci tanımına yer vermekle birlikte, daha geniş bir mülteci tanımını benimsemiştir. Bildirge, Sözleşme'deki şartları taşıyanların yanı sıra yaygın şiddet, yabancı saldırılar, iç çatışmalar, ağır insan hakları ihlalleri ya da kamu düzenini ciddi surette bozan diğer durumlardan dolayı hayatları, emniyetleri ya da hürriyetleri tehdit altında olduğu için ülkelerinden kaçan kişileri de mülteci tanımı kapsamında kabul etmektedir (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> 11 Ekim 2022). 1994 tarihli Arap Ülkelerinde Mültecilerin Durumunu Düzenleyen Arap Sözleşmesi de ilk maddesi itibarıyla Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan mülteci tanımını benimsemekle birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında, ülkeye yönelik kesintisiz saldırı (*sustained aggression*), işgal ve yabancı hakimiyeti veya ülkenin tamamında veya herhangi bir bölümünde kamu düzeninin büyük ölçüde bozulmasına neden olan doğal afetleri veya yıkıcı olayları da mülteci statüsü elde edilmesine dayanak teşkil eden haller kapsamında kabul etmiştir (Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries Adopted by the League of Arab States, 1994, <<https://www.refworld.org/legal/resolution/las/1994/en/79419>> 21 Şubat 2024). Ancak Sözleşme hiçbir devlet tarafından onaylanmadığı için henüz yürürlük kazanmamıştır. Bununla birlikte 1977 tarihli Devlete Sığınmaya İlişkin Avrupa Konseyi Beyannamesi'nde de 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesinde esas alınan ırk, din, tabiiyet, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünce yüzünden baskı ve zulüm altında bulunan kişilerin yanı sıra insani nedenlerle sığınma talebinde bulunan kişilere de sığınma hakkı tanınmasının öngörüldüğü görülmektedir. Bkz. Council Europe: Committee of Ministers, Declaration on Territorial Asylum (Adopted by the Committee of Ministers on 18 November 1977, at the 278th meeting of the Ministers' Deputies), md. 2 <<https://www.refworld.org/legal/resolution/coeministers/1977/en/27158>> 22 Şubat 2024.

23 Topal (n 2) 49.

24 Ancak söz konusu düzenlemeler bölgesel nitelik arz etmeleri ve önemli bir kısmının bağlayıcı niteliği haiz bulunmaması ve dolayısıyla yazılı bir yaptırım gücüne sahip olmaları sebebiyle devlet uygulamaları ve uluslararası standartların gelişimi üzerinde geniş bir etkiye sahip değildir. Topal (n 2) 46.

25 Söz konusu düzenlemeler gereğince, silahlı çatışma nedeniyle meydana gelen ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinin, kişinin ırkı, dini, siyasi düşüncesi, tabiiyeti veya belli bir gruba mensubiyeti sebebiyle zulüm görmesine sebebiyet vermesi halinde Sözleşme hükümleri uygulanabilmektedir (UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, (HCR/1P/4/ENG/REV.4), 2019, para 164). Silahlı çatışmaların varlığı halinde ise genellikle kişilerin etnik kökenleri ve siyasi düşünceleri sebebiyle zulme uğradığı görülmektedir. UNHCR, Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, EC/55/SC/CRP.16, 2 June 2005, para 8 <<https://www.refworld.org/docid/47fd49d.html>> 7 Ağustos 2024. Silahlı çatışmalar ve zulüm arasındaki ilişki ve 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanabilirliği hakkında ayrıntılı analiz için bkz. Topal (n 2) 220- 242.

objektif verilerle desteklenen ancak başvuru özelinde kişisel bir değerlendirmenin varlığını gerektirmektedir²⁶.

1. Cinsiyet ve Belirli Toplumsal Gruba Mensubiyet

Mülteci statüsünün elde edilmesinde kişisel değerlendirme gerekliliğini besleyen en güçlü unsur haklı temele dayanan zulüm korkusunun ırk, din, tabiiyet, belirli toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceye dayanması mecburiyetidir²⁷. Sözleşme hükmü itibarıyla zulüm korkusunun kaynakları bu sebeplerle sınırlandırılmakta; söz konusu zulüm karşısında en büyük gruplardan birini teşkil eden “*cinsiyet (sex)*”, zulüm korkusunu doğurabilecek nedenler arasında sayılmamaktadır. Ancak her ne kadar Sözleşme hükmünde yer verilmemiş olsa da cinsiyetin, zulüm teşkil eden muamelenin şekli ve nedenleri üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olduğu yaygın biçimde kabul edilmekte, bu bağlamda maddenin doğru yorumunun cinsiyet kavramını dışarda bırakmayacağı öngörülmektedir²⁸.

Cinsiyet temelli zulüm, genel itibarıyla belirli bir toplumsal gruba mensubiyet²⁹ dahilinde değerlendirilmektedir³⁰. Sözleşme metninde herhangi bir tanımına yer verilmeyen belirli toplumsal gruba mensubiyet kavramının, çeşitli toplumlardaki grupların farklı ve değişen doğasını ve gelişen insan hakları kurallarını dikkate alarak dinamik biçimde ancak diğer sebepleri etkisiz kılmayacak şekilde yorumlanması gereği kabul edilmektedir³¹.

Öğretide kavramın tanımı bakımından “*değiştirilemez nitelikler*” ve “*sosyal algı*” olmak üzere iki yaklaşım benimsenmektedir. Değiştirilemez nitelikler, değiştirmenin imkânsız olması veya insan onuru ile çok yakın bir ilişki içerisinde bulunmasından dolayı değiştirmeye zorlanamayacak olması şeklinde ifade edilmektedir³². Bu bağlamda söz konusu niteliklerin cinsiyet, etnik köken gibi doğuştan kazanılmış

26 Başvuru özelinde yapılacak kişisel değerlendirme, mültecilik statüsünün kazanılması için aranan kişinin baskı ve zulüm korkusu içerisinde olması ve baskı ve zulüm ihtimali ile Sözleşme’de yer alan zulüm nedenleri arasında bir bağ kurulması gerekliliğini karşılamaktadır.

27 Sözleşme metninde söz konusu kavramların kapsam ve mahiyeti hakkında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Somut olay çerçevesinde zulüm korkusunun neden veya nedenlerini ortaya koyarak bunların 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ndeki tanıma uyup uymadığını tespit etmek ise başvuruyu incelemekten sorumlu yetkili makama düşmektedir. Topal (n 2) 89.

28 UNHCR, Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution Within The Context of Article 1A(2) of The 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to The Status of Refugees (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 6 <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-1-gender-related-persecution-within-context-article-1a>> 3 Ağustos 2024.

29 Toplumsal gruba mensubiyet kavramı, hazırlık çalışmalarının son dönemlerinde İsveç delegesinin önerisiyle Sözleşme’nin ilgili maddesinde sayılan zulüm nedenleri arasına eklenmiştir. General Assembly, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, (A/CONF.2/SR.35) 3 December 1951, 20-2 <<https://digitalibrary.un.org/record/696484?ln=en&v=pdf>> 14 Haziran 2024.

30 UNHCR, Guidelines on the Protection of Refugee Women (1991), para 54 <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-protection-refugee-women>> 12 Ağustos 2024.

31 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 May 2002 (HCR/GIP/02/02), para 2-3 <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-2-membership-particular-social-group-within-context>> 22 Şubat 2024.

32 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 6.

olabileceği veya meslek ya da daha önceden kazanılmış olan statüler gibi başka sebeplerden kaynaklanabileceği kabul edilmektedir³³.

Sosyal algı yaklaşımı ise grup dışındaki toplum kesimlerinin gruba yönelik algısından hareketle bir tanım yapmakta; belirli toplumsal grubu, grup üyelerini bir araya getiren ve genel olarak diğer topluluklardan ayrı tutulmalarını sağlayan ortak özellikleri taşıyan kişiler topluluğu şeklinde tanımlamaktadır³⁴. Bu noktada diğer toplumsal grupların davranışları ve özellikle devlet yetkililerinin yapmış olduğu muameleler belirleyici nitelik arz etmektedir.

Söz konusu yaklaşımlar devlet uygulamalarını da şekillendirmektedir³⁵. Yaklaşımların devletlerin hukuki düzenlemeleri çerçevesinde uygulamasını gösterir en temel örneklerden biri Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi'dir. Direktif gereğince belirli toplumsal gruba mensubiyet; doğuştan gelen ve değiştirilmesi mümkün olmayan özellikler, kişinin iradesiyle geçmişinde aldığı ancak istese de artık kendi iradesi dahilinde değiştiremeyeceği özellikler ve başkalarının algıları olarak temel üç unsur üzerinden ifade edilmektedir³⁶. Direktif ile hem "*değiştirilemez nitelikler*" hem de "*sosyal algı*" yaklaşımı benimsenmekte, toplumsal grubun varlığı için her iki yaklaşımın da unsurları aranmaktadır³⁷.

BMMYK ise her iki yaklaşımı uzlaştırma yoluna giderek belirli toplumsal grubu, zulüm görme riski dışında belirli ortak -genelde doğuştan gelen, değişmesi mümkün olmayan veya kişinin kimliği, vicdanı veya insan haklarının uygulanması için temel teşkil eden- özellikleri paylaşan veya toplum tarafından bir grup olarak algılanan kişilerden oluşan grup şeklinde tanımlamaktadır³⁸. BMMYK, Vasıflandırma Direktifi'ne benzer biçimde her iki yaklaşıma da yer vermekte, ancak Direktif'ten farklı olarak her iki yaklaşımı teşkil eden unsurların birlikte var olmasını aramamakta; bunlardan birine ilişkin hususların varlığını, toplumsal grubun tespiti için yeterli görmektedir³⁹.

33 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 6.

34 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 7.

35 Değiştirilemez nitelikler yaklaşımının Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri; sosyal algı yaklaşımının ise Avustralya tarafından benimsendiğini söylemek mümkündür. İlgili devlet uygulamalarını gösterir mahkeme kararları hakkında detaylı analiz için bkz. Öztürk (n 16) 276-8; Oğün Erşan Aydın, *Mülteciler Statüsünün Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet Nedeniyle Tanınması* (Yetkin Yayıncılık 2018), 44-60.

36 Direktif'te grup mensuplarının doğuştan gelen bir özelliği veya değiştirilemez nitelikte ortak bir geçmişi ya da kimlikleri ve vicdanları açısından çok temel bir unsur olduğu için kişinin vazgeçmeye zorlanamayacakları bir özelliği veya inancı paylaşıyor olmaları ve kendilerini çevreleyen toplum tarafından farklı algılanmaları nedeniyle grubun ilgili ülkede ayrı bir kimliğe sahip olmaları halinde topluluğun belirli toplumsal gruba mensubiyet başlığında kabul edileceği belirtilmektedir. Bkz. Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi, md. 10/1- (d).

37 Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi'nde verilen tanımda, hem "*değiştirilemez nitelikler*" hem de "*sosyal algı*" yaklaşımına ilişkin unsurların aranması sebebiyle, Direktifte "*karma kümülatif*" olarak isimlendirilen yaklaşımın benimsendiği öngörülmektedir. Söz konusu yaklaşıma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk (n 16) 280-1.

38 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 11.

39 "*Karma alternatifli*" yaklaşım olarak adlandırılan yaklaşımın 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin konu ve amacı ve devlet uygulamaları arasında yeknesaklığı sağlamak bakımından diğer yaklaşımlara göre daha uygun bir perspektif sunduğu kabul edilmektedir. Öztürk (n 16) 279-280.

Belirli toplumsal gruba mensubiyet kavramının söz konusu yaklaşımlar çerçevesinde benimsenen tanımları doğrultusunda söylenebilir ki bir topluluğun bu başlık altında değerlendirilebilmesi için önemli olan, topluluğun üyelerinin ortak değiştirilemez nitelikler sebebiyle sahip olduğu ayırt edici özelliklerdir ve bu özellikler -1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde herhangi bir sınırlayıcı hükme yer verilmediğinden- tahdidi nitelik arz etmemektedir⁴⁰. Bu sebeple kavram, Sözleşme'nin konusu ve ayrımcılığın önlenmesi amacı ışığında, toplumlardaki değişikliklere ve çeşitliliğe açık, insan hakları normlarının gelişimine paralel biçimde yorumlanmaktadır⁴¹. Kavramın muhteviyatı itibarıyla bünyesinde barındırdığı esneklik ise 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde zulüm korkusunu doğurabilecek nedenler arasında sayılmayan cinsiyet temelli zulme karşı başvuruların bu başlık altında değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Doğuştan gelen, değiştirilemez ve/veya insan onuru ile yakın ilişki içerisinde bulunmasından dolayı değiştirilmeye zorlanamayacak nitelik taşıyan cinsiyetin, toplumsal gruba mensubiyet dahilinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁴².

BMMYK İcra Komitesi de çeşitli tarihlerde almış olduğu kararlarda cinsiyet temelli zulme karşı başvuruların belirli toplumsal grup içerisinde değerlendirerek bu kabulü teyit etmektedir. İcra Komitesi 39 sayılı sonuç kararında “*belirli toplumsal grup*” teriminin, toplumda geçerli sosyal normları/gelenekleri ihlal eden kadınlara yönelik kötü ve gayri insani muameleleri içerecek şekilde yorumlanabileceğini belirtmektedir⁴³. Buna göre cinsiyete dayalı olarak çeşitli nedenlerle ölüm cezası dahil orantısız ağır cezalara çarptırılan veya farklı şekillerde hakları ihlal edilen kadınlar, belirli toplumsal grubu teşkil etmektedir⁴⁴.

Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi de belirli toplumsal grubun, cinsel yönelimin (sexual orientation) ortak bir özelliğine dayanabileceğini kabul etmektedir⁴⁵. Direktif,

40 Öztürk (n 16) 283-4.

41 Aydın (n 35) 67.

42 Anders B. Johnsson, 'International Protection of Women Refugees A Summaery of Principal Problems and Issues' (1989) 1(2) International Journal Refugee Law' 221, 224-225. Bu noktada cinsiyetin, bir toplumsal grubu teşkil ettiğinin ancak bunun doğrudan Sözleşme bağlamında “*belirli toplumsal gruba mensubiyet*” kavramına karşılık gelmediğinin; cinsiyetin, zulüm teşkil eden eylemlerle ilişkilendirildiğinde veya ilişkilendirilebildiği ölçüde belirli toplumsal grup çerçevesinde değerlendirildiğinin belirtilmesi gerekmektedir.

43 Conclusions Adopted By The Executive Committee On The International Protection Of Refugees, Executive Committee Conclusion No. 39 (XXXVI) Refugee Women And International Protection, 1985, para (k) <<https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/578371524.pdf>> 24 Şubat 2024. Komite, devam eden birçok kararında da kadın mültecilerin sorunlarına dikkat çekerek kadınların özel ihtiyaçlarının giderilmesi, fiziksel güvenliklerin sağlanması ve kadın mültecilerin korunması hususunda Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi başta olmak üzere insan hakları sözleşmelerine uygun politikaların geliştirilmesini öngörmektedir. Bkz. No. 54 (XXXIX) Refugee Women (1988); No. 60 (XL) Refugee Women (1989); No. 64 (XLI) Refugee Women and International Protection (1990).

44 Söz konusu ceza uygulamaların zulüm teşkil edebileceğine işaret edilmektedir. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 12.

45 Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi, md. 10/1-d.

menşe ülkedeki şartlara bağlı olarak, toplumsal cinsiyet kimliği (gender identity)⁴⁶ de dahil olmak üzere cinsiyet ile ilgili hususların belirli toplumsal gruba üyeliğin tespit edilmesi veya böyle bir grubun özelliğinin belirlenmesi amacıyla dikkate alınacağını vurgulamaktadır.

Cinsiyet temelli zulme karşı başvuruların ağırlıklı olarak kadınlar ve kız çocukları tarafından yapıldığı görülmektedir. Ancak başvuruların ağırlıklı olarak kadınlar veya kız çocukları tarafından yapılması herhangi bir sınırlama sonucu doğurmamakta; cinsel yönelimleri sebebiyle zulme maruz kalanlar da bu başlık altında değerlendirilmektedir⁴⁷. Zira cinsiyet temelli zulüm korkusu; tecavüz, kadın sünneti, aile içi şiddet, insan ticareti gibi cinsel şiddet türlerinin zulüm aracı olarak kullanılmasından kaynaklanabileceği gibi homoseksüellik, transseksüellik, travestilik gibi farklı cinsel yönelimler nedeniyle karşılaşılan ayrımcılık yüzünden de doğabilmektedir⁴⁸.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki genel eğilim cinsiyet temelli zulmün, belirli toplumsal gruba mensubiyet dahilinde değerlendirilmesi yönünde ise de söz konusu zulmü teşkil eden şiddet eylemleri sadece bu gerekçeye hasredilmemelidir⁴⁹. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde yer verilen nedenlerin her birinin cinsiyet temelli zulmü dikkate alır biçimde yorumlanması gerekmektedir. Örneğin kızları için kadın sünnetine karşı çıkan ebeveynler, siyasi görüş gerekçesi altında değerlendirilebilecektir. Benzer şekilde, bunun dini bir uygulama olarak kabul edildiği durumlarda, bir kadın veya kız çocuğu, kendisine veya çocuklarına kadın sünneti yaptırmayı reddederek dini yoruma uygun davranmazsa, dini nedenlerle zulüm göreceğine dair haklı bir korkuya sahip olabilecektir⁵⁰. Böyle bir durumda cinsiyet temelli zulme maruz kalan kimseler Sözleşme'de sıralanan gerekçeler çerçevesinde çoklu ve kesişen bir koruma dahilinde değerlendirilebilecektir.

46 Toplumsal cinsiyet (gender/gender identity), bir cinsiyete atfedilen toplumsal veya kültürel olarak oluşturulmuş ve tanımlanmış kimliklere, statüye, rollere ve sorumluluklara dayalı olarak kadınlar ve erkekler arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Bu sebeple doğuştan gelmemekte; sosyal ve kültürel normlarla inşa edildiğinden durağan nitelik arz etmemektedir (UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 3). Bu tanımdan hareketle, söz konusu toplumsal grubun doğmasına yol açan nedenin yalnızca cinsiyet (sex) olmadığı, cinsiyetlerin toplumdaki algılanış biçimi olarak tanımlanan toplumsal cinsiyetin (gender), söz konusu belirli toplumsal grubun oluşmasındaki ana faktörü teşkil ettiği vurgulanmaktadır (Aydınlı (n 35) 76).

47 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 1, 6; UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 30. Cinsel yönelimleri nedeniyle zulüm gören kişilerin ortak niteliği, toplumlarda baskın olan cinsel yönelime (*heteroseksüellik*) veya cinsiyet kimliğine (*biyolojik cinsiyeti ile cinsiyet kimliği aynı olanlar*) sahip olmamalarıdır (Aydınlı (n 35) 92).

48 Kadınların ya da çocukların kandırılarak ya da zorla alıkonularak fuhuş ya da cinsel istismar amaçlı kullanılması toplumsal cinsiyete dayalı bir şiddet türü olarak kabul edilmekte; bu amaçlarla insan ticaretine maruz kalma tehlikesi ilgilinin iltica iddiasında bulunması için dayanak oluşturmaktadır. Cinsel şiddette dayalı bir zulüm çeşidi olarak zorla fuhuş yaptırmaya ya da cinsel istismara yönelik insan ticareti eylemlerine maruz kalan kadın ve çocukların mülteci statüsü elde ettiği görülmektedir. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 9, 16-8.

49 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 24-7, 32-4.

50 Elise Petitpas/Johanna Nelles, 'The Istanbul Convention: New Treaty, New Tool Forced' (2015) (49) Migration Review 83, 84.

2. Cinsiyete Dayalı/Yönelik Şiddet ve Haklı Nedene Dayanan Zulüm

BMMYK uygulamasında cinsiyete dayalı/yönelik şiddet, bir kişinin iradesi dışında gerçekleştirilen, cinsiyet eşitsizliğine ve erkekler ile kadınlar arasında toplumsal olarak atfedilen farklılıklara dayanan her türlü zararlı eylem için şemsiye bir terim olarak kullanılmaktadır. Fiziksel, cinsel veya zihinsel zarar veya acı veren eylemleri, bu tür eylemlerle tehdit etmeyi, zorlamayı ve diğer özgürlük mahrumiyetlerini içermektedir⁵¹. Bu minvalde cinsiyete dayalı şiddet; tecavüz, cinsel saldırı, cinsel istismar, fiziksel saldırı, zorla evlendirme, töre cinayetleri, zorla kürtaj, kısırlaştırma, çocuğun cinsel istismarı, çocuk yaşta evlilik, kadın sünneti, aile içi şiddet ve cinsel sömürü, aile içi kölelik amacıyla yapılanlar dâhil olmak üzere cinsel kölelik, insan ticareti şeklinde örneklendirilmekte ve bunların yanı sıra psikolojik veya duygusal istismarı da içerir kabul edilmektedir⁵².

Bu noktada sorulacak soru ise cinsiyet temelli şiddetin ne zaman zulüm olarak adlandırılacağıdır? Zira zulüm, Sözleşme’de mülteci statüsünün elde edilmesi bakımından öngörülen haklı temele dayalı zulüm korkusunun⁵³ en önemli parçasını teşkil etmektedir. Sözleşme’de zulüm kavramı tanımlanmamıştır ancak kavramın kapsamına ilişkin değerlendirme yapılırken yine Sözleşme hükümlerine başvurulmaktadır. Özellikle *non-refoulement* ilkesinin yer verildiği 33. madde, kavramın içeriğinin belirlenmesinde önemli bir referansı teşkil etmektedir. Madde hükmünden hareketle; ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet ve siyasi düşünce sebebiyle hayata ve hürriyete yönelik tehdidin veya ağır insan hakkı ihlallerinin, zulüm teşkil edebileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Söz konusu tehdit ve/veya ihlallerin doğrudan kişiye yönelik olması gerekli görülmemekte; ülkedeki genel güvensizlik halinin de zulüm kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir⁵⁵.

Kişinin maruz kaldığı cinsiyete dayalı şiddetin hangi ölçütler çerçevesinde zulüm kapsamında değerlendirileceği ise Sözleşme kapsamında kabul gören tanımın unsurları

51 Bu eylemler, bilinen veya bilinmeyen kişiler tarafından kamusal alanda veya özel alanda gerçekleştirilebilir. Cinsiyete dayalı şiddetin özellikle kadınları ve kız çocuklarını orantısız bir şekilde etkilediği görülmektedir. UNHCR, Resettlement Handbook, 3.4 Women and Girls at Risk <<https://www.unhcr.org/resettlement-handbook/3-resettlement-submission-categories/3-4-women-and-girls-at-risk/>> 1 Mart 2024.

52 Bunun yanında büyük ölçüde geleneksel ve kültürel normlar menşei, insan hakları ile bağdaşmayan hukuki düzenlemelerin tek başına varlığının dahi, zulüm korkusuna sebep olduğu müddetçe zulüm olarak değerlendirilebileceği öngörülmektedir. Ayrıca somut olay dahilinde belirli grupların/sıfatların varlığının söz konusu şiddet türlerine uğrama tehlikesinin arttırdığına dikkat çekilmektedir. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 9-10, 12-3, 18.

53 Haklı temele dayalı zulüm korkusu, başvuru sahibinin menşe ülkesinde kalması ya da ülkesine dönmesi halinde hayatının mülteci tanımında belirtilen sebeplerden dolayı tahammül edilemez bir hale geleceğini makul bir şekilde ortaya koyması şeklinde ifade edilmektedir (UNHCR, Handbook, para 42). Korku nihayetinde kişiye ait, subjektif bir kavrama tekabül etmektedir. Bu sebeple söz konusu şarta objektif nitelik kazandırmak amacıyla korkunun haklı temele dayanması aranılacak zulüm korkusunun başvurucağından bağımsız olarak menşe ülke kaynaklı bilgilerin değerlendirilmesi öngörülmektedir.

54 UNHCR, Handbook, para 51.

55 Bununla birlikte zulüm mutlaka devlet yetkilileri ya da eylemi veya ihmali devlete atfedilebilecek kişiler tarafından işlenmesi aranmamakta; zulüm niteliğindeki eylemlerin devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilmesi halinde yetkili makamların bu eylemlere bilinçli olarak göz yumması, zulme uğrayan kişilere etkili korunma sağlanmasını reddetmesi veya devletin bu koruma gücünden mahrum olması hali de zulüm kapsamında değerlendirilmektedir. UNHCR, Handbook, para 65.

doğrultusunda, devlet uygulamaları çerçevesinde şekillenmektedir. Ağırlıklı uygulama ise insan hakları temelli bir yaklaşım çerçevesinde zararın zulme dönüşmesi için belirli bir ciddiyet seviyesine ulaşması gerektiği yönündedir⁵⁶. Bu hususta özellikle 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi bağlamında şekillenen uygulamanın en önemli temsilcilerinden birini teşkil etmesi bakımından Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi'ne değinmek gerekmektedir⁵⁷. Direktif'te, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne⁵⁸ atıfla zulmün varlığının tespiti bakımından ciddi bir zararın ve sürekliliğin varlığı aranmaktadır. Direktif'in 9. maddesinin ilk fıkrasının 'a' bendi, niteliği ve sürekli tekrarlanmakta olmaları sebebiyle Sözleşme ile 'sınırlanılmayan haklar' olarak listelenen haklar başta olmak üzere, insan haklarını ciddi şekilde ihlâl eden fiillerin, uygulanan tedbirler de dahil, somut olayın özellikleri çerçevesinde zulüm teşkil edeceğini belirtmektedir⁵⁹. Söz konusu fıkranın 'b' bendi ise mevcut uygulamaların/şartların kümülatif değerlendirmesine işaret ederek, bir bireyi 'a' bendinde belirtilenlere şekilde benzer şekilde etkileyecek kadar ciddi olan insan hakları ihlalleri dahil, çeşitli tedbirlerin/uygulamaların toplamının zulüm eylemi teşkil edeceğini ifade etmektedir. 'b' bendinde yer alan ifadeler, Sözleşme ile öngörülen olağanüstü rejim çerçevesinde sınırlandırılmayan hak grubu içerisinde yer almayan hak ve özgürlükler bakımından ortaya çıkan ihlallere gönderme yapılarak açıklanmakta; zulüm teşkil ettiği iddia edilen eylemlerin/uygulamaların, bir bütün olarak değerlendirildiğinde insan onurunu zedelemesinin/insan onuruna duyulan itibarı zayıflatmasının, aranan ciddiyet düzeyini karşıladığı kabul edilmektedir⁶⁰.

Direktif 9. maddenin 2. fıkrasında ise cinsiyete yönelik/dayalı şiddet bakımından ayrıca bir düzenlemeye giderek cinsel şiddeti de içerecek şekilde, fiziksel veya ruhsal şiddetin; özünde ayrımcılık olan veya ayrımcı bir tutumla uygulanan hukuki, idari tedbirlerin veya kolluk ve/veya yargı tedbirlerinin; orantısız ya da ayrımcı kovuşturmanın veya cezalandırmanın; orantısız veya ayrımcı bir cezalandırma sonucu adli tazminatın reddinin veya cinsiyet temelli veya çocuğa odaklı bir niteliği haiz

56 Cinsiyete dayalı şiddette baskın hedefi kadınların teşkil ettiği görülmektedir. Kadına yönelik şiddetin zulüm olarak değerlendirilmesinde 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığı Önlenmesi Sözleşmesi ve 1989 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme başta olmak üzere çeşitli insan hakları belgeleri rehber alınmaktadır. Ninette Kelley, 'The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade's Progress' (2001) 13(4) International Journal of Refugee Law 559, 562.

57 Kanada, Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya devlet uygulamalarında somut olay çerçevesinde zulmün tespitinde ciddi zarar olgusunun sorgulandığı, zarar halinin süreklilik ve sistematik bir risk taşınması şartlarını da barındırmasının arandığı görülmektedir. Söz konusu devlet uygulamalarına ilişkin analiz için bkz. Öztürk (n 16) 226-8.

58 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, European Treaty Series- No. 5, Council of Europa <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> 14 Haziran 2023. 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 yayınlanmıştır. Onay belgesi, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından bu tarihte yürürlüğe girmiştir.

59 Vasıflandırma Direktifi'nde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yapılan söz konusu atıf, Direktif'te insan hakları temelli bir yaklaşım benimsendiğini gösterirken bir eylemin/uygulamanın veya tedbirin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi bağlamında "zulüm eylemi" olarak sınıflandırılması için aranan ciddiyet düzeyine de rehberlik etmektedir.

60 Divan, insan onurun korunmasına ilişkin vurgusunda Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ilk maddesine atıfta bulunmuştur. CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 41 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=82FAB62A67283FFEE1E2B3E71C8FF8B?text=&docid=290687&pageIndex=0&dclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11334707>> 5 Aralık 2024.

olan/özümlenebilecek mahiyette eylemlerin zulüm kapsamında değerlendirileceğini belirtmektedir⁶¹. Dolayısıyla bu düzenlemeler çerçevesinde cinsiyete yönelik/dayalı ayrımcılık temelinde ortaya çıkan, insan onurunu ciddi şekilde zedeleyerek temel insan haklarını sürekli ve sistematik olarak ihlal eden, devletin koruma yükümünü yerine getirmedeği veya getiremediği her türlü fiilin, zulme sebebiyet verebileceği söylenebilecektir⁶². Bu noktada genel kabul gören ölçüt ise devlet tarafından sunulan korumanın yeterli ve etkili olmamasıdır⁶³.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Afganistan’da kadınlara yönelik benimsenmiş rejimin/uygulamanın zulüm eylemleri teşkil ettiği iddiasıyla uluslararası koruma talebinde bulunan ve Avusturya makamları tarafından kendilerine mülteci statüsü verilmesi reddedilerek ikincil koruma statüsü verilen Afganistan vatandaşı iki kadın tarafından yapılan itirazı konu alan 2024 tarihli kararında, Direktif’in 9. maddesine ilişkin yorumda bulunarak Afganistan’da uygulanan rejim üzerinden bir anlamda söz konusu hükümleri somutlaştırmıştır. Divan kararında, zorla evlendirme uygulamalarının kölelik yasağı bağlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4. maddenin; cinsiyete dayalı şiddete ve aile içi şiddete karşı koruma eksikliği kapsamında ise işkence yasağını düzenleyen 3. maddenin ihlalini teşkil ettiğini belirterek söz konusu eylemlerin Direktif’in ilgili maddesinin ilk fıkrasının ‘a’ bendi çerçevesinde tek başında “zulüm eylemleri” olarak sınıflandırılacağını ifade etmiştir⁶⁴. Kadınların sağlık hizmetlerine ve eğitime erişimini ve siyasi hayata, mesleki veya sportif faaliyetlere katılımını kısıtlamak, hareket özgürlüğünü sınırlandırmak veya kişinin kendi giyimini seçme özgürlüğünü ihlal etmek gibi 9. maddenin ilk fıkrasının ‘a’ bendi dahilinde değerlendirilmeyecek ayrımcı tedbirlerin ise bir bütün olarak ele alındığında, maddenin ilk fıkrasının ‘b’ bendinin amaçları doğrultusunda zulüm eylemleri oluşturmak için gereken ciddiyet seviyesine ulaşacak ölçüde kadınları etkilediğini tespit etmiştir⁶⁵. Zira Divan’a göre söz konusu tedbirler/uygulamalar, ayrımcılık ve baskı rejimine dayalı bir toplumsal yapının tezahürü olarak kümülatif etkiye sahip ve kasıtlı, sistematik uygulamanın sonucudur ve Afgan kadınlarını insan onuruyla ilgili temel haklardan cinsiyetlerinden dolayı açıkça ve sürekli bir biçimde mahrum bırakmaktadır⁶⁶. Bu sebeple Divan söz konusu tedbirlerin, insan onurunu zedelediğini vurgulayarak kümülatif etkileri itibarıyla maddenin ilk fıkrasının ‘b’ bendi çerçevesinde “zulüm eylemi” olarak değerlendirileceğine hükmetmiştir⁶⁷.

61 Söz konusu hüküm temel olarak zulüm kavramının kapsamının belirlenmesi amacını taşısa da cinsiyet temelli ayrıma yapılan vurgu, uygulamada bu yönde oluşacak herhangi bir tartışmanın önüne geçilmesi, idarenin bu yönde oluşacak takdir yetkisinin sınırlandırılması bakımından önem arz etmektedir.

62 James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths 1991) 104-108. Benzer yönde bkz. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 11.

63 Kelley (n 56) 565.

64 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 43.

65 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 44.

66 ibid.

67 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 46.

Bununla birlikte kadınların, kız çocuklarının, lezbiyenlerin, geylerin, biseksüel ve trans bireylerin, cinsel azınlıkların ve cinsiyet uyumsuzluğu olan (gender-non-conforming) bireylerin veya erkeklerin ve erkek çocuklarının, cinsiyetleri nedeniyle ya da toplumsal olarak belirlenen rollerden ve beklentilerden kaynaklı olarak maruz kaldıkları şiddet, nihayetinde ayrımcılığa dayandığından İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muameleye ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁶⁸ ile benimsenen işkence tanımında ortaya konulan amaç ve niyet unsurunu⁶⁹ karşılar kabul edilmektedir⁷⁰. ‘İşkence’ tanımı çerçevesinde ortaya konan bu kabul ise şüphesiz cinsiyete dayalı şiddet eylemlerinin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi kapsamında zulüm olarak adlandırılmasında ve/veya sınıflandırılmasında tetikleyici ve pekiştirici bir etki yaratmaktadır.

Cinsiyet temelli ayrımcılığın herhangi bir eylemden bağımsız olarak salt bir biçimde zulüm teşkil edip etmediği ise cinsiyete dayalı şiddet bağlamında tartışılacak bir diğer hususu teşkil etmektedir. Sözleşme’de zulüm riski ile bağlantılı olması gereken beş neden nihayetinde bireyin birtakım özelliklerini yansıtmaktadır. Sözleşme’de bu sebepler belirlenirken büyük ölçüde tarihsel deneyimlerden yola çıkılmış olsa da⁷¹ zulüm nedenlerinin iltica talep eden kişilerin belirli özellikleri üzerine inşa edilmiş olması ve nihayetinde elde edilen sonuç, ayrımcılık yasağının ya da ayrımcılığın önlenmesi gereğinin bir parçasını oluşturmaktadır⁷². Ayrıca cinsiyet temelli şiddet eylemlerinin Sözleşme çerçevesinde zulüm olarak tanımlanması, Sözleşme çerçevesinde eşit koruma sağlanması gerekliliğinin önemli bir parçasını teşkil etmektedir⁷³. Çünkü zulüm teşkil eden eylemin yarattığı korku, kişinin cinsiyetinden dolayı farklılaşabileceğinden ve/veya artabileceğinden nihayetinde belirli cinsiyet gruplarına eşit koruma sunulmaması ile sonuçlanabilecektir. Ancak tabi ki her ayrımcılık, zulüm değildir⁷⁴. Bu sebeple cinsiyet temelli ayrımcılık Sözleşme bağlamında doğrudan zulüm teşkil etmese de somut olay çerçevesinde zulümün bir parçasını teşkil edebilecektir⁷⁵. Ayrıca belirtmek

68 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 UNTS 85.

69 Amaç, niyet, devlet müdahalesi (katılımı), fiziksel veya zihinsel şiddetli acı veya eziyet unsurları işkence eşiğinin karşılanmasında esas alınan unsurlar olarak kabul edilmektedir. Bkz. UNHCR, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including The Right to Development (A/HRC/7/3) para 27, 30.

70 UNHCR, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (A/HRC/31/57), 5 January 2016, para 7-8 <<https://digitallibrary.un.org/record/831491?ln=en&v=pdf>> 14 Ağustos 2024.

71 Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Third Meeting, UN Documents (A/CONF.2/SR.3), 14.

72 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi de 19 Numaralı Genel Tavsiye Kararında, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığı Önlenmesi Sözleşmesi’nin ilk maddesinde yer alan ayrımcılık tanımının, kadına kadın olduğu için yönetilen ya da kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddeti içerdiğini belirtmektedir. CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against Women, Adopted at the Eleventh Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in 1992 (Contained in Document A/47/38), para 6 <<https://digitallibrary.un.org/record/148001?ln=en&v=pdf>> 15 Ağustos 2024.

73 Kelley (n 56) 561-2.

74 UNHCR, Handbook, para 54.

75 Örneğin belirli gruplara koruma sağlamamak hususunda benimsenen ayrımcı devlet politikasının ve/veya uygulamasının ciddi zararlar sonuçlanması halinde zulüm teşkil edebileceği kabul edilmektedir. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 15.

gerekir ki Sözleşme’de zulüm korkusunun varlığı aranarak netice odaklı bir yaklaşım benimsendiği için zulüm teşkil eden fiili gerçekleştirenin mutlak suretle Sözleşme’de sayılan nedenlere dayanan bir ayrımcılık saikiyle hareket etmesi aranmamaktadır⁷⁶. Söz konusu şiddet eyleminin bir zulme dönüşmesi ve kişinin Sözleşme ile sıralanan sebeplere bağlı olarak korku içinde bulunması mülteci sıfatının elde edilmesi için yeterli görülmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki uluslararası koruma statüsüne ilişkin başvuruların bireysel olarak değerlendirilmesi gerekliliğinin, özellikle cinsiyete yönelik/dayalı şiddeti konu alan başvurularda özel koşullara ve durumun getirdiği özelliklere göre uyarlanmasının gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷. Cinsiyet temelli zulüm dahilinde bu takdir yetkisinin cinsiyeti sebebiyle zulme maruz kalan bireylerin kanunlar önündeki konumu, siyasi hakları, sosyal ve ekonomik hakları, ülkenin kültürel ve toplumsal gelenekleri ve bunlara uymamanın sonuçları, zararlı geleneksel uygulamaların yaygınlığı, bu kimselere yönelik bildirilen şiddetin sıklığı ve biçimleri, sunulan koruma, şiddeti uygulayanlar bakımından uygulanan ceza sistemi ve kişinin menşe ülkesine döndüğünde karşılaşabileceği riskler dahilinde menşe ülkedeki hukuki düzen ve uygulamalar temelinde kullanılacağı öngörülmektedir⁷⁸. Böyle bir değerlendirme sonunda menşe ülkede bireylerin sadece cinsiyetleri nedeniyle zulüm teşkil eden eylemlere maruz kalacaklarının tespiti halinde ise somut olayda korumaya başvuran kişinin menşe ülkesinde fiili ve özel olarak zulüm eylemlerine maruz kalma riskinin bulunduğu belirlenmesinin gerekli olmadığı kabul edilmektedir⁷⁹.

Zulüm olarak nitelenen cinsiyet temelli şiddet eylemlerinin kişisel sebeplere dayanma ihtimali karşısında ise zulüm ile zulüm nedenleri arasındaki bağın ispatı her zaman çok mümkün olmamaktadır. Bu hususta ise menşe devletin koruma zafiyetinin -yeknesak bir kabule ulaştığı, devlet uygulaması halini aldığı söylenemese de- nedensellik bağının kurulmasında esas alınabilecek bir ölçüt olduğu kabul edilmektedir⁸⁰. BMMYK İcra Komitesi de 73 sayılı sonuç kararında, tecavüz ve cinsel şiddetin diğer türlerine maruz kalanlar bakımından devletin göz yumması, koruma sunmayı reddetmesi veya koruma sağlayamaması, diğer bir deyişle menşe devletin koruma zafiyeti halinde bu

76 Uygulamada mülteci statüsünün tespitinde Sözleşme’de sıralanan nedenlerle zulüm veya zulüm korkusu arasındaki bağlantının tespitinde zulüm gerçekleştiren kişinin saikin değerlendirilmesini esas alan devlet uygulamalarına rastlanmaktadır. Ancak Sözleşme hükmü ve BMMYK kararları doğrultusunda, eylemi gerçekleştiren kişinin saiki, bu bağlantının kurulmasında zorunlu bir unsur olarak kabul görmemektedir. Konu hakkında detaylı analiz ve eleştiriler için bkz. Öztürk (n 16) 253-5. Vastılandırma Direktifi’nde, zulüm nedenleri zulüm teşkil eden eylem veya koruma zafiyeti arasında bir bağlantı olmasının gerektiği öngörülmektedir. Bkz. Avrupa Birliği Vastılandırma Direktifi md. 9/3.

77 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 54.

78 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 53.

79 Divan 2024 tarihli kararında Taliban tarafından benimsenen hukuki rejim ve bu çerçevede gerçekleştirilen ve çeşitli uluslararası mekanizmalar tarafından doğrulanan mevcut uygulamalar/tedbirler çerçevesinde, Afganistan vatandaşı kadınlar bakımından mülteci statüsünün tanınmasına ilişkin bir karine bulunduğunu belirtmiştir. CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 56-7.

80 Karen Musalo, ‘Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale for Evolving Jurisprudence’ (2003) 52 DePaul L. Rev. 777, 787-804, 806.

kişilerin mülteci olarak kabul edilmeleri gerektiğini vurgulamaktadır⁸¹. Özellikle silahlı çatışmalar dönemlerinde istismar edilen kadınlara uygulanan baskı ve zulüm, devletin bu kişilere yeterli korumayı sunmaması ya da sunamaması, menşe devletin koruma zafiyetinin en belirgin örneklerinden birini teşkil etmektedir⁸².

Zulüm olarak nitelenen cinsiyet temelli şiddet eylemlerinin kişisel sebeplere dayanma ihtimali karşısında, baskı ve zulüm tehlikesi ile Sözleşme’de yer alan zulüm nedenleri arasında bir bağ kurulmasını zorlaştıran önemli bir örnek ise aile içi şiddetin⁸³ varlığıdır. Bu noktada cinsiyet temelli zulüm karşısında kişiye sağlanan korumanın güçlendirilmesi bakımından Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nden (İstanbul Sözleşmesi)⁸⁴ de bahsetmek gerekmektedir⁸⁵. Sözleşme, cinsiyet temelli zulmü 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi hükümlerine referansla ele alması ve bir anlamda Sözleşme’nin uygulama ile genişleyen mülteci tanımına normatif nitelik kazandırması bakımından önem arz etmektedir.

İstanbul Sözleşmesi’nin 60. maddesi, kadına yönelik, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin (gender-based violence)⁸⁶, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi 1A(2) maddesi

81 Conclusions Adopted By The Executive Committee on The International Protection of Refugees, Executive Committee Conclusion No. 73 (XLIV) Refugee Protection and Sexual Violence (1993), para (j). BMMYK da 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin koruma alanının genişlemesi ve mültecilerin mümkün olan en geniş çerçevede Sözleşme’de yer alan hak ve korumalardan yararlanmalarının sağlanması gereği doğrultusunda 2002 ve 2003 tarihlerinde kadın mültecilerin korunması hususunda detaylı hükümler içeren rehberler hazırlamıştır. Söz konusu rehberler bağlayıcı niteliği haiz olmasa da devlet uygulamalarına yön vermeleri sebebiyle önem arz etmektedir. Bkz. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/ GIP/02/01); UNHCR, Sexual and Gender-Based Violence Against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, May 2003 <<https://www.unhcr.org/media/sexual-and-gender-based-violence-against-refugees-returnees-and-internally-displaced-persons>> 3 Ağustos 2024.

82 Söz konusu eylemlerin silahlı çatışmalar sırasında meydana gelmesi halinde cinsel şiddet dolayısıyla zulme uğrayan kadınlar bakımından elbette diğer nedenler bağlamında da değerlendirme yapılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki kadınların menşe devletin koruma zafiyeti bağlamında belirli toplumsal gruba mensubiyet dahilinde değerlendirilmesi bu kişilere tanınan korumayı güçlendireceği gibi diğer herhangi bir sebeple örtüşme olması ihtimalinde zulme maruz kalan bu kimselerin uluslararası koruma altına alınmasını sağlayacaktır.

83 Aile içi şiddetin belirli toplumsal gruba mensubiyet temelinde zulüm olarak kabul edildiğine ilişkin değerlendirme için bkz. Kelley (n 56) 565.

84 Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Council of Europe Treaty Series- No. 210) 3010 UNTS 107. Türkiye, Sözleşme’yi 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme’nin onaylanması 24 Kasım 2011 tarih ve 6251 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş, 29 Kasım 2011 tarih ve 28127 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bakanlar Kurulu’nun onaya ilişkin 10 Şubat 2012 tarih ve 2012/2816 sayılı Kararı ise, 8 Mart 2012 tarih ve 28227 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. 20 Mart 2021 tarih ve 31429 sayılı Resmi Gazete’de Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Karar (Karar Sayısı: 3718); 30 Nisan 2021 tarih ve 31470 sayılı Resmi Gazete’de ise 19 Mart 2021 tarihli ve 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilen Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Sona Erme Tarihinin 1 Temmuz 2021 Olarak Tespit Edilmesi Hakkında Karar (Karar Sayısı: 3928) yayınlanmıştır. Sözleşme çalışmada “İstanbul Sözleşmesi” olarak kısaltılacaktır.

85 Ayrıca Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi başlangıç hükümlerinde, ‘ikincil koruma’ statüsü için ortak kriterlerin belirlenmesinde insan hakları belgelerine dayanan uluslararası yükümlülükler ve üye devletlerdeki uygulamaların rehber alınacağını belirtildiği görülmektedir (Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi, Başlangıç Hükümleri para 34). Direktif’in başlangıç hükümlerinde yer alan bu düzenleme de Direktif hükümlerinin yorumlanmasında konuya ilişkin özel düzenleme barındıran İstanbul Sözleşmesi’nin önemini gündeme getirmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın da yargılamalarında, zulüm teşkil eden eylemleri ve statü verilme sürecini değerlendirirken 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin; İstanbul Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığı Önlenmesi Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi hükümleri ile birlikte ele alındığı görülmektedir. Bkz. CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 32-7.

86 Sözleşme’nin İngilizce metninde kullanılan “...gender-based violence” kavramı, Resmi Gazete’de yayınlanan Türkçe metninde “toplumsal cinsiyete dayalı şiddet” olarak yer aldığından çalışmada da bu çeviri kullanılmıştır.

anlamında zulüm olarak, tamamlayıcı koruma bakımından ise ciddi bir zarar biçimi olarak tanınabilmesini temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alınmasını, taraf devletler bakımından bir yüküm olarak belirtmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise Sözleşme’de tanımlanan tüm gerekçelerin toplumsal cinsiyete duyarlı bir şekilde yorumlanmasını ve bu gerekçelerden herhangi biri veya birkaçı nedeniyle zulüm görme tehlikesi söz konusuysa, başvuru sahiplerine, yürürlükteki ilgili hukukî araçlarla mülteci statüsünün tanınmasını öngörmektedir. Maddenin devam eden fıkrasında ise önceki fıkralarda öngörülen yükümlülükleri destekler nitelikte toplumsal cinsiyete duyarlı iltica usullerini oluşturmak için gerekli yasal veya diğer tedbirlerin alınmasının gerektiği ifade edilmektedir.

Maddenin ilk fıkrasıyla cinsiyet temelli şiddetin zulüm olarak tanımlanması⁸⁷, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nde öngörülen zulüm ile zulüm nedenleri arasında kurulması istenen bağı dolaylı olarak zayıflatmaktadır⁸⁸. Zira zulüm teşkil ettiği kabul edilen cinsiyete yönelik şiddet eylemleri, doğası itibarıyla, belirli bir toplumsal gruba mensup kişileri hedef almaktadır.

İstanbul Sözleşmesi bu yönüyle cinsiyetin belirli bir toplumsal grup teşkil ettiğini kabul ederken, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile sunulan korumayı da zımni olarak genişletmekte; mülteci belirleme usullerinde toplumsal cinsiyete duyarlı olunması çağrısında bulunmakta ve taraf devletleri, kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin iltica talebinde bulunmak için geçerli bir gerekçe olarak tanınmasını sağlamak üzere gerekli yasal ve diğer tedbirleri almakla yükümlü kılmaktadır⁸⁹. Sözleşme, özellikle kadın sünnetine dikkat çekerek cinsiyete dayalı/yönelik zulüm riski altındaki kimselerin ilgili iltica prosedürüne erişimini kolaylaştırmak, bu kimselerin korunmasını daha iyi güvence altına almak için taraf devletlere bir dizi yükümlülük getirmektedir⁹⁰. İstanbul Sözleşmesi, cinsiyet temelli zulüm karşısında, kadınların uluslararası statülere erişmesini kolaylaştırarak 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile öngörülen korumaya tamamlayıcı nitelik arz etmektedir.

B. Avrupa Birliği

Lizbon Andlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Avrupa Birliği hukuk sisteminde bağlayıcı değer kazanan 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın⁹¹ 18. ve

87 Council of Europe, Protecting migrant women, refugee women and women asylum seekers from gender-based violence, 2019 <<https://edoc.coe.int/en/violence-against-women/7862-protecting-migrant-women-refugee-women-and-women-asylum-seekers-from-gender-based-violence-istanbul-convention.html>> 14 Haziran 2024.

88 İstanbul Sözleşmesi’nin söz konusu hükmü, cinsiyete dayalı şiddete maruz kalan/kalma ihtimali olan kadınların herhangi bir teste tabi tutulmaksızın toplumsal grup olarak değerlendirilebileceği şeklinde yorumlanmaktadır. Öztürk (n 16) 286.

89 Petitpas/Nelles (n 50) 83.

90 Ayrıntılı analiz için bkz. Council of Europe and Amnesty International, The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women- A tool to end female genital mutilation, Strasbourg, 2014.

91 Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) (2012) OJ C326.

19. maddelerinde⁹² 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokol'e atıfla sığınma hakkına ve *non-refoulement* ilkesine yer verilmektedir. Avrupa Birliğinin İşleyişinde Dair Andlaşma ile ise mülteci akınının etkin yönlendirilmesi, hukuka uygun olarak üye devletlerde ikamet eden üçüncü devlet vatandaşlarına adil muamele edilmesi ve yasa dışı göç ve insan ticaretinin önlenmesi amacıyla ortak göç politikası amaçlanmaktadır⁹³. Bu bağlamda *non-refoulement* ilkesine yapılan vurguyla 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokol çerçevesinde, Birliğin sınırları içerisinde uluslararası korumaya muhtaç üçüncü ülke vatandaşlarına gereken hukuki statünün verilmesi öngörülmektedir⁹⁴.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile kabul edilen sığınma hakkı ve Andlaşma ile kurulması amaçlanan ortak göç politikasının en önemli ayağını ise Vasıflandırma Direktifi olarak adlandırılan 2011/95/EU sayılı Direktif teşkil etmektedir⁹⁵.

Vasıflandırma Direktifi, mültecilere ve diğer uluslararası koruma ihtiyacı olan kişilere dair birtakım ortak standartlar getirmektedir. Direktif'te, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ndeki tanımla uyumlu mülteci statüsü öngörülmekte ve -bölgesel nitelikli diğer düzenlemelerden farklı olarak- mülteci tanımı genişletilmeksizin uluslararası korumaya ihtiyacı olan ama mülteci statüsü için gerekli niteliklere sahip olmayan kimseler bakımından belirli şartlar altında Sözleşme'de öngörülen mülteci korumasını tamamlayıcı nitelikte ikincil koruma statüsü kabul edilmektedir. Direktifte ikincil koruma statüsü, mülteci statüsünü elde edemeyenler bakımından öngörülmektedir⁹⁶. Buna göre mülteci olmak için gerekli özelliklere sahip olmayan ancak menşe ülkeye ya da vatansızsa daha önce ikamet ettiği yere gönderildiği takdirde, 15. maddede⁹⁷

92 AB Temel Hakları Şartı md. 18, "Sığınma hakkı, 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve sığınmacıların statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol kuralları dikkate alınarak ve Avrupa Topluluğunu kuran Andlaşma'ya uygun olarak teminat altına alınmalıdır."; md. 19, "1- Toplu sınır dışı etmeler yasaktır. 2- Hiç kimse, ölüm cezası, işkence veya başka insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya cezaya tâbi tutulması konusunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu bir devlete geri gönderilemez, sınır dışı edilemez veya iade edilemez." şeklindedir.

93 ABİA, md. 79.

94 Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma (ABİA) (The Treaty on the Functioning of the European Union, (Official Journal of the European Union, C 326/47, 26.10.2012)), md. 78 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>>, 22 Mart 2024. Avrupa Birliği genelinde geçerli tek tip bir mülteci statüsü, sığınma hakkı elde etmeksizin tek tip bir ikincil koruma statüsü ve kitlesel akın durumunda yerinden edilen kişiler için ortak bir geçici koruma statüsü verilmesi öngörülmektedir (ABİA md. 78/2).

95 İkincil koruma adıyla tamamlayıcı koruma altında kapsamlı bir koruma rejimi belirleyen ilk düzenleme, 2004/83/EC sayılı Direktif'tir (Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted (Official Journal of the European Union, L 304/12, 30.09.2004) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083>> 22 Mart 2024)). Direktif ile Birlik çatısı altında mülteci ve ikincil koruma statüsü şeklinde iki ayrı bireysel statü belirlenmiştir. Ancak üye devletler arasında mülteci statüsü ve ikincil koruma statüsüne ilişkin görüş ve uygulama farklılıklarının devam etmesi üzerine söz konusu uyumsuzların giderilmesi ve ortak iltica politikası hedefini gerçekleştirilmesi amacıyla 2011/95/EU sayılı Vasıflandırma Direktifi kabul edilmiştir.

96 Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi md. 2 (f). Direktifte ikincil koruma tanımı yapılırken vurgulanan bu husus, başvurunun öncelikle mülteci statüsü bağlamında değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

97 Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi'nin 15. maddesinde, ölüm cezası veya infazı ya da başvuru sahibine menşe ülkesinde işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza uygulanması ya da uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarında bir sivilin hayatına veya kişiliğine yönelik ayırım gözetmeyen ciddi ve şahsi tehdidin ciddi zararı teşkil edeceği düzenlenmiştir. Madde silahlı çatışmalar bağlamında ayırım gözetmeyen şiddetten kaçan sivilere koruma sağlanması hedefi ile mülteci hukukunda aranan bireysel zarar riskini uzlaştırmayı amaçlamaktadır (Topal (n 2) 63).

tanımlanan ciddi zarar kapsamında; ölüm cezasına çarptırılma veya infaz edilme, işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz kalma, uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarında (bir sivilin) hayatına veya kişiliğine yönelik ayırım gözetmeyen şiddet nedeniyle ciddi ve şahsi tehdide maruz kalma gerçek riski altında bulunan ve bu risk nedeniyle menşe ülkenin ya da vatansızlar için daha önce ikamet ettikleri ülkenin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen Birlik vatandaşı olmayan kişiler için ikincil koruma öngörülmektedir⁹⁸.

Vasıflandırma Direktifi ile 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ndeki mülteci tanımına sadık kalınarak yeni bir uluslararası koruma statüsü ihdas edilmektedir. Bu koruma statüsü özellikle cinsiyete dayanan/yönelik şiddet eylemlerinin değerlendirilmesinde kilit rol oynamaktadır⁹⁹. Zira, Sözleşme düzeninde uluslararası koruma statüsü elde etmek için aranan şartlardan farklı olarak, ikinci koruma statüsünün kazanılması için cinsiyete dayanan/yönelik şiddet eylemlerinin zulüm niteliğine ulaşması; buna maruz kalan kimselerin ise belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti ya da Sözleşme ile öngörülen diğer nedenlere dahili aranmamaktadır. İkincil korumada, mülteci statüsü için aranan zulüm yerine ciddi zararın varlığı öngörülmekte ve bu ciddi zararın mevcudiyeti, belirli sebeplerle ilişkilendirilmesi gerekmeksizin, diğer bir deyişle herhangi bir sebepten bağımsız olarak, öngörülen koruma statüsünün elde edilmesi için yeterli görülmektedir. Ciddi zarar olarak adlandırılan eylemlerin yorumlanması hususunda ise büyük ölçüde insan hakları sözleşmeleri ve sözleşmelerle kurulan denetim mekanizmaları uygulamalarından yararlanılmaktadır¹⁰⁰. Zira ikincil koruma statüsü temel olarak üye devletlerin insan hakları sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerine dayandırılmaktadır. İnsan hakları hukukunun mülteci hukuku ile öngörülen korumayı kapsamayı ve mülteci hukuku ile ilişkilendirilen birçok normun insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde uygulanması sonucu ikincil koruma statüsünün yaratılması gerekliliğinin doğduğu genel olarak kabul görmektedir¹⁰¹.

98 Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi'nin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi madde 1 (f)'ye benzer şekilde kaleme alınan 17. maddesine göre; barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlendiğine, Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna, ağır bir suç işlendiğine ve bulunduğu ülkenin kamu düzeni ve güvenliğine tehdit oluşturduğuna dair hakkında ciddi emareler olan kişiler ikincil korumanın dışında tutulmaktadır.

99 Avrupa Birliği hukuk düzeninde direktifler, kural olarak, doğrudan uygulanabilme kabiliyetine sahip değildir. Direktifler, muhatap alınan her üye devleti, ulaşılması gereken sonuçları bakımından bağlar ancak şekil ve yöntem ulusal mercilere bırakılmıştır. Bu bağlamda üye devletler, hukuki düzenlemelerini Birlik kuralları ile uyumlaştırma yükümü altındadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, (7th edn Seçkin Yayıncılık 2022) 173-4.

100 Avrupa Birliği Adalet Divanı ilgili yorumları için bkz. Meltem İneli Cığır, 'Silahlı Çatışma Durumlarında Ayırım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İkincil Korunması (2018) 20(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 205. Vasıflandırma Direktifi başlangıç hükümlerinin (bkz. para 34), Direktif hükümlerinin yorumlanmasında insan hakları belgelerine ve bu belgelerle oluşturulan denetim mekanizmaları uygulamalarına yapılan atfın normatif kaynağını teşkil ettiği söylenebilir.

101 İnsan hakları ve mülteci hukuku arasındaki yakın ilişki, bireye sağlanan korumanın güçlendirilmesi hususunda iki türlü yorumlanmaktadır. İlk olarak 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde mülteci statüsü kapsamında sunulan korumanın insan hakları hukukunun gelişimi çerçevesinde yorumlanması ve uygulanması gerektiği öngörülmektedir. İkinci olarak ise *lex generalis* niteliğe sahip insan hakları hukuku karşısında mülteci hukukunun *lex specialis* nitelik arz etmesinin, tamamlayıcı koruma kapsamında sunulan korumanın, mülteci statüsünden daha zayıf haklar içermemesi gereğiyle sonuçlandığı; *non-refoulement* ilkesinin de bu gerekliliğinin dayanaklarından birini teşkil ettiği ifade edilmektedir. McAdam (n 7) 31-3, 255 vd.

Bu gereklilikte en ön önemli pay ise şüphesiz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesinde¹⁰² yer bulan ve uluslararası teamül kuralı olduğu kabul edilen¹⁰³ *non-refoulement* ilkesidir. İlke, kendi ülkelerindeki zulüm ve hayati tehlike tehdidinden kaçarak güvenli bir ülkede yaşamak isteyenler için devletlerin koruma sağlama ve bu bağlamda söz konusu kişilerin geri gönderilmeleri sonucunu doğuracak herhangi bir işlemde bulunmama yükümlülüğü öngörmektedir¹⁰⁴. İlke, en geniş şekilde 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde yer bulmuş olsa da uygulaması büyük ölçüde insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde devletin, kendi yetkisi altındaki bireylerin sözleşme hükümlerine aykırı muameleye maruz kalmalarını önleme yükümlülüğü ile ilişkilendirilerek pozitif yükümlülükleri kapsamında ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵. İkincil koruma statüsü ise bu temelde belirli sebeplerin varlığı halinde, kişinin geri gönderilmesi sonucunu doğuracak eylemi gerçekleştirmeme şeklinde devlete yüklenen pozitif yükümün, kişiye uluslararası koruma statüsü sağlanması şeklinde bir edim yükümüne dönüşmesidir. Bu bağlamda statü, büyük ölçüde insan hakları sözleşmeleri ile kurulan denetim mekanizmalarında içtihadı karşılık bulan yüküme normatif temel kazandırmaktadır¹⁰⁶. Ancak belirtmek gerekir ki *non-refoulement* ilkesi uygulaması, söz konusu statünün kabulünde önemli bir aracı teşkil etse ya da özellikle insan hakları sözleşmeleriyle kurulan denetim mekanizmaları söz konusu ihtiyacı görünür kılarsa da ilke kapsamında değerlendirilebilecek her durum, doğrudan kişiye ikincil koruma statüsünün verilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Zira Vasıflandırma Direktifi'nin başlangıç kısmında yer verilen; bir ülke nüfusunun tamamının ya da nüfusun bir kesiminin genel olarak maruz kaldığı risklerin normal olarak kendi başlarına ciddi zarar olarak nitelendirilebilecek bireysel bir tehdit oluşturmadığına ilişkin düzenlenmesi¹⁰⁷ de bunu doğrular niteliktedir.

102 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 ülkeye her ne şekilde olursa olsun sınır dışı edemeyeceği veya sınırdan geri gönderemeyeceği ve/veya çeviremeyeceği (expel or return ('refouler')) kabul edilmiştir. Sözleşme hükmünün, hazırlık çalışmaları ışığında ayrıntılı analizi için bkz. Ceren Karagözoğlu, 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' PPIL, (2023) 43(1) 313, 319, dp. 17.

103 Guy S. Goodwin-Gill, 'The Haitian Refoulement Case: A Comment' (1994) 6(1) International Journal of Refugee Law 103, 105; Elif Uzun, 'Geri Göndermeme İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme' (2012) 8(30) Uluslararası Hukuk ve Politika 25, 42-51.

104 Uzun (n 103) 25.

105 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.

106 *Non-refoulement* ilkesi çerçevesinde gelişen uygulama, başvuruculara özellikle insan hakları sözleşmeleri kapsamında bir koruma sunsa da nihayetinde bu kimselere statü tanınması ile sonuçlanmamaktadır. Devletlerin de *non-refoulement* ilkesinden doğan yükümlülüklerine uygun davranrsa da bu kişilere uluslararası koruma statüsü tanınması hususunda isteksiz davrandığı görülmektedir. McAdam (n 7) 199-207.

107 Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi, Başlangıç Hükümleri para 35.

Direktif'in 15. maddesinin son bendi¹⁰⁸ kapsamında ciddi zarar kavramı dahilinde yer verilen uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarında (bir sivilin) hayatına veya kişiliğine yönelik ayırım gözetmeyen şiddet nedeniyle ciddi ve bireysel tehdide maruz kalma gerçek riski ise doğrudan cinsiyet temelli zulüm bağlamında bir tasnif veya gerekçelendirme öngörmese de gerek uluslararası gerekse uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında cinsiyet temelli zulme uğrayanlara koruma sağlayacak şemsiye bir hükümdür. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi veya 1967 tarihli Protokol kapsamında sunulan gerekçeler bağlamında mülteci tanımı dışında bırakılan, uluslararası veya ulusal silahlı çatışmaların sonucu olarak ülkelerinden ayrılmak zorunda kalan kişilere uluslararası koruma statüsü tanınması bakımından önem arz etmektedir. Zira BMMYK, ayırım gözetmeyen şiddet veya ciddi ölçüde kamu düzenini bozan olaylar nedeniyle hayatlarına, fiziksel bütünlüklerine veya özgürlüklerine yönelik ciddi tehditler sebebiyle menşe ülkelerine geri dönemeyecek durumda olan ya da dönmek istemeyen bireylerin de uluslararası koruma kapsamına girmesi gerektiğini ifade etmekteyse¹⁰⁹ de uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların bir gerekçe olarak Sözleşme dahilinde yer almaması devlet uygulamaları bakımından farklılıkların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Direktif hükmü bu bağlamda devlet uygulamalarında birliğin sağlanması, üye devletler tarafından sunulan uluslararası koruma biçimlerini uyumlaştırması bakımından önemli bir rol üstlenmektedir. Direktif, mülteci statüsünün tanınması için gerekli şartları haiz olmayan, fakat uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarında ayırım gözetmeyen şiddet nedeniyle yaşamına ve kişiliğine yönelik ciddi ve bireysel tehdit nedeniyle ciddi zarara maruz kalacağına yönelik gerçek bir risk altında olan kimselere ikincil koruma statüsü tanımaktadır. Kişinin ikincil koruma kapsamında değerlendirilebilmesi için, menşe ülkesinde silahlı çatışma ve ayırım gözetmeyen şiddet hareketlerinin varlığı yeterli olmamakta, bu çatışmanın kişinin hayatına ve kişiliğine yönelik ciddi ve bireysel bir tehdit oluşturması gerekmektedir.

Direktif hükmü silahlı çatışmaları odak aldığından öngördüğü korumanın şartları bakımından sıralanan unsurlar da insancıl hukuk temellidir. Dolayısıyla söz konusu unsurların yorumunda insancıl hukuk düzenlemelerine başvurulmaktadır¹¹⁰. Bu çerçevede ilk kavramı uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar teşkil etmektedir.

108 Avrupa Birliği Vastıflandırma Direktifi md.15(c), *"uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarında ayırım gözetmeyen şiddet nedeniyle bir sivilin hayatına veya kişiliğine/şahısına yönelik ciddi ve bireysel tehdit"* şeklindedir.

109 UNHCR, Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, para 26.

110 Direktif'in ilgili hükmünde yer alan unsurlara ilişkin bir açıklamaya yer verilmediği için söz konusu kavramlar muğlak kalmıştır. Unsurların insancıl hukuk kural ve ilkeleriyle ilişkilendirilmesi ise bu kural ve ilkelerin söz konusu kavramların yorumlanmasında rehber olarak kullanılması ile sonuçlanmıştır. Eeva Nyknen, 'On The Lines of Demarcation and Their Significance- The Categories of Complementary Protection Under The Finnish Aliens Act' (2012) 30, Nordic Journal of Human Rights 148, 158, 161.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ortak 2. madde¹¹¹ gereğince ilan edilmiş savaş halleri veya savaş hali herhangi biri tarafından tanınmasa bile taraf devletlerden ikisi ya da daha fazlası arasında ortaya çıkan silahlı çatışma durumları ve taraf devletlerden birinin ülkesinin tamamen veya kısmen işgal edilmesi -bu işgal hiçbir askeri bir mukavemetle karşılaşmasa dahi- uluslararası nitelikte silahlı çatışma olarak tanımlanmaktadır¹¹². Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından yapılan tanımlama içinse 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin II Numaralı Protokol'ün¹¹³ ilk maddesi doğrultusunda, başkaldıran kuvvetlerin asgari bir örgütlenme düzeyine ve ülkenin bir kısmı üzerinde sürekli ve düzenli askeri eylemler yapabilmesine imkân veren denetime sahip bulunması ve şiddet eylemlerinin belirli bir yoğunluğa ulaşmış olması gerekmektedir¹¹⁴. Ancak söz konusu kavramların, devlet uygulamaları bakımından tutarlılık sağlanmamış olsa da Direktif'in konu ve amacı doğrultusunda ve çatışmanın siviller üzerindeki etkisine odaklanılarak bütüncül bir yaklaşım çerçevesinde insancıl hukukun yerleşmiş ölçütlerinden daha esnek bir biçimde yorumlandığı görülmektedir¹¹⁵. Avrupa Birliği Adalet Divanı 2014 tarihli Diakite kararında, hükümde yer alan kavramların, parçası oldukları hukuki metnin bütünü ve amacı temelinde yorumlanması gerektiğine dikkat çekerek, bir devletin silahlı kuvvetlerinin bir veya daha fazla silahlı grupla karşı karşıya gelmesi veya iki ya da daha fazla silahlı grubun birbirleriyle karşı karşıya gelmesi durumunda, bu hükmün uygulanması amacıyla uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bölgedeki mevcut şiddet düzeyinin değerlendirilmesine ek olarak, asgari bir örgütlenmeye sahip olunmasını ve şiddet eylemlerinin belirli yoğunluğa ulaşmasını ya da çatışmanın süresine ilişkin ayrı bir değerlendirmenin yapılmasını aramamıştır¹¹⁶. Divan bu yorumu ile Direktif ile sunulan korumanın bir parçasını teşkil eden ayırım gözetmeyen şiddetin varlığının, hükmün uygulanması bağlamında uluslararası nitelikte

111 Bkz. Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war, 75 UNTS 287. Çalışma kapsamında 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Sözleşmelere Ek Protokollerin Türkçe metninde “‘12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri’”, Ed. Melike Batur Yamaner vd., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42” isimli eserden yararlanılmıştır.

112 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde belirtilen bu tanıma, Sözleşmelere Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin I Numaralı Protokol'ün ilk maddesiyle eklemeler yapılmıştır. Buna göre, self determinasyon hakkını kullanan halkların, sömürgeci tahakküme, yabancı işgaline ve ırkçı rejimlere karşı mücadelesi de uluslararası silahlı çatışmalar kapsamındadır (Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), 1125 UNTS 3. Uluslararası nitelikli silahlı çatışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Yusuf Aksar, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022) 176-8.

113 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II), 1125 UNTS 609.

114 Ayrıntılı analiz için bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 4. Kitap* (Turhan Kitabevi 2016) 179.

115 Bu noktada özellikle Direktif'in, insancıl hukuk kuralları ile normatif bağ kurulmasını öngörmediğine ve insancıl hukuk kuralları ve Direktif'in amaçları bakımından farklılık arz ettiğine dikkat çekilmektedir. Nyknen (n 110) 159, 161-3; İneli Çiğer (n 100) 212-3.

116 CJEU, (Fourth Chamber), C-285/12, 30 January 2014, para 27, 30-5 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CF05463331BB22BF068ED0FDA1D48DC5?text=&docid=147061&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2997723>> 14 Ağustos 2024. Benzer yönde bkz. Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), ZMM (Article 15(c)) Libya CG [2017] UKUT 00263 (IAC), para 12 <<https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/2017-ukut-263>> 16 Ağustos 2024.

olmayan silahlı çatışmaların tanımı çerçevesinde öngörülen unsurları kapsar nitelikte olduğunu kabul etmiştir.

Ayrım gözetmeyen şiddet unsurunun varlığının tespitinde ise insancıl hukuk kurallarına indirgenmeksizin ancak özellikle koruma statüsü gereğince sivillerin korunması odağında, sivil çatışan ayrımının gözetilmesini öngören insancıl kurallarının ihlalinin esas alındığı görülmektedir¹¹⁷. Kişinin maruz kaldığı şiddet bakımından yapılan bu genel tanımlama söz konusu şiddetin kişinin hayatına veya kişiliğine yönelik ciddi ve şahsi bir tehdit olmasının aranmasıyla kişiselleştirilmektedir. Ancak ayrım gözetmeyen şiddet seviyesinin¹¹⁸ çok yüksek olduğu ve menşe ülkesine dönmesi halinde tüm sivillerin hayatının veya kişiliğinin risk altında olduğu istisnai durumlarda, sığınmacının şahsi olarak hayatının veya kişiliğinin tehdit altında olacağını kanıtlamasının gerekmediği kabul görmektedir¹¹⁹. Ayrım gözetmeyen şiddet seviyesinin yoğun olarak yaşanmadığı hallerde ise kişinin cinsiyeti belirleyici bir rol oynayabilmektedir. Zira cinsiyeti, mensup olduğu din ya da meslek grubu gibi kişisel özellikleri nedeniyle hayatının ve kişiliğinin tehdit altında olabileceği kabul edilmektedir. Ancak koruma sağlanması için söz konusu tehdidin varlığı yeterli görülmemekte, kişinin bu tehdit bakımından ciddi bir zarar göreceğine dair gerçek riskin varlığı aranmaktadır. Gerçek risk ise ayrım gözetmeyen şiddet durumunun ciddi zarara yol açma ihtimalinin derecesi ile ilişkilendirilmektedir¹²⁰. Gerçek riskin varlığı, ayrım gözetmeyen şiddetin bir kişiye ciddi bir zarar verebilme kapasitesi ile ölçülmektedir¹²¹. Ciddi zarar ise bir kişinin haklarına yapılan müdahalenin niteliğini ve yoğunluğunu tanımlamaktadır¹²². Buna göre bir müdahalenin ciddi olması için yeterli şiddette olması gerekmektedir.

Bununla birlikte Direktif'in ilgili hükmü ile öngörülen koruma, ilk iki fıkradan farklı olarak, kişi bakımından bir sınıflandırma ile siviller bakımından öngörülmektedir. İnsancıl hukuk kuralları çerçevesinde, silahını bırakan silahlı kuvvetler mensupları

117 Birleşik Krallık Mahkemesi, insancıl hukuk düzenlemelerinin hükmün yorumunda önemli rol oynadığına dikkat çekerken Direktif'in amacı doğrultusunda yorumu sadece insancıl hukuk düzenlemeleri ile de sınırlandırılmaması gerektiğini belirtmiştir. Asylum and Immigration Tribunal, KH (Article 15(c) Qualification Directive) Iraq CG [2008] UKAIT 00023, para 60-1 <<https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/37806>> 16 Ağustos 2024. Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) HM and others (Article 15(c)) Iraq CG [2012] UKUT 00409(IAC), para 42 <[https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/%5B2012%5DUKUT%2000409\(IAC\).pdf](https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/%5B2012%5DUKUT%2000409(IAC).pdf)> 16 Ağustos 2024. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki ayrım gözetmeyen şiddetin doğrudan silahlı çatışmalardan kaynaklanması aranmamakta, silahlı çatışmaların dolaylı etkileri de söz konusu düzenlemenin uygulama alanı kapsamında kabul edilmektedir. European Asylum Support Office (EASO), The Implementation of Article 15(c) QD in EU Member States, 2015, 5.

118 Ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesinin belirlenmesinde, silahlı çatışma sırasında kullanılan silahlar, yöntemler, çatışma sonucu meydana gelen sivil ölümler, yaralanmalar, çatışma nedeniyle yerinden edilen kişilerin sayısı, gönüllü geri dönüşler, güvenlik olayları, yaygın insan hakları ihlalleri, menşe ülkedeki siyasal otoritenin temel işlevlerini yerine getirip getirmediği gibi kriterler esas alınmaktadır. EASO, The Implementation of Article 15(c) QD in EU Member States, 2015, 3.

119 CJEU, C-285/12, 30 January 2014, para 30.

120 European Asylum Support Office (EASO), Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU) A judicial analysis, 2014, 13.

121 İneli Cığır (n 100) 220.

122 EASO, Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU), 2014, 13. Söz konusu zararın fiziksel olması aranmamakta, psikolojik şiddet kapsamında değerlendirilen durumlar da zarar kapsamında kabul edilmektedir. Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), ZMM (Article 15(c)) Libya CG [2017] UKUT 00263 (IAC), para 18.

ve hastalık, yaralanma, gözaltına alınma ya da herhangi bir sebeple çatışma dışında kalanlar dahil silahlı çatışmalarda aktif yer almayan kimseler sivil olarak kabul edilmektedir. Sivil statüsüne sahip olmayan bireylerin sivil nüfus içerisindeki varlığı, nüfusun sivil olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır¹²³. Direktif çerçevesinde ise bütüncül yaklaşım çerçevesinde silahsız olmanın önemli ancak belirleyici olmadığı kabulünden hareketle; silahlı çatışmada çatışan olarak yer alan kimselerin çatışmadaki rolünün, kişinin gönüllü olarak mı yoksa baskı altına alınarak hareket ettiğinin sivil tanımlanmasının yapılmasında göz önünde bulundurulması gereği öngörülmektedir¹²⁴.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Direktif'te yer verilen bu statü, mülteci statüsünü elde edemeyenler bakımından öngörüldüğünden Sözleşme çerçevesinde öngörülen yükümlülükler bağlamında tamamlayıcı nitelik arz etmektedir¹²⁵. Dolayısıyla üye devletlerin mülteci statüsü değerlendirmesi yapmaksızın bu statüyü tanımları 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nden doğan uluslararası yükümlülüklerinin ihlali ile sonuçlanmaktadır¹²⁶. Zira ikincil koruma statüsü ile mülteci statüsüne ikame değil, tamamlayıcı bir koruma amaçlanmaktadır¹²⁷. Direktif'in¹²⁸ zulüm teşkil eden cinsiyet temelli şiddet eylemlerine maruz kalanların belirli bir toplumsal grup kapsamında değerlendirilebileceği kabulü ise özellikle Avrupa Birliği hukuk düzeninde bu eylemler sebebiyle mağdur olan kimseler bakımından yapılacak mülteci statüsü değerlendirmesi gereğini pekiştiren bir unsur olarak kabul görmektedir.

II. Cinsiyet Temelli Zulme Karşı Türk Hukukunda Tanınan Koruma

A. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Yer Alan Uluslararası Koruma Statüleri

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) yürürlüğe girmeden önce Türk hukukunda uluslararası koruma rejimine ilişkin detaylı kanuni düzenleme

123 ICTR, Trial Chamber, Prosecutor v Jean Paul Akayesu, (ICTR-96-4-T) 2 September 1998, para 582 <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-04/MS15217R0000619817.PDF>> 12 Ağustos 2024.

124 EASO, The Implementation of Article 15(c) QD in EU Member States, 2015, 4.

125 Vasıflandırma Direktifi'nin 17. maddesinde kişinin uluslararası korumadan hariç tutulmasını öngören hüküm, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne paralel bir düzenleme içermektedir. Ayrıca Direktif'in 8. maddesinde başvurunun, menşe ülkedeki belirli bir bölgede, haklı sebeplere dayanan zulüm görme korkusu veya ciddi zarar görme riski bulunmuyorsa veya zulme veya ciddi zarara karşı korunabiliyorsa, bu bölgeye güvenli ve hukuka uygun biçimde seyahati mümkünse ve makul olarak bu bölgeye yerleşmesi beklenebilir ise kişinin uluslararası korumaya ihtiyacı olmadığı kabul edilerek başvurunun reddedileceği düzenlenmiştir. Direktif'in ilgili hükmü, "*dâhili koruma alternatifi*" olarak adlandırılan yaklaşımın bir görünümüdür. Yaklaşım hakkında ayrıntılı analiz için bkz. Lider Bal, 'Dâhili Koruma Alternatifi Yaklaşımı ve Uluslararası Koruma Statüsü' (2004) 6(1) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 416, 421-457.

126 İneli Cığır (n 100) 221.

127 Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi, Başlangıç Hükümleri para 33. Ayrıca bkz. EASO, Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU), 2014, 11.

128 Direktif md. 10/1(d).

bulunmamaktaydı. Mülga 1994 Yönetmeliği¹²⁹, Mülga Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği¹³⁰ ve 22 Haziran 2006 tarihli, 57 Sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi¹³¹ bu hususta esas düzenlemelerdi. Ancak bu düzenlemelerde yer alan hükümler, uygulama bakımından yetersiz ve dağınık bir şekilde bulunmaktaydı¹³². Bu düzenlemeler uygulamada sorunlara neden olmaktaydı¹³³. YUKK ile daha düzenli ve sistematik bir düzenlemeye kavuşulmuştur.

YUKK madde 3/1(r)'ye göre, uluslararası koruma statüleri; mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma olmak üzere üç adettir.

YUKK madde 61'de mültecinin tanımına yer verilmiştir. Burada önemle belirtilmelidir ki, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol, YUKK'taki kavramların esas temelini oluşturmaktadır¹³⁴. Bu nedenle YUKK madde 61'deki tanım, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokol'e uyumlu bir şekilde kaleme alınmıştır. Madde uyarınca:

“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 mülteci statüsü verilir”.

Türkiye, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olurken, Sözleşme hükümlerinin sadece Avrupa'da¹³⁵ meydana gelen olaylar neticesinde gerçekleşen sığınmalara uygulanacağını öngören bir beyanda bulunmuştur. Bu nedenle, Avrupa dışında meydana gelen olaylardan ötürü Türkiye'ye gelenlere mültecilik statüsü tanınmamaktadır¹³⁶. Avrupa dışında gerçekleşen olaylar sebebiyle Türkiye'ye sığınan kişilere nasıl bir koruma sağlanacağı konusu ise ayrı bir hükümde düzenlenmektedir.

129 Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 30.11.1994/22127.

130 RG. 29.04.1983/18032.

131 Genelge metni için bkz. <<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/57-Sayili-Genelge-2010-Degisikligi.pdf>> 24 Eylül 2024.

132 Odman (n 15) 188-191; Çiçekli (n 17) 242; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5th edn, Beta Yayınevi 2018) 9; Süreyya Can, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Koruma* (Yetkin 2021) 231.

133 Nasih Sarp Ergüven/Beyza Özturanlı, 'Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye' (2013) 62(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1007, 1008.

134 Çiçekli (n 17) 242; Öztürk (n 16) 365.

135 YUKK madde 3/1(b) uyarınca Kanun'da geçen “Avrupa” kelimesi, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Cumhurbaşkanınca belirlenecek diğer ülkeleri ifade etmektedir.

136 Öztürk (n 16) 398-399.

YUKK madde 62'ye göre, Avrupa dışında meydana gelen olaylar nedeniyle ve yine YUKK madde 61'deki beş neden olan ırk, din, tabiiyet, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşüncelerden 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 “*şartlı mülteci*” statüsü¹³⁷ tanınmaktadır.

Türkiye'nin kabul ettiği coğrafi sınırlamanın bir sonucu olan şartlı mülteci statüsünün mülteci statüsünden en temel farkı, YUKK madde 62'nin son cümlesinde ifade edilmektedir. YUKK madde 62 uyarınca şartlı mültecinin, üçüncü bir ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye'de kalmasına izin verileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, YUKK madde 62'de tanımlanan bu koruma statüsünün başına “*şartlı*” kelimesinin eklenmesinin sebebi, bu kişilerin ancak güvenli bir üçüncü bir ülkeye¹³⁸ yerleştirilme şartıyla koruma altına alınmış olmalarıdır¹³⁹.

Mülteci ve şartlı mülteci statülerine ek olarak, YUKK madde 63'te bir uluslararası koruma statüsü daha bulunmaktadır. Maddeye göre, “*ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak*” kişiler, mülteci veya şartlı mülteci şartlarını taşımıyor olsalar bile, bir uluslararası koruma olan ikincil koruma statüsüne sahip olabilmektedir¹⁴⁰.

İkincil koruma statüsü için en önemli hususlardan biri, bu statünün ancak mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen kişiler için tanınabilmesidir. YUKK madde 63'ün ilk cümlesinde de açıkça bu husus vurgulanmıştır. YUKK madde 63/1 şu şekilde başlamaktadır: “*Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen...*”.

137 Mülga 1994 Yönetmeliği'nde söz konusu kişiler, “*sığınmacı*” olarak adlandırılmaktaydı. YUKK ile birlikte artık “*sığınmacı*” statüsü kaldırılmıştır. Çalışmada, Türkiye'ye korunma amacıyla gelmiş ve daha başvuru yapmamış ya da başvuru yapmış ve başvurusu değerlendirme aşamasında olanlar için “*Türkiye'ye sığınanlar*” kavramı kullanılmaktadır.

138 YUKK madde 74/2'ye göre, “*Aşağıdaki şartları taşıyan ülkeler güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirilir: a) Kişilerin hayatının veya hürriyetinin, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle tehdit altında olmaması b) Kişilerin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı ülkelere geri gönderilmemesi ilkesinin uygulanıyor olması c) Kişinin mülteci statüsü talep etme ve mülteci olarak nitelendirilmesi durumunda Sözleşmeye uygun olarak koruma elde etme imkânının bulunması ç) Kişinin ciddi zarar görme riskinin olmaması*”. Buna ek olarak YUKK madde 74/3 uyarınca, “*Bir ülkenin başvuru sahibi için güvenli üçüncü ülke olup olmadığı, başvuru sahibinin ilgili üçüncü ülkeye gönderilmesini makul kalacak bu kişi ve ülke arasındaki bağlantılar da dâhil olmak üzere, her başvuru sahibi için ayrı olarak değerlendirilir*”.

139 Öztürk (n 16) 400.

140 İkincil koruma, YUKK öncesi dönemde Mülga 1994 Yönetmeliği'nde yer almamaktaydı. 22.06.2006 tarihli ve 57 sayılı Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi'nde kavram olarak ilk defa ikincil korumaya değinilse de bu kavramın tanımına ve açıklamasına yer verilmemiştir. YUKK ile tanınan ikincil koruma statüsü, Avrupa Birliği hukuku ile uyum süreci kapsamında kabul edilmiştir (Öztürk (n 16) 403). YUKK madde 63, Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi esas alınarak kaleme alınmıştır. 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, 78-79. Bu husustaki ayrıntılı değerlendirmelere ve öğretilere ileride yer verilmektedir.

Dolayısıyla bireysel bir uluslararası koruma başvurusu durumunda, eğer kişiye YUKK madde 61 veya madde 62 uyarınca (şartlı) mülteci statüsü sağlanabiliyorsa, ikinci koruma statüsü kapsamında bir inceleme söz konusu olmamalıdır¹⁴¹. Bir uluslararası koruma başvurusunda öncelikle YUKK madde 61 ve 62 çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir¹⁴².

İkincil koruma statüsü, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel insan haklarını koruma altına almayı amaçlamaktadır¹⁴³. Bu statünün dayanağını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesindeki işkence yasağı ve 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 33. ve YUKK'un 4. maddesinde düzenlenen geri gönderme yasağı oluşturmaktadır¹⁴⁴.

İkincil koruma statüsü, diğer uluslararası koruma statülerini tamamlayan bir statü olduğu için öğretide ve uygulamada “*tamamlayıcı koruma*” olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁵. İkincil koruma statüsü, diğer uluslararası koruma statülerinin kapsamını genişletmekte ve Sözleşme ile öngörülen korumayı tamamlayan bir statü olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁶. Ancak burada önemle belirtilmelidir ki, ikincil koruma statüsü, uluslararası bir andlaşma ile düzenlenmemiştir¹⁴⁷. Dolayısıyla da bu statünün kaynağı tamamen devletlerin ulusal hukuk sistemleridir¹⁴⁸. Dayanağını teşkil eden kaynak bakımından ikincil koruma statüsü, şartlı mülteci statüsü ile benzerlik arz etmektedir¹⁴⁹. Dayanağı 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi olan mülteci statüsü ise bu husus bakımından her iki statüden ayrılmaktadır. Mülteci statüsü, tamamen uluslararası hukukta bağlayıcılığı olan bir andlaşmaya dayanmaktadır.

141 Can (n 132) 239.

142 Aynı doğrultuda açıklamalar için bkz. Ankara 1. İdare Mahkemesi, E.2014/2070, K.2015/2630, K.T.30.11.2015. <http://www.izmbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/ANKARA%201_%20%C4%B0DARE%20MAHKEMES%C4%B0%20-2015-2630.pdf> 23 Ekim 2024.

143 Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (27th edn, Beta Yayınevi 2022) 25; Gökçe Arıkan, *Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 37.

144 Topal (n 2) 264, 267.

145 Çiçekli (n 17) 301; Ekşi (n 132) 51; Işıl Özkan, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku*, (5th Edn, Seçkin Yayıncılık 2023) 393; Baran Çelik (n 140) 78; Ahmet Hamdi Topal, ‘Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü’ (2015) 2(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, 13; B. Bahadır Erdem, ‘Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye’deki Durumları’, (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 332, 454; Arıkan (n 143) 40; Kutluhan Bozkurt, *Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku* (2nd Edn, Legal Yayıncılık 2022) 63, 72; Işıl Özkan, *Göç ve Vatandaşlık Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2022) 245; Topal (n 2) 264; Can (n 132) 125. Tamamlayıcı koruma statüleri hakkında uluslararası hukukta bir andlaşmanın olmaması, bu kavramların kapsamlarının ve sınırlarının net olarak çizilememesine neden olmaktadır. Bu nedenle, ikincil korumanın, tamamlayıcı korumanın bir alt kategorisi mi olduğu yahut da bağımsız başka bir koruma statüsü mü oluşturduğu hususu açık ve kesin değildir. Bu bağlamda, tamamen devletlerin takdir yetkisine dayanan farklı tamamlayıcı koruma statüleri ile de karşılaşılmaktadır. İsimleri, insani koruma, yerinden edilmiş insanların korunması, geçici sığınma olan diğer başka statülerin, farklı isimler altında da olsa birer tamamlayıcı koruma türü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. McAdam (n 7) 2; Can (n 132) 36-37.

146 McAdam (n 7) 23; Topal (n 2) 263.

147 Öztürk (n 16) 427 dp. 1572.

148 Öztürk (n 16) dp. 1572.

149 Öztürk (n 16) 427 dp. 1572.

İkincil koruma ile (şartlı)/mülteci koruması arasındaki en önemli fark, ikincil korumanın, mülteci korumasının temelini teşkil eden “*haklı nedenlerle zulüm korkusu*” ölçütünü aramamasıdır¹⁵⁰. Buna ek olarak, bu statü, YUKK madde 61 ve 62’deki beş nedeni aramamakta ve diğer uluslararası koruma statülerine göre daha geniş ve kapsayıcı bir koruma sağlamaktadır¹⁵¹.

İkincil koruma statüsünün kişilere sağlanabilmesi için, sığınmanın Avrupa veya Avrupa dışında meydana gelen olaylar neticesinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir önemi bulunmamaktadır. Dünyanın neresinde olursa olsun YUKK madde 63’teki olayların gerçekleşmesi ve kişilerin Türkiye’ye sığınması durumunda ikincil koruma statüsü kapsamında bir incelemenin yapılması mümkündür.

B. Cinsiyet Temelli Zulme Karşı Türk Hukukunda Öngörülen Koruma Statüleri

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile getirilen mülteci statüsü bireysel bir koruma statüsüdür¹⁵². Kişilerin mülteci statüsü için gerekli şartları taşıyıp taşımadıkları, başvuran herkes için ayrı ayrı yapılacak bireysel mülakatlar ile değerlendirilmektedir¹⁵³. Türkiye’nin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ne taraf olurken sunduğu ve 1967 tarihli Protokol’e taraf olurken koruduğu beyanın neticesi olan şartlı mülteci statüsü ve iç hukukumuzda düzenlenen diğer bir uluslararası koruma türü olan ikincil koruma statüsü de aynı şekilde şartların bireysel olarak tek tek değerlendirilmesi sürecine dayanmaktadır¹⁵⁴. Ancak, dünya üzerinde bazı dönemlerde kitlesel olarak büyük akınlara yaşandığı görülmektedir. Kitlesel ve ani bir şekilde gerçekleşen bu nüfus hareketleri, Cenevre Sözleşmesi’ne dayanan bireysel değerlendirme sürecini imkânsız kılmaktadır¹⁵⁵.

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nde herhangi bir şekilde hüküm altına alınmamış olan kitlesel göç hareketleri hakkında özel olarak düzenleme yapılması ihtiyacı, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti iç savaşı sonrasında daha da görünür hale gelmiştir¹⁵⁶. Bu doğrultuda, Avrupa Birliği tarafından, 2001 yılında, Geçici Koruma

¹⁵⁰ Öztürk (n 16) 403.

¹⁵¹ Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 25; Öztürk (n 16) 403.

¹⁵² Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 169; Ekşi (n 132) 155.

¹⁵³ Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 164.

¹⁵⁴ Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 169; Ekşi (n 132) 155.

¹⁵⁵ Öztürk (n 16) 423-4.

¹⁵⁶ Nuray Ekşi, ‘Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi’ (2014) 88(6) İstanbul Barosu Dergisi 65, 68; Şerife Sena Poçanoğlu, ‘21. Yüzyılda Yeni Bir Sığınmacı Krizi: Rusya ve Ukrayna Arasında Yaşanan Silahlı Çatışmalar Sebebiyle Yerinden Edilmiş Kişiler’, *Rusya-Ukrayna Krizi ve Uluslararası Hukuk*, Cüneyt Yüksel/ Ceren Karagözoğlu (eds) (On İki Levha 2023) 253-254.

Direktifi¹⁵⁷ hazırlanmıştır. Bu Yönerge ile ani ve geniş kitlesel akın halinde gelen yerlerinden edilmiş kişiler için istisnai karakterde derhal ve geçici koruma sağlayan ayrı bir statü kabul edilmiştir¹⁵⁸.

Kitlesel göç hareketlerine ilişkin olarak Türk hukukundaki ilk düzenleme ise Mülga 1994 Yönetmeliği'dir. Yönetmelik'te kavram olarak “geçici koruma”dan söz edilmese de¹⁵⁹, sınırlarımızı topluca geçen sığınanlar için yapılması gereken işlemler ve alınacak tedbirler düzenlenmiştir. 2013 tarihli YUKK ile Avrupa Birliği'nin ilgili Direktifi'ne benzer şekilde¹⁶⁰, YUKK madde 91'de, bireysel uluslararası koruma statülerinden tamamen farklı bir “geçici koruma” statüsü kabul edilmiştir. YUKK madde 91'de kabul edilen geçici koruma statüsündeki kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'deki hakları ve yükümlülükleri ve statünün uygulanmasına ilişkin diğer hususları düzenlemek amacıyla da 2014 tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği¹⁶¹ çıkarılmıştır.

YUKK madde 91 uyarınca, “Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir”. 2013 yılında kabul edilen YUKK ile ilk defa Türk hukukuna giren bu statünün düzenlenmesinin nedeni, 2011 yılından sonra Suriye Arap Cumhuriyeti'nde yaşanan olaylardan dolayı yaşanan sığınma hareketleridir¹⁶².

Geçici koruma, bireysel bir uluslararası koruma statüsü değildir¹⁶³. Geniş kitlesel akın halinde gelen ve başvurusu bireysel olarak değerlendirilemeyen kişiler için acil ve tedbir niteliğinde koruma sağlamak amacıyla getirilen tamamen iç hukuka tâbi

157 Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, Official Journal L 212, 07/08/2001, bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0055>> 24 Ekim 2024.

158 Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku (Temel Konular)* (8th edn Seçkin Yayıncılık, 2023) 293-294; Esra Yılmaz Eren, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma* (2nd edn Seçkin Yayıncılık 2021) 66-67; Gökçe Konyalı, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2021) 135.

159 Ekşi (n 156) 69; Ekşi (n 132) 53.

160 Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesi ve Geçici Koruma Yönetmeliği'nin ayrıntılı karşılaştırması için bkz. Sema Çörtoğlu Koca/F. Candan Kavşat, ‘Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi’ (2015) 1(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 311, 329 vd; Doğa Elçin, ‘Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar’ (2016) (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9, 9-80.

161 1994 Yönetmeliği, Geçici Koruma Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır, RG. 22.10.2014/29153.

162 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 169; Ekşi (n 132) 151; Lâle Ayhan İzmirli, ‘Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme’ (2017) 4(7), Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 43, 56.

163 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 26; Çiçekli (n 17) 306; Bülent Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (Seçkin 2009) 118; Asar (n 158) 254; Ayşe Yasemin Aydoğmuş, ‘Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi’ (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 141, 143; Neva Övünç Öztürk, ‘Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme’ (2017) 66(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201, 242; Sibel Özel, ‘Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü’ (2020) 17(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 709, 722.

bir korumadır¹⁶⁴. Geçici koruma statüsünün hukuki dayanağı, uluslararası hukukta bağlayıcılığı olan 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi değil, Türkiye’nin ulusal yabancılar hukuku mevzuatıdır.

1. Suriye Arap Cumhuriyeti’nde Meydana Gelen Olaylar Sebebiyle 28 Nisan 2011 Tarihinden İtibaren Türkiye’ye Sığınan Kişiler Bakımından Değerlendirme

Suriye Arap Cumhuriyeti’nden, 28 Nisan 2011 tarihinden itibaren cinsiyete dayalı bir zulüm nedeniyle Türkiye’ye sığınanlar bakımından sadece geçici koruma statüsü söz konusu olmaktadır.

YUKK madde 91’e göre geçici koruma statüsünün verilebilmesi için ilk şart, Türkiye’ye kitlesel bir akın ile sığınmanın gerçekleşmesidir. Kitlesel akın, Geçici Koruma Yönetmeliği madde 3/1(j)’de tanımlanmıştır. Buna göre, “*aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar nedeniyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usulen uygulanabilir olmadığı durumlar*” kitlesel akını ifade etmektedir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, Geçici Koruma Yönetmeliği madde 7 gereğince, “*...kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılar*” hakkında da geçici koruma kararı alınacaktır. Dolayısıyla, Geçici Koruma Yönetmeliği kapsamında sadece kitlesel olarak gelenlere değil, söz konusu kitlesel akına neden olan olaylar sonucunda bireysel olarak Türkiye sınırlarını geçenlere de geçici koruma statüsü tanınabilmektedir¹⁶⁵.

Geçici koruma statüsü sağlanmasına neden olacak kitlesel akının Avrupa’dan veya Avrupa dışından gerçekleşmiş olmasının YUKK veya Geçici Koruma Yönetmeliği bakımından bir önemi bulunmamaktadır¹⁶⁶. Dolayısıyla kural olarak, geçici koruma statüsünde coğrafi bir sınırlama yoktur¹⁶⁷. Ancak, geçici koruma statüsü verilmesi için kitlesel akınla veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırları geçme şartı tek başına yeterli değildir¹⁶⁸. Geçici Koruma Yönetmeliği madde 9’a göre, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Cumhurbaşkanı¹⁶⁹ tarafından geçici koruma kararının ilan edilmesi de gerekmektedir. Şu ana kadar sadece Suriye Arap Cumhuriyeti’nden gelenler bakımından böyle bir geçici koruma kararı ilan edilmiştir. Geçici Koruma Yönetmeliği geçici madde 1 uyarınca, “*28.04.2011 tarihinden itibaren, Suriye Arap*

164 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 168-169; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (6th edn, Savaş Yayınevi 2021) 11-2; Özel (n 163) 722.

165 Ekşi (n 156) 70.

166 Ekşi (n 156) 71.

167 Ekşi (n 156) 71.

168 Ekşi (n 132) 156.

169 25/12/2019 tarihli ve 30989 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 1851 sayılı Cumhurbaşkanı Kararının 4. üncü maddesiyle, hükmünde yer alan “*Bakanlar Kurulu*” ibaresi “*Cumhurbaşkanı*” şeklinde değiştirilmiştir.

Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle” Türkiye’ye gelen kişilere bu statü sağlanmaktadır. Dolayısıyla mevcut durumda sadece bu şartları sağlayan ve Suriye Arap Cumhuriyeti’nden gelenlere geçici koruma statüsü verilmektedir¹⁷⁰.

Geçici koruma, sığınmayı fiilen güvence altına almaktadır ancak bu güvence bireysel olarak kişilerin statülerinin belirlenmesini engelleyen bir süreci kapsamaktadır¹⁷¹. 28 Nisan 2011 tarihinden itibaren kitlesel akınla veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak Suriye Arap Cumhuriyeti’nden Türkiye’ye gelenler, YUKK madde 62 kapsamına girseler bile, bu kişilere şartlı mülteci statüsü verilememektedir¹⁷². Bu husus, Geçici Koruma Yönetmeliği madde 16’da açıkça ifade edilmektedir. Maddeye göre, *“Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların bireysel uluslararası koruma başvuruları, geçici koruma tedbirlerinin etkin şekilde uygulanabilmesi amacıyla işleme konulmaz.”*

Öğretide, geçici koruma statüsünün uygulandığı süre içerisinde bireysel koruma başvurularının alınamaması hususunun Yönetmelik’te düzenlenmiş olması, kanaatimizce de haklı olarak eleştirilmektedir¹⁷³. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹⁷⁴ madde 7 ve madde 8 gereğince, idarenin kanunla düzenlenmesi gereken bir hususta kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Bireysel statü belirlemeye ilişkin usulün YUKK ile düzenlenmiş olması karşısında, bireysel statü belirleme usulünün işletilemeyeceği ve durdurulacağı durumların da YUKK ile belirtilmesi gerekmektedir¹⁷⁵.

Tüm bu bilgiler ışığında, uygulamada Suriye Arap Cumhuriyeti’nden, 28 Nisan 2011 tarihinden itibaren cinsiyete dayalı bir zulüm nedeniyle Türkiye’ye sığınanlar bakımından zulüm nedeninin beş haklı nedenden birine girip girmediğinin tespitinin yapılamayacağını söylemek gerekmektedir. Bireysel olarak uluslararası koruma başvurularının önü şu an kapalıdır. Ancak bu kuralın kanunla değil, Geçici Koruma Yönetmeliği ile getirilmiş olması hukuken yerinde değildir.

2. Suriye Arap Cumhuriyeti Dışındaki Diğer Devletlerde ve 28 Nisan 2011 Tarihinden Önce Suriye Arap Cumhuriyeti’nde Meydana Gelen Olaylar Sebebiyle Türkiye’ye Sığınan Kişiler Bakımından Değerlendirme

Geçici Koruma Yönetmeliği geçici madde 1 uyarınca, *“28.04.2011 tarihinden itibaren, Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle” Türkiye’ye gelen kişilere geçici koruma statüsü verilmektedir. Geçici koruma ilan kararının ve*

170 Geçici koruma statüsüne başvuranlar, uygulamada uluslararası korumadan tamamen ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutulmaktadır. Söz konusu kişilerin sahip oldukları hak ve yükümlülükleri de uluslararası koruma statüsüne sahip olanlardan farklılık arz etmektedir.

171 Öztürk (n 16) 405.

172 Ekşi (n 132) 155.

173 Öztürk (n 16) 425-426.

174 Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG. 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

175 Öztürk (n 16) 424.

geçici madde 1'in kapsamı dışında kaldıkları için 28 Nisan 2011 tarihinden önce Suriye Arap Cumhuriyeti'nden Türkiye'ye cinsiyete dayalı bir zulüm nedeniyle koruma sağlamak amacıyla sığınan kişilere geçici koruma hükümleri uygulanmamaktadır. Bu kişiler bakımından YUKK kapsamındaki bireysel uluslararası koruma statüleri kapsamında bir inceleme yapılabilmektedir¹⁷⁶. Buna ek olarak, Suriye Arap Cumhuriyeti dışındaki başka bir devletten Türkiye'ye cinsiyet temelli bir zulüm nedeniyle sığınanlar bakımından, YUKK kapsamındaki bireysel uluslararası koruma statülerinden hangisinin sağlanacağına da ayrı olarak ele alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

İlk ana başlıkta detaylı olarak incelendiği üzere, bir kişiye mülteci statüsü tanınabilmesi için 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi uyarınca iki önemli şart gerekmektedir. Öncelikle, kişi bir “*zulüm korkusu*” içerisinde olmalıdır. Buna ek olarak, bu zulüm korkusunun beş haklı nedenden biri neticesinde meydana gelmesi şarttır.

1951 Cenevre Sözleşmesi'nde “*zulüm*” kavramı tanımlanmamıştır. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin “*zulüm*” gibi genel bir ifadeye yer vermesi ancak bu kavram hakkında ayrıntılı ve açıklayıcı bir hükme yer vermemesi, devlet uygulamalarını da farklılaştırmaktadır¹⁷⁷. Türk hukukunda da bu kavramın nasıl ele alınıp, hangi yöntemle değerlendirileceği hususunda büyük bir belirsizlik söz konusu olabilmektedir¹⁷⁸.

Daha önce de önemle üzerinde durulduğu üzere, aile içi şiddet, kadın sünneti ve cinsel yönelim gibi hususlara dayanan cinsel şiddet temelli başvurularda, kişilerin bu iddialarının belirli bir ciddiyet seviyesine ulaşması durumunda, BMMYK uygulamasında zulme uğradıkları kabul edilmektedir. Buna ek olarak, Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi madde 9/2'de de açıkça cinsel şiddetin bir zulüm nedeni oluşturacağı üzerinde durulmaktadır.

Türk yabancılar mevzuatında cinsiyet temelli şiddet eylemleri hususunda sağlanacak korumaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum gerek cinsiyet temelli şiddet eylemlerinin zulüm teşkil edip etmediği gerekse bu eylemlere maruz kalan kimselerin Sözleşme gereğince belirtilen beş neden dâhilinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda muğlak durumların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmektedir.

Uygulamada cinsel şiddetin başvuru mülakatlarında ispatlanması ve değerlendirilmesi sürecinde birtakım sorunların ortaya çıktığı görülmektedir. BMMYK, genel ispat hukuku ilkesine uyumlu bir şekilde, uluslararası korumaya başvuran kişinin iddiasına dayanak teşkil edecek bütün kanıtları ortaya koymakla yükümlü olduğunu

176 Ekşi (n 156) 72.

177 Öztürk (n 16) 505.

178 Öztürk (n 16) 505.

belirtmektedir¹⁷⁹. YUKK madde 75/2’de de başvuru sahibinin yetkililerle iş birliği yapmasının gerektiğine ve uluslararası koruma başvurusunu destekleyecek tüm bilgi ve belgeleri sunmakla yükümlü olduğuna değinilmektedir. Ancak öğretilde, yaşadıkları zulüm veya zulüm tehlikesi nedeniyle kaçan kişilerin genellikle yazılı belgelere dayanmasının veya tanık ifadesi dinletmesinin çok mümkün olmadığı üzerinde haklı olarak durulmaktadır¹⁸⁰. Kişinin özellikle cinsel yönelimini herhangi bilgi ve belge ile kanıtlamasının çok zor olması nedeniyle YUKK madde 75/2’nin “*toplumsal cinsiyete duysız bir hüküm*” olduğu görüşü de ileri sürülmektedir¹⁸¹. Uygulamada kişilerin cinsel yönelimlerini kanıtlayamamaları, cinsel yönelimlerinden dolayı gördükleri şiddetin genellikle değerlendirmeye alınmamasına sebep olmakta; bu durum ise kişinin mülteci/şartlı mülteci incelemesi dışında kalması ile sonuçlanmaktadır¹⁸². Yaşanan bu sıkıntılara ilişkin olarak öğretilde bazı çözüm önerileri getirilmektedir. Bu bağlamda, mülakatta iddia edilen hususların kanıtlanmasında başvuru sahibinin esas olarak ispat yükü altında bulunduğu ancak, başvuru makamının da başvuru ile birlikte bu yükü paylaşmasının gerekliliği vurgulanmaktadır¹⁸³. Özellikle insan hakları ihlaline ilişkin menşe ülkesindeki diğer verilerin¹⁸⁴ ve menşe ülke hakkında yazılan raporların değerlendirmede ele alınması önem taşımaktadır. Mülakatı yapan görevlilerin, hem başvuru sahibinin ifadeleri hem de kendi elde ettikleri diğer veriler ışığında, iddiaların belli bir ikna edicilik seviyesine (belirli bir ispat standardına) ulaşmış olup olmadığını test etmeleri önerilmektedir¹⁸⁵. Öğretilde, mülakatı yapan kişilerin, başvuru sahiplerinin daha önce yaşadıkları travmaları ve olayların psikolojik etkilerini de her zaman göz önünde tutmalarının önemi üzerinde durulmaktadır¹⁸⁶. Kanaatimizce, YUKK madde 78/3’teki hüküm, öğretildeki bu görüşü destekler niteliktedir. Hüküm uyarınca; “*Başvuru hakkında karar verilirken menşe veya önceki ikamet ülkesinin mevcut genel şartları ve başvuru sahibinin kişisel şartları göz önünde bulundurulur*”. Dolayısıyla, uluslararası korumaya karar verilirken mülakatı yapan kişilerin, hem başvuru sahibinin kendi ortaya koyduğu delilleri hem de kendi araştırmaları sonucunda edindikleri bilgileri göz önünde tutmalarının gerekli olduğunun altı çizilmektedir.

179 UNHCR, Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims 16 December 1998, para 5 <<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1998/en/23696>> 10 Aralık 2024.

180 Öztürk (n 16) 191.

181 Zeynep Kıvılcım, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile Geçici Koruma Yönetmeliği: Toplumsal Cinsiyet Perspektifiyle Bir Değerlendirme’ (2016) 71(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 919, 934.

182 Bilgiler, Göç İdaresi Başkanlığı ile 6 Mart 2024 tarihinde yapılan sözlü görüşmeler sonucunda elde edilmiştir.

183 Öztürk (n 16) 190.

184 Öztürk (n 16) 190.

185 Öztürk (n 16) 193-195.

186 Maria O’Sullivan/Dallal Stevens, ‘Access to Refugee Protection: Key Concepts and Contemporary Challenges’ *States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness*, Maria O’Sullivan/Dallal Stevens (Eds.) (Hart Publishing 2017) 27.

Cinsel şiddete uğramış olan kişiler, mülakatın yapılış şartları, mülakatı yapan kişinin cinsiyeti veya başka nedenlerle bu hususta konuşmaya çekinebilmektedir¹⁸⁷. Bu nedenle genellikle mülakatlarda bu hususların konuşulmadığı belirtilmektedir¹⁸⁸. BMMYK mülakatta cinsel şiddete ilişkin hususların konuşulması ile ilgili olarak bazı önerilerde bulunmaktadır¹⁸⁹. Bu bağlamda, başvurucunun mülakatı yürütecek kişiyi kendi cinsiyetinden seçebilme hakkının tanınabileceği belirtilmektedir¹⁹⁰. Buna ek olarak, mülakat sırasında başvurucuya muhakkak psikososyal desteğin sağlanmasının gerekliliği üzerinde durulmaktadır¹⁹¹. Ayrıca mülakatı yürüten görevlinin, kişinin psikolojik olarak çok fazla stres altına girdiğini fark ettiği anda mülakata ara vermesinin önemi de vurgulanmaktadır¹⁹².

Öğretide de başvuruçuların cinsel şiddete uğramış olup olmadıkları hakkında uygulamada yeterli bilgi alınamadığı üzerinde durulmaktadır¹⁹³. Özellikle eşcinsellerin, daha önce menşe veya ikamet ülkelerinde yönelimlerini açıkça dile getirdikleri için zulme maruz kaldıklarından, cinsel yönelimlerini anlatmaya utandıkları ve çekindikleri belirtilmektedir¹⁹⁴.

Cinsel şiddet nedeniyle uluslararası korumaya başvuran kişilerin mülakatta yaşadıklarını tam aktaramamalarından kaynaklanan bir diğer sorun da karşılaştıkları zulümden dolayı duydukları korkuyu kanıtlayamamalarıdır¹⁹⁵. Öğretide bu hususta esas alınması gerekenin, objektif anlamda bir korku olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁶. Kişinin sübjektif olarak korku duyup duymadığının somut olayda ispatlanması ve açıklanması çoğu durumda imkânsızdır¹⁹⁷. Buna ek olarak, yaşadığı bir olayda kişinin sübjektif anlamda korkusunun kanıtlanamaması zulüm riskini ortadan kaldırmamalıdır¹⁹⁸. Başvuranın zulüm riskine rağmen çeşitli nedenlerle korkularını anlatmakta ve göstermekte yetersiz kalması mümkündür¹⁹⁹. Başvuranın bir somut

187 Kelley (n 56) 561, 567; Johnsson (n 42) 223; Kıvılcım (n 181) 936; Elizabeth Adjin-Tettey, 'Reconsidering the Criteria for Assessing Well-Founded Fear in Refugee Law' (1997) 25(1) Manitoba Law Journal 127, 132.

188 Bu bilgi, 6 Mart 2024 tarihinde Göç İdaresi Başkanlığı ile yapılan sözlü görüşmeler sonucunda edinilmiştir.

189 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36; UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/12/09) 23 October 2012, para 60 <<https://www.unhcr.org/media/unhcr-guidelines-international-protection-no-9-claims-refugee-status-based-sexual-orientation>> 22 Ekim 2024.

190 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36; UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9 (HCR/GIP/12/09), para 60.

191 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36.

192 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36.

193 Kıvılcım (n 181) 935.

194 Alfredina Adofo, 'Feeling Persecution: Asylum Claims Related to Sexual Orientation in the United Kingdom and the Netherlands', *Master Thesis in International and European Public Law* (Tilburg University 2013) 49, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpgclclefindmkaj/<https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=131146>.

195 Adjin-Tettey (n 187) 131-133; Kelley (n 56) 561; Öztürk (n 16) 219-221.

196 Adjin-Tettey (n 187) 150; Öztürk (n 16) 219.

197 Adjin-Tettey (n 187) 131-133.

198 Öztürk (n 16) 221.

199 Adjin-Tettey (n 187) 131.

olayda ortalamadan daha az korku duymuş olması da olaydaki zulmü/zulüm riskini ortadan kaldırmamalıdır.

1951 Cenevre Sözleşmesi uyarınca, yaşanan zulüm korkusunun beş haklı nedenden birine girmesi mülteci statüsünün tanınabilmesi için gerekli diğer bir unsurdur. Daha önceki bölümde ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere, cinsiyete ilişkin hususlar Sözleşme’de açıkça sayılan beş neden içerisinde yer almamaktadır. Ancak, BMMYK İcra Komitesi kararlarında ve BMMYK’nın yol gösterici nitelikteki raporlarında, zulüm nedeninin içeriğine ilişkin olarak daha esnek bir bakış açısının izlenebileceği vurgulanmaktadır²⁰⁰. Bu bağlamda, BMMYK uygulamasında, cinsiyet temelli zulmün, genellikle “*belirli bir toplumsal gruba mensubiyet*” ölçütü kapsamında değerlendirmeye alındığı görülmektedir²⁰¹. Bunlara ek olarak, 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin Avrupa Birliği bakımından uygulamasını göstermesi bakımından önem taşıyan Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi madde 10/1(d)’de de menşe ülkedeki şartlara bağlı olarak, cinsiyetle ilgili hususların, özellikle cinsel kimliğin ve cinsel yönelimin, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet ölçütü içerisinde değerlendirilebileceği vurgulanmaktadır.

Öğretide de cinsiyet temelli başvurularda, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet ölçütü üzerinden değerlendirme yapılabileceğine yönelik görüşler bulunmaktadır²⁰². 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin cinsiyete duyarlı olarak yorumlanması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir²⁰³. Ancak, cinsiyet temelli başvurularda belirli bir sosyal gruba mensubiyet ölçütü bakımından değerlendirme yapılmasının, ölçütün kapsamının belirsiz olması nedeniyle, bazı sorunlara yol açabileceğine de dikkat çekilmektedir²⁰⁴. Sorunların çözülmesi için cinsiyetin altıncı bir ölçüt olarak 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne eklenmesinin gerekli olduğu belirtilmektedir²⁰⁵.

Dünya üzerindeki uygulamalara bakıldığında, BMMYK’nın cinsiyete ilişkin hususların belirli bir toplumsal gruba mensubiyet kapsamında sayılmasına ilişkin tavsiyesinden sonra, Kanada’da bu tavsiyeye uygun kararların çıktığı görülmektedir.

200 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 2-3.

201 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin somut olayda uygulanmasında beş ölçütün bazı durumlarda birbirleriyle örtüşmesi söz konusu olabilmektedir. Din veya siyasi görüşler gibi diğer ölçütlerin de bazı durumlarda somut olayda söz konusu olabileceği üzerinde de durulmuştur, bkz. Valerie Oosterveld, Woman and Girls Fleeing Conflict: Gender and the Interpretation And Application of the 1951 Refugee Convention, Division of International Protection United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Legal and Protection Policy Research Series, Switzerland, 2012 <<https://www.refworld.org/reference/lpps/unhcr/2012/en/89566>> 36.

202 Johnsson (n 42) 224-225; Hathaway (n 62) 162; Kelley (n 56) 565; Musalo (n 80) 804; Oosterveld (n 201) 36; Elizabeth Adjin-Tettey, ‘Defining a Particular Social Group Based on Gender’, Refuge: Canada’s Journal on Refugees/ Refuge: Revue canadienne sur les réfugiés, (1997) 16(4) Refugee and Immigrant Women: An International Perspective 22, 22; Kate Ogg, ‘The Future of Feminist Engagement with Refugee Law: from the Margins to the Centre and out of the ‘Pink Ghetto’?’, *Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*, Susan Harris Rimmer, Kate Ogg (Eds.) (Edward Elgar Publishing 2019) 177.

203 Ogg (n 202) 177.

204 Sushil Raj, ‘The Gender Element in International Refugee Law: Its Impact on Agency Programming and the North-South Debate’ (2001) (1) ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 164, 182.

205 Raj (n 204) 182.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 1993 yılında verdiği *A.G. v. Ward* kararında, cinsiyetin, doğuştan gelen ve değiştirilemez özelliği nedeniyle, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet dâhilinde değerlendirilebileceği açıkça belirtilmektedir²⁰⁶.

Kanada'da cinsiyete ilişkin hususların belirli bir sosyal gruba mensubiyet içerisinde incelendiği başka örnek de Kanada Göç Temyiz Kurulu'nun Zekiye İncirciyan²⁰⁷ olarak bilinen kararıdır. Karara konu olayda, başvuru Türk vatandaşı ve dul bir kadındır. Türkiye'de dul bir kadın olarak yaşarken karşılaştığı zorluklardan bahsetmektedir. Başvuru gün içerisinde sürekli olarak erkeklerin tacizine maruz kaldığını belirtmektedir. Ayrıca daha önce kaçırıldığını ve cinsel saldırıya uğradığını da ifade etmektedir. Kanada Göç Temyiz Kurulu, İncirciyan'ın, "*Müslüman bir ülkede, erkek bir akrabasının koruması altında olmadan yalnız yaşayan bekâr bir kadın*" olduğunu vurgulamış ve bu özellikleriyle belirli bir toplumsal gruba mensup olduğunu belirtmiştir.

Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bir kararda da Zekiye İncirciyan kararına atıf yapılmakta ve benzer sonuçlara ulaşılmaktadır²⁰⁸. Karara konu olan olayda, başvuru kadın Hindistan'ın Keşmir bölgesinde doğmuştur. Evli ve iki çocukludur. Eşi X ile birlikte Yeni Zelanda'ya turistik vize ile gelmiş, el işi ürünleri satan küçük bir dükkân işletmeye başlamıştır. Ancak, işleri iyi gitmemiş ve dükkân işlememiştir. Eşi X, bir suçtan ötürü tutuklanmıştır ve dava anında hapis hâlinde. Başvuru kadın, iki çocuğu ile birlikte eşi olmadan Hindistan'ın Keşmir bölgesine gönderilirse çok zor durumda kalacağını, zulme uğrama riski olduğunu belirtmektedir. Söz konusu bölge, temyiz başvurusu incelenirken, Pakistan Devleti'nin desteklediği Müslüman güçler tarafından kontrol altında tutulmaktadır. Başvurucunun babası hayatta değildir. Annesi evli olan bir kız kardeşi ile birlikte yaşamaktadır. Diğer kız kardeşi Yeni Delhi'ye gitmiştir. Keşmir'de kendisine destek olabilecek bir erkek aile üyesi bulunmamaktadır. Bu gerekçelerle, kendisinin cinsel saldırıya, insanlık dışı, onur kırıcı ve kötü muameleye maruz kalma riskinin bulunduğunu belirtmekte ve mülteci statüsü almak istemektedir. Yüksek Mahkeme, İncirciyan kararında belirtilen hususlara atıf yaparak, başvurunun "*Müslüman bir toplulukta kocasından ayrı yaşayan, kendisine kalacak yer, erkek aile üyesi desteği veya mali destek bulamayan ve kendi topluluğunun geleneklerini ihlal ettiği bilinen Müslüman kadın*" olduğunu belirtmekte ve belirli bir toplumsal gruba mensup olduğu için zulme uğrama riski olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenlerle mülteci statüsü alabileceğini ifade etmektedir.

206 The Attorney General of Canada v. Patrick Francis Ward, Supreme Court Judgments, [1993] 2 S.C.R. 689, <<https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1023/index.do>> 21 Eylül 2024.

207 Kararın aslına ulaşılamamıştır. Karar hakkında değerlendirmeler için bkz. Hathaway (n 62) 162; Costance MacIntosh, 'When 'Feminist Beliefs' Became Credible as 'Political Opinions': Returning to Key Moment in Canadian Refugee Law' (2005) (17) Canadian Journal of Women and the Law 135, 136; Öztürk (n 16) 287.

208 Refugee Status Appeals Authority, Refugee Appeal No. 80/91, N.S. at Auckland, 20.02.1992. Karar için bkz. <<https://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/80-91.htm>> 4 Eylül 2024.

Almanya Augsburg İdare Mahkemesi'nin bir kararına ise kadının zorla evlendirilmesi hususu konu olmuştur²⁰⁹. Karara konu olan olayda, başvuru kadını Afganistan İslam Cumhuriyeti vatandaşıdır. Babası tarafından, amcasının bir arkadaşı ile zorla evlendirilmiştir. Düğünden hemen sonra, 2011 yılında Almanya'ya teyzesinin yanına kaçmıştır. Mahkeme, zorla evlendirilmenin bir zulüm teşkil ettiğini belirtmektedir. Buna ek olarak, Mahkemeye göre, başvuruyu tehdit eden zulüm, cinsiyeti ve belirli bir toplumsal gruba -geleneksel olarak zorla evlendirilmeyi de gerektiren ailelerden gelen evlenmemiş kadınlar- mensup olmasıyla bağlantılıdır.

Cinsel yöneliminden dolayı zulme uğrama korkusu içerisinde bulunan kişilerin, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet kapsamı içerisinde değerlendirilebileceği konusundaki ilk kararlara ise Hollanda yargısında rastlanmaktadır²¹⁰. Polonya Cumhuriyeti vatandaşı bir eşcinselin, zulüm korkusu ile Hollanda makamlarına sığınması ile ilgili olayda, Hollanda mahkemeleri, eşcinsellik Polonya'da devlet tarafından resmi olarak cezalandırılmasa da eşcinsel bireylerin belirli bir toplumsal grup oluşturduklarına ve ciddi ayrımcılığa maruz kaldığına değinmekte ve mülteci statüsü tanınmasının gerektiğine karar vermektedir²¹¹.

Avustralya Mülteci Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında da Türk vatandaşı olan başvuru kadının Türkiye'de cinsel yöneliminden dolayı fiziksel şiddet görmesi ve aşağılanması nedeniyle, “Türkiye’deki eşcinsel erkekler” sosyal grubuna dâhil olduğuna ve zulüm gördüğüne karar verilmiş ve kendisine mülteci statüsü sağlanmıştır²¹².

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) uygulamasında ise aile içi şiddet mağdurlarının belirli bir toplumsal gruba mensup olduklarına ilişkin kararlara rastlanmaktadır²¹³. Bir karara konu olan olayda, Guatemala Cumhuriyeti vatandaşı bir kadın on yedi yaşında evlenmiştir. Evlendiği günden beri kocasının insanlık dışı, onur kırıcı muamelelerine maruz kalmaktadır. Kocasının gösterdiği fiziksel şiddet nedeniyle polise başvursa da polisin aile içi meselelere karışamayacağını söylemesi üzerine evine geri dönmek zorunda kalmıştır²¹⁴. Kadın, babasının evine dönerek kocasıyla olan ilişkiyi sona

209 The Administrative Court of Augsburg, Au 6 K 30092, 16 June 2011. <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-administrative-court-augsburg-16-june2011-au-6-k-30092>> 4 Eylül 2024.

210 Adofu (n 194) 43; Öztürk (n 16) 287 dp. 1074.

211 Adofu (n 194) 43; Öztürk (n 16) 287 dp. 1074.

212 Australia Refugee Review Tribunal, RRT Case No. 1208496, 24 December 2012, para 93, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ausrrt/2012/en/91259>>, 12 Aralık 2024.

213 Matter of A-R-C-G- et al., United States Department of Justice Executive Office for Immigration Review Board of Immigration Appeals, 26 August 2014 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/usabia/2014/en/89749>>; Matter of Rodi Adali Alvarado-Peña, United States Board of Immigration Appeals, 20 September 1996, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/usabia/1996/en/29835>>, 22 Ekim 2024.

214 Orta Amerika devletleri olan Guatemala Cumhuriyeti, El Salvador ve Honduras'ta aile içi şiddetin, ailenin özel bir meselesi olduğuna dair çok yaygın bir düşünce bulunmaktadır. Bu nedenle polisler aile içi şiddet durumunda olaya müdahale etmemektedir. Kocalarından veya partnerlerinden şiddet gören kadınların sadece yüzde altmışının olayı ihbar ettiği ve şikayette bulunduğunu belirtilmektedir. Geri kalan kadınların şikayeti faydasız gördükleri için sessiz kaldıklarına değinilmektedir, bkz. Maggie Morgan/Deborah Anker, 'Obstacles to Entry for Central American Refugees in the US', *States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness*, Maria O'Sullivan/Dallal Stevens (Eds.) (Hart Publishing 2017) 123-124.

erdirmeye çalışsa da kocası tarafından evine dönmemesi durumunda ölümle tehdit edilmiş ve evliliği bitirememiştir. Sonunda ABD’ye bir şekilde kaçmış ve koruma başvurusunda bulunmuştur. ABD yetkili makamları, Guatemala vatandaşı kadının, evliliğini sona erdiremeyen aile içi şiddet mağduru evli bir kadın olduğunu belirterek, bunun bir toplumsal grup oluşturacağını ifade etmiştir²¹⁵. Kanaatimizce de aile içi şiddet mağduru olan, ancak toplum baskısı veya ekonomik nedenlerle ilişkiye devam etmek zorunda kalan kadınlar, zulme uğrayan belirli bir toplumsal grup oluşturmaktadır.

Avustralya Federal Mahkemesi de aile içi şiddeti zulüm olarak değerlendirmekte ve aile içi şiddet mağduru kadınları belirli bir toplumsal gruba ait görmektedir. Mahkeme’nin bir kararına konu olan olayda, Pakistan İslam Cumhuriyeti vatandaşı Bayan Khawar, evli ve üç çocuk sahibidir²¹⁶. Alkolik olan eşinin devamlı olarak fiziksel şiddetine maruz kalmıştır²¹⁷. Komşuları da eşinin sürekli olarak Bayan Khawar’a şiddet uyguladığına ve yüzüne asit fırlattığına şahit olmuşlardır²¹⁸. Bayan Khawar, eşinin davranışları yüzünden polise başvursa da polis olaylara müdahale etmemiştir²¹⁹. Mahkeme, aile içi şiddetin bir zulüm teşkil ettiğine²²⁰ ve Bayan Khawar’ın, “*alkolik olan eşinin şiddetine ve istismarına maruz kalan ve polisin desteğinden mahrum kalan Pakistan vatandaşı bir kadın*” olarak belirli bir toplumsal gruba mensup olduğuna karar vermiştir²²¹.

Aile içi şiddet konusunda verilen farklı bir örnek olarak karşımıza İrlanda Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi’nin 2012 yılında verdiği karar²²² çıkmaktadır. Karara konu olan olayda, Nijerya Federal Cumhuriyeti vatandaşı başvuru kadını, on altı yaşında görücü usulü evlendirilmiş ve çocuk sahibi olamamıştır. Çocuk sahibi olmaması nedeniyle sürekli olarak kocasından fiziksel şiddet görmüştür. Vücudunda yara izleri de olduğu için kadının söylediklerinin haklı olduğuna ve kocasının eylemleri nedeniyle “*ciddi zarar*” gördüğünden ikincil koruma statüsüne sahip olabileceğine karar verilmiştir.

Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı uygulamasında da aile içi şiddet mağduru başvuru sahiplerinin koruma talepleri incelenmektedir. İkiisi de kocalarından fiziksel şiddet gören ve bu yüzden kaçan Pakistan İslam Cumhuriyeti vatandaşları Shahanna Sadiq Islam ve Syeda Khatoon Shah hakkında Birleşik

215 Matter of A-R-C-G- et al., s. 388-389; Aynı yönde, Matter of Rodi Adali Alvarado-Peña (n 213).

216 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar [2000] FCA 1130, Federal Court of Australia, 23 August 2000, para 85 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ausfc/2000/en/16906>> 4 Ekim 2024.

217 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 93.

218 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 93.

219 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 97.

220 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 159.

221 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 160.

222 Ireland- High Court, J.T.M.v Minister for Justice and Equality, Ireland and the Attorney General, IEHC 99, March 2012, bkz. <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/ireland-high-court1-march-2012-jtm-v-minister-justice-and-equality-ireland-and-attorney#content>> 3 Eylül 2024.

Krallık Temyiz Mahkemesi, başvuruçuların yaşadıklarının bir zulüm teşkil ettiğine, ancak başvuruçuların zulüm korkusundan bağımsız olarak belirli bir toplumsal grup oluşturmadıklarına karar vermiştir²²³. Islam, bir okulda öğretmenlik yaparken, iki çocuk arasındaki siyasi düşüncelerden kaynaklanan bir kavgayı ayırmaya çalışmıştır. Sonrasında çocuklardan biri Islam'ın eşinin siyasal düşünceleri hakkında olumsuz konuştuğu iddiasını yaymıştır. Bunun üzerine Islam, eşi ile anlaşmazlık yaşamış ve eşi kendisine fiziksel şiddet uygulamıştır. Shah, altı çocuk sahibidir ve ev hanımıdır. On yedi yaşında evlendiğinden beri eşinin fiziksel ve psikolojik şiddetine maruz kalmaktadır. Mahkemeye göre, kişilerin; özellikleri, nitelikleri, faaliyetleri, inançları, ilgi alanları veya hedefleri arasında bir tür iç bağlantı veya birlik olmadan belirli bir toplumsal grup olarak algılanması pek olası gözükmemektedir. Bu hususta ABD Göç Temyiz Kurulu'nun bir kararında daha farklı değerlendirmelere yer verilmektedir²²⁴. Guatemala Cumhuriyeti vatandaşı Rodi Adalı Alvarado-Peña'nın, kocasından gördüğü şiddet nedeniyle sığınma başvurusuna ilişkin kararda, “*belirli bir sosyal gruba mensubiyet*” ölçütü bakımından bazı tespitler yapılmaktadır. Kararda, en uyumlu ve homojen sosyal grubun üyelerinin bile ortak özelliklerin yanı sıra benzersiz özelliklere de sahip olabileceği belirtilmektedir²²⁵. Shah ve Islam kararında da söz konusu kadınların bazı özelliklerinin farklı olduğu, ancak ikisinin de ortak şekilde toplumsal cinsiyet kimlikleri nedeniyle zulme uğradıkları anlaşılmaktadır. Bu nedenle belirli bir toplumsal gruba mensup oldukları söylenebilecektir.

Birleşik Krallık, kadınların genital organına uygulanan operasyonlara (*female genital mutilation*) ilişkin olarak ise mülteci statüsüne başvuran kadın lehinde karar vermiştir. Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, Sierra Leone Cumhuriyeti vatandaşı on beş yaşındaki Zainab Esther Fornah, kadın sünneti uygulaması riskinden dolayı koruma talep etmektedir²²⁶. Sierra Leone'de kadın sünneti, çocukluktan yetişkin bir kadın olmaya geçiş ritüeli olarak, çok yaygın bir şekilde uygulanmaktadır²²⁷. Kararda, kadın sünneti uygulamasının, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi kapsamında bir zulüm teşkil ettiği belirtilmektedir²²⁸. Buna ek olarak, Mahkeme, kadın sünneti uygulaması riski altındaki kadınların belirli bir toplumsal grup oluşturduğunu da kabul etmektedir²²⁹.

223 R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department Ex Parte Shah; Islam and Others v. Secretary of State for the Home Department, Court of Appeal, 23 July 1997 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbraciv/1997/en/94996>> 2 Eylül 2024.

224 Matter of Rodi Adalı Alvarado-Peña (n 213).

225 Matter of Rodi Adalı Alvarado-Peña (n 213).

226 Zainab Esther Fornah v. Secretary of State for the Home Department, Case No: C4/2004/2047, Neutral Citation Number: [2005] EWCA Civ 680, in the Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Appeals Division) on Appeal from Immigration Appeal Tribunal, Royal Courts of Justice Strand, London, 9 June 2005, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbraciv/2005/en/16772>> 4 Eylül 2024.

227 Kadınların %80-%90'nının kadın sünneti riski altında oldukları belirtilmektedir, bkz. Fornah v. Secretary of State, para 54.

228 Fornah v. Secretary of State, para 60.

229 Fornah v. Secretary of State, para 63.

Türk hukuk öğretisinde ise cinsiyet temelli başvuruların beş nedenden birinin kapsamına girip girmediği hususunda farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, kadın sünnetinden kaçarak Türkiye’ye gelenlere, beş haklı nedenle bir zulüm korkusu içinde olmadıkları için ne mülteci ne de şartlı mülteci statüsü tanınmamaktadır²³⁰. Dolayısıyla bu görüşe göre, kadın sünnetinden kaçarak gelenler, belirli bir toplumsal gruba dâhil de kabul edilememektedir²³¹. Zina yapan kadınlara bazı ülkelerde uygulanan recm cezasından kaçarak gelenler için de mülteci veya şartlı mülteci statüsünün verilemeyeceği belirtilmektedir²³². Söz konusu kişilere ancak ikincil koruma statüsü kapsamında bir koruma sağlanabileceği düşünülmektedir²³³.

Öğretideki bir diğer görüşe göre ise Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi madde 10/1(d)’de olduğu gibi, YUKK’ta da cinsiyete dayalı zulüm veya zulüm riski ile karşılaşan kişilerin belirli bir toplumsal grup oluşturabileceğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır²³⁴. Aile içi şiddete maruz kalanlar ve eşcinsellerin bu bağlamda belirli bir toplumsal grup oluşturduğu üzerinde durulmaktadır²³⁵. Buna ek olarak, toplumsal cinsiyet temelli uluslararası koruma statüsü başvurularında da belirli bir toplumsal gruba mensubiyet ölçütü bakımından incelemenin yapılabileceği belirtilmektedir²³⁶. YUKK’ta “*özel ihtiyaç sahibi*” kavramı altında ve sınır dışı edilemeyecekler kapsamında cinsel şiddete uğrayanlara değinildiği belirtilerek, uluslararası koruma statüsü tanımlarında cinsiyet temelli başvurular konusunda bir eksiklik olduğu da vurgulanmaktadır²³⁷.

Uygulamada ise Göç İdaresi Başkanlığı ile yapılan sözlü görüşmelerde edinilen bilgilere göre, sığınma başvurularında bireysel zulüm korkusu ve bu korkunun beş haklı nedene dayanıp dayanmadığı hususunda ayrıntılı ve detaylı bir inceleme yapılması yerine, genellikle doğrudan YUKK madde 63 gereği ikincil koruma statüsü şartları

230 Ekşi (n 132) 150; Balay Sütüoğlu, *Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türk Hukukunda Sığınma Sistemi* (On İki Levha 2021) 141, dp. 97.

231 Ekşi (n 132) 150. Ekşi, eşcinsel olması nedeniyle zulüm gördüğü için İran’dan Türkiye’ye kaçarak gelen bir kişiye, belirli bir toplumsal gruba ait olmaktan dolayı, YUKK madde 62 uyarınca şartlı mülteci statüsünün tanınabileceğini belirtmektedir. bkz. Nuray Ekşi, ‘I. Oturum Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Düzenlenen Uluslararası Koruma Türleri’, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi*, Ceyda Süral/Ekin Ömeroğlu (Eds) (Seçkin Yayıncılık 2015) 41.

232 Ekşi (n 132) 150; Sütüoğlu (n 230) 141, dp. 97.

233 Ekşi (n 132) 150; Sütüoğlu (n 230) 141, dp. 97.

234 Odman (n 15) 166; Öztürk (n 16) 513; Lami Bertan Tokuzlu, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun’un Yasal Belirlilik İlkesi Konusunda Türk Uygulamasına Katkısı Üzerine Bir Değerlendirme’ (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1061, 1083-1084.

235 Sibel Safi, *Mülteci Hukuku* (2nd edn, Legal 2023) 120; Özkan (n 145) 109; Aydın (n 35) 88 vd.

236 Aydın (n 35) 75 vd.

237 Tokuzlu (n 234) 1083; Cavidan Soykan/Kristen Biehl/Ceki Hazan, *Türkiye’de Katılımcı Demokrasinin Güçlendirilmesi: Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin İzlenmesi Projesi Faz II, Kadın Mülteciler ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (Ceid Yayınları 2021) 24.

bakımından incelemeye geçildiği görülmektedir²³⁸. Özellikle güncel bir göç durumunu oluşturduğu için Ukrayna’da yaşanan silahlı çatışmalar nedeniyle gelenler bakımından Başkanlık ile yapılan görüşmelerde²³⁹ uygulamada zaten çoğunluğunun ikamet izni alarak geldiği aktarılmıştır. Uluslararası korumaya başvuranlar bakımından ise sadece YUKK madde 63 kapsamındaki şartların sağlanıp sağlanmadığının incelendiği ve bu kişilere yalnızca ikincil koruma statüsünün sağlandığı belirtilmiştir. Ancak, daha önce de üzerinde önemle durulduğu üzere, YUKK madde 63’e göre, bir kişi hakkında ikincil koruma statüsü bakımından inceleme yapılmadan önce, YUKK madde 61 ve madde 62 kapsamında bir incelemenin yapılmış olması şarttır. Ancak, uygulamada kural ikincil koruma statüsünün verilmesi, istisna ise (şartlı) mülteci statüsü verilmesi şeklindedir. Bu durum, YUKK madde 63’e açık aykırılık oluşturmaktadır ve hukuken yerinde değildir²⁴⁰.

Kanaatimizce, Ukrayna’da yaşanan silahlı çatışmalar nedeniyle Türkiye’ye kaçarak uluslararası korumaya başvuranlar bakımından öncelikle YUKK madde 61’deki şartların sağlanıp sağlanmadığı incelenmelidir²⁴¹. Bu bağlamda öncelikle başvuranların bir zulme uğrayıp uğramadıkları veya bir zulüm riskinin bulunup bulunmadığı ele alınmalıdır. Sonrasında ise yaşanan zulmün veya zulüm riskinin Sözleşme’de öngörülen beş ölçütten biri nedeniyle oluşup oluşmadığı detaylı olarak incelenmelidir. Ukrayna’da yaşanan silahlı çatışmalar özelinde değerlendirme yapılacak olursa, sivillerin bulunduğu okul, kilise gibi alanların bombalandığı ve sivillerin öldürüldüğü ileri sürülmektedir²⁴². Böylece kişiler sırf Ukrayna vatandaşı olmalarından dolayı zulme uğramaktadırlar. Dolayısıyla, Sözleşme çerçevesinde tabiiyetleri nedeniyle bir zulme uğradıkları söylenebilecektir. Çalışma konusu özelinde ise, kişilerin bireysel olarak silahlı çatışma ve saldırı ortamında uğradıkları cinsel şiddet nedeniyle uluslararası koruma başvurusu yapabilmeleri de mümkündür. Bu durumda, BMMYK uygulaması ve Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi ile paralel bir şekilde, başvuranların (özellikle cinsel saldırıya uğrayan kadınların) belirli bir toplumsal gruba mensup oldukları ve bu yüzden zulme uğradıkları yorumu yapılabilecektir. Uluslararası korumaya başvuranların beş haklı nedenden birine dayanan zulüm korkusunun somut olayda kanıtlanamaması durumunda ise diğer uluslararası koruma statülerini tamamlayan “ikincil koruma” bakımından bir değerlendirmeye geçilebilecektir.

238 Mülteci hukuku kapsamındaki Sözleşmeye dayanan yükümlülüğün olmaması karşısında devletlerin özellikle ikincil koruma statüsüne başvurmaması ve statünün artan bir şekilde uygulama alanı bulmasının eleştirisi hakkında bkz. McAdam (n 7) 49. Öğretide de Türkiye’nin genel olarak “mülteci yükü almama” stratejisi izlediği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk (n 16) 387-388.

239 Göç İdaresi Başkanlığı, Ukrayna’daki silahlı çatışmalar nedeniyle uluslararası korumaya başvuran kişiler hakkında net bir sayı bilgisi paylaşmamıştır.

240 Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi madde 2(f)’de de ikincil korumanın mülteci statüsü elde edemeyenler için tanınacağı öncelikle vurgulanmaktadır.

241 Daha önce de ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, silahlı çatışma, işgal ve silahlı saldırı gibi durumlar normatif temelde 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nde yer almasa da belirli ölçütler çerçevesinde Sözleşme uygulamasının bir parçasını teşkil etmektedir.

242 Poçanoğlu (n 156) 245-246.

İkincil koruma statüsü, Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi temel alınarak YUKK madde 63 düzenlemesine aktarılmıştır. Öğretide, Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi ile YUKK madde 63 karşılaştırılmakta ve bazı değerlendirmelere yer verilmektedir.

Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi madde 15 uyarınca, ikincil koruma statüsü için başvuran kişi bakımından ölçütün, mülteci korumasındaki gibi “zulüm” değil, “*ciddi zarar*” olduğu vurgulanmaktadır. Direktif madde 2, (f) bendinde ise ciddi zararın uygulanmasına yönelik önemli ispat standartlarına yer verilmektedir. Söz konusu bende göre, başvuran kişinin ciddi bir zarara uğrayacağı konusunda gerçek bir risk bulunduğu inanılması için esaslı gerekçeler bulunmaktaysa, o kişiye ikincil koruma statüsü tanınabilecektir. Bunlara ek olarak, Direktif madde 6’da, somut olayda ciddi zararın ortaya çıkması konusunda etkili olan aktörlerin kimler olabileceği üzerinde ayrıntılı olarak durulmaktadır. Madde uyarınca; devletin, devleti veya devlet topraklarının önemli bir bölümünü kontrol eden tarafların veya kuruluşların ve uluslararası örgütler de dâhil olmak üzere devlet dışı aktörlerin neden olduğu ciddi zarar riski bulunması durumunda, kişinin üye devletlerde uluslararası korumadan yararlanması mümkün olabilmektedir. Devlet dışı aktörlerin ciddi zarar aktörü olarak Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi’ne alınması, “*mülteci hukukunun en tartışmalı başlıklarından*”²⁴³ birini aydınlattığı için, olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilecektir.

YUKK’ta, Direktif’te olduğu gibi, bir “*ciddi zarar*” kavramının tanımına ve aktörlerine yer verilmemektedir. YUKK madde 63’te, ciddi zarar kavramından hiç bahsedilmemekte, sadece bu kavramın kapsamına dâhil olan haller, Direktif madde 15’te olduğu gibi sıralanmaktadır. Ayrıca, Direktif’in tanımlar maddesi olan madde 2’de açıkça “*gerçek bir risk bulunduğu inanılması*” yeterli görülürken; YUKK’ta ölüm cezası veya işkence insanlık dışı muamele yahut da ayırım gözetmeyen şiddet hareketlerinin, başvuru tarafından kesin ve mutlak bir şekilde ispatlanmasının gerekip gerekmediği maddeden açık olarak anlaşılamamaktadır²⁴⁴.

YUKK madde 63’ün ifadesinin açık olmaması, farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Öğretide, YUKK madde 63/1(a)’daki ölüm cezası bakımından bir değerlendirme yapılmaktadır. Ölüm cezasının gerçekleşeceğine ilişkin makul şüphe, esaslı gerekçeler veya güçlü belirtilerin yeterli olmadığı, ölüm cezasına ilişkin iddiaların kesin ispatlanmasının gerekli olduğu görüşü ileri sürülmektedir²⁴⁵.

²⁴³ Tokuzlu (n 234) 1083.

²⁴⁴ Öztürk (n 16) 403 dp. 1521.

²⁴⁵ Aslı Bayata Canyaş, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi’ (2015) 5(1) Hacettepe HFD 73, 76-77; Can (n 132) 269.

YUKK madde 63'teki düzenleme bünyesinde barındırdığı belirsizlikler sebebiyle uygulama açısından da birçok problemin doğmasına yol açmaktadır²⁴⁶. YUKK'ta, (şartlı) mülteci korumasının ölçütü olan “zulüm” kavramı ile ikincil korumanın kilit unsuru olan “*ciddi zararın*” farkı üzerinde daha çok durulması ve her iki kavram hakkında ayrıntılı açıklamalara yer verilmesi gerekmektedir. Özellikle de uluslararası koruma başvurusunun reddi kararlarına karşı üst derece mahkemelere gidilmesinin mümkün olmaması ve bu nedenle içtihatı birleştirme yoluyla da bir kesinliğin sağlanamayacağı göz önünde tutulduğunda, mevzuatta bu hususta açıklığın ve kesinliğin sağlanmasının önemi daha çok anlaşılmaktadır. YUKK madde 80 uyarınca, uluslararası koruma başvurusuna ilişkin verilen kararlar hakkında idare mahkemelerinde yargı yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak, YUKK madde 80/1(d)'de, idare mahkemesinin vermiş olduğu kararların kesin olduğu, dolayısıyla üst derece mahkemelere bu konuda gidilmesinin önünün kapatıldığı belirtilmektedir²⁴⁷. Bu nedenle, uluslararası koruma statüsüne karar verilmesi konusunda ele alınması gereken kavramların içtihat yoluyla da açıklanması ve netleştirilmesi mümkün değildir.

Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi madde 9 ve 10'da zulme neden oluşturabilecek hususlar ve somut olayda gereken şartlar detaylı olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda özellikle, diğer beş nedene göre daha belirsiz ve silik bir içeriğe sahip olan²⁴⁸, “*belirli bir toplumsal gruba mensubiyet*” meselesinin aydınlatıldığı ve daha önce de belirtildiği gibi cinsiyete dayalı başvurularda bu nedenin incelenebileceğinin açıkça belirtildiği görülmektedir. YUKK'ta da “zulüm”, zulme dayanak oluşturan beş neden ve “*ciddi zarar*” hakkında benzer şekilde ayrıntılı hükümlere ihtiyaç bulunmaktadır.

Türk hukukunda, YUKK madde 63'un uygulaması için daha açıklayıcı hükümlere yer verilmesi, ikincil koruma statüsünün hangi durumlarda tanınabileceğini aydınlatılabilecektir. Mevcut durumda, uygulamada ikincil koruma statüsüne hangi şart, ölçüt ve standartlar dâhilinde karar verildiği açık değildir. Bu durumun aslında en önemli nedeni, ikincil koruma hakkında devletleri bağlayıcı uluslararası bir andlaşmanın olmamasıdır. Avrupa Birliği Vasıflandırma Direktifi, Türkiye bakımından bağlayıcı değildir. Sadece bir model olarak göz önünde tutulabilmektedir. Günümüzde, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi koruması dışında kalan kişiler bakımından uygulanabilecek uluslararası bir sözleşmeye duyulan ihtiyaç giderek artmaktadır. Böyle bir uluslararası sözleşmenin olmaması nedeniyle, tamamlayıcı koruma altında çeşitli devletlerde tanınan korumanın şartları ve standartları birbirinden çok farklılaşmaktadır. Bu hususta devlet uygulamalarının yeknesaklaşmasının sağlanması ve ikincil koruma statüsü için uluslararası bir standardın belirlenmesi önem taşımaktadır²⁴⁹.

246 Öztürk (n 16) 403 dp. 1521; Tokuzlu (n 234) 1083; Sütüoğlu (n 230) 140-141.

247 Öğretide, bu hükmün Anayasa'ya aykırılığının tartışma konusu olabileceğine değinilmektedir, bkz. Öztürk (n 16) 500.

248 Öztürk (n 16) 274; Can (n 132) 133-134.

249 Topal (n 2) 267-268.

Sonuç

Uluslararası koruma ihtiyacı bulunan kişiler açısından somut hükümler içeren, mülteci tanımına yer vererek bu statünün elde edilmesi için temel standartları belirleyen 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi cinsiyet temelli zulme karşı başvurulacak ilk kaynaktır. Sözleşme hükmü itibarıyla zulüm korkusunun kaynakları belirli sebeplerle sınırlandırılmış, söz konusu zulüm karşısında en büyük gruplardan birini teşkil eden cinsiyet, zulüm korkusunu doğurabilecek nedenler arasında sayılmamış olsa da cinsiyetin, zulüm teşkil eden muamelenin şekli ve nedenleri üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olduğu yaygın biçimde kabul edilmekte, bu bağlamda maddenin doğru yorumunun cinsiyet kavramını dışarda bırakmayacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla mülteci statüsü, cinsiyet temelli zulüm karşısında bireye uluslararası koruma sunan temel araç olmaya devam etmektedir. Ancak 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde öngörülen ölçütlerin normatif temelde genişletilmemiş olması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan insan hakları sözleşmelerinin nihayetinde özel bir koruma statüsü öngörmemesi, özellikle cinsiyet temelli zulüm karşısında mülteci tanımının dışında kalan bireyler için öngörülen ve bu niteliği itibarıyla tamamlayıcı koruma olarak adlandırılan statülerin varlığını gerekli kılmaktadır.

Tamamlayıcı koruma olarak adlandırılan koruma statüleri, hem zulüm kavramını esneterek/(ciddi zarar seviyesine indirgeyerek) hem de haklı neden olarak adlandırılan belirli mensubiyetlerle sınırlandırmayarak bireye tanınan korumayı genişletmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki tamamlayıcı koruma türlerinin, mülteci statüsü dışında kalan kimseler bakımından bir koruma sunulması gereğinin bir sonucu olarak ortaya çıkması, bu korumaya ilişkin değerlendirmenin yapılmasında mülteci statüsünün bir eşik görevi gördüğü sonucunu doğurmaktadır. Diğer bir deyişle bir kimsenin tamamlayıcı korumadan yararlanabilmesi, öncelikle mülteci statüsü bakımından değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Böyle bir değerlendirme sonucunda kişi mülteci statüsünü elde edememişse ancak o zaman tamamlayıcı koruma bakımından değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kabul tamamlayıcı koruma statüsünün doğasının bir sonucu olmasının yanında, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne taraf devletlerin uluslararası yükümlülüklerinin yerine getirmesinin gereğidir. Zira tamamlayıcı koruma statüleri büyük ölçüde ulusal hukuk düzenlemelerine dayanmaktadır. Tamamlayıcı koruma statülerinin ulusal bir tabanda var olması ise bireye sağlanan korumayı zayıflatırken, öngörülen korumanın sınırlarının farklılaşmasına da sebep olarak bu yönde gelişen devlet uygulamalarını yeknesak olmaktan uzaklaştırmaktadır. Bu durumsa tamamlayıcı koruma statülerinin uluslararası bir sözleşme ile düzenlenmesi ihtiyacını gündeme getirmektedir. Zira bireye koruma statüsü tanıyan bir uluslararası bir sözleşme, bu kimselere tanınan hak ve özgürlüklerin kapsamını önemli ölçüde etkilemekte/genişletmekte ve nihayetinde insan haklarını sözleşmelerin karşılıklılık ilkesinden bağımsız niteliği ışığında devletleri uluslararası bir yükümlülük altına sokması itibarıyla daha güçlü bir koruma sunmaktadır.

Bu noktada özellikle cinsiyet temelli zulüm karşısında sunulan korumayı vurgulaması bakımından İstanbul Sözleşmesi gündeme gelmektedir. İstanbul Sözleşmesi, kadına yönelik, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi anlamında zulüm olarak, tamamlayıcı koruma bakımından ise ciddi bir zarar biçimi olarak tanınabilmesini temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alınmasını, taraf devletler bakımından bir yüküm olarak belirtmektedir. Sözleşme, Sözleşme’de tanımlanan tüm gerekçelerin toplumsal cinsiyete duyarlı bir şekilde yorumlanmasını ve bu gerekçelerden herhangi biri veya birkaçı nedeniyle zulüm görme tehlikesi söz konusuysa, başvuru sahiplerine, yürürlükteki ilgili hukukî araçlarla mülteci statüsünün tanınmasını öngörmekte; toplumsal cinsiyete duyarlı iltica usullerini oluşturmak için gerekli yasal veya diğer tedbirlerin alınmasının gerektiği ifade etmektedir. Sözleşme, bu yönüyle cinsiyet temelli zulme maruz kalanların belirli bir toplumsal grup teşkil ettiğini kabul ederken, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile sunulan korumayı da zımni olarak genişletmekte; cinsiyet temelli zulüm karşısında, uluslararası statülere erişilmesini kolaylaştırarak 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile öngörülen korumaya tamamlayıcı nitelik arz etmektedir. Bu sebeple İstanbul Sözleşmesi, en azından cinsiyet temelli zulüm karşısında sunulan tamamlayıcı korumaya uluslararası tabanda normatif bir nitelik kazandırmakta, korumanın devletler için uluslararası bir yüküme dönüşmesine hizmet etmektedir.

Ayrıca cinsiyet temelli zulme karşı 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi uygulamasında ve Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında denetim mekanizmalarının, İstanbul Sözleşmesi ve bununla birlikte Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığı Önlenmesi Sözleşmesi hükümlerine başvurduğu görülmektedir. Zira Sözleşmeler nihayetinde bireyin cinsiyet temelli zulme karşı korunması çerçevesinde bir bütünün parçasını oluşturmakta, andlaşmaların yorumlanması kuralları kapsamında sonraki devlet uygulamasına yön vermektedir. Dolayısıyla sonraki devlet uygulamaları, Sözleşmelerin uygulanmasında hem araç hem de sonucu teşkil etmektedir. Bu sebeple söz konusu Sözleşmeler doğrudan olmasa da yorum kurallarının bir parçasını teşkil etmesi bakımından dikkate alınması gereken hukukî metinleri teşkil etmektedir.

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ne taraf olması nedeniyle Türkiye’nin yabancılar hukukuna ilişkin mevzuatının da Sözleşme hükümleri paralelinde düzenlendiği görülmektedir. YUKK madde 61’de yer alan mülteci statüsü, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi kapsamında (Türkiye’nin Sözleşme’ye taraf olurken sunduğu beyan da göz önünde bulundurularak) tanımlanmaktadır. YUKK madde 62 (şartlı mülteci statüsü) ve madde 63’te (ikincil koruma statüsü) düzenlenen uluslararası koruma statüleri ise tamamen Türkiye’nin iç mevzuatına dayanmakta ve Sözleşme kapsamına girmemektedir.

İkincil koruma statüsü ve (şartlı) mülteci statüsü arasındaki temel fark, Türkiye’ye sığınan kişilerin başvurularının incelenmesi aşamasında, Göç İdaresi Başkanlığınca söz konusu statülerin değerlendirmeye esas alınma zamanıdır. YUKK madde 63 uyarınca,

bir kişi hakkında ikincil koruma statüsü bakımından inceleme yapılmadan önce, YUKK madde 61 ve madde 62 kapsamında bir incelemenin yapılmış olması şarttır. Ancak uygulamada başvurular, bu sıralamaya uyulmadan değerdendirilmektedir. Bu durum YUKK’a ve 1951 tarihli Cenevre Sözdleşmesi’ne açıkça bir aykırılık teşkil etmektedir. Sığınma başvurularında öncelikli olarak, (şartlı) mülteci statüsü bakımından inceleme yapılması gerekmektedir.

Çalışmada özellikle Ukrayna’da yaşanan silahlı çatışmalar nedeniyle ölkemize sığınanlar çerçevesinde değerdendirmelerde bulunmaktadır. Bu bağlamda öncelikle başvuranların bir zulme uğrayıp uğramadıkları veya bir zulüm riskinin bulunup bulunmadığı ele alınmaktadır. Sonrasında ise yaşanan zulmün veya zulüm riskinin Sözdleşme’de öngörölen beş ölçütten biri nedeniyle oluşup oluşmadığı detaylı olarak incelenmektedir. Ukrayna’daki silahlı çatışmalarda uluslararası hukuka aykırı olarak sivillerin bulunduğu yerlerin bombalandığı ve sivil kayıpların yaşandığı ileri sürölmektedir. Dolayısıyla, Ukrayna vatandaşı olan kişilerin, tabiiyetleri nedeniyle zulme uğradıkları ve 1951 tarihli Cenevre Sözdleşmesi kapsamında mülteci olabilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır. Çalışma konusu ile bağlantılı olarak ise Ukrayna’daki silahlı çatışmalar sırasında cinsel şiddete uğrayan kişilerin, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet nedeniyle zulme uğradıkları ve bu kapsamda mülteci statüsünün tanınabileceğı sonucuna varılmaktadır. Somut olayda mülteci statüsünün koşullarının sağlanmadığı sonucuna ulaşılması durumunda ikincil koruma bakımından bir değerdendirmeye geçilebilmektedir. Ancak, YUKK’ta “*ciddi zarar*” ve “*zulüm*” kavramlarının ayrıntılı ve detaylı açıklamalarının bulunmamasının bir sonucu olarak, ikincil koruma statüsünün uygulamada kimlere hangi standartlar ve esaslar çerçevesinde tanınacağı meselesi belirsiz bir hale gelmektedir. Kanunda söz konusu kavramların içeriğine ilişkin daha çok açıklama yapılması duruma katkı sağlayacaktır. Uluslararası korumaya ilişkin kararlara karşı sadece ilk derece mahkemelere başvuru hakkının tanınmış olması nedeniyle üst mahkemeler nezdinde bir içtihat birliğinin sağlanamaması da mevzuatta bu konuların tam bir açıklıkla düzenlenmesi ihtiyacını gözler önüne sermektedir.

Cinsiyet temelli sığınma başvuruları konusunda yapılacak değerdendirmeler temelde iki hususa odaklanmaktadır. Öncelikle cinsiyete dayalı şiddetin zulüm/zulüm riski oluşturup oluşturmadığı ve bu zulümden/zulüm riskinden kaynaklanan korkunun kanıtlanması hususunda incelemeler yapılmaktadır. Zulümden/zulüm riskinden kaynaklanan bir korkunun olduğu sonucuna varıldığında ise söz konusu korkunun 1951 tarihli Cenevre Sözdleşmesi’nde belirtilen beş haklı nedenden biri sebebiyle meydana gelip gelmediğı ele alınmaktadır. Uygulamada en çok sıkıntı yaratan hususun, kişilerin mülakatta yaşadıklarını aktarmaları noktasında oluştuğı görölmektedir. Kişiler çeşitli nedenlerle yaşadıklarını mülakatı yapan kişiye tam aktaramamakta ve bunun sonucu olarak da yaşadıkları korkuyu ispat edememektedirler. Öğretide bu hususta bazı önerilerde bulunmaktadır. Burada esas alınması gerekenin objektif anlamda bir korku olması gerektiğı üzerinde durulmaktadır.

Kişinin somut olayda ortalamadan daha az korku duymuş olmasının olaydaki zulmü veya zulüm riskini ortadan kaldırmaması gerektiği de vurgulanmaktadır. Ayrıca ispat yükünün hem mülteci hem de mülakatı yapan ve karar verecek olan merciler arasında paylaştırılması gerekliliğine de haklı olarak değinilmektedir. YUKK madde 78/3'teki hüküm de kanaatimizce bu görüşü destekler niteliktedir.

Cinsiyete dayalı şiddetin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan beş nedenden birine girip girmediği konusunda ise çeşitli mahkeme kararları ve öğretideki görüşler doğrultusunda bazı sonuçlara varılmaktadır. Bu bağlamda, aile içi şiddet, cinsel saldırı, cinsel yönelimler, genital organa yapılan bazı cerrahi müdahaleler ve zorla evlendirme konularını temel alan başvuruların konu oluşturduğu kararlar ayrıntılı olarak incelenmektedir. Söz konusu cinsel şiddet kaynaklı başvurularda, başvuruya konu olan olayın ciddiliği ve kişinin somut olaydaki konumu dikkate alınarak, başvuru sahiplerinin belirli bir toplumsal gruba mensup olmaları nedeniyle zulme uğrayıp uğramadıklarının öncelikli olarak ele alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Kişilerin bireysel olarak değil de kitlesel bir göç hareketiyle Türkiye'ye sığındığı durumlar ise çalışmada ayrıca ele alınmaktadır. Zira bu konuda Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca geçici koruma statüsüne alınması gereken kişiler bulunmaktadır. Geçici Koruma Yönetmeliği geçici madde 1 uyarınca, "28.04.2011 tarihinden itibaren, Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle" Türkiye'ye gelen kişilere geçici koruma statüsü verilmektedir. Dolayısıyla Yönetmelik kapsamına giren kişiler, cinsel şiddet mağduru olsalar bile, bireysel başvuru sürecine alınamamaktadır. Ancak bu hususun kanunla değil de yönetmelik ile öngörülmüş olması kanaatimizce de haklı olarak eleştirilmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: C.K., R.P.; Veri Toplama: C.K., R.P.; Veri Analizi /Yorumlama: C.K., R.P.; Yazı Taslağı: C.K., R.P.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: C.K., R.P.; Son Onay ve Sorumluluk: C.K., R.P.

Teşekkür: Cinsiyet temelli zulme karşı Türk hukuku uygulamasında sağlanan uluslararası koruma türlerine ilişkin Göç İdaresi Başkanlığı'ndan ilgili verileri sözlü görüşmeler ile bize sağlayan, İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğü, İçişleri Uzmanı Sayın Mustafa Ömer Topaloğlu'na teşekkürlerimizi sunarız.

Bibliyografya

Kitaplar ve Makaleler

Adjin-Tettey E, 'Reconsidering the Criteria for Assessing Well-Founded Fear in Refugee Law' (1997) 25(1) Manitoba Law Journal 127-151.

Adjin-Tettey E, 'Defining a Particular Social Group Based on Gender', Refuge: Canada's Journal on Refugees / Refuge: Revue canadienne sur les réfugiés, (1997) 16(4) Refugee and Immigrant Women: An International Perspective 22-25.

- Adofo A, 'Feeling Persecution: Asylum Claims Related to Sexual Orientation in the United Kingdom and the Netherlands', *Master Thesis in International and European Public Law* (Tilburg University 2013).
- Aksar Y, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Asar A, *Yabancılar Hukuku (Temel Konular)* (8th edn Seçkin Yayıncılık, 2023).
- Arikan G, *Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Aydınli OE, *Mülteci Statüsünün Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet Nedeniyle Tanınması* (Yetkin Yayıncılık 2018).
- Aydoğmuş AY, 'Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi' (2017) 37(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 141-169.
- Bal L, 'Dâhili Korunma Alternatifi Yaklaşımı ve Uluslararası Koruma Statüsü' (2004) 6(1) *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 416-463.
- Baran Çelik N, 'Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri' (2015) 6(3) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67-148.
- Bayata Canyaş A, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi' (2015) 5(1) *Hacettepe HFD* 73-90.
- Bayram MH, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, (7th edn Seçkin Yayıncılık 2022).
- Can S, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Koruma* (Yetkin 2021).
- Çelikel A/Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (27th edn, Beta Yayınevi 2022).
- Çiçekli B, *6458 Sayılı Kanun'la Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2016).
- Çiçekli B, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (Seçkin Yayıncılık, 2009).
- Çörtoğlu Koca S/Kavşat FC, 'Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi' (2015) 1(1) *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 311-348.
- Den Heijer M, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing 2012).
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (6th edn, Savaş Yayınevi 2021).
- Ekşi N, 'I. Oturum Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Düzenlenen Uluslararası Koruma Türleri', *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi*, Ceyda Süral/Ekin Ömeroğlu (Eds.) (Seçkin Yayıncılık 2015).
- Ekşi N, 'Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi' (2014) 88(6) *İstanbul Barosu Dergisi* 65-90.
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5th edn, Beta Yayınevi 2018).
- Erdem BB, 'Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye'deki Durumları', (2017) 37(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 332-351.
- Ergüven NS/Özturanlı B, 'Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye' (2013) 62(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1007-1062.
- Elçin D, 'Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar' (2016) (124) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 9-80.

- Goodwin-Gill GS, 'The Haitian Refoulement Case: A Comment' (1994) 6(1) International Journal of Refugee Law 103-9.
- Goodwin-Gill GS, 'The Language of Protection' (1989) 6(1) Int'l J. Refugee 6-20.
- Hathaway JC, *The Law of Refugee Status* (Butterworths 1991).
- İneli Çiğir M, 'Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İkincil Korunması (2018) 20(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-237.
- İzmirli LA, 'Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme' (2017) 4(7), Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 43-66.
- Johnsson AB, 'International Protection of Women Refugees A Summary of Principal Problems and Issues' (1989) 1(2) International Journal Refugee Law' 221-233.
- Karagözoğlu C, 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' PPIL, (2023) 43(1) 313-351.
- Kelley N, 'The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade's Progress' (2001) 13(4) International Journal of Refugee Law 559- 568.
- Kıvılcım Z, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile Geçici Koruma Yönetmeliği: Toplumsal Cinsiyet Perspektifiyle Bir Değerlendirme' (2016) 71(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 919-940.
- Konyalı G, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Kutluhan Bozkurt, *Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku* (2nd edn, Legal Yayıncılık 2022).
- 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).
- MacIntosh C, 'When 'Feminist Beliefs' Became Credible as 'Political Opinions': Returning to Key Moment in Canadian Refugee Law' (2005) (17) Canadian Journal of Women and the Law 135-150.
- McAdam J, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press, 2007).
- Morgan M/Anker D, 'Obstacles to Entry for Central American Refugees in the US', *States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness*, Maria O'Sullivan/Dallal Stevens (Eds.) (Hart Publishing 2017).
- Musalo K, 'Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale for Evolving Jurisprudence' (2003) 52 DePaul L. Rev. 777-808.
- 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).
- Nyken E, 'On The Lines of Demarcation and Their Significance- The Categories of Complementary Protection Under The Finnish Aliens Act' (2012) 30, Nordic Journal of Human Rights 148-173.
- Odman MT, *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünya'da ve Türkiye'de İlticanın Gelişim Süreci)* (Yetkin Yayınları 2020).

- Ogg K, 'The Future of Feminist Engagement with Refugee Law: from the Margins to the Centre and out of the 'Pink Ghetto'?', *Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*, Susan Harris Rimmer, Kate Ogg (eds.) (Edward Elgar Publishing 2019).
- O'Sullivan M/Stevens D, 'Access to Refugee Protection: Key Concepts and Contemporary Challenges' *States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness*, Maria O'Sullivan/Dallal Stevens (eds.) (Hart Publishing 2017).
- Özel S, 'Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü' (2020) 17(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 709-734.
- Özkan I, *Göç ve Vatandaşlık Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Özkan I, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku* (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Öztürk NÖ, 'Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme' (2017) 66(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201-264.
- Öztürk NÖ, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2015).
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 4. Kitap* (Turhan Kitabevi 2016).
- Perluss D/Hartman JF, 'Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm' (1986) 26 Virginia J of Intl L 551-626.
- Petitpas E/Nelles J, 'The Istanbul Convention: New Treaty, New Tool Forced' (2015) (49) Migration Review 83-6.
- Raj S, 'The Gender Element in International Refugee Law: Its Impact on Agency Programming and the North-South Debate' (2001) (1) ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 164-182.
- Poçanoğlu ŞS, '21. Yüzyılda Yeni Bir Sığınmacı Krizi: Rusya ve Ukrayna Arasında Yaşanan Silahlı Çatışmalar Sebebiyle Yerinden Edilmiş Kişiler', *Rusya-Ukrayna Krizi ve Uluslararası Hukuk*, Cüneyt Yüksel/ Ceren Karagözoğlu (eds) (On İki Levha 2023).
- Safi S, *Mülteci Hukuku* (2nd edn, Legal 2023).
- Soykan C/ Biehl K / Hazan C, *Türkiye'de Katılımcı Demokrasinin Güçlendirilmesi: Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin İzlenmesi Projesi Faz II, Kadın Mülteciler ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (Ceid Yayınları 2021).
- Sütlüoğlu B, *Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türk Hukukunda Sığınma Sistemi* (On İki Levha 2021).
- Tokuzlu LB, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun'un Yasal Belirlilik İlkesi Konusunda Türk Uygulamasına Katkısı Üzerine Bir Değerlendirme' (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1061-1105.
- Topal AH, 'Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü' (2015) 2(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5-22.
- 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.
- Yılmaz Eren E, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma* (2nd edn Seçkin Yayıncılık 2021).

Uluslararası Sözleşmeler

Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries Adopted by the League of Arab States, 1994, <<https://www.refworld.org/legal/resolution/las/1994/en/79419>> 21 Şubat 2024.

Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 UNTS 85.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, European *Treaty Series*- No. 5, Council of Europa <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> 14 Haziran 2023.

Convention Relating to the Status of Refugees, 189 UNTS 137.

Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Council of Europe Treaty Series- No. 210) 3010 UNTS 107.

Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war, 75 UNTS 287.

OUA Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa, 1001 UNTS 45.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), 1125 UNTS 3.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II), 1125 UNTS 609.

Protocol relating to the Status of Refugees, 606 UNTS 267.

Uluslararası Belgeler

Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, United States of America: Addendum to (E/AC.32/L.4) (19 January 1950).

Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Decisions of the Committee on Statelessness and Related Problems Taken at the Meetings of 31 January 1950 (E/AC.32/L.20).

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> 11 Ekim 2022.

CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against Women, *Adopted at the Eleventh Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in 1992 (Contained in Document A/47/38)* <<https://digitallibrary.un.org/record/148001?ln=en&v=pdf>> 15 Ağustos 2024.

Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) (2012) OJ C326.

Conclusions Adopted By The Executive Committee on the International Protection of Refugees, Executive Committee Conclusion No. 39 (XXXVI) Refugee Women And International Protection, 1985 <<https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/578371524.pdf>> 24 Şubat 2024.

Conclusions Adopted By The Executive Committee on the International Protection of Refugees, Executive Committee Conclusion No. 73 (XLIV) Refugee Protection And Sexual Violence (1993).

Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Third Meeting, UN Documents (A/CONF.2/SR.3).

Corrigendum to the Proposal for a Draft Convention Submitted by France, (E/AC.32/L.3/Corr.1) (18 January 1950) <<https://www.unhcr.org/publications/ad-hoc-committee-statelessness-and-related-problems-corrigendum-proposal-draft>> 12 Eylül 2024.

Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted (Official Journal of the European Union, L 304/12, 30.09.2004) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083>> 22 Mart 2024.

- Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, Official Journal L 212, 07/08/2001, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0055>> 24 Ekim 2024.
- Council of Europe: Committee of Ministers, Declaration on Territorial Asylum (Adopted by the Committee of Ministers on 18 November 1977, at the 278th meeting of the Ministers' Deputies), md. 2 <<https://www.refworld.org/legal/resolution/coeministers/1977/en/27158>> 22 Şubat 2024.
- Council of Europe and Amnesty International, The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women- A tool to end female genital mutilation, Strasbourg, 2014.
- Council of Europe, Protecting migrant women, refugee women and women asylum seekers from gender-based violence, 2019 <<https://edoc.coe.int/en/violence-against-women/7862-protecting-migrant-women-refugee-women-and-women-asylum-seekers-from-gender-based-violence-istanbul-convention.html>> 14 Haziran 2024.
- Directive 2011/95/EU of The European Parliament And of The Council of 13 December 2011 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 (Official Journal of the European Union, L 337/9, 20.12.2011) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095>> 22 Mart 2024.
- Draft Convention Relating to the Status of Refugees : decisions of the Working Group taken on 9 February 1950 (E/AC.32/L.32) <<https://digitallibrary.un.org/record/731059?v=pdf>> 12 Eylül 2024.
- General Assembly-Fifth Session, 428 (V) Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees < <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/060/26/pdf/nr006026.pdf?token=O53txAKpuQm4pbEVwv&fe=true>> 23 Şubat 2024.
- European Asylum Support Office (EASO), Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU) A judicial analysis, 2014.
- General Assembly, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, (A/CONF.2/SR.35) 3 December 1951 <<https://digitallibrary.un.org/record/696484?ln=en&v=pdf>> 14 Haziran 2024.
- UN Economic and Social Council, 'Provisional Draft of Parts of the Definition Article of the Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees, Prepared by the Working Group on this Article, (E/AC.32/L.6) (23 January 1950) <<https://www.refworld.org/legal/leghist/ahcrsp/1950/en/42439>>12 Eylül 2024.
- UNHCR, Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution Within The Context of Article 1A(2) of The 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to The Status of Refugees (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002 <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-1-gender-related-persecution-within-context-article-1a>> 3 Ağustos 2024.
- UNHCR, Guidelines on the Protection of Refugee Women (1991) <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-protection-refugee-women>> 12 Ağustos 2024.
- UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 May 2002 (HCR/GIP/02/02) <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-2-membership-particular-social-group-within-context>> 22 Şubat 2024.

UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, (HCR/1P/4/ENG/REV.4), 2019.

UNHCR, Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, EC/55/SC/CRP.16, 2 June 2005 <<https://www.refworld.org/docid/47fdb49d.html>> 7 Ağustos 2024.

UNHCR, Resettlement Handbook, 3.4 Women and Girls at Risk <<https://www.unhcr.org/resettlement-handbook/3-resettlement-submission-categories/3-4-women-and-girls-at-risk/>> 1 Mart 2024.

UNHCR, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (A/HRC/31/57), 5 January 2016 <<https://digitallibrary.un.org/record/831491?ln=en&v=pdf>> 14 Ağustos 2024.

UNHCR, Sexual And Gender-Based Violence Against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, May 2003 <<https://www.unhcr.org/media/sexual-and-gender-based-violence-against-refugees-returnees-and-internally-displaced-persons>> 3 Ağustos 2024.

UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36; UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/12/09) 23 October 2012 <<https://www.unhcr.org/media/unhcr-guidelines-international-protection-no-9-claims-refugee-status-based-sexual-orientation>> 22 Ekim 2024.

UNHCR, Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims 16 December 1998, para 5 <<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1998/en/23696>> 10 Aralık 2024.

Mahkeme Kararları

Ankara 1. İdare Mahkemesi, E.2014/2070, K.2015/2630, K.T.30.11.2015, <http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/ANKARA%201_%20%C4%B0DARE%20MAHKEMES%C4%B0%20-2015-2630.pdf> 23 Ekim 2024.

Asylum and Immigration Tribunal, KH (Article 15(c) Qualification Directive) Iraq CG [2008] UKAIT 00023 <<https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/37806>> 16 Ağustos 2024.

Australia Refugee Review Tribunal, RRT Case No. 1208496, 24 December 2012, para 93, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ausrrt/2012/en/91259>>, 12 Aralık 2024.

CJEU, (Fourth Chamber), C-285/12, 30 January 2014 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CF05463331BB22BF068ED0FDA1D48DC5?text=&docid=147061&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2997723>> 14 Ağustos 2024.

CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C 608/22 and C 609/22, para 41 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=82FAB62A67283FFEE1E2B3E71C8FF8B?text=&docid=290687&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11334707>> 5 Aralık 2024.

ICTR, Trial Chamber, Prosecutor v Jean Paul Akayesu, (ICTR-96-4-T) 2 September 1998 <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-04/MS15217R0000619817.PDF>> 12 Ağustos 2024.

Ireland- High Court, J.T.M.v Minister for Justice and Equality, Ireland and the Attorney General, IEHC 99, March 2012 <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/ireland-high-court1-march-2012-jtm-v-minister-justice-and-equality-ireland-and-attorney#content>> 3 Eylül 2024.

- Matter of A-R-C-G- et al., United States Department of Justice Executive Office for Immigration Review Board of Immigration Appeals, 26 August 2014 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/usabia/2014/en/89749>> 22 Ekim 2024.
- Matter of Rodi Adalí Alvarado-Peña, United States Board of Immigration Appeals, 20 September 1996, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/usabia/1996/en/29835>> 22 Ekim 2024.
- Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar [2000] FCA 1130, Federal Court of Australia, 23 August 2000 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ausfc/2000/en/16906>> 22 Ağustos 2024.
- R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department Ex Parte Shah; Islam and Others v. Secretary of State for the Home Department, Court of Appeal, 23 July 1997 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbrcaciv/1997/en/94996>> 2 Eylül 2024.
- Refugee Status Appeals Authority, Refugee Appeal No. 80/91, N.S. at Auckland, 20.02.1992, <<https://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/80-91.htm>> 4 Eylül 2024.
- The Attorney General of Canada v. Patrick Francis Ward, Supreme Court Judgments, [1993] 2 S.C.R. 689, <<https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1023/index.do>> 21 Eylül 2024.
- The Administrative Court of Augsburg, Au 6 K 30092, 16 June 2011 <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-administrative-court-augsburg-16-june2011-au-6-k-30092>> 4 Eylül 2024.
- Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), ZMM (Article 15(c)) Libya CG [2017] UKUT 00263 (IAC) <<https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/2017-ukut-263>> 16 Ağustos 2024.
- Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) HM and others (Article 15(c)) Iraq CG [2012] UKUT 00409(IAC) <[https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/alddfiles/%5B2012%5DUKUT%2000409\(IAC\).pdf](https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/alddfiles/%5B2012%5DUKUT%2000409(IAC).pdf)> 16 Ağustos 2024.
- Zainab Esther Fornah v. Secretary of State for the Home Department, Case No: C4/2004/2047, Neutral Citation Number: [2005] EWCA Civ 680, in the Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Appeals Division) on Appeal from Immigration Appeal Tribunal, Royal Courts of Justice Strand, London, 9 June 2005, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbrcaciv/2005/en/16772>> 4 Eylül 2024.

Public and Private International Law Bulletin

Protection Statuses Provided Under International and Turkish Law Against Gender-Based Persecution*

Ceren Karagözoğlu** , Rumeysa Partalci*** 

Abstract

The 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees constitutes a fundamental binding source within the international protection regime under international law. This qualification makes the Convention the primary legal framework for addressing gender-based persecution, and the refugee status remains the main instrument offering international protection to individuals subjected to such persecution. However, the fact that the criteria stipulated in the Geneva Convention of 1951 have not been expanded normatively and that human rights conventions guaranteeing fundamental rights and freedoms do not specifically establish a distinct protection status has led to the creation of complementary/subsidiary protection statuses. These are particularly relevant for individuals who fall outside the formal definition of a refugee yet still face gender-based persecution. This study focuses on the protection statuses provided under international law and Turkish law in cases of gender-based persecution. It specifically evaluates the 1951 Geneva Convention, the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, UNHCR practises guiding the implementation of these instruments, and the European Union Qualification Directive (2011/95/EU), which includes complementary protection. These legal frameworks are assessed in the context of Turkish legislation, providing a comprehensive overview of the protection regimes in place.

Keywords

The 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees, Gender-based Persecution, Refugee, Complementary Protection, Temporary Protection

* This study is the English translation of the study titled “Cinsiyet Temelli Zulme Karşı Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Sağlanan Koruma Statüleri” by Ceren Karagözoğlu and Rumeysa Partalci in this issue.

** Corresponding author: Ceren Karagözoğlu (Asst. Prof. Dr.), Sakarya University, Faculty of Law, Department of International Law, Sakarya, Türkiye. E-mail: cerenkaragozoglu@hotmail.com ORCID: 0000-0003-0757-9767

*** Rumeysa Partalci, Sakarya University, Faculty of Law, Department of International Law, Sakarya, Türkiye. E-mail: cerenkaragozoglu@hotmail.com ORCID: 0000-0002-2357-5021

To cite this article: Karagozoglu C, Partalci R, “Protection Statuses Provided Under International And Turkish Law Against Gender-Based Persecution”. Advance Online Publication. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.1.159064>

Introduction

The 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees¹, which contains concrete provisions for persons in need of international protection, defines the concept of refugee and sets the basic standards for obtaining this status, is a universal regulation that has pioneered many regional regulations in this regard². In this respect, the Convention constitutes the binding fundamental source of the international protection regime shaped within the framework of international law³. This characteristic makes the Convention the first source to be applied against gender-based persecution; refugee status continues to be the main instrument offering international protection to the individual against gender-based persecution. However, since refugee status, which provides international protection to individuals, ultimately constitutes a part of human rights law, it must be a dynamic concept in parallel with the evolving structure of this field⁴. Despite the de facto expansion of the institutional field of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)⁵ by the United Nations General Assembly resolution⁶, the fact that the definition of refugee status in the Geneva Convention of 1951 remains unchanged, except for the removal of historical and geographical limitations, has created a gap between the de facto responsibilities of UNHCR and the international obligations of the state⁷. Although the protection offered by human rights treaties fills this gap to some extent, ultimately the treaties do not recognise a special status for these persons⁸. This situation, in a way, creates the need for the establishment of a new status for those who fall outside the definition of

1 Convention Relating to the Status of Refugees, (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 United Nations Treaty Series (UNTS) 137 Turkey signed the Convention on 24 August 1951. The Convention entered into force internationally for Turkey on 30 March 1962. Turkey became a party to the Convention with a declaration stating that it understood the first article of the Convention defining “refugee” as “events occurring in Europe before 1 January 1951”. In its declaration, it stated that it would recognise refugee status only to persons seeking asylum as a result of events occurring in Europe. The Convention will be abbreviated as “Geneva Convention of 1951” in this study.

2 Ahmet Hamdi Topal, *Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar* (On İki Levha 2019) 40.

3 Topal (n 2) 67.

4 The explicit reference to the 1948 Universal Declaration of Human Rights in the preamble of the Convention is recognised as an indication of the intention to develop the definition of refugee in conjunction with human rights principles and the need for human rights law to be a tool in the interpretation and application of the Convention. 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) 113, para 75.

5 UNHCR is defined as a non-political international organisation mandated by the United Nations to monitor the implementation of the Geneva Convention of 1951, to provide protection to refugees and to find solutions to their problems. UNHCR’s mandate, duties and organisational structure are set out in the UNHCR Statute adopted by the United Nations General Assembly in 1950. See General Assembly-Fifth Session, 428 (V) Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees < <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr/0/060/26/pdf/nr006026.pdf?token=053txAKpuQm4pbEVwv&fe=true> > 23 February 2024.

6 UNGA, A/RES/1167(XII) of 26 November 1957 (Chinese refugees in Hong Kong); A/RES/1388(XIV) of 20 November 1959 (Report of the United Nations High Commissioner for Refugees); A/RES/1499(XV) of 5 December 1960 (Report of the United Nations High Commissioner for Refugees); A/RES/1673(XVI) of 18 December 1961 (Report of the United Nations High Commissioner for Refugees) < <https://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/79> > 12 September 2024.

7 Guy S. Goodwin-Gill, ‘The Language of Protection’ (1989) 6(1) Int’l J. Refugee 6, 12; Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press, 2007) 41.

8 The granting of international protection status to persons is carried out through special national regulations. This weakens the triggering of the State’s obligations in this area and significantly affects the scope of the rights and freedoms recognised for such persons. McAdam (n 7) 12.

refugee provided by the Geneva Convention of 1951. When the preparatory work of the Convention is analysed, it is seen that the parties to the Convention also pointed out that such a necessity may arise in time. The fact that many of the draft texts submitted during the preparatory work include a provision that refugee status may be expanded in line with the recommendations of the United Nations General Assembly⁹, is an indication of the intention of the parties to the Convention to offer a substitute protection to persons who are excluded from refugee status under the provision of the Convention and their acceptance that the criteria for granting international protection status may change in line with certain requirements that emerge over time¹⁰. However, the fact that these draft texts did not become the provisions of the Convention and the criteria stipulated in the Geneva Convention of 1951 were not expanded on a normative basis paved the way for the creation of complementary protection statuses -related to refugee status- on the basis of the elements stipulated by this status. In this framework, 'complementary protection' refers to the protection provided to a person on the basis of a legal obligation different from the Convention, rather than expressing a legal link or relationship with the Geneva Convention of 1951¹¹. Although complementary protection statuses refer to the Geneva Convention of 1951, they largely emerge on the basis of the national legal regulations of states and play an important role in the protection offered to individuals against gender-based persecution.

The study mainly focuses on the protection statuses provided to individuals against gender-based persecution in international law and Turkish law. For this reason, human rights conventions on gender-based persecution and discrimination are excluded from the scope of the study. In the study, the statuses provided to the individual against gender-based persecution are analysed under the Geneva Convention of 1951, as it has a universal character, determines the basic criteria of the currently accepted "refugee" status, and is the source of regional regulations to a great extent, The 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees¹², UNHCR practices as they guide the implementation of the Convention and the Protocol, and the European Union

9 UN Economic and Social Council, 'Provisional Draft of Parts of the Definition Article of the Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees, Prepared by the Working Group on this Article, (E/AC.32/L.6) (23 January 1950) <<https://www.refworld.org/legal/leghist/ahcrsp/1950/en/42439>>; 'Corrigendum to the Proposal for a Draft Convention Submitted by France, (E/AC.32/L.3/Corr.1) (18 January 1950) <<https://www.unhcr.org/publications/ad-hoc-committee-statelessness-and-related-problems-corrigendum-proposal-draft>>; Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, United States of America: Addendum to (E/AC.32/L.4) (19 January 1950); Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Decisions of the Committee on Statelessness and Related Problems Taken at the Meetings of 31 January 1950 (E/AC.32/L.20) <<https://www.unhcr.org/publications/ad-hoc-committee-statelessness-and-related-problems-decisions-committee-10>>; Draft Convention Relating to the Status of Refugees : decisions of the Working Group taken on 9 February 1950 (E/AC.32/L.32) <<https://digitallibrary.un.org/record/731059?v=pdf>> 12 September 2024.

10 McAdam (n 7) 35-9.

11 McAdam (n 7) 2.

12 Protocol relating to the Status of Refugees, (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267.

Qualification Directive (2011/95/EU)¹³ as it includes complementary protection status, are evaluated in terms of the protection regimes envisaged within the framework of Turkish legislation. Within the framework of these regulations, the criteria foreseen in obtaining refugee status, as far as it is associated with protection against gender-based persecution, are included.

In this context, the first part of the study primarily focuses on the interpretation of the first article of the Convention, which defines refugee, from the perspective of gender-based/orientated persecution. The relationship between gender and membership of a particular social group and gender-based/orientated violence and justified persecution is analysed. Subsequently, the protection against gender-based persecution in the European Union regulations is analysed.

International protection provided to individuals against gender-based persecution proceeds through two aspects: recognition of status on an international basis and the provision of rights within the framework of the recognised status. The study is limited to the recognition of status. For this reason, the rights granted to the individual within the framework of her/his status are included to the extent that they emphasise the difference in the protection status provided. Accordingly, in the second part of the study, the international protection statuses in the Law on Foreigners and International Protection (LFIP) No. 6458¹⁴ are analysed in terms of the protection regimes envisaged within the framework of Turkish legislation. The conditions, differences and basic principles of the international protection statuses regulated under Articles 61, 62 and 63 of the LFIP are emphasised. After the general introduction of international protection statuses, the types of protection that can be provided under Turkish law against gender-based persecution are discussed. Especially in mass migration movements, it is important how the applications of persons seeking asylum in Turkey due to gender-based violence will be evaluated. In this context, a separate chapter is opened for persons arriving since 28 April 2011 due to the events in the Syrian Arab Republic. In the last section, persons who took refuge in Turkey due to the events in the Syrian Arab Republic before 28 April 2011 and persons who took refuge in Turkey due to gender-based persecution from other states are evaluated since they are outside the scope of temporary Article 1 of the Temporary Protection Regulation. The assessments are made in the light of the opinions in the doctrine and the practices in the world and in Turkey.

13 Directive 2011/95/EU of The European Parliament and of The Council of 13 December 2011 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 (Official Journal of the European Union, L 337/9, 20.12.2011) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095>> 22 March 2024.

14 Date of Adoption: 04.04.2013, OG. 11.04.2013/28615. The Law will be abbreviated as “*LFIP*” in the text.

I. Protection Recognised Under International Law Against Gender-Based Persecution

Although the international community agreed on various international documents as a result of the developments in the twentieth century triggering migration movements, determining the status to be applied to displaced persons, and efforts to provide international assistance and protection, systematic organisation at the institutional level was established with the adoption of the Geneva Convention of 1951¹⁵.

The Convention, which includes the definition of refugee and sets out the main criteria for obtaining this status, also forms the basis of the protection regime offered to the individual in the international arena. In fact, it is seen that the regional instruments that provide for the recognition of refugee status and the regulations on other protection statuses that have emerged in parallel with the development of human rights law are shaped on the basis of the criteria stipulated by the Convention.

The international protection offered to refugees by the Convention is a substitute protection provided to a foreigner by a country other than the country of origin and comes into effect in cases where the person is deprived of the protection of the country of origin¹⁶. Therefore, in the refugee protection system, the responsibility for the protection and assistance of refugees lies primarily with States. However, UNHCR plays an important role within the framework of the Geneva Convention of 1951 and the UNHCR Statute in facilitating and controlling the fulfilment by States of their obligations under the Convention and the provision of adequate protection to refugees under its jurisdiction¹⁷. In this context, UNHCR has a complementary responsibility to the responsibility of the State for the provision of international protection¹⁸. The reports and guidelines adopted by UNHCR constitute an important part of the protection provided to the individual, both in terms of determining state practices regarding the Convention and the Protocol and in terms of guiding these practices.

A. The Geneva Convention of 1951

The 1951 Geneva Convention recognises a universal definition of refugee in which a well-founded fear of persecution arising from specific grounds is decisive for the acquisition of refugee status. The Convention provides a general definition covering persons who are outside their country of nationality or, if stateless, their country of habitual residence and who, owing to well-founded fear of persecution for grounds of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion,

15 For detailed information on the development of refugee law and organisation efforts in the twentieth century, see M. Tefvik Odman, *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünya’da ve Türkiye’de İlticanın Gelişim Süreci)* (Yetkin Yayınları 2020) 33-81.

16 Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2015) 27.

17 Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin 2016) 218.

18 Topal (n 2) 68.

are unable or unwilling to return to their country¹⁹. The definition of refugee is based on three main elements: a subjective fear of persecution, objectively determined grounds and the inability to obtain legal protection in the country of origin²⁰.

The Convention treats the concept of refugee narrowly by specifying individual and group characteristics; it does not contain a separate provision for persons who have been forced to flee their country due to armed conflicts, political and economic unrest, natural disasters, and excludes these persons from refugee status, at least on a normative basis²¹.

It is observed that the documents and Conventions that can be considered as regional regulations on refugee law do not deviate from the Geneva Convention of 1951 in terms of the grounds constituting the basis for persecution or do not expand in terms of grounds; the grounds of race, religion, nationality, membership of a particular social group, political opinion, which are accepted as the source of fear/threat of persecution in the Geneva Convention of 1951, are adopted in the same way. However, in the regional regulations -differently from the Geneva Convention of 1951- it is seen that situations that seriously disrupt public order such as occupation, aggression, foreign domination, gross violations of human rights, natural disasters are also listed as grounds for obtaining refugee status, taking into account the political

19 Article 1 of the Convention defines a refugee as “*any person who, owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or who, having no nationality and being outside his former country of residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it*”.

20 Deborah Perluss and Joan F. Hartman, ‘Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm’ (1986) 26 Virginia J of Intl L 551, 583.

21 Although refugee status in the Convention is based on three basic elements, it is seen that subjective criteria have an important place in obtaining refugee status, since the existence of a justified fear of persecution is sought on the basis of the applicant and it is foreseen to prove this. Topal (n 2) 44, 49.

and military conjuncture within the geographical borders they target²². According to these regulations, in addition to the definition in the Geneva Convention of 1951, anyone who has to flee their country for the grounds stated, regardless of whether they have a well-founded fear of persecution or not, is included within the scope of the definition of refugee; a personalised or discriminatory threat or risk of harm is not sought within the scope of a well-founded fear of persecution²³. In this respect, regional arrangements envisage more comprehensive and objective criteria compared to the Geneva Convention²⁴, and differ from the 1951 Geneva Convention at least in wording. This is because the situations listed in the regional regulations as occupation, aggression, foreign domination, gross violations of human rights constitute situations that can be evaluated under the heading of “*persecution*” within the scope of the Geneva Convention of 1951²⁵. Therefore, although these situations are not included in the Convention on a normative basis, they constitute a part of the implementation of the Convention within the framework of certain criteria. However, it should be noted that even if the existence of persecution is assumed due to the aforementioned situations, in order for a person to obtain refugee status within the framework of the Convention, it is

- 22 The 1969 Organisation of African Unity Convention on Certain Aspects of Refugee Problems in Africa is the first regional instrument. The Convention includes a broader definition of refugee than the Geneva Convention of 1951 in the second paragraph of its first article, which provides that the term refugee shall also apply to any person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or serious disturbances of public order in all or part of his country of origin or country of nationality, is compelled to leave his habitual place of residence in order to seek refuge elsewhere than in his country of origin or country of nationality. (OAU Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa, 1001 UNTS 45. The Cartagena Declaration of 1984, which constitutes another regional arrangement, includes the definition of refugee in the Geneva Convention of 1951, but adopts a broader definition of refugee. In addition to those who meet the requirements of the Convention, the Declaration also recognises persons who have fled their countries because their lives, safety or freedom are threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violations of human rights or other situations seriously disturbing public order (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> 11 October 2022). The 1994 Arab Convention Governing the Status of Refugees in Arab Countries also adopts the definition of refugee in the Geneva Convention in its first article, but the second paragraph of the same article also defines the grounds for obtaining refugee status as sustained aggression, occupation and foreign domination, or natural disasters or grave events causing a major disruption of public order in the whole or any part of the country (Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries Adopted by the League of Arab States, 1994, <<https://www.refworld.org/legal/resolution/las/1994/en/79419>> 21 February 2024). However, the Convention has not yet entered into force as it has not been ratified by any State. The 1977 Council of Europe Declaration on Asylum to the State stipulates that asylum should be granted to persons seeking asylum on humanitarian reasons in addition to persons who are under pressure or persecution on account of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, which is the basis of the Geneva Convention of 1951. See Council Europe: Committee of Ministers, Declaration on Territorial Asylum (Adopted by the Committee of Ministers on 18 November 1977, at the 278th meeting of the Ministers’ Deputies), Art. 2 <<https://www.refworld.org/legal/resolution/coeministers/1977/en/27158>> 22 February 2024.
- 23 Topal (n 2) 49.
- 24 However, these regulations do not have a wide impact on state practice and the development of international standards because they are regional in nature and a significant number of them are non-binding and therefore have a weak sanctioning power. Topal (n 2) 46.
- 25 Pursuant to these regulations, the provisions of the Convention may be applied if indiscriminate acts of violence arising out of armed conflict cause a person to be persecuted on account of race, religion, political opinion, nationality or membership of a particular group (UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, (HCR/1P/4/ENG/REV.4), 2019, para 164). In the case of armed conflicts, it is generally observed that individuals are persecuted on the basis of their ethnic origin and political opinions. UNHCR, Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, EC/55/SC/CRP.16, 2 June 2005, para 8 <<https://www.refworld.org/docid/47fd49d.html>> 7 August 2024. For a detailed analysis of the relationship between armed conflict and persecution and the applicability of the 1951 Geneva Convention, see Topal (n 2) 220- 242.

required that he/she has a well-founded fear of persecution on account of his/her race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. This requires the existence of a personalised assessment, supported by concrete, objective data, specific to the applicant²⁶.

1. Gender and Membership of a Particular Social Group

The strongest element that feeds the requirement of personal assessment in obtaining refugee status is the requirement that the well-founded fear of persecution must be based on race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion²⁷. As per the provision of the Convention, the sources of fear of persecution are limited to these grounds; “gender”, which constitutes one of the largest groups in the face of such persecution, is not counted among the grounds that may give rise to fear of persecution. However, although it is not mentioned in the provision of the Convention, it is widely accepted that sex has a determining effect on the form and causes of the treatment constituting persecution, and in this context, it is envisaged that the correct interpretation of the article will not exclude the concept of gender²⁸.

Gender-based persecution is generally considered within the context of membership of a particular social group^{29,30}. It is recognised that the concept of membership of a particular social group, which is not defined in the text of the Convention, should be interpreted dynamically but in a way that does not neutralise other grounds, taking into account the different and changing nature of groups in various societies and evolving human rights rules³¹.

In the doctrine, two approaches, namely “*protected characteristics (sometimes referred to as an “immutability” approach)*” and “*social perception*”, are adopted in terms of the definition of the concept. An immutable characteristic may be innate or

26 A personal assessment in the applicant’s case satisfies the requirement for the acquisition of refugee status that the applicant must be in fear of persecution and oppression and that a link must be established between the possibility of persecution and the Convention grounds for persecution.

27 The text of the Convention does not provide any explanation on the scope and nature of these concepts. It is for the competent authority responsible for examining the application to establish the cause or causes of the fear of persecution in the concrete case and to determine whether they meet the definition in the Geneva Convention of 1951. Topal (n 2) 89.

28 UNHCR, Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within The Context of Article 1A(2) of The 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to The Status of Refugees (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 6 <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-1-gender-related-persecution-within-context-article-1a>> 3 August 2024.

29 The concept of membership of a social group was added to the grounds for persecution listed in the relevant article of the Convention upon the proposal of the Swedish delegation in the final stages of the preparatory work. General Assembly, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, (A/CONF.2/SR.35) 3 December 1951, 20-2 <<https://digitallibrary.un.org/record/696484?ln=en&v=pdf>> 14 June 2024.

30 UNHCR, Guidelines on the Protection of Refugee Women (1991), para 54 <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-protection-refugee-women>> 12 August 2024.

31 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 May 2002 (HCR/GIP/02/02), para 2-3 <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-2-membership-particular-social-group-within-context>> 22 February 2024.

unalterable for other reasons or not to be compelled to forego them due to their close relationship with human dignity³². In this context, it is accepted that these qualities may be acquired from birth, such as sex, ethnic origin, or may arise from other reasons such as occupation or previously acquired status³³.

The social perception approach, on the other hand, makes a definition based on the perception of segments of society outside the group towards the group; it defines a particular social group as a community of people with common characteristics that bring group members together and generally distinguish them from other communities³⁴. At this point, the behaviour of other social groups and especially the treatment of state authorities are decisive.

These approaches also shape state practices³⁵. One of the most basic examples of the implementation of approaches within the framework of legal regulations of states is the European Union Qualification Directive. According to the Directive, membership of a particular social group is expressed through three basic elements: characteristics that are innate and cannot be changed, characteristics that the person voluntarily acquired in the past but cannot change, and the perceptions of others³⁶. The Directive adopts both the “*protected characteristics*” and the “*social perception*” approach and requires elements of both approaches for the existence of a social group³⁷.

UNHCR reconciles the two approaches and defines a particular social group as a group of persons who share certain common characteristics -generally innate, immutable or fundamental to identity, conscience or the exercise of human rights- or who are perceived by society as a group, except for the risk of persecution³⁸. Similar to the Qualification Directive, UNHCR includes both approaches, but unlike the Directive, it does not require the coexistence of elements constituting both approaches; it considers the existence of one of them sufficient for the identification of a social group³⁹.

32 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 6.

33 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 6.

34 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 7.

35 It is possible to say that the protected characteristics approach is adopted by Canada and the United States of America, while the social perception approach is adopted by Australia. For a detailed analysis of the court decisions indicating the relevant state practices, see Öztürk (n 16) 276-8; Oğün Erşan Aydın, *Mülteci Statüsünün Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet Nedeniyle Tanınması* (Yetkin Yayıncılık 2018), 44-60.

36 The Directive states that the community shall be recognised under the heading of membership of a particular social group if the members of the group share an innate characteristic or an unalterable common history or a characteristic or belief which they cannot be forced to renounce because it is fundamental to their identity and conscience, and if the group has a distinct identity in the country concerned because they are perceived differently by the society surrounding them. See European Union Qualification Directive, Art. 10/1- (d).

37 In the definition given in the European Union Qualification Directive, it is foreseen that the approach called “*mixed cumulative*” is adopted in the Directive, since the elements related to both “*protected characteristics*” and “*social perception*” approach are sought. For detailed information on this approach, see Öztürk (n 16) 280-1.

38 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 11.

39 The so-called “*mixed alternative*” approach is considered to offer a more favourable perspective than other approaches in terms of ensuring uniformity between the subject matter and purpose of the 1951 Geneva Convention and state practice. Öztürk (n 16) 279-280.

In line with the definitions of the concept of membership of a particular social group adopted within the framework of the aforementioned approaches, it can be said that what is important for a community to be considered under this heading is the distinctive characteristics that the members of the community have due to common immutable characteristics, and these characteristics -since the Geneva Convention of 1951 does not contain any limiting provisions- are not of a restricted nature⁴⁰. For this reason, the concept is interpreted in the light of the subject matter of the Convention and the purpose of preventing discrimination, in a manner that is open to changes and diversity in societies and in parallel with the development of human rights norms⁴¹. The flexibility inherent in the concept in terms of its content leads to the conclusion that applications against gender-based persecution, which are not listed among the grounds that may give rise to the fear of persecution in the Geneva Convention of 1951, are considered under this heading. Gender, which is innate, immutable and/or cannot be compelled to change due to its close relationship with human dignity, should be considered within the scope of membership of a social group⁴².

The Executive Committee of the UNHCR has also confirmed this acceptance in its various resolutions by recognizing gender-based persecution applications under a particular social group. In its Conclusions No. 39, the Executive Committee states that the term “*particular social group*” can be interpreted to include ill-treatment and inhuman treatment of women in violation of social norms/traditions prevailing in society⁴³. Accordingly, women who are subjected to disproportionately harsh punishments, including the death penalty, or whose rights are violated in other ways, for various reasons based on gender, constitute a particular social group⁴⁴.

The European Union Qualification Directive also recognises that a particular social group may be based on a common characteristic of sexual orientation⁴⁵. The Directive emphasises that, depending on the circumstances in the country of origin,

40 Öztürk (n 16) 283-4.

41 Aydın (n 35) 67.

42 Anders B. Johnsson, ‘International Protection of Women Refugees A Summary of Principal Problems and Issues’ (1989) 1(2) International Journal Refugee Law 221, 224-225. At this point, it should be noted that gender constitutes a social group, but that this does not directly correspond to the concept of “*membership of a particular social group*” in the context of the Convention; gender is considered within the framework of a particular social group to the extent that it is or can be associated with acts constituting persecution.

43 Conclusions Adopted By The Executive Committee on the International Protection of Refugees, Executive Committee Conclusion No. 39 (XXXVI) Refugee Women and International Protection, 1985, para (k) <<https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/578371524.pdf>> 24 February 2024. In many of its ongoing resolutions, the Committee draws attention to the problems of women refugees and envisages the development of policies in line with human rights treaties, in particular the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, to address the special needs of women refugees, ensure their physical security and protect women refugees. See No. 54 (XXXIX) Refugee Women (1988); No. 60 (XL) Refugee Women (1989); No. 64 (XLI) Refugee Women and International Protection (1990).

44 It is pointed out that such punitive practices may constitute persecution. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 12.

45 European Union Qualification Directive, Art. 10/1-d.

gender-related aspects, including gender identity⁴⁶, will be taken into account for the purpose of establishing membership of a particular social group or identifying the characteristics of such a group.

It is observed that applications against gender-based persecution are mainly made by women and girls. However, the fact that the applications are predominantly made by women or girls does not result in any limitation; those who are subjected to persecution due to their sexual orientation are also considered under this heading⁴⁷. The fear of gender-based persecution may arise from the use of sexual violence such as rape, female genital mutilation, domestic violence, trafficking in human beings as a means of persecution, as well as discrimination due to different sexual orientations such as homosexuality, transsexuality, transvestism⁴⁸.

Moreover, it should be noted that although the general tendency is to consider gender-based persecution within the context of membership of a particular social group, acts of violence constituting such persecution should not be confined to this ground⁴⁹. Each of the 1951 Geneva Convention's grounds must be interpreted in a way that takes into account gender-based persecution. For example, parents who oppose female genital mutilation for their daughters may be considered under the ground of political opinion. Similarly, where it is recognised as a religious practice, a woman or girl may have a well-founded fear of persecution on religious grounds if she or her children do not act in accordance with the religious interpretation by refusing to undergo FGM⁵⁰. In such a situation, persons subjected to gender-based persecution may be considered within a multiple and cross-cutting protection framework based on the grounds listed in the Convention.

2. Gender-Based/Orientated Violence and Justified Persecution

In UNHCR practice, gender-based/orientated violence is used as an umbrella term for any harmful act committed against a person's will and based on gender inequality and

46 Gender/gender identity refers to the relationship between men and women based on socially or culturally constructed and defined identities, status, roles and responsibilities attributed to one sex. As such, it is not innate; it is constructed by social and cultural norms and is not static (UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 3). Based on this definition, it is emphasised that it is not only sex that leads to the emergence of the social group in question, but also gender, defined as the way the sexes are perceived in society, constitutes the main factor in the formation of the particular social group in question (Aydınlı (n 35) 76).

47 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, paras 1, 6; UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 30. The common characteristic of persons persecuted on the grounds of their sexual orientation is that they do not have the predominant sexual orientation (*heterosexuality*) or gender identity (*those whose biological sex and gender identity are the same*) (Aydınlı (n 35) 92).

48 The trafficking of women or children for the purposes of prostitution or sexual exploitation is recognized as a form of gender-based violence, and the danger of being trafficked for these purposes constitutes a basis for the person concerned to claim asylum. As a form of persecution based on sexual violence, women and children who are subjected to trafficking for forced prostitution or sexual exploitation have been granted refugee status. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 9, 16-8.

49 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, paras 24-7, 32-4.

50 Elise Petitpas/Johanna Nelles, 'The Istanbul Convention: New Treaty, New Tool Forced' (2015) (49) Migration Review 83, 84.

socially attributed differences between men and women. It includes acts that cause physical, sexual or mental harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty⁵¹. In this respect, gender-based violence is exemplified as rape, sexual assault, sexual abuse, physical assault, forced marriage, honour killings, forced abortion, sterilisation, sexual abuse of children, child marriage, female genital mutilation, domestic violence and sexual exploitation, sexual slavery, including for the purpose of domestic slavery, human trafficking, and is also considered to include psychological or emotional abuse⁵².

The question to be asked at this point is when does gender-based violence qualify as persecution? This is because persecution constitutes the most important part of the well-founded fear of persecution⁵³ foreseen in the Convention for the acquisition of refugee status. The concept of persecution is not defined in the Convention, but the provisions of the Convention are again referred to when assessing the scope of the concept. In particular, Article 33, which includes the principle of *non-refoulement*, constitutes an important reference in determining the content of the concept. The article recognises that threats to life and liberty or gross violations of human rights on the grounds of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion may constitute persecution⁵⁴. It is not necessary that the threats and/or violations in question be directly aimed at the individual; it is accepted that the general state of insecurity in the country can also be considered within the scope of persecution⁵⁵.

The criteria by which gender-based violence to which a person is subjected will be considered as persecution are shaped by state practices in line with the elements of the definition accepted under the Convention. The predominant practice is that, within the framework of a human rights-based approach, the harm must reach a certain level of seriousness in order for it to turn into persecution⁵⁶. In this regard, it is necessary

51 These acts can be perpetrated by known or unknown perpetrators in the public or private sphere. Gender-based violence appears to disproportionately affect women and girls in particular. UNHCR, Resettlement Handbook, 3.4 Women and Girls at Risk <<https://www.unhcr.org/resettlement-handbook/3-resettlement-submission-categories/3-4-women-and-girls-at-risk/>> 1 March 2024.

52 In addition, it is envisaged that legal regulations that are incompatible with human rights, largely originating from traditional and cultural norms, can be considered as persecution as long as they cause fear of persecution. It is also noted that the existence of certain groups/attributes within the concrete case increases the risk of being subjected to such forms of violence. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, paras 9-10, 12-3, 18.

53 A well-founded fear of persecution is defined as the applicant's reasonable apprehension that, if he or she were to remain in or return to his or her country of origin, his or her life would become intolerable for the reasons set out in the refugee definition (UNHCR, Handbook, para 42). Fear ultimately corresponds to a personal, subjective concept. For this reason, in order to give the requirement an objective character, it is envisaged that the fear of persecution should be justified and that information originating from the country of origin should be assessed independently of the applicant.

54 UNHCR, Handbook, para 51.

55 However, persecution does not necessarily have to be committed by state authorities or persons whose acts or omissions are attributable to the state; if acts of persecution are committed by non-state actors, persecution may also be committed if the authorities deliberately condone such acts, refuse to provide effective protection to persecuted persons or if the state lacks the power to do so. UNHCR, Handbook, para 65.

56 It is observed that women constitute the dominant target in gender-based violence. Various human rights instruments, including the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979 and the Convention on the Rights of the Child of 1989, are taken as a guide in the assessment of violence against women as persecution. Ninette Kelley, 'The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade's Progress' (2001) 13(4) International Journal of Refugee Law 559, 562.

to mention the European Union Qualification Directive, as it constitutes one of the most important representatives of the practice shaped in the context of the Geneva Convention of 1951⁵⁷. In the Directive, with reference to the European Convention on Human Rights⁵⁸, the existence of serious harm and continuity is sought in order to determine the existence of persecution. Subparagraph ‘a’ of the first paragraph of Article 9 of the Directive states that acts that seriously violation human rights, in particular those rights listed as ‘non-derogable rights’ by the Convention due to their nature and repetition, shall constitute persecution, including the measures applied, in accordance with the characteristics of the concrete case⁵⁹. Subparagraph ‘b’ of the said paragraph refers to the cumulative assessment of existing practices/circumstances, stating that the sum total of various measures/practices, including human rights violations that are serious enough to affect an individual in a manner similar to those set out in subparagraph ‘a’, will constitute an act of persecution. The wording in subparagraph ‘b’ is explained with reference to violations of rights and freedoms that are not included in the group of rights non-derogable under in time of emergency regime provided for by the Convention; it is accepted that the acts/practices alleged to constitute persecution, when considered as a whole, meet the level of seriousness required if they impair human dignity/ undermine respect for human dignity⁶⁰.

In paragraph 2 of Article 9, the Directive further regulates gender-based violence, stating that physical or mental violence, including sexual violence; legal, administrative measures or law enforcement and/or judicial measures that are discriminatory in nature or applied in a discriminatory manner; disproportionate or discriminatory prosecution or punishment; denial of judicial redress as a result of a disproportionate or discriminatory punishment; or acts of a gender-based or child-oriented nature are/can be characterised as persecution⁶¹. Therefore, within the framework of these regulations, it can be said that any act that occurs on the basis of gender-based discrimination, which seriously damages human dignity and violates fundamental human rights continuously and systematically, and which the state fails or is unable to fulfil its obligation to protect,

57 In the state practices of Canada, the United States of America and Australia, it is seen that the fact of serious harm is questioned in the determination of persecution within the framework of the concrete case, and that the state of harm is sought to fulfil the conditions of continuity and systematic risk. For an analysis of these state practices, see Öztürk (n 16) 226-8.

58 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, European Treaty Series- No. 5, Council of Europa <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> 14 June 2023. Turkey signed the Convention on 04.11.1950. The instrument of ratification was deposited with the Secretary General of the Council of Europe on 18 May 1954 and the Convention entered into force for Turkey on that date.

59 The reference to the European Convention on Human Rights in the Qualification Directive indicates that the Directive adopts a human rights-based approach and provides guidance on the level of seriousness required for an act/practice or measure to be classified as an “act of persecution” within the meaning of the Geneva Convention of 1951.

60 In its emphasis on the protection of human dignity, the Court referred to the first article of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 41 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=82FAB62A67283FFEE1E2B3E71C8FF8B?text=&docid=290687&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11334707>> 5 Aralık 2024.

61 Although the provision in question basically aims to determine the scope of the concept of persecution, the emphasis on gender-based discrimination is important in terms of preventing any debate in this direction in practice and limiting the discretionary power of the administration in this direction.

may give rise to persecution⁶². At this point, the generally accepted criterion is that the protection offered by the state is not adequate and effective⁶³.

In its judgment of 2024, the Court of Justice of the European Union concretised the provisions of Article 9 of the Directive by commenting on the regime adopted in Afghanistan, in a sense through the regime applied in Afghanistan, in its judgment of 2024 concerning the appeal lodged by two women of Afghan nationality who sought international protection on the grounds that the regime/practice adopted in Afghanistan against women constituted acts of persecution and who were denied refugee status and granted subsidiary protection status by the Austrian authorities. In its decision, the Court stated that forced marriage practices constitute a violation of Article 4 of the European Convention on Human Rights in the context of the prohibition of slavery and Article 3 of the prohibition of torture in the context of the lack of protection against gender-based violence and domestic violence, and that these acts alone would be classified as “*acts of persecution*” within the framework of subparagraph ‘a’ of the first paragraph of the relevant Article of the Directive⁶⁴. The Court found that discriminatory measures not falling within the scope of subparagraph ‘a’ of the first paragraph of Article 9, such as restricting women’s access to health care and education and their participation in political life, professional or sporting activities, restricting their freedom of movement or infringing their freedom to choose their own clothing, affect women to such an extent that, taken as a whole, they reach the level of severity required to constitute acts of persecution for the purposes of subparagraph ‘b’ of the first paragraph⁶⁵. This is because, in the Court’s view, the measures/practices in question have a cumulative effect as manifestations of a social structure based on a regime of discrimination and oppression, and are the result of deliberate, systematic application, and clearly and persistently deprive Afghan women of fundamental rights related to human dignity on account of their sex⁶⁶. For this reason, the Court emphasised that the measures in question violate human dignity and, in view of their cumulative effect, are to be considered as “*acts of persecution*” within the meaning of subparagraph ‘b’ of the first paragraph of the Article⁶⁷.

In addition, violence experienced by women, girls, lesbians, gays, bisexual and transgender persons, sexual minorities and gender-non-conforming individuals or men and boys because of their gender or socially determined roles and expectations, since it is ultimately based on discrimination, it is considered to fulfil the purpose and intention

62 James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths 1991) 104-108. See also UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 11.

63 Kelley (n 56) 565.

64 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 43.

65 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 44.

66 *ibid*.

67 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 46.

element⁶⁸ set out in the definition of torture⁶⁹ adopted by the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment⁷⁰. This acceptance within the framework of the definition of ‘torture’ undoubtedly creates a triggering and reinforcing effect on designation and/or categorisation of acts of gender-based violence as persecution under the Geneva Convention of 1951.

Whether discrimination on the basis of sex constitutes persecution in a pure form, independent of any act, is another issue to be discussed in the context of gender-based violence. The five grounds that should be linked to the risk of persecution in the Convention ultimately reflect certain characteristics of the individual. Although the Convention is largely based on historical experience in determining these grounds⁷¹, the fact that the grounds for persecution are based on the specific characteristics of asylum seekers and the result obtained ultimately constitutes part of the prohibition of discrimination or the need to prevent discrimination⁷². Furthermore, the definition of acts of gender-based violence as persecution under the Convention constitutes an important part of the requirement of equal protection under the Convention⁷³. This is because the fear created by the act constituting persecution may ultimately result in the denial of equal protection to certain gender groups, as it may differ and/or intensify due to the gender of the person. However, of course, not all discrimination is persecution⁷⁴. Therefore, although gender-based discrimination does not directly constitute persecution in the context of the Convention, it may constitute a part of persecution within the framework of the concrete case⁷⁵. It should also be noted that since the Convention adopts an outcome-oriented approach by requiring the existence of a fear of persecution, the perpetrator of the act constituting persecution is not necessarily required to act with a discriminatory motive based on the grounds listed in

68 The elements of purpose, intent, state intervention (involvement), severe pain or suffering, whether physical or mental, are recognised essential elements in meeting the threshold for torture. See UNHCR, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development (A/HRC/7/3) para 27, 30.

69 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 UNTS 85.

70 UNHCR, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (A/HRC/31/57), 5 January 2016, para 7-8 <<https://digitallibrary.un.org/record/831491?ln=en&v=pdf>> 14 August 2024.

71 Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Third Meeting, UN Documents (A/CONF.2/SR.3), 14.

72 In its General Recommendation No. 19, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women states that the definition of discrimination in the first article of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women includes violence directed against women because they are women or violence that disproportionately affects women. CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against Women, *Adopted at the Eleventh Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in 1992 (Contained in Document A/47/38)*, para 6 <<https://digitallibrary.un.org/record/148001?ln=en&v=pdf>> 15 August 2024.

73 Kelley (n 56) 561-2.

74 UNHCR, Handbook, para 54.

75 It is recognised that a discriminatory State policy and/or practice of denying protection to certain groups, for example, may constitute persecution if it results in serious harm. UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002, para 15.

the Convention⁷⁶. The fact that the act of violence in question turns into persecution and that the person is in fear due to the grounds listed in the Convention is considered sufficient to obtain refugee status.

It should also be noted that it is recognised that the requirement to assess applications for international protection status on an individual basis should be tailored to the specific circumstances and particularities of the situation, particularly in cases of gender-based violence⁷⁷. In the context of gender-based persecution, it is envisaged that this discretion will be exercised on the basis of the legal order and practices in the country of origin, including the status before the law, political rights, social and economic rights, cultural and social traditions of the country and the consequences of non-compliance, the prevalence of harmful traditional practices, the frequency and forms of violence reported against such persons, the protection offered, the penal system applicable to perpetrators of violence, and the risks the person may face upon return to the country of origin⁷⁸. If, as a result of such an assessment, it is determined that individuals will be subjected to acts of persecution in the country of origin solely because of their gender, it is accepted that it is not necessary to establish that the applicant for protection in the concrete case is at actual and specific risk of being subjected to acts of persecution in the country of origin⁷⁹.

In the face of the possibility that acts of gender-based violence characterised as persecution may be based on personal reasons, it is not always possible to prove the link between persecution and the reasons for persecution. In this regard, it is accepted that the protection weakness of the state of origin -although it cannot be said that it has reached a uniform acceptance and has become a state practice- is a criterion that can be taken as a basis for establishing the causal link⁸⁰. The Executive Committee of the UNHCR, in its Conclusion No. 73, emphasises that those who have been subjected to rape and other forms of sexual violence should be recognised as refugees if the state condones, refuses to provide protection or is unable to provide protection, in other

76 In practice, in the determination of refugee status, there are state practices that rely on the assessment of the motive of the perpetrator of the persecution in determining the link between the reasons listed in the Convention and persecution or fear of persecution. However, in line with the provisions of the Convention and UNHCR decisions, the motive of the perpetrator of the act is not recognised as a mandatory element in establishing this link. For detailed analyses and criticisms on the subject, see Öztürk (n 16) 253-5. The Qualification Directive stipulates that there must be a link between the causes of persecution and the act or failure to protect that constitutes persecution. See Art. 9/3 of the European Union Qualification Directive.

77 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 54.

78 CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 53.

79 In its judgment of 2024, the Court stated that in the framework of the legal regime adopted by the Taliban and the current practices/measures taken within this framework, which have been verified by various international mechanisms, there is a presumption in favour of the recognition of refugee status for women nationals of Afghanistan. CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, paras 56-7.

80 Karen Musalo, 'Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale for Evolving Jurisprudence' (2003) 52 DePaul L. Rev. 777, 787-804, 806.

words, if the state of origin fails to protect them⁸¹. The oppression and persecution of abused women, especially during periods of armed conflict, and the state's failure or refusal to provide them with adequate protection constitute one of the most obvious examples of the State of origin's failure to protect⁸².

In the face of the possibility that acts of gender-based violence characterised as persecution may be based on personal reasons, an important example that makes it difficult to establish a link between the danger of oppression and persecution and the causes of persecution in the Convention is the existence of domestic violence⁸³. At this point, it is also necessary to mention the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)⁸⁴ in terms of strengthening the protection provided to the individual against gender-based persecution⁸⁵. The Convention is important in that it addresses gender-based persecution with reference to the provisions of the Geneva Convention of 1951 and, in a sense, gives normative quality to the refugee definition of the Convention, which has been expanded with the implementation of the Convention.

Article 60 of the Istanbul Convention states that States Parties are under an obligation to take the necessary legislative or other measures to ensure that gender-

81 Conclusions Adopted By The Executive Committee on the International Protection of Refugees, Executive Committee Conclusion No. 73 (XLIV) Refugee Protection and Sexual Violence (1993), para (j). In 2002 and 2003, UNHCR issued guidelines containing detailed provisions on the protection of women refugees in line with the expansion of the protection area of the 1951 Geneva Convention and the need to ensure that refugees enjoy the rights and protections of the Convention to the fullest extent possible. Although these guidelines are not binding, they are important as they guide state practices. See UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01); UNHCR, Sexual and Gender-Based Violence Against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, May 2003 <<https://www.unhcr.org/media/sexual-and-gender-based-violence-against-refugees-returnees-and-internally-displaced-persons>> 3 August 2024.

82 If the acts in question occur during armed conflicts, an assessment can of course be made in the context of other reasons in terms of women who are persecuted due to sexual violence. However, it should be noted that the assessment of women within the context of the State of origin's protection weakness within the context of membership to a certain social group will strengthen the protection granted to these persons and will ensure that these persons who are subjected to persecution will be taken under international protection in the event of a mismatch for any other reason.

83 For an assessment that domestic violence is recognised as persecution on the basis of membership of a particular social group, see Kelley (n 56) 565.

84 Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Council of Europe Treaty Series- No. 210) 3010 UNTS 107. Turkey signed the Convention on 11 May 2011. The Convention entered into force internationally for Turkey on 1 August 2014. Resolution on the Termination of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence in Respect of the Republic of Turkey was published in the Official Gazette No. 31429 dated 20 March 2021; Resolution No: 3718; and in the Official Gazette dated 30 April 2021 and numbered 31470, the Resolution on the Determination of the Expiry Date for the Republic of Turkey as 1 July 2021 of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, which was terminated for the Republic of Turkey by the Presidential Decree dated 19 March 2021 and numbered 3718 (Resolution No: 3928) was published. The Convention will be abbreviated as "*Istanbul Convention*" in this study.

85 In addition, in the initial provisions of the European Union Qualification Directive, it is stated that international obligations based on human rights instruments and practices in Member States will be taken as a guide in determining common criteria for 'subsidiary protection' status (European Union Qualification Directive, Initial Provisions para 34). This provision in the initial provisions of the Directive also raises the importance of the Istanbul Convention, which contains a special regulation on the subject, in the interpretation of the provisions of the Directive. The Court of Justice of the European Union (CJEU) has also considered the Geneva Convention of 1951 together with the provisions of the Istanbul Convention, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the European Union Qualification Directive when assessing acts of persecution and the process of granting status. See CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C608/22 and C609/22, para 32-7.

based violence against women⁸⁶ is recognised as persecution within the meaning of Article 1A(2) of the Geneva Convention of 1951 and as a serious form of harm for the purposes of complementary/ subsidiary protection. The second paragraph of the same article stipulates that all grounds defined in the Convention shall be interpreted in a gender-sensitive manner and that applicants shall be granted refugee status through the relevant legal instruments in force if there is a risk of persecution on any one or more of these grounds. The following paragraph of the Article states that legislative or other measures should be taken to establish gender-sensitive asylum procedures in support of the obligations set out in the preceding paragraphs.

The definition of gender-based violence as persecution in the first paragraph of the article⁸⁷ indirectly weakens the link between persecution and the causes of persecution as stipulated in the Geneva Convention of 1951⁸⁸. This is because acts of gender-based violence, which are considered to constitute persecution, inherently target persons who are members of a particular social group.

In this respect, while recognising that gender constitutes a specific social group, the Istanbul Convention implicitly extends the protection offered by the Geneva Convention of 1951; calls for gender-sensitivity in refugee determination procedures; and obliges States Parties to take the necessary legislative and other measures to ensure that gender-based violence against women is recognised as a valid ground for seeking asylum⁸⁹. The Convention imposes a number of obligations on States Parties to facilitate access to the relevant asylum procedure for persons at risk of gender-based/oriented persecution, to better guarantee their protection, with particular attention to female genital mutilation⁹⁰. The Istanbul Convention complements the protection provided by the Geneva Convention of 1951 by facilitating women's access to international status in the face of gender-based persecution.

B. European Union

Articles 18 and 19 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 2000⁹¹, which became binding in the European Union legal system with the entry

86 The term “...gender-based violence” used in the English text of the Convention is translated as “*toplumsal cinsiyete dayalı şiddet*” in the Turkish text published in the Official Gazette, and this translation has been used in the study as well.

87 Council of Europe, Protecting migrant women, refugee women and women asylum seekers from gender-based violence, 2019 <<https://edoc.coe.int/en/violence-against-women/7862-protecting-migrant-women-refugee-women-and-women-asylum-seekers-from-gender-based-violence-istanbul-convention.html>> 14 June 2024.

88 This provision of the Istanbul Convention is interpreted to mean that women who have been/are likely to be subjected to gender-based violence can be considered as a social group without being subjected to any test. Öztürk (n 16) 286.

89 Petitpas/Nelles (n 50) 83.

90 For a detailed analysis, see Council of Europe and Amnesty International, The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women - A tool to end female genital mutilation, Strasbourg, 2014.

91 Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) (2012) OJ C326.

into force of the Lisbon Treaty,⁹² include the right to asylum and the principle of *non-refoulement* with reference to the Geneva Convention of 1951 and the 1967 Protocol. The Treaty on the Functioning of the European Union aims at a common migration policy for the effective channelling of refugee flows, fair treatment of third-country nationals lawfully residing in Member States and prevention of illegal migration and trafficking in human beings⁹³. In this context, with the emphasis on the principle of *non-refoulement*, it is envisaged that, within the framework of the Geneva Convention of 1951 and the 1967 Protocol, third-country nationals in need of international protection within the borders of the Union should be given the necessary legal status⁹⁴.

The most important pillar of the right to asylum recognised by the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the common migration policy intended to be established by the Treaty is the so-called Qualification Directive, Directive 2011/95/EU⁹⁵.

The Qualification Directive introduces common standards for refugees and other persons in need of international protection. The Directive provides for refugee status in line with the definition in the Geneva Convention of 1951 and - unlike other regional regulations - does not expand the definition of refugee, but recognises subsidiary protection status as complementary to the refugee protection provided for in the Convention under certain conditions for persons in need of international protection but who do not have the necessary qualifications for refugee status. The Directive provides for subsidiary protection status for those who cannot obtain refugee status⁹⁶. Accordingly, if a person who does not have the necessary qualifications to become a refugee but is returned to his/her country of origin or, if he/she is stateless, to his/

92 Article 18 of the EU Charter of Fundamental Rights provides that “The right to asylum shall be guaranteed with due respect for the rules of the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and in accordance with the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union.”; Article 19 states that “1. Collective expulsions are prohibited. 2. No one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment.”

93 TFEU, Art. 79.

94 The Treaty on The Functioning of The European Union (TFEU) (The Treaty on The Functioning of The European Union, (Official Journal of the European Union, C 326/47, 26.10.2012)), Art. 78 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>> 22 March 2024. It provides for a uniform refugee status applicable throughout the European Union, a uniform subsidiary protection status without entitlement to asylum and a common temporary protection status for displaced persons in cases of mass influx (Art. 78/2 TFEU).

95 The first regulation establishing a comprehensive protection regime under the name of subsidiary protection is Directive 2004/83/EC (Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted (Official Journal of the European Union, L 304/12, 30.09.2004) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083>> 22 March 2024)). The Directive establishes two separate individual statuses under the Union: refugee and subsidiary protection status. However, upon the persistence of differences of opinion and practice among Member States regarding refugee status and subsidiary protection status, the Qualification Directive 2011/95/EU was adopted in order to eliminate these incompatibilities and to realise the common asylum policy objective.

96 Article 2 (f) of the European Union Qualification Directive. This point, which is emphasised in the definition of subsidiary protection in the Directive, makes it necessary to first assess the applicant in the context of refugee status.

her former place of residence, he/she may be subjected to serious harm as defined in Article 15. Subsidiary protection is provided for non-citizens of the Union who, within the scope of serious harm as defined in Article 15⁹⁷, are at real risk of being sentenced to death or of being executed, of being subjected to torture, inhuman or degrading treatment or punishment, of being subjected to serious and personal threats of indiscriminate violence to life or person (of a civilian) in situations of international or non-international armed conflict, and who, because of this risk, are unable or unwilling to avail themselves of the protection of the country of origin or, in the case of stateless persons, of the country of their previous residence⁹⁸.

The Qualification Directive introduces a new international protection status, remaining faithful to the definition of refugee in the Geneva Convention of 1951. This protection status plays a key role especially in the assessment of acts of gender-based/orientated violence⁹⁹. This is because, unlike the conditions for obtaining international protection status under the Convention, it is not required that the acts of gender-based/orientated violence reach the character of persecution for the acquisition of subsidiary protection status, nor that the persons subjected to it belong to a particular social group or are included in the other grounds stipulated by the Convention. In subsidiary protection, the existence of serious harm is foreseen instead of persecution, which is required for refugee status, and the existence of this serious harm is considered sufficient to obtain the envisaged protection status, without the need to be associated with specific grounds, in other words, independently of any ground. The interpretation of the acts considered as serious harm is largely based on the human rights treaties and the practices of the supervisory mechanisms established by the treaties¹⁰⁰. This is because subsidiary protection status is based on the obligations of Member States arising from human rights treaties. It is generally accepted that the necessity to create

97 Article 15 of the European Union Qualification Directive provides that the death penalty or its execution, or torture or inhuman or degrading treatment or punishment of an applicant in his or her country of origin, or an indiscriminate serious and personal threat to the life or person of a civilian in situations of international or non-international armed conflict, shall constitute serious harm. The Article aims to reconcile the objective of providing protection to civilians fleeing indiscriminate violence in the context of armed conflict with the risk of individual harm required under refugee law (Topal (n 2) 63).

98 Article 17 of the European Union Qualification Directive, which is similar to Article 1 (f) of the Geneva Convention of 1951, excludes from subsidiary protection persons for whom there are serious indications that they have committed crimes against peace, war crimes and crimes against humanity, are guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations, have committed a grave offence or pose a threat to the public order and security of the country in which they reside.

99 In the European Union legal order, directives, as a rule, are not directly applicable. Directives bind each Member State to which they are addressed in terms of the results to be achieved, but the form and method are left to the national authorities. In this context, Member States are under the obligation to harmonise their legal arrangements with Union rules. For detailed information, see Mehmet Hanifi Bayram, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, (7th edn Seçkin Yayıncılık 2022) 173-4.

100 For the relevant interpretations of the Court of Justice of the European Union, see Meltem İneli Çiğer, 'Sıahlı Çatışma Durumlarında Ayrımcı Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İkincil Korunması (2018) 20(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 205'. It can be said that the initial provisions of the Qualification Directive (see para 34) constitute the normative source of the reference to human rights instruments and the practices of the supervisory mechanisms established by these instruments in the interpretation of the provisions of the Directive.

a subsidiary protection status arose as a result of the fact that human rights law covers the protection envisaged by refugee law and many norms associated with refugee law are applied within the framework of human rights conventions¹⁰¹.

The principle of *non-refoulement* which is enshrined in Article 33¹⁰², of the Geneva Convention of 1951 and recognised¹⁰³ as a customary international rule, undoubtedly has the most important share in this requirement. The principle stipulates the obligation of states to provide protection to those who seek to live in a safe country by fleeing persecution and danger to life in their own country and, in this context, to refrain from taking any action that would result in the refoulement of such persons¹⁰⁴. Although the principle is most widely enshrined in the Geneva Convention of 1951, its application is largely within the framework of the positive obligations of the state under human rights treaties in relation to the obligation to prevent individuals under its jurisdiction from being subjected to treatment contrary to the provisions of the convention¹⁰⁵. Subsidiary protection status, on the other hand, is the transformation of the positive obligation imposed on the state not to take action that would result in the return of the person in the presence of certain grounds into an obligation of performance in the form of granting international protection status to the person. In this context, the status provides a normative basis for the obligation, which finds a jurisprudential counterpart in the supervisory mechanisms established by human rights treaties¹⁰⁶. However, it should be noted that even though the application of the principle of *non-refoulement* constitutes an important instrument in the acceptance of the status in question or the supervisory mechanisms established especially by human rights treaties make this need visible, not every situation that can be evaluated within the scope of the principle directly results in the granting of subsidiary protection status to the person. The preamble of

101 The close relationship between human rights and refugee law is interpreted in two ways in terms of strengthening the protection afforded to the individual. Firstly, it is envisaged that the protection offered under refugee status within the framework of the Geneva Convention of 1951 should be interpreted and applied within the framework of the development of human rights law. Secondly, it is stated that the *lex specialis* character of refugee law vis-à-vis human rights law, which has a *lex generalis* character, results in the necessity that the protection offered within the scope of complementary protection should not include weaker rights than refugee status; the principle of *non-refoulement* constitutes one of the bases of this requirement. McAdam (n 7) 31-3, 255 et al.

102 The first paragraph of Article 33 of the Convention provides that no State Party shall expel or return ('refouler') a refugee under any circumstances whatsoever to a country where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. For a detailed analysis of the Convention provision in the light of the preparatory work, see Ceren Karagözoğlu, 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' PPIL, (2023) 43(1) 313, 319, dp. 17.

103 Guy S. Goodwin-Gill, 'The Haitian Refoulement Case: A Comment' (1994) 6(1) International Journal of Refugee Law 103, 105; Elif Uzun, 'Geri Göndermeme İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme' (2012) 8(30) Uluslararası Hukuk ve Politika 25, 42-51.

104 Uzun (n 103) 25.

105 Gregor Noll, 'Delimiting and Justifying Protection under the ECHR', in 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.

106 Although the practice developed within the framework of the principle of *non-refoulement* offers protection to applicants, especially within the scope of human rights treaties, it does not ultimately result in the granting of status to these persons. States are also seen to be reluctant to grant international protection status to these persons, even though they act in accordance with their obligations arising from the principle of *non-refoulement*. McAdam (n 7) 199-207.

the Qualification Directive, which states that the risks generally faced by the whole or part of a country's population do not normally constitute an individual threat that can be characterised as serious harm in themselves¹⁰⁷, also confirms this.

The risk of being subjected to a serious and individualised threat to life or person (of a civilian) by reason of indiscriminate violence against life or person in situations of international or non-international armed conflict, which is included within the concept of serious harm under the last subparagraph of Article 15 of the Directive¹⁰⁸, is an umbrella provision that will provide protection to those who are subjected to gender-based persecution during both international and non-international armed conflicts, although it does not directly provide for a classification or justification in the context of gender-based persecution. The 1951 Geneva Convention or the 1967 Protocol are important in terms of granting international protection status to persons who are excluded from the definition of refugee on the grounds provided under the Geneva Convention of 1951 or the 1967 Protocol and who are forced to flee their country as a result of international or national armed conflicts. Although UNHCR states that individuals who are unable or unwilling to return to their country of origin due to serious threats to their life, physical integrity or liberty caused by indiscriminate violence or serious disturbances of public order should also be covered by international protection¹⁰⁹, the absence of international or non-international armed conflicts as a justification in the Convention leads to differences in state practices. In this context, the Directive plays an important role in ensuring unity in state practices and harmonising the forms of international protection offered by Member States. The Directive grants subsidiary protection status to persons who do not meet the requirements for the recognition of refugee status, but who are at real risk of serious harm due to a serious and individual threat to their life and person as a result of indiscriminate violence in situations of international or non-international armed conflict. In order for a person to be considered under subsidiary protection, the existence of armed conflict and acts of indiscriminate violence in the country of origin is not sufficient; this conflict must constitute a serious and individualised threat to the life and personality of the person.

Since the Directive provision focuses on armed conflicts, the elements listed in terms of the conditions of protection are also based on humanitarian law. Therefore, humanitarian law regulations are applied in the interpretation of these elements¹¹⁰. Within this framework, the first concept is international and non-international armed conflicts.

107 European Union Qualification Directive, Initial Provisions para 35.

108 Article 15(c) of the European Union Qualification Directive states that "*serious and individual threat to a civilian's life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict.*"

109 UNHCR, Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, para 26.

110 Since the relevant provision of the Directive does not include an explanation of the elements of the Directive, the concepts in question remain ambiguous. The association of the elements with the rules and principles of humanitarian law has resulted in the use of these rules and principles as a guide in the interpretation of the concepts in question. Eeva Nyknen, 'On The Lines of Demarcation and Their Significance - The Categories of Complementary Protection Under The Finnish Aliens Act' (2012) 30, Nordic Journal of Human Rights 148, 158, 161.

Pursuant to common Article 2 of the Geneva Conventions of 1949¹¹¹, declared states of war or situations of armed conflict between two or more States Parties, even if the state of war is not recognised by any of them, and the total or partial occupation of the territory of a State Party, even if such occupation faces no military resistance, are defined as armed conflicts of an international character¹¹². For the definition of non-international armed conflicts, in line with the first article of Protocol No. II to the Geneva Conventions of 1949 on the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts¹¹³, the insurgent forces must have a minimum level of organisation and control over a part of the country enabling them to carry out continuous and regular military actions and their acts of violence must have reached a certain intensity¹¹⁴. However, it is seen that these concepts are interpreted more flexibly than the established criteria of humanitarian law within the framework of a holistic approach in line with the subject and purpose of the Directive and focusing on the impact of the conflict on civilians, although consistency has not been achieved in terms of state practices¹¹⁵. In its Diakite judgement of 2014, the Court of Justice of the European Union pointed out that the concepts contained in the provision should be interpreted on the basis of the entirety and purpose of the legal text of which they form part, and stated that the existence of a non-international armed conflict should be recognised for the purposes of the application of this provision when the armed forces of a state confront one or more armed groups or when two or more armed groups confront each other. In addition to an assessment of the current level of violence in the area, it did not require a minimum level of organisation and a certain intensity of violence or a separate assessment of the duration of the conflict¹¹⁶. With this interpretation, the Court recognised that the existence of indiscriminate violence, which forms part of the protection offered by the Directive, encompasses, in the context of the application of the provision, the elements envisaged under the definition of non-international armed conflict.

111 See Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war, 75 UNTS 287. For the Turkish text of the Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols to the Conventions, the study “12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri”, Ed. Melike Batur Yamaner vd., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42” has been utilized.

112 The 1949 Geneva Conventions supplemented this definition with the first article of Protocol I to the Conventions on the Protection of Victims of International Armed Conflicts. Accordingly, the struggle of people exercising their right to self-determination against colonial domination, foreign occupation and racist regimes also falls within the scope of international armed conflicts (Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), 1125 UNTS 3. For detailed information on international armed conflicts, see Yusuf Aksar, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022) 176-8.

113 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II), 1125 UNTS 609.

114 For a detailed analysis, see Hüseyin Pazarcı, *International Law Dersleri*, 4. Kitap (Turhan Kitabevi 2016) 179.

115 At this point, it is particularly pointed out that the Directive does not envisage a normative link with humanitarian law rules and that the objectives of humanitarian law rules and the Directive differ. Nyknen (n 110) 159, 161-3; İneli Çiğer (n 100) 212-3.

116 CJEU, (Fourth Chamber), C-285/12, 30 January 2014, paras 27, 30-5 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CF05463331BB22BF068ED0FDA1D48DC5?text=&docid=147061&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2997723>> 14 August 2024. See similarly Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), ZMM (Article 15(e)) Libya CG [2017] UKUT 00263 (IAC), para 12 <<https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/2017-ukut-263>> 16 August 2024.

In determining the existence of the element of indiscriminate violence, it is seen that the violation of humanitarian rules that stipulate the observance of the civilian-combatant distinction is taken as a basis, without being reduced to the rules of humanitarian law, but with a focus on the protection of civilians, especially in accordance with the protection status¹¹⁷. This general definition of violence to which a person is subjected is personalised by requiring that the violence in question be a serious and personal threat to the life or personality of the person in question. However, in exceptional cases where the level of indiscriminate violence¹¹⁸ is so high that the lives or personalities of all civilians would be at risk if returned to the country of origin, it is recognised that the asylum-seeker need not prove that his or her life or personality would be personally threatened¹¹⁹. In cases where the level of indiscriminate violence is not intense, the gender of the individual may play a decisive role. This is because it is accepted that the person's life and personality may be under threat due to personal characteristics such as gender, religion or occupational group. However, the existence of the threat in question is not considered sufficient for the provision of protection; the existence of a real risk of serious harm to the person due to this threat is sought. The real risk is associated with the degree of probability that the indiscriminate violence will cause serious harm¹²⁰. The existence of real risk is measured by the capacity of indiscriminate violence to cause serious harm to a person¹²¹. Serious harm defines the nature and intensity of the interference with a person's rights¹²². Accordingly, for an interference to be serious, it must be of sufficient severity.

In addition, unlike the first two paragraphs, the protection envisaged by the relevant provision of the Directive is provided for civilians through a classification in terms of persons. Under the rules of humanitarian law, persons who do not take an active part in armed conflicts, including members of the armed forces who lay down their arms and those who remain outside the conflict due to illness, injury, detention or any other

117 The UK Tribunal, while noting that humanitarian law regulations play an important role in the interpretation of the provision, stated that the interpretation should not be restricted to humanitarian law regulations for the purpose of the Directive. Asylum and Immigration Tribunal, KH (Article 15(c) Qualification Directive) Iraq CG [2008] UKAIT 00023, para 60-1 <<https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/37806>> 16 August 2024. Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) HM and others (Article 15(c)) Iraq CG [2012] UKUT 00409(IAC), para 42 <[https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/%5B2012%5DUKUT%2000409\(IAC\).pdf](https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/%5B2012%5DUKUT%2000409(IAC).pdf)> 16 August 2024. However, it should be noted that indiscriminate violence is not required to be directly caused by armed conflicts, and indirect effects of armed conflicts are also accepted within the scope of the scope of application of the said regulation. European Asylum Support Office (EASO), The Implementation of Article 15(c) QD in EU Member States, 2015, 5.

118 The determination of the level of indiscriminate violence is based on criteria such as the weapons and methods used during the armed conflict, civilian deaths and injuries resulting from the conflict, the number of persons displaced by the conflict, voluntary returns, security incidents, widespread human rights violations, and whether the political authority in the country of origin fulfils its basic functions. EASO, The Implementation of Article 15(c) QD in EU Member States, 2015, 3.

119 CJEU, C-285/12, 30 January 2014, para 30.

120 European Asylum Support Office (EASO), Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU) A judicial analysis, 2014, 13.

121 İneli Cığır (n 100) 220.

122 EASO, Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU), 2014, 13. The harm in question is not required to be physical, and situations considered within the scope of psychological violence are also recognised as harm. Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), ZMM (Article 15(c)) Libya CG [2017] UKUT 00263 (IAC), para 18.

reason, are recognised as civilians. The presence of individuals without civilian status in the civilian population does not eliminate the civilian character of the population¹²³. Within the framework of the Directive, based on the acceptance that being unarmed is important but not decisive within the framework of a holistic approach; it is envisaged that the role of the persons who take part in the armed conflict as combatants, whether the person acts voluntarily or under duress should be taken into consideration when defining the concept of a civilian¹²⁴.

It should also be noted that this status provided for in the Directive is complementary in terms of the obligations under the Convention, as it is foreseen for those who cannot obtain refugee status¹²⁵. Therefore, Member States' recognition of this status without conducting a refugee status assessment results in a breach of their international obligations under the Geneva Convention of 1951¹²⁶. This is because subsidiary protection status is intended to complement, not replace, refugee status¹²⁷. The Directive's acceptance that those who are subjected to acts of gender-based violence that constitute persecution¹²⁸ can be considered within the scope of a certain social group is accepted as an element that reinforces the need for refugee status assessment to be made for those who are victims of these acts, especially in the European Union legal order.

II. Protection Against Gender-Based Persecution Under Turkish Law

A. International Protection Statuses Under the Law on Foreigners and International Protection

Before the Law No. 6458 on Foreigners and International Protection (LFIP) entered into force, there was no detailed legal regulation on the international protection regime in Turkish law. The Repealed 1994 Regulation¹²⁹, the Repealed Refugee Guesthouses

123 ICTR, Trial Chamber, Prosecutor v Jean Paul Akayesu, (ICTR-96-4-T) 2 September 1998, para 582 <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-04/MS15217R0000619817.PDF>> 12 August 2024.

124 EASO, The Implementation of Article 15(c) QD in EU Member States, 2015, 4.

125 Article 17 of the Qualification Directive, which provides for the exclusion of a person from international protection, contains a provision in line with the Geneva Convention of 1951. Furthermore, Article 8 of the Directive stipulates that if the applicant does not have a well-founded fear of persecution or a well-founded risk of serious harm in a particular territory of the country of origin or can be protected against persecution or serious harm, can travel safely and lawfully to that territory and can reasonably be expected to settle there, the application shall be rejected on the basis that the person is not in need of international protection. The relevant provision of the Directive is a manifestation of the so-called "*internal protection alternative*". For a detailed analysis of the approach, see Lider Bal, 'Dâhili Korunma Alternatifi Yaklaşımı ve Uluslararası Koruma Statüsü' (2004) 6(1) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 416, 421-457.

126 İneli Cığır (n 100) 221.

127 See also EASO, Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU), 2014, 11.

128 Article 10(1)(d) of the Directive.

129 Regulation on the Procedures and Principles Applicable to Individual Foreigners Seeking Asylum in Turkey or Requesting Residence Permit from Turkey in order to Seek Asylum in Another Country, and to Foreigners Arriving at Our Borders Collectively for the Purpose of Asylum and to Possible Population Movements, OG 30.11.1994/22127.

Regulation¹³⁰ and the Ministry of Interior Circular No. 57 dated 22 June 2006¹³¹ were the main regulations in this regard. However, the provisions in these regulations were inadequate and scattered in terms of implementation¹³². These regulations were causing problems in practice¹³³. With the LFIP, a more organised and systematic regulation has been achieved.

According to Article 3/1(r) of the LFIP, there are three international protection statuses: refugee, conditional refugee and subsidiary protection.

Article 61 of the LFIP includes the definition of refugee. It should be noted that the Geneva Convention of 1951 and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees constitute the basis of the concepts in the LFIP¹³⁴. Therefore, the definition in Article 61 of the LFIP is drafted in line with the Geneva Convention of 1951 and the 1967 Protocol. According to the Article:

“A person who as a result of events occurring in European countries and owing to well-founded fear of being persecuted for grounds of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his citizenship and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself or herself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it, shall be granted refugee status upon completion of the refugee status determination process.”

When becoming a party to the Geneva Convention of 1951, Turkey made a declaration stipulating that the provisions of the Convention would only apply to asylum-seekers who seek refuge as a result of events occurring in Europe¹³⁵. Therefore, refugee status is not recognised for those who come to Turkey due to events occurring outside Europe¹³⁶. The issue of what kind of protection will be provided to persons who seek asylum in Turkey due to events occurring outside Europe is regulated in a separate provision.

According to Article 62 of the LFIP, “conditional refugee” status is granted to a foreigner who is outside his/her country of nationality and is unable or, owing to such

130 OG. 29.04.1983/18032.

131 For the text of the circular, see <<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/57-Sayili-Genelge-2010-Degisikligi.pdf>> 24 September 2024.

132 Odman (n 15) 188-191; Çiçekli (n 17) 242; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5th edn, Beta Yayınevi 2018) 9; Süreyya Can, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Koruma* (Yetkin 2021) 231.

133 Nasih Sarp Ergüven/Beyza Özturanlı, ‘Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye’ (2013) 62(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1007, 1008.

134 Çiçekli (n 17) 242; Öztürk (n 16) 365.

135 Pursuant to Article 3/1(b) of the LFIP, the word “Europe” in the Law refers to the member states of the Council of Europe and other countries to be determined by the President of the Republic.

136 Öztürk (n 16) 398-399.

fear, unwilling to avail himself/herself of the protection of that country because of well-founded fear of being persecuted for grounds of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion arising out of events occurring outside Europe and for the five grounds set out in Article 61 of the LFIP, or to a stateless person who, as a result of such events, is outside his/her country of former habitual residence and is unable or, owing to such fear, unwilling to return to it¹³⁷.

The main difference between conditional refugee status, which is a result of the geographical limitation accepted by Turkey, and refugee status is expressed in the last sentence of Article 62 of the LFIP. Article 62 of the LFIP states that a conditional refugee will be allowed to stay in Turkey until he/she is resettled in a third country. Therefore, the reason for the addition of the word “*conditional*” at the beginning of this protection status defined in Article 62 of the LFIP is that these persons are under protection only on condition of resettlement to a safe third country^{138,139}.

In addition to refugee and conditional refugee status, there is another international protection status under Article 63 of the LFIP. According to the article, persons who would “*be sentenced to death or face the execution of the death penalty; face torture or inhuman or degrading treatment or punishment; face serious threat to himself or herself by reason of indiscriminate violence in situations of international or nationwide armed conflict*” may be granted subsidiary protection status, which is an international protection, even if they do not meet the requirements of refugee or conditional refugee¹⁴⁰.

One of the most important aspects of subsidiary protection status is that this status can only be recognised for persons who do not qualify as refugees or conditional refugees. The first sentence of Article 63 of the LFIP clearly emphasises this point. Article 63/1 of the LFIP begins as follows: “*A foreigner or a stateless person, who*

137 Under the Repealed 1994 Regulation, such persons were referred to as “*asylum seekers*”. With the LFIP, the status of “*asylum seeker*” has been abolished. In this study, the term “*asylum seekers in Turkey*” is used for those who have come to Turkey for protection and have not yet made an application or those who have made an application and whose application is under evaluation.

138 According to Article 74/2 of the LFIP, “*Countries meeting the below stated criteria shall be considered as a safe third country: a) b) implement the principle of non-refoulement with regard to countries where persons may be subjected to torture, inhuman or degrading punishment or treatment; c) provide the opportunity to apply for refugee status, and when the person is granted refugee status, the possibility to provide appropriate protection in compliance with the Convention; d) ensure that there is no risk of being subject to serious harm.*” In addition, pursuant to Article 74/3 of the LFIP, “*The assessment of whether or not a country is a safe third country for the applicant shall be made on case by case basis for each applicant, including the assessment of connections between the person and the country according to which it would be reasonable to return the applicant to the third country concerned.*”

139 Öztürk (n 16) 400.

140 Subsidiary protection was not included in the Repealed 1994 Regulation before the LFIP. Circular No. 57 dated 22.06.2006 of the General Directorate of Security referred to subsidiary protection as a concept for the first time, but did not include a definition and explanation of this concept. The subsidiary protection status recognised by the LFIP was adopted as part of the harmonisation process with European Union law (Öztürk (n 16) 403). Article 63 of the LFIP is based on the European Union Qualification Directive. 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, 78-79. Detailed evaluations and opinions in the doctrine regarding this matter will be provided later.

neither could be qualified as a refugee nor as a conditional refugee...". Therefore, in the case of an individual international protection application, if the person can be granted (conditional) refugee status under Article 61 or Article 62 of the LFIP, there should be no examination under subsidiary protection status¹⁴¹. An international protection application must first be assessed under Articles 61 and 62 of the LFIP¹⁴².

The subsidiary protection status aims to protect fundamental human rights such as the right to life and the prohibition of torture¹⁴³. This status is based on the prohibition of torture under Article 3 of the European Convention on Human Rights and the prohibition of refoulement under Article 33 of the Geneva Convention of 1951 and Article 4 of the LFIP¹⁴⁴.

Since subsidiary protection status is a status that complements other international protection statuses, it is defined as “*complementary protection*” in doctrine and practice¹⁴⁵. The subsidiary protection status extends the scope of other international protection statuses and complements the protection provided by the Convention¹⁴⁶. However, it should be noted that subsidiary protection status is not regulated by an international treaty¹⁴⁷. Therefore, the source of this status is the national legal systems of the states¹⁴⁸. In terms of its source, subsidiary protection status is similar to conditional refugee status¹⁴⁹. Refugee status, which is based on the Geneva Convention of 1951, differs from both statuses in this respect. Refugee status is based on a treaty that is binding in international law.

The most important difference between subsidiary protection and (conditional)/refugee protection is that subsidiary protection does not require the “*well-founded fear of persecution*” criterion, which is the basis of refugee protection¹⁵⁰. In addition, this

141 Can (n 132) 239.

142 For statements in the same direction, see Ankara 1. İdare Mahkemesi, E.2014/2070, K.2015/2630, 30.11.2015. <http://www.izmirmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/ANKARA%201_%20%C4%B0DARE%20MAHKEMES%C4%B0%20-2015-2630.pdf> 23 October 2024.

143 Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (27th edn, Beta Yayınevi 2022) 25; Gökçe Arıkan, *Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 37.

144 Topal (n 2) 264, 267.

145 Çiçekli (n 17) 301; Ekşi (n 132) 51; Işıl Özkan, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku*, (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2023) 393; Baran Çelik (n 140) 78; Ahmet Hamdi Topal ‘Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü’ (2015) 2(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, 13; B. Bahadır Erdem, ‘Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasal ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye’deki Durumları’, (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 332, 454; Arıkan (n 143) 40; Kutluhan Bozkurt, *Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku* (2nd edn, Legal Yayıncılık 2022) 63, 72; Işıl Özkan, *Göç ve Vatandaşlık Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2022) 245; Topal (n 2) 264; Can (n 132) 125. The absence of a treaty on complementary protection statuses in international law causes the scope and boundaries of these concepts to be unclear. Therefore, it is not clear whether subsidiary protection is a sub-category of complementary protection or constitutes another independent protection status. In this context, there are also different complementary protection statuses that are entirely at the discretion of States. Other statuses, such as humanitarian protection, protection of displaced persons, temporary protection, are also considered to be complementary forms of protection, albeit under different names. See McAdam (n 7) 2; Can (n 132) 36-37.

146 McAdam (n 7) 23; Topal (n 2) 263.

147 Öztürk (n 16) 427 dp. 1572.

148 Öztürk (n 16) dp. 1572.

149 Öztürk (n 16) 427 dp. 1572.

150 Öztürk (n 16) 403.

status does not seek the five grounds in Articles 61 and 62 of the LFIP and provides a broader and more inclusive protection than other international protection statuses¹⁵¹.

In order to be granted subsidiary protection status, it does not matter whether the asylum-seeker has sought asylum as a result of events occurring in Europe or outside Europe. It is possible to carry out an examination within the scope of subsidiary protection status in case the events in Article 63 of the LFIP occur wherever in the world and persons seek asylum in Turkey.

B. Protection Statuses foreseen under Turkish Law against Gender-Based Persecution

The Geneva Convention of 1951 on refugee status is an individual protection status¹⁵². Whether persons fulfil the requirements for refugee status is assessed through individual interviews to be conducted separately for each applicant¹⁵³. Conditional refugee status, which is the result of Turkey's declaration made when becoming a party to the Geneva Convention of 1951 and maintained when becoming a party to the 1967 Protocol, and subsidiary protection status, another type of international protection regulated in our domestic law, are also based on the process of individual assessment of the conditions¹⁵⁴. However, it is observed that there are mass influxes in the world in some periods. These mass and sudden population movements make the individual assessment process based on the Geneva Convention impossible¹⁵⁵.

The need for a special regulation on mass migration movements, which were not provided for in any way in the Geneva Convention of 1951, became more visible after the civil war in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia¹⁵⁶. Accordingly, the Temporary Protection Directive¹⁵⁷ was prepared by the European Union in 2001. With this Directive, a separate status providing immediate and temporary protection of an exceptional character for displaced persons arriving in sudden and large mass influxes was recognised¹⁵⁸.

151 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 25; Öztürk (n 16) 403.

152 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 169; Ekşi (n 132) 155.

153 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 164.

154 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 169; Ekşi (n 132) 155.

155 Öztürk (n 16) 423-4.

156 Nuray Ekşi, 'Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi' (2014) 88(6) İstanbul Barosu Dergisi 65, 68; Şerife Sena Poçanoğlu, '21. Yüzyılda Yeni Bir Sığınmacı Krizi: Rusya ve Ukrayna Arasında Yaşanan Silahlı Çatışmalar Sebebiyle Yerinden Edilmiş Kişiler', *Rusya-Ukrayna Krizi ve Uluslararası Hukuk*, Cüneyt Yüksel/ Ceren Karagözoğlu (eds) (On İki Levha 2023) 253-254.

157 Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, Official Journal L 212, 07/08/2001, see <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0055>> 24 October 2024.

158 Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku (Temel Konu)* (8th edn Seçkin Yayıncılık, 2023) 293-294; Esra Yılmaz Eren, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma* (2nd edn Seçkin Yayıncılık 2021) 66-67; Gökçe Konyalı, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2021) 135.

The first regulation in Turkish law regarding mass migration movements is the Repealed 1994 Regulation. Although the Regulation does not mention “*temporary protection*” as a concept¹⁵⁹, the procedures and measures to be taken for asylum seekers crossing our borders en masse are regulated. With the 2013 LFIP, similar to the relevant Directive of the European Union¹⁶⁰, a “*temporary protection*” status completely different from individual international protection statuses was recognised under Article 91 of the LFIP. In order to regulate the admission of persons under temporary protection status to Turkey, their rights and obligations in Turkey and other issues related to the implementation of the status, the Temporary Protection Regulation¹⁶¹ was issued in 2014.

Pursuant to Article 91 of the LFIP, “*Temporary protection may be provided for foreigners who have been forced to leave their country, cannot return to the country that they have left, and have arrived at or crossed the borders of Turkey in a mass influx situation seeking immediate and temporary protection.*” The reason for the regulation of this status, which entered Turkish law for the first time with the LFIP adopted in 2013, is the asylum movements due to the events in the Syrian Arab Republic after 2011¹⁶².

Temporary protection is not an individual international protection status¹⁶³. It is a protection that is entirely subject to domestic law, introduced to provide emergency and precautionary protection for persons arriving in large mass influxes and whose applications cannot be assessed individually¹⁶⁴. The legal basis of temporary protection status is not the Geneva Convention of 1951, which is binding in international law, but Turkey’s national foreigners’ law legislation.

1. Assessment in respect of persons who have sought refuge in Turkey since 28 April 2011 due to the events in the Syrian Arab Republic

Since 28 April 2011, only temporary protection status is available for those who have sought refuge in Turkey from the Syrian Arab Republic due to gender-based persecution.

159 Ekşi (n 156) 69; Ekşi (n 132) 53.

160 For a detailed comparison of the European Union Temporary Protection Directive and the Temporary Protection Regulation, see Sema Çörtoğlu Koca/F. Candan Kavşat, ‘Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi’ (2015) 1(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 311, 329 vd; Doğa Elçin, ‘Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar’ (2016) (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9, 9-80.

161 1994 Regulation is repealed with the Temporary Protection Regulation, OG. 22.10.2014/29153.

162 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 169; Ekşi (n 132) 151; Lâle Ayhan İzmirli, ‘Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme’ (2017) 4(7), Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 43, 56.

163 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 26; Çiçekli (n 17) 306; Bülent Çiçekli, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (Seçkin 2009) 118; Asar (n 158) 254; Ayşe Yasemin Aydoğmuş, ‘Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi’ (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 141, 143; Neva Övünç Öztürk, ‘Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme’ (2017) 66(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201, 242; Sibel Özel, ‘Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü’ (2020) 17(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 709, 722.

164 Çelikel/Öztekin Gelgel (n 143) 168-169; Vahit Doğan, *Turkish Foreigners Law* (6th edn, Savaş Yayınevi 2021) 11-2; Özel (n 163) 722.

According to Article 91 of the LFIP, the first condition for the granting of temporary protection status is the realisation of a mass influx to Turkey. Mass influx is defined in Article 3/1(j) of the Temporary Protection Regulation. Accordingly, a mass influx is defined as “*situations where a high number of people come from the same country or a geographical region and procedures related to international protection status cannot be individually followed because of the high number of people.*” However, it should be noted that, pursuant to Article 7 of the Temporary Protection Regulation, temporary protection decisions will also be taken for “*...foreigners who arrive at or cross our borders individually during the period of mass influx.*” Therefore, within the scope of the Temporary Protection Regulation, temporary protection status can be granted not only to those who arrive en masse, but also to those who cross Turkey’s borders individually as a result of the events causing the mass influx in question¹⁶⁵.

Whether the mass influx that will lead to the granting of temporary protection status is from Europe or from outside Europe does not matter in terms of the LFIP or the Temporary Protection Regulation¹⁶⁶. Therefore, as a rule, there is no geographical limitation on temporary protection status¹⁶⁷. However, the condition of crossing borders individually in a mass influx or during a period of mass influx is not sufficient for the granting of temporary protection status¹⁶⁸. According to Article 9 of the Temporary Protection Regulation, a temporary protection decision must also be declared by the President¹⁶⁹ upon the proposal of the Ministry of Interior. So far, such a temporary protection order has been declared only for those coming from the Syrian Arab Republic. Pursuant to Provisional Article 1 of the Temporary Protection Regulation, this status is granted to persons who came to Turkey “*due to the events that have taken place in Syrian Arab Republic since 28 April 2011.*” Therefore, in the current situation, only those who fulfil these conditions and come from the Syrian Arab Republic are granted temporary protection status¹⁷⁰.

Temporary protection effectively guarantees asylum, but this guarantee covers a process that prevents the determination of the status of individual persons¹⁷¹. As of 28 April 2011, those who came to Turkey from the Syrian Arab Republic with a mass influx or individually during this mass influx cannot be granted conditional refugee status, even if they fall within the scope of Article 62 of the LFIP¹⁷². This is clearly stated in

165 Ekşi (n 156) 70.

166 Ekşi (n 156) 71.

167 Ekşi (n 156) 71.

168 Ekşi (n 132) 156.

169 With Article 4 of the Presidential Decree No. 1851 published in the Official Gazette dated 25/12/2019 and numbered 30989, the phrase “*Council of Ministers*” in the provision has been changed as “*President*”.

170 In practice, applicants for temporary protection status are subject to a completely separate assessment from international protection. The rights and obligations of these persons also differ from those with international protection status.

171 Öztürk (n 16) 405.

172 Ekşi (n 132) 155.

Article 16 of the Temporary Protection Regulation. According to the Article, “*Individual international protection applications filed by foreigners under this regulation shall not be processed in order to ensure the effective implementation of temporary protection measures during the period of the implementation of temporary protection.*”

In the doctrine, the fact that the Regulation regulates that individual protection applications cannot be received during the period of temporary protection status is rightly criticised in our opinion¹⁷³. Pursuant to Article 7 and Article 8 of the Constitution of the Republic of Turkey¹⁷⁴, the administration does not have the authority to make rules on a matter that should be regulated by law. In view of the fact that the procedure for individual status determination is regulated by the LFIP, the situations in which the individual status determination procedure cannot be operated and will be suspended should also be specified by the LFIP¹⁷⁵.

In the light of all this information, it is necessary to say that in practice, it cannot be determined whether the reason for persecution falls within one of the five justifiable grounds for asylum-seekers from the Syrian Arab Republic who have sought refuge in Turkey on the grounds of gender-based persecution since 28 April 2011. The way for individual applications for international protection is currently closed. However, the fact that this rule was introduced by the Temporary Protection Regulation and not by law is not legally appropriate.

2. Assessment with Regard To Persons Who Took Refuge In Turkey Due To Events Occurring In Other States Other Than The Syrian Arab Republic And In The Syrian Arab Republic Before 28 April 2011

Pursuant to Provisional Article 1 of the Temporary Protection Regulation, temporary protection status is granted to persons arriving in Turkey “*due to the events that have taken place in Syrian Arab Republic since 28 April 2011.*” The temporary protection provisions do not apply to persons who sought asylum in Turkey from the Syrian Arab Republic before 28 April 2011 for protection on the grounds of gender-based persecution, as they fall outside the scope of the temporary protection declaration decision and temporary Article 1. For these persons, an examination can be conducted within the scope of their individual international protection status under the LFIP¹⁷⁶. In addition, for those who seek asylum in Turkey from a state other than the Syrian Arab Republic on the grounds of gender-based persecution, there is a need to separately address which of the individual international protection statuses under the LFIP will be provided.

173 Öztürk (n 16) 425-426.

174 Date of Adoption: 18.10.1982, OG. 09.11.1982/17863 (Repeated).

175 Öztürk (n 16) 424.

176 Ekşi (n 156) 72.

As examined in detail under the first main heading, two important conditions are required for a person to be recognised as a refugee under the Geneva Convention of 1951. Firstly, the person must be in “*fear of persecution*”. In addition, this fear of persecution must arise from one of the five justified grounds.

The Geneva Convention of 1951 does not define the concept of “*persecution*”. The fact that the Geneva Convention of 1951 includes a general expression such as “*persecution*” but does not include a detailed and explanatory provision on this concept differentiates state practices¹⁷⁷. In Turkish law, there may be great uncertainty as to how this concept will be handled and evaluated¹⁷⁸.

As emphasised earlier, in cases of applications based on gender-based violence, such as domestic violence, female genital mutilation and sexual orientation, UNHCR recognises persecution if the allegations reach a certain level of seriousness. In addition, Article 9/2 of the European Union Qualification Directive explicitly emphasises that gender-based violence constitutes a ground for persecution.

There is no specific provision in Turkish foreigners’ legislation on the protection to be provided in relation to acts of gender-based violence. This may lead to ambiguity as to whether acts of gender-based violence constitute persecution and whether the victims of such acts fall within the five grounds set out in the Convention.

In practice, it is observed that a number of problems arise in the process of proving and assessing gender-based violence in application interviews. In line with the general principle of the law of evidence, UNHCR states that the applicant for international protection is obliged to present all the evidence on which his/her claim can be based¹⁷⁹. Article 75/2 of the LFIP also states that the applicant is obliged to co-operate with the authorities and to provide all information and documents in support of his/her application for international protection. However, it is rightly emphasised in the doctrine that persons fleeing persecution or the threat of persecution are generally unable to rely on written documents or to have witnesses testify¹⁸⁰. It is also argued that Article 75/2 of the LFIP is a “*gender-insensitive provision*” due to the difficulty of proving one’s sexual orientation with any information and documents¹⁸¹. In practice, the inability of persons to prove their sexual orientation leads to the fact that the violence they have experienced due to their sexual orientation is generally not taken into consideration; this situation results in the person being excluded from the refugee/conditional refugee examination¹⁸². Some

177 Öztürk (n 16) 505.

178 Öztürk (n 16) 505.

179 UNHCR, Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims 16 December 1998, para 5 <<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1998/en/23696>> 10 December 2024.

180 Öztürk (n 16) 191.

181 Zeynep Kıvılcım, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile Geçici Koruma Yönetmeliği: Toplumsal Cinsiyet Perspektifiyle Bir Değerlendirme’ (2016) 71(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 919, 934.

182 The information was obtained through oral interviews with the Directorate of Migration Management on 6 March 2024.

solutions to these problems are suggested in the doctrine. In this context, it is emphasised that the applicant mainly bears the burden of proof in proving the matters alleged in the interview, but that the applicant and the competent authority should share this burden together¹⁸³. It is particularly important to consider other data¹⁸⁴ from the country of origin relating to the human rights violation and reports on the country of origin in the assessment. It is recommended that interviewers test whether the allegations reach a certain level of persuasiveness (a certain standard of proof), both in the light of the applicant's statements and other data obtained by them¹⁸⁵. The doctrine emphasises that interviewers should always take into account the applicants' past traumas and the psychological impact of the events¹⁸⁶. In our opinion, the provision in Article 78/3 of the LFIP supports this view. Pursuant to the provision; "*The personal circumstances of the applicant and current general conditions in the country of origin [nationality] or former [habitual] residence shall be taken into consideration in making the decision.*" Therefore, it is underlined that when deciding on international protection, the interviewers should take into account both the evidence provided by the applicant and the information obtained as a result of their own research.

Persons who have experienced gender-based violence may be reluctant to talk about this issue due to the conditions of the interview, the sex of the interviewer or other reasons¹⁸⁷. For this reason, it is stated that these issues are generally not discussed in interviews¹⁸⁸. UNHCR makes some recommendations regarding the discussion of issues related to gender-based violence in the interview¹⁸⁹. In this context, it is stated that the right of the applicant to choose the interviewer of his/her own gender can be recognised¹⁹⁰. In addition, it is emphasised that psychosocial support must be provided to the applicant during the interview¹⁹¹. It is also emphasised that the interviewer should interrupt the interview as soon as he/she realises that the applicant is under too much psychological stress¹⁹².

183 Öztürk (n 16) 190.

184 Öztürk (n 16) 190.

185 Öztürk (n 16) 193-195.

186 Maria O'Sullivan/Dallal Stevens, 'Access to Refugee Protection: Key Concepts and Contemporary Challenges' in *States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness*, Maria O'Sullivan/Dallal Stevens (Eds.) (Hart Publishing 2017) 27.

187 Kelley (n 56) 561, 567; Johnsson (n 42) 223; Kivılcım (n 181) 936; Elizabeth Adjin-Tettey, 'Reconsidering the Criteria for Assessing Well-Founded Fear in Refugee Law' (1997) 25(1) *Manitoba Law Journal* 127, 132.

188 This information was obtained through oral interviews with the Directorate of Migration Management on 6 March 2024.

189 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36; UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/12/09) 23 October 2012, para 60 <<https://www.unhcr.org/media/unhcr-guidelines-international-protection-no-9-claims-refugee-status-based-sexual-orientation>> 22 October 2024.

190 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36; UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9 (HCR/GIP/12/09), para 60.

191 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36.

192 UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36.

The doctrine also emphasises that, in practice, there is insufficient information on whether applicants have been subjected to gender-based violence¹⁹³. It is stated that homosexuals, in particular, are ashamed and hesitant to disclose their sexual orientation, as they have previously been persecuted for openly expressing their orientation in their country of origin or residence¹⁹⁴.

Another problem arising from the inability of applicants for international protection on the grounds of gender-based violence to fully convey their experiences in the interview is their inability to prove their fear of persecution¹⁹⁵. In the doctrine, it is stated that what should be taken as a basis in this regard should be an objective fear¹⁹⁶. In most cases, it is impossible to prove and explain whether the person has subjective fear in a concrete case¹⁹⁷. In addition, the inability to prove the subjective fear of a person in a concrete case should not eliminate the risk of persecution¹⁹⁸. Despite the risk of persecution, it is possible that the applicant may be unable to explain and demonstrate his/her fears for various reasons¹⁹⁹. The fact that the applicant had less than average fear in a concrete case should not eliminate the persecution/risk of persecution in that case.

Under the Geneva Convention of 1951, the fear of persecution falling within one of the five justifiable grounds is another necessary element for refugee status to be recognised. As elaborated in detail in the previous section, gender considerations are not included in the five grounds explicitly listed in the Convention. However, the decisions of the UNHCR Executive Committee and the UNHCR's guiding reports emphasise that a more flexible perspective on the content of the grounds for persecution can be followed²⁰⁰. In this context, in UNHCR practice, gender-based persecution is generally assessed under the criterion of "*membership of a particular social group*"²⁰¹. In addition, Article 10/1(d) of the European Union Qualification Directive, which is important in terms of demonstrating the application of the Geneva Convention of 1951 in the European Union, emphasises that, depending on the conditions in the country of origin, gender-related issues, in particular sexual identity and sexual orientation, may be considered within the criterion of membership of a particular social group.

193 Kırılcım (n 181) 935.

194 Alfredina Adofo, 'Feeling Persecution: Asylum Claims Related to Sexual Orientation in the United Kingdom and the Netherlands', *Master Thesis in International and European Public Law* (Tilburg University 2013) 49, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=131146.

195 Adjin-Tetty (n 187) 131-133; Kelley (n 56) 561; Öztürk (n 16) 219-221.

196 Adjin-Tetty (n 187) 150; Öztürk (n 16) 219.

197 Adjin-Tetty (n 187) 131-133.

198 Öztürk (n 16) 221.

199 Adjin-Tetty (n 187) 131.

200 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2, para 2-3.

201 In the application of the 1951 Geneva Convention in concrete cases, the five grounds may overlap in some cases. It has also been emphasised that other grounds, such as religion or political views, may also be relevant in some cases, see Valerie Oosterveld, *Women and Girls Fleeing Conflict: Gender and the Interpretation and Application of the 1951 Refugee Convention*, Division of International Protection United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Legal and Protection Policy Research Series, Switzerland, 2012 <<https://www.refworld.org/reference/lpprs/unhcr/2012/en/89566>> 36.

There are also views in the doctrine that gender-based applications can be assessed on the basis of membership of a particular social group²⁰². The 1951 Geneva Convention's gender-sensitive interpretation is considered a positive development²⁰³. However, it is also pointed out that the evaluation of gender-based applications in terms of membership of a particular social group may lead to some problems due to the ambiguity of the scope of the criterion²⁰⁴. In order to solve the problems, it is stated that gender should be added to the Geneva Convention of 1951 as a sixth criterion²⁰⁵.

Looking at the practices around the world, it is observed that, following the UNHCR's recommendation that gender considerations should be counted within the scope of membership of a particular social group, Canada has issued decisions in line with this recommendation.

In the 1993 decision of the Supreme Court of Canada in *A.G. v. Ward*, it is clearly stated that gender, due to its innate and immutable characteristic, can be considered within membership of a particular social group²⁰⁶.

Another example in Canada where gender issues are examined within the context of membership of a particular social group is the decision of the Immigration Appeals Board of Canada, known as *Zekiye İncirciyan*²⁰⁷. In the case, the applicant is a Turkish citizen and a widow. She mentions the difficulties she encountered while living as a widow in Turkey. The applicant states that she was constantly subjected to harassment by men during the day. She also states that she has previously been kidnapped and sexually assaulted. The Canadian Board of Immigration Appeals emphasised that Ms. İncirciyan was "*a single woman living alone in a Muslim country without the protection of a male relative*" and that she was a member of a particular social group.

A judgement of the New Zealand High Court also refers to the *Zekiye İncirciyan* judgement and reaches similar conclusions²⁰⁸. In the case at hand, the applicant woman was born in the Kashmir region of India. She is married with two children. She came

202 Johnsson (n 42) 224-225; Hathaway (n 62) 162; Kelley (n 56) 565; Musalo (n 80) 804; Oosterveld (n 201) 36; Elizabeth Adjin-Tettey, 'Defining a Particular Social Group Based on Gender', *Refuge: Canada's Journal on Refugees/ Refuge: Revue canadienne sur les réfugiés*, (1997) 16(4) *Refugee and Immigrant Women: An International Perspective* 22, 22; Kate Ogg, 'The Future of Feminist Engagement with Refugee Law: from the Margins to the Centre and out of the 'Pink Ghetto'?', *Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*, Susan Harris Rimmer, Kate Ogg (Eds.) (Edward Elgar Publishing 2019) 177.

203 Ogg (n 202) 177.

204 Sushil Raj, 'The Gender Element in International Refugee Law: Its Impact on Agency Programming and the North-South Debate' (2001) (1) *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law* 164, 182.

205 Raj (n 204) 182.

206 The Attorney General of Canada v. Patrick Francis Ward, Supreme Court Judgments, [1993] 2 S.C.R. 689, <<https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1023/index.do>> 21 September 2024.

207 The original judgement could not be found. For an assessment of the judgement, see Hathaway (n 62) 162; Costance MacIntosh, 'When 'Feminist Beliefs' Became Credible as 'Political Opinions': Returning to Key Moment in Canadian Refugee Law' (2005) (17) *Canadian Journal of Women and the Law* 135, 136; Öztürk (n 16) 287.

208 Refugee Status Appeals Authority, Refugee Appeal No. 80/91, N.S. at Auckland, 20.02.1992. For the judgement, see <<https://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/80-91.htm>> 4 September 2024.

to New Zealand with her husband X on a tourist visa and started to run a small shop selling handicraft products. However, their business did not go well and the shop closed. Her husband X was arrested for an offence and was in prison at the time of the case. The applicant woman states that if she and her two children were sent to the Kashmir region of India without her husband, she would be in a very difficult situation and at risk of persecution. At the time the appeal was being examined, the area in question was controlled by Muslim forces supported by the State of Pakistan. The applicant's father is deceased. His mother lives with one of his sisters, who is married. The other sister is in New Delhi. She has no male family member in Kashmir to support her. On these grounds, she claims that she is at risk of being subjected to sexual assault, inhuman, degrading and ill-treatment and seeks refugee status. The Supreme Court, referring to the considerations set out in the *İncirciyan* judgment, states that the applicant is *"a Muslim woman living separately from her husband in a Muslim community, unable to find accommodation, support from a male family member or financial support and known to have violated the customs of her community"* and emphasises that she is at risk of persecution because she is a member of a particular social group. It states that she should be granted refugee status for these reasons.

A judgement of the Administrative Court of Augsburg in Germany was on the issue of forced marriage²⁰⁹. In the case, the applicant woman is a citizen of the Islamic Republic of Afghanistan. She was forced by her father to marry a friend of her uncle. Immediately after the wedding, in 2011, she fled to Germany to live with her aunt. The Court considers that the forced marriage constitutes persecution. In addition, in the Court's view, the persecution threatening the applicant was linked to her gender and her membership of a particular social group - unmarried women from families that traditionally practiced forced marriage.

The first judgements on the issue that persons in fear of persecution on account of their sexual orientation may be considered as membership of a particular social group can be found in the Dutch judiciary²¹⁰. In the case of a homosexual citizen of the Republic of Poland who sought asylum with the Dutch authorities for fear of persecution, the Dutch courts held that although homosexuality is not officially criminalised by the state in Poland, homosexual individuals constitute a particular social group and are subjected to serious discrimination and should be granted refugee status²¹¹.

In a decision of the Australian Refugee Appeals Tribunal, the applicant, a Turkish citizen, was found to belong to the social group of *"homosexual men in Turkey"* and

209 The Administrative Court of Augsburg, Au 6 K 30092, 16 June 2011. <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-administrative-court-augsburg-16-june2011-au-6-k-30092>> 4 September 2024.

210 Adofo (n 194) 43; Öztürk (n 16) 287 dp. 1074.

211 Adofo (n 194) 43; Öztürk (n 16) 287 dp. 1074.

to be persecuted and granted refugee status due to physical violence and humiliation in Turkey because of his sexual orientation²¹².

In the practice of the United States of America (USA), there are judgements regarding the fact that victims of domestic violence belong to a certain social group²¹³. In one case, a woman, a citizen of the Republic of Guatemala, was married at the age of seventeen. Since the day of her marriage, she had been subjected to inhuman and degrading treatment by her husband. Although she applied to the police due to physical violence by her husband, the police told her that they could not intervene in domestic matters and she was forced to return home²¹⁴. Although she tried to end the relationship with her husband by returning to her father's house, her husband threatened her with death if she did not return home and she could not end the marriage. She eventually fled to the USA and applied for protection. The US authorities stated that the Guatemalan citizen woman was a married woman victim of domestic violence who could not end her marriage and that this would constitute a social group²¹⁵. In our opinion, women who are victims of domestic violence, but who are forced to continue the relationship due to social pressure or economic reasons, constitute a specific social group that is persecuted.

The Federal Court of Australia also considers domestic violence as persecution and recognises women victims of domestic violence as members of a particular social group. In the case of a decision of the Court, Mrs Khawar, a citizen of the Islamic Republic of Pakistan, was married with three children²¹⁶. She was repeatedly subjected to physical violence by her husband, an alcoholic²¹⁷. Her neighbours also witnessed her husband's constant violence against Mrs Khawar and throwing acid in her face²¹⁸. Mrs Khawar contacted the police about her husband's behaviour, but the police did not intervene²¹⁹. The Court held that domestic violence constituted persecution²²⁰ and that Mrs Khawar was a member of a particular social group as "*a Pakistani national*

212 Australia Refugee Review Tribunal, RRT Case No. 1208496, 24 December 2012, para 93, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ausrrt/2012/en/91259>>, 12 December 2024.

213 Matter of A-R-C-G- et al., United States Department of Justice Executive Office for Immigration Review Board of Immigration Appeals, 26 August 2014 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/usabia/2014/en/89749>>; Matter of Rodi Adali Alvarado-Peña, United States Board of Immigration Appeals, 20 September 1996, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/usabia/1996/en/29835>>, 22 October 2024.

214 In the Central American states of the Republic of Guatemala, El Salvador and Honduras, there is a widespread belief that domestic violence is a private matter of the family. For this reason, the police do not intervene in cases of domestic violence. It is reported that only sixty per cent of women who experience violence by their husbands or partners report the incident and file a complaint. The remaining women remain silent as they see the complaint as useless, see Maggie Morgan/Deborah Anker, 'Obstacles to Entry for Central American Refugees in the US', in *States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness*, Maria O'Sullivan/Dallal Stevens (Eds.) (Hart Publishing 2017) 123-124.

215 Matter of A-R-C-G- et al., pp. 388-389; accord, Matter of Rodi Adali Alvarado-Peña (n 213).

216 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar [2000] FCA 1130, Federal Court of Australia, 23 August 2000, para 85 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ausfc/2000/en/16906>> 4 October 2024.

217 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 93.

218 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 93.

219 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 97.

220 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 159.

woman subjected to violence and abuse by her alcoholic husband and deprived of police support”²²¹.

Another example of domestic violence is the judgement of the Supreme Court of the Republic of Ireland in 2012²²². In the case, the applicant woman, a citizen of the Federal Republic of Nigeria, was married in an arranged marriage at the age of sixteen and could not have children. Due to her inability to have children, she was subjected to physical violence by her husband. Since she also had scars on her body, it was decided that her claims were justified and that she could be entitled to subsidiary protection status as she had suffered “*serious harm*” as a result of her husband’s actions.

In the practice of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, protection claims of applicants who are victims of domestic violence are also examined. In the case of Shahanna Sadiq Islam and Syeda Khatoon Shah, both nationals of the Islamic Republic of Pakistan who fled physical violence at the hands of their husbands, the UK Court of Appeal held that the applicants’ experiences constituted persecution, but that they did not constitute a particular social group independent of the fear of persecution²²³. Islam was a teacher at a school when she tried to break up a fight between two children over political opinions. One of the children then spread the allegation that Islam had spoken unfavourably about her husband’s political views. In response, Islam had a dispute with her husband and her husband physically abused her. Shah has six children and is a housewife. She has been subjected to physical and psychological violence by her husband since her marriage at the age of seventeen. According to the Court, it seems unlikely that individuals can be recognised as a particular social group without some form of internal connection or unity between their characteristics, attributes, activities, beliefs, interests or goals. A decision of the US Board of Immigration Appeals provides a different assessment in this regard²²⁴. In the decision on the asylum application of Rodi Adalí Alvarado-Peña, a citizen of the Republic of Guatemala, due to the violence she suffered at the hands of her husband, some observations are made with regard to the criterion of “*membership of a particular social group*”. The judgment states that even members of the most cohesive and homogenous social group may have unique characteristics as well as common ones²²⁵. In the Shah and Islam judgement, it is understood that some of the characteristics of the women in question are different, but both of them were persecuted because of

221 Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar, para 160.

222 Ireland - High Court, J.T.M. v Minister for Justice and Equality, Ireland and the Attorney General, IEHC 99, March 2012, see <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/ireland-high-court1-march-2012-jtm-v-minister-justice-and-equality-ireland-and-attorney#content>> 3 September 2024.

223 R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department Ex Parte Shah; Islam and Others v. Secretary of State for the Home Department, Court of Appeal, 23 July 1997 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbreaciv/1997/en/94996>> 2 September 2024.

224 Matter of Rodi Adalí Alvarado-Peña (n 213).

225 Matter of Rodi Adalí Alvarado-Peña (n 213).

their common gender identity. Therefore, it can be said that they are a member of a particular social group.

In relation to *female genital mutilation*, the UK has ruled in favour of a woman applying for refugee status. In a case that was the subject of a UK Court of Appeal decision, fifteen-year-old Zainab Esther Fornah, a national of the Republic of Sierra Leone, sought protection because of the risk of FGM²²⁶. FGM is widely practised in Sierra Leone as a rite of passage from childhood to becoming an adult woman²²⁷. The judgement states that the practice of FGM constitutes persecution under the Geneva Convention of 1951²²⁸. In addition, the Court recognises that women at risk of FGM constitute a particular social group²²⁹.

In Turkish legal doctrine, there are different views on whether gender-based applications fall within the scope of one of the five grounds. According to one view, those who come to Turkey fleeing female genital mutilation are neither recognised as refugees nor conditional refugees as they do not have a well-founded fear of persecution²³⁰. Therefore, according to this view, those fleeing female genital mutilation cannot be considered as the member of a particular social group²³¹. It is also stated that refugee or conditional refugee status cannot be granted to those fleeing from the punishment of stoning for adultery in some countries²³². It is considered that such persons can only be granted protection within the scope of subsidiary protection status²³³.

According to another view in the doctrine, as in Article 10/1(d) of the European Union Qualification Directive, it would be appropriate to recognise that persons who face persecution or risk of persecution based on gender may constitute a specific social group in the LFIP²³⁴. It is emphasised that victims of domestic violence and

226 Zainab Esther Fornah v. Secretary of State for the Home Department, Case No: C4/2004/2047, Neutral Citation Number: [2005] EWCA Civ 680, in the Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Appeals Division) on Appeal from Immigration Appeal Tribunal, Royal Courts of Justice Strand, London, 9 June 2005, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbrcaciv/2005/en/16772>> 4 September 2024.

227 It is reported that 80%-90% of women are at risk of FGM, see Fornah v. Secretary of State, para 54.

228 Fornah v. Secretary of State, para 60.

229 Fornah v. Secretary of State, para 63.

230 Ekşi (n 132) 150; Balay Sütlüoğlu, *Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türk Hukukunda Sığınma Sistemi* (On İki Levha 2021) 141, dp. 97.

231 Ekşi (n 132) 150. Ekşi states that a person fleeing from Iran to Turkey because of persecution on the grounds of homosexuality may be granted conditional refugee status under Article 62 of the LFIP on the grounds of being a member of a particular social group. See Nuray Ekşi, 'İ. Oturum Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Düzenlenen Uluslararası Koruma Türleri', *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi*, Ceyda Süral/Ekin Ömeroğlu (eds) (Seçkin Yayıncılık 2015) 41.

232 Ekşi (n 132) 150; Sütlüoğlu (n 230) 141, dp. 97.

233 Ekşi (n 132) 150; Sütlüoğlu (n 230) 141, dp. 97.

234 Odman (n 15) 166; Öztürk (n 16) 513; Lami Bertan Tokuzlu, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun'un Yasal Belirlilik İlkesi Konusunda Türk Uygulamasına Katkısı Üzerine Bir Değerlendirme' (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1061, 1083-1084.

homosexuals constitute a specific social group in this context²³⁵. In addition, it is stated that gender-based international protection status applications can also be examined in terms of the criterion of being a member of a particular social group²³⁶. It is also emphasised that there is a deficiency in the definition of international protection status in terms of gender-based applications by stating that the LFIP refers to survivors of gender-based violence under the concept of “*persons with special needs*” and within the scope of those who cannot be deported²³⁷.

In practice, according to the information obtained during the verbal interviews with the Directorate of Migration Management, instead of conducting a detailed and thorough examination of asylum applications in terms of individual fear of persecution and whether this fear is based on five justified grounds, it is generally examined directly in terms of the conditions for subsidiary protection status pursuant to Article 63 of the LFIP²³⁸. In the interviews made with the Presidency, it was stated²³⁹ that in practice, the majority of those arriving due to the armed conflicts in Ukraine, especially since it constitutes a current migration situation, already come with a residence permit. For those who apply for international protection, it is stated that only the conditions under Article 63 of the LFIP are examined and only subsidiary protection status is granted to these persons. However, as emphasised earlier, Article 63 of the LFIP stipulates that before a person is examined for subsidiary protection status, an examination under Articles 61 and 62 of the LFIP must have been conducted. However, in practice, the rule is to grant subsidiary protection status and the exception is to grant (conditional) refugee status. This is in clear contradiction with Article 63 of the LFIP and is not legally appropriate²⁴⁰.

In our opinion, for those who fled to Turkey due to the armed conflict in Ukraine and applied for international protection, it should first be examined whether the conditions under Article 61 of the LFIP are met²⁴¹. In this context, firstly, whether the applicants have been subjected to persecution or whether there is a risk of persecution should be addressed. It should then be examined in detail whether the persecution or risk of persecution is due to one of the five grounds set out in the

235 Sibel Safi, *Mülteci Hukuku* (2nd edn, Legal 2023) 120; Özkan (n 145) 109; Aydınlı (n 35) 88 vd.

236 Aydınlı (n 35) 75 vd.

237 Tokuzlu (n 234) 1083; Cavidan Soykan/Kristen Biehl/Ceki Hazan, *Türkiye’de Katılımcı Demokrasinin Güçlendirilmesi: Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin İzlenmesi Projesi Faz II, Kadın Mülteciler ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (Ceid Yayınları 2021) 24.

238 On the criticism of states’ resort to subsidiary protection status in the absence of a contractual obligation under refugee law and the increasing application of this status, see McAdam (n 7) 49. For detailed information, see Öztürk (n 16) 387-388.

239 The Directorate of Migration Management did not provide a clear number of applicants for international protection due to the armed conflict in Ukraine.

240 Article 2(f) of the European Union Qualification Directive also emphasises that subsidiary protection will be granted to those who cannot obtain refugee status.

241 As stated in detail earlier, although situations such as armed conflict, occupation and armed aggression are not included in the Geneva Convention of 1951 on a normative basis, they constitute a part of the Convention’s application within the framework of certain criteria.

Convention. In the case of the armed conflict in Ukraine, it is alleged that civilians were bombed and killed in schools, churches, etc.²⁴². Thus, persons are persecuted solely because they are Ukrainian nationals. Therefore, it can be said that they are persecuted on the basis of their nationality within the framework of the Convention. Specific to the subject of the study, it is also possible for individuals to apply for international protection on the grounds of gender-based violence they have suffered in the context of armed conflict and aggression. In this case, in line with UNHCR practice and the European Union Qualification Directive, it can be interpreted that the applicants (especially women who have been sexually assaulted) are a member of a particular social group and are therefore persecuted. If the fear of persecution based on one of the five justified grounds cannot be proven in the concrete case, an assessment can be made in terms of “*subsidiary protection*”, which complements other international protection statuses.

The subsidiary protection status has been transposed into Article 63 of the LFIP based on the European Union Qualification Directive. In the doctrine, the European Union Qualification Directive and Article 63 of the LFIP are compared and some evaluations are made.

Article 15 of the European Union Qualification Directive emphasises that the criterion for an applicant for subsidiary protection status is “*serious harm*”, not “*persecution*” as in refugee protection. Article 2, subparagraph (f) of the Directive sets out important standards of proof for the application of serious harm. According to this subparagraph, if there are substantial grounds for believing that there is a real risk that the applicant will suffer serious harm, he or she may be granted subsidiary protection status. In addition, Article 6 of the Directive elaborates in detail on the actors who play a role in causing serious harm in a concrete case. According to the Article, a person may benefit from international protection in a Member State if there is a risk of serious harm caused by non-state actors, including the State, parties or entities controlling the State or a significant part of its territory, and international organisations. The inclusion of non-state actors as actors of serious harm in the European Union Qualification Directive can be considered as a positive development as it clarifies one of the “*most controversial topics of refugee law*”²⁴³.

The LFIP, as in the Directive, does not include a definition of “*serious harm*” and its actors. Article 63 of the LFIP does not mention the concept of serious harm at all, and only lists the situations that fall within the scope of this concept, as in Article 15 of the Directive. Furthermore, while Article 2 of the Directive, which is the definitions article, explicitly states that it is sufficient to “*believe that there is a real risk*”, it is not clear from the article whether the death penalty or torture, inhuman treatment or acts

242 Poçanoğlu (n 156) 245-246.

243 Tokuzlu (n 234) 1083.

of indiscriminate violence must be proved by the applicant in a definite and absolute manner in the LFIP²⁴⁴.

The lack of clarity in the wording of Article 63 of the LFIP leads to the emergence of different opinions. In the doctrine, an evaluation is made in terms of the death penalty under Article 63/1(a) of the LFIP. It is argued that reasonable suspicion, substantial grounds or strong indications regarding the likelihood of the death penalty being carried out are not sufficient, and that the allegations regarding the death penalty must be proven conclusively²⁴⁵.

Article 63 of the LFIP causes many problems in terms of implementation due to its ambiguities²⁴⁶. In the LFIP, the difference between the concept of “*persecution*”, which is the criterion for (conditional) refugee protection, and “*serious harm*”, which is the key element of subsidiary protection, should be emphasised more and detailed explanations should be provided on both concepts. Especially considering the fact that it is not possible to appeal to higher courts against the decisions rejecting the international protection application and therefore no certainty can be provided through the unification of case law, the importance of providing clarity and certainty in this regard in the legislation is more understandable. Pursuant to Article 80 of the LFIP, decisions regarding international protection applications may be brought before administrative courts. However, Article 80/1(d) of the LFIP states that the decisions of the administrative courts are final and therefore, it is not possible to appeal to higher courts²⁴⁷. Therefore, it is not possible to explain and clarify the concepts that need to be addressed in deciding on international protection status through case law.

Articles 9 and 10 of the European Union Qualification Directive deal in detail with the issues that may constitute grounds for persecution and the conditions required in the concrete case. In this context, it is seen that the issue of “*membership of a particular social group*”²⁴⁸, which has a more vague and obscure content compared to the other five grounds, is clarified and it is clearly stated that this ground can be examined in applications based on gender, as mentioned before. Similarly detailed provisions on “*persecution*”, the five grounds for persecution and “*serious harm*” are needed in the LFIP.

In Turkish law, the inclusion of more explanatory provisions for the application of Article 63 of the LFIP would clarify the circumstances under which subsidiary protection status can be recognised. Currently, it is not clear under which conditions,

244 Öztürk (n 16) 403 dp. 1521.

245 Aslı Bayata Canyaş, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi’ (2015) 5(1) Hacettepe HFD 73, 76-77; Can (n 132) 269.

246 Öztürk (n 16) 403 dp. 1521; Tokuzlu (n 234) 1083; Sütüoğlu (n 230) 140-141.

247 In the doctrine, the unconstitutionality of this provision may be a matter of debate, see Öztürk (n 16) 500.

248 Öztürk (n 16) 274; Can (n 132) 133-134.

criteria and standards subsidiary protection status is recognised in practice. The most important reason for this situation is that there is no international treaty on subsidiary protection that is binding on states. The European Union Qualification Directive is not binding on Turkey. It can only be taken into consideration as a model. Today, there is an increasing need for an international convention applicable to persons outside the protection of the Geneva Convention of 1951. In the absence of such an international convention, the conditions and standards of protection recognised in various States under complementary protection vary widely. In this regard, it is important to ensure the uniformity of state practices and to set an international standard for subsidiary protection status²⁴⁹.

Conclusion

The Geneva Convention of 1951, which contains concrete provisions for persons in need of international protection, defines the concept of refugee and sets the basic standards for obtaining this status, is the first source to be used against gender-based persecution. Although the provision of the Convention limits the sources of fear of persecution to certain grounds and gender, which constitutes one of the largest groups in the face of such persecution, is not listed among the grounds that may give rise to the fear of persecution, it is widely accepted that gender has a determining effect on the form and causes of treatment constituting persecution, and in this context, it is foreseen that the correct interpretation of the article will not exclude the concept of gender. Refugee status therefore remains the main instrument offering international protection to individuals against gender-based persecution. However, the fact that the criteria stipulated in the Geneva Convention of 1951 have not been expanded on a normative basis, and that human rights treaties guaranteeing the fundamental rights and freedoms of individuals do not ultimately provide for a special protection status, necessitates the existence of statuses called complementary protection, especially for individuals who fall outside the definition of refugee in the face of gender-based persecution.

The so-called complementary protection statuses extend the protection afforded to the individual by both stretching the concept of persecution/(reducing it to the level of serious harm) and by not limiting it to certain affiliations, which are considered as justified grounds. However, it should be noted that the emergence of complementary forms of protection as a result of the need to offer protection to persons who are not refugees leads to the conclusion that refugee status serves as a threshold in the assessment of this protection. In other words, a person's eligibility for complementary protection requires an assessment in terms of refugee status. If, as a result of such an assessment, the person has not obtained refugee status, it is accepted that only then

249 Topal (n 2) 267-268.

should an assessment be made in terms of complementary protection. This acceptance is not only a consequence of the nature of the complementary protection status, but also a requirement of the fulfilment of the international obligations of the states parties to the Geneva Convention of 1951. This is because complementary protection statuses are largely based on national legal regulations. The existence of complementary protection statuses on a national basis not only weakens the protection provided to the individual, but also causes the boundaries of the envisaged protection to diverge, thus making state practices in this direction less uniform. This situation brings to the agenda the need to regulate complementary protection statuses by an international convention. This is because an international convention granting protection status to an individual significantly affects/expands the scope of the rights and freedoms granted to these individuals and ultimately offers a stronger protection as it puts states under an international obligation in the light of the independent nature of human rights treaties from the principle of reciprocity.

At this point, the Istanbul Convention comes to the fore, especially in terms of emphasising the protection offered against gender-based persecution. The Istanbul Convention places an obligation on States Parties to take the necessary legislative or other measures to ensure that gender-based violence against women is recognised as persecution within the meaning of the Geneva Convention of 1951 and as a serious form of harm for the purposes of complementary protection. The Convention provides that all grounds defined in the Convention shall be interpreted in a gender-sensitive manner and that applicants shall be granted refugee status through the relevant legal instruments in force if they are in danger of persecution on any one or more of these grounds, and that necessary legislative or other measures shall be taken to establish gender-sensitive asylum procedures. In this respect, the Convention, while recognising that those subjected to gender-based persecution constitute a specific social group, implicitly extends the protection offered by the Geneva Convention of 1951 and complements the protection provided by the Geneva Convention of 1951 by facilitating access to international status in the face of gender-based persecution. Therefore, the Istanbul Convention at least gives normative character to the complementary protection against gender-based persecution on an international basis and serves to transform protection into an international obligation for states.

In addition, it is observed that in the implementation of the Geneva Convention of 1951 against gender-based persecution and in the interpretation of the provisions of the Convention, supervisory mechanisms refer to the provisions of the Istanbul Convention and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. This is because the Conventions ultimately constitute a part of a whole within the framework of the protection of the individual against gender-based persecution and guide subsequent state practice within the scope of the rules of interpretation of

treaties. Therefore, subsequent state practice constitutes both a means and a result in the implementation of the Conventions. For this reason, the Conventions in question constitute legal texts that should be taken into consideration, even if not directly, as they constitute a part of the rules of interpretation.

As a party to the Geneva Convention of 1951, Turkey's legislation on the law on foreigners is regulated in line with the provisions of the Convention. Refugee status under Article 61 of the LFIP is defined within the scope of the Geneva Convention of 1951 (taking into account the declaration submitted by Turkey when becoming a party to the Convention). The international protection statuses regulated in Article 62 (conditional refugee status) and Article 63 (subsidiary protection status) of the LFIP are based entirely on Turkey's domestic legislation and are not covered by the Convention.

The main difference between subsidiary protection status and (conditional) refugee status is the timing of the assessment of these statuses by the Directorate of Migration Management during the examination of the applications of persons seeking asylum in Turkey. Pursuant to Article 63 of the LFIP, before a person is examined in terms of subsidiary protection status, an examination under Articles 61 and 62 of the LFIP must have been conducted. However, in practice, applications are assessed without following this order. This is in clear violation of the LFIP and the Geneva Convention of 1951. Asylum applications must first be examined in terms of (conditional) refugee status.

In this study, assessments are made especially in the framework of the asylum-seekers who took refuge in our country due to the armed conflicts in Ukraine. In this context, firstly, it is analysed whether the applicants have been persecuted or whether there is a risk of persecution. Afterwards, it is examined in detail whether the persecution or risk of persecution is due to one of the five grounds stipulated in the Convention. It is alleged that in the armed conflict in Ukraine, civilian populations have been bombed in violation of international law and civilian casualties have occurred. Therefore, it is concluded that Ukrainian nationals have been persecuted on the basis of their nationality and may be refugees under the Geneva Convention of 1951. In connection with the subject matter of the study, it is concluded that persons who have been subjected to sexual violence during the armed conflict in Ukraine have been persecuted on account of their membership of a particular social group and may be recognised as refugees in this context. If it is concluded that the conditions for refugee status are not met in the concrete case, an assessment can be made in terms of subsidiary protection. However, as a result of the lack of detailed explanations of the concepts of "*serious harm*" and "*persecution*" in the LFIP, the issue of who will be granted subsidiary protection status in practice and according to what standards and principles, remains unclear. Further clarification of the content of these concepts in the law would contribute to this situation. The fact that there is no unity of jurisprudence

before the higher courts due to the fact that the right to sue against decisions on international protection is only recognised by the courts of first instance also reveals the need for a clear regulation of these issues in the legislation.

Assessments of gender-based asylum applications mainly focus on two issues. Firstly, assessments are made to determine whether gender-based violence constitutes persecution/risk of persecution and whether the fear arising from this persecution/risk of persecution can be proven. When it is concluded that there is a fear of persecution/risk of persecution, it is examined whether the fear in question is based on one of the five justified grounds set out in the Geneva Convention of 1951. In practice, it is observed that the most problematic issue arises at the point where persons relate what they have experienced during the interview. For various reasons, the persons cannot fully convey their experiences to the interviewer and as a result, they cannot prove the fear they have experienced. In the doctrine, some suggestions are made in this regard. It is emphasised that what should be taken as a basis here should be an objective fear. It is also emphasised that the fact that the person had less fear than the average in the concrete case should not eliminate the persecution or the risk of persecution in the case. It is also rightly emphasised that the burden of proof should be shared between both the refugee and the interviewing and decision-making authorities. In our opinion, the provision in Article 78/3 of the LFIP also supports this view.

Some conclusions are reached on whether gender-based violence falls within one of the five grounds listed in the Geneva Convention of 1951 in line with various court decisions and the opinions in the doctrine. In this context, the judgements concerning applications based on domestic violence, sexual assault, sexual orientation, certain surgical interventions on the genital organs and forced marriage are analysed in detail. It is concluded that in these applications based on gender-based violence, the seriousness of the incident and the position of the applicant in the concrete case should be taken into account and whether the applicants have been persecuted on account of their membership of a particular social group should be prioritised.

The cases where persons seek asylum in Turkey, not individually, but through a mass migration movement, are discussed separately in this study. In this regard, there are persons who should be granted temporary protection status in accordance with the Temporary Protection Regulation. Pursuant to Provisional Article 1 of the Temporary Protection Regulation, temporary protection status is granted to persons who came to Turkey “*due to the events that have taken place in Syrian Arab Republic since 28 April 2011.*” Therefore, persons covered by the Regulation cannot be included in the individual application process, even if they are victims of gender-based violence. However, the fact that this issue is stipulated by the Regulation rather than by law is rightly criticised in our opinion.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

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

Author Contributions: Conception/Design of study: C.K., R.P.; Data Acquisition: C.K., R.P.; Data Analysis/Interpretation: C.K., R.P.; Drafting Manuscript: C.K., R.P.; Critical Revision of Manuscript: C.K., R.P.; Final Approval and Accountability: C.K., R.P.

Acknowledgements: We would like to thank Mustafa Ömer Topaloğlu, Interior Specialist at the General Directorate of Provincial Administration of the Ministry of Interior, who provided us with the relevant data from the Presidency of Migration Management regarding the types of international protection provided in Turkish law against gender-based persecution through oral interviews.

Bibliography

Books and Articles

Adjin-Tettey E, 'Reconsidering the Criteria for Assessing Well-Founded Fear in Refugee Law' (1997) 25(1) Manitoba Law Journal 127-151.

Adjin-Tettey E, 'Defining a Particular Social Group Based on Gender', *Refuge: Canada's Journal on Refugees / Refuge: Revue canadienne sur les réfugiés*, (1997) 16(4) Refugee and Immigrant Women: An International Perspective 22-25.

Adofo A, 'Feeling Persecution: Asylum Claims Related to Sexual Orientation in the United Kingdom and the Netherlands', *Master Thesis in International and European Public Law* (Tilburg University 2013).

Aksar Y, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022).

Asar A, *Yabancılar Hukuku (Temel Konular)* (8th edn Seçkin Yayıncılık, 2023).

Arkan G, *Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma* (On İki Levha Yayıncılık 2020).

Aydın OE, *Mülteci Statüsünün Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet Nedeniyle Tanınması* (Yetkin Yayıncılık 2018).

Aydoğmuş AY, 'Türk Hukukunda Geçici Korumadan Yararlananların Sınır Dışı Edilmesi' (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 141-169.

Bal L, 'Dâhili Korunma Alternatifi Yaklaşımı ve Uluslararası Koruma Statüsü' (2004) 6(1) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 416-463.

Baran Çelik N, 'Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri' (2015) 6(3) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-148.

Bayata Canyaş A, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi' (2015) 5(1) Hacettepe HFD 73-90.

Bayram MH, *Avrupa Birliği Hukuku Dersleri*, (7th edn Seçkin Yayıncılık 2022).

Can S, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Koruma* (Yetkin 2021).

Çelikel A/Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (27th edn, Beta Yayınevi 2022).

Çiçekli B, *6458 Sayılı Kanun'la Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2016).

Çiçekli B, *Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar* (Seçkin Yayıncılık, 2009).

- Çörtoğlu Koca S/Kavşat FC, 'Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi' (2015) 1(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 311-348.
- Den Heijer M, *Europe and Extraterritorial Asylum* (Hart Publishing 2012).
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (6th edn, Savaş Yayınevi 2021).
- Ekşi N, 'I. Oturum Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Düzenlenen Uluslararası Koruma Türleri', *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi*, Ceyda Süral/Ekin Ömeroğlu (Eds.) (Seçkin Yayıncılık 2015).
- Ekşi N, 'Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi' (2014) 88(6) İstanbul Barosu Dergisi 65-90.
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5th edn, Beta Yayınevi 2018).
- Erdem BB, 'Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye'deki Durumları', (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 332-351.
- Ergüven NS/Özturanlı B, 'Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye' (2013) 62(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1007-1062.
- Elçin D, 'Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar' (2016) (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9-80.
- Goodwin-Gill GS, 'The Haitian Refoulement Case: A Comment' (1994) 6(1) International Journal of Refugee Law 103-9.
- Goodwin-Gill GS, 'The Language of Protection' (1989) 6(1) Int'l J. Refugee 6-20.
- Hathaway JC, *The Law of Refugee Status* (Butterworths 1991).
- İneli Çiğir M, 'Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İkincil Korunması (2018) 20(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-237.
- İzmirli LA, 'Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme' (2017) 4(7), Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 43-66.
- Johnsson AB, 'International Protection of Women Refugees A Summary of Principal Problems and Issues' (1989) 1(2) International Journal Refugee Law' 221-233.
- Karagözoğlu C, 'Non-Refoulement İlkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Uygulanması' PPIL, (2023) 43(1) 313-351.
- Kelley N, 'The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution: A Decade's Progress' (2001) 13(4) International Journal of Refugee Law 559- 568.
- Kıvılcım Z, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile Geçici Koruma Yönetmeliği: Toplumsal Cinsiyet Perspektifiyle Bir Değerlendirme' (2016) 71(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 919-940.
- Konyalı G, *Uluslararası Hukukta Sığınma Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Kutluhan Bozkurt, *Güncel Gelişmelerle Göç Hukuku* (2nd edn, Legal Yayıncılık 2022).
- 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).
- MacIntosh C, 'When 'Feminist Beliefs' Became Credible as 'Political Opinions': Returning to Key Moment in Canadian Refugee Law' (2005) (17) Canadian Journal of Women and the Law 135-150.
- McAdam J, *Complementary Protection in International Refugee Law* (Oxford University Press, 2007).
- Morgan M/Anker D, 'Obstacles to Entry for Central American Refugees in the US', *States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness*, Maria O'Sullivan/Dallal Stevens (Eds.) (Hart Publishing 2017).
- Musalo K, 'Revisiting Social Group and Nexus in Gender Asylum Claims: A Unifying Rationale for Evolving Jurisprudence' (2003) 52 DePaul L. Rev. 777-808.
- 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).
- Nyken E, 'On The Lines of Demarcation and Their Significance - The Categories of Complementary Protection Under The Finnish Aliens Act' (2012) 30, Nordic Journal of Human Rights 148-173.
- Odman MT, *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünya 'da ve Türkiye 'de İlticanın Gelişim Süreci)* (Yetkin Yayınları 2020).
- Ogg K, 'The Future of Feminist Engagement with Refugee Law: from the Margins to the Centre and out of the 'Pink Ghetto'?', *Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*, Susan Harris Rimmer, Kate Ogg (Eds.) (Edward Elgar Publishing 2019).
- O'Sullivan M/Stevens D, 'Access to Refugee Protection: Key Concepts and Contemporary Challenges' *States, the Law and Access to Refugee Protection: Fortresses and Fairness*, Maria O'Sullivan/Dallal Stevens (Eds.) (Hart Publishing 2017).
- Özel S, 'Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü' (2020) 17(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 709-734.
- Özkan I, *Göç ve Vatandaşlık Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2022).
- Özkan I, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku* (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Öztürk NÖ, 'Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme' (2017) 66(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 201-264.
- Öztürk NÖ, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2015).
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 4. Kitap* (Turhan Kitabevi 2016).
- Perluss D/Hartman JF, 'Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm' (1986) 26 Virginia J of Intl L 551-626.
- Petitpas E/Nelles J, 'The Istanbul Convention: New Treaty, New Tool Forced' (2015) (49) Migration Review 83-6.
- Raj S, 'The Gender Element in International Refugee Law: Its Impact on Agency Programming and the North-South Debate' (2001) (1) ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 164-182.
- Poçanoğlu ŞS, '21. Yüzyılda Yeni Bir Sığınmacı Krizi: Rusya ve Ukrayna Arasında Yaşanan Silahlı Çatışmalar Sebebiyle Yerinden Edilmiş Kişiler', *Rusya-Ukrayna Krizi ve Uluslararası Hukuk*, Cüneyt Yüksel/ Ceren Karagözoğlu (eds) (On İki Levha 2023).

Safı S, *Mülteci Hukuku* (2nd edn, Legal 2023).

Soykan C/ Biehl K / Hazan C, *Türkiye’de Katılcı Demokrasinin Güçlendirilmesi: Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin İzlenmesi Projesi Faz II, Kadın Mülteciler ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Haritalama ve İzleme Çalışması* (Ceid Yayınları 2021).

Sütlüoğlu B, *Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türk Hukukunda Sığınma Sistemi* (On İki Levha 2021).

Tokuzlu LB, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun’un Yasal Belirlilik İlkesi Konusunda Türk Uygulamasına Katkısı Üzerine Bir Değerlendirme’ (2016) (7) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1061-1105.

Topal AH, ‘Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü’ (2015) 2(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5-22.

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.

Yılmaz Eren E, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma* (2nd edn Seçkin Yayıncılık 2021).

Treaties

Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries Adopted by the League of Arab States, 1994, <<https://www.refworld.org/legal/resolution/las/1994/en/79419>> 21 February 2024.

Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 UNTS 85.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, European *Treaty Series*- No. 5, Council of Europa <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> 14 June 2023.

Convention Relating to the Status of Refugees, 189 UNTS 137.

Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Council of Europe Treaty Series- No. 210) 3010 UNTS 107.

Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war, 75 UNTS 287.

OAU Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa, 1001 UNTS 45.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), 1125 UNTS 3.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts (Protocol II), 1125 UNTS 609.

Protocol relating to the Status of Refugees, 606 UNTS 267.

International Documents

Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, United States of America: Addendum to (E/AC.32/L.4) (19 January 1950).

Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Decisions of the Committee on Statelessness and Related Problems Taken at the Meetings of 31 January 1950 (E/AC.32/L.20).

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> 11 October 2022.

- CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against Women, *Adopted at the Eleventh Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in 1992 (Contained in Document A/47/38)* <<https://digitallibrary.un.org/record/148001?ln=en&v=pdf>> 15 August 2024.
- Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) (2012) OJ C326.
- Conclusions Adopted By The Executive Committee On The International Protection Of Refugees, Executive Committee Conclusion No. 39 (XXXVI) Refugee Women And International Protection, 1985 <<https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/578371524.pdf>> 24 February 2024.
- Conclusions Adopted By The Executive Committee on The International Protection of Refugees, Executive Committee Conclusion No. 73 (XLIV) Refugee Protection And Sexual Violence (1993).
- Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Third Meeting, UN Documents (A/CONF.2/SR.3).
- Corrigendum to the Proposal for a Draft Convention Submitted by France, (E/AC.32/L.3/Corr.1) (18 January 1950) <<https://www.unhcr.org/publications/ad-hoc-committee-statelessness-and-related-problems-corrigendum-proposal-draft>> 12 September 2024.
- Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted (Official Journal of the European Union, L 304/12, 30.09.2004) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083>> 22 March 2024.
- Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, Official Journal L 212, 07/08/2001, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0055>> 24 October 2024.
- Council of Europe: Committee of Ministers, Declaration on Territorial Asylum (Adopted by the Committee of Ministers on 18 November 1977, at the 278th meeting of the Ministers' Deputies), md. 2 <<https://www.refworld.org/legal/resolution/coeministers/1977/en/27158>> 22 February 2024.
- Council of Europe and Amnesty International, The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women- A tool to end female genital mutilation, Strasbourg, 2014.
- Council of Europe, Protecting migrant women, refugee women and women asylum seekers from gender-based violence, 2019 <<https://edoc.coe.int/en/violence-against-women/7862-protecting-migrant-women-refugee-women-and-women-asylum-seekers-from-gender-based-violence-istanbul-convention.html>> 14 June 2024.
- Directive 2011/95/EU of The European Parliament And of The Council of 13 December 2011 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 (Official Journal of the European Union, L 337/9, 20.12.2011) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095>> 22 March 2024.
- Draft Convention Relating to the Status of Refugees : decisions of the Working Group taken on 9 February 1950 (E/AC.32/L.32) <<https://digitallibrary.un.org/record/731059?v=pdf>> 12 Eylül 2024.
- General Assembly-Fifth Session, 428 (V) Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees < <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/060/26/pdf/nr006026.pdf?token=O53txAKpuQm4pbEVwv&fe=true>> 23 February 2024.

European Asylum Support Office (EASO), Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU) A judicial analysis, 2014.

General Assembly, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, (A/CONF.2/SR.35) 3 December 1951 <<https://digitallibrary.un.org/record/696484?ln=en&v=pdf>> 14 June 2024.

UN Economic and Social Council, ‘Provisional Draft of Parts of the Definition Article of the Preliminary Draft Convention Relating to the Status of Refugees, Prepared by the Working Group on this Article, (E/AC.32/L.6) (23 January 1950) <<https://www.refworld.org/legal/leghist/ahcrsp/1950/en/42439>> 12 September 2024.

UNHCR, Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution Within The Context of Article 1A(2) of The 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to The Status of Refugees (HCR/GIP/02/01) 7 May 2002 <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-1-gender-related-persecution-within-context-article-1a>> 3 August 2024.

UNHCR, Guidelines on the Protection of Refugee Women (1991) <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-protection-refugee-women>> 12 August 2024.

UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 May 2002 (HCR/GIP/02/02) <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-2-membership-particular-social-group-within-context>> 22 February 2024.

UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, (HCR/1P/4/ENG/REV.4), 2019.

UNHCR, Providing International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, EC/55/SC/CRP.16, 2 June 2005 <<https://www.refworld.org/docid/47fdb49d.html>> 7 August 2024.

UNHCR, Resettlement Handbook, 3.4 Women and Girls at Risk <<https://www.unhcr.org/resettlement-handbook/3-resettlement-submission-categories/3-4-women-and-girls-at-risk/>> 1 March 2024.

UNHCR, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (A/HRC/31/57), 5 January 2016 <<https://digitallibrary.un.org/record/831491?ln=en&v=pdf>> 14 August 2024.

UNHCR, Sexual And Gender-Based Violence Against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons, May 2003 <<https://www.unhcr.org/media/sexual-and-gender-based-violence-against-refugees-returnees-and-internally-displaced-persons>> 3 August 2024.

UNHCR, Guidelines on International Protection (HCR/GIP/02/01), para 36; UNHCR, Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/12/09) 23 October 2012 <<https://www.unhcr.org/media/unhcr-guidelines-international-protection-no-9-claims-refugee-status-based-sexual-orientation>> 22 October 2024.

UNHCR, Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims 16 December 1998, para 5 <<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/1998/en/23696>> 10 December 2024.

Judgments

Ankara 1. İdare Mahkemesi, E.2014/2070, K.2015/2630, 30.11.2015, <http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/ANKARA%201_%20%C4%B0DARE%20MAHKEMES%C4%B0%20-2015-2630.pdf> 23 October 2024.

- Asylum and Immigration Tribunal, KH (Article 15(c) Qualification Directive) Iraq CG [2008] UKAIT 00023 <<https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/37806>> 16 August 2024.
- Australia Refugee Review Tribunal, RRT Case No. 1208496, 24 December 2012, para 93, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ausrrt/2012/en/91259>>, 12 December 2024.
- CJEU, (Fourth Chamber), C-285/12, 30 January 2014 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=CF05463331BB22BF068ED0FDA1D48DC5?text=&docid=147061&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2997723>> 14 August 2024.
- CJEU, (Third Chamber) 4 October 2024, In Joined Cases C 608/22 and C 609/22, para 41 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=82FAB62A67283FFEE1E2B3E71C8FF8B?text=&docid=290687&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11334707>> 5 December 2024.
- ICTR, Trial Chamber, Prosecutor v Jean Paul Akayesu, (ICTR-96-4-T) 2 September 1998 <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-04/MS15217R0000619817.PDF>> 12 August 2024.
- Ireland- High Court, J.T.M.v Minister for Justice and Equality, Ireland and the Attorney General, IEHC 99, March 2012 <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/ireland-high-court1-march-2012-jtm-v-minister-justice-and-equality-ireland-and-attorney#content>> 3 September 2024.
- Matter of A-R-C-G- et al., United States Department of Justice Executive Office for Immigration Review Board of Immigration Appeals, 26 August 2014 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/usabia/2014/en/89749>> 22 October 2024.
- Matter of Rodi Adalí Alvarado-Peña, United States Board of Immigration Appeals, 20 September 1996, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/usabia/1996/en/29835>>, 22 October 2024.
- Minister For Immigration & Multicultural Affairs v Khawar [2000] FCA 1130, Federal Court of Australia, 23 August 2000 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/ausfc/2000/en/16906>> 22 August 2024.
- R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department Ex Parte Shah; Islam and Others v. Secretary of State for the Home Department, Court of Appeal, 23 July 1997 <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbraciv/1997/en/94996>> 2 September 2024.
- Refugee Status Appeals Authority, Refugee Appeal No. 80/91, N.S. at Auckland, 20.02.1992, <<https://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/80-91.htm>> 4 September 2024.
- The Attorney General of Canada v. Patrick Francis Ward, Supreme Court Judgments, [1993] 2 S.C.R. 689, <<https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1023/index.do>> 21 September 2024.
- The Administrative Court of Augsburg, Au 6 K 30092, 16 June 2011. <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-administrative-court-augsburg-16-june2011-au-6-k-30092>> 4 September 2024.
- Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), ZMM (Article 15(c)) Libya CG [2017] UKUT 00263 (IAC) <<https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/2017-ukut-263>> 16 August 2024.
- Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) HM and others (Article 15(c)) Iraq CG [2012] UKUT 00409(IAC) <[https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/alddfiles/%5B2012%5DUKUT%2000409\(IAC\).pdf](https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/alddfiles/%5B2012%5DUKUT%2000409(IAC).pdf)> 16 August 2024.
- Zainab Esther Fornah v. Secretary of State for the Home Department, Case No: C4/2004/2047, Neutral Citation Number: [2005] EWCA Civ 680, in the Supreme Court of Judicature Court of

Appeal (Civil Appeals Division) on Appeal from Immigration Appeal Tribunal, Royal Courts of Justice Strand, London, 9 June 2005, <<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/gbraciv/2005/en/16772>> 4 September 2024.

Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARASTIRMA MAKALESİ

The Right of Meskhetian Turks to Return to Their Country

Ahıska Türklerinin Ülkelerine Geri Dönme Hakkı

Ceren Zeynep Pirim^{*}, Akif Emre Öktem^{**}

Abstract

Meskhetian Turks were deported from the Meskhetian region of the Georgian Soviet Socialist Republic in November 1944, following the State Defence Committee of the Union of Soviet Socialist Republics' decision No. 6279 (July 31, 1944). In 1989, just two years before the collapse of the Soviet Union, a significant number of Meskhetian Turks residing in Uzbekistan's Fergana region were forcibly relocated by the Soviet administration to various parts of the Soviet Union, resulting in a second wave of deportation. Today, Meskhetian Turks live not only in the former Soviet territories but also in several States, notably Türkiye and the United States of America. This article explores the legal pathways that could enable Meskhetian Turks, now dispersed globally, to return to their ancestral homeland in the Meskhetian region of present-day Georgia. The first section focuses on the history of the Meskhetian Turks, detailing their deportation and subsequent efforts to return to their country. The second section examines the definition, scope, and nature of the 'right of return,' explores whether Meskhetian Turks possess this right under the law of state succession, and studies the legal remedies available to them. It is proposed that the Human Rights Committee, the supervisory body of the 1966 United Nations Covenant on Civil and Political Rights, would serve as the most effective mechanism for enabling Meskhetian Turks to reclaim their right to return to their homeland.

Keywords

Exile, International Covenant on Civil and Political Rights, Mass Deportation, Meskhetian Turks, Right of Return

Öz

Ahıska Türkleri, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin Devlet Savunma Komitesinin 31 Temmuz 1944 tarihli ve 6279 sayılı kararı uyarınca 1944 yılının Kasım ayında Gürcistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nin Ahıska bölgesinden Orta Asya'ya tehcir edilmiştir. 1989 yılında, yani Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin çöküşünden iki yıl önce, Özbekistan'ın Fergana bölgesinde yaşayan önemli sayıdaki Ahıska Türkü, etnik şiddete maruz kalmaları nedeniyle, Sovyet yönetimi tarafından Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin başka bölgelerine tahliye edilmişler ve böylece ikinci bir tehcir daha yaşamışlardır. Ahıska Türkleri, günümüzde, eski Sovyetler Birliği coğrafyasının yanısıra başta Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere çeşitli devletlerde yaşamaktadır. Bu makale dünyanın muhtelif yerine dağılmış Ahıska Türklerinin, anavatanları olan ve günümüzde Gürcistan Devleti sınırları içinde kalan Ahıska bölgesine geri dönme haklarının bulunup bulunmadığını tartışmakta, ülkelerine geri dönmelerine imkân sağlayacak hukukî yolları incelemekte ve değerlendirmektedir. Bu çerçevede, makalenin ilk bölümü Ahıska Türklerinin tarihine, sürgün edilme süreçleri boyunca yaşananlara ve ülkelerine geri dönme çabalarına ayrılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise uluslararası hukuk altında "geri dönme hakkı"nın tanımı, kapsamı ve niteliği incelenmekte, Ahıska Türklerinin halefiyet hukuku altında geri dönme hakkına sahip olup olmadıkları tartışılmakta, bu hakkı kullanabilmek için başvurabilecekleri hukukî yollar üzerinde durulmakta ve bu hukukî yollar içinde en etkili mekanizmanın 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyâsî Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'ne başvuru mekanizması olduğu tespiti yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ahıska Türkleri, Geri dönme hakkı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Sürgün, Toplu Tehcir

^{*} Corresponding author: Ceren Zeynep Pirim (Prof. Dr.), Galatasaray University, Faculty of Law, Department of Public International Law, İstanbul, Türkiye, Research Associate at Centre Thucydide, Université Paris Panthéon-Assas, E-mail: czpirim@gsu.edu.tr

^{**} Akif Emre Öktem (Prof. Dr.), Galatasaray University, Faculty of Law, Head of the Department of Public International Law, İstanbul, Türkiye, E-mail: akifemreoktem@yahoo.com

To cite this article: Pirim CZ, Öktem AE, "The Right of Meskhetian Turks to Return to Their Country". (2024) 44(2) PPIL 433. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.2.1494095>

1. Introduction

Meskhethian Turks were deported from the Meskhethian region of the Georgian Soviet Socialist Republic in November 1944 in accordance with the decision of the State Defence Committee of the Union of Soviet Socialist Republics No. 6279 (July 31, 1944)¹. In 1989, two years before the collapse of the Soviet Union, a significant number of Meskhethian Turks living in the Fergana region of Uzbekistan were dispersed by the Soviet administration to various parts of the Soviet geography, resulting in a second deportation of Meskhethian Turks. Today, in addition to the former Soviet geography, Meskhethian Turks live in various States, especially in Türkiye and the United States of America.

This article examines the legal avenues that will allow the Meskhethian Turks, who are scattered in various parts of the world, to return to their homeland, the Meskhethian region, which is currently within the borders of the State of Georgia.

The first part of the article is devoted to the history of the Meskhethian Turks, their deportation and their efforts to return. Indeed, it is necessary to understand the events of the past in order to evaluate the legal possibilities and procedures of the present. On the other hand, the documents prepared by the Council of Europe (CoE) and other international organisations following Georgia's admission to the CoE in 1999, which constitute the final stage of the historical process, provide the basis for the legal process for repatriation. The documents of the international organisations, which determine that Georgia has not fulfilled its commitments to carry out the repatriation of Meskhethian Turks and make recommendations for their fulfilment, constitute reliable evidence that Meskhethian Turks have not achieved their right to return. The subject of the legal process to be initiated will be the fulfilment of this right.

In the second part of the article, the definition, scope and nature of the 'right of return' will be examined, and the legal remedies through which Meskhethian Turks can seek to achieve this right will be explored. The Human Rights Committee, the supervisory body of the 1966 United Nations Covenant on Civil and Political Rights, will be proposed as the most effective mechanism to enable Meskhethian Turks to realise their right to return to their homeland.

I. The History of a Double Deportation

Meskhethian Turks are people who have been deported twice². In November 1944, they were forcibly deported by NKVD³ troops from their homeland in Georgia to

1 For the text of the deportation decision see Kıyas Aslan, *Ahıska Türkleri* (Ahıska Türkleri Kültür ve Dayanışma Derneği 1995) 39-43.

2 Kakoli Ray, 'Repatriation and De-Territorialization: Meskhethian Turks' Conception of Home' (2000) 13(4) *Journal of Refugee Studies* 391, 391.

3 Narodny Komissariyat Vnutrennih Del, People's-Commissariat of Internal Affairs from 1917-1946, to be renamed MVD (Ministerstvo Vnutrennih Del, Ministry of Internal Affairs) in 1946.

Central Asia. In 1989, they were evacuated to other parts of the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) because of ethnic violence in their place of exile in the Fergana Valley in Uzbekistan⁴.

Most Meskhetians prefer to be called Ahıska Turks, in reference to the city of Ahıska in this region⁵. After having labelled them as ‘Azerbaijanis’ in the 1930s⁶, the Soviet regime renamed them as Meskhetians during World War II⁷ to assert that this community is descended from the Georgian Meskhet tribe⁸. As a matter of course, we have opted in this article to use the term ‘Meskhetian’, which is commonly and almost exclusively used in international documents, in full respect of the Ahıska Turks’ right to self-identification.

According to Georgian historiography, Meskhetian Turks, who are Sunni Muslims and speak Turkish close to the Kars dialect, are actually the descendants of the Meskhs, a Georgian tribe who converted to Islam between the 16th and 19th centuries⁹. Turkish historians, on the other hand, affirm that the Turkish tribes that settled in the region in the 5th century AD eventually united around a single ethnic identity of Meskhetian Turks¹⁰. The Georgian official discourse insists on referring to the Meskhetians as ‘Muslim Georgians’. However, unlike Muslim Georgians, Meskhetians speak Turkish¹¹.

In Ottoman official records, the region has been referred to as ‘Vilâyet-i Ahıska’ since the 16th century, when Ottoman rule began¹². Tsarist Russia annexed the northern part of the Meskhetia region in accordance with Article 4 of the Treaty of Edirne of 1829¹³. Meskhetians took part in the Ottoman side in the Ottoman-Russian War of 1877-1878¹⁴ and, by the end of WWI, declared a semi-autonomous federation to be united with the Ottoman Empire¹⁵. Participating in the Batumi Conference, (11 May-4

4 “‘Punished Peoples’ of The Soviet Union, The Continuing Legacy of Stalin’s Deportations, A Helsinki Watch Report, (1991), 51 < <https://www.hrw.org/reports/pdfs/u/ussr/ussr.919/ussr919full.pdf> > accessed 6 February, 2024.

5 Malika Mirkhanova, ‘People in Exile: The Oral History of Meskhetian Turks (*Akhyska Türkleri*)’ (2006) 26(1) Journal of Muslim Minority Affairs 33, 33-34; “‘Punished Peoples’ of The Soviet Union, The Continuing Legacy of Stalin’s Deportations (n 4) 52.

6 Ayşegül Aydingün, ‘Creating, Recreating and Redefining Ethnic Identity: Ahıska / Meskhetian Turks in Soviet and Post-Soviet Contexts’ (2002) 21(2) Central Asian Survey 185, 193.

7 Ray (n 2) 392.

8 Göktuğ Kırızlı, ‘Victims of the Soviet Policies: The Case of the Ahıska Turks (1944-1968)’ (2019) 56 Avrasya Etüdleri 79, 80.

9 Mirkhanova (n 5) 34.

10 Ayşegül Aydingün, Çiğdem Balım Harding, Matthew Hoover, Igor Kuznetsov, Steve Swerdlow, *Meskhetian Turks: An Introduction to their History, Culture, and Resettlement Experiences* (Center for Applied Linguistics 2006), 3-4.

11 Elterişhan Elçibey, ‘Historical Background of Meskhetian Turks’ Deportation and Their Repatriation Process to Georgia’ (2023) 7(2) Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi 423, 424.

12 Mahmut Niyazi Sezgin and Kâmil Ağacan, *Dünden Bugüne Ahıska Türkleri Sorunu* (Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi 2003) 9.

13 Muahadat Mecmuası, IV, Ceride-i Askeriye Matbaası, İstanbul, 1298, 72-73; Gabriel Noradounghian (1900) II *Recueil d’actes internationaux de l’Empire Ottoman* (Paris 1900) 167-168.

14 Kırızlı (n 8) 81.

15 Aydingün (n 6) 187-188.

June 1918) to discuss the future of the region, Meskhetians declared their will to join Türkiye, in accordance with the principle of self-determination of peoples put forward by President Wilson¹⁶.

In 1921, Soviet forces gained control over Georgia. Under the Treaty of Kars signed on 13 October 1921¹⁷, Türkiye ceded to the Soviets significant parts of the territory lost to the Ottoman Empire, including Ahıska¹⁸. This was confirmed by the Moscow Treaty of March 16, 1921¹⁹. The Soviet government treated the Meskhetian Turks as potential enemies and spies, which played a decisive role in the development of a sense of ethnic belonging among Meskhetian Turks. In the late 1920s and 1930s, when Meskhetian Turks were subjected to discriminatory and unequal treatment, identification with Turkishness would gain momentum²⁰.

Regardless of the debates on their ethnic origins, it is obvious that Meskhetian people have always seen, felt and defined themselves as Turks²¹. The issue of which tribes inhabited the region in ancient times can only be of academic value and does not make any legal sense. In legal terms, it is the most natural right of both individuals and societies to freely adopt and determine the identity they want.

The USSR did not recognise Meskhetians as a ‘nationality’²², subjecting them to various forms of discrimination²³. In fact, the early Soviet nationality policy recognised the freedom and self-determination of peoples. The Declaration on the Rights of the Peoples of Russia, issued in November 1917, recognised the right of nations to self-determination and autonomy²⁴. Meskhetians, who were mentioned as ‘Turks’ in the 1926 Soviet census, thus had the opportunity to receive education in Turkish until 1935-1936. However, after this date, the language of instruction in schools was changed from Turkish to Azerbaijani, and in the late 1930s, with the Russification policies and the removal of the category of ‘Turk’ from the list of recognised peoples, Meskhetian Turks were deprived of the advantages of recognised peoples, such as a land, a degree of autonomy, the use of their own language including for purposes of education and publication and a -limited- right to preserve their religion. In the

16 Sezgin and Ağacan (n 12) 13.

17 For the authentic text see <https://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/Kurucu_Anlasmalar/1921-kars-anlasmasi.pdf> accessed 7 February, 2024.

18 Aydingün, Harding, Hoover, Kuznetsov, Swerdlow (n 10) 5.

19 For the authentic text see <https://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/Kurucu_Anlasmalar/1921-moskova-anlasmasi-fransizca.pdf> accessed 8 February 2024.

20 Aydingün (n 6) 187-188.

21 Sezgin and Ağacan (n 12) 13 ve 35.

22 Aydingün (n 6) 185.

23 ibid (n 6) 185.

24 N Aslı Şirin Öner, ‘Stalin’in Milliyetler Politikasının Bedeli Olarak Ahıska Sürgünü ve Ahıskalıların’ın Sürgündeki Yaşamları’ (2019) 56 Avrasya Etüdleri 53, 57.

1936 census, the Meskhetians were recorded not as ‘Turks’ but as ‘Azerbaijanis’²⁵. Some Meskhetians were forced to change their surnames into Georgian or to adopt Russianised versions of their names²⁶. Meskhetian Turks were excluded from the political elite and from all important decision-making positions and were denied all the rights granted to recognised peoples, such as priority in employment, promotion, admission to universities and funds to promote cultural development²⁷. ‘It is significant that on the eve of the deportation in 1944, Meskhetians were classified as Turks of Türkiye’²⁸.

A. The 1944 Exile

The USSR engaged in mass deportations of hypothetical class enemies and committed acts of ethnic cleansing during these deportations²⁹. In particular, the Stalin-era Soviet regime is remembered for its extra-legal State actions and mass repression³⁰.

Between 1937 and 1951, the Stalin regime deported 13 national groups (Koreans, Finns, Germans, Karachays, Kalmyks, Chechens, Ingush, Balkars, Crimean Tatars, Meskhetian Turks, Georgian Kurds, Hemshins and Pontic Greeks) to remote areas of the USSR. The Soviet leadership justified the ethnic cleansing of over two million people on the grounds that the deported nations were traitors and disloyal to the Soviet State³¹.

The deportation of Meskhetians was carried out in November 1944 in accordance with the decision 6279 of the State Defence Committee dated July 31, 1944³². According to an explanatory letter to Stalin from Lavrenty Beria, the People’s Commissar of Internal Affairs of the USSR, labelled ‘top secret’, *‘a significant part of the population in question has for many years been in contact with their relatives on the Turkish side with a tendency to emigrate, smuggling, acting as a source of recruitment of spies for Turkish intelligence agencies and providing manpower for bandit groups’*³³.

The total number of deportees was estimated at 115,500, with an additional 40,000 men still at the front at that time³⁴, which facilitated the rapid implementation of the

25 Stephen F Jones, ‘Meskhetians: Muslim Georgians or Meskhetian Turks?’ A Community without a Homeland’ (1993) 13(2) Refuge 14.

26 Elçibey (n 11) 424.

27 Aydingün (n 6) 190.

28 Jones (n 25) 14.

29 Terry Martin, ‘The Origins of Soviet Ethnic Cleansing’ (1998) 70(4) The Journal of Modern History 813, 815-816.

30 E Kh Panesh and L B Ermolov, ‘Meskhetinsky Turks under the Conditions of the Modern Ethnic Processes in the USSR’ (1993) 57(219) Belleten 589, 589.

31 J Otto Pohl, ‘Stalin’s Genocide against the “Repressed Peoples”’ (2000) 2(2) Journal of Genocide Research 267, 267.

32 For the text of the decision, see Aslan (n 1) 39-43.

33 Aslan (n 1) 37-38.

34 Panesh and Ermolov (n 30) 589. Western sources estimate the number of people deported at 150,000 to 200,000. See Mirkhanova (n 5) 35.

deportation. A major contradiction in the deportation of the Meskhetians is that unlike other North Caucasian peoples who were deported at the same time, they were never officially accused of collaborating with the Nazis, but were subjected to the same sanctions as the groups accused of this³⁵. Their deportation was not related to the current war, but to a possible future war with a probable enemy³⁶.

Already in the 1930s, Lavrentiy Pavlovich Beria, the Georgian-born head of the NKVD, the 'inspirer' and executor of the deportation of the Meskhets, had conducted a serious Georgianisation campaign against the Ossetians and Abkhazians living in Georgia. The ethnic cleansing of the Meskhetian population followed by the resettlement of ethnic Georgians in the region can be considered as the most violent part of Beria's campaign to 'Georgianise' Georgia. Most of the lands belonging to the exiled North Caucasians were annexed to Soviet Georgia in 1944-1945³⁷. In 1945, 30,000 Christian Georgians were forcibly resettled in the villages vacated by the Meskhetian Turks, and the houses belonging to the Turks were demolished, completely changing the demographic structure of the Turkish-Soviet border³⁸.

Stalin was convinced that the presence of a Turkish minority on the Soviet Union's border with Türkiye could disrupt his future plans to pressure³⁹ or directly occupy Türkiye⁴⁰. The Meskhetians were reclassified as 'from Türkiye on the day of deportation; which can be seen as a preparation for the future accusation of Meskhetians of collaborating with the enemy⁴¹. The deportation can also be considered as a tactical move of the USSR's holistic strategy to sever the ethnic ties between Türkiye and the Turkic World. In fact, in 1948, most Turkish elements in Armenia were deported to Azerbaijan. Armenians expelled the Turkish-Karapapak community from the country, expelled the Muslim Hemshinites from Adjara and gained demographic superiority in the Javakhetia region⁴². On the other hand, the deportation is associated with Armenian territorial demands from Türkiye and with Soviet intentions to annex the region to 'Greater Soviet Armenia'. Indeed, between 1945 and 1953, the Soviet Union claimed the eastern provinces of Türkiye on behalf of both Soviet Armenia and Soviet Georgia⁴³.

35 Jones (n 25) 14.

36 I Kreindler, 'The Soviet Deported Nationalities: A Summary and an Update' (1986) 38(3) *Soviet Studies* 387, 391-392.

37 Jones (n 25) 14-15.

38 Öner (n 24) 69.

39 "Punished Peoples" of The Soviet Union, *The Continuing Legacy of Stalin's Deportations* (n 4) 8.

40 Pohl (n 31) 286-287.

41 S Enders Wimbush and Ronald Wixman, 'The Meskhetian Turks: A New Voice in Soviet Central Asia' (1975) 17(2-3) *Canadian Slavonic Papers* 320, 324.

42 Sezgin and Ağacan (n 12) 17.

43 Jones (n 25) 14-15.

Soviet Armenia has never given up its claims to the northeastern provinces of Türkiye, which were ceded to Armenia by the 1920 Treaty of Sèvres (Art. 89-91)⁴⁴ but returned to Türkiye by the Turkish-Soviet Treaties of 1921. The deportation of the Meskhetians constituted both a concession to the traditional hatred of the Armenians in the region towards the Turks and a prelude for the extension of Soviet influence to the disputed areas⁴⁵.

Approximately 15,000 Meskhetian died on the way due to the difficult conditions. The deportees were forced to keep the rotting corpses of their deceased relatives on the train for almost two months until they were given the opportunity to throw them out of the train or bury them. Meskhetians were settled in small groups in Kazakhstan (29,497 people), Kyrgyzstan (9,911 people) and especially Uzbekistan (42,618 people) and assigned exclusively to agricultural work, forced to live in crowded and unhealthy conditions, and many of them died in typhus epidemics. Their conditions slightly improved after Stalin's death in 1953, and they were not allowed to apply to return to their homeland⁴⁶. Meskhetians were isolated from other ethnic groups⁴⁷, subjected to discrimination, to violations of their ethnic identity, prevented from publishing and receiving education in their mother tongue⁴⁸, and deprived of even the most basic rights of citizenship⁴⁹. They suffered high mortality rates due to malnutrition and heavy workload and were subjected to Russification policies⁵⁰.

The only way for the Meskhetians to survive was to resort to ethnic solidarity. They clung more strongly to their ethnic roots, and in their new life, they lived as a closed community and minimised their relations with other ethnic groups. Strong family ties, endogamy and the preservation of their mother tongue became the main means of their ethnic strengthening and cultural survival⁵¹. They all spoke Turkish, came from a common territory, embraced the religion of Islam, and felt a strong sense of Turkishness. Ironically, these similarities allow the Meskhetian Turks to be characterised as a nation according to Stalin's criteria: '*A nation is a historically evolved, stable community of language, territory, economic life, and psychological make-up manifested in a community of culture*'⁵². The deportation, ordered by Stalin himself, realised overnight what centuries could not do⁵³.

44 See Sinan Kunalalp, *Recueil des traités, Conventions, Protocoles, Arrangements et Déclarations signés entre l'Empire Ottoman et les Puissances Etrangères, 1903-1922, Vol. II, 1903-1916* (Les Éditions Isis 2000) 526-527.

45 Wimbush and Wixman (n 41) 324-327.

46 Mirkhanova (n 5) 36.

47 Ray (n 2) 393.

48 Pohl (n 31) 267 and 288.

49 Aydingün (n 6) 188.

50 Elçibey (n 11) 427-428.

51 Aydingün (n 6) 192.

52 Joseph Stalin, *Marxism and the National Question. Selected Writings and Speeches* (International Publishers 1942) 12. See <<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.166817/page/n7/mode/2up>> accessed 14 February 2024.

53 Wimbush and Wixman (n 41) 327.

In his famous secret speech at the 20th Party Congress in 1956, Khrushchev, Stalin's successor, denounced Stalin and his crimes and emphasised the deportation of the Karachai, Balkars, Chechens, Ingush and Kalmyks. Later decrees would also refer to Volga Germans and Crimean Tatars⁵⁴. Why the Meskhetian Turks were exempted, while all deported peoples were returned to their homeland, is a complex issue, related to perceptions of security threats from Türkiye and Georgia's reluctance to take them back⁵⁵. The Soviet Georgian leadership as well as Georgians occupying privileged positions in the Soviet central government opposed the idea of return, which could, they believed, lead to conflicts with Christian Armenians and Georgians⁵⁶.

Finally, in 1968, a decree of the Supreme Presidium of the USSR recognised, albeit indirectly, that the Meskhetians, (categorised as Azerbaijanis)⁵⁷ had been deported from their homeland⁵⁸ but also observed that they had taken root in Central Asia, so there was no need to relocate them⁵⁹.

Faced with the fact that the Soviet regime refused to respond to their demands to return to their homeland, Meskhetians turned to action and established in 1964 the Turkish Association for the National Rights of the Turkish People in Exile headed by Enver Odabashev (Khozrevanidze), who remained as the leader of the movement until his arrest in 1971⁶⁰.

The Association began to coordinate a more aggressive campaign, including demonstrations, appeals to international organisations and institutions such as the UN and Amnesty International, renunciation of Soviet citizenship and de facto resettlement in Georgia. Soviet authorities responded by arresting Meskhetian leaders and threatened the Meskhetian Turks through Soviet troops. In 1970, the 6th People's Congress proclaimed the right to establish a separate and autonomous national Meskhetian Turkic Republic or Region claimed and the punishment of those responsible for the deportations and the payment of 200,000,000 roubles in compensation for the damages they suffered, including 3% annual interest⁶¹.

After the 1970 Congress, Mesketians leaders applied to the Turkish Embassy to be allowed to emigrate to Türkiye and obtain Turkish citizenship if the Soviet Government persisted in its refusal to resolve the Meskhetian issue⁶². Letters were sent to the

54 *ibid* 328.

55 Ray (n 2) 392.

56 Aydingün, Harding, Hoover, Kuznetsov, Swerdlow (n 10) 7.

57 Wimbush and Wixman (n 41) 320.

58 Kreindler (n 36) 397; Wimbush and Wixman (n 41) 321.

59 Jones (n 25) 15.

60 Wimbush and Wixman (n 41) 332.

61 Kreindler (n 36) 399-400.

62 Wimbush and Wixman (n 41) 335.

Soviet Government, the Secretary-General of the UN and the Turkish Grand National Assembly. Odabashev had been arrested and sentenced to two years' imprisonment. The new leader of the movement, Seifatov, appealed to Brezhnev, to the Turkish Prime Minister Ferit Melen and to the UN Secretary-General Kurt Waldheim, requesting that the UN send an investigative mission to the USSR to directly examine the Meskhetian issue⁶³. The option of emigrating to Türkiye rather than returning to their homeland gained weight for Meskhetian people⁶⁴.

The Meskhetians had 144 meetings with Soviet officials in 45 years⁶⁵ and organised ten congresses between 1962 and 1989 to discuss and develop strategies and tactics that would enable them to return to their homeland. The congresses sent 148 delegations to the highest governing bodies of the USSR and 205 delegations to the governing bodies of the Georgian Soviet Socialist Republic. However, none of them could reach a single concrete solution on the issue of repatriation. The Georgian side has unofficially suggested that the Meskhetians should recognise their Georgian roots and adopt Georgian surnames. Given the ethnic self-consciousness of the Meskhetians and their established Islamic traditions, these expectations were not acceptable and realistic⁶⁶.

On 14 November 1989, the Supreme Soviet of the Union of Soviet Socialist Republics adopted a Declaration 'On the Elimination of Illegal and Criminal Repressive Acts against Peoples Subjected to Forced Resettlement and the Ensuring the Rights of These Peoples', which recognised 11 of the 13 national groups that Stalin deported in their entirety as 'oppressed peoples'; including Meskhetian Turks⁶⁷. On 26 April 1991, the government publicly acknowledged that the deportations and deportations of the 'oppressed peoples' constituted genocide. The 'Law on the Restitution of the Dignity of the Repressed Peoples', issued by the Parliament under the signature of President Yeltsin, explicitly recognises that the acts of the Stalin regime against these peoples constituted genocide⁶⁸.

B. Second Exile: Fergana Events

The 1989-1990 period witnessed numerous and violent ethnic conflicts erupting in various parts of the USSR, which was in the process of dissolution. One of them erupted in May-June 1989 between two ethnic Turkic groups, the Uzbeks and the Meskhetians, living in the Fergana Valley, which is located between Uzbekistan, Kyrgyzstan and Tajikistan and is home to significant natural resources and a dense

63 Wimbush and Wixman (n 41) 336-337.

64 "Punished Peoples" of The Soviet Union, *The Continuing Legacy of Stalin's Deportations* (n 4) 53-54.

65 Jones (n 25) 15.

66 Panesh and Ermolov (n 30) 592, 594.

67 Pohl (n 31) 267.

68 *ibid* 268.

population, leading to the deaths of at least a hundred people, the break-up of families and the mass forced resettlement of Meskhetians. The conflicts and forced resettlement destroyed the living arrangements that the Meskhetian Turk diaspora had managed to establish in Uzbekistan⁶⁹. It is believed that the economic and political liberalisation policies of the perestroika period, combined with rising nationalism and poverty, competition over the sharing of natural resources and dense settlement conditions in the Fergana Valley, contributed to inter-ethnic tensions⁷⁰. On the other hand, during this period, Georgia and Uzbekistan showed tendencies to secede from the USSR and the KGB⁷¹, tried to put Gorbachev in a difficult situation and tended to use the issue of Meskhetians as an element of pressure against Georgia⁷². Moscow would allegedly have instigated the Fergana events to divert the attention of Uzbek nationalists away from the Russian population in the country and towards the Meskhetians⁷³.

In accordance with the decision of the Government of 13 July 1989, the Soviet Army evacuated 17,000 Meskhetians to Russia. Some 70,000 Meskhetians living elsewhere in Uzbekistan migrated to other parts of the USSR on their own initiative⁷⁴. While some Meskhetians settled in Azerbaijan, Ukraine and Kazakhstan, the Government of the then Georgian Soviet Socialist Republic of Georgia rejected the Meskhetians' settlement request⁷⁵. On 27 January 1990, Georgian President Gamsakhurdia affirmed the impossibility of the resettlement of the Meskhetians and strongly condemned the efforts made in this direction behind the backs of the Georgian people. Georgians claimed that there was no place that could be allocated to Meskhetians, who, in turn, pointed out that the 220 villages from which they were deported no longer existed, the number of inhabitants had fallen to 150,000, and 70% of the land was not cultivated. There are warnings that the sudden return of the Meskhetians to their ancestral lands could trigger violence with the Armenian families who now live in the former homes of Meskhetians⁷⁶.

Most of the Meskhetians settled in the Krasnodar region in southern Russia, some in Azerbaijan and a few in Türkiye. As a result of the ongoing conflicts and violence in Krasnodar, in 2004, the United States Government established the 'Involuntary Resettlement Immigrant Programme' which allowed Meskhetians to settle in Philadelphia, St. Louis, Missouri Salt Lake City⁷⁷. Following the 1989 exile and the collapse of the USSR, Meskhetian Turks were discriminated against in the places of resettlement and faced citizenship problems and difficulties in accessing social and

69 Mirkhanova (n 5) 37.

70 Aydingün, Harding, Hoover, Kuznetsov, Swerdlow (n 10) 8.

71 *Komitet gosudarstvennoy bezopasnosti*, (Committee for State Security), the main security agency for the Soviet Union.

72 Sezgin and Ağacan (n 12) 19.

73 Elçibey (n 11) 430.

74 Aydingün, Harding, Hoover, Kuznetsov, Swerdlow (n 10) 8.

75 Mirkhanova (n 5) 37.

76 "Punished Peoples" of The Soviet Union, *The Continuing Legacy of Stalin's Deportations* (n 4) 54-55.

77 Mirkhanova (n 5) 33.

public institutions. The violence and exile led the Meskhetian Turks to take a more uncompromising position on the issue of returning to their homeland⁷⁸.

C. The Issue of the Return of Meskhetian Turks to their Homeland in the Post-Soviet Period and the International Community

After the collapse of the USSR, the Meskhetian Turks crisis has increasingly attracted the attention of the international community. Many international organisations, including the Council of Europe, (CoE) the Organisation for Security and Cooperation in Europe, (OSCE) the UN High Commissioner for Refugees, the International Organisation for Migration and the Federal Union of European Nationalities, have addressed the issue of Meskhetian Turks⁷⁹.

The CoE's pressure on Georgia to resolve the Meskhetian issue in the context of Georgia's integration with Europe and the Baku-Ceyhan pipeline project is closely related to the growing strategic importance of the Caucasus. The issue of transporting Caspian oil has become the subject of political and strategic conflicts among many states, including Türkiye, Russia, Georgia, and Azerbaijan. The stability of the region is a prerequisite for the transport of oil through South Georgia, where some old Meskhetian villages are located. Armenians are still settled in the region. The Georgian Government's sensitivity and resistance to the return of Meskhetian Turks stems from the fact that it sees the issue as a source of conflict in the region and persists in imposing on the Meskhetian to accept the Georgian identity⁸⁰.

As soon as the ruling elite of Georgia realised that these exiled people did not have a pro-Georgian orientation, their position on the return of Meskhetians changed. With the coming to power of Georgian President Shevardnadze, who also served as foreign minister just before the break-up of the Soviet Union, the legal status of Meskhetians has gradually improved and constructive steps were taken on the issue of return: a State commission was established to deal with this issue, the Shevardnadze administration attempted to reach an agreement with the Kremlin in 1994, and a bill on the restoration of the rights of the deportees and their descendants was submitted to Moscow⁸¹.

Declaring that the social and economic conditions were not yet adequate for the return of the Meskhetians, Shevardnadze issued a decree in December 1996 which envisaged the gradual resettlement of approximately 5,000 Meskhetians to Georgia by 2000. In the end, the 1996 programme was not implemented⁸². This decree, while granting citizenship and economic privileges to the Meskhetians and encouraging their integration into

78 Panesh and Ermolov (n 30) 604.

79 Aydingün, Harding, Hoover, Kuznetsov, Swerdlow (n 10) 11.

80 Aydingün (n 6) 191.

81 Elçibey (n 11) 432-433.

82 Sezgin and Ağacan (n 12) 27-28.

society, demanded that they change their surnames, learn Georgian and not resettle in the places they had left. The last condition was due, among others, to putative conflicts with their Christian Georgian and Armenian neighbours. There was, indeed, a tension between Turkish elements and Armenians in the region beyond the official borders. During the Khojaly massacre perpetrated by Armenian militias against Azerbaijanis on 25-26 February 1992, Meskhetian Turks who had taken refuge in Azerbaijan after their exile from Central Asia were also taken hostage and/or barbarically massacred⁸³.

The return of Meskhetians is perceived as a threat by Armenians living in the Samtskhe-Javakheti region, a kind of corridor for Armenia to the outside world. Armenians are also concerned that the return of the Meskhetians could lead to a blockade of Armenia ‘encircled’ by Azerbaijan and Türkiye. Many Armenians, living in the homes of the deported Meskhetians, fear that their land and property may be taken back by them⁸⁴.

It is significant that the Georgian Government did not sign the Bishkek Treaty of 9 October 1992, which could indirectly allow Meskhetian Turks to return to their homeland⁸⁵. The Treaty provides for the freedom of visa-free travel only for nationals of members of the Commonwealth of Independent States⁸⁶.

Türkiye is unsurprisingly the leading State to show interest in the issue of Meskhetians. The importance of this community, which recognises itself as Turks and expressed its will to affiliate with Türkiye at the Batumi Conference, for Türkiye is obvious. Immediately after the dissolution of the USSR, the Grand National Assembly of Türkiye adopted the ‘Law on the Admission and Settlement of Meskhetian Turks in Türkiye’⁸⁷. According to the first article of the law

‘Those who wish to come to Türkiye from among our cognates who live scattered in the republics forming the former Soviet Union and who are called “Meskhetian” Turks may be accepted as free or settled immigrants, starting with those in the most difficult situation, provided that they do not exceed the annual number to be determined by the President of the Republic. Their admission and resettlement shall be carried out in accordance with the provisions of this Law and the Settlement Law No. 2510’.

According to the Legislative Preamble signed by Prime Minister Süleyman Demirel⁸⁸:

83 See Emre Öktem, Hüseyin Ural Aküzüm and Mehmet Cengiz Uzun, ‘Hocalı Soykırımı Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuru İmkânı Üzerine’ (2020) 15(193-194) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1081, 1082.

84 Elçibey (n 11) 437.

85 Ray (n 2) 398.

86 See the Agreement on Visa-Free Movement of Citizens of the States of the Commonwealth of Independent States on the Territory of its Members, < <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=25681> > accessed 15 February 2024.

87 Ahıska Türklerinin Türkiye’ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun, Law No. 3835, adopted on 2 July 1992, Official Gazette: 11 July 1992, No. 21281, Düstur (Collection of Legislation) Tertip 5, Vol. 31.

88 See Deliberations on the Law on the Admission and Settlement of Meskhetian Turks in Turkey, TBMM, (Grand National Assembly of Turkey) Session 19, Legislative Year 1, p. 1.

‘Our cognates, called “Ahıska” Turks, who were living scattered in the republics of the former Soviet Union, were living in Ahıska [...] were deported by Stalin to the Republic of Uzbekistan in November 1944, [...] In 1956, although the deportation order was lifted, it was not possible for our compatriots to return to their homeland because the areas where they lived in the past were declared as border areas. [...] The fact that the dissolution of the USSR and the emergence of the republics as independent States did not bring any improvement to the situation of Meskhetian Turks, our rapidly developing relations with the Central Asian Turkic Republics and humanitarian considerations have led to a positive approach to their migration requests. In order not to create the impression of a mass migration, it is planned to plan the migration within the annual ceiling to be set by the Council of Ministers. [...] In Türkiye, migration is carried out in accordance with the Settlement Law No. 2510. [...] [which] is insufficient to ensure the realisation of such a migration, it has [therefore] become necessary to make a separate regulation on the reception and settlement of Meskhetian Turks’.

The dissenting opinion on the Draft Law on the Admission and Settlement of Meskhetian Turks in Türkiye, which was submitted by Işın Çelebi and Adnan Kahveci and is quoted below, points to the risk that the resettlement of Meskhetian Turks in Türkiye may prevent their return to their homeland⁸⁹:

‘Now that the Soviet Union has disintegrated, taking into consideration Türkiye’s good relations with the Republic of Georgia, Meskhetian Turks, who were distributed to 7-8 republics, can be resettled in Georgia. Their territories, which were declared as border regions, can be opened for resettlement. Resettlement of them in Türkiye [...] may also lead to the mistreatment of Turks living in other countries. If this draft becomes law, those who oppress the Turks may torture the Turkish and Muslim minority in their countries with the idea that ‘Türkiye does not pursue anything anyway [...]. The government should intensify its efforts for the return of Meskhet Turks’ lands. If necessary, it should provide economic aid to Georgia and enable Meskhet Turks to settle in their former lands [...]. These problems can be solved within the framework of good relations with the Commonwealth of Independent States, which replaced the disintegrated totalitarian Soviet Union’.

In 1996, the Organisation for Security and Cooperation in Europe, the UN High Commissioner for Refugees and the International Organisation for Migration convened a regional migration conference to address the problems of migrants and displaced persons in post-Soviet States, formally recognising the right of Meskhetian Turks to voluntarily return to their homeland in Georgia. The conference raised international awareness of the Meskhetians, although it produced few tangible results. In 1998 and 1999, the OSCE organised meetings in The Hague and Vienna between representatives of post-Soviet governments, international organisations and Meskhetians to seek solutions to the crisis⁹⁰.

⁸⁹ ibid 7.

⁹⁰ Aydingün, Harding, Hoover, Kuznetsov, Swerdlow (n 10) 12.

D. The Impact of Georgia's Membership of the Council of Europe on the Repatriation Process of Meskhetian Turks

Georgia's accession to the CoE in 1999 provided a new opportunity to find a permanent solution for the return of Meskhetians to their homeland. Since Georgia's independence in 1991, the Georgian Government has consistently argued that it is not obliged to accept Meskhetian Turks into its territory because Russia, as the continuing State of the USSR, is solely responsible for the crimes committed under Stalin's regime⁹¹. True, the Russian Federation is the continuing State of the USSR and, in that capacity, is responsible under international law for the wrongful acts committed by the USSR⁹². However, this is a matter of international responsibility law that regulates relations between States. The right of return, which concerns fundamental human rights, particularly the right to property, can be asserted by individuals or groups of individuals against States independently of international responsibility. This issue will be discussed in detail under the title of the right of return in succession cases.

The CoE's request to Georgia to adopt the necessary policies on Meskhetian Turks when admitting Georgia as a member is based on considerations related to the future accession of this State to NATO and possibly to the EU⁹³. If the Tbilisi leadership steadfastly pursues its Euro-Atlantic orientation, it will have to take more than symbolic practical initiatives regarding the repatriation of Meskhetian Turks. However, it seems that Georgia is still not capable of dealing with the issue of the return of Meskhetian Turks to their homeland on its own. Therefore, the support of the international community is vital to ensure the safe return of Meskhetian Turks to their homeland and their successful integration. The realisation of repatriation will also contribute significantly to the development of Georgia's Euro-Atlantic orientation⁹⁴.

Although Georgia has persistingly denied its legal obligations towards the Meskhetians, upon accession to the CoE, it committed to take explicit and concrete steps for their return to their homeland. The Parliamentary Assembly of the CoE, in its Opinion No. 209 (1999) of 27 January 1999 on Georgia's application for membership of the CoE, expects Georgia *'to adopt, within two years after its accession, a legal framework permitting repatriation and integration, including the right to Georgian nationality, for the Meskhetian population deported by the Soviet regime, to consult the Council of Europe about this legal framework before its adoption, to begin the process of repatriation and integration within three years after its accession and complete the process of repatriation of the Meskhetian population within twelve years after its*

91 *ibid.*

92 For a detailed analysis of the issue of State succession to international responsibility, see Ceren Zeynep Pirim, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti* (Turhan 2016) 36.

93 Ray (n 2) 399.

94 Elçibey (n 11) 439.

accession; (Article 10.2. e)’⁹⁵. However, these commitments have not been fulfilled, and the Georgian officials have repeated that the return of Meskhetians could trigger conflicts with their Armenian neighbours⁹⁶. While making ostensible commitments to international organisations, Georgia created public opinion against Meskhetians at the national level, alleging that if Meskhetian Turks returned to Georgia, Türkiye would invade Georgia⁹⁷.

Despite all these shortcomings, Georgia’s accession to the CoE was beneficial: Georgia had to participate in multilateral negotiations with other CoE member States on the Meskhetian issue, which remained on the agenda of the CoE. The Parliamentary Assembly’s 2001 Report on Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (article 8.7)⁹⁸ urged Georgia to strengthen its cooperation with the CoE in order ‘to accelerate the work undertaken with the Council of Europe and the UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) on the question of the repatriation of the deported Meskhetian population, including ongoing legal expertise of the draft law “on repatriation of persons deported from Georgia in the 1940s by the Soviet regime”, with a view to granting them the same status of rehabilitation as that already given to deportees of other ethnicities who were repatriated to Georgia under the Soviet regime’.

The 2005 Parliamentary Assembly resolution on the ‘Situation of the Deported Meskhetian Population’ dealt exclusively with this issue⁹⁹:

“ [...]”

2. Today, Meskhetian Turks live dispersed in several countries: [...] However the situation of several thousand Meskhetian Turks living today in the Krasnodar region (Russian Federation) raises major concerns.

3. After the collapse of the Soviet Union, the Meskhetian Turks in the Krasnodar region were not recognised as Russian citizens and remain de facto stateless due to an arbitrary interpretation of the legislation in force at the time and contrary to the 1991 law of the Russian Federation on citizenship. Since the Meskhetian Turks are refused residence registration and are not recognised as citizens of the Russian Federation, they are deprived of basic civic, political, economic and social rights. [...] (T)he regional administration applies deliberately discriminatory practices with respect to Meskhetian Turks.

95 Georgia’s Application for Membership of the Council of Europe, Opinion 209 (1999), Doc 8275, Report of the Political Affairs Committee (Rapporteur: Mr Davis); Doc 8296, Opinion of the Committee on Legal Affairs and Human Rights (Rapporteur: Mr Kelemen), adopted by the Assembly on 27 January 1999 (4th Sitting).

96 Aydingün, Harding, Hoover, Kuznetsov, Swerdlow (n 10) 12.

97 Sezgin and Ağacan (n 12) 32-33.

98 Resolution 1257 (2001) Honouring of Obligations and Commitments by Georgia, Assembly debate on 25 September 2001 (26th Sitting) (see Doc 9191, Report of the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe, Rapporteurs: Mr Diana and Mr Eörsi).

99 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1428 (2005), The Situation of the Deported Meskhetian Population, Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 18 March 2005, Doc 10451, Report of the Committee on Migration, Refugees and Population (Rapporteur: Ms. Vermot-Mangold).

4. Moreover, the Assembly recalls that upon Georgia's accession to the Council of Europe in 1999, one of the commitments undertaken by this country included the adoption, within two years, of a legal framework permitting the repatriation and integration of Meskhetian Turks, including the right to Georgian nationality, the launch of a repatriation process within three years and its completion within twelve years.

5. The Assembly acknowledges that some measures aimed at facilitating the return of Meskhetian Turks were taken by the Georgian authorities before Georgia joined the CoE. However, the adoption of the main legal instrument, the law on repatriation of persons deported from Georgia in the 1940s by the Soviet regime, prepared with legal assistance by Council of Europe experts, is still outstanding [...].

6. [...] with regard to any future repatriation of Meskhetian Turks from the Russian Federation to Georgia, the essential principle should be the free choice of those concerned [...].

7. [...] the Russian authorities should ensure that the question of the Meskhetian Turks' legal status is resolved and [...] should stop the regular administrative practices of discrimination against the Meskhetian Turks [...].

8. The Assembly notes with satisfaction the commitment of the international community aimed at finding a durable solution. [...] it calls on the international community, and in particular on the UNHCR and IOM, to ensure that any repatriation is carried out on a strictly voluntary basis [...].

12. Furthermore, the Assembly calls on the Russian authorities:

a. to restore all civic, political, legal, economic and social rights of the Meskhetian Turks and to ensure that the process is in accordance with the Constitution of the Russian Federation, Russia's international obligations and federal legislation [...];

b. not to discriminate against the Meskhetian Turkish population [...] and to ensure that all the relevant legislation is applied accordingly and not retroactively;

c. to refrain from any kind of pressure on the Meskhetian Turkish population to leave the Russian Federation when the repatriation process starts and to offer them the possibility to stay as fully fledged citizens of the Russian Federation [...].

(The Assembly) calls on the Georgian authorities to

a. honour their commitments undertaken upon accession and to create, without any further delay, the legal, administrative and political conditions necessary for the start of the repatriation process of those Meskhetian Turks who wish to return to their native region, with a view to its completion by 2011;

b. consider the possibility of accession to the Partial Agreement on the Council of Europe Development Bank and to present concrete projects for the financing of the resettlement and integration of the Meskhetian population who wish to return to Georgia [...]."

As a result of international pressure on Georgia to comply with the requirements set by the CoE, on 11 July 2007, the Georgian Parliament adopted the Law 'On the

Repatriation of Persons Involuntarily Displaced by the Former USSR from the Soviet Socialist Republic of Georgia) in the 1940s'¹⁰⁰. The law theoretically addressed the issue of the repatriation of all peoples expelled from Georgia in the 1940s, including Meskhetian Turks. Applications to obtain repatriation status had to be submitted as of January 1, 2010.

The law vaguely defined the persons entitled to repatriation and did not address their rights. In practice, both the procedure and the obstacles in the implementation of the repatriation law have complicated the process. In particular, the costs associated with submitting a repatriation application and the legal obstacles to obtaining 'returnee' status have hampered the efforts of Meskhetian Turks. The Tbilisi administration by enacting an ambiguous law and displaying an indifferent and reluctant attitude towards the resettlement of Meskhetians, was dragging out the repatriation process. In addition, the implementation of the law on repatriation was postponed because of the outbreak of war between Georgia and Russia in August 2008.

In 2011, three years after the war, the Tbilisi government established an inter-institutional government council to prevent possible ethnic conflicts in the areas concerned, and the Public Defender's Office and specially organised activities in the Georgian media have tried to facilitate the formation of a positive opinion in the Georgian society regarding the repatriation of Meskhetians. In the summer of 2011, the Tbilisi administration, once again subjected to European pressure, initiated the official process to grant 'returnee status' to Meskhetians, which was hampered by economic and legal obstacles. It was made difficult for Meskhetians to reside and find employment in Georgia without acquiring Georgian citizenship.

The 2010 Report prepared by the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the CoE¹⁰¹ states that

'[...] in 2007, Georgia adopted a Law on the repatriation of persons forcefully expelled from Georgia by the former Soviet Union in the 1940s (which) initiated the process of repatriation by setting out the terms under which Meskhetians could apply for repatriation'. '[...] a series of co-ordination working meetings were held with representatives of international organisations concerned with the repatriation process (EU, OSCE, HCNM, UNHCR, IOM, ECMI and the Council of Europe). [...] A number of concerns were addressed and commitments made by the Georgian authorities'. 'Originally, applications for repatriation were to be submitted by 1 January 2009, which gave people very little time to fill in forms and gather documentation, especially as forms were not distributed until quite late in 2008. The deadline was postponed twice until a final deadline for submitting papers was set for 1 January 2010.' According

100 On the Repatriation of Persons Involuntarily Displaced by the Former USSR from the Georgian SSR (The Soviet Socialist Republic of Georgia) in the 1940s, 11 July 2007, Consolidated versions (8 July 2015-5 July 2018), < <https://matsne.gov.ge/en/document/view/22558?publication=6> > accessed 8 February 2024.

101 Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia, Information Note by the Co-rapporteurs on their Fact-finding Visit to Tbilisi (22-24 March 2010) (24 June 2010) AS / Mon (2010) 24 rev.; articles 33-40.

to figures provided by the Georgian authorities, the number of applications received by the deadline was 5,806, the majority of which had come from Azerbaijan. The figure is much lower than was anticipated by Meskhetian organisations. No applications have been registered from the Russian Federation. However, Meskhetian organisations claim that approximately 2,000 applications have been sent in Russian. This causes a problem because, according to the law, all applications had to be submitted in Georgian or English'. 'The first decisions on repatriation are expected at the end of 2011. [...] The law makes no provision for a strategy of preparation and support for the reintegration process or for any financial commitment by the State. [...]' 'The Meskhetian Turks were originally expelled from the Samtskhe region, which is a predominantly Armenian area. There is a great deal of hostility towards the idea of repatriation within this community'. 'There were fears that those deciding to return to Georgia could end up being stateless. However, the Georgian government adopted, in March 2010, a Decree on Granting Citizenship of Georgia through Simplified Procedure to Individuals Enjoying Repatriate Status, which excludes the possibility of any individual with repatriate status being left without citizenship.' '[...] (W)e encourage the authorities to demonstrate maximum flexibility with regard to formalities and paperwork to avoid any application being refused on technical grounds only [...]']'.

Similar statements are made in the 2011 report of the Monitoring Committee¹⁰² which suggested that the Parliamentary Assembly recommend that Georgia 'develop, without further delay, a comprehensive and efficient mechanism for repatriation and re-integration'¹⁰³.

According to the 2012 Report of the Monitoring Committee¹⁰⁴:

'The Meskhetian Associations [...] have reported that, since the adoption of Resolution 1801 (2011), their relationship with the Georgian authorities has improved markedly [...]. The Ministry for Reintegration informed us that a special council has been set up, composed in its majority by Meskhetian representatives, to judge on repatriation requests from persons who can not prove their family's deportation with documentary evidence. [...] 75 applications for repatriation were granted. [...] (B)y 1 December 2011, this number had increased to 199. No repatriations have yet taken place'. [...] There is a great deal of hostility among (the Armenian) community to the idea of repatriation. These concerns need to be addressed especially in view of the tensions that, at times, have surfaced in this region. This underscores the need for the development of a comprehensive repatriation strategy, as recommended by the Assembly. In our talks with the authorities during our visit, we could not discern any such strategy being developed. [...]'

The Committee's 2013 report observes that the impact of the change of government in Georgia on the Meskhetian Turks issue is uncertain¹⁰⁵:

¹⁰² Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe, (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia, Provisional Version, Doc 25 March 2011, Art 21 ve 141-149.

¹⁰³ Art 21.3.

¹⁰⁴ Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (26 January 2012) AS/Mon (2011)24 rev3.; articles 33-34.

¹⁰⁵ Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (28 January 2013) AS/Mon (2013)04 rev.; article 43.

According to the 2016 Report of the Monitoring Committee¹⁰⁶:

‘The authorities informed us that, they have largely honoured their commitment to the Council of Europe with regard to the issue of the Meskhetian repatriation, However, [...] we stressed that the honouring of this commitment does not only entail the establishment of a legal framework allowing for repatriation, but also of the successful repatriation of all those Meskhetians who want to repatriate. [...] (T)he Interagency Action Plan for the Repatriation and Reintegration of Meskhetians was adopted, but, regrettably, its implementation seems to be proceeding very slowly. We would also like to highlight in this context that the Assembly recommended that the authorities organise a comprehensive evaluation of the repatriation framework and integration strategy, and formulate additional policies if necessary, in order to ensure that all those Meskhetians that were deported and that wish to return to Georgia do indeed have had an objective chance to do so [...]’.

The 2017 report of the Monitoring Committee recalls the commitments Georgia undertook when joining the CoE and questions to what extent they have been fulfilled¹⁰⁷:

‘[...] The Georgian authorities indicated that with the putting into place of the legal framework and the repatriation strategy they have fulfilled this accession commitment to the Council of Europe. We do feel that the Georgian authorities have indeed largely honoured their commitment but also note that a number of NGOs and Meskhetian organisations have indicated that a number of practical barriers – some beyond the Georgian authorities’ competence, such as problems in rescinding Azeri nationality – continue to exist that prevent de facto repatriation’. ‘According to the data provided to us, the Georgia authorities have received in total 5841 applications for repatriation totalling 8900 persons of which 3059 are adolescents. The largest part of these applications has come from persons with Azerbaijani citizenship (5389). By 10 March 2017, in total 1998 persons had been granted repatriate status, while only 4 persons were rejected. By the same date, 494 persons, all citizens of Azerbaijan, were granted Georgian citizenship by presidential decree; this decree will be enforced for each person as soon as the Georgian authorities have received proof that that person has rescinded his or her original citizenship. According to interlocutors, rescinding Azerbaijani nationality is a complicated procedure, as a result of which only a fraction of the above-mentioned 494 persons obtained their Georgian citizenship. Despite the number of applications granted, actual repatriation is rather low. As of March 2017, only 19 persons from 6 families had returned to Georgia. Of these, 12 have been granted citizenship, while the other 7 still only have repatriate status. [...] (I)t is important to ensure that all Meskhetian persons who wish to repatriate to Georgia indeed had a reasonable opportunity to do so [...]’.

According to the 2018 Report of the Monitoring Committee¹⁰⁸;

106 Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (7 June 2016) AS/Mon (2016)15.

107 Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (16 June 2017) AS/Mon (2017)16, Art 32-35.

108 Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (12 December 2018) AS/Mon (2018)23 rev.; articles 41-42.

‘There have been nearly 6000 applications concerning in total nearly 9000 individuals. However, until now only a very small number of Meskhetians have completed their repatriation in practice’. [...] ‘The Georgian authorities consider that they have by and large fulfilled their accession commitment in this regard. The small number of repatriates, despite the number of applications granted, highlights the fact that actual repatriation is a complicated and time-consuming process [...] (I)f we could get explicit confirmation that the Georgian authorities will undertake a comprehensive evaluation of the repatriation framework and strategy, and the result it has achieved, identifying any unforeseen barriers and hurdles for a successful repatriation, we could indeed consider this commitment closed’.

Article 17 of the 2022 report of the Monitoring Committee contains similar wording¹⁰⁹.

According to the 2006 report of the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) of the CoE¹¹⁰,

‘In its first report, ECRI recommended that Georgia adopt a legal framework allowing for the repatriation and integration, including the right to Georgian citizenship, of the Meskhetian Turkish population [...]. ECRI also asked the Georgian authorities to plan measures to raise awareness of these issues among the local population’. [...] ‘ECRI notes that there is controversy surrounding the use of the term ‘Meskhetian Turks’ to describe the population in question here. Numerous other names have been proposed, either by members of this population, by the authorities or by members of Georgian civil society. These include ‘Meskhetian Muslims’, ‘Meskhetian Georgians’ and ‘Ahiska Turks’. [...] Some reject any notion of Turkish identity, particularly among those deported and returned to Georgia. It has been pointed out that the use of the term ‘Turkish’ could constitute an obstacle to the repatriation and, above all, the integration of deportees in Georgia: this term is said to arouse hostile feelings among certain members of the Georgian population for historical reasons and, in particular, among the Armenian population living in the region from which the deportees came. According to some analyses, these hostile feelings, coupled with the fear of problems that might arise in the event of a claim for the return of property, could be the source of major inter-ethnic conflicts in the future. ECRI considers that, in order to avoid any tension, it is above all necessary to inform and reassure the local population about the return and restitution process’ [...] ECRI is pleased to learn that the government has expressed the political will to resolve this issue. However, many commentators consider that the situation is evolving too slowly [...]’.

ECRI listed its recommendations in the remainder of its 2006 report:

‘The repatriation process must take due account of the opinion of Council of Europe experts, but also by consulting the main parties concerned, i.e. in particular the deportees, [...] and the people living in Georgia who are directly affected by the return’. ‘ECRI urges the Georgian authorities to combat any racist stereotypes and prejudices concerning Meskhetian Turks. In particular, an information campaign should be organised for the Georgian population in

109 Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (8 April 2022) Doc 15497.

110 Conseil de l’Europe, Commission européenne contre le racisme et l’intolérance, Second rapport sur la Géorgie (adopté le 30 juin 2006). Articles 72-77.

general and for the Armenian population living in the region from which the Meskhetian Turks originate in particular; to explain [...] that it will be organised in such a way as not to present any risk to the rights and security of all the populations concerned’.

ECRI also adopted a report on Georgia in 2010, in which it stated that¹¹¹

‘[...] (T)he use of the term Meskhetian Turks is controversial. Although -according to several experts- the vast majority of the persons concerned identify themselves as Meskhetian Turks, some do not. The authorities have pointed out that national legislation uses the expression ‘persons forcibly deported from Georgia by the former USSR during the 1940s of the 20th century’ in relation to the entire group. ECRI fully respects the principle of self-identification’ [...].

(T)he implementation of the provisions on the acquisition of Georgian nationality needs to be improved, for example to ensure that no problems of statelessness arise during the change of nationality procedure and to address the concerns expressed about the technical difficulties encountered in applying for Georgian nationality. [...] The authorities have also indicated that, [...] a government decree on ‘the Acquisition of Georgian Citizenship, in a Simplified Procedure, by Persons with Repatriate Status’ will be adopted by 1 April 2010; under [which], no person with repatriate status should remain without citizenship’.

‘ECRI wishes to focus in this report on the general state of public opinion concerning Meskhetian Turks and the repatriation process as a whole [...]. Meskhetian Turks seemed to suffer from a certain hostility emanating from part of the Georgian population, including members of the Armenian population living in the exiles’ region of origin. [...] (D)espite efforts to inform the general public about the situation of the Meskhetian Turks, [...] this problem is still acute. This hostility seems to be rooted in a lack of information among the general public and the existence of misconceptions about Meskhetian Turks [...].’

‘ECRI notes with interest that some NGOs support the repatriation process [...]. ECRI notes that the State has not adopted a specific action plan for the integration of Meskhetian Turks. [...] ECRI considers it essential that the authorities, [...] do not neglect the crucial aspect of integration [which] is a two-way process: it concerns both the majority population and minorities [...].’

‘ECRI recommends that the Georgian authorities [...] ensure that no undue limitations are placed on the acquisition of citizenship by those who have already applied or will apply for it [...].’

‘ECRI recommends that the Georgian authorities launch an awareness-raising campaign among the Georgian population in general, and more particularly among the Armenian population living in the region of origin of the Meskhetian Turks, to explain the historical reasons for the repatriation of these persons and to avoid any form of intolerant reaction against them on the part of members of the majority population and the inhabitants of the areas to which the Meskhetian Turks will return [...].’

111 Commission européenne contre le racisme et l’intolérance, Rapport de l’ECRI sur la Géorgie (quatrième cycle de monitoring) (adopté le 28 avril 2010, publié le 15 juin 2010) CRI (2010)17; articles 62-67.

The issue of Meskhetian Turks also came before the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities of the CoE. The 2015 opinion of the Advisory Committee provided substantial information about the repatriation process of the Meskhetian Turks and also warned that there had been an increase in manifestations of Islamophobia on State television and in the press against Georgian Muslims labelled as ‘Turks’ and in ethnically motivated hostility towards some other national minorities including Meskhetians¹¹²:

In its 2019 opinion, the Advisory Committee called on the authorities to continue their efforts to facilitate the voluntary return of deported Meskhetian refugees to their homeland, noting that *‘the persons concerned continue to have difficulty in having their Azerbaijani citizenship revoked and thus in meeting the criteria of Georgian law, which considerably restricts dual citizenship. As a result, only a small number of Meskhetian citizens have actually returned to Georgia’*¹¹³.

The 2022 report submitted by Georgia to the Advisory Committee contains comprehensive articles on Meskhetian Turks¹¹⁴. After having declared that *‘Georgia has put a comprehensive legal framework in place and established respective structures to fulfil all the components of Georgia’s accession commitment to the Council of Europe concerning repatriation of Muslim Meskhetians’* and that *‘The adoption of the law was followed by an active information campaign in all the countries where the descendants of displaced persons reside, aimed at informing the target group about repatriation opportunities and legal procedures’*, the report provides a detailed description of the repatriation mechanism to conclude that

‘Only 494 persons with repatriate status applied for (last in 2016) and all of them were granted conditional citizenship by the State. No person has applied to the State for this purpose since then. Moreover, none of the 494 persons renounced the citizenship of another country (Azerbaijan) for Georgian citizenship to take effect’.

‘The Government of Georgia, through establishing a legal framework for repatriation, has set up a well- functioning mechanism to facilitate obtaining Georgian citizenship and to make the process merely a technical procedure for a person with repatriate status. Acquisition of Georgian citizenship and renunciation of the citizenship of another country is an individual decision of a person’.

This report, written in erroneous English, contains contradictions within itself. If the mechanism applied to return applications is functioning as well as the report claims, the fact that the number of returnees is so low needs to be explained. The report submitted

112 Conseil de l’Europe, Comité consultatif de la Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales, Deuxième avis sur la Géorgie (adopté le 17 juin 2015) ACFC/OP/II(2015)001; articles 29, 48.

113 Conseil de l’Europe, Comité consultatif de la Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales, Troisième avis sur la Géorgie (adopté le 7 mars 2019) ACFC/OP/III(2019)002, Art 48, 43.

114 Council of Europe, Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Fourth Report submitted by Georgia, ACFC/SR/IV(2022)001; articles 227-234.

by Georgia is contented with legal formalism and considers the establishment of legal norms sufficient to solve the problem. However, even if we assume that the norms are well designed, it is obvious that in practice these norms do not fulfil the legitimate expectations of Meskhetian Turks.

The issue of Meskhetian Turks was also on the agenda of the ‘Committee on the Elimination of Racial Discrimination’, a committee of experts established in accordance with the ‘Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination’ adopted by the United Nations General Assembly Resolution 2106 (XX) of December 21, 1965.

According to the Committee’s report on Georgia of 17 August 2011¹¹⁵, ‘*Committee Experts raised a number of questions and asked for further information on subjects related to, among others, [...] the situation of the Meskhetian Reference is made throughout the discussion to “Meskhetians”, “Meskhetian Turks” or “Turkish Meskhetians” by Committee Members. Please note that the Government of Georgia does not use this terminology, but rather designates this minority as Persons Forcefully Deported (FDPs) by the Soviet Regime in the 40s of the XX Century. [...] The Committee wanted to know how many Meskhetians were located in Georgia, how many had been repatriated, made citizens and how the Government intended to solve related problems [...] [According to Georgian officials] The use of the term of forcibly deported persons by the Soviet Union, instead of the Meskhetians, was due to a policy of self-identification; Georgia did not want to stereotype or apply ethnic or religious labels. Meskhetian was a sub-ethnicity of ethnic Georgians and the use of the term Turks referred to practicing Muslims within the larger ethnic group. However, some members of the group of forcibly deported persons were Christians. Meskhetian was not a language. These people moved to and settled in many different areas, such as Kazakhstan, Turkey, the United States and other States. An information campaign was launched to provide information about repatriation. Georgian citizenship could be acquired if individuals so desired. The deadline was twice extended. Most of the applications were from Azerbaijan.*

The Committee on the Elimination of Racism adopted a reviewed report in 2016¹¹⁶ which states that ‘*with regard to the situation of Meskhetian Turks, a distinct ethnic group with its own culture and language, Experts noted that [...] 5,840 had applied for repatriation by the deadline in January 2010. Of those, only 1,300 had been accepted and four had been rejected; this represented a very small proportion of the forcefully deported population, and in addition the rate of processing of received applications*

115 < <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2011/08/committee-elimination-racial-discrimination-considers-report-georgia> > accessed 12 February 2024.

116 < <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2016/05/committee-elimination-racial-discrimination-considers-report-georgia> > accessed 12 February 2024.

was extremely slow. There were reports that Meskhetian Turks, in order to obtain Georgian nationality, were required to renounce their other nationality, which did not seem to be a requirement for other Georgian citizens who could hold double nationality’.

In a document adopted in 2022, the Experts of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination advised Georgia on the increase in the prosecution of discrimination offences and raised questions on the right of minorities to education and human rights violations in the occupied territories¹¹⁷.

II. The Right of Meskhetian Turks to Return to Their Country under Positive International Law

A. Definition of the Right of Return

States are under an obligation to allow all their nationals to enter their country, including those who have never set foot in the territory before¹¹⁸. This obligation is regulated by numerous universal and regional instruments on human rights. Several documents and international treaties such as the Universal Declaration on Human Rights¹¹⁹, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)¹²⁰, the American Convention on Human Rights¹²¹, the African Charter on Human and Peoples’ Rights¹²² and the Fourth Protocol to the European Convention on Human Rights¹²³ provide that no one shall be deprived of the right to enter the State of which she/he is a national or that everyone has the right to return to his or her country of origin.

The States’ obligation to admit the national is a consequence of the proposition that there is no obligation to admit the alien¹²⁴. Indeed, international law has historically explained the basis of the individual’s right to be allowed to enter the territory of a

¹¹⁷ Experts of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination Commend Georgia on Increased Prosecution of Discrimination Crimes, Ask about Minorities’ Access to Education and Human Rights Violations in the Occupied Territories, 24 November 2022, <<https://www.ohchr.org/en/news/2022/11/experts-committee-elimination-racial-discrimination-commend-georgia-increased>> accessed 12 February 2024.

¹¹⁸ John Quigley, ‘Mass Displacement and the Individual Right of Return’ (1997) 68(1) *British Yearbook of International Law* 65, 67.

¹¹⁹ Universal Declaration of Human Rights, General Assembly Resolution 217A, UN Doc A/810, p. 71 (1948), Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) General Assembly Resolution 217A, UN Doc A/810, Art 13(2).

¹²⁰ International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR), Art 12(4).

¹²¹ American Convention on Human Rights (signed 22 November 1969, entered into force 18 July 1978) 1144 UNTS 123, Art 22(5).

¹²² African Charter on Human and Peoples’ Rights (adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986) 1520 UNTS 217, Art 12(2).

¹²³ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (signed 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) 213 UNTS 221. Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and the first Protocol thereto (signed 16 September 1963, entered into force 2 May 1968) 46 European Treaty Series, Art 3(2).

¹²⁴ Quigley (n 118) 67.

State by the bond of citizenship¹²⁵. However, the ‘right of return’, which emerged with the development of human rights law, has been interpreted over time as recognising that not only citizens but also individuals who have been displaced for reasons beyond their control have the right to return to their ‘country of origin’, i.e. their homeland¹²⁶.

State practice shows that the right of return covers individuals who are forced to leave their country and move to the territory of another State, as well as internally displaced people who are defined as ‘*persons or groups of persons who have been forced to flee or leave their homes or places of habitual residence as a result of armed conflicts, internal strife or systematic violations of human rights, and who have not crossed an internationally recognized State border*’¹²⁷. For example, the Dayton Peace Agreement, which aimed to end the conflict in Bosnia and Herzegovina, gives refugees and displaced persons the right to return to their countries of origin and to recover property unlawfully taken from them during the war¹²⁸.

B. The Legal Nature of the Right of Return and International Legal Texts Regulating the Right

The right of return, which is mainly regulated by human rights law and enshrined in numerous universal and regional instruments on human rights, is also protected in refugee law, in the decisions of United Nations (UN) bodies—especially in relation to refugees—in international humanitarian law texts and in the national legislation and jurisprudence of many States, and constitutes a part of customary international law, thus binding on all States¹²⁹.

Indeed, it is observed that the right of return, which was considered a part of the right to free movement in the 16th and 17th centuries when the first concepts of human

125 Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice* (Martinus Nijhof 1987) 56-59; Kathleen Lawand, ‘The Right to Return of Palestinians in International Law’ (1996) 8(4) *International Journal of Refugee Law* 532, 540.

126 Gail J Boling, *The 1948 Palestinian Refugees and the Individual Right of Return. An International Law Analysis* (BADIL Resource Center for Palestinian Residency and Refugee Rights 2007) 5; Sander Agterhuis, ‘The Right to Return and its Practical Application’ (2005) McGill University Papers, 1. <<https://prnm.mcgill.ca/research/papers/agterhuis.pdf>> accessed 18 February 2024.

127 International Law Association, Declaration of International Law Principles on Internally Displaced Persons (29 July 2000), Art 1.

128 According to Article 1 of Annex 7 of the Dayton Agreement on refugees and displaced persons, ‘*all refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin (...)*’. General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina and Annexes (Dayton-Paris Agreements), Annex 7 (Agreement on Refugees and Displaced Persons) (30 November 1995) UN Doc A/50/790, S/1995/999.

129 See Thomas W Mallison and Sally V Mallison, ‘The Right to Return’ (1980) 9(3) *Journal of Palestine Studies* 125, 125; Lawand (n 125) 544, Boling (n 126) 8-9; Agterhuis (n 126) 3; Tjasa Leskovic Vendramin, *The Right to Return of Refugees in International Law. The Case Study of Bosnia and Herzegovina* (Master Thesis, International University Institute for European Studies 2007/2008) 16. Some authors argue that the right of return is a peremptory norm of international law (*jus cogens*). See Quigley (n 118) 122.

rights law emerged¹³⁰, has gained an independent character in many texts on human rights adopted after the establishment of the UN¹³¹.

The right of return was first mentioned in the Universal Declaration of Human Rights after the Second World War. According to Article 13(2) ‘*everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country*’. It is accepted that the Declaration which is adopted by the UN General Assembly and therefore not binding as a General Assembly Resolution, reflects customary international law. The principles set out in the Universal Declaration of Human Rights, including the right of return, are therefore binding on all States¹³².

This was followed by the adoption of the ICCPR, which was concluded in 1966 and currently has 173 parties. According to Article 12 of the Covenant,

‘1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country’.

The fourth paragraph, which provides that ‘*no one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country*’, is considered to be the most important provision on the right of return in positive international law¹³³ and thus will be analysed in detail in the following lines where the content and scope of the right are evaluated. However, it should be mentioned here that the ICCPR is not the only human rights instrument that protects the right of return. Numerous universal legal texts adopted by the UN provide for provisions on this right.

For instance, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination guarantees the right of individuals to return to their country of

130 Agterhuis (n 126) 4. The right of return is regulated in much older texts, for example in the Magna Carta Libertatum of 1215. The Magna Carta provides in Article 42 that ‘*it shall be lawful in the future for anyone (...) to leave our kingdom and to return, safe and secure by land and water (...)*’. See Mallison and Mallison (n 129) 125-126; Mason Wiley, ‘Circassian Right of Return: “Putin The Terrible or Putin The Enlightened?”’ (2015) 30(1) American University International Law Review 141, 149; Vendramin (n 129) 14.

131 Ruth Lapidot, ‘The Right of Return in International Law, with Special Reference to the Palestinian Refugees’ (1986) 16 Israel Yearbook on Human Rights 103, 104.

132 Mitchell Knisbacher, ‘Aliyah of Soviet Jews: Protection of the Right of Emigration under International Law’ (1973) 14 Harvard International Law Journal 89, 99; Justus R Weiner, ‘The Palestinian Refugees’ “Right to Return” and the Peace Process’ (1997) XX(1) Boston College International & Comparative Law Review 1, 38; Agterhuis (n 126) 5; Wiley (n 130) 149.

133 Hannum (n 125) 24.

origin and considers the recognition of this right as part of the obligations of the States Parties to refrain from racial discrimination¹³⁴. In this context, the refusal of entry of nationals by the States Parties on racial or ethnic grounds constitutes a violation of the Convention¹³⁵.

The right of return is also protected by the Convention on the Rights of the Child, to which 196 States are parties¹³⁶. According to Article 10(2) of the Convention, *‘a child whose parents reside in different States shall have the right to maintain on a regular basis, save in exceptional circumstances personal relations and direct contacts with both parents. Towards that end (...) States Parties shall respect the right of the child and his or her parents to leave any country, including their own, and to enter their own country (...)’*.

The International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid¹³⁷ and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families¹³⁸ also guarantee the right of return within their scope of application.

The right of return is also envisaged by the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action adopted at the UN World Conference on Human Rights in Vienna. Article 23 of the Declaration reaffirms that everyone has the right to return to their country of origin, without discrimination of any kind¹³⁹.

The right of return is also recognised in refugee law. This branch of law, which regulates the return of refugees around the ‘principle of voluntariness’ and the rule of ‘non-refoulement’, prohibits the expulsion or forced return of a refugee to his/her country against his or her will.

‘The principle of non-refoulement’, regulated by Article 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and accepted as part of customary law, signifies that *‘no*

134 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965, entered into force 4 January 1969) 660 UNTS 195, Art 5(d)(ii).

135 Agterhuis (n 126) 12.

136 Convention on the Rights of the Child (adopted on 20 November 1989, entered into force 2 September 1990) 1577 UNTS 3.

137 International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (adopted on 30 November 1973, entered into force 18 July 1976) 1015 UNTS 243. According to Article 2(c) of the Convention, the adoption of *‘any legislative measures and other measures calculated to prevent a racial group or groups from participation in the political, social, economic and cultural life of the country and the deliberate creation of conditions preventing the full development of such a group or groups, in particular by denying to members of a racial group or groups basic human rights and freedoms, including the right to work, the right to form recognised trade unions, the right to education, the right to leave and to return to their country, the right to a nationality, the right to freedom of movement and residence, the right to freedom of opinion and expression, and the right to freedom of peaceful assembly and association’* constitutes apartheid.

138 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (adopted on 18 December 1990, entered into force 1 July 2003) 2220 UNTS 3, Art 22.

139 Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

*Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion'*¹⁴⁰. However, the aim is not for the refugee to remain a refugee indefinitely, but to reintegrate either in his/her home country or in another country voluntarily¹⁴¹.

The right of return has also been the subject of numerous UN General Assembly and Security Council resolutions, particularly in relation to refugees¹⁴². For example, the conflicts in Abkhazia in Georgia following the collapse of the USSR led to a significant population flight. In 1994, an international agreement between Abkhazia and Georgia recognised that the right of everyone to live in their own country and to return to their own country is enshrined in the Universal Declaration of Human Rights and the ICCPR and stipulated that persons displaced during the conflict in Abkhazia have the right to return to their country¹⁴³. The UN Security Council also referred to this agreement and called for the right of all conflict-affected refugees and displaced persons to return to their homes in accordance with international law and in safe conditions¹⁴⁴.

Similarly, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, acting under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination has held that the Serbian authorities in Bosnia and Herzegovina who refused the return of displaced Muslims violated the provision of the Convention concerning the right of return. The Committee condemned the massive, gross and systematic violations of human rights, policies of ethnic cleansing and acts of genocide in Bosnia and Herzegovina and stated that these practices constituted grave violations of all the fundamental principles laid down by the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination¹⁴⁵. The Committee noted that changing or attempting to change the demographic composition of a territory, by whatever means, against the will of its original inhabitants, is a violation of international law and demanded that persons be given the opportunity to return safely to the places where they lived before the outbreak of hostilities in Bosnia and Herzegovina¹⁴⁶. In its resolutions on Bosnia and Herzegovina, the Security Council has also called for the peaceful return of all displaced persons to their homes¹⁴⁷.

140 Convention relating to the Status of Refugees 189 UNTS 137.

141 Vendramin (n 129) 26-27.

142 For the right of return under refugee law, see Boling (n 126) 73-82; Vendramin (n 129) 20-23.

143 Quadripartite Agreement on Voluntary Return of Refugees and Displaced Persons (Abkhazia, Georgia, Russia and UNHCR) (signed on 4 April 1994), Preamble. See Quigley (n 118) 80.

144 UNSC Res 971 (UN Observer Mission in Georgia) (1995) UN Doc S/RES/971, para 5.

145 Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (1995) GAOR 50th Session Supp 18, UN Doc A/50/18, para 219.

146 Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (n 215) para 26.

147 UNSC Res 787 (1992) UN Doc S/RES/787, para 2; UNSC Res 1088 (1996) UN Doc S/RES/1088, para 27-30.

Israel's displacement of Palestinian Arabs since its establishment in 1948 has also been the subject of numerous UN General Assembly -and even Security Council resolutions, and the General Assembly and the Security Council have repeatedly called on Israel to fulfil this right, referring to the right of Palestinians to return to their homes and property¹⁴⁸.

The right of return is not only protected by universal human rights instruments and UN resolutions but also by various regional human rights texts. The Fourth Protocol to the European Convention on Human Rights¹⁴⁹, the American Convention on Human Rights¹⁵⁰, the African Charter on Human and Peoples' Rights¹⁵¹ and the Arab Convention on Human Rights¹⁵², although they do not provide for broad and absolute provisions on the right of return unlike universal texts, protect the right *per se*.

Furthermore, the right of return was discussed at a conference organised by non-governmental organisations in Uppsala, Sweden in 1972 with the participation of a large number of jurists from 25 different states. The Declaration on the Right to Leave and the Right to Return adopted at the conference set out the meaning of the right to leave the territory of a State and the right of return to that territory and provided for substantive and procedural rules governing and limiting the exercise of these rights¹⁵³.

Finally, the right of return appears to be protected in the context of humanitarian law—where persons have been displaced in the course of an armed conflict. The 1907 Hague Conventions and the 1949 Geneva Conventions set out norms concerning displaced persons in occupied territories, prohibit the forced displacement of the civilian population and provide for the return of displaced persons, and stipulate that persons under the protection of the Conventions have the right to return to their country

148 Progress Report of the United Nations Mediator (Count Folke Bernadotte) on Palestine Submitted to the Secretary-General for Transmission to the Members of the United Nations (18 September 1948) UN Doc A/648, para 6; UNGA Res 194 (1948) UN Doc A/RES/194, para 11; UNGA Res 2452A (1968) UN Doc A/7218; UNGA Res 3236 (Question of Palestine) (1974) UN Doc A/9631, para 2; UNSC Res 237 (1967) UN Doc S/RES/237, para 1.

149 Article 3(2) of Protocol No. 4 stipulates that no one shall be deprived of the right to enter the State of which he is a national.

150 According to Article 22(5), '*no one can be expelled from the territory of the State of which he is a national or be deprived of the right to enter it*'.

151 Article 12(2) provides that '*every individual shall have the right to leave any country including his own, and to return to his country. This right may only be subjects to restrictions, provided for by law for the protection of national security, law and order, public health and morality*'.

152 Arab Charter on Human Rights (adopted by the League of Arab States on 22 May 2004, entered into force 15 March 2008) (2005)12 International Human Rights Rep 893. According to Article 27, '*1. No one may be arbitrarily or unlawfully prevented from leaving any country, including his own, nor prohibited from residing, or compelled to reside, in any part of that country. 2. No one may be exiled from his country or prohibited from returning thereto*'.

153 'The Right to Leave and the Right to Return: A Declaration adopted by the Uppsala Colloquium' (1973) 7(1) The International Migration Review 62-66.

of origin following the cessation of hostilities¹⁵⁴. In this framework, there is a general right of return under humanitarian law applicable to all displaced persons, regardless of how they were displaced during the armed conflict. Indeed, the International Committee of the Red Cross, which codifies the customary rules of humanitarian law, confirms that the rule according to which displaced persons have the right to return safely and voluntarily to their homes or places of habitual residence as soon as the causes of their displacement cease to exist is a customary rule¹⁵⁵.

C. Scope of the Right of Return

As stated above, Article 12(4) of the ICCPR, which constitutes one of the most important human rights texts ever adopted, stipulates that ‘*no one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country*’. The scope of the right of return is assessed on the basis of the wording of this provision and in the light of its official and unofficial interpretations.

The Human Rights Committee, which is the official interpreting body of the ICCPR¹⁵⁶, and internationalists are of the view that the right of return under Article 12 includes the right to enter and remain in one’s own country, to return after having left one’s own country, and to come to the country for the first time if he or she was born outside the country¹⁵⁷.

¹⁵⁴ The right of return was first stipulated in Article 43 of the 1907 Hague Convention on the Laws and Customs of War on Land. This provision, which has been recognised as a customary norm, stipulates that the occupier must preserve the social and legal *status quo* in the occupied territory, allow the population to continue its existence and public life and make only those interventions that are necessary to maintain the occupation. This includes allowing the local population to remain or return to their places of residence following the cessation of hostilities. Convention IV respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, Art 43. See Vendramin (n 129) 19.

This principle is also adopted by Articles 4, 6, 40 and 158 of the 1949 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. These provisions define the persons protected by the Convention and provide for its temporal applicability. The Convention stipulates that the occupier must guarantee the rights of persons protected by the Convention and provides, in its Article 6(4), that the Convention shall continue to apply even after the date of termination of its application for ‘protected persons whose release, repatriation or re-establishment may take place after such date’. In this framework, it is stated that persons who should be repatriated are among the ‘protected persons’ under the Geneva Convention.

Similarly, Article 158 of the Convention provides that either party may denounce the Convention and that ‘(...) a denunciation of which notification has been made at a time when the denouncing Power is involved in a conflict shall not take effect until peace has been concluded, and until after operations connected with the release, repatriation and reestablishment of the persons protected by the present Convention have been terminated’. Convention IV relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, August 12, 1949.

For an analysis of the right to return under international humanitarian law, see Boling (n 126) 47-60; Christopher C Joyner, ‘The Palestine Problem in International Law and World Order’ (Book Review) (1987) 55(3) George Washington Law Review 689, 694; Vendramin (n 129) 19; Quigley (n 118) 70-71; Quincy Wright, ‘Legal Aspects of the Middle East Situation’ (1968) 33(1) Law and Contemporary Problems 5, 19.

¹⁵⁵ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar* (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2005), 525, Rule 132.

¹⁵⁶ Pursuant to Article 5 of the Optional Protocol to the ICCPR, the Committee is authorised to examine the complaints in the light of all written information made available to it by the individual and by the State Party concerned.

¹⁵⁷ See UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement), 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, para 19; Paul Taylor, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights. The UN Human Rights Committee’s Monitoring of ICCPR Rights* (Cambridge University Press 2020) 345.

As can be seen, the Article protects a very broad right and provides this protection in the case of a person's 'own country'. It is therefore important to clarify the expression of 'his own country' used in Article 12(4) of the ICCPR.

1. Right of Return to His 'Own Country'

As mentioned above, Article 13(2) of the Universal Declaration of Human Rights states that '*everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country*'. However, Article 12(4) of the ICCPR provides that '*no one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country*'.

Does the expression 'own country' refer only to the country of the State of which the person is a national, or does it also include the country that the person considers home and to which he or she is bound by history, tradition, race, religion, residence, family or other ties?

The difference between the wording of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the wording of the ICCPR is explained by the fact that the right of return has gradually come to be interpreted as extending to citizens who were born outside the country of return and have never lived in that country¹⁵⁸. The concept of 'entering a country' is broader than the concept of 'returning' to a country¹⁵⁹. The fact that Article 12(4) of the ICCPR refers to the right to 'enter a country' rather than the right to 'return' indicates therefore that the right extends to persons born outside the country.

In addition, the fact that the ICCPR, which uses the term of 'State' (or 'territory of the State') in some of its provisions, refers in its Article 12(4) to the right to enter one's 'own territory' seems to be a conscious choice and shows that the right of return is not regulated as a right belonging only to citizens¹⁶⁰. Although the first draft of the Article referred to the right to enter the 'country of nationality', this expression was later replaced by the expression 'own country'¹⁶¹. The final version of the Article does not provide that 'a citizen' shall not be deprived of the right to enter his own country, but that 'no one' shall be deprived of the right to enter his own country.

Indeed, despite the small number of contrary views¹⁶², the right of return is nowadays interpreted by the vast majority of jurists as including persons who were not born in

158 Hannum (n 125) 56; Lawand (n 125) 548-558; Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (NP Engel 2005) 219; Agterhuis (n 126) 7.

159 Lawand (n 125) 547; Wiley (n 130) 150-151.

160 For a similar view, see Lawand (n 125) 549; Rex Zedalis, 'Right to Return: A Closer Look' (1992) 6 *Georgetown Immigration Law Journal* 499, 505-506; Wiley (n 130) 152.

161 For the *travaux préparatoires* and the first drafts of the Article, see Lawand (n 125) 549-550; Wiley (n 130) 152.

162 Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights* (Clarendon Press 1983) 185 *et seq*; Hannum (n 125) 59-60.

their country of origin, who have never lived in their country of origin, who do not have the nationality of the State of origin and stateless persons¹⁶³.

This interpretation seems to be based on the 1955 *Nottebohm* judgement of the International Court of Justice¹⁶⁴. In accordance with this decision, ‘*nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State*’¹⁶⁵. In this framework, the judgement states that the basis of citizenship under international law is the social attachment, the genuine solidarity of being, interests and feelings, together with mutual rights and duties. More importantly, however, the *Nottebohm* judgement states that in case of dual nationality, diplomatic protection may be exercised by the State to which the person is attached by a genuine link and that this is to be determined by taking into account factors such as the language spoken, the length of time spent in the territory of the State and the personal and family ties that the person has. In other words, the *Nottebohm* judgement establishes and characterises the relationship between the individual and the State on the basis of ‘substantive’ ties.

In the context of their demands for return to Israel, the Jews have put forward the criteria set out in the *Nottebohm* judgement. For example, according to Knisbacher, Jews living in the USSR have the right to return to Israel because the ties expressed in the *Nottebohm* judgement exist between these persons and the territory of Israel; Israel is Jewish people’s ‘own country’ in terms of traditions, interests, activities, family ties and plans for the immediate future¹⁶⁶.

The view that ‘his own country’ means something different than ‘the country of which he is a national’ and the right of return extends to persons who were not born or lived in there was also expressed at the Uppsala Conference mentioned above: ‘*a person’s “country” is that to which he is connected by a reasonable combination of such relevant criteria as race, religion, language, ancestry, birth and prolonged domicile. Governments come and go, and their political fluctuations and vagaries should not affect the fundamental right of human beings, such as the right to return to one’s own country and to have a homeland*’¹⁶⁷.

163 Taylor (n 157) 345; Nowak (n 158) 219; Agterhuis (n 126) 8; Lawand (n 125) 547-548; Donna E Arzt and Karen Zughaib, ‘Return to Negotiated Lands: The Likelihood and Legality of a Population Transfer Between Israel and a Future Palestinian State’ (1992) 24(4) New York University Journal of International Law and Politics 1399, 1445; Bill Frelick, ‘The Right of Return’ (1990) 2 International Journal of Refugee Law 442; Zedalis (n 160) 505-506.

164 See Knisbacher (n 132) 96-97; Lawand (n 125) 553; Wiley (n 130) 152-153.

165 *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)* (Second Phase) [1955] ICJ Rep 4, 23.

166 Knisbacher (n 132) 97.

167 Muzzawi, ‘Comment on the Middle East’ in Karel Vasak and Sidney Liskofsky (eds), *The Right to Leave and to Return: Papers and Recommendations of the International Colloquium Held in Uppsala, Sweden, 19-21 June 1972*, New York, American Jewish Committee, 1976, 343; Cited by Hannum (n 125) 58-59.

The Human Rights Committee has also stated that Article 12(4) of the ICCPR does not distinguish between nationals and aliens, and that individuals who are entitled to exercise the right of return can only be identified by interpreting the meaning of the expression ‘his own country’¹⁶⁸.

In fact, in its opinions given in the 1990s, the Committee interpreted the expression ‘his own country’ narrowly. In the 1996 *Stewart* dispute, the Committee noted that the scope of the concept of ‘his own country’ is broader than that of ‘country of nationality’ and also includes individuals who have special ties with a country¹⁶⁹. However, according to the Committee, Article 12(4) does not cover ‘aliens’. In other words, a person’s right to enter his or her own country is based on his or her special ties with the State of the country: “*his own country*” as a concept applies to individuals who are nationals and to certain categories of individuals who, while not nationals in a formal sense, are also not “*aliens*” (...)¹⁷⁰.

In this context, the Committee has stated that a person is an ‘alien’ unless he or she is a national of the State or has been deprived of his or her nationality or his or her application for nationality has been rejected, and that he or she cannot claim that the State is his or her own country within the meaning of Article 12(4)¹⁷¹.

This narrow understanding, which was also adopted by the Human Rights Committee in 1999 in its General Comment No. 27 on Article 12(4) of the ICCPR¹⁷², was challenged by some members of the Committee. Christine Chanet, for example, stated that there was insufficient data on the concept of ‘his own country’ in the Convention and the *travaux préparatoires* and suggested that the Committee establishes and communicates to States clear criteria explaining the concept¹⁷³. Elizabeth Evatt and Cecilia Medina Quiroga, on the other hand, point out that there is nothing in the Convention indicating that an ‘alien’ lawfully present within the territory of a State may not claim the protection of Article 12(4), if he or she can establish that it is his/her own country¹⁷⁴. According to Evatt and Quiroga, for the purposes of the rights set out in Article 12, the existence of a formal link between the individual and the State is irrelevant; the Convention takes into account and protects the strong personal and emotional ties that an individual may have with a particular territory¹⁷⁵.

168 UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement) (n 157) para 20.

169 *Stewart v. Canada* (1996) UN Human Rights Committee, CCPR/C/58/D/538/1993, para 12.3.

170 *ibid*.

171 *ibid* para 12.4. This interpretation is also adopted in *Canepa* and *Madafferi* disputes. *Giosue Canepa v. Canada* (1997) UN Human Rights Committee, CCPR/C/59/D/558/1993, para 11.3; *Francesco Madafferi v. Australia* (2004) UN Human Rights Committee, CCPR/C/81/D/1011/2001, para 9.6.

172 UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement) (n 157) para 19-20.

173 Individual opinion by Christine Chanet, co-signed by Julio Prado Vallejo (dissenting).

174 Individual opinion by Elizabeth Evatt and Cecilia Medina Quiroga, co-signed by Francisco José Aguilar Urbina (dissenting), para 3.

175 Individual opinion by Elizabeth Evatt and Cecilia Medina Quiroga, co-signed by Francisco José Aguilar Urbina (dissenting), para 5.

In its 2011 opinion on the *Nyström* dispute, the Committee took these criticisms into account and gave a clearer and more flexible opinion, than it did in the *Stewart* dispute, on the concept of ‘his own country’¹⁷⁶. In its *Nyström* opinion, the Committee recalled ‘its General Comment No. 27 on freedom of movement where it has considered that the scope of “his own country” is broader than the concept “country of his nationality”. It is not limited to nationality in a formal sense, that is, nationality acquired at birth or by conferral; it embraces, at the very least, an individual who, because of his or her special ties to or claims in relation to a given country, cannot be considered to be a mere alien’¹⁷⁷. Although this view states that the Article covers persons who ‘may not be regarded as aliens’, the Committee considers that long residence in a country, close personal and family ties, the intention to remain in the country or the absence of such ties in another country are factors that may establish close and lasting ties between the person and the country. In the Committee’s view, the links established by these elements may even be stronger than those established by nationality, and may therefore render a country a person’s ‘own country’ within the meaning of Article 12(4)¹⁷⁸.

Based on all these findings, in cases where the person is not a citizen of the concerned State, he/she must demonstrate that this country is ‘his/her own country’ by proving that he/she has strong ties.

2. The principle that no one shall be ‘arbitrarily’ deprived of the right to enter his own country

As quoted above, Article 12 of the ICCPR protects not only the right of return but also the right to move freely about the country, to choose one’s place of residence and to leave the country. Paragraph 3 of the Article provides that ‘*the above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant*’. However, these grounds for limitation are not foreseen for the right of return regulated in the last paragraph of the Article¹⁷⁹. Article 12(4) by stipulating that ‘*no one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country*’ and that this right can only be restricted ‘in a non-arbitrary manner’, regulates the right of return as an absolute right¹⁸⁰.

What is to be understood by the expression ‘arbitrarily’ is not clearly defined in the Convention. However, it is generally admitted that the arbitrary denial of the right

¹⁷⁶ Taylor (n 157) 347.

¹⁷⁷ *Nyström v. Australia* (2011) UN Human Rights Committee, CCPR/C/102/D/1557/2007, para 7.4.

¹⁷⁸ *Nyström v. Australia* (n 177) para 7.4.

¹⁷⁹ See Lawand (n 125) 547.

¹⁸⁰ Wiley (n 130) 154.

of return implies a discriminatory denial of the right in the absence of due process¹⁸¹. Besides, where the right is denied on a legal basis, this basis must not be contrary to the right to freedom of movement¹⁸².

Furthermore, the commentators stated that *‘the word “arbitrarily” refers to only one specific factual instance, that of the use of exile as a “penal sanction” (i.e., sentencing a person charged with a criminal offense to exile or banishment). Thus, the term ‘arbitrarily’ only applies to a small group of States for which penal exile is a permissible judicial sanction. Only for those States is it legally permissible in theory to obstruct the exercise of the right to return in the limited factual case where exile had been imposed as a judicial sentence’*¹⁸³.

Namely, the expression ‘arbitrarily’ was added to paragraph 4 of Article 12 as a compromise expression following the rejection of previous drafts of the Article¹⁸⁴. After it became clear that States that used exile as a penal sanction would not support a formula that would prohibit it, it was agreed that a right of return exempting persons sent into exile under criminal sanction should be envisaged¹⁸⁵.

The phrase ‘arbitrarily’ was added to Article 12(4) by a separate vote in the General Assembly’s Third Committee where there was a common perception that *‘only under a criminal sanction could a convicted exile be prevented from returning to his or her country’*¹⁸⁶. In this framework, exile would not be considered ‘arbitrary’ when it is carried out in accordance with national legislation where this sanction is provided for as a form of punishment. However, even interventions under national legislation must be reasonable and in accordance with the provisions and objectives of the ICCPR¹⁸⁷.

This interpretation must be read in conjunction with that of the Human Rights Committee, which is authorised to interpret the ICCPR officially. According to the Committee, *‘the reference to the concept of arbitrariness in this context is intended to emphasize that it applies to all State action, legislative, administrative and judicial; it guarantees that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances. The Committee considers that there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one’s own country could be reasonable. A State party must not, by stripping a person of nationality or*

181 Hannum (n 125) 45-46; Lawand (n 125) 547.

182 Lawand (n 125) 547.

183 Nowak (n 158) 219; Agterhuis (n 126) 7.

184 Stig Jagerskiöld, ‘The Freedom of Movement’ in Louis Henkin (eds), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press 1981) 181.

185 Quigley (n 118) 78.

186 UNGA 14th Session, Third Committee, 959th Meeting (17 November 1959) UN Doc A/C.3/SR.959, 250. See Quigley (n 118) 78.

187 Taylor (n 157) 349; Lawand (n 125) 548.

by expelling an individual to a third country, arbitrarily prevent this person from returning to his or her own country'¹⁸⁸.

Therefore, the right of return provided for in Article 12(4) of the ICCPR may be restricted only on the grounds set out in Article 4(1) of the same Covenant, which regulates that '*in time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin*'.

The concept of 'arbitrariness' has also been interpreted in the *Stewart*, *Nystrom* and *Budlakoti* opinions of the Human Rights Committee. Evatt and Quiroga, in their dissenting opinion for *Stewart*, argued that 'arbitrary' means '*unreasonable in the particular circumstances or contrary to the aims and objectives of the Covenant on Civil and Political Rights*'¹⁸⁹. As for the Human Rights Committee, it referred in its *Nystrom* opinion to '*disproportionate and irreparable consequences*' to define 'arbitrary'¹⁹⁰, and stated in its *Budlakoti* opinion that '*unjust, unforeseeable, disproportionate, unreasonable, unnecessary and unlawful*' is 'arbitrary'¹⁹¹.

D. The Right of Return of Individuals Belonging to Collectively Displaced Groups

It should also be emphasised whether the right of return covers a mass return.

According to one view, international law recognises the right of return only as an individual right and applies to individuals or small groups. The repatriation of displaced populations is therefore a question of politics or self-determination rather than international human rights law¹⁹². For example, Jagerskiold states that the right of return is an individual right and can only be applied to persons on an individual basis¹⁹³. According to the author, the 1966 Convention is not intended to regulate the claims of masses of people displaced as a result of wars or political choices; these claims require large-scale international political solutions¹⁹⁴.

¹⁸⁸ UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement) (n 157) para 21.

¹⁸⁹ Individual opinion by Elizabeth Evatt and Cecilia Medina Quiroga, co-signed by Francisco José Aguilar Urbina (dissenting), para 8.

¹⁹⁰ *Nystrom v. Australia* (n 177) para 7.11.

¹⁹¹ *Budlakoti v. Canada* (2018) UN Human Rights Committee, CCPR/C/122/D/2264/2013, para 9.4.

¹⁹² Agterhuis (n 126) 10; Eyal Benvenisti and Eyal Zamir, 'Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement' (1995) 89(2) *American Journal of International Law* 295, 325; Ruth Lapidoth, 'The Right of Return in International Law, with Special Reference to the Palestinian Refugees' in Yoram Dinstein and Fania Domb F (eds), *The Progression of International Law. Four Decades of the Israel Yearbook on Human Rights. An Anniversary Volume* (Martinus Nijhoff Publishers 2011) 25-44.

¹⁹³ Jagerskiold (n 184) 180.

¹⁹⁴ Jagerskiold (n 184) 180.

In Hannum's view as well, there is no indication that the drafters of Article 12(4) intended to include mass movements of refugees or displaced groups within the scope of the Article; therefore, in these cases, the exercise of the right of return would require the consent and co-operation of the territorial State¹⁹⁵. Similarly, Arzt argues that the right of return is not structured as a collective or group right but rather an individual right, and therefore members of displaced 'groups' have no right to claim it¹⁹⁶. Higgins, on the other hand, underlines that the right of return belongs to individuals and not to peoples as a whole, and that in cases where a group of people claims the right of return, this claim should be evaluated separately for each member of the group¹⁹⁷.

Another view, which we find appropriate, argues that the understanding that the right of return does not cover masses and large groups is far from convincing.

First, neither the wording nor the *travaux préparatoires* of the relevant provisions of the Universal Declaration of Human Rights and the ICCPR limit the application of the right of return to persons on an individual basis¹⁹⁸. On the contrary, these texts, which do not link the right of return to an individual's membership of any group and stipulate that 'no one' may be arbitrarily deprived of the right to enter his or her own country, do not appear to intend to deprive refugees and mass displaced groups of this right. Moreover, all rights enumerated in the 1966 Convention are granted to individuals personally, 'regardless of how many others might be seeking to exercise the same right and at what time'¹⁹⁹.

It should also be emphasised that the right of return, which is an individual right that applies regardless of one's group affiliation, and the right to self-determination, which is interpreted as a collective right, are not mutually exclusive²⁰⁰.

Furthermore, Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)²⁰¹, which is accepted as reflecting a customary norm²⁰², lays down the basic rules of interpretation of treaties and stipulates that the provisions of international treaties should be interpreted not only in their literal sense but also by a subjective method aimed at revealing the will of the parties. According to Article 31 '*a treaty*

195 Hannum (n 125) 59-60, 66.

196 Donna E Arzt, 'Palestinian Refugees: The Human Dimension of the Middle East Peace Process' (1995) 89 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 369, 372.

197 See Rosalyn Higgins, 'La liberté de circulation des personnes en droit international' in Maurice Flory and Rosalyn Higgins (eds), *Liberté de circulation des personnes en droit international* (Economica 1988) 18-19.

198 See Nowak (n 158) 220; Eric Rosand, 'The Right to Return Under International Law Following Mass Dislocation: The Bosnia Precedent?' (1998) 19(4) Michigan Journal of International Law 1091, 1129; Quigley (n 118) 77, 81-82; Agterhuis (n 126) 10.

199 Agterhuis (n 126) 11.

200 Eric Rosand, 'The Kosovo Crisis: Implications of the Right to Return' (2000) 18 Berkeley Journal of International Law 229, 237.

201 Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), 1155 UNTS 331 (VCLT).

202 *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* (Judgement) [1994] ICJ Rep 6, para 41.

shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. In addition, Article 32 of the VCLT stipulates that ‘*recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable*’.

In this context, both Articles 31 and 32 allow the right of return to be interpreted as covering masses and large groups. First, it should not be forgotten that the Universal Declaration of Human Rights, which does not contain an explicit statement that the right of return covers masses and large groups, was drafted in the 1940s when human rights law only began to develop and the prohibition of mass forced migration had not yet been established²⁰³. Second, the right of return must be interpreted in the light of the fact that numerous instruments adopted under contemporary international law²⁰⁴ prohibit the collective and forced displacement as well as the internal displacement of persons. As stated above, the wording and the *travaux préparatoires* of the Universal Declaration of Human Rights and the ICCPR allow for this interpretation.

Moreover, the right of return, which constitutes one of the fundamental pillars of the freedom of movement, will only make sense if it is interpreted as covering large groups in the 21st century, when forced international migration and mass deportations have reached significant dimensions²⁰⁵.

Incidentally, the Human Rights Committee underlines that the right of return is of utmost importance for refugees seeking voluntary repatriation, that this right includes the prohibition of forced population transfers and mass expulsions, and confirms that article 12(4) of the ICCPR is applicable to large groups of people²⁰⁶. The Committee has stated that Afghan people displaced from their country during the conflict in Afghanistan have the right of return under article 12(4) of the Covenant²⁰⁷.

Finally, various UN bodies, including the UNHCR, have also explicitly affirmed that the right of return, provided for in Article 13(2) of the Universal Declaration of Human Rights and Article 12(4) of the ICCPR, covers large groups of people.

203 Rosand (n 198) 1130. For a detailed analysis of the prohibition of forced displacement, see Naziye Dirikgil, ‘Zorunlu Göç Kavramının Hukuki Kapsamı ve Zorunlu Göç Sonucu Yerinden Edilen Kişilerin Uluslararası Hukukta Korunması’ (2022) X(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67-88.

204 See for example Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Art 3 and Art 4.

205 Arthur C Helton, ‘Forced International Migration: A Need for New Approaches by the International Community’ (1995) 18 Fordham International Law Journal 1623; Rosand (n 200) 238.

206 UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement) (n 157) para 19.

207 Quigley (n 118) 80.

For example, the UNHCR has concluded agreements with States on the exercise by refugees and displaced persons of their right of return as provided for in article 12(4) of the ICCPR²⁰⁸.

E. Internally Displaced Persons and the Right of Return

Meskhetian Turks were displaced during the USSR period and were deported from Georgia to Uzbekistan, which were both parts of the USSR. Therefore, Meskhetian Turks, at the time of the exile, were ‘internally displaced’. Although the USSR collapsed in 1991 and the territory to which Meskhetian Turks want to return remained within the borders of the newly established State of Georgia, and thus, whether Meskhetian Turks have the right of return and the conditions for asserting this right should be analysed under the law of State succession, it should be noted here that internally displaced persons also have the right of return.

The concept of ‘internally displaced person’, which started to be used under international law during the Second World War, has been the subject of the UN High Commissioner for Refugees’ works upon the calls of the UN General Assembly and the Secretary-General since the 1970s. A representative was appointed for internally displaced persons in 1992, and the UN Commission on Human Rights adopted, in 1998, the Guiding Principles on Internal Displacement²⁰⁹.

According to Article 2 of the Guiding Principles, ‘*internally displaced persons are persons or groups of persons who have been forced or obliged to flee or to leave their homes or places of habitual residence, in particular as a result of or in order to avoid the effects of armed conflict, situations of generalized violence, violations of human rights or natural or human-made disasters, and who have not crossed an internationally recognized State border*’.

Article 28 of the Guidelines sets out the right of return of internally displaced persons. The Article provides that:

‘1. Competent authorities have the primary duty and responsibility to establish conditions, as well as provide the means, which allow internally displaced persons to return voluntarily, in safety and with dignity, to their homes or places of habitual residence, or to resettle voluntarily in another part of the country. Such authorities shall endeavour to facilitate the reintegration of returned or resettled internally displaced persons.

208 See Agterhuis (n 126) 11.

209 UN Commission on Human Rights, Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission Resolution 1997/39. Addendum: Guiding Principles on Internal Displacement (11 February 1998) E/CN.4/1998/53/Add.2, Art 2. For a detailed analysis of internal displacement, see Naziye Dirikgil, *Protection of Internally Displaced People from Arbitrary Displacement: The Development of the Right not to be Arbitrarily Displaced* (Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, Aberystwyth University 2020); Naziye Dirikgil, ‘Addressing the Prevention of Internal Displacement: the Right Not to Be Arbitrarily Displaced’ (2023) 24 Journal of International Migration and Integration 113-138.

2. *Special efforts should be made to ensure the full participation of internally displaced persons in the planning and management of their return or resettlement and reintegration*’.

Besides, according to Article 29(2), ‘*competent authorities have the duty and responsibility to assist returned and/or resettled internally displaced persons to recover, to the extent possible, their property and possessions which they left behind or were dispossessed of upon their displacement. When recovery of such property and possessions is not possible, competent authorities shall provide or assist these persons in obtaining appropriate compensation or another form of just reparation*’.

Finally, Article 30 imposes an obligation on all authorities concerned to grant and facilitate for international humanitarian organisations and other appropriate actors rapid and unimpeded access to internally displaced persons to assist in their return or resettlement and reintegration.

F. The Right of Return in Cases of State Succession²¹⁰

As stated above, the USSR collapsed in 1991 and the territory to which Meskhetian Turks wanted to return remained within the borders of the newly established State of Georgia. Therefore, whether Meskhetian Turks have the right of return and the conditions for the exercise of the right should also be analysed under the law of State succession.

State succession is defined as ‘the replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of a territory’²¹¹. The disintegration of the USSR that started in 1989 with the declaration of independence of the Baltic States and ended in 1991 with the establishment of the Commonwealth of Independent States constitutes one of the most important succession cases of the last century. It is considered to be a case of ‘secession’ of a large number of former Soviet Republics, including Georgia, from the USSR.

Indeed, the USSR was established on December 30, 1922 by an international treaty concluded by Soviet Russia, Ukraine, Belarus and the South Caucasus Republics (Georgia, Azerbaijan and Armenia) and became a State consisting of fifteen republics over time. Lithuania, Estonia and Latvia, the so-called Baltic States, also came under Soviet rule in 1940 through a secret treaty concluded by the USSR with Hitler’s government²¹², but since then they have claimed that the said rule and its acts are contrary to international law and therefore invalid. Indeed, the Soviet rule over the Baltic States was not recognised by the majority of the international community

210 This section contains excerpts from Ceren Zeynep Pirim’s book on *State Succession to International Responsibility* (n 92).

211 Pirim (n 92) 1.

212 Michael Bothe and Christian Schmidt, ‘Sur quelques questions de succession posées par la dissolution de l’URSS et celle de la Yougoslavie’ (1992) 96 *Revue générale de droit international public* 811, 822.

and was regarded as an occupation by many States²¹³. Lithuania, Estonia and Latvia declared their independence on March 11, 1990, August 20, 1991 and August 21, 1991, respectively, and these declarations were recognised by Moscow on September 6, 1991, three months before the collapse of the USSR²¹⁴. The Baltic States that became members of the UN on 12 September 1991 were recognised as the continuing States of those that existed before the occupation of the USSR. Therefore, Lithuania, Estonia and Latvia were considered to have never disappeared from history as States²¹⁵. In other words, the independence of the Baltic States was not considered a 'secession' by either the international legal doctrine or the international community. It was accepted that these States re-established their pre-1940 sovereignty. In short, the Baltic States are not considered successor States of the USSR²¹⁶.

The same observation is not made for other Soviet Republics.

The declarations of independence of the Baltic States were followed by the declarations of independence of the other republics formerly part of the USSR. In December 1991, Russia, Ukraine, Belarus, Moldova, Azerbaijan, Kyrgyzstan, Uzbekistan, Armenia, Tajikistan, Turkmenistan, Kazakhstan, Turkmenistan and Georgia recognised and declared the end of the USSR and its replacement by the Commonwealth of Independent States²¹⁷. After this date, all Soviet Republics that declared their independence, except Russia, took their place in the international community as successor States of the USSR, while the Russian Federation was recognised as continuing the legal personality of the Soviet Union²¹⁸. The political position of the Republics that established the Commonwealth of Independent States

213 Rein Müllerson, 'Law and Politics in Succession of States: International Law on Succession of States' in Geneviève Burdeau and Brigitte Stern (eds), *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est* (Cedin-Paris I 1994) 15, 26; Ineta Ziemele, 'State Continuity, Succession and Responsibility: Reparations to the Baltic States and their Peoples' (2003) 3 *Baltic Yearbook of International Law* 165, 178-179; Lauri Malksoo, 'State Responsibility and the Challenge of the Realist Paradigm: the Demand of Baltic Victims of Soviet Mass Repressions for Compensation from Russia' (2003) 3 *Baltic Yearbook of International Law* 57, 62.

214 See Jan Klabbers, Martti Koskenniemi, Olivier Riblink, Andreas Zimmermann, (eds), *State Practice Regarding State Succession and Issues of Recognition* (Kluwer Law International 1999) 23-26.

215 Müllerson (n 213) 26; Bothe and Schmidt (n 212) 822; Wladyslaw Czaplinski, 'La continuité, l'identité et la succession d'États-Evaluation de cas récents' (1993) 26(2) *Revue belge de droit international* 374, 387.

216 See Pirim (n 92) 34-36.

217 Ukraine became independent on 24 August 1991, Belarus on 25 August 1991, Moldova on 27 August 1991, Azerbaijan on 29 August 1991, Kyrgyzstan on 31 August 1991, Uzbekistan on 31 August 1991, Armenia on 21 September 1991, Tajikistan on 9 October 1991, Turkmenistan on 27 October 1991, Kazakhstan on 16 December 1991 and Georgia on 25 December 1991.

The Alma-Ata Declaration, one of the founding texts of the Commonwealth of Independent States, was signed by Russia, Ukraine, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Turkmenistan, Uzbekistan, Azerbaijan, Tajikistan, Armenia, and Moldova. Turkmenistan, however, withdrew from full membership in 2005. Georgia, which joined the Commonwealth of Independent States in 1993, left the Community in 2009 due to the South Ossetia dispute, and Ukraine left the Community in 2014 following Russia's annexation of Crimea.

See Agreement Establishing the Commonwealth of Independent States (1992) 31 ILM 143-146.

218 See Yehuda Z Blum, 'Russia Takes Over the Soviet Union's Seat at the United Nations' (1992) 3 *European Journal of International Law* 354, 355-356; Klabbers, Koskenniemi, Riblink, Zimmermann (n 214) 53-60; Hélène Hamant, *Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'États* (Bruylant 2007), 109-128; Emre Öktem, 'Turkey: Successor or Continuing State of the Ottoman Empire?' (2011) 24 *Leiden Journal of International Law* 561, 569; Pirim (n 92) 36.

was also that Russia should replace the USSR in the UN and other international organisations²¹⁹, and this position was accepted by the international community²²⁰. As the continuing State of the USSR, the Russian Federation took its place among the permanent members of the UN Security Council, States parties to multilateral international treaties concluded with the USSR began to address the Russian Federation, and some States simply changed the name of the USSR to the Russian Federation in the list of parties to the treaties²²¹.

It follows from this legal framework that all the States that emerged as a result of the disintegration of the USSR, including Georgia, are successor States.

The law of State succession does not explicitly provide for the right of individuals and groups displaced before the moment of succession to return to the territory of the successor State.

In fact, State succession *‘corresponds to one of the grey areas of the legal order governing international relations. Namely, the fact that succession cases do not occur frequently and that every case takes shape in the context of different political, ideological and social elements hinders the emergence of uniform rules in this area of international law. In other words, State succession is not governed by customary*

219 In December 1991, the heads of the Commonwealth of Independent States expressed their support for Russia's participation in UN bodies, including the Security Council, in its capacity as the continuing State of the USSR. See Decision by the Council of Heads of State of the Commonwealth of Independent States (1992) 31 ILM 151-154. In a note to the UN Secretary-General on December 24, 1991, the Russian President Boris Yeltsin stated that the membership of the USSR in the UN and its position within the organs of the organisation would be maintained by the Russian Federation, with the support of the member States of the Commonwealth of Independent States. See Agreement Establishing the Commonwealth of Independent States, Background / Content Summary (1992) ILM 31, 138. For a detailed analysis of the process of establishment of the Commonwealth of Independent States, see Sergei A Voitovich, 'The Commonwealth of Independent States: An Emerging Institutional Model' (1993) 4(1) European Journal of International Law 403-429.

220 According to the USA, Russia is the continuing State of the USSR because it is the dominant geographical, demographic and military power of the Union. Accordingly, the USA has taken the position that Russia should be a permanent member of the UN Security Council, while the other republics that broke away from the USSR should apply for membership to the UN as newly established States. See Lucinda Love, 'International Agreement Obligations After the Soviet Union's Break Up: Current United States Practice and Its Consistency with International Law' (1993) 26 Vanderbilt Journal of Transnational Law 373, 404; Edwin D Williamson and John E Osborn, 'A U.S Perspective on Treaty Succession and Related Issues in the Wake of the Breakup of the USSR and Yugoslavia' (1992-1993) 33 Vanderbilt Journal of Transnational Law 264, 268-269.

The European Community has also recognised that the Russian Federation is the continuing State of the USSR and has established its relations with Russia on the basis of this recognition. See the Statement on the Future Status of Russia and Other Former Soviet Republics, EPC Press Release, 133/91 (23 December 1991) Brussels; Konrad G Bühler, 'State Succession, Identity / Continuity and Membership in the United Nations' in Pierre Michel Eisemann and Martti Koskenniemi (eds), *La Succession d'états: la codification à l'épreuve des faits / State Succession: Codification Tested Against the Facts* (Martinus Nijhoff Publishers 2000) 187, 258-263; Hamant (n 218) 110-115 and 120-125.

221 Bothe and Schmidt (n 212) 827. Applying international treaties to which the predecessor State is a party with the successor State, or allowing the successor State to participate in the work of international organisations of which the predecessor State is a member without a new membership procedure, is interpreted as the relevant state being considered the continuing state. Czaplinski (n 215) 379. See Pirim (n 92) 36-38.

international rules'.²²² This is a general observation on the law of State succession and applies to many different elements to which States may be successors, such as international treaties, membership of international organisations, property, debts, archives or international responsibility. However, although no universal rules exist, some principles have been developed in some of these areas. For instance, two Conventions have been adopted, respectively, in 1978 and 1983, concerning succession to international treaties²²³ and to State property, archives and debts²²⁴.

In our opinion, the rationale behind the principle provided for in Article 12 of the 1978 Convention, which is considered to have become a customary rule, can be applied by analogy to the right of return. This Article stipulates that a succession of States does not as such affect obligations and rights relating to the use of any territory, or to restrictions upon its use, established by a treaty for the benefit of any territory of a foreign State and considered as attaching to the territories in question. Therefore, international treaties relating to a territory may be invoked to the successor State after the moment of succession.

As can be seen, this provision is based on the logic that the successor State, which is a new State under international law, is bound by the rights and obligations attached to the territory succeeded. Therefore, in our opinion, Meskhetian Turks who were expelled from the territory that was part of the USSR can invoke their right of return against Georgia, which started to exercise sovereignty over the said territory after the moment of succession.

Moreover, as stated above, since the right of return is an individual right protected in human rights texts, it should be implemented independently of changes in the sovereignty of the relevant State over its territory; these changes should not affect the right of residents to reside in or return to the country²²⁵.

As Daniel Nsereko points out, the territorial sovereignty of the State and the right of individuals to live in their homeland should be considered as two separate concepts with different legal consequences: the former is a right of the State, while the latter

222 Ceren Zeynep Pirim, 'State Succession to International Responsibility: A Critical Analysis of the Modern Succession Theory Based on the General Principles of Law' (2018) 9 Czech Yearbook of International Law 111-129, 112-112. See also Pirim (n 92) 4; Wladyslaw Czaplinski, 'Equity and Equitable Principles in the Law of State Succession' in Mojmir Mrak (eds), *Succession of States* (Martinus Nijhoff Publishers 1999) 61, 61; Georges Abi-Saab, 'Cours général de droit international public' (1987) 207 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* 9, 420; Michael John Volkovitch, 'Righting Wrongs: Toward a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts' (1992) 92(8) *Columbia Law Review* 2162; Müllerson (n 213) 17.

223 Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties (concluded at Vienna on 23 August 1978, entered into force on 6 November 1996) 1946 UNTS 3.

224 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (concluded on 8 April 1983, not yet in force), Official Records of the United Nations Conference on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.94.V.6).

225 Daniel Nsereko, 'The Right to Return Home' (1981) 21 *Indian Journal of International Law* 335, 343.

is a right of individuals and groups of individuals²²⁶. In other words, the individual's right to return to his or her country is based on his or her attachment to that country, and changes in sovereignty over the country would not affect this attachment²²⁷.

A similar conclusion can be reached from the following statements of Ian Brownlie: *'to regard a population, in the normal case, as related to particular areas of territory, is not to revert to forms of feudalism but to recognize a human and political reality, which underlies modern territorial settlements. (...) Sovereignty denotes responsibility, and a change of sovereignty does not give the new sovereign the right to dispose of the population concerned at the discretion of the government'*²²⁸.

Finally, the law of State succession recognises that when sovereignty over a territory changes, the inhabitants acquire the nationality of the successor State²²⁹. In our opinion, this rule, which is considered as reflecting the customary law, confirms the proposition that territorial rights may be invoked against the successor State that begins to exercise sovereign powers over the territory.

Conclusion

On the 80th anniversary of their deportation, Meskhetian Turks have still not been able to return to their homeland despite all their efforts. There are many reasons behind this unresolved problem. First, there is no international consensus on the just cause of the Meskhetian Turks²³⁰. While some States and international organisations, led by Türkiye, support this cause, others remain indifferent, while others view it negatively.

Having made concrete commitments on the return of Meskhetian Turks upon its accession to the CoE in 1999, Georgia has failed to fulfil these commitments. Having taken a few token steps to distract the CoE and the international community in general, Georgia refrains from recognising and implementing the right of Meskhetian Turks to return to their country as a whole. It is a well-known fact that Georgian elements had a strong presence in the Soviet high bureaucracy and especially in the intelligence agencies. Today's Georgian bureaucracy, which has inherited the Soviet traditions, has been following a stalling policy that can be considered 'successful' by itself for years, trying to create the impression that it is doing what is necessary for the repatriation

226 Nserekro (n 225) 343.

227 Quigley (n 118) 97.

228 Ian Brownlie, 'The Relations of Nationality in Public International Law' (1963) 39 British Yearbook of International Law 284, 325.

229 See Boling (n 126) 29-30; Quigley (n 118) 97; Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States (adopted by the International Law Commission in 1999) UNGA Res A/RES/55/153 (2001); ILC, 'Report of the International Law Commission on the work of its Forty-Seventh Session' (1995) GAOR 50th Session Supp 10, Annex: Report of the Working Group on State Succession and its Impact on the Nationality of Natural and Legal Persons, UN Doc A/50/10; Second Report on State Succession and its Impact on the Nationality of Natural and Legal Persons (1996) UN Doc A/CN-4/474.

230 Ray (n 2) 409.

process on the one hand, and on the other hand, it has made it difficult and prevented the repatriation by using elaborate bureaucratic techniques.

It is noteworthy that since the moment they started their political struggle to return to their homeland, Meskhetian Turks have always sought their rights by respecting the law of the State they are in and have never resorted to extra-legal political organisations and acts of violence²³¹. This stance and attitude, which they still maintain, constitutes one of the most important advantages in defending their just cause before the international community.

As of today, the reality imposes itself that political initiatives and efforts for the collective return of Meskhetian Turks to their homeland and legal initiatives at the national level cannot yield results. In order to achieve a concrete result in the case of Meskhetian Turks, it has become inevitable to resort to legal mechanisms at the international level.

Positive international law, international jurisprudence and legal scholars recognise that the right of return is a fundamental human right and constitutes a customary norm. Numerous international treaties and UN General Assembly Resolutions adopted after 1944, the year of the mass displacement of Meskhetian Turks, protect the right of return and confirm that it is part of customary international law binding on all States, including Georgia. Georgia, as a party since 1994 to the ICCPR, which enshrines the right to return in its Article 12(4), is under an obligation to respect this right under international treaty law as well.

Article 12(4) of the Covenant stipulates that '*no one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country*'. A combined reading of the *travaux préparatoires* of this Article, the assessments of the Human Rights Committee officially authorised to interpret the Covenant, the *Nottebohm* judgement of the International Court of Justice and opinions of leading international jurists shows that the right enshrined in Article 12(4) covers not only nationals but also persons who were not born in the country, who have not lived in the country and who are not nationals of the concerned State but who have a genuine connection with the country. In other words, the concept of 'his own country' includes not only nationals or residents of the State but also, as in the case of Meskhetian Turks, persons who consider the country as their own country, who have both historical and ongoing ties with the country, who have family, property and interests in the country, who establish civil organisations to protect their culture, in short, who have a 'genuine connection' with the country. The fact that nearly 80 years have passed since the Meskhetian Turks were forcibly deported from their country to other territories does not affect the existence of this connection. Meskhetian Turks have always maintained their cultural identity linked to their homeland and have repeatedly

231 Sezgin and Ağacan (n 12) 34.

expressed their rights over their country. They have therefore preserved the genuine connection that they have had with the territory of Georgia.

Moreover, in determining whether there is a right to return, the reasons why the right has not been exercised for a significant period of time should be considered²³². The fact that persons wishing to exercise the right of return have been exiled for a long period of time for reasons beyond their control and will cannot be regarded as a factor that weakens the ‘genuine connection’ between the country and the persons in question. In other words, ‘the State cannot invoke its own unlawful fact to block a claim to return’²³³.

Members of the later generations of Meskhetian Turks who were forcibly and collectively removed from their ancestral lands almost eighty years ago also have the right to return to Georgia, provided that they can prove their ‘genuine connection’ with the territory of Georgia.

In this framework, Meskhetian Turks who wish to return to their country may apply to the Human Rights Committee, the supervisory body of the ICCPR, to which Georgia is a party. The Human Rights Committee, established under article 28 of the Covenant to monitor and supervise the implementation of the provisions of the Covenant by States Parties, is also authorised to consider individual communications under the Optional Protocol to the Covenant²³⁴. Georgia is a party to the Protocol as of May 3, 1994²³⁵.

According to Article 1 of the Protocol, ‘a State Party to the Covenant that becomes a Party to the present Protocol recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by that State Party of any of the rights set forth in the Covenant’. Therefore, the right of return set out in Article 12(4) of the ICCPR is individually applicable to claimants. In our opinion, and on the grounds explained above in detail, there is no legal obstacle to the collective application of this article to groups of persons. However, considering that there are authors who argue that the right of return belongs to individuals and not to peoples as a whole and that in cases where a group claims the right of return, this claim should be evaluated separately for each individual, we suggest that return claims should be made individually. In accordance with Articles 2 and 5(2)(b) of the Optional Protocol to the ICCPR, Meskhetian Turks who wish to exercise their right of return and who claim that the exercise of that right

232 Lawand (n 125) 566; Wiley (n 130) 153.

233 Lawand (n 125) 566.

234 Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entered into force 23 March 1976 in accordance with Article 9) 999 UNTS 171.

235 See <tbineternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CCPR-OP1> accessed 24 February 2024.

has been impeded by Georgia must first exhaust Georgian domestic remedies (or demonstrate that the exercise of domestic remedies would take an unreasonably long time) and, failing that, submit a signed complaint to the Human Rights Committee under Article 3.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

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

Bibliyografya/Bibliography

Books and Articles

- Abi-Saab G, 'Cours général de droit international public' (1987) 207 Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 9-463.
- Agterhuis S, 'The right to Return and its Practical Application' (2005) McGill University Papers < <https://prn.mcgill.ca/research/papers/agterhuis.pdf> > accessed 18 February 2024.
- Arzt D E, 'Palestinian Refugees: The Human Dimension of the Middle East Peace Process' (1995) 89 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 369-373.
- Arzt D E and Zughaib K, 'Return to Negotiated Lands: The Likelihood and Legality of a Population Transfer Between Israel and a Future Palestinian State' (1992) 24(4) New York University Journal of International Law and Politics 1399-1514.
- Aslan K, *Ahıska Türkleri* (Ahıska Türkleri Kültür ve Dayanışma Derneği 1995).
- Aydingün A, 'Creating, Recreating and Redefining Ethnic Identity: Ahıska / Meskhetian Turks in Soviet and Post-Soviet Contexts' (2002) 21(2) Central Asian Survey 185-197.
- Aydingün A, Harding Ç B, Hoover M, Kuznetsov I, Swerdlow S, *Meskhetian Turks: An Introduction to their History, Culture, and Resettlement Experiences* (Center for Applied Linguistics 2006).
- Benvenisti E and Zamir E, 'Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement' (1995) 89(2) American Journal of International Law 295-340.
- Bothe M and Schmidt C, 'Sur quelques questions de succession posées par la dissolution de l'URSS et celle de la Yougoslavie' (1992) 96 Revue générale de droit international public 811-842.
- Blum Y Z, 'Russia Takes Over the Soviet Union's Seat at the United Nations' (1992) 3 European Journal of International Law 354-361.
- Boling G J, *The 1948 Palestinian Refugees and the Individual Right of Return. An International Law Analysis* (BADIL Resource Center for Palestinian Residency and Refugee Rights 2007).
- Brownlie I, 'The Relations of Nationality in Public International Law' (1963) 39 British Yearbook of International Law 284-364.
- Bühler K G, 'State Succession, Identity / Continuity and Membership in the United Nations' in Eisemann P M and Koskeniemi M (eds), *La Succession d'états: la codification à l'épreuve des faits / State Succession: Codification Tested Against the Facts* (Martinus Nijhoff Publishers 2000) 187-326.
- Czaplinski W, 'Equity and Equitable Principles in the Law of State Succession' in Mrak M (eds), *Succession of States* (Martinus Nijhoff Publishers 1999) 61-73.

- Czaplinski W, 'La continuité, l'identité et la succession d'États-Evaluation de cas récents' (1993) 26(2) *Revue belge de droit international* 374-392.
- Dirikgil N, 'Addressing the Prevention of Internal Displacement: The Right Not to Be Arbitrarily Displaced' (2023) 24 *Journal of International Migration and Integration* 113-138.
- Dirikgil N, *Protection of Internally Displaced People from Arbitrary Displacement: The Development of the Right not to be Arbitrarily Displaced* (Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, Aberystwyth University 2020).
- Dirikgil N, 'Zorunlu Göç Kavramının Hukuki Kapsamı ve Zorunlu Göç Sonucu Yerinden Edilen Kişilerin Uluslararası Hukukta Korunması' (2022) X (1) *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67-88.
- Elçibey E, 'Historical Background of Meskhetian Turks' Deportation and Their Repatriation Process to Georgia' (2023) 7(2) *Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi* 423-441.
- Frelick B, 'The Right of Return' (1990) 2 *International Journal of Refugee Law* 442-447.
- Hamant H, *Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'Etats* (Bruylant 2007).
- Hannum H, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice* (Martinus Nijhof 1987).
- Helton A C, 'Forced International Migration: A Need for New Approaches by the International Community' (1995) 18 *Fordham International Law Journal* 1623-1636.
- Henckaerts J-M and Doswald-Beck L, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar* (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2005).
- Higgins R, 'La liberté de circulation des personnes en droit international' in Flory M and Higgins R (eds), *Liberté de circulation des personnes en droit international* (Economica 1988).
- Jagerskiold S (1981) 'The Freedom of Movement' in Henkin L (eds), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (Columbia University Press 1981).
- Jones, S F, 'Meskhetians: Muslim Georgians or Meskhetian Turks? A Community without a Homeland' (1993) 13(2) *Refuge* 14-16.
- Joyner, C C, 'The Palestine Problem in International Law and World Order' (Book Review), (1987) 55(3) *George Washington Law Review* 689-714.
- Kıprızlı G, 'Victims of the Soviet Policies: the Case of the Ahıska Turks (1944-1968)' (2019) 56 *Avrasya Etüdleri* 79-98.
- Klabbers J, Koskeniemi M, Riblink O, Zimmermann A (eds), *State Practice Regarding State Succession and Issues of Recognition* (Kluwer Law International 1999).
- Knisbacher M, 'Aliyah of Soviet Jews: Protection of the Right of Emigration under International Law' (1973) 14 *Harvard International Law Journal* 89-110.
- Kreindler I, 'The Soviet Deported Nationalities: A Summary and an Update' (1986) 38(3) *Soviet Studies* 387-405.
- Kuneralp S, *Recueil des traités, Conventions, Protocoles, Arrangements et Déclarations signés entre l'Empire Ottoman et les Puissances Etrangères, 1903-1922, Vol. II, 1903-1916* (Les Éditions Isis 2000).
- Lapidoth R, 'The Right of Return in International Law, with Special Reference to the Palestinian Refugees' (1986) 16 *Israel Yearbook on Human Rights* 103-125.
- Lapidoth R, 'The Right of Return in International Law, with Special Reference to the Palestinian Refugees' in Dinstein Y and Domb F (eds), *The Progression of International Law. Four Decades*

- of the Israel Yearbook on Human Rights. An Anniversary Volume* (Martinus Nijhoff Publishers 2011) 25-44.
- Lawand K, 'The Right to Return of Palestinians in International Law' (1996) 8(4) *International Journal of Refugee Law* 532-568.
- Love L, 'International Agreement Obligations after the Soviet Union's Break Up: Current United States Practice and its Consistency with International Law' (1993) 26 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 373-415.
- Malksoo L, 'State Responsibility and the Challenge of the Realist Paradigm: The Demand of Baltic Victims of Soviet Mass Repressions for Compensation from Russia' (2003) 3 *Baltic Yearbook of International Law* 57-76.
- Mallison T W and Mallison S V, 'The Right to Return' (1980) 9(3) *Journal of Palestine Studies* 125-136.
- Martin T, 'The Origins of Soviet Ethnic Cleansing' 1998 70(4) *The Journal of Modern History* 813-861.
- Mirkhanova M, 'People in Exile: The Oral History of Meskhetian Turks (Akhyskha Turkleri)', (2006) 26(1) *Journal of Muslim Minority Affairs* 33-44.
- Müllerson R, 'Law and Politics in Succession of States: International Law on Succession of States' in Burdeau G and Stern B (eds), *Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est* (Cedin-Paris I 1994) 15-47.
- Noradounghian G, *Recueil d'actes internationaux de l'Empire Ottoman II* (Paris 1900).
- Nowak M, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (NP Engel 2005).
- Nsereko, D D N, 'The Right to Return Home' (1981) 21 *Indian Journal of International Law* 335-351.
- Öktem E, Aküzüm H U, Uzun M C, 'Hocalı Soykırımı Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru İmkânı Üzerine' (2020) 15 *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1081-1125.
- Öktem E, 'Turkey: Successor or Continuing State of the Ottoman Empire?' (2011) 24 *Leiden Journal of International Law* 561-583.
- Öner N A Ş, 'Stalin'in Milliyetler Politikasının Bedeli Olarak Ahıska Sürgünü ve Ahıskalılar'ın Sürgündeki Yaşamları' (2019) 56 *Avrasya Etüdleri* 53-77.
- Panesh E K and Ermolov L B, 'Meskhetinsky Turks Under the Conditions of the Modern Ethnic Processes in the USSR' (1993) 57 *Belleten* 589-608.
- Pirim C Z, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti* (Turhan 2016).
- Pohl J O, 'Stalin's Genocide against the "Repressed Peoples"' (2000) 2(2) *Journal of Genocide Research* 267-293.
- Ray K, 'Repatriation and De-Territorialization: Meskhetian Turks' Conception of Home' (2000) 13(4) *Journal of Refugee Studies* 391-414.
- Quigley J, 'Mass Displacement and the Individual Right of Return' (1997) 68(1) *British Yearbook of International Law* 65-125.
- Rosand E, 'The Kosovo Crisis: Implications of the Right to Return' (2000) 18 *Berkeley Journal of International Law* 229-240.
- Rosand E, 'The Right to Return under International Law following Mass Dislocation: The Bosnia Precedent?' (1998) 19(4) *Michigan Journal of International Law* 1091-1139.

- Sezgin M N and Ağacan K, *Dünden Bugüne Ahıska Türkleri Sorunu* (Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi Ankara Çalışmaları Dizisi No. 14 2003).
- Sieghart P, *The International Law of Human Rights* (Clarendon Press 1983).
- Stalin J, *Marxism and the National Question. Selected Writings and Speeches* (International Publishers 1942).
- Taylor P, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights. The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights* (Cambridge University Press 2020).
- Vendramin T L, *The Right to Return of Refugees in International Law. The Case Study of Bosnia and Herzegovina* (Master Thesis, International University Institute for European Studies 2007/2008).
- Voitovich S A, 'The Commonwealth of Independent States: An Emerging Institutional Model' (1993) 4(1) *European Journal of International Law* 403-429.
- Volkovitsch M J, 'Righting Wrongs: Toward a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts' (1992) 92(8) *Columbia Law Review* 2162-2214.
- Weiner J R, 'The Palestinian Refugees' "Right to Return" and the Peace Process' (1997) XX(1) *Boston College International & Comparative Law Review* 1-53.
- Wiley M, 'Circassian Right of Return: "Putin The Terrible or Putin The Enlightened?"' (2015) 30(1) *American University International Law Review* 141-170.
- Williamson E D and Osborn J E, 'A U.S Perspective on Treaty Succession and Related Issues in the Wake of the Breakup of the USSR and Yugoslavia' (1992-1993) 33 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 264-274.
- Wimbush S E and Wixman R, 'The Meskhetian Turks: A New Voice in Soviet Central Asia' (1975) 17(2-3) *Canadian Slavonic Papers* 320-340.
- Wright Q, 'Legal Aspects of the Middle East Situation' (1968) 33(1) *Law and Contemporary Problems* 5-31.
- Zedalis R, 'Right to Return: A Closer Look' (1992) 6 *Georgetown Immigration Law Journal* 499-517.
- Ziemele I, 'State Continuity, Succession and Responsibility: Reparations to the Baltic States and their Peoples' (2003) 3 *Baltic Yearbook of International Law* 165-189.

Documents

CoE Documents

- Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia, Information Note by the Co-rapporteurs on their Fact-finding Visit to Tbilisi (22-24 March 2010) (24 June 2010) AS / Mon (2010) 24 rev.
- Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe, (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia, Provisional version, Doc 25 March 2011.
- Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (26 January 2012) AS/Mon (2011)24 rev3.
- Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (28 January 2013) AS/Mon (2013)04 rev.

Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (7 June 2016) AS/Mon (2016)15.

Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (16 June 2017) AS/Mon (2017)16.

Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (12 December 2018) AS/Mon (2018)23 rev.

Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Honouring of Obligations and Commitments by Georgia (8 April 2022) Doc 15497.

Conseil de l'Europe, Comité consultatif de la Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales, Deuxième avis sur la Géorgie (adopté le 17 juin 2015) ACFC/OP/II(2015)001.

Conseil de l'Europe, Comité consultatif de la Convention-Cadre pour la protection des minorités nationales, Troisième avis sur la Géorgie (adopté le 7 mars 2019) ACFC/OP/III(2019)002.

Conseil de l'Europe, Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, Second rapport sur la Géorgie (adopté le 30 juin 2006).

Council of Europe, Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Fourth Report submitted by Georgia, ACFC/SR/IV(2022)001.

Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1428 (2005), The Situation of the Deported Meskhetian Population, Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 18 March 2005, Doc 10451, Report of the Committee on Migration, Refugees and Population (Rapporteur: Ms Vermot-Mangold).

Georgia's Application for Membership of the Council of Europe, Opinion 209 (1999), Doc 8275, Report of the Political Affairs Committee (Rapporteur: Mr Davis); Doc 8296, Opinion of the Committee on Legal Affairs and Human Rights (Rapporteur: Mr Kelemen), adopted by the Assembly on 27 January 1999 (4th Sitting).

Resolution 1257 (2001) Honouring of Obligations and Commitments by Georgia, Assembly debate on 25 September 2001 (26th Sitting) (see Doc 9191, Report of the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe, Rapporteurs: Mr Diana and Mr Eörsi).

International Treaties

Agreement Establishing the Commonwealth of Independent States, Background / Content Summary (1992) ILM 31.

Agreement Establishing the Commonwealth of Independent States (1992) 31 ILM 143-146.

African Charter on Human and Peoples' Rights (adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986) 1520 UNTS 217.

American Convention on Human Rights (signed 22 November 1969, entered into force 18 July 1978) 1144 UNTS 123.

Agreement on Visa-Free Movement of Citizens of the States of the Commonwealth of Independent States on the Territory of its Members, < <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=25681> > accessed 15 February 2024.

Arab Charter on Human Rights (adopted by the League of Arab States on 22 May 2004, entered into force 15 March 2008) (2005) 12 International Human Rights Rep 893.

Convention on the Rights of the Child (adopted on 20 November 1989, entered into force 2 September 1990) 1577 UNTS 3.

Convention relating to the Status of Refugees 189 UNTS 137.

Convention IV relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949.

Convention IV respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (signed 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) 213 UNTS 221.

General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina and Annexes (Dayton-Paris Agreements), Annex 7 (Agreement on Refugees and Displaced Persons) (30 November 1995) UN Doc A/50/790, S/1995/999.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (adopted and opened for signature and ratification by General Assembly Resolution 2106 (XX) of 21 December 1965, entered into force 4 January 1969) 660 UNTS 195.

International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (adopted on 18 December 1990, entered into force 1 July 2003) 2220 UNTS 3.

International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (adopted on 30 November 1973, entered into force 18 July 1976) 1015 UNTS 243.

International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR).

Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entered into force 23 March 1976 in accordance with Article 9) 999 UNTS 171.

Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and the first Protocol thereto (signed 16 September 1963, entered into force 2 May 1968) 46 European Treaty Series.

Quadripartite Agreement on Voluntary Return of Refugees and Displaced Persons (Abkhazia, Georgia, Russia and UNHCR) (signed on 4 April 1994).

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), 1155 UNTS 331 (VCLT).

Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (concluded on 8 April 1983, not yet in force), Official Records of the United Nations Conference on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.94.V.6).

Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties (concluded at Vienna on 23 August 1978, entered into force on 6 November 1996) 1946 UNTS 3.

Jurisprudence

Budlakoti v. Canada (2018) UN Human Rights Committee, CCPR/C/122/D/2264/2013.

Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad) (Judgement) [1994] ICJ Rep 6.

Francesco Madafferi v. Australia (2004) UN Human Rights Committee, CCPR/C/81/D/1011/2001.
Giosue Canepa v. Canada (1997) UN Human Rights Committee, CCPR/C/59/D/558/1993.
Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) (Second Phase) [1955] ICJ Rep 4.
Nystrom v. Australia (2011) UN Human Rights Committee, CCPR/C/102/D/1557/2007.
Stewart v. Canada (1996) UN Human Rights Committee, CCPR/C/58/D/538/1993.

UN Documents

Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States (adopted by the International Law Commission in 1999) UNGA Res A/RES/55/153 (2001).

Experts of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination Commend Georgia on Increased Prosecution of Discrimination Crimes, Ask about Minorities' Access to Education and Human Rights Violations in the Occupied Territories, 24 November 2022, <<https://www.ohchr.org/en/news/2022/11/experts-committee-elimination-racial-discrimination-commend-georgia-increased>> accessed 12 February 2024.

On the Repatriation of Persons Involuntarily Displaced by the Former USSR from the Georgian SSR (The Soviet Socialist Republic of Georgia) in the 1940's, 11 July 2007, Consolidated versions (8 July 2015-5 July 2018), < <https://matsne.gov.ge/en/document/view/22558?publication=6> > accessed 8 February 2024.

Progress Report of the United Nations Mediator (Count Folke Bernadotte) on Palestine Submitted to the Secretary-General for Transmission to the Members of the United Nations (18 September 1948) UN Doc A/648.

Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (1995) GAOR 50th Session Supp 18, UN Doc A/50/18.

ILC, 'Report of the International Law Commission on the work of its Forty-Seventh Session' (1995) GAOR 50th Session Supp 10, Annex: Report of the Working Group on State Succession and its Impact on the Nationality of Natural and Legal Persons, UN Doc A/50/10.

Second Report on State Succession and its Impact on the Nationality of Natural and Legal Persons (1996) UN Doc A/CN.4/474.

UN Commission on Human Rights, Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission resolution 1997/39. Addendum: Guiding Principles on Internal Displacement (11 February 1998) E/CN.4/1998/53/Add.2.

UNGA 14th Session, Third Committee, 959th Meeting (17 November 1959) UN Doc A/C.3/SR.959.

UNGA Res 194 (1948) UN Doc A/RES/194.

UNGA Res 2452A (1968) UN Doc A/7218.

UNGA Res 3236 (Question of Palestine) (1974) UN Doc A/9631.

UN Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement), 2 November 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

UNSC Res 237 (1967) UN Doc S/RES/237.

UNSC Res 787 (1992) UN Doc S/RES/787.

UNSC Res 971 (UN Observer Mission in Georgia) (1995) UN Doc S/RES/971.

UNSC Res 1088 (1996) UN Doc S/RES/1088.

Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) General Assembly Resolution 217A, UN Doc A/810.

Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

Other Documents

Ahıska Mesket Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun Tasarısı Hakkında Görüşmeler, TBMM, Dönem: 19 Yasama Yılı: 1.

Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun, Law no. 3835, adopted on 2 July 1992, Official Gazette: 11 July 1992, No 21281, Düstur (Collection of Legislation) Tertip 5, Vol. 31.

Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, Rapport de l'ECRI sur la Géorgie (quatrième cycle de monitoring) (adopté le 28 avril 2010, publié le 15 juin 2010) CRI (2010)17.

Decision by the Council of Heads of State of the Commonwealth of Independent States (1992) 31 ILM 151-154.

International Law Association, Declaration of International Law Principles on Internally Displaced Persons (29 July 2000).

“Punished Peoples” of The Soviet Union, The Continuing Legacy of Stalin’s Deportations, A Helsinki Watch Report, 1991, < <https://www.hrw.org/reports/pdfs/u/ussr/ussr.919/ussr919full.pdf> > accessed 6 February 2024.

Statement on the Future Status of Russia and Other Former Soviet Republics, EPC Press Release, 133/91 (23 December 1991) Brussels.

‘The Right to Leave and the Right to Return: A Declaration adopted by the Uppsala Colloquium’ (1973) 7(1) The International Migration Review 62-66.

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 31.01.2024
Revizyon Talebi: 14.03.2024
Son Revizyon: 29.09.2024
Kabul: 02.10.2024
Online Yayın: 24.01.2025

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi: Bangladeş/Myanmar Kararı Sonrası Hukuki Manzara

The Jurisdiction of the International Criminal Court: Examining the Legal Landscape Post-Bangladesh/Myanmar Decision

Muhammet Celal Kul^{*}, Hasan Basri Bülbul^{**}

Öz

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi havalesi olmadığı halde Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin vatandaşlarını yargılayabilir mi? Bangladeş/Myanmar meselesinde UCM Ön Yargılama Dairesi, Rohingya'lara karşı sınır dışı etme suçunun işlendiğinden bahisle Myanmar Statü'ye taraf olmamasına rağmen yargı yetkisinin olduğunu kabul etmiştir. Etnik ve dini bir azınlık olan Rohingya halkı uzun yıllar çok ciddi şiddet ve zulme maruz kalmış, nihayet 2017 yılının Ağustos ayında kitlesel halde Bangladeş'e göç etmeye zorlanmıştır. Bu durum karşısında harekete geçen UCM'nin yargı yetkisine ilişkin kararında sınır dışı suçunun bir kısmının taraf devlet olan Bangladeş'te tamamlanmış olması kritik bir rol oynamıştır. Bu Karar uluslararası hukuk camiasında ciddi tartışmalara yol açmıştır. Karar bir yandan uluslararası suçların cezasız kalmaması ve evrensel yargı yetkisine ulaşma idealine bir adım daha yaklaşmak açısından memnuniyetle karşılanmıştır. Diğer yandan, kararın devletlerin egemenliği ve *pacta tertiis* (bir antlaşma sadece tarafları bağlar, üçüncü bir devlet için yükümlülük yaratmaz) gibi uluslararası hukukun en temel ilkelerine aykırılığı gerekçesiyle endişelerini dile getirenler de olmuştur. Mahkeme'nin genişletici bir yorumla yargı yetkisinin sınırlarını Roma Statüsü'nde açıkça belirtilen hallerin ötesine taşıması ciddi sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Bu makalede, kararın yaratabileceği hukuki sonuçlar yer, konu, kişi ve zaman bakımından yetki çerçevesinde incelenmekte, yargı yetkisinin hangi hal ve şartlarda daha da genişleyebileceği ortaya konmaktadır. Daha sonra ise bu yönde bir genişlemenin uluslararası ceza adaleti sistemi açısından yaratacağı fırsatlar ve sorunlar analiz edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), Bangladeş/Myanmar, Yargı Yetkisi, Sınır Dışı Etme, Nüfusun Zorla Nakli

Abstract

Can the International Criminal Court (ICC) prosecute nationals of states non-State parties to the Rome Statute in the absence of the United Nations Security Council referral? In Bangladesh/Myanmar, the Pre-Trial Chamber I of the ICC held that it has jurisdiction over the nationals of Myanmar, a state not party to the Rome Statute, for the crime of deportation. The Rohingya people, an ethnic and religious minority, have been subjected to serious forms of violence and persecution for decades and were finally forcibly displaced en masse to Bangladesh in August 2017. The fact that part of the crime was completed in Bangladesh, a state party, played a critical role in the Chamber's decision on jurisdiction. This novel interpretation created an immense debate among international law circles. It has been hailed by some as a step closer to achieving the objectives of universal jurisdiction and putting an end to impunity. On the other hand, some have raised concerns as the ruling seemingly goes against fundamental principles of international law such as the sovereignty of states and *pacta tertiis* (a treaty only binds parties). Extending beyond what the Rome Statute originally and explicitly set out, the ruling will have serious implications. This article analyses the legal consequences of the judgement by focusing

^{*} Sorumlu Yazar: Muhammet Celal Kul (Dr. Öğr. Üyesi), Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bolu, Türkiye. E-posta: jalalkul@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9294-3086

^{**} Hasan Basri Bülbul (Dr. Öğr. Üyesi), Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: hasan.bulbul@boun.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3888-5380

Atf: Kul MC, Bulbul HB, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi: Bangladeş/Myanmar Kararı Sonrası Hukuki Manzara". (2024) 44(2) PPIL 487. <https://doi.org/10.26650/ppil.2023.44.2.1429155>

on jurisdiction *ratione loci, materie, ratione personae, and temporis*. Presenting the circumstances where the jurisdiction of the Court may further expand, it then addresses some risks and opportunities that such an expansion would pose for the development of the international criminal justice system.

Keywords

International Criminal Court (ICC), Bangladesh/Myanmar, Jurisdiction, Deportation, Forcible Transfer of Population

Extended Summary

The idea of the establishment of a permanent international criminal court has been encountered by hesitations and even objections by many States. Nevertheless, in 2002, the International Criminal Court (ICC) began to operate when the 60th State party lodged its ratification documents as prescribed by the Rome Statute. As a turning point in international criminal law, the Rome Statute of the International Criminal Court (the Rome Statute) aimed to end impunity for crimes of international concern. States that hesitated or raised objections to protect State sovereignty have not become a party to the Rome Statute. Nevertheless, the ICC has developed a tool to assert jurisdiction over the nationals of non-State parties, circumventing the need for a United Nations Security Council referral. This was established with the jurisdictional ruling in the Bangladesh/Myanmar situation in 2018.

The Rohingya, an ethnic and religious minority also known as Arakan Muslims, in the Rakhine State of Myanmar have endured various forms of violence, discrimination and persecution for decades. In 2017, the military government of Myanmar started a brutal campaign against the Rohingya that significantly escalated the level of violence. The Rohingya people have become open targets for both the Myanmar armed forces and other armed groups, as well as civilians acting in concert. The attacks against the Rohingya, involving deliberate killings, sexual assaults, enforced disappearances, destruction of homes and villages, looting, and destruction of livelihoods, have reached such dimensions that numerous sources have described the Rohingya people as “the most persecuted people in the world.” Their experiences have been cited as “a textbook example of the crime of ethnic cleansing.”

Only in August 2017, at least 750,000 Rohingya were driven from their homes to seek refuge in Bangladesh. Taking into account previous forced displacement movements, it is estimated that nearly 1 million Rohingya are now refugees in Bangladesh. Cox’s Bazar, a Bengal city on the Myanmar border, swiftly became the host of the world’s largest refugee camp. The Security Council has failed to take appropriate measures to prevent the atrocities committed against the Rohingya because of the veto power exercised by the permanent members.

Against this backdrop, the ICC has taken a step that has come as a surprise to many. Bangladesh is a party to the Rome Statute but Myanmar is not. The Office of the

Prosecutor (OTP) declared its intention to investigate the issue on the basis that the events constituted the crime of deportation, prescribed in Article 7(1)(d) of the Rome Statute as a crime against humanity. In April 2018, the OTP requested a preliminary ruling from a Pre-Trial Chamber to resolve doubts regarding the Court's jurisdiction since Myanmar is not a party to the Rome Statute.

In September 2018, the Pre-Trial Chamber I ruled that the crime of deportation inherently requires crossing an international border. Therefore, the commission of this crime is only possible with the involvement of at least two different countries. While the conduct of the crime of deportation began in Myanmar, a non-State Party to the Rome Statute, it was nevertheless completed in Bangladesh, a State Party. Noting that part of the crime was committed in the territory of a State Party, the Pre-Trial Chamber concluded that the investigation of the crimes committed in Bangladesh falls within the jurisdiction of the Court. This meant that the ICC could prosecute Myanmar's nationals who committed crimes that started in Myanmar but were completed in Bangladesh.

This novel interpretation created an immense debate among international law circles from the legal and political aspects. Through some interpretation techniques, the Court has shown its willingness to intervene in matters beyond its jurisdictional powers explicitly granted by the Rome Statute. This approach has been hailed by some as a step closer to achieving the objectives of the Court, such as ending impunity for international crimes or achieving universal jurisdiction. Indeed, the Court can extend its territorial jurisdiction to a great extent through the crime against humanity of deportation because almost all States share a border with a State Party to the Rome Statute.

Applying the same logic to additional crimes, such as persecution, the war crime of deportation, forcing protected persons or prisoners of war into the territory of a State Party, or other inhumane acts causing great suffering, particularly the prevention of the right to return, the Court may further expand its jurisdiction over nationals of non-State Parties. Moreover, if the Court wishes to add an extra layer to its jurisdiction, it can further adopt the doctrine of ongoing violation. This would enable the Court to extend its *ratione temporis* jurisdiction on matters that occurred before the Rome Statute's entry into force but continue to have a persistent nature. The nationals of non-State Parties would then fall under the jurisdiction of the Court even for the matters that were carried out before the creation of the Rome Statute.

This potential expansion, on the other hand, has raised some concerns as the ruling seemingly goes against fundamental principles of international law such as the sovereignty of states and the principle of *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (*a treaty only binds parties; it does not create obligations for a third state*). Sceptics have further criticised the decision for practical and political reasons. Such an expansionist

approach opens the Pandora's Box while the Court is not capable of coping with a large volume of increased burden. Previous cases show that the Court has not achieved significant progress when a State does not cooperate. Therefore, a potential gain at the expense of the fundamental principles of international law might serve no purpose but to undermine the legitimacy of the Court. The Court already faces legitimacy challenges by criticism of both developed and developing states for various reasons. Adding an extra layer to the legitimacy problem is not a policy that would strengthen the international criminal justice system.

Overall, this article analyses the legal implications of the jurisdictional ruling of the ICC in the Bangladesh/Myanmar situation while addressing some risks and opportunities it poses for the development of the international criminal justice system.

Giriş

6 Eylül 2018'de Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Ön Yargılama Dairesi Myanmar'da yaşayan Rohingya halkının kitlesel olarak Bangladeş'e zorla yerinden ettirilmesi karşısında uluslararası hukuk açısından oldukça çarpıcı bir karara imza attı.¹ UCM savcılığı yaşananların sınır dışı etme suçunu oluşturduğundan bahisle soruşturma başlatmaya niyetlenmiş, ancak Myanmar Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'ne² (Roma Statüsü) taraf olmadığından Mahkeme'nin yargı yetkisine ilişkin tereddütlerin giderilmesi adına Ön Yargılama Dairesi'nden Mahkeme'nin yetkisine ilişkin bir karar talep etmiştir.³ Ön Yargılama Dairesi, her ne kadar Myanmar Roma Statüsü'ne taraf olmasa da Bangladeş'in Statü'ye taraf olduğunu ortaya koyduktan sonra, söz konusu sınır dışı etme suçunun Myanmar'da başlasa da Bangladeş'te tamamlandığını tespit etmiş, dolayısıyla suçun bir kısmının Statü'ye taraf olan bir devletin ülkesinde gerçekleşmesi sebebiyle işlenen suçların soruşturulmasının Mahkeme'nin yetkisi dâhilinde olduğuna hükmetmiştir.⁴

Geleneksel olarak, UCM yalnızca Roma Statüsü'ne taraf olan devletlerin topraklarında işlenen veya taraf bir devletin vatandaşları tarafından işlenen suçları soruşturma yetkisine sahiptir.⁵ Statü'ye taraf olmayan devlet vatandaşlarınca işlenen suçların soruşturulması ancak Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin UCM savcılığından bir soruşturma talep etmesi ile mümkündür.⁶ Ancak Bangladeş/Myanmar meselesinde böyle bir talep olmamasına rağmen Mahkeme olayda yargı yetkisine sahip olduğuna dair tartışmalı bir karara imza atmıştır. Karar bir yandan zulme uğrayan halkların adalete erişiminde oynayabileceği rol açısından umut vaat eden bir açılım olarak nitelendirilmiş, ancak diğer yandan rızaya dayalı uluslararası hukuk sisteminin altını oyan bir gelişme olarak da eleştirilmiştir.

Bu makalede ilk olarak Rohingya halkına karşı gerçekleştirilen saldırıların mahiyeti ortaya konacak, ardından Ön Yargılama Dairesi'nin yargı yetkisine ilişkin geliştirmiş olduğu yorumun UCM'nin yargı yetkisine muhtemel etkileri incelenecektir. Bu kapsamda Mahkeme'nin yetkisinin ülke, konu, kişi ve zaman bakımından nasıl genişleyebileceği değerlendirilerek nihayet bu genişlemenin yaratacağı fırsatlar ve sorunlar ele alınacaktır.

1 *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"* (UCM Ön Yargılama Dairesi I, Karar) ICC-RoC46(3)-01/18-37, (6 Eylül 2018).

2 The Rome Statute of the International Criminal Court (The Rome Statute) (Kabul 17 Temmuz 1998, Yürürlüğe Giriş 1 Temmuz 2002) 2187 UNTS 90.

3 *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (UCM Savcılık Makamı) ICC-RoC46(3)-01/18-1 (9 Nisan 2018).

4 *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, (n 1), para. 73.

5 The Rome Statute, (n 2) madde 12 (2).

6 *ibid* madde 13 (b).

I. Tarihi Arka Plan

Rohingya halkı Myanmar devletinin Rakhine eyaletinde yerleşik büyük çoğunluğu Müslüman olan etnik ve dini bir azınlık gruptur.⁷ 1962’den itibaren Myanmar’da askeri cuntaların yönetiminde Rohingya halkı en temel insan haklarından mahrum bırakılmış ve ciddi zulümlere maruz kalmıştır.⁸ Nihayet 1982’de kabul edilen bir kanun ile vatandaşlıkları da ellerinden alınmış olan Rohingyalar şu an dünyanın en kalabalık vatansız nüfusu olarak tarif edilmektedir.⁹ Kendi ülkelerinde vatansız kalan Rohingya halkı, vatandaşlara tanınan haklar ve hizmetlerden yararlanamaz hale gelmiş, seyahat, eğitim, çalışma, sağlık haklarına erişimleri engellenmiştir.¹⁰ Bunlarla birlikte yargısız infazlar, keyfi tutuklama ve gözaltılar, işkence ve kötü muamele Rohingya halkına karşı sistematik bir şekilde uygulanmıştır.¹¹

2017 yılından itibaren ise şiddetin dozu ciddi ölçüde artmış, başlatılan “temizlik operasyonu” ile Rohingya halkı hem Myanmar silahlı kuvvetlerinin hem de müştereken hareket eden diğer silahlı grupların ve sivillerin açık hedefi haline gelmiştir.¹² Kasten öldürmeler, cinsel saldırılar, zorla kaybetmeler, evlerin ve köylerin yakılıp yıkılması, yağma ve geçim kaynaklarının yok edilmesi ile Rohingya Müslümanlarına karşı gerçekleştirilen saldırılar öyle boyutlara ulaşmıştır ki, pek çok kaynak Rohingya halkını “dünyanın en fazla zulüm gören halkı” olarak nitelendirmiş¹³ ve yaşadıklarını ise “etnik temizlik suçunun ders kitaplarında okutulacak bir örneği” olarak göstermiştir.¹⁴

Bu saldırılar öncesinde ve sırasında Rohingya halkının hiçbir zaman Myanmar’a ait olmadığı, kendilerinin Bangladeşli göçmenler olduğu, dolayısıyla Myanmar’ı terk etmeleri gerektiği, aksi halde evlerinin ateşe verileceği ve öldürüleceklerine dair beyanlar yetkili makamlar, saldırıları gerçekleştiren askerler ve siviller tarafından hem medyada hem de megafonlarla doğrudan Rohingya halkına yönelik olarak sıklıkla dile getirilmiştir.¹⁵ Rohingya halkının Myanmar’dan temizlenmesine yönelik niyetlerin varlığı böylece açığa çıkmıştır. Nitekim, Myanmar’ın soykırım suçu işlediği iddiasıyla

7 ‘Rohingya’, (Britannica, 2023) <<https://www.britannica.com/topic/Rohingya>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

8 Md Salman Sohel, ‘The Rohingya Crisis in Myanmar: Origin and Emergence’ (2017) 2 Saudi Journal of Humanities and Social Sciences, 1014.

9 ‘The Rohingya: The World’s Largest Stateless Population’ (*Médecins Sans Frontières Australia | Doctors Without Borders*) <<https://msf.org.au/rohingya-worlds-largest-stateless-population>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

10 BM İnsan Hakları Konseyi, ‘Report of the Independent International Fact-finding Mission on Myanmar’, (12 Eylül 2018), A/HRC/39/64.

11 ibid

12 Nasir Uddin, ‘Ethnic Cleansing of the Rohingya People’ in Steven Ratuva (ed), *The Palgrave Handbook of Ethnicity* (Springer 2019), 11.

13 ibid 1.

14 ‘UN Human Rights Chief Points to “Textbook Example of Ethnic Cleansing” in Myanmar’ (*UN News*, 11 September 2017) <<https://news.un.org/en/story/2017/09/564622-un-human-rights-chief-points-textbook-example-ethnic-cleansing-myanmar>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

15 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, *Mission report of OHCHR rapid response mission to Cox’s Bazar, Bangladesh 13-24 September 2017*, 2017, 5.

1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme'ye¹⁶ dayanılarak 2019 yılında Uluslararası Adalet Divanı'nda dava açılmıştır.¹⁷ Gambiya tarafından başlatılan yargı süreci halen devam etmektedir.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) verilerine göre yalnızca 2017 yılının Ağustos ayında 750.000 Rohingya Bangladeş'e sığınmak zorunda kalmıştır.¹⁸ Daha önceden yaşanan göç hareketleri de hesaba katıldığında, bugün 1 milyona yakın Rohingya'nın Bangladeş'te yaşadığı ifade edilmektedir.¹⁹ Myanmar sınırına yakın Bangladeş'in Cox Bazar kenti, kısa sürede dünyanın en büyük mülteci kampına ev sahipliği yapar hale gelmiştir.²⁰ Rohingya halkı ağır kamp koşullarında hayat mücadelesi vermeye devam etmektedir.

BM Güvenlik Konseyi Çin ve Rusya'nın vetoları sebebiyle etnik temizlik ve soykırıma varan ağır uluslararası suçlar karşısında harekete geçmekte başarısız olmuştur.²¹ Diğer yandan sınırlı sayıda insan hakları sözleşmesine taraf olan ve bu sözleşmelerle kurulan komitelerin yetkisini tanımayan Myanmar'ı hesap vermeye zorlayacak etkin bir uluslararası koruma mekanizması bulunmamaktadır.²² Hal böyleyken Uluslararası Ceza Mahkemesi beklenmedik bir çıkış yapmış ve Bangladeş/Myanmar meselesinde soruşturma yetkisinin olduğuna karar vermiştir. Karar, uluslararası hukuk camiasında “takdir ve umut” ile “endişe ve rahatsızlık” arasında önemli tartışmalara kapı aralamıştır.

II. Ana Hatlarıyla Bangladeş/Myanmar Meselesi

9 Nisan 2018'de UCM savcılığı Myanmar'dan Bangladeş'e zorla yerinden edilen Rohingya halkı açısından Mahkeme'nin yargı yetkisinin olup olmadığına dair Ön Yargılama Dairesi'nden Roma Statüsü madde 19(3) çerçevesinde bir karar talep etmiştir.²³ Bu talep doğrultusunda Ön Yargılama Dairesi 6 Eylül 2018'de yargı yetkisinin olduğuna hükmetmiştir. İlerleyen süreçte UCM Savcılık Makamı, Myanmar'da başlayıp Bangladeş'te devam eden insanlığa karşı suçları soruşturmak

16 The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Kabul 9 Aralık 1948, Yürürlüğe Giriş 12 Ocak 1951) 78 UNTS 276.

17 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, (Derdest) ICJ Press Release 2019/47 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20191111-PRE-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 03 Nisan 2024.

18 'Rohingya Emergency' (UNHCR, November 2023) <<https://www.unhcr.org/uk/emergencies/rohingya-emergency>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

19 ibid

20 'Rohingya Emergency' (n 18).

21 BM Güvenlik Konseyi ilk defa ancak 2022 yılında Çin, Rusya ve Hindistan'ın çekimser kalması ve diğer üyelerin olumlu oyu ile Myanmar'a karşı bir karar alabilmiştir. BM Güvenlik Konseyi Karar 2669 (21 Aralık 2022) BM Dök S/RES/2669.

22 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, İnsan Hakları Sözleşme Organları Veri Tabanı, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=119&Lang=EN> Erişim Tarihi 10 Ocak.

23 *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, (n 3).

için Mahkeme’den izin talep etmiştir.²⁴ Savcılığın talebi 2016 ve 2017 yıllarında Rohingya halkına karşı girişilen şiddet olayları ve bununla ilişkili diğer suçların ve devam eden durumun soruşturulmasını içermektedir.²⁵ Talepte, Roma Statüsü’ne göre Mahkeme’nin yargı yetkisini kullanabilmesi için gerekli olan en az bir devletin Roma Statüsü’ne taraf olması şartının sağlandığına vurgu yapılmıştır.²⁶

UCM Ön Yargılama Dairesi Roma Statüsü madde 7(1)(d)’de yer alan insanlığa karşı suçlardan “sınır dışı etme veya nüfusun zorla nakli”ni incelemiş ve maddede iki ayrı suç olduğunu tespit etmiştir.²⁷ Daire, sınır dışı etme suçunun (*deportation*) ancak *de jure* veya *de facto* uluslararası bir sınırın ötesine itme sonucu oluşabileceğine, nüfusun zorla nakli suçunun (*forcible transfer of population*) ise aynı ülke içerisinde zorla yerinden edilmeyi ifade ettiğine hükmetmiştir.²⁸ Dolayısıyla sınır ötesine geçmeyen zorla yerinden etmeler nüfusun zorla nakli suçunu oluştururken, bir ülkeden başka bir ülkeye itmeler sınır dışı etme olarak nitelendirilmiştir. Diğer bir deyişle, sınır dışı etme suçunun tek bir ülkede gerçekleşme ihtimali yoktur. Bu suçun bir ülkede başlayıp ikinci bir ülkede tamamlanması gerekmektedir. Buradan yola çıkan Daire, suçun taraf olmayan bir devlette başlayıp (Myanmar), taraf bir devlette (Bangladeş) tamamladığını ortaya koymuştur. Suçun bir kısmı taraf bir devlette işlenmiş olduğundan, Daire UCM’nin yetkili olduğuna karar vermiştir.²⁹ Soruşturma halen devam etmekte olup henüz nihai hüküm verilmemiştir.

III. Bangladeş/Myanmar Meselesinin UCM’nin Yargı Yetkisine Etkileri

A. Yetki Tartışması: Myanmar’ın İtiraz Ettiği Hususlar

Yargı yetkisinin devletler tarafından haksız bir biçimde genişletilmesine diğer devletler itiraz edebilirler. Mesela Amerika Birleşik Devletleri (ABD) 1982 yılında ABD menşeli askeri teknoloji ürünlerinin Sovyetler Birliği’ne ihraç edilmesinin cezalandırılmasını öngören bir kanun çıkardığında Avrupa ülkeleri buna itiraz etmişlerdi.³⁰ Myanmar da UCM’nin uluslararası hukuk kurallarına aykırı olarak haksız bir biçimde yargı yetkisini genişlettiği iddiasındadır.³¹

UCM Savcısının yetki konusunda UCM’ye gönderdiği talep dilekçesi ve daha sonra açılan soruşturma sebebiyle Myanmar, UCM’nin kendi ülkesi üzerinde herhangi bir

24 *Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15* (UCM Savcılık Makamı) ICC-01/19-7 (4 Temmuz 2018).

25 *ibid* para. 75 *et seq.*

26 *ibid*

27 *Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, (n 1), para. 57-61.

28 *ibid*

29 *Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, (n 1) para. 64, 78.

30 Vaughan Lowe, *International Law* (Oxford University Press 2007) 179.

31 *Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (n 1) para. 35.

şekilde yargı yetkisi sahibi olmadığını, Myanmar'ın Roma Statüsü'ne taraf olmadığını dile getirmiştir.³² Myanmar, UCM Savcısının yürüttüğü hukuki süreçlere dâhil olmak istemediğini ve bu sebeple resmi bir cevap vermediğini beyan etmiş, itirazlarını bir basın bildirisiyle kamuoyu ile paylaşmıştır.³³ Ayrıca Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerini³⁴ de alıntıl原因 Myanmar, bir andlaşmanın (burada Roma Statüsü'nün) ona taraf olmayan bir devlet üzerinde olumsuz bir etki doğuramayacağını ve Roma Statüsü'nün devletlerin rızası üzerine bina edilerek oluşturulmuş bir andlaşma olduğunu belirtmiştir. Keza Myanmar, Roma Statüsü'nün hiçbir yerinde Statü'nün taraf olmayan bir devlete uygulanmasına dair bir hüküm bulunmadığını belirtmiş; UCM'nin yetkisi varmış gibi yürüttüğü hukuki süreçlerin devlet egemenliği konusunda tehlikeli bir yöne doğru ilerlediğini ifade etmiştir.³⁵ Gerçekten de Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'ne göre bir andlaşma rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır.³⁶ Bu prensip *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* olarak da bilinen hukukun genel ilkelerinden birisidir. Bu prensip özel hukuk ilişkilerinde ifa ettiği fonksiyonun yanında uluslararası hukuk bakımından da devletin mahfuz sahasını ve hükümlerlik/egemenlik haklarını korumaktadır.³⁷

Kural olarak bu konuda Myanmar Hükümetinin belirttiği gibi taraf olmadığı bir Statü'den dolayı kendi ülkesindeki bireylerin UCM'de yargılanması söz konusu olamamalıdır. Ancak UCM, uluslararası ceza hukukunun ve Roma Statüsü'nün mündericatı ve dibacesindeki ilkeleri göz önünde bulundurarak genişletici bir yorum geliştirme yolunu tercih etmiştir. Hiç şüphesiz bu yorum tarzı devlet egemenliğini sınırlandırıcı niteliktedir ve ne ölçüde uygulama alanı bulacağını zaman gösterecektir. ABD de Roma Statüsü'ne taraf olmamış ve vatandaşlarının UCM tarafından yargılanmamasını temin için birçok devletle iade (etmeme) anlaşması imzalamıştır. Dönemin ABD Başkanı Donald Trump'ın BM kürsüsünden UCM hakkında yaptığı konuşma ABD'nin siyasi tutumunu özetlemektedir:

*“UCM, ABD üzerinde hiçbir yetki, güç ve meşruiyeti haiz değildir. Tüm yerleşik ilkelere muhalif bir şekilde UCM, tüm devletlerin vatandaşları üzerinde neredeyse evrensel yargı yetkisi iddiasındadır. ABD'nin egemenliğini, seçilmemiş ve hesap verebilirliği bulunmayan küresel bürokrasiye asla teslim etmeyeceğiz.”*³⁸

32 Bkz Annex E to Prosecution Notice of Documents for Use in Status Conference, ICC-RoC46(3)-01/18-27-AnxE (19 Haziran 2018) <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-roc463-01/18-27-anxe>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

33 ibid

34 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (3rd edition, Cambridge University Press 2014) 207 et seq.

35 Annex E to Prosecution Notice of Documents for Use in Status Conference, (n 32).

36 The Vienna Convention on the Law of Treaties (Kabul 23 Mayıs 1969, Yürürlüğe Giriş 27 Ocak 1980) 155 UNTS 331, madde 34. Türkçe tercüme metni için bkz Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Belgeler* (2. Baskı, İstanbul Beta Yayınları 1994) 113.

37 Devlet egemenliğine getirilen sınırlamalar hakkındaki daha geniş tartışma için bkz Stéphane Beaulac, 'The Lotus Case in Context: Sovereignty, Westphalia, Vattel, and Positivism' in Stephen Allen ve diğerleri (ed), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press 2019) 40 et seq.

38 'Remarks by President Trump to the 73rd Session of the United Nations General Assembly New York, NY – The White House' (25 Eylül 2018) <<https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny/>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

Myanmar Hükümeti, silahlı çatışmalar hukuku konusunda ve diğer ihlaller hakkında Myanmar'ın kendisinin yargılama yapması gerektiğini, bunun egemenliğin bir gereği olduğunu savunmuştur.³⁹ Öte yandan Rakhine Eyaleti'nden sürülüp Bangladeş'e itilen Rohingya halkının geri dönebilmesi, barınması ve sağlık hizmetlerine ulaşabilmesi için Myanmar'ın attığı adımlara dikkat çekerek adeta bu konunun Myanmar'ın bir iç hukuk meselesi olduğunu ima etmiştir.⁴⁰ Böylece Myanmar UCM'nin tamamlayıcılık prensibine göre hareket etmesi gerektiğine işaret etmektedir. Ancak Myanmar 2016-2017'de gerçekleşen söz konusu olaylar hakkında gerçek ve yeterli bir yargılama yaptığını ve bunun neticesinde suçluları cezalandırdığını ortaya koyamamıştır.

Myanmar'ın tüm bu iddia ve itirazları karşısında Ön Yargılama Dairesi Almanca '*Kompetenz-Kompetenz*', Fransızca '*la compétence de la compétence*' olarak bilinen ve Milletlerarası Adalet Divanı'nın Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini adlı danışma görüşünden⁴¹ beri çok sayıda mahkemenin kararlarında yer bularak uluslararası hukukun yerleşik bir kuralı haline gelen ilke sayesinde kendi yetkisinin varlığını belirleme konusunda yine kendisinin (UCM'nin) yetkili olduğunu belirtmiştir.⁴²

Aslında UCM'nin yer bakımından yetkiye ilişkin temel kurallarından birisi suçun Statü'ye taraf olan bir devletin toprağında işlenmiş olmasıdır. Bu kurala göre, Roma Statüsü'ne taraf olmayan ABD, İsrail gibi devletlerin vatandaşları ancak taraf bir devlet ülkesinde suç işledikleri takdirde UCM'nin yargı yetkisine girerler. Bu sebeple Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler UCM'nin yargı yetkisi konusunda endişelenmişlerdir. Mesela ABD kendi ülkesi dışında çok sayıda askeri operasyon yapmaktadır. Bu durum ABD askerlerini Roma Statüsü'ne taraf devletlerin ülkelerinde işleyebilecekleri uluslararası suçlar sebebiyle UCM'nin yargı yetkisine dâhil edecektir. Keza İsrail'in Filistin topraklarında işlediği uluslararası suçlar da bu kapsamdadır. Zira Filistin 2015'ten beri Roma Statüsü'ne taraftır.⁴³ Ancak Bangladeş/Myanmar meselesi ile birlikte yer bakımından yetkiye dair mevzubahis temel kural bir kademe ileri götürülerek sınır aşan niteliği haiz olan sınır dışı etme (*deportation*) gibi bazı suç tipleri klasik manada bir taraf devlet toprağında işlenmese bile UCM'nin yargı yetkisine dâhil edilmiştir.

UCM'nin kendi yargı yetkisinin sınırları hakkında verdiği kararla birlikte Mahkeme evrensel yargı yetkisi hedefine biraz daha yaklaşmıştır. Evrensel yargı yetkisi suçun işlendiği yer, failin uyrukluğu veya diğer yetki tesis etmeye yarayan kriterlerden

39 *Annex E to Prosecution Notice of Documents for Use in Status Conference* (n 32); *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (n 1) para 35.

40 *ibid*

41 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, (Danışma Görüşü) 1949 ICJ Rep 174, 185.

42 *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (n 1) para 38.

43 'Palestine' <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.

bağımsız olarak suç üzerinde yargı yetkisi sahibi olmayı ifade eden⁴⁴ tartışmalı bir kavramdır. Suçların ağırlığı ve ciddiliğine binaen soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, kölelik, işkence ve açık denizlerde işlenen deniz haydutluğu suçları hakkında evrensel yargı yetkisi gündeme gelmiştir.⁴⁵ Hilier'e göre bu suçlar hakkında devletlere bilinen kural ve kriterlerden farklı olarak evrensel yargı yetkisi verilmesinin sebebi bu suçları yargılayacak daimi bir uluslararası ceza mahkemesinin bulunmayışdır.⁴⁶ Oysa ilk daimi uluslararası ceza mahkemesi olan UCM de devlet rızasına dayanan bir sistemle kurulduğu için her ne kadar küresel çapta yargı yetkisine sahip olma ihtimali olsa da klasik manada evrensel yargı yetkisini haiz değildir. Ancak UCM'nin yargı yetkisinin coğrafi sınırları genişledikçe coğrafi manada evrensel yargı yetkisine sahip olacaktır. Evrensel yargı yetkisini devletlerin icra edebilmesi konusunda siyasi ve hukuki güçlükler mevcuttur.⁴⁷ Bu güçlüklerin UCM için de geçerli olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Ancak UCM geliştirdiği yorumlar sayesinde uluslararası ceza hukukuna ilerlemeci bir perspektif katarak yargı yetkisini genişletme eğilimindedir. Bu itibarla UCM'nin yargı yetkisinin coğrafi sınırlarını genişleten Bangladeş/Myanmar kararındaki yorumu, ayrıntılı bir incelemeyi lüzumlu kılmaktadır.

B. Roma Statüsü'nün Yorumlanması ve UCM'nin Yetkisinin Coğrafi Sınırları

Roma Statüsü 21(1)(a) hükmüne göre UCM'nin birincil olarak uygulayacağı belgeler Roma Statüsü, Suçların Unsurları Belgesi ve Usul ve Delil Kuralları Belgesidir. İkinci sırada UCM, uygun düştüğü takdirde, uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun yerleşik ilkeleri de dâhil olmak üzere, andlaşmaları ve uluslararası hukuk ilke ve kurallarını tatbik eder.⁴⁸ Bu iki kategorideki kuralları tatbik edememesi halinde, uluslararası hukuk ve uluslararası olarak kabul edilmiş norm ve standartlarla uyumsuz olmaması şartıyla; millî hukuklarda bulunan hukukun genel ilkelerini uygular.⁴⁹ UCM, önceki kararlarında yorumladığı hukuk kurallarını ve ilkelerini de uygulayabilir.⁵⁰

Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'nin öngördüğü genel yorum kuralı hükmü aşağıdaki gibidir:

“1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelâde mânâya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

44 Robert Cryer ve diğerleri, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd edition, Cambridge University Press 2010) 50, 51.

45 ibid 51; Tim Hillier, *Principles of Public International Law* (1st edition, Routledge-Cavendish 1999) 137; Lowe (n 30) 177.

46 Hillier (n 45) 137.

47 Cryer ve diğerleri (n 44) 60, 61.

48 The Rome Statute (n 2) madde 21(1)(b).

49 ibid madde 21(1)(c).

50 ibid madde 21(2).

2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilâveten, aşağıdakileri kapsar:

a. andlaşmanın âkdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma;

b. andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:

a. Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,

b. Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.

c. Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mânâ vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mânâ verilir.”⁵¹

UCM, Roma Statüsü’nün dibacesini de göz önünde bulundurarak yargı yetkisine ilişkin meselede Roma Statüsü’nün konu ve amacına uygun olarak yorum geliştirdiğini belirtmiştir.⁵² Sadece Roma Statüsü madde 12(2)(a)’nın lafzî yorumundan hareket edildiğinde taraf devlet ülkesinde işlenen bir suç üzerinde UCM’nin yargı yetkisi vardır neticesine ulaşmak mümkündür. Oysa Myanmar ile UCM arasında herhangi bir andlaşma veya sonraki andlaşma yahut uygulama⁵³ gibi bir durum asla söz konusu değildir. Keza, Roma Statüsü bir bütün olarak değerlendirildiğinde, taraf olmayan devletler üzerinde yargı yetkisinin sadece VII. bölüm kapsamında alınmış BM Güvenlik Konseyi kararına bağlı olması, Statü’ye taraf olmama, Statü’den çekilme ve andlaşmalar hukukunun temel prensibi olan andlaşmaların nispiyeti yahut *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* dikkate alındığında UCM’nin Roma Statüsü’ne taraf olmayan bir devlet (burada Myanmar) üzerinde yargı yetkisi sahibi olmaması gerekir. Ancak UCM Roma Statüsü’nün konu ve amacının cezasızlığın önlenmesi olduğunu dikkate almış ve 12(2)(a)’nın lafzî yorumuna itibar ederek uluslararası ceza hukukunun ilerlemesine hizmet edecek ve fakat Statü’ye taraf olmayan devletlerin egemenliğini sınırlayacak

51 The Vienna Convention on the Law of Treaties (n 36) madde 31.

52 Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute (n 1) para 69.

53 Aust (n 34) 212–216.

şekilde yorumlamıştır.⁵⁴ UCM'nin Bangladeş/Myanmar meselesindeki Roma Statüsü madde 12(2)(a) yorumu genişletici bir yorumdur.

Roma Statüsü'ne göre kural olarak UCM yargı yetkisi yalnızca Roma Statüsü'ne taraf olan devletler hakkında ve Statü'ye taraf olmamakla birlikte Statü'nün madde 12(3) hükmü uyarınca belli bir durum hakkında Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul ettiğini bildiren devletler hakkında geçerli olacaktır.⁵⁵ Bu haliyle kural olarak devletin saklı yetki alanına yahut egemenliğine iradi olmayan bir sınırlama getirilmiş olmamaktadır. Ancak bu kuralın bir istisnası mevcuttur ki o da taraf olan veya olmayan bir devlet hakkında BM Güvenlik Konseyi'nin UCM savcısına bir durumu havale etmesi imkânıdır. Bu haliyle bile Roma Statüsü devlet egemenliğine getirdiği sınırlamalar sebebiyle çokça yadırganmıştır. Nitekim bunun üzerine ABD, İsrail, Türkiye, Rusya, Çin gibi birçok devlet Statü'ye taraf olmamıştır.⁵⁶ Hatta ABD daha da ileri giderek UCM'nin yargı yetkisini kendisi bakımından etkisiz kılmak için birçok devletle kendi arasında iade etmeme anlaşmaları akdetmiştir.

Yukarıda bahsedilen ana kural (Roma Statüsü madde 12(2) ve 12(3) hükümleri) ve Güvenlik Konseyi havalesi yoluyla durumun Mahkeme önüne gelmesi istisnası dışında Bangladeş/Myanmar meselesi devlet egemenliğine iradi olmayan bir başka sınırlama getirmiştir. Henüz gelişim aşamasında olan bu istisna UCM'nin sınır aşan yetkisi (*extraterritorial jurisdiction*) olarak tasnif edilebilir. UCM, Myanmar üzerindeki yargı yetkisinin varlığına dair yorumunda uluslararası hukukta yetki tesis etmeye yarayan temel ilkelerden mülkîlik (ülkesellik) ilkesinin mutlak olmadığını belirten Milletlerarası Daimi Adalet Divanı kararını⁵⁷ alıntılarını, daha sonra ülke sınırları dışında yetki tesis eden iç hukuk kanuni düzenlemelerine bolca örnekler sunmuş⁵⁸ ve nihayet kendisinin de bir Mahkeme olarak Roma Statüsü 12(2)(a) hükmünün geniş yorumlanmasıyla devletler gibi sınır aşan yargı yetkisi ihdas edebileceğine işaret etmiştir.⁵⁹

Böylece Bangladeş/Myanmar meselesiyle UCM'nin geliştirdiği bu yeni yorumla birlikte, belli suç tipleri bakımından komşusu Roma Statüsü'ne taraf olan tüm devletler potansiyel olarak Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamına dâhil edilebilecektir. Roma Statüsü'ne taraf devletlerin haritası incelendiğinde hemen hemen tüm devletlerin en az bir komşusunun Roma Statüsü'ne taraf olduğu görülmektedir. O halde, Bangladeş/Myanmar meselesine benzer bir durum baş gösterdiğinde neredeyse tüm devletler UCM'nin yargı yetkisi kapsamına girmiş olacak ve UCM'nin evrensel yargı yetkisi potansiyeli gerçekleşecektir.

54 *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (n 1) para 70.

55 The Rome Statute (n 2) madde 12(2) ve 12(3).

56 Bkz Yusuf Aksar, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2022) 63, 93; Kul (n 68) 16.

57 *The Case of the S.S. Lotus (France v Turkey)* (Yargılama) PCIJ Series A. No. 70, 20.

58 *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (n 1) para 66-67.

59 *ibid* para 67.

Bu vaziyet uluslararası ceza hukukunun gelişimi bakımından olumlu olarak değerlendirilebilse de devlet egemenliğine ve yetkisine getirdiği zımnî sınırlama sebebiyle endişe verici olarak nitelendirilmelidir. Nitekim Lotus-Bozkurt Kararı'nda Uluslararası Daimi Adalet Divanı devlet egemenliğine getirilen sınırlamaların açık ve rızaî olması (...restrictions upon the independence of States cannot... be presumed) gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁰ Dahası, devletler ve uluslararası örgütler için var olan uluslararası hukuk kuralları her ne kadar çoğu zaman benzer olsa da uluslararası örgütler kendilerini kuran anayasa, statü veya kurucu metinle bağlıdır. Bir uluslararası örgüt niteliğinde olan UCM de bu şekilde Roma Statüsü ve kendi yetki sınırlarını çizen diğer kurucu belgelerde verilen yetkilerden daha fazlasını kullanamaz. UCM'nin genişletici yorum sayesinde hakkında ne BM Güvenlik Konseyi kararı olan ne de Roma Statüsü'ne taraf olan bir devlette gerçekleşen suçlar üzerinde yetki icra etmesi yetki gaspı (*ultra vires*) olarak değerlendirilebilir.⁶¹ Bu şekilde kabul edildiğinde UCM'nin Roma Statüsü'nde kendine verilen yetkinin dışına çıkması sebebiyle uluslararası sorumluluğu gündeme gelebilecektir.⁶²

Bangladeş Yargılamasına konu olan olayda Myanmar Devleti burada yaşayan Rohingya halkını göç etmeye zorlamış ve bu halk Bangladeş ülkesine geçtiğinde Myanmar'da başlayan insanlığa karşı suçun Bangladeş ülkesinde tamamlanmış olduğu *prima facie* değerlendirilmiştir. Bu suretle her ne kadar Myanmar Roma Statüsü'ne taraf olmasa da Bangladeş Statü'ye taraf olduğundan Mahkeme söz konusu insanlığa karşı suç hakkında yetkisinin varlığını kabul etmiştir.⁶³

Sonuç olarak, Roma Statüsü'nün 12. maddesinin 2. fıkrası ve bunun atfı yaptığı madde 13(a), 13(c), 12(2)(a) hükümlerinin birlikte okunmasıyla oluşan netice şu şekildedir:

- i. Bir veya birden çok suçun işlenmiş olduğundan bahisle Statü'ye taraf olan bir devletin Savcıya havalesi (Roma Statüsü, 13(a)) veya
- ii. Savcının bir duruma ilişkin resen soruşturma başlatması (Roma Statüsü, 13(c)) durumlarında UCM yargı yetkisini *aşağıda belirtilen*⁶⁴ devletlerden biri yahut daha fazlası Statü'ye tarafsız veya Mahkeme'nin yargı yetkisini 12(3) hükmü uyarınca kabul etmişse icra edebilecektir.

60 Lotus kararının devlet egemenliği bakımından ayrıntılı bir incelemesi için bkz (n 37).

61 *Certain Expenses of the United Nations* (Danışma Görüşü) 1962 ICJ Rep 151, 167 *et seq*; Ayrıca bkz Nigel D White, *Law of International Organisations* (3rd edn, Manchester University Press 2017) 73-75, 95.

62 Uluslararası örgütlerin sorumluluğu hakkında bkz 'The International Law Commission Draft Articles on the Responsibility of International Organizations' (2011) <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf> Erişim Tarihi 9 Ekim 2023.

63 *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (n 1) para 73.

64 Vurgu eklenmiştir.

- a. Hareketin (fiilin) ülkesinde gerçekleştiği devlet Statü'ye tarafsız veya Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmişse Mahkeme yargı yetkisini haizdir.
- b. Suç isnad edilen kişinin uyuğunda bulunduğru devlet Statü'ye tarafsız veya Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmişse Mahkeme yargı yetkisini haizdir.

Bangladeş/Myanmar soruşturmaşı sürecinde, UCM Savcısının yargı yetkisine dair talebi hakkında aldığı kararda⁶⁵ Mahkeme, hareketin/fiilin ülkesinde gerçekleştiği devlet kavramını yorumlamak mecburiyetinde kalmıştır. Zira Bangladeş Roma Statüsü'ne taraf bir devlet olmakla birlikte sınır dışı etme suçu Myanmar ülkesinde başlamış ve Bangladeş ülkesinde tamamlanmıştır.

UCM Savcısı, yargı yetkisi hakkında Mahkeme'nin Üçüncü Dairesine yönelttiği talep dilekçesinde 12(2)(a)'da belirtilen *hareketin* bir taraf devlet ülkesinde gerçekleşmiş olması gerektiğine dair açıklamasında hareketin suçun yalnızca bir unsuru olduğuna değinerek UCM'nin bu hükmün sınırlarını daha vazır bir şekilde açıklamasının elzem olduğuna işaret etmiştir.⁶⁶

Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 1. fıkrasına göre bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır. UCM'nin Roma Statüsü'nün dibacesinde belirtildiği şekliyle uluslararası toplumun bütününi ilgilendiren en ciddi suçların cezasız kalmaması amacıyla kurulduğru dikkate alındığında Roma Statüsü 12(2)(a) hükmünün geniş yorumlanması Roma Statüsü'nün konu ve amacına uygun bir yorum olacaktır. Hükmün dar yorumu halinde ise, suçun kısmen veya bir unsurunun Statü'ye taraf bulunan bir devlette işlenmesi/gerçekleşmesi durumunda, UCM yargı yetkisine sahip olmayacak suçun tamamıyla Statü'ye taraf olan devletin ülkesinde gerçekleşmesi aranacaktır.

Hükmü geniş yorumlayan Mahkeme bu kanaate varırken sınır dışı etme fiilinin doğası gereği bir ülkeden başka bir ülkeye yapılan bir hareket olduğru ve dolayısıyla suçun hareket unsurunun en az iki devlette gerçekleştiğini göz önünde bulundurmuştur.⁶⁷ Böyle bir yorum sayesinde, hakkında ilgili durum bakımından VII. bölüm kapsamında BM Güvenlik Konseyi kararı olmayan ve Roma Statü'süne taraf olmayan bir ülke (Myanmar) için UCM, yargı yetkisi tesis edebilecektir. UCM'nin yargı yetkisini genişleten bu yorum belirtildiği gibi sınır dışı etme fiilinin doğasından kaynaklanmaktadır. O halde sınır dışı etme-insanlığa karşı suçu dışında başka hangi suçlar bakımından UCM ne şekilde yargı yetkisine sahip olabilecektir? Bu sorunun cevabı madde bakımından yetki bahsinde ele alınacaktır.

65 *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"* (n 1).

66 *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (n 3) para 56.

67 *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"* (n 1) para 71.

C. Genişletici Yorumun Roma Statüsü'ndeki Suçlar Bakımından Etkisi

Roma Statüsü'nde Mahkeme'nin madde bakımından yargı yetkisi kapsamında sayılan dört farklı suç mevcuttur: Soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve tecavüz (*aggression*).⁶⁸ Bangladeş yargılamasında geliştirilen yaklaşımın bir uluslararası suçun farklı bir taraf devlet ülkesinde tamamlanması veya sirayeti durumları bu dört suç bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira bu yaklaşımın UCM'nin yargı yetkisine giren tüm suçlar bakımından çok büyük ve doğrudan uygulanabilir bir yorum getirdiğini iddia etmek yanlış yahut en azından aceleci bir tutum olacaktır.

Nitekim tecavüz suçu bakımından UCM'nin yargı yetkisi özel düzenlemelere tâbidir. Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin bir Statü'ye taraf bulunan başka devletin toprağına yahut ülkesine tecavüz etmesi halinde mütecaviz (*aggressor*) devlet hakkında VII. bölüm kapsamında BM Güvenlik Konseyi kararı yoksa ve mütecaviz devlet de UCM'nin yargı yetkisini Statü'de öngörülen şekilde kabul etmemişse UCM mütecaviz devlet hakkında yargı yetkisi icra edemez.⁶⁹ Hatta bu durum Roma Statüsü'ne taraf olmakla birlikte tecavüz suçu hakkında Roma Statüsü madde 15*bis* uyarınca *opt out* deklarasyonu yayınlamış devletler için bile böyle olup Statü'ye taraf olsa bile bir devlet tecavüz suçundan dolayı UCM'nin yargı yetkisini kabul etmeyebilir. Oysa tıpkı sınır dışı etme fiili gibi tecavüz fiili de (*act of aggression*) sınır aşan bir özelliğe sahip olup doğası gereği en az iki devleti ilgilendirir. Tecavüz fiili için yapılacak bombardıman ve sair hareketler mütecaviz devletin ülkesinde başlar⁷⁰ ve Roma Statüsü'ne taraf olan veya olmayan devlet ülkesinde devam eder. Mahkeme'nin 12(2)(a) yorumu geçerli olsaydı Mahkeme Roma Statüsü'ne taraf olan bir devlete karşı işlendiğinde (suçun unsurlarından en az biri veya suç kısmen yahut tamamen taraf devlet ülkesinde gerçekleştiğinden dolayı) mütecaviz devlet hakkında tecavüz suçu üzerinde yargı yetkisine sahip olacaktı. Bir diğer husus ise Mahkeme'nin yargı yetkisini Roma Statüsü madde 12(3) uyarınca olaya özgü (*ad hoc*) olarak kabul etmektir. Ukrayna, ülkesindeki uluslararası suçların araştırılması için UCM'nin yargı yetkisini *ad hoc* olarak kabul etmiş⁷¹ ancak bu kabul de Rusya hakkında tecavüz suçu bakımından soruşturma açmaya yetmemiştir.⁷² Zira tecavüz suçu hakkında 2017 yılında

68 The Rome Statute (n 2) madde 5. Ayrıntılı bilgi için bkz Muhammet Celal Kul, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 24, 25.

69 'Amendments to the of the International Criminal Court, Adoption of Amendments on the Crime of Aggression' (11 June 2010) <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/RC2010/AMENDMENTS/CN.651.2010-ENG-CoA.pdf> Erişim Tarihi 8 Ekim 2023; 'International Criminal Court' (*International Justice Resource Center*, 7 Şubat 2010) <<https://ijrcenter.org/international-criminal-law/international-criminal-court/>> Erişim Tarihi 8 Ekim 2023.

70 UCM'nin tecavüz (saldırı) suçu hakkındaki yargılama şartları ve yargı yetkisinin hareket geçirilmesine dair diğer güncel gelişmeler için bkz Muhammet Celal Kul, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi' nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi' (2023) 1 İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 89. Ayrıca bkz Aksar (n 56) 261 *et seq.*

71 'Situation in Ukraine ICC-01/22' <<https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.

72 UCM'nin Rusya tarafından işlenen tecavüz suçu üzerinde Güvenlik Konseyi'nin yapısı sebebiyle bir karar alamaması sebebiyle ABD *ad hoc* mahkeme kurulması fikri üzerinden çalışmalar yapmıştır. 'US backs special tribunal on Russia 'aggression' against Ukraine' (*France 24*, 28 March 2023) <<https://www.france24.com/en/live-news/20230328-us-backs-special-tribunal-on-russia-aggression-against-ukraine>> Erişim Tarihi: 8 Ekim 2023.

kabul edilen düzenlemeler uyarınca⁷³, taraf olmayan devlet hakkında yargı yetkisinin kullanılabilmesi için VII. bölüm kapsamında alınmış BM Güvenlik Konseyi kararı şarttır.⁷⁴

Bahsi geçen karardaki Roma Statüsü madde 12(2)(a) yorumunun UCM'nin yargı yetkisine giren diğer suçlar bakımından ne ölçekte genişletici bir etkiye sahip olabileceğine dair Mahkeme sınır dışı etme fiilinin doğasından hareketle elde ettiği bu mantığın uygulanabileceği iki farklı suç tipine örnek vermiştir.⁷⁵ İlk olarak, Roma Statüsü madde 7(1)(h)'de yer alan zulüm (*persecution*) suçuna işaret edilmiştir. Roma Statüsü madde 7(1) bendi kapsamında bahsedilen herhangi bir fiille yahut Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlardan herhangi biriyle bağlantılı olarak işlenen siyasi, ırki, ulusal, etnik, dini, kültürel ve cinsiyetle ilgili sebeplerden veya uluslararası hukukta evrensel olarak kabul edilemez olarak nitelendirilen diğer sebeplerden ötürü belirlenebilir bir grup veya topluluğa zulmetmenin insanlığa karşı suç tiplerinden birisi olacağı belirtilmiştir. Mahkeme Myanmar'dan sınır dışı edilen Rohingya halkına yapılan zulmün⁷⁶ 7(1)(d) hükmünde geçen sınır dışı etme insanlığa karşı suçuyla bağlantılı olarak işlendiğini belirterek eğer bu hükümde sayılan dini, siyasi, ırksal... sebeplerle işlendiği kanıtlanırsa ayrıca zulmetme insanlığa karşı suçunun da işlenmiş olacağına işaret etmiştir. Dahası sınır dışı etme insanlığa karşı suçuyla bağlantılı olarak işlenen zulmetme insanlığa karşı suçu üzerinde de UCM yargı yetkisini haiz olabilecektir.⁷⁷ Bir diğer ifadeyle Rohingya halkının sınır dışı edilmesiyle birlikte Roma Statüsü 7(1)(h) hükmündeki zulmetme insanlığa karşı suçu üzerinde de Roma Statüsü madde 12(2)(a)'nın genişletici yorumu sayesinde UCM yargı yetkisi sahibi olmaktadır.

Mahkeme'nin 12(2)(a) genişletici yorumu kapsamında yargı yetkisi tesis edebileceğini değerlendirdiği ikinci örnek ise Roma Statüsü madde 7(1)(k) hükmü vasıtasıyla. Bahsedilen hükme göre kasten ciddi ıstıraba sebep olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı fiiller veya beden veya ruh sağlığına ciddi zarar vermek de insanlığa karşı suçlardandır. Mahkeme Rohingya halkının sınır dışı edilmesini müteakip Bangladeş'te yaşamak zorunda bırakıldığı dehşetengiz hayat koşullarının ve çıkarıldığı yer olan Myanmar ülkesine geri dönmelerinin engellenmesinin Roma Statüsü madde 7(1)(k) hükmünde bahsedilen diğer insanlık dışı eylemleri

73 Assembly of State Parties to Rome Statute, 'Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression', Resolution ICC-ASP/16/Res.5, (14 December 2017) <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-ENG.pdf> Erişim Tarihi 8 Ekim 2023.

74 Kul (n 68) 100-108.

75 Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute" (n 1) para 74.

76 The Rome Statute (n 2) madde 7(1)(h).

77 Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute" (n 1) para 75-76.

oluşturabileceği kanaatindedir.⁷⁸ Bir kişinin keyfi olarak kendi ülkesine girişinin yasaklanması:

- i. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’ye göre uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olacağından⁷⁹ ve
- ii. bu hak mahrumiyetinin Roma Statüsü madde 7(2)(h)’de ‘kimliğinden dolayı bir grup veya topluluğu uluslararası hukuka aykırı olarak, kasten ve ağır bir biçimde insan haklarından mahrum bırakmak’ şeklinde açıklanan zulmetme/zulüm insanlığa karşı suçunu oluşturmasının yanı sıra kişinin kendi ülkesine girmesinin engellenmesi sebebiyle başka bir ülkede kötü koşullarda yaşaması akıl ve ruh sağlığı üzerinde de ağır bir etki yaratacağından Roma Statüsü madde 7(1)(k) kapsamında insanlığa karşı suç oluşturacaktır.

Roma Statüsü savaş suçları bakımından da sınır dışı etmeyi içeren bir dizi suç tipi öngörmüştür. Roma Statüsü madde 8(2)(a)(vii)’e göre 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları’nın ilgili hükümlerine göre korunmuş kişilerin hukuka aykırı olarak sınır dışı edilmesi veya nakli de Roma Statüsü’ne göre savaş suçu teşkil edecektir. Benzer şekilde Roma Statüsü madde 8(2)(b)(viii) çerçevesinde işgalci kuvvetin işgal ettiği topraklardaki nüfusun tamamını veya bir kısmını işgal edilen toprakların içine nakli veya dışına sürmesi gündeme gelecektir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bağlamında ise Statü’nün 8(2)(e)(viii) maddesi uyarınca sivil nüfusun çatışmalarla ilgili sebepler dolayısıyla yerinden edilmesi emrinin verilmesi suçu gündeme gelecektir.

Görüldüğü gibi UCM’nin 12(2)(a) hakkındaki genişletici yorumu Roma Statüsü’nün sınır dışı etme ile ilgili diğer suçlar bakımından da uygulama alanı bulabilecektir. Bu halde, 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları’nın ilgili hükümlerine göre korunmuş kişilerin hukuka aykırı olarak sınır dışı edilerek gönderildikleri ülke devleti Roma Statüsü’ne taraf bulunuyorsa UCM benzer şekilde suç üzerinde yargı yetkisini haiz olacaktır.

UCM’nin 12(2)(a) yorumunun geçerli olabileceği bir diğer savaş suçu örneği ise Roma Statüsü madde 8(2)(a)(v) üzerinden üretilebilir. Söz konusu hükme göre 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları’nın ilgili hükümlerine göre korunmuş savaş esirini veya korunan diğer herhangi bir kimseyi düşman kuvvetlerine katılmaya zorlamak savaş suçu oluşturur. Bu hüküm uyarınca, Roma Statüsü’ne taraf bir devletin esir edilen

78 ibid para 77. Ayrıca Myanmar’ın Rohingya halkının ülkesine geri dönüşünü kolaylaştırmak adına attığı bazı adımlar için bkz ‘Arrangement on Return of Displaced Persons from Rakhine State’ 23 November 2017, <http://www.theindependentbd.com/assets/images/banner/linked_file/20171125094240.pdf> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023. Ayrıca Myanmar, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ile birlikte geri dönüşün mevcut uluslararası hukuk kurallarına göre gerçekleştirilmesine dair bir memorandum imzalamıştır. ‘Memorandum of Understanding Between Myanmar Government, UNDP and UNHCR - Progressive Voice Myanmar’ <<https://progressivevoicemyanmar.org/2018/06/29/memorandum-of-understanding-between-myanmar-government-undp-and-unhcr/>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

79 The International Covenant on Civil and Political Rights (Kabul 16 Aralık 1966, Yürürlüğe Giriş 23 Mart 1976) 99 UNTS 171, madde 12(4).

askerinin Statü'ye taraf olmayan devlette ele geçirildikten sonra kendi devletine karşı savuşturılmak için çatışmaya götürülmesi halinde bakılır:

Çatışma Statü'ye taraf olmayan devlet ülkesinde gerçekleşiyorsa suçun unsurlarından en az birinin kısmen veya tamamen Roma Statüsü'ne taraf devlet ülkesinde gerçekleşmesi şartı sağlanmadığından BM Güvenlik Konseyi havalesi ile başlatılacak yargılama durumu hariç UCM yargı yetkisine sahip olmayacaktır.

Çatışma Statü'ye taraf bulunan devlet ülkesinde gerçekleşiyorsa suçun unsurlarından en az birinin kısmen veya tamamen Roma Statüsü'ne taraf devlet ülkesinde gerçekleşmesi şartı sağlandığından UCM, Roma Statüsü madde 12(2)(a) hükmü uyarınca yargı yetkisine sahip olacaktır.

UCM'nin 12(2)(a) hakkındaki genişletici yorumunun uygulama alanı bulabileceği bir diğer örnek ise Roma Statüsü'nün 6. maddesinde düzenlenen soykırım suçuyla ilgili olarak üretilebilir. Statü'ye göre milli, etnik, ırksal veya dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etme kastıyla birleştiğinde gruptaki çocukların zorla başka bir gruba nakledilmeleri soykırım suçunu oluşturacaktır. Soykırım kastıyla birlikte gerçekleştirilen gruptaki çocukların zorla başka bir gruba nakledilmeleri hadisesinde çocukların nakledildikleri yer sınır ötesinde ve Roma Statüsü'ne taraf bir devletin ülkesiye bu durumda UCM bahsedilen genişletici yorumu sayesinde Mahkeme suç üzerinde yargı yetkisine sahip olacaktır.

Görüldüğü gibi UCM tarafından yapılan 12(2)(a) genişletici yorumu Roma Statüsü'ndeki tüm suç tipleri bakımından değil yalnızca yorumda sınırları çizildiği şekliyle uygulama sahası bulacaktır. Mesela, Rohingya halkının sınır dışı edilmesi fiilindeki gibi hareket unsurunun bir ülkede başlayıp Roma Statüsü'ne taraf bir devletin ülkesinde tamamlanması halinde; daha mücerret tabiriyle ise suçun en az bir unsurunun kısmen veya tamamen Roma Statüsü'ne taraf bir devletin ülkesinde gerçekleşmesi halinde UCM madde 12(2)(a) hükmünün genişletici yorumu uyarınca yargı yetkisine sahip olacaktır.

D. Kişi Bakımından ve Zaman Bakımından Yetki

Roma Statüsü madde 25(1) hükmüne göre Mahkeme, yalnızca gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip olup bu yetkisini kullanmasında kişilerin resmi sıfatları etkisiz olacaktır.⁸⁰ Yine Mahkeme suçu işlediği tarihte 18 yaşını doldurmuş kişiler hakkında Statü uyarınca yargı yetkisine sahip olabilecektir.⁸¹ Statü'ye göre kişiler fail, şerik, yardım eden ve azmettiren olarak yargılanabilecektir.⁸²

⁸⁰ The Rome Statute (n 2) madde 27.

⁸¹ ibid madde 26.

⁸² ibid madde 25.

Kural olarak Roma Statüsü'ne taraf olmayan devlet vatandaşları hakkında yalnızca Birleşmiş Milletler Şartı'nın⁸³ VII. bölümü kapsamında bir durumun Güvenlik Konseyi havalesi ile UCM'de işlem yapılabilir. Bangladeş/Myanmar meselesine hâkim olan Roma Statüsü madde 12(2)(a) yorumuyla birlikte⁸⁴ artık en azından belli suç tipleri bakımından komşusu Roma Statüsü'ne taraf olan devletlerin vatandaşları hakkında da UCM'nin yargı yetkisi cari olacaktır. Bir başka deyişle Bangladeş/Myanmar yorumu sayesinde bazı suç tipleri bakımından Güvenlik Konseyi havalesi olmasa bile Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin vatandaşları UCM'nin yargı yetkisine tabi olacaktır. Bu durum UCM'nin yargı yetkisini neredeyse mecburi/zorunlu yargı yetkisi mevkiine çıkarmaktadır.

Roma Statüsü Temmuz 2002'de altmışıncı devletin Statü'ye taraf olma işlemlerini tamamlamasıyla birlikte yürürlüğe girmiştir ve kural olarak Mahkeme'nin yargı yetkisi geçmişe yürümez.⁸⁵ Ayrıca Roma Statüsü'ne göre Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlar bakımından zamanaşımı da söz konusu olmayacaktır.⁸⁶ Mahkeme'nin Bangladeş/Myanmar meselesinde getirdiği yaklaşıma istinaden süregiden ihlaller kapsamında yargı yetkisini 2002 öncesine götürebileceği de ileri sürülebilir. Benzer bir yaklaşım İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Loizidou* kararında tebarüz etmiştir.⁸⁷ Buradaki belirleyici nokta ise mahkemelerin bir ihlali süregiden ihlal olarak değerlendirip değerlendirmeyeceği üzerinde toplanmaktadır. Bangladeş/Myanmar meselesinde sınır dışı edilen Rohingya halkının uzun yıllardır maruz kaldığı muameleler UCM tarafından süregiden ihlal kapsamında değerlendirilebilir ve UCM Bangladeş'te tamamlandığını belirttiği suçun kapsamını en geniş haliyle zaman bakımından yargı yetkisi kapsamına dâhil edebilir. Ancak, UCM özellikle 2017 yılında gerçekleşen olaylar ve sonrasında Rohingya halkının sınır dışı edilmesi hadisesi üzerinden bir soruşturma başlatmış ve incelemelerini bu kapsamda sürdürmektedir. Geri dönüşün engellenmesi ve halen Rohingya halkının Bangladeş'te dehşet verici koşullarda yaşamasını ihlalin devamı yahut süregiden ihlal olarak değerlendirmek zaman bakımından yetki tesis edebilmek bağlamında işlevsel olmayacaktır. Zira UCM, 2017 yılında gerçekleşen olaylar bakımından zaten yargı yetkisine sahip gözükmektedir. Süregiden ihlal konusu UCM'nin faaliyete başladığı 2002 yılından önceye dair uluslararası suçların araştırılması ve cezalandırılması bağlamında önem kazanır ki UCM Myanmar konusunda hâlihazırda böyle bir irade göstermemiştir. Zira söz konusu Bangladeş/Myanmar meselesinde bile UCM'nin yetki tesisi Roma Statüsü 12(2)(a) hükmünün genişletici yorumu sayesinde mümkün olmuştur ve bu durum dahi tartışmaya açıktır.

83 Charter of the United Nations (Kabul 26 Haziran 1945, Yürürlüğü Giriş 24 Ekim 1945) 1 UNTS XVI.

84 Tecavüz suçu müstesna olduğuna dair bkz Kul 2023 (n 68) 101 *et seq.*

85 The Rome Statute (n 2) madde 11(1).

86 ibid madde 29.

87 *Loizidou v Turkey* (Yargılama) (Başvuru No. 15318/89 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire, 18 December 1996), para. 2.

Ancak yine de teorik olarak yetkili bir uluslararası mahkemenin çok önce gerçekleşmiş ve günümüzde süregiden uluslararası ihlaller için hüküm tesis etmesi mümkündür. Bu noktada Mahkeme, Bangladeş/Myanmar meselesinde geliştirdiği genişletici yoruma zamansal bir boyut da katarak, taraf olmayan bir devletin 2002 öncesi fiillerine kadar yargı yetkisini genişletebilir. Şöyle ki yukarıda bahsi geçen sınır aşan suçların ilgili hareketleri 2002 öncesinde taraf olmayan bir devlette başlamış ve taraf olan bir devlette tamamlanmış olup hala etkisini sürdürüyorsa, Mahkeme süregiden ihlal doktrinini benimsemek suretiyle yargı yetkisini ciddi surette genişletebilir. Örneğin, 1948 çatışmaları sebebiyle Filistin'den Ürdün'e sürülen mültecilerin evlerine geri dönüşleri ilk günden itibaren sürekli olarak İsrail tarafından engellenmiştir. Ürdün Roma Statü'süne taraf, İsrail ise değildir. Bu bağlamda geri dönüş hakkını kullanamayan Filistinli mültecilerin Roma Statüsü madde 7(1)(k) bağlamında yaşamaya devam ettikleri ciddi ıstıraplardan dolayı diğer insanlık dışı eylemlere maruz kaldıkları ileri sürülerek İsrail'in engelleme faaliyetlerinin süregiden niteliği sebebiyle Mahkeme'nin zaman bakımından yargı yetkisine sahip olduğu iddia edilebilecektir. Böyle bir durum her ne kadar uzak bir ihtimal olarak değerlendirilse de teorik olarak Mahkeme'nin böyle bir yetkiye sahip olduğunu iddia etmesinin önünde bir engel görünmemektedir. Ancak bu durumda Pandora'nın kutusu açılmış olacak, Mahkeme önü alınmaz taleplerle karşı karşıya kalacaktır.

Benzer bir yaklaşım Türkiye açısından Kıbrıs meselesinde ortaya çıkabilir. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi Roma Statüsü'ne taraf, Türkiye ise değildir. Ancak Mahkeme önce Bangladeş/Myanmar temelinde yargı yetkisini taraf olmayan bir devlete uzatıp sonra ise zamansal olarak soruşturmasını derinleştirebilir. Nitekim 2014 yılında İsrail merkezli bir sivil toplum kuruluşu tarafından temsil edilen bir Kıbrıslının girişimiyle Türk vatandaşlarının UCM'de yargılanması için bir başvuru yapılmıştır.⁸⁸ Bu başvuruda Türkiye'nin Roma Statüsü madde 8(2)(b)(viii)'de yer alan savaş suçlarından kendi nüfusunu işgal altındaki topraklara yerleştirmek ve nüfusun tamamını veya bir kısmını işgal edilen topraklar içinde sürmek veya nakletmek etmek suçunu işlediği iddia edilmiştir. Bu madde Bangladeş/Myanmar kararında belirtilen Roma Statüsü madde 7(1)(h) ve 7(1)(k)'da yer alan zulüm ve diğer insanlık dışı eylemler hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, Kuzey Kıbrıs'ta bulunan evlerine geri dönüş hakkını kullanamayan Kıbrıslıların içinde bulundukları süregiden durum sebebiyle Mahkeme yargı yetkisinin bulunduğunu iddia edebilecektir. Aynı şekilde Kıbrıs'a yerleşen Türk vatandaşları üzerinden de benzer bir değerlendirme yapmak mümkün olabilecektir. Hâlihazırda UCM savcılığı yapılan bu başvuruyu gündemine almamıştır. Ancak Bangladeş/Myanmar meselesinin Türkiye tarafından da dikkatle izlenmesi gereken bir gelişme olduğu açıktır.

88 'ICC Action: Turkey' (17 July 2014) <https://israelawcenter.org/legal_actions/icc-action-turkey/> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

Mahkeme'nin yargı yetkisinin bulunması, yetkinin bulunduğu her hususu yargılama konusu yaptığı anlamına gelmez. Yukarıda bahsedilen hususlar tartışmalı da olsa teorik olarak mümkün olmakla beraber, herhangi bir yargılama için Mahkeme'nin kabul edilebilirlik kriterlerinin de sağlanması gerekmektedir. Mahkeme, ağırlık (*gravity*) ve adaletin tecellisine hizmet (*the interest of justice*) ölçütlerine dayanarak bir eleme yapmak suretiyle pek çok meseleyi soruşturma gereği duymayabilir. Ancak Mahkeme'nin bu noktada yapacağı seçimler, birazdan da görüleceği üzere kaçınılmaz olarak eleştirilerin hedefi olacaktır.

IV. Bangladeş/Myanmar Meselesinin Doğuracağı Sorun ve Fırsatlar

Bangladeş/Myanmar meselesinde Ön Yargılama Dairesi'nin yetkiye ilişkin vermiş olduğu karar ciddi sonuçlara gebe. İlk olarak belirtmek gerekir ki, adalete erişimin yaygınlaştırılması, suçluların yargı önüne çıkarılması ve işlenen suçların cezasız kalmaması açısından Mahkeme'nin kararı takdir edilebilir. Devletlerin faaliyetlerinden doğan sorumluluklarının takibinde her ne kadar insan hakları hukukunun gelişimiyle önemli bir aşama kat edilmişse de uluslararası hukuk sistemi halen egemen eşitlik ilkesinden kaynaklı sınırlılıklar çerçevesinde işlemektedir. BM dâhil uluslararası mekanizmalar çoğu zaman ciddi insan hakları ihlalleri karşısında harekete geçmekte başarısız olmaktadır. Bu bağlamda Roma Statüsü'ne taraf olmayan devlet vatandaşları hakkında UCM yargı yolunun açılması, özellikle ağır insan hakları ihlallerine ve zulme maruz kalan kişiler ve halklar için umut verici olmuştur. Nitekim Rohingya halkı bu kararı memnuniyetle karşılamıştır.⁸⁹

Özellikle zorla yerinden edilmiş kişiler ve mülteciler için bu karar önem arz etmektedir. Zira hedef ülkede devletin Roma Statüsü'ne taraf olması, menşe ülkede gerçekleşen faaliyetlerin Mahkeme'nin yetki alanına girmesine sebep olabilmektedir. BM Güvenlik Konseyi kararının yokluğunda başka türlü yargılanması mümkün olmayan suçluların bu sayede yargılanması mümkün hale gelmektedir. Örneğin, Suriye Roma Statüsü'ne taraf olmadığından Suriye'de işlenen suçlardan dolayı kural olarak UCM'nin yargı yetkisi yoktur. Güvenlik Konseyi Rusya ve Çin'in vetoları sebebiyle Suriye meselesini UCM'ye göndermekte başarılı olamamaktadır⁹⁰. Ancak, son 12 yılda Suriye'de 14 milyon insan yerinden edilmiş, bunlardan 7 milyonu ise başka ülkelere göç etmek zorunda kalmıştır.⁹¹ Ön Yargılama Dairesi'nin Bangladeş/Myanmar meselesinde yargı yetkisine ilişkin verdiği karardan sonra Suriye devlet başkanının yargılanması için UCM'ye çeşitli başvurular olmuştur.⁹² Mahkeme Bangladeş/Myanmar meselesindeki

89 *Representations of victims from Tula Toli*, ICC-01/19, (UCM Ön Yargılama Dairesi III, 23 Ekim 2019), para. 19.

90 'Russia, China Block Security Council Referral of Syria to International Criminal Court' (*UN News*, 22 May 2014) <<https://news.un.org/en/story/2014/05/468962>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

91 'Syria Emergency' (*UNHCR*, August 2023) <<https://www.unhcr.org/uk/emergencies/syria-emergency>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

92 'Syria | The Guernica Centre for International Justice' (*Guernica 37 Centre*) <<https://www.guernicacentre.org/syria>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

içtihadını Suriye için de uygulama imkânına sahiptir, zira Suriye'nin komşularından Ürdün Roma Statüsü'ne taraftır.⁹³ Ürdün'de ise şu anda 700.000 civarında Suriyeli mülteci bulunmaktadır.⁹⁴ Bu mültecilerin içinde bulundukları durum hem sınır dışı etme, hem zulüm hem de diğer insanlık dışı eylemler bakımından soruşturma konusu yapılabilir. Ancak, belirtmek gerekir ki böyle bir girişimin başarı şansı Myanmar meselesine göre daha düşük olacaktır. Zira Myanmar'da yaşananlar aslında tartışmaya çok mahal bırakmayacak şekilde belli bir dini ve etnik grubun ülkede istenmeyip kovulmasına yöneliktir. Dolayısıyla sayılan suçların manevi unsurları Myanmar meselesinde daha bariz iken Suriye'de aynı derecede bariz olmayabilir.⁹⁵

İkinci olarak, Mahkeme'nin geniş çaplı etkinliğinin, Roma Statüsü'ne taraf devletler yanında taraf olmayan devletler üzerinde de bir baskı oluşturma kapasitesinden bahsedilebilir. UCM yargısının caydırıcı bir potansiyeli vardır. Devlet yetkilileri ve diğer bireyler faaliyetlerini gerçekleştirirken bir gün UCM yargılamasıyla karşılaşabilecekleri ihtimalini göz önünde bulundurmamak durumunda kalacaklardır. Bu sayede Roma Statüsü'nde sayılan suçları işlemekten ve diğer insancıl hukuk ihlallerini gerçekleştirmekten kaçınmalarını beklemek doğaldır. Sonuç olarak evrensel yargı yetkisine sahip bir uluslararası ceza mahkemesine ulaşma ideali bir adım ileri taşınmıştır.

Öteyandan, kararın pek çok soruna yol açması da kaçınılmazdır. Yukarıda bahsedilen mültecilerin adalete erişiminin önünü açılması bir fırsat olarak değerlendirilse de, karşılaşabilecekleri bir UCM yargılamasının bilincinde olan yetkililer, kendi devletlerinde vatandaşlarını veya azınlıkları bir yandan her türlü kötü muameleye maruz bırakırken bir yandan da onların Roma Statüsü'ne taraf olan komşu bir devlete sığınmalarına da engel olmaya çalışabilirler. Böylece sorunu kendi içine hapsetmek suretiyle Mahkeme'nin yargı yetki alanına girmekten kaçınma eğilimi gösterebilirler. Bu ise zaten zulüm altında bulunan insanların sığınma kurumundan da yararlanmasını engelleyebilecek bir boyuta ulaşabilir. Zira bazı hallerde bu insanların tek kaçış noktası taraf bir devlet üzerinden olabilir. Eğer bu da engellenirse, başka bir deyişle, insanların mülteci olmasına dahi izin verilmezse, bu insanların durumu çok daha vahim boyutlara ulaşabilir.

İkinci olarak belirtmek gerekir ki, Mahkeme'nin sağlıklı bir yargılama süreci yürütebilmesi devletlerin iş birliği olmadan mümkün değildir. Mahkeme'nin delillere veya şüphelilere erişimini sağlayacak bir kolluk birimi yoktur. Bu sebeple delillerin toplanması, şüphelilerin Mahkeme önüne çıkarılması için devletlerin desteğine ihtiyaç vardır. Ancak taraf olmadığı bir sözleşmenin bir kurumu tarafından kendi vatandaşları

93 'Jordan' <<https://asp.icc-cpi.int/states-parties/asian-states/jordan>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.

94 'Jordan' <<https://www.unhcr.org/countries/jordan>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.

95 Payam Akhavan, 'The Radically Routine Rohingya Case: Territorial Jurisdiction and the Crime of Deportation under the ICC Statute' (2019) 17 Journal of International Criminal Justice 325, 344.

aleyhine bir soruşturma yürütüldüğünde, ilgili devletin bu noktada iş birliğine açık olmayacağını tahmin etmek zor değildir. Nitekim Mahkeme şimdiye kadar taraf olmayan bir devlet vatandaşının tevkif edilmesini sağlayabilmiş değildir. Bu durumda haklı olarak şu soru gündeme gelecektir: Her ne kadar yargılama sonucunda bir ceza verilse de, verilen cezayı nihayetinde kimse çekmeyecekse adaletin tesisi ne kadar mümkündür? Dolayısıyla ilgili devletin iş birliği olmadan yürütülen tüm bu yargılama süreçlerinin ne kadar etkili olduğu veya olacağı şüphelidir.⁹⁶

Yine de uluslararası suçların takip edilmesi ve cezalandırılmasına yönelik çabalar sembolik düzeyde kalsa bile insanlık adına önemlidir. Dahası, ulusal, bölgesel ve uluslararası siyasette meydana gelen değişiklikler sonucu devletler UCM ile iş birliğine açık hale gelebilir. Nitekim Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde (EYUCM) bu durum yaşanmıştır. Avrupa Birliği'ne (AB) girme arzusunda olan Sırbistan, AB'nin baskısıyla Sırp lider Radovan Karadžić'i yargılanmak üzere EYUCM'e teslim etmiştir.⁹⁷ Karadžić savaş suçlusu olarak mahkûm edilmiştir.⁹⁸ Bosnalı mağdurlar zulme maruz kaldıkları sırada belki de Karadžić'in yargılanacağını hayal bile edememişlerdi. Ancak pek çoğu ilgili şahsın mahkûmiyetine geç de olsa şahit olabilmışlerdir. Dolayısıyla ceza yargılamalarının böyle bir potansiyeli her zaman vardır. Bu nedenle, Myanmar'daki askeri rejimin de yıkılabileceği, yerine demokratik bir yapının kurulabileceği ve yeni yönetimin Mahkeme ile iş birliği yapabileceği ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır.

Üçüncü olarak, Mahkeme'nin taraf olmayan devletlere ilişkin olarak genişlemeci tavrı uluslararası hukuk açısından dikenli bir yola girmesine sebep olmaktadır. Mahkeme'nin Statü'de sayılan haller dışında kendi içtihadıyla taraf olmayan devletlere ilişkin meselelerde kendisine bir hukuk tekniğiyle yargı yetkisi kazandırması, yani o devletin andlaşmalar hukuku bağlamında rızasını devre dışı bırakması başlı başına bir tartışma konusudur. Zaten taraf olmayan devletlere ilişkin meselelerin Güvenlik Konseyi kararıyla UCM önüne getirilmesi de oldukça sorgulanan ve Mahkeme'nin meşruiyetine gölge düşüren bir niteliğe sahipti. Daimi üyelerden ABD, Rusya ve Çin Statü'ye taraf değilken, taraf olmayan başka devletlerde yaşanan meseleleri UCM'ye taşıma gücüne sahiptirler. Bu da “güçlünün adaleti” tartışmalarını beraberinde getirmiştir.

Nitekim UCM, kuruluşundan itibaren uzun yıllar benzer eleştirilere maruz kalmıştır. Mahkeme'nin soruşturduğu meselelerin neredeyse tamamının Afrika'ya ilişkin olması, yargılanan kişilerin neredeyse tamamının siyahi olması Afrikalı devletler tarafından ciddi bir eleştiri konusu yapılmıştır. Gerçekten de 2023 yılının mart ayında Rusya

96 Douglas Guilfoyle, 'The ICC Pre-Trial Chamber Decision on Jurisdiction over the Situation in Myanmar' (2019) 73 Australian Journal of International Affairs 2, 7.

97 Simon Tisdall, 'Arresting Developments for Serbia and the EU' *The Guardian* (22 July 2008) <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2008/jul/22/radovankaradzic.warcimes1>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

98 *Karadžić ve Mladić* (Yargılama) EYUCM IT-95-5/18 (24 Mart 2016).

devlet başkanı Vladimir Putin hakkında yakalama kararı çıkarılana kadar UCM tarafından yargılananların veya arananların tamamı Afrikalılardan oluşmaktaydı.⁹⁹ Ön Yargılama Dairesi'nin yetkiye ilişkin 6 Eylül 2018 tarihli kararından önceki birkaç yıl, Afrika devletlerinin Roma Statüsü'nden çekileceğine dair ciddi tartışmaların yaşandığı bir dönemdi. Afrika Birliği ise Statü'den toplu olarak çekilmeye dair bir strateji geliştirmekle meşguldü.¹⁰⁰ Burundi, Gambia ve Güney Afrika sözleşmeden çekilme niyetlerini açıklamışlar¹⁰¹, bu sırada Filipinler ise Statü'den çekilme bildirimini resmi olarak gerçekleştirmişti.¹⁰² Diğer devletlerin de bu akımı takip edeceklerine ilişkin bir endişe mevcuttu.

Mahkeme'nin Afrika'dan gelen bu ciddi tepkiyi bir nebze de olsa bertaraf etmek amacıyla Bangladeş/Myanmar meselesinde böyle bir genişlemeci tutum içine girdiği de iddia edilmektedir.¹⁰³ Ancak böyle olsa dahi Mahkeme bir meşruiyet krizini çözmeye çalışırken başka meşruiyet krizlerini beraberinde getirme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Nitekim Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin vatandaşlarının yargılanması ihtimali bu devletlerin Mahkeme'ye karşı bir tavır almasına sebep olmaktadır. En başta ABD bu rahatsızlığı en üst perdeden dile getirmektedir. Mahkeme hâkimlerini ve savcılarını yaptırımlara tabi tutmak suretiyle tehdit etmektedir.¹⁰⁴ Eğer ABD bu tavrını devam ettirir ve baskısını artırırsa, ABD'yi takip edecek diğer devletlerle birlikte Mahkeme'ye uluslararası toplumun desteği azalır ve Mahkeme'nin popüler anlamda meşruiyeti zedelenebilir.

Sonuç

Myanmar Bangladeş meselesinde UCM Ön Yargılama Dairesi'nin yargı yetkisine ilişkin vermiş olduğu karar hem uluslararası ceza hukukunun gelişimi hem de UCM'nin geleceği açısından ciddi sonuçlara gebedir. Mahkeme aktif bir tutum izlerse, bu yorumu yalnızca sınır dışı etme suçuna ilişkin olarak değil, başka pek çok suça ilişkin olarak da benimseyebilir. Böylece Roma Statüsü'ne taraf olmayan devlet vatandaşlarına karşı yargı yetkisini oldukça genişletebilir. Dahası, Mahkeme süregiden ihlal doktrinini benimseyip taraf olmayan devlet vatandaşlarına karşı 2002 öncesinde başlayıp halen devam eden ihlaller sebebiyle dahi yargı yetkisinin olduğunu iddia edebilir.

99 'Defendants | International Criminal Court' <<https://www.icc.int/defendants>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

100 Anita Powell, 'Quietly, AU Encourages Withdrawal From International Criminal Court' (*Voice of America*, 1 February 2017) <<https://www.voanews.com/a/quietly-au-encourages-withdrawal-from-international-criminal-court/3701428.html>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

101 Manisuli Ssenyonjo, 'State Withdrawal Notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia' (2018) 29 Criminal Law Forum 63.

102 'ICC Statement on The Philippines' Notice of Withdrawal: State Participation in Rome Statute System Essential to International Rule of Law | International Criminal Court' <<https://www.icc-cpi.int/news/icc-statement-philippines-notice-withdrawal-state-participation-rome-statute-system-essential>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

103 Hitomi Takemura, *The Legitimacy, Effectiveness, and Efficiency of the ICC* (Springer Nature 2023) 130.

104 'US Threatens to Arrest ICC Judges If They Pursue Americans for Afghan War Crimes' (*France 24*, 10 September 2018) <<https://www.france24.com/en/20180910-usa-trump-threatens-arrest-icc-judges-american-soldiers-afghan-war-crimes>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

Suçların cezasız kalmaması ve adaletin tesisi açısından böyle bir yaklaşım belki arzu edilebilir. Ancak hâlihazırda neredeyse sadece Afrikalıları soruşturmakla eleştirilen Mahkeme'nin yer ve zaman bakımından yetkisini genişletmesiyle yine aynı tutumu devam ettirip daha zayıf devlet vatandaşlarını daha fazla hedef alması muhtemeldir. Böylesi bir durum güçlünün adaleti tartışmalarını artıracak ve Mahkeme'nin meşruiyet sorununu derinleştirecektir. Aksi yönde bir tutum ise Mahkeme'yi güçlü devletlerin hedefine koyacak, Mahkeme yine meşruiyet sorunu ile karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla şu aşamada Mahkeme'den bu derece cüretkâr bir tutum beklemek gerçekçi değildir. Ancak Mahkeme'nin Bangladeş/Myanmar meselesinde geliştirdiği yorumu nereye kadar götüreceği henüz belirsizdir. Açıktır ki Mahkeme bir yerde ilgili yorumu sınırlandırmak zorunda kalacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: H.B.B, M.C.K.; Veri Toplama: H.B.B, M.C.K.; Veri Analizi /Yorumlama: H.B.B, M.C.K.; Yazı Taslağı: H.B.B, M.C.K.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: H.B.B, M.C.K.; Son Onay ve Sorumluluk: H.B.B, M.C.K.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

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

Author Contributions: Conception/Design of study: H.B.B, M.C.K.; Data Acquisition: H.B.B, M.C.K.; Data Analysis/ Interpretation: H.B.B, M.C.K.; Drafting Manuscript: H.B.B, M.C.K. Critical Revision of Manuscript: H.S.P.; Final Approval and Accountability: H.B.B, M.C.K.

Bibliyografya/Bibliography

Kitap, Kitap Bölümü ve Makaleler

Akhavan P, 'The Radically Routine Rohingya Case: Territorial Jurisdiction and the Crime of Deportation under the ICC Statute' (2019) 17 Journal of International Criminal Justice 325-345.

Aksar Y, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2022).

Aust A, *Modern Treaty Law and Practice* (3rd edition, Cambridge University Press 2014).

Beaulac S, 'The Lotus Case in Context: Sovereignty, Westphalia, Vattel, and Positivism' in Stephen Allen and others (eds), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press 2019) 40-58.

Cryer R and others, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (2nd edition, Cambridge University Press 2010).

Guilfoyle D, 'The ICC Pre-Trial Chamber Decision on Jurisdiction over the Situation in Myanmar' (2019) 73 Australian Journal of International Affairs 2-8.

Gündüz A, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Belgeler* (2. Baskı, İstanbul Beta Yayınları 1994).

Hillier T, *Principles of Public International Law* (1st edition, Routledge-Cavendish 1999).

Kul MC, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu* (On İki Levha Yayıncılık 2016).

- Kul, MC, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi' nin Tecavüz Suçu (Saldırı Suçu) Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Harekete Geçirilmesi' (2023) 1 İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-114.
- Lowe V, *International Law* (Oxford University Press 2007).
- Sohel MS, 'The Rohingya Crisis in Myanmar: Origin and Emergence' (2017) 2 Saudi Journal of Humanities and Social Sciences 1007-1018.
- Ssenyonjo M, 'State Withdrawal Notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia' (2018) 29 Criminal Law Forum 63-119.
- Takemura H, *The Legitimacy, Effectiveness, and Efficiency of the ICC* (Springer Nature 2023).
- Uddin N, 'Ethnic Cleansing of the Rohingya People' in Steven Ratuva (ed), *The Palgrave Handbook of Ethnicity* (Springer 2019) 1-17.
- White, Nigel D, *Law of International Organisations* (3rd edn, Manchester University Press 2017).

Uluslararası Sözleşmeler

- Charter of the United Nations (Kabul 26 Haziran 1945, Yürürlüğe Giriş 24 Ekim 1945) 1 UNTS XVI.
- The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Kabul 9 Aralık 1948, Yürürlüğe Giriş 12 Ocak 1951) 78 UNTS 276.
- The International Covenant on Civil and Political Rights (Kabul 16 Aralık 1966, Yürürlüğe Giriş 23 Mart 1976) 99 UNTS 171.
- The Rome Statute of the International Criminal Court (The Rome Statute) (Kabul 17 Temmuz 1998, Yürürlüğe Giriş 1 Temmuz 2002) 2187 UNTS 90.
- The Vienna Convention on the Law of Treaties (Kabul 23 Mayıs 1969, Yürürlüğe Giriş 27 Ocak 1980) 1155 UNTS 331.

Uluslararası Örgütler ve Mahkeme Kararları

- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, (Derdest) ICJ Press Release 2019/47 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20191111-PRE-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 03 Nisan 2024.
- BM Güvenlik Konseyi Karar 2669 (21 Aralık 2022) BM Dök S/RES/2669.
- BM İnsan Hakları Konseyi, 'Report of the Independent International Fact-finding Mission on Myanmar', (12 Eylül 2018), A/HRC/39/64.
- BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, *Mission report of OHCHR rapid response mission to Cox's Bazar, Bangladesh 13-24 September 2017*, 2017.
- Certain Expenses of the United Nations* (Danışma Görüşü) 1962 ICJ Rep 151.
- Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (UCM Ön Yargılama Dairesi I, Karar) ICC-RoC46(3)-01/18-37, (6 Eylül 2018).
- International Law Commission, 'Draft Articles on the Responsibility of International Organizations' (2011).
- Karadžić ve Mladić* (Yargılama) EYUCM IT-95-5/18 (24 Mart 2016).
- Loizidou v Turkey* (Yargılama) (Başvuru No. 15318/89 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire, 18 December 1996).
- Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute* (UCM Savcılık Makamı) ICC-RoC46(3)-01/18-1 (9 Nisan 2018).

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, (Danışma Görüşü) 1949 ICJ Rep 174, 185.

Representations of victims from Tula Toli (UCM Ön Yargılama Dairesi III) ICC-01/19 (23 Ekim 2019).

Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15 (UCM Savcılık Makamı) ICC-01/19-7 (4 Temmuz 2018).

The Case of the S.S. Lotus (France v Turkey) (Yargılama) PCIJ Rep Series A. No. 70.

Çevrimiçi Kaynaklar

‘Amendments to the of the International Criminal Court, Adoption of Amendments on the Crime of Aggression’ (11 June 2010) <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/RC2010/AMENDMENTS/CN.651.2010-ENG-CoA.pdf> Erişim Tarihi 8 Ekim 2023.

‘Annex E to Prosecution Notice of Documents for Use in Status Conference’, ICC-RoC46(3)-01/18-27-AnxE (19 Haziran 2018) <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-roc463-01/18-27-anxe>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.

‘Arrangement on Return of Displaced Persons from Rakhine State’ 23 November 2017, <http://www.theindependentbd.com/assets/images/banner/linked_file/20171125094240.pdf> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

Assembly of State Parties to Rome Statute, ‘Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression’, Resolution ICC-ASP/16/Res.5, (14 December 2017) <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-ENG.pdf> Erişim Tarihi 8 Ekim 2023.

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, İnsan Hakları Sözleşme Organları Veri Tabanı, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=119&Lang=EN> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

‘Defendants | International Criminal Court’ <<https://www.icc-cpi.int/defendants>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

‘ICC Action: Turkey’ (17 July 2014) <https://israellawcenter.org/legal_actions/icc-action-turkey/> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

‘ICC Statement on The Philippines’ Notice of Withdrawal: State Participation in Rome Statute System Essential to International Rule of Law | International Criminal Court’ <<https://www.icc-cpi.int/news/icc-statement-philippines-notice-withdrawal-state-participation-rome-statute-system-essential>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

‘International Criminal Court’ (International Justice Resource Center, 7 Şubat 2010) <<https://ijrcenter.org/international-criminal-law/international-criminal-court/>> Erişim Tarihi 8 Ekim 2023.

‘Jordan’ <<https://asp.icc-cpi.int/states-parties/asian-states/jordan>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.

‘Jordan’ <<https://www.unhcr.org/countries/jordan>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.

‘Memorandum of Understanding Between Myanmar Government, UNDP and UNHCR - Progressive Voice Myanmar’ <<https://progressivevoicemyanmar.org/2018/06/29/memorandum-of-understanding-between-myanmar-government-undp-and-unhcr/>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2023.

‘Palestine’ <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.

Powell A, ‘Quietly, AU Encourages Withdrawal from International Criminal Court’ (*Voice of America*, 1 February 2017) <<https://www.voanews.com/a/quietly-au-encourages-withdrawal-from-international-criminal-court/3701428.html>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

- 'Remarks by President Trump to the 73rd Session of the United Nations General Assembly | New York, NY – The White House' (Eylül 2018) <<https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny/>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2024.
- 'Rohingya', *Britannica* (2023) <<https://www.britannica.com/topic/Rohingya>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.
- 'Rohingya Emergency' (*UNHCR UK*) <<https://www.unhcr.org/uk/emergencies/rohingya-emergency>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.
- 'Russia, China Block Security Council Referral of Syria to International Criminal Court' *UN News* (22 May 2014) <<https://news.un.org/en/story/2014/05/468962>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.
- 'Situation in Ukraine ICC-01/22' <<https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.
- 'Syria | The Guernica Centre For International Justice' (*Guernica 37 Centre*) <<https://www.guernicacentre.org/syria>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.
- 'Syria Emergency' (*UNHCR*) <<https://www.unhcr.org/uk/emergencies/syria-emergency>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.
- 'The Rohingya: The World's Largest Stateless Population' (*Médecins Sans Frontières Australia | Doctors Without Borders*) <<https://msf.org.au/rohingya-worlds-largest-stateless-population>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.
- Tisdall S, 'Arresting Developments for Serbia and the EU' *The Guardian* (22 July 2008) <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2008/jul/22/radovankaradzic.warcrimes1>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.
- 'UN Human Rights Chief Points to "Textbook Example of Ethnic Cleansing" in Myanmar' (*UN News*, 11 September 2017) <<https://news.un.org/en/story/2017/09/564622-un-human-rights-chief-points-textbook-example-ethnic-cleansing-myanmar>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.
- 'US backs special tribunal on Russia 'aggression' against Ukraine' (*France 24*, 28 March 2023) <<https://www.france24.com/en/live-news/20230328-us-backs-special-tribunal-on-russia-aggression-against-ukraine>> Erişim Tarihi: 8 Ekim 2023.
- 'US Threatens to Arrest ICC Judges If They Pursue Americans for Afghan War Crimes' (*France 24*, 10 September 2018) <<https://www.france24.com/en/20180910-usa-trump-threatens-arrest-icc-judges-american-soldiers-afghan-war-crimes>> Erişim Tarihi 14 Ocak 2024.

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Alman Federal Mahkemesi’nin Yabancı Hakem Kararının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi Talebinin Reddine İlişkin 9 Mart 2023 Tarihli Kararı ve Güncel Gelişmeler Işığında Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

The Law Applicable to Arbitration Agreements in Light of the Decision of the German Federal Court Dated 9 March 2023 on the Refusal to Enforce A Foreign Arbitral Award Against Third Parties and Recent Developments

Banu Şit Köşgeroğlu* 

Öz

Bu çalışmada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından zımnî hukuk seçimi ve esas sözleşmeye uygulanacak hukukun rolü ele almaktadır. Son dönemde çeşitli hukuk düzenlerinde yüksek mahkemeler bu konuya ilişkin olarak birbirinden farklı eğilimler göstermiştir. Alman Federal Mahkemesi tarafından 9 Mart 2023 tarihinde verilen bir karar bu anlamda dikkat çekicidir. Kararda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnen seçildiği kabul edilmiş olup, benzer kararlar İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından da daha önce verilmiştir. Diğer bazı hukuk düzenlerinde de zımnî hukuk seçimi ve/veya en sıkı ilişkili hukuk değerlendirmeleri yapılarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlendiği görülmektedir. Son dönemde İngiliz Hukuk Komisyonu tarafından zımnî hukuk seçimini bertaraf eden bir yasa değişikliği önerisi getirilmiş olması, bu konuda hukukî kesinliğin öne çıkarılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili, grup şirketler, zımnî hukuk seçimi

Abstract

This study covers the implied choice of law and the role of the law applicable to the main contract in determining the law to be applied to the arbitration agreement. Recently, high courts in various legal systems have shown different tendencies regarding this issue. A decision made by the German Federal Court on March 9, 2023 is remarkable in this sense. In the decision, it was accepted that the law applicable to the arbitration agreement was implicitly chosen, and the English Supreme Court previously gave similar decisions. In some other legal systems, it is observed that the law applicable to the arbitration agreement is determined by making implied choice of law and/or the most closely connected law evaluations. The fact that the English Law Commission has recently proposed a law change that eliminates the implied choice of law reveals that legal certainty should be emphasized in this regard.

Keywords

Law applicable to the arbitration agreement, extension of the arbitration agreement to non-signatories, group companies, implied choice of law

* Sorumlu Yazar: Banu Şit Köşgeroğlu (Prof. Dr.), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: banusit@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8407-9446

Atf: Şit Köşgeroğlu B, “Alman Federal Mahkemesi’nin Yabancı Hakem Kararının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi Talebinin Reddine İlişkin 9 Mart 2023 Tarihli Kararı ve Güncel Gelişmeler Işığında Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk”. (2024) 44(2) PPIL 517. <https://doi.org/10.26650/ppil.2024.44.2.1470988>

Extended Summary

Determining the law applicable to an arbitration agreement is a controversial issue in various aspects. The increase in problems regarding the extension of arbitration agreements to third parties in practice has revealed the importance of determining the law applicable to the arbitration agreement. Essentially, it has become important whether the arbitration agreement is valid for the third parties subject to the extension request. However, in cases where there is no request to extend the arbitration agreement to third parties; it should not be overlooked that there are also invalidity claims among the existing parties.

The invalidity claims of arbitration agreements can be raised before arbitrators, as well as before state courts. Both in cases of annulment of arbitral awards and cases of enforcement of foreign arbitral awards, the validity of arbitration agreements and the determination of the law to be applied to arbitration agreements are handled by state courts. However, as will be seen below, the lack of a uniform regulation and/or practice regarding the law applicable to arbitration agreements has led to different decisions by the courts of various states on this issue. Particularly in cases of annulment of arbitral awards and/or requests for recognition and enforcement, decisions are made by the relevant state courts. These decisions are rendered according to the trends that dominate the issue of extension in the relevant legal systems. In this context, first of all, emphasis should be placed on determining the law applicable to the arbitration agreement depending on the intent of the parties. It is generally accepted that the law applicable to the arbitration agreement can be determined by the parties.

In other words, the parties can determine the law applicable to the arbitration agreement as well as the law applicable to the main contract. However, it is a fact that the parties generally do not include a separate choice of law clause to be applied to the arbitration agreement. In fact, the law applicable to the main contract is generally chosen but, the law applicable to the arbitration agreement has not been determined by the parties expressly. For this reason, the implied choice of law and the role of the law applicable to the main contract are mostly discussed.

Recently, high courts in various legal systems have demonstrated different tendencies regarding the law applicable to arbitration agreements, and contradicting evaluations have been made, especially regarding the extension of the arbitration agreement to third parties. While some higher courts consider the choice of law applicable to the main contract by the parties as an implied choice of law, others consider the determination of the seat of arbitration as an implied choice of law. In addition, where there is no choice of law, assessments have been made based on the most closely connected law, especially by the English courts.

A recent decision rendered by the German Federal Court on March 9, 2023, is noteworthy in this regard. The decision examines whether the arbitral award may

be enforced in the event that the arbitration agreement is extended to companies within a group of companies. The Federal Court upheld the rejection of the request for enforcement of the arbitral award after examining various issues. On appeal to the Federal Court, the Koblenz Regional High Court ruled that the arbitration agreement could not be extended to a third party. Although there are no detailed evaluations regarding the extension of the arbitration agreement to the companies in the group, it can be said that the decision reflects the perspective of German law. The Federal Court determined the applicable law to the arbitration agreement on the basis that the extension of the arbitration agreement to third parties is a matter of the law applicable to the substance of the arbitration agreement. The applicable law to the arbitration agreement was determined as German law, despite the seat of arbitration being Russia. Because the contract contained a choice of law clause indicating that the contract is subject to German law. The Court interpreted that the law applicable to the arbitration agreement was impliedly determined by the parties and concluded that the extension of the arbitration agreement to third parties under German law was not appropriate. Similarly, in some recent decisions of the English Supreme Court and the French Supreme Court on the requests for enforcement and annulment of arbitral awards, especially in some cases where the issue of extension to third parties is discussed, different principles are applied on the applicable law to the arbitration agreement and different conclusions are reached in parallel cases. Legal certainty and predictability have been undermined as a result of these different approaches. In this respect, the English Law Commission has recently proposed an amendment to the English Arbitration Act, which, if enacted, will eliminate the implied choice of law in determining the law applicable to the arbitration agreement in English law.

In this study, firstly, the dispute subject to the decision of the German Federal Court and the discussions regarding the determination of the applicable law to the arbitration agreement on the basis of this decision are discussed. For this purpose, firstly, information on the dispute subject to the decision is provided, and then the approach of some other legal systems and recent judicial decisions on the determination of the applicable law to the arbitration agreement are analyzed. In particular, taking into account the developments regarding the implied choice of the law applicable to the arbitration agreement by the parties, the appropriateness of the interpretations regarding the implied choice of the applicable law is discussed. Finally, the views on the determination of the applicable law in Turkish international arbitration law are evaluated.

It should also be noted that this study addresses the question of determination of the applicable law to the arbitration agreement in cases where the issue is discussed before the state courts, upon the first objection to arbitration, and upon requests for annulment or enforcement of arbitral awards.

Giriş

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiler bakımından geçerli olup olmadığı; bir diğer deyişle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesinin mümkün olup olmadığı genellikle bu hukuka göre değerlendirildiği için, zaman içinde daha çok önem kazanmış; ancak ulusal hukuk düzenlerinde, aşağıda görüleceği üzere, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin yeknesak bir düzenleme ve/veya uygulamanın bulunmaması bu konuda çeşitli devletlerin mahkemeleri tarafından farklı doğrultuda kararlar verilmesine yol açmıştır.

Özellikle hakem kararlarının iptali davalarında ve/veya tanıma – tenfiz talepleri üzerine konu ile ilgili devlet mahkemelerince karar verilmekte; bu kararlar ilgili hukuk düzenlerinde teşmil konusuna hâkim olan eğilimlere göre şekillenmektedir. Son dönemde Alman Federal Mahkemesi’nin (Federal Mahkeme) bir hakem kararının tenfizi talebi üzerine verdiği karar,¹ tahkim anlaşmasının şirketler grubuna dahil şirketlere teşmil edilmesi halinde, hakem kararının tenfizi imkânının bulunup bulunmadığının incelenmesi bakımından dikkat çekicidir. Federal Mahkeme, hakem kararının tenfizi talebinin reddini, çeşitli hususları inceledikten onamıştır. Federal Mahkeme’ye temyiz üzerine gelen Koblenz Bölge Yüksek Mahkemesi’nin kararında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin mümkün olmadığı gerekçesine başvurulmuştur. Tahkim anlaşmasının gruba dahil şirketlere teşmili ile ilgili ayrıntılı değerlendirmelere yer verilmiş olmasa da kararın Alman hukukuna ait bakış açısını yansıttığı söylenebilir. Federal Mahkeme, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka tâbi bir konu olduğundan hareketle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemiştir. Kararın bu çalışmaya konu edilen yönü de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, tahkim yeri Rusya olmasına karşın, tahkim kaydını içeren sözleşmede yer alan ve bu sözleşmeye uygulanacak hukuku gösteren kayıt uyarınca Alman hukuku olarak tespit edilmiş olmasıdır. Mahkeme, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca zımnen belirlendiği yorumuna yer vermiş ve bu temel üzerinde Alman hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin yerinde olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Benzer şekilde, yine son zamanlarda İngiliz Yüksek Mahkemesi ve Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından hakem kararlarının tenfizi ve iptali talepleri üzerine, özellikle üçüncü kişilere teşmil meselesinin tartışıldığı bazı kararlarda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde farklı esaslardan hareket edildiği ve paralel davalarda farklı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.²

Aşağıda öncelikle Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan uyuşmazlık ve bu karar temelinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin tartışmalar ele alınmaktadır. Bu amaçla ilk olarak, karara konu uyuşmazlığa ilişkin

1 Karar için bkz. BGH, Beschluss vom 09.03.2023 - I ZB 33/22, <<https://openjur.de/u/2467450.html>> Erişim Tarihi 07.08.2023.

2 Bkz. aşağıda III. E.

bilgiler aktarılmakta; ardından tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti konusunda diğer bazı hukuk düzenlerinin yaklaşımı ve konuya ilişkin güncel yargı kararları incelenmektedir. Özellikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca zımnî olarak seçilmesi konusuna ilişkin gelişmeler dikkate alınarak uygulanacak hukukun zımnî belirlenmesi yönündeki yorumların yerindeliği tartışılmaktadır. Son olarak, Türk milletlerarası tahkim hukukunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin görüşler değerlendirilmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki, bu çalışmada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi sorunu, devlet mahkemeleri önünde, tahkim ilk itirazı üzerine, hakem kararlarının iptali veya tenfiz talepleri üzerine konunun tartışıldığı haller bakımından ele alınmaktadır.

I. Dava Konusu Uyuşmazlık ve Federal Mahkeme Tarafından Yapılan Değerlendirme

Tahkim konusu uyuşmazlıkta davacı ve Almanya'da tenfiz talebinde bulunan (başvurucu), Alman vatandaşı bir gerçek kişi olup, bu kişi Rusya'da kurulmuş birden fazla şirketin ortağıdır. Bu gerçek kişinin, ortağı ve genel müdürü olduğu ООО G. şirketi ise Rusya'da kurulu olup, tahkim yargılamasında davacı tarafta yer almıştır.

Davalılar ise, meyve suyu üretimi yapan bir şirketler grubuna dahil dört şirkettir. Bu şirketlerden biri holding şirketi olarak anılan Rusya'daki faaliyetler için kurulan şirkettir.

Alman Federal Mahkemesi'nin kararına göre,

“2003 yılında Davalı şirketler grubu, birinci davalı olan E.G. Russland Holding GmbH ve bunun bağlı şirketi St. Petersburg'da kurulu E.-G. R. (EGR) aracılığıyla Rus pazarında etkinlik kazanmak üzere faaliyete geçmeye karar vermiştir. Başlangıçta, başvurusunun şirketleri ile iş birliği yapılmıştır (start-up aşamasında).

Bu amaçla, davacı gerçek kişi, davacı şirketler ve davalı şirketler, Rusya'da meyve suyu sektöründeki faaliyetlerini genişletmek amacıyla 5 Mart 2007'de birtakım sözleşmeler (sözleşme paketi) akdetmişlerdir. Bunlar:

- EGR ile ООО G. arasında üç adet operasyonel sözleşme (üretim, acentalık ve dağıtım, depolama ve lojistik sözleşmeleri);

- Birinci davalı E.G. Russland Holding GmbH ile ООО A. Danışmanlık arasında opsiyon sözleşmesi;

- EGR ve birinci davalı E.G. Russland Holding GmbH bir yanda; tenfiz başvurusunda bulunan tarafından temsil edilen ООО G. ve ООО A. Danışmanlık, ZAO A.&Co. ve tenfiz başvurusunda bulunan Alman vatandaşı gerçek kişi diğer yanda olmak üzere akdedilen bir sulh anlaşması.

Söz konusu sulh anlaşması diğer hükümleri yanında aşağıdaki hükümleri içermektedir:

1. Sözleşmenin konusu

1.1. Taraflar, 2003 yılından beri Sözleşme Bölgesi içinde E. G. Group'un ürünlerinin üretilmesi ve pazarlanması ile ilgili ilişki içindedir.

1.2. Taraflar bu iş ilişkilerini genişletmek ve yeni sözleşme paketi akdederek yeni bir sözleşmesel temel üzerine yerleştirmek istemektedirler.

1.3. İşbu Anlaşma tarihinde yeni sözleşme paketinin akdedilmesiyle, taraflar sözleşmelerinden ve iş ilişkilerinden doğan aralarında mevcut bütün meseleleri ve karşılıklı talepleri bu Anlaşma ile nihai olarak çözmeyi istemektedirler.

8. Düzenlemelerin nihai karakteri

8.1. Taraflar, işbu Anlaşmanın imzalanması üzerine, taraflar arasında işbu Anlaşmada ele alınan hususlar ve iş ilişkilerinden kaynaklanan tüm muallak taleplerin nihai olarak çözüme kavuşturulacağını ve ayrıca işbu Anlaşma kapsamındaki ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle nihai olarak yerine getirileceğini kabul ederler.

8.2 İşbu Anlaşmanın tüm tarafları, kendileriyle ilişkili kişilerin de işbu Anlaşmada ele alınan hususlar ve iş ilişkilerinden kaynaklanan her türlü talepte bulunmaktan vazgeçeceklerini ve işbu Anlaşmanın nihai niteliğini kabul edeceklerini beyan ve taahhüt ederler. ...

11. Nihai hükümler

...

11.6. Bu Sözleşmeden kaynaklanan veya Sözleşmenin ihlali, feshi veya hükümsüzlüğü ile ilgili tüm anlaşmazlıklar, olağan mahkemeler hariç olmak üzere, Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Tahkim Mahkemesi Tahkim Kurallarına uygun olarak 3 (üç) kişiden oluşan bir hakem heyeti tarafından nihai olarak çözülecektir. Tahkim yeri Moskova olacaktır. Tahkim yargılamasının dili Almanca olacaktır.

11.7 Bu sözleşme Alman hukukuna tabidir.

Üç operasyonel sözleşmenin her biri ayrıca Moskova Ticaret ve Sanayi Odası'ndaki tahkim mahkemesini ve yargılama dilinin Almanca olmasını kabul eden bir tahkim şartı içeriyordu. Operasyonel sözleşmeler Rus hukukuna tabidir. Opsiyon sözleşmesinin tahkim şartında ise, Alman hukukuna tabi olmak üzere, Alman Tahkim Kurumu (DIS) ile tahkim yerinin Frankfurt am Main ve yargılama dilinin Almanca olması kararlaştırılmıştır."

EGR, OOO G. ile yaptığı operasyonel sözleşmeleri 2007 yılı sonunda feshetmiş ve akabinde iflas takibine uğramış olup, iflas süreci OOO G.'nin mallarını da kapsamıştır.

2016 yılında davacı, davalılara ve E Group şirketlerinin eski yöneticilerine karşı Sulh Anlaşması m. 11.6'da yer alan tahkim kaydına dayanarak Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Tahkim Divanı nezdinde tahkim yargılaması başlatmıştır. Yukarıda görüldüğü üzere, Sulh Anlaşması m. 11.6'da bir tahkim kaydı yer almakta olup, tahkim dili olarak Almanca ve sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak da Alman hukuku seçilmiştir.

Tahkim talebinde bulunan davacı, EGR'nin 2008 yılında başlayan kurumsal varlıklarının planlı bir şekilde geri çekilmesi sırasında varlığını yok eden müdahaleler nedeniyle 68.228.226 Avro tutarında tazminat talep etmiştir.

Yetki ile ilgili itirazlar sonrasında hakem heyeti, davalıların, müştereken ve müteselsilen davacıya 49.024.599,75 Avro ile faiz ve masraflar tutarında tazminat ödemesine karar vermiştir. Rus mahkemesinde açılan hakem kararının iptali davası reddedilmiştir.

Koblenz Bölge Yüksek Mahkemesi'nin tenfiz talebi üzerine karar vermesine kadar olan süreçte, davalılar hakem kararının tenfizinin mümkün olmadığı yönünde menfi bir tespit talebinde bulunmuş; bu talep de reddedilmiştir.

Tenfiz talebi ise, tahkim anlaşmasının sadece tenfiz talebinde bulunan ile ilk davalı arasında akdedilen Sulh Anlaşması m. 11.6'da yer aldığı ve sadece bu Sulh Anlaşması'nın taraflarını bağladığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Tahkim anlaşmasının hükümlerinin ve yorumunun Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi) m. V(1)(a) uyarınca Alman hukukuna tâbi olduğu Bölge Yüksek Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir. Mahkeme kararına göre, hakem heyeti, kişi bakımından tahkim anlaşmasının kapsamını aşan bir karar vermiştir.

Bölge Yüksek Mahkemesi, New York Sözleşmesi m. II (2) anlamında tahkim anlaşmasının sadece tenfiz talebinde bulunan ile ilk davalı (*E.G. Russland Holding GmbH*) arasında var olduğunu; ikinci, üçüncü ve dördüncü davalının tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ve üçüncü kişi olarak tahkim anlaşmasının bu kişilere teşmil edilmediğini; hakem heyetinin tahkim anlaşmasının konu bakımından da kapsamını aşan bir karar verdiğini tespit etmiştir. Karara göre, New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca, eğer tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka göre veya taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa, hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçersiz ise, tanıma – tenfiz talebi reddedilebilir; Sulh Anlaşması m. 11.6'da yer alan tahkim anlaşması sadece başvuru ile ilk davalı arasında akdedilmiş olup diğer davalıların yetki itirazına etki tanınmamalıdır. Buna göre, Sulh Anlaşması 5 Mart 2007'de başvuru ve kendisinin ortak olduğu birkaç şirket ile, E Group tarafında

EGR'nin iki bağılı şirketi ve ilk davalı arasında imzalanmış; fakat ikinci, üçüncü ve dördüncü davalı bu anlaşmaya taraf olmamıştır.

Bölge Yüksek Mahkemesi, Sulh Anlaşması m. 11.6'da yer alan tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kişi bakımından kapsamının Alman hukukuna tabi olduğunu da teyit etmiştir. Buna göre, New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyebilirler. Somut olayda taraflar esas sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmekle, zımnî olarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da seçmişlerdir. Esas sözleşme, Alman hukuku ile yakın ilişkilidir. Tenfiz talebinde bulunan Alman vatandaşıdır ve sözleşme bir Alman şirketi ile E Group'a bağlı Rus şirketi EGR arasında akdedilmiştir. Sözleşme Alman hukukuna tâbi tutulmuş ve bütün taraflarca Almanya'da imzalanmıştır. Tahkim yeri olan Moskova'da cereyan edecek olan tahkimin dili olarak Almanca belirlenmiştir. Tahkim anlaşması bu ana sözleşmede yer almıştır. Nihaî olarak, sözleşmenin Almanca ve Rusça versiyonları arasında bir çelişki olduğunda Almanca metnin üstünlüğü kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre, iki tarafın menfaatleri makul bir şekilde değerlendirildiğinde, sözleşme bakımından Alman borçlar hukukunun ağırlık taşıdığı görülmektedir. Bu değerlendirme ile ters düşecek şekilde Rus hukukuna yapılan atıflar dikkate değer olmayıp, tenfiz talebinde bulunan tarafından da ileri sürülmemiştir.

Bölge Yüksek Mahkemesi'nin, kapsayıcı bir değerlendirme yaptığı; tahkim yerinin Moskova olduğunu da dikkate aldığı ve tarafların menfaatleri makul bir şekilde değerlendirildiğinde Alman hukukunun zımnî olarak seçildiği yorumunun ağır bastığı Federal Mahkeme tarafından teyit edilmiştir. Bu doğrultuda, Bölge Yüksek Mahkemesi'nin tahkim anlaşmasının 2, 3 ve 4 no'lu davalıları kapsamadığı yorumu yerinde görülmüştür. Aynı doğrultuda, hakem kararında tahkim anlaşmasının dürüstlük kuralı temelinde üçüncü kişilere teşmil edildiğinin varsayıldığı ve bu nedenle kararın tanınmadığı; bununla birlikte, 2, 3 ve 4 no'lu davalıların grup şirket oldukları gerekçesiyle de tanınmanın Alman hukukuna göre mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Alman hukukuna göre, tahkim anlaşmasının sözleşme tarafları ve halefleri için bağlayıcı olduğu vurgulanmıştır. Bu kuralın bir istisnası olarak, kişisel olarak sorumlu olan şirket ortaklarının tahkim anlaşması ile bağlılığının tanındığı belirtilmiştir.

Federal Mahkeme'ye göre, maddî hukuk anlamında müteselsil sorumluluk, usul hukuku alanında tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edileceği anlamına gelmez. Tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına ilişkin usul hukuku sorunu, maddî hukuka ilişkin duruma göre öncelik taşır ve usul hukuku uyarınca belirlenmesi gerekir. Bu doğrultuda hakem heyetinin, 2, 3 ve 4 no'lu davalılara ilişkin olarak yetkili olmadığına hükmetmesi gerekirdi. Ayrıca, tahkim yargılamasında davacı olan kişinin, tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilere karşı taleplerini devlet mahkemeleri önünde ileri sürmesi imkânının bulunduğu; davacının farklı yargı mercilerine başvurmaktan

kaçınma menfaati ile tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilerin tabîi hâkim ilkesi uyarınca korunması menfaati karşılaştırıldığında, üçüncü kişilerin korunması gereğinin ağır bastığı sonucuna ulaşılmıştır.

II. Alman Federal Mahkemesi Kararında Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Zımnî Olarak Belirlenmesi

Yukarıda görüldüğü üzere, Alman Federal Mahkemesi, New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin taraflarca seçilen hukuka veya taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa, hakem kararının verildiği yer hukukuna göre incelenmesi gereğine işaret etmiştir. Böylece Federal Mahkeme, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun öncelikle taraf iradelerine göre belirlenmesi esasını kabul etmiştir. Ancak somut olayda taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açık bir hukuk seçimi yapılmadığı tartışma konusu değildir. Mahkeme, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmadığını tespit ederek tahkim yeri hukuku olan Rus hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanması esasını öne çıkarmamış; bunun yerine taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnî de seçilebileceğini kabul etmiştir. Bu doğrultuda, diğer etkenler arasında özellikle Sulh Anlaşması m. 11.7'de yer alan ve uygulanacak hukuku Alman hukuku olarak gösteren hukuk seçimi kaydından hareketle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku da zımnî seçtikleri ve tahkim anlaşmasının da Alman hukukuna tâbî tutulduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'nin zımnî hukuk seçimi yorumuna katkıda bulunan diğer unsurlar arasında tahkim dilinin Almanca olarak belirlenmesi, tenfiz talebinde bulunanın Alman vatandaşı olması, sözleşmenin bütün taraflarca Almanya'da imzalanmış olması, bir Alman şirketinin sözleşmeye taraf olması ve sözleşmenin Almanca metnine üstünlük tanınmasından bahsedilmiştir. Nihayetinde Federal Mahkeme, Bölge Mahkemesi'nin tahkim yerinin Rusya olması gerçeğini dikkate aldığını da ifade ettikten sonra, iki tarafın menfaatleri makul bir şekilde değerlendirildiğinde Alman hukukunun zımnî olarak seçildiği yorumuna geçerlilik tanımıştır. Bu unsurlar arasında, tahkim şartının yer aldığı Sulh Anlaşması'na uygulanmak üzere seçilen hukukun Alman hukuku olması en çok ağırlık taşıyan unsur olarak dikkat çekmektedir. Federal Mahkeme tarafından yapılan "tarafların menfaatleri makul bir şekilde değerlendirildiğinde" yorumunun ise, aslında zımnî hukuk seçiminin bir unsuru olmaması gerekir. Zira zımnî hukuk seçimi kabul edilecekse bile, bunun, taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle belirlenebileceği; tarafların menfaatlerine ilişkin bir değerlendirmenin zımnî hukuk seçiminin var olup olmadığının ortaya konulmasında bir işlevinin olmaması gerektiği açıktır.³

3 Bayata Canyaş, A., "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi" (2011) 1(1) HÜHFD 113; Mario Giuliano and Paul Lagarde, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 1980, OJ C 282/17 para. 3(Giuliano-Lagarde Report); Özdemir Kocasakal, H., "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanacak Kuralları" (2010) 30(1-2) MHB 27, 45.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnî olarak seçilebileceği kabul edilmekle birlikte, zımnî hukuk seçiminin ne şekilde belirleneceği o derece açık ve net değildir. Son dönemde, aşağıda ele alınacağı üzere, ulusal yargı kararlarında zımnî hukuk seçimine ilişkin olarak farklı yönlerde değerlendirmeler getirilmiş olması ve özellikle İngiliz hukukunda konuya ilişkin olarak yapılması önerilen bir kanun değişikliği, bu konunun ve hatta zımnî hukuk seçiminin kabul edilmesinin tartışılmaya devam edeceğini göstermektedir.

III. Zımnî Hukuk Seçimi, Esas Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun veya Tahkim Yeri Hukukunun Uygulanması

A. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği gerek New York Sözleşmesi⁴ V(1)(a) hükmünde gerek Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi⁵ m. VI(2) ve IX(1)(a) hükümlerinde kabul edilmiştir. Türk hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4(3) uyarınca, tahkim anlaşması öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tâbidir.⁶ İsviçre hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (MÖHK) m. 178(2) ve İspanyol Tahkim Kanunu m. 9(6) tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin açık kanunlar ihtilâfı kuralları⁷ içeren ve hukuk seçimine yer veren ulusal düzenlemelerin diğer örneklerindendir.

Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunun⁸ (Model Kanun) hakem kararlarının iptaline ilişkin m. 34(2)(a)(i) hükmünde ve tenfize ilişkin m. 36(1)(a)(i) hükmünde de tahkim anlaşmasının geçerliliğinin taraflarca seçilen hukuka; böyle bir hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukuna tâbi olarak değerlendirileceği öngörülmüştür.

4 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi metni için bkz. R.G., T. 21.5.1991, S. 20877.

5 Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi m. VI(2) ve IX(1)(a) hükümlerinde de tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka (hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukuna) tâbi olduğu ifadesini bulmuştur. Sözleşme metni için bkz. R.G., T. 21.5.1991, S. 20877.

6 MTK m. 4(3) hükmü, taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmamışsa, Türk hukukunun uygulanmasını öngörmüştür. İkinci basamakta Türk hukukunun uygulanmasının kabul edilmesi, Türk hukukunun pek çok durumda MTK'nın uygulandığı hallerde tahkim yeri hukuku olmasına dayanmaktadır. Bkz. Esen, E., “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği” (2017) UTTER 94; Sarıöz Büyükalp, A. İ., “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması” Kavramları” (2015) DÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 2028; Aydın, E., “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk” (2019) 39(1) Public and Private International Law Bulletin 55.

7 İsviçre hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun, Kısım 12, m. 178(2) hükmüne göre, tahkim anlaşması esas bakımından, taraflarca seçilen hukuka veya uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuka, özellikle esas sözleşmeye uygulanacak hukuka yahut İsviçre hukukuna uygun ise geçerlidir. Kanunun resmi İngilizce metin için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en> Erişim Tarihi 10.08.2023. Benzer şekilde İspanyol Tahkim Kanunu m. 9(6) hükmüne göre, tahkim anlaşması, taraflarca seçilen hukuka; uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuka veya İspanyol hukukuna uygun ise geçerlidir. Kanunun resmi İngilizce metni için bkz. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Act_on_arbitration_%28Ley_60_2003_de_arbitraje%29.PDF.

8 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Vienna 2008, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

Uluslararası sözleşmeler, ulusal kanun ve yargı kararları doğrultusunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği; bu seçimin açık veya zımnî olarak yapılabileceği genellikle kabul edilmektedir.⁹ Bununla birlikte, ticarî ilişkilerin akışı içinde tarafların, aralarındaki sözleşme ilişkisine (esas sözleşme) uygulanacak hukuku belirleyebildikleri; buna karşılık tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku ayrıca ve açıkça seçmedikleri de bir vakıadır.¹⁰ Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnî seçilmesi yorumuna yer açan husus da daha çok esas sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmasının örtülü bir şekilde kabul edilip edilmediği meselesidir.¹¹ Zira esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması genellikle zımnî hukuk seçimi kapsamında görülmüştür.¹²

Ancak, yukarıda Alman Federal Mahkemesi kararında görüldüğü üzere, zımnî hukuk seçimi bakımından birinci sırada gelmekle birlikte, her durumda tek unsur esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmiş olması değildir.¹³ Federal Mahkeme, tahkim dilinin Almanca olması, sözleşmenin Almanya'da akdedilmiş olması gibi unsurları da dikkate almıştır. Federal Mahkeme'nin bu kararda ortaya koyduğu yaklaşımın değerlendirilebilmesi için Alman hukukunun konuya yaklaşımı aşağıda ele

- 9 Born, G., *International Commercial Arbitration* 3rd ed. (Kluwer Law International 2020) § 4.04 [A]; Redfern, A./Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. (Oxford 2015) para. 3.11; Nazzini, R., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles" (2016) 63 (3) ICLQ 683-693; Moses, M.L., "A New Framework: Choosing the Proper Law of the Arbitration Agreement Based on the Issue to be Decided" *Arbitration, Contracts and International Trade Law, Essays in Honor of Giorgio Bernini* (Milano 2021) 544 vd. Tekin, S.E., *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esasan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk* (İstanbul 2019) 88 vd.; Uluşu, A. E., "Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımnî Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi" *Tahkim ve Uygulanacak Hukuk* (Ed. Ziya Akıncı/Berk Demirkol) (İstanbul 2021) 39 vd. Örnek mahkeme kararları için bkz. *Sulamerica CIA Nacional de Seguros, S.A. v. Enesa Engenharia, S.A.* [2012] EWCA Civ 638 (*Sulamerica*); BGH, 12 May 2011, IX ZR 133/10, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2011&Sort=3072&Seite=19&anz=3712&pos=592> Erişim Tarihi 11.08.2023.
- 10 Born (n 9) § 4.04 [A]; Nazzini (n 9) 681-682; Moses (n 9) 534.
- 11 Sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun aynı zamanda tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnî seçilmiş sayılıp sayılmayacağı tartışması bakımından tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi önemli bir değerlendirme ölçütü olarak ele alınmaktadır. Bkz. Born (n 9) § 4.02; Redfern/Hunter (n 9) para. 3.11; Chan, D./Teo, J. Y., "Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There is None" (2020) 37 (5) *Journal of Int'l Arb.* 638-642; Moses (n 9) 539 vd.; Czernich, D., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement" (2015) *Austrian Yearbook of International Arbitration* 73-74; Uluşu (n 9) 51 vd.; Tekin (n 9) 35 vd. Ancak, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesinin, sadece esas sözleşmenin geçersizliği iddialarının hakemlerce ele alınabilmesi amacıyla formüle edilmiş olduğu; tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin olarak geliştirilmiş bir ilke olmadığı ve bu nedenle tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesine tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas sözleşmeye uygulanacak hukukun etkili olmaması sonucunu doğurmak üzere bir işlev yüklenmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bağımsızlık ilkesinin bu şekilde dar yorumlanması veya geniş yorumlanması ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler için bkz. Moses (n 9) 541 vd.
- 12 Bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [d] [i]. Tahkim yeri hukukunun da somut olayların koşullarına göre zımnî hukuk seçimi kapsamında yetkili görülebileceği; tarafların tahkim yerini veya belirli bir kurumsal tahkim merkezinin kurallarını seçimi olmalarının yahut diğer unsurların özellikle esas sözleşmedeki hukuk seçiminin tahkim anlaşması bakımından da geçerli olduğu anlayışını sürdürebileceği yönünde bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [d] [i]. Ayrıca bkz. *Sulamerica*, para. 7 vd. Bu kararda İngiliz mahkemesi, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Brezilya hukukunun tahkim anlaşması bakımından zımnî hukuk seçimi anlamına geldiği yönünde güçlü işaretler olduğunu tespit etmekle birlikte, somut olayın koşulları çerçevesinde tarafların tahkim anlaşmasına Brezilya hukukunun uygulanmasını öngörmedikleri sonucuna ulaşarak en sıkı ilişkili hukuk olarak tahkim yeri hukuku olan İngiliz hukukunu uygulamıştır.
- 13 Bu konuda bkz. Tekin (n 9) 90 vd.

alınmakta; ardından diğer bazı hukuk düzenlerinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin eğilimler incelenmektedir.¹⁴

B. Alman Hukukunda Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Zımnî Belirlenmesi

Öncelikle, Federal Mahkeme'nin, esas sözleşmeye uygulanacak hukuku pratik gerekçelerle zımnî hukuk seçimi yönünde yorumlaması eğiliminin yeni bir eğilim olmadığı belirtilmelidir.¹⁵ Daha eski tarihli bazı kararlarda ise, Alman mahkemelerinin tahkim yerinin taraflarca belirlenmiş olmasını zımnî hukuk seçimi kapsamında değerlendirdiği görülmektedir.¹⁶

Alman hukukunda yargı kararlarının konuya ilişkin olarak istikrarlı bir eğilim göstermemesi gibi, doktrinde de görüşler birbirinden ayrılmıştır. Bir görüş, açık hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde zımnî hukuk seçiminin esas sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenen hukuk temelinde kabul edilebileceğini ileri sürerken,¹⁷ diğer bir görüş açık hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁸

Sadece Alman hukukunda değil, Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup diğer bazı hukuk düzenlerinde de konu benzer doğrultularda tartışmalı olup,¹⁹ aşağıda görüleceği üzere, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde özellikle zımnî hukuk seçiminin araştırılması veya açık hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukuna

14 Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi sorunu, uygulanacak hukukun belirlenmesi gereğinin hangi aşamada doğduğuna bağlı olarak da incelenebilmektedir. Bu doğrultuda konu ele alındığında, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin, hakemler önünde veya devlet mahkemeleri önünde ileri sürülmesine göre özellik arz eden yönleri ve özellikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun açıkça veya zımnî seçilmiş olmadığı hallerde uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin farklı yaklaşımlar hakkında bkz. Tekin (n 9) 85 vd., 93 vd.

15 Bkz. Plavec, K., "The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration Agreements Revisited" (2020) 4 University of Vienna Law Review" 89. Ayrıca bkz. Schreier, M./Jensen, O., "The Law Governing Arbitration Agreement: A Comparative Analysis of the United Kingdom Supreme Court's Decision in Enka v. Chubb" (2021) IPRax 185-186.

16 Plavec (n 15) 89, dn. 25'ten naklen: BGH 12.02.1976, III ZR 42/74; Court of Appeal Hamburg 17.02.1989, I U 86/87; Court of Appeal Hamburg 24.01.2003, I Sch 06/01; Bavarian Court of Appeal 16.01.2004, 4 Z Sch 22/03.

17 Bkz. Plavec (n 15) 89. Ayrıca bkz. Schreier/Jensen (n 15) 185-186.

18 Bkz. Plavec (n 15) 89. Ayrıca bkz. Schreier/Jensen (n 15) 185-186.

19 Son dönemde Schreier ve Jensen tarafından yapılan bir çalışmada 74 hukuk düzeninde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin eğilimler incelenmiş ve özellikle zımnî hukuk seçimi kapsamında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun esas alınmasına ilişkin oranlar ortaya konulmuştur. Buna göre, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk %26 oranında; tahkim yeri hukuku ise %39 oranında kabul görmüştür. Fransız hukukunda esas alınan taraf iradelerinin yorumlanması yaklaşımının %10 oranında; İsviçre hukukuna hâkim olan *favor validitatis* esasının %5 oranında etkili olduğu tespit edilmiştir. %20 oranında ise tam bir eğilimin teşhis edilemediği hukuk düzenlerine işaret edilmiştir. Bkz. Schreier/Jensen (n 15) 177-187. Bu çalışmada özetle, zımnî hukuk seçimine ilişkin olarak Avusturya, Kanada, Singapur mahkemelerinin esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuku tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere zımnî hukuk seçimi kapsamında değerlendirdiği; buna karşılık Hong Kong, Rusya, Malezya, Nijerya mahkemelerinin tahkim yerini bu kapsamda öne çıkardığı tespit edilmiştir. Ek olarak tahkim yerini zımnî hukuk seçimi bakımından öne çıkaran hukuk düzenlerinden bazılarında tahkim kanunlarının veya milletlerarası özel hukuk kanunlarının taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunu yetkili kıldığı ifade edilmiştir. İsveç hukuku, İskoç hukuku, Çin, Polonya ve Türk hukuku bu hukuk düzenlerine örnek olarak gösterilmiştir. Bkz. Schreier/Jensen (n 15) 185-186. Tahkim yeri hukukunun ağırlıklı olarak uygulama alanı bulduğu yönünde ayrıca bkz. Schreier, M./Jensen, O., "Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement" (2021) 10 (1) Indian Journal of Arbitration Law 4.

geçilmesi yönünde eğilimler hâkimdir. Bu eğilimlerin temelinde ise ya somut kanunlar ihtilâfı kuralları veya Alman hukukunda olduğu gibi²⁰ New York Sözleşmesi m. V(1) (a) hükmünden hareketle yapılan değerlendirmeler yatmaktadır.

C. Avusturya, Fransız ve İsviçre Hukukunun Yaklaşımı

Avusturya hukukunda Medenî Usul Kanunu'nun 577 ilâ 618. maddeleri arasında tahkim usulü düzenlenmiş;²¹ ancak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilâfı kuralı getirilmemiştir. Bu düzenleme eksikliği çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına yol açmış olsa da tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği genel olarak kabul edilmektedir.²² Bununla birlikte, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnen seçilmiş sayılıp sayılmayacağı veya tahkim yeri seçiminin zımnî hukuk seçimi anlamına gelip gelmediği tartışmalıdır.²³ Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin son dönemde verdiği bazı kararlarda ise, esas sözleşmeye yönelik hukuk seçiminin, tahkim anlaşması bakımından zımnî seçim anlamına geldiği kabul edilmiş;²⁴ ancak 2019 yılına ait bir kararda, aynı eğilim korunurken, meselenin özellikle milletlerarası alanda tartışmalı olduğu ifade edilerek her bir durumun özellikleri çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği öngörülmüştür.²⁵ Doktrinde ise, Yüksek Mahkeme kararlarında olduğu gibi esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun zımnî hukuk seçimi kapsamında dikkate alınması görüşü²⁶ yanında, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşması bakımından dikkate alınmaması ve tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği görüşü²⁷ de ileri sürülmüştür. Her durumda açık veya zımnî hukuk seçimi bulunmadığı takdirde tahkim yeri hukukunun uygulanması kabul edilmektedir.²⁸

Fransız hukukunda ise, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk meselesi bakımından tahkim anlaşmasının temeldeki ilişkiden bağımsızlığı (*autonomy*) ilkesi belirleyici bir rol oynamaktadır.²⁹ Fransız mahkemelerince 1960'lı yıllardan bu yana verilen bazı

20 Plavec (n 15) 88-89.

21 2013 yılında bazı değişiklikler yapılarak son hali 1 Ocak 2014 itibarıyla yürürlüğe giren ve Avusturya Tahkim Kanunu olarak da adlandırılan Medenî Usul Kanunu'nun 4. Kısmı'nın resmî olmayan İngilizce çevirisi için bkz. <<https://www.viac.eu/en/arbitration/content/austrian-arbitration-act-2013>> Erişim Tarihi 15.08.2023.

22 Bkz. Plavec (n 15) 87. Aynı yönde Avusturya Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. 23.6.2015, 18 OCg 1/15v, <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20150623_OGH00-02_018OCG00001_15V0000_000&Suchwort=RS0017285> Erişim Tarihi 15.08.2023.

23 Bkz. Plavec (n 15) 87; Czernich (n 11) 79-81.

24 Plavec (n 15) 87, dn. 11'den naklen: *Austrian OGH [Supreme Court] 15.05.2019, 18 OCg 6/18h; OGH 19.12.2018, 3 Ob 153/18y; OGH 30.03.2009, 7 Ob 266/08f; OGH 08.03.1961, 1 Ob 98/61. Tahkim yerinin esas alındığı bir karar için bkz. OGH 22.09.1994, 2 Ob 566/94. Ayrıca bkz. Schreier/Jensen, (n 19) 6. Kanada ve Singapur mahkemelerinin de benzer yönde verdiği kararlar hakkında bkz. Schreier/Jensen (n 15) 185.*

25 Plavec (n 15) 87, dn. 12'den naklen: *Austrian OGH 19.12.2018, 3 Ob 153/18y*.

26 Czernich (n 11) 79 vd.

27 Bkz. Plavec (n 15) 87.

28 Bkz. Plavec (n 15) 87-88.

29 Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [iv].

kararlarda³⁰ tahkim anlaşmasının, esas sözleşmeden hukuken bağımsız olduğu anlayışı ile tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tarafların ortak iradesine (“*common intention*”) tâbi olarak değerlendirilmesi gerektiği; bir ulusal hukuka dayanma gereğinin dahi bulunmadığı görüşü kabul görmüştür.³¹ Ancak bu yaklaşımın eleştiri konusu olduğu; zira tahkim anlaşması gibi bir sözleşme hükmünün bir hukuka dayanmaksızın yorumlanmasının zor olduğu ifade edilmiştir.³²

Görüldüğü üzere, Alman ve Avusturya hukukunda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmamakta olup, açık hukuk seçiminin olmadığı hallerde genellikle New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünden hareketle zımnî hukuk seçimi ve bu kapsamda esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun uygulanması veya objektif bağlama kuralı olarak tahkim yeri hukukunun uygulanması kabul görmektedir. Fransız hukukunun yaklaşımı daha farklı bir temelde gelişmiş; tahkim anlaşmasının bağımsızlığı mutlak bir etkiye sahip görülerek taraf iradelerinin yorumlanmasına ağırlık tanınmıştır.

İsviçre hukukunda ise, yukarıda değinildiği üzere, MÖHK m. 178(2)’de konuya ilişkin bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmaktadır. Tahkim anlaşmasının geçerli olması konusunda azamî imkân tanımak üzere; bir diğer deyişle *favor validitatis* ilkesi doğrultusunda düzenleme getiren MÖHK m. 178(2) hükmünde tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuka, özellikle esas sözleşmeye uygulanacak hukuka veya İsviçre hukukuna göre geçerli olması yeterli görülmüştür. Bu suretle, İsviçre’nin tahkim yeri olarak seçildiği hallerde tahkim anlaşmasının geçerli olmaması ihtimalinin düşük olması sağlanmaktadır.³³ İsviçre MÖHK’da yer alan bu düzenleme tahkim yeri hukukunda kanunlar ihtilâfı kuralına yer verilmesi eğiliminin örneklerinden olup, diğer hukuk düzenlerinin konuya yaklaşımı incelendiğinde bu düzenleme tarzının yaygın olmadığı görülmektedir.

İsviçre hukukunda tarafların uygulanacak hukuku açıkça veya zımnî olarak belirleyebilecekleri; tahkim yeri seçiminin de zımnî hukuk seçimine işaret edeceği kabul edilmektedir. Fakat tahkim yeri hukuku olarak İsviçre hukuku zaten m. 178(2) hükmünde yer aldığından tahkim yeri hukukuna zımnî hukuk seçimi anlamı yüklenmesinin sadece teoride hüküm ifade ettiği belirtilmiştir.³⁴ Anılan hükme göre ikinci ihtimal, esasa uygulanacak hukukun, daha çok da sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına

30 Bkz. Cour de cassation civ. 1e, 07.05.1963, *Ets Raymond Gosset v. Carapelli*, JCP G 1963, II, 13, §405; Cour de cassation, 25.11.2008, *Sté Les Pains du Sud v. Sté Spa Tagliavini*, 2008 Rev. arb. 681; Paris Cour d’appel, *Société Clark Int’l Fin. v. Société Sud Matériel Serv.*, 1988 Rev. arb. 570, 572.

31 Cour de cassation, 20.12.1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico*, 1994 Rev. arb. 117; Plavec (n 15) 95; Moses (n 9) 541; Rubino-Sammartano, M., *International Arbitration - Law and Practice* 3rd ed. (New York 2014) 331; Redfern/Hunter (n 9) para. 3.33.

32 Bkz. Plavec (n 15) 95-96.

33 Redfern/Hunter, (n 9) para. 3.36; Plavec (n 15) 89; Karrer, P., “The Law Applicable to the Arbitration Agreement” (2014) 26 Singapore Academy of Law Journal 852.

34 Girsberger, D./Voser, N., *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* 3rd ed. (Zürich 2016) 87.

uygulanmasıdır. Taraflarca esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde objektif bağlama kuralı uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenir ve tahkim anlaşması bakımından da uygulanır.³⁵ Bu uygulama İsviçre hukukunu, zımnî hukuk seçimi kapsamında, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği hallerde tahkim anlaşmasının bu hukuka tâbi tutulmasına cevaz veren New York Sözleşmesi'nden ve aynı esas kabul eden ulusal hukuk düzenlerinden ayırmaktadır.³⁶ MÖHK m. 178(2) uyarınca üçüncü ihtimal ise, İsviçre hukukunun uygulanmasıdır. Eğer tahkim anlaşması, yukarıda anılan iki hukuka göre geçersiz ise, son olarak İsviçre maddî hukukuna göre geçerli olması ihtimali dikkate alınmaktadır.³⁷ Her ne kadar ilgili hükümde bir hiyerarşi³⁸ öngörülmemişse de İsviçre maddî hukukuna başvurulması son basamak olmalıdır.³⁹

Görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda kabul edilen düzenleme tarzı, New York Sözleşmesi uyarınca hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukunun uygulanması anlayışından ve aynı doğrultuda Alman ve Avusturya hukukunda kabul gören yaklaşımdan ayrılmıştır. Bu yönüyle, MÖHK m. 178(2) uyarınca tahkim anlaşmasının objektif bağlama kuralından hareketle belirlenen esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre geçerli olduğu bir ihtimal dikkate alınmalıdır. Bu ihtimal çerçevesinde hakem kararının üçüncü bir ülkede tenfiz talebi edilirse, tenfiz mahkemesi New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre (taraflarca seçilen hukuk veya tahkim yeri hukuku) geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığını tespit edebilir ve tenfiz talebini reddedebilir. Böylece İsviçre hukukunun yaklaşımının özellikle tenfiz bakımından sorunlu olduğu belirtilmektedir.⁴⁰

Yukarıda ele alınan ulusal hukuk düzenlerinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti konusundaki eğilimleri genel olarak birbirlerinden farklı olmaları ile karakterize olmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere, son dönemde özellikle İngiliz ve Fransız hukukunda yargı kararları ile, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesindeki farklılıklar keskinleşmiş; İngiltere'de 2023 yılında hazırlanan kanun değişikliği önerisi ile, net bir tutum belirleme ihtiyacı daha görünür olmuştur.

D. ABD ve İngiliz Hukukunun Yaklaşımı

Yargı kararlarına ve İngiliz Tahkim Kanunu'nun değiştirilmesi önerisine değinmeden önce Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve İngiliz hukukunun yaklaşımı incelenerek Anglo-Amerikan sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup hukuk düzenleri arasında sistemsel bir farklılık olup olmadığı ele alınmaktadır.

35 Karrer (n 33) 856. Taraflarca esas sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmemiş olduğu hallerde de tahkim anlaşmasının esas sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi tutulduğu kararlar hakkında bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [e].

36 Plavec (n 15) 91.

37 Karrer (n 33) 852-853.

38 Girsberger/Voser (n 34) 84 vd.

39 Plavec (n 15) 91-92.

40 Plavec (n 15) 92.

ABD hukukunda Milletlerarası Ticarî Tahkim ve Yatırım Tahkimi Hukukuna İlişkin Restatement III⁴¹ ile, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, taraflarca seçilmediği hallerde esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk olduğu; bu da yoksa tahkim yeri hukuku olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenleme tarzı, basamaklı olarak taraf iradelerine öncelik tanımakta; taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, sırasıyla esas sözleşmeye uygulanacak hukuku ve tahkim yeri hukukunu yetkili kılmaktadır.⁴²

Esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşması bakımından da uygulanması ve bunun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere bir seçim yapıldığı yönünde yorumlanması eğilimi İngiliz hukukunda da geleneksel olarak kabul görmüştür.⁴³ İngiliz hukukunda yargı kararları ile, taraflarca esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasına da uygulanması, her durumda zımnî hukuk seçimi adlandırması yapılmasa da kabul görmüş ve yakın zamanda İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin *Enka v. Chubb*⁴⁴ kararında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiği; esas sözleşmeye uygulanacak hukuk seçilmemişse, bu takdirde “en sıkı ilişkili hukuk” olarak tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği vurgulanmıştır.⁴⁵ Dolayısıyla, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere de seçilmiş olduğu varsayımı Anglo-Amerikan hukukunda ağırlık taşımaktadır denilebilir. Bu sistemde, eğer tahkim anlaşmasına veya esas sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmamışsa, en sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla tahkim yeri hukukuna başvurulmaktadır. Açık veya zımnî hukuk seçimi yoksa uygulanacak hukukun tespitinde sözleşmenin en sıkı ve en gerçek ilişki (*closest and most real connection*) içinde bulunduğu hukukun belirlenmesi gereği yol gösterici olduğundan, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca ayrıca seçilmemişse, mahkemelerce esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun somut olayın özelliklerine göre zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ve en gerçek ilişkili hukuk sıfatıyla uygulanabildiği görülmektedir.⁴⁶ Dolayısıyla Anlgo-Amerikan sisteminde esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ve tahkim yeri hukuku somut olayın koşullarına göre hem zımnî hukuk seçimi hem de en sıkı ve en gerçek ilişkili hukuk sıfatıyla tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak belirlenebilirken;

41 Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial and Investor State Arbitration, approved May 2019. Her ne kadar Restatement III düzenlemesinin bağlayıcı olmadığı; tenfiz hâkimine yol gösterici nitelikte olduğu ve raporörler tarafından konuya ilişkin karşı görüşlerin de bulunduğu ifade edilmiş olsa da tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun da kıyasen aynı şekilde belirlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Restatement, para. 4.10 at 591; ayrıca bkz. Moses (n 9) 554.

42 Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [v] (9). ABD hukukunda Federal Tahkim Kanunu kapsamında yapılan değerlendirmeler için bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [v]. Redfern/Hunter (n 9) para. 3.28 vd. Ayrıca Restatement düzenlemesini New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ile uyumlu olmadığı için eleştiren görüş için bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [v] (9).

43 Chan/Teo (n 11) 636 vd; Plavec (n 15) 93-95; Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [d] [i]. İngiliz hukukunda, borçlar hukuku sözleşmeleri için uygulanan *common law* kanunlar ihtilâfi kurallarının tahkim anlaşması bakımından da geçerli olduğu kabul edilmiş ve taraflarca açık veya zımnî hukuk seçimi yapılmamışsa, en sıkı ve en gerçek ilişkili hukukun belirlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Bkz. Chan/Teo (n 11) 636 vd.

44 *Enka Insaat ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38.

45 *Enka v. Chubb*, para. 43-58, 120-146. Ayrıca bkz. Redfern/Hunter (n 9) para. 3.16 vd.; Schreier/Jensen (n 15) 186-187.

46 Bu yönde İngiliz ve Singapur mahkeme kararları hakkında bkz. Nazzini (n 9) 683-693. Ayrıca bkz. Moses (n 9) 543; Tekin (n 9) 184-188.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde sözleşmeye uygulanacak hukukun daha çok zımnî hukuk seçimi kapsamında değerlendirilebildiği; tahkim yeri hukukunun ise hem zımnî hukuk seçimi doğrultusunda hem de objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk olarak uygulanabildiği görülmektedir.⁴⁷

Sonuç olarak her iki hukuk sisteminde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin temel sorun, pek çok durumda taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmadığına göre, uygulanacak hukukun, eğer seçilmişse esas sözleşmeye uygulanacak hukuk mu, yoksa tahkim yeri hukuku mu olduğu noktasında toplanmaktadır. Bu soruna ilişkin uygulamada ve doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş;⁴⁸ yukarıda görüldüğü üzere, öncelikle (zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ilişkili hukuk olarak) esas sözleşmeye uygulanacak hukukun öne çıkması gerektiği; tahkim yerinin de taraflarca seçildiği ve bu nedenle taraflarca örtülü olarak seçilen veya en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanması gerektiği; veya tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere açık bir hukuk seçimi yapılmamışsa doğrudan tahkim yeri hukukuna başvurulması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁹

Yine yukarıda değinildiği üzere, İngiliz Yüksek Mahkemesi *Enka v. Chubb* kararında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmiş olmasının zımnî hukuk seçimi⁵⁰ yönünde dikkate alınmasını kabul etmiştir. Ancak daha sonra İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin önüne tenfiz talebi ile gelen bir hakem kararı, iptal talebi ile Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından incelenmiş ve aynı konuda iki yüksek mahkeme tarafından farklı sonuca ulaşılmıştır.⁵¹ İngiliz Yüksek Mahkemesi tahkim anlaşmasını esas sözleşmeye uygulanan hukuka tâbi tutmuş; buna karşılık Fransız Yüksek Mahkemesi tahkim yeri hukukunu uygulamıştır. Bu gelişmeler üzerine, İngiliz Hukuk

47 Ancak bu tespitin mutlak bir gerçekliği ifade etmediği de belirtilmelidir. Gerçekten örneğin, İsviçre hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun, Kısım 12, m. 178(2) hükmünde ve İspanyol Tahkim Kanunu m. 9(6) hükmünde fakültatif olarak taraflarca seçilen hukukun veya sözleşmeye uygulanan hukukun veya tahkim yeri hukuku olarak İspanyol hukukunun yetkili kılınmış olması, Kıta Avrupası hukuk sisteminde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti yöntemine ilişkin genelleme yapma imkânını sınırlandırmaktadır. Zira, İsviçre ve İspanyol hukukunda fakültatif olarak, bir diğer deyişle, hukuk seçimi bulunsu bile *favor validitatis* ilkesi gereği sayılan hukuklardan birine göre tahkim anlaşmasının geçerli olması yeterli görülmüştür. Dolayısıyla, taraflarca seçilen hukuka göre geçerli olmasa da esas sözleşmeye uygulanan hukuka veya tahkim yeri hukuku olarak İsviçre veya İspanyol hukukuna göre tahkim anlaşması geçerli ise bu yeterlidir. Esasında ulusal tahkim kanunlarında konuya ilişkin ayrı bir kanunlar ihtilâfi kuralına yer verilmesi pek yaygın değildir. Diğer bazı hukuk düzenlerinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti konusu incelendiğinde, özellikle ayrı bir kanunlar ihtilâfi kuralı kabul edilmeyen hukuk düzenlerinde ağırlıklı olarak New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünden hareketle hukuk seçimi; yoksa tahkim yeri hukukunun esas alındığı görülmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup diğer bazı hukuk düzenlerine ilişkin açıklama için bkz. Plavec (n 15) 85 vd.

48 Ayrı bir kanunlar ihtilâfi kuralı bulunmayan hukuk düzenleri bakımından, özellikle New York Sözleşmesi m. V (1)(a) uyarınca, taraflarca açıkça bir hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin yaklaşımlar ağırlıklı olarak esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun, zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla uygulanması çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Çeşitli hukuk düzenlerinde özellikle yargı kararlarında ifadesini bulan bu yaklaşımlara ilişkin açıklamalar için Born (n 9) § 4.04 [A].

49 Born (n 9) § 4.04 [A] [4]; Moses (n 9) 544 vd.; Nazzini (n 9) 686 vd.

50 İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin *Enka v. Chubb* kararını, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilmişse bunun tahkim anlaşması bakımından zımnî değil, açık hukuk seçimi anlamına geldiği yönünde yorumlayan yaklaşım için Bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [2] [j] [ii]; Moses (n 9) 547 dn. 66'dan naklen: Glick, I./Venkatesan, N., *Choosing the Law Governing the Arbitration Agreement*, Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration, eds. Neil Kaplan/ Michael J. Moser, Kluwer Law International 2018, Ch. 9, s. 143.

51 Bkz. aşa. dn. 52 ve dn. 58.

Komisyonu konuyu başka bir perspektiften ele alarak taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk “açıkça” seçilmemişse, zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ilişkili hukuk araştırmasına mahal verilmeden tahkim yeri hukukunun uygulanmasını ve İngiliz Tahkim Kanunu 1996’ya bu yönde bir hüküm eklenmesini önermiştir.

E. İngiliz Yüksek Mahkemesi’nin ve Fransız Yüksek Mahkemesi’nin Aynı Hakem Kararına İlişkin Paralel Davalarda Ortaya Çıkan Farklı Yaklaşımları

Kabab-Ji S.A.L. v. Kout Food Group kararı⁵² ile İngiliz Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edildiği tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının üçüncü kişiye karşı tenfizini reddetmiştir. Tenfiz talebine konu olan hakem kararının verildiği tahkim yargılamasında üçüncü kişi durumunda olan Kout Food Group (“KFG”), tahkim yargılamasında tahkim anlaşmasına ve bu tahkim anlaşmasını içeren esas sözleşmeye taraf olmadığını ileri sürmüş; aynı şekilde hakem kararının dayanağı olan tahkim anlaşmasına taraf olmadığını ileri sürerek İngiliz mahkemesi önünde tenfize itiraz etmiştir. Paralel olarak, Paris İstinaf Mahkemesi’nde KFG tarafından hakem kararının iptali davası açılmıştır. Hakem kararının dayanağı olan tahkim anlaşmasının ilişkin olduğu esas sözleşmede sözleşmeye uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olduğu kararlaştırılmış; tahkim yeri de Paris olarak belirlenmiştir.⁵³

İngiliz Yüksek Mahkemesi ile Fransız Yüksek Mahkemesi, aşağıda görüleceği üzere, aynı tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlerken birbirinden ayrılmış ve birine göre İngiliz hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının geçersiz sayılması sonucunda tenfiz talebi reddedilirken, diğerine göre Fransız hukuku uyarınca geçerli sayılması sonucunda (diğer iptal gerekçeleri yanında) iptal talebi reddedilmiş ve hakem kararı geçerliliğini korumuştur.

İngiliz Yüksek Mahkemesi, 27 Ekim 2021 tarihli kararında, KFG’nin tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadığını belirlemek bakımından temel sorunun, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun İngiliz hukuku mu yoksa tahkim yeri hukuku olan Fransız hukuku mu olduğuna işaret etmiş ve nihaî olarak, *Enka v. Chubb* kararı doğrultusunda, esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere zımnî seçildiği yorumuna ağırlık tanımıştır. Gerçekten, İngiliz Yüksek Mahkemesi’nin kararının önem taşıyan yönü, tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukuku belirleme konusundaki yaklaşımıdır. Her ne kadar *Enka v. Chubb* kararında konu ele alınmış ise de *Kabab-Ji v. KFG* kararının özellikleri farklıdır. *Enka v. Chubb* kararında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk İngiliz *common law* kurallarına göre araştırılmış iken, *Kabab-Ji v. KFG* kararında New

⁵² *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2021] UKSC 48 (*Kabab-Ji v. KFG*).

⁵³ Tahkim yargılamasında hakem heyeti oybirliği ile tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukuku olan Fransız hukukuna tâbi olduğunu ve esas sözleşmeye de sözleşmede yer alan hukuk seçimi kaydı uyarınca İngiliz hukukunun uygulanacağını tespit etmiştir. Ancak KFG’nin Fransız hukuku uyarınca tahkim anlaşmasına taraf olduğuna oy çokluğu ile karar verilmiştir. Bkz. *Kabab-Ji v. KFG*, para. 6.

York Sözleşmesi uyarınca belirlenmeye çalışılmıştır. Bu hareket noktası farklılığına rağmen her iki kararda Yüksek Mahkeme'nin vardığı sonuç aynı olmuş; bu kapsamda New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünde yer alan “...zikri geçen anlaşmanın taraflarca tâbi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse...” (“*failing any indication thereon*”) ibaresinin, tahkim anlaşmasının açık ve spesifik olarak bir hukuka tâbi tutulmasını gerektirmediği tespit edilmiştir. Buna göre, herhangi bir şekilde tarafların anlaşmış olması yeterli bir *sarahat (indication)* sağlamaktadır.⁵⁴ Dolayısıyla, esas sözleşmede yer alan genel bir hukuk seçimi kaydı tarafların tahkim anlaşmasını da bu hukuka tâbi kıldıklarını gösterir.⁵⁵

İngiliz Yüksek Mahkemesi, bu sonucu *Enka v. Chubb* kararına atıfla teyit etmiş ve sorunun, hakem kararının verilmesinden önce veya sonra ortaya çıkmasına bağlı olarak tahkim anlaşmasının tâbi olacağı hukukun farklı olmasına izin vermenin mantık dışı olacağını belirtmiştir.⁵⁶ Yüksek Mahkeme aynı doğrultuda *Enka v. Chubb* kararında ifade ettiği ilkelere atıf yaparak, esas sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmışsa, bunun esas sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiğini ve tahkim yeri seçiminin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçimi bakımından yeterli olmadığını öngörmüştür.⁵⁷ Bu çerçevede, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olan İngiliz hukukunun tahkim anlaşmasına da uygulanması gerektiği ve KFG'nin İngiliz hukukuna göre tahkim anlaşmasına (ve esas sözleşmeye) taraf olarak görülemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, KFG tahkim yeri olan Paris'te hakem kararının iptali davası açmış; Paris İstinaf Mahkemesi, KFG'nin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olan tahkim yeri hukukuna, yani Fransız hukukuna göre tahkim anlaşması ile bağlı olduğu gerekçesiyle hakem kararının iptali talebini reddetmiş ve bu karar Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*) tarafından 28 Eylül 2022 tarihli karar ile onanmıştır.⁵⁸ Karara göre, İngiliz mahkemeleri tarafından esas alınan yaklaşımın aksine, İngiliz hukukunun esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmiş olması, sözleşmelerde açıkça belirlenen tahkim yerinin maddî hukukuna aykırı olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğinin İngiliz hukukuna tâbi tutulmasına ilişkin tarafların ortak iradelerini tesis etmek bakımından yeterli değildir. Fransız Yüksek Mahkemesi, sadece tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesini vurgulamamış; aynı zamanda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukla ilgili tarafların açık iradelerinin önemini ortaya koymuştur. Karara göre, KFG, tarafların ortak iradesinin, tahkim anlaşmasının geçerliliğini ve üçüncü kişilere teşmilini, esas sözleşmeye uygulanacak

54 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 33.

55 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 33.

56 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 35.

57 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 28.

58 *Cour de cassation*, 28 September 2022, Pourvoi no. 20-20.260, <<https://www.courdecassation.fr/de-cision/6333e9bde5004d05dab7c04c>> Erişim Tarihi 15.01.2024.

hukuk olan İngiliz hukukuna tâbi tutma yönünde olduğunu ispat edememiştir. Bu tespit, doğal olarak taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmediği hallerde Fransız hukukuna göre tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkiye sahip olan tahkim yerinin taraflarca belirlenmiş olmasının önemini göstermekte ve zımnen tahkim yeri hukukunun seçildiği anlamına gelmektedir.

Hem İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin hem de Fransız Yüksek Mahkemesi'nin kararında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin olarak bu iki hukuk düzeninin konuya yaklaşımını yansıtan değerlendirmeler yapılmış ve sonuç olarak Fransız hukukuna göre KFG'nin taraf olduğu kabul edilen tahkim anlaşmasına dayanan hakem kararının geçerli olduğuna hükmedilirken, İngiliz hukukuna göre tahkim anlaşması KFG'ye karşı geçerli görülmediğinden tenfiz talebi reddedilmiştir.⁵⁹

Her iki yüksek mahkeme tarafından bağımsızlık prensibi ve *favor validitatis* gibi temel ilkeler dikkate alınarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk tespit edilmiş;⁶⁰ ancak görüldüğü üzere bir hukuk düzeninin geçerli gördüğü, fakat diğerinin geçersiz addettiği bir hukukî işlem ortaya çıkmıştır. Daha önemlisi, sonuç olarak, Fransız hukukuna göre geçerli kabul edilen hakem kararının, İngiltere'de tenfiz edilmesi imkânı kalmamıştır.⁶¹

Enka v. Chubb ve *Kabab-Ji v. KFG* kararlarının İngiliz hukuku bakımından bir dönüm noktası olduğu anlaşılmaktadır. Zira İngiliz Hukuk Komisyonu,⁶² bu kararlar sonrasında, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin tartışmaları dikkate alarak İngiliz Tahkim Kanununda değişiklik yapılmasını önermiş ve özellikle esas sözleşmede yer alan hukuk seçimi kaydının tahkim anlaşmasını da kapsadığı yönündeki yaklaşımları ister zımnî hukuk seçimi ister açık hukuk seçimi

59 Söz konusu hakem kararı hakkında İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin ve Paris İstinaf Mahkemesi'nin verdiği kararlar ile ilgili değerlendirme için bkz. Hay, S., "The Breakdown of the International Commercial Arbitration System: The Kabab-Ji Case" (2023) 14 Arbitration Law Review 1 vd.

60 *Kabab-Ji v. KFG*, para. 49-52; *Cour de cassation*, 28 Septembre 2022, Pourvoi no. 20-20.260, para. 7.

61 İngiliz mahkemeleri ile Fransız mahkemeleri arasında benzer bir çatışma daha önce de ortaya çıkmıştır. *Dallah* kararı olarak bilinen hakem kararının tenfizi talebi İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasının Pakistan hükûmeti bakımından geçerli olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş; buna karşılık Paris İstinaf Mahkemesi tahkim anlaşmasına Pakistan hükûmetinin taraf olduğu gerekçesiyle hakem kararının iptali talebini reddetmiştir. Her iki ülke mahkemeleri tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olan Fransız hukuku olduğunu kabul etmiş; bu anlamda bir ayrılık yaşanmamıştır. Ancak İngiliz Yüksek Mahkemesi Fransız hukuku uyarınca Pakistan hükûmetinin tahkim anlaşmasına taraf olması konusunda tarafların ortak bir iradesinin bulunmadığını tespit etmiş; Paris İstinaf Mahkemesi ise, yine Fransız hukukuna göre yaptığı değerlendirme sonucunda hakemler önündeki meselenin hukukî ve olgusal tüm yönlerini inceleyerek Pakistan hükûmetinin esas sözleşmeye taraf olmuş gibi davrandığı ve ekonomik işleyiş içinde sözleşmenin Pakistanlı tarafı gibi hareket ettiği gerekçesiyle hakem kararını yerinde görmüş ve iptali talebini reddetmiştir. Sonuç olarak *Dallah* kararı, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti bakımından bir tartışma yaratmamışsa da tahkim yeri hukukunun uygulanması bakımından yaratmış ve İngiliz ve Fransız mahkemeleri Fransız hukukunu uyguladıkları iddiasında olmalarına karşın farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Bu anlamda Fransız hukuku uyarınca Fransız mahkemesince tahkim anlaşması geçerli addedilirken, yine Fransız hukuku uyarınca İngiliz mahkemesince aynı tahkim anlaşması geçersiz görülmüştür. Bkz. *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46; *Cour d'appel de Paris*, 17 février 2011, *Gouvernement du Pakistan – Ministère des Affaires religieuses c. Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, n° R/G 09/28533. Ayrıca bkz. Redfern/Hunter (n 9) para. 3.35.

62 Hukuk Komisyonu (*Law Commission*), İngiliz hukuku uyarınca kanunla kurulmuş bağımsız bir kurum niteliği taşımakta olup, İngiliz ve Galler hukukunu incelemekle ve bütüncül olarak hukuk düzenine ilişkin öneriler geliştirmekle görevlidir. Hukuk Komisyonu hakkında bkz. <<https://lawcom.gov.uk/about/>> Erişim Tarihi 15.01.2024.

olarak değerlendirilsin, reddetmiştir. Aşağıda İngiliz Hukuk Komisyonu'nun yasa koyucuya yönelik hazırladığı raporlar doğrultusunda getirdiği öneri ele alınmaktadır.

F. İngiliz Tahkim Kanunu 1996'ya İlişkin Değişiklik Önerisi

İngiliz Hukuk Komisyonu Tahkim Kanunu 1996'nın değiştirilmesine ilişkin detaylı bir rapor⁶³ (Hukuk Komisyonu Raporu) ve bu çerçevede bir kanun değişikliği taslağı⁶⁴ hazırlamış ve bu taslak 21 Kasım 2023 tarihinde Parlamento'ya sunulmuştur. Bu kanun değişikliği taslağında diğer bazı değişiklik önerileri yanında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin yeni bir hüküm getirilmesi öngörülmektedir. Halihazırda Tahkim Kanunu 1996 m.6'da tahkim anlaşması tanımlanmakta olup, kanun değişikliği önerisi, 6. maddeden sonra gelmek üzere, m. 6A ile tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren bir hüküm getirmektedir. Buna göre, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmamışsa tahkim anlaşması tahkim yeri hukukuna tâbidir. Böylece, hüküm kanunlaştığı takdirde, İngiliz yargı kararlarında ağırlıklı olarak kabul gören zımnî hukuk seçimi veya en sıkı ilişkili hukuk kapsamında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya tahkim yeri hukukunun uygulanması yaklaşımı terk edilmekte ve zımnî hukuk seçimi araştırılmaksızın açık hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde doğrudan doğruya tahkim yeri hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Bu yaklaşımın geliştirilmesinde, kanun değişikliğine ilişkin Hukuk Komisyonu Raporu'ndan anlaşıldığı üzere, son dönemde verilen yargı kararları, özellikle *Enka v. Chubb* kararı etkili olmuş⁶⁵ ve milletlerarası tahkim sonunda verilen hakem kararları söz konusu olduğunda tahkim yeri İngiltere (veya Galler) olmasına karşın tahkim anlaşmasının (örn. esas sözleşmeye uygulanan hukuka) İngiliz hukuku dışında bir hukuka tâbi tutulması bir sorun olarak değerlendirilmiştir.⁶⁶ Buna göre, İngiliz hukuku tahkime olumlu yaklaşmakta olup tahkim anlaşmasına yabancı bir hukukun uygulanması özellikle tahkim anlaşmasının geçersiz addedilmesi riskini içermektedir.

63 *Review of the Arbitration Act 1996: Final Report and Bill* (Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak) için bkz. <https://s3euwest2.amazonaws.com/cloudplatform218f50a4812967ba1215eaccede923f/uploads/sites/30/2023/09/Arbitration-final-report-with-cover.pdf>.

64 Lordlar Kamarası'na sunulan Tahkim Kanunu Değişiklik Taslağı (*Arbitration Bill HL*) metni için bkz. <<https://bills.parliament.uk/publications/53038/documents/4018>> Erişim Tarihi 16.01.2024.

65 *Enka v. Chubb* kararında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere seçildiği varsayımının Yüksek Mahkeme tarafından bazı durumlarda çürütülebileceği öngörülmüştür. İlki, tarafların seçtiği tahkim yerinde yürürlükte olan tahkim hukukunun – *lex arbitri*'nin tahkim anlaşmasına tahkim yeri hukukunun uygulanacağını öngörmüş olmasıdır. İsveç hukuku örnek gösterilerek, Stockholm'un tahkim yeri olarak seçildiği bir tahkim yargılamasında İsveç Tahkim Kanunu m. 48'de taraflarca uygulanacak hukuk belirlenmemişse tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanması öngörüldüğünden İsveç hukukunun uygulanmasını kabul eden bir başka İngiliz mahkeme kararına yer verilmiş; İskoç hukukunun da aynı doğrultuda düzenleme (İskoç Tahkim Kanunu 2010 m. 6) getirdiğine değinilmiştir. Buna göre, taraflar hukukunda bu tür düzenleme içeren bir tahkim yeri seçmiş iseler bu yer (maddî) hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanmasını zımnî olarak kabul etmişlerdir İkinci ihtimal ise, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanması halinde tahkim anlaşmasının geçersiz olması ihtimalidir. Bu durumda *favor validitatis* ilkesi dikkate alınarak tahkim anlaşmasının esas sözleşmeye uygulanacak hukuk dışında bir hukuka tâbi tutulmasının gerekli olduğu öngörülmüştür. Bkz. *Enka v. Chubb*, para. 70-72, 95-97. Ayrıca bkz. Schreier/Jensen (n 15) 177-187. İngiliz Hukuk Komisyonu'nun, Yüksek Mahkeme'nin ilk ihtimaline ilişkin değerlendirmesinin de etkisiyle İngiliz Tahkim Kanunu 1996 kapsamında taraflarca aksi açıkça öngörülmediği süreç tahkim anlaşmasını tahkim yeri hukukuna tâbi tutan bir hükme yer vermeyi uygun gördüğü görülmektedir.

66 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.17.

Hukuk Komisyonu Raporu kanun değişikliği önerisine ilişkin milletlerarası tahkim paydaşlarının görüşleri alınarak hazırlandığından, bu görüşler kapsamında ileri sürülen eleştiriler de alt başlıklar altında değerlendirilmiş ve sonuç olarak, öncelikle tarafların tahkim anlaşması akdederken ayrıca ve açıkça bir hukuk seçimi yapmamış iseler, tahkim anlaşmasının, yorumlanması dahil, çeşitli yönlerine tahkim yeri hukukunun uygulanmasını bekledikleri; tarafların beklentisinin bu yönde olduğu tespit edilmiştir.⁶⁷

İkinci olarak, başta *Prof. Andrew Dickinson* tarafından, değişiklik önerisinin zımnî iradelerin dikkate alınmasını engellediği veya New York Sözleşmesi m. V(1) (a) hükmü ile uyumlu olmadığı ileri sürülmüş ise de Hukuk Komisyonu söz konusu görüşlerin yerindeliğini tartışmış ve tarafların açık hukuk seçiminin tanındığını; hatta bu yaklaşım ile tarafların tahkimi seçme iradelerinin zımnî hukuk seçimi ile bertaraf edilmediğini; bu anlamda taraf iradelerinin ön planda olduğunu ifade etmiştir. Ek olarak, taraf iradelerinin tanınmadığı yönünde bir kuşku var ise bile bunun taraflar için önemli bir değer olan öngörülebilirliğin artması ile telafi edilebileceğini belirtmiştir.⁶⁸

Hukuk Komisyonu'nun değişiklik önerisinin New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmü ile uyumsuz olduğu; zira m. V(1)(a) hükmü uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde zımnî hukuk seçimine yer verildiği iddia edilmiş ise de, Komisyon bu konuda da New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünün tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde zımnî iradenin tanınmasını gerektirmediğini; *Enka v. Chubb* kararında Yüksek Mahkeme'nin yer verdiği üzere New York Sözleşmesi m. V(1)(a) uyarınca zımnî iradenin dikkate alınmasının gerekliliği konusunun literatürde de tartışmalı olduğunu⁶⁹ ve bazı hukuk düzenlerinde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun zımnî seçiminin zaten mümkün görülmediğini ve nihaî olarak değişiklik önerisinin aslında New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmü ile uyumlu olduğu sonucuna ulaşıldığını belirtmiştir.⁷⁰

Hukuk Komisyonu ayrıca *favor validitatis* ilkesi açısından da değerlendirme yapmış ve *Enka v. Chubb* kararından bahisle,⁷¹ *favor validitatis* ilkesi kanunda yer almalı mı sorusuna cevap aramış; ancak değişiklik önerisi ile zaten esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması ihtimali bertaraf edildiğinden, Hukuk Komisyonu *favor validitatis* ilkesine öneride yer verme gereği duymamıştır. Zira esas sözleşmenin tâbi

67 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.32-12.44.

68 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.53.

69 Bkz. *Enka v. Chubb*, para. 129.

70 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.45-12.52.

71 *Enka v. Chubb* kararı, İngiliz mahkemelerinin *favor validitatis* ilkesine tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde açıkça yer verdikleri ilk karar olarak dikkat çekmektedir. *Enka v. Chubb*, para. 95 vd. Karara göre, tahkim anlaşmasının geçerliliği ön planda tutulmalı; bu kapsamda esas sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun tahkim anlaşmasına uygulanması halinde tahkim anlaşması geçersiz olacak ise bu hukuk uygulanmamalıdır. Ancak nihaî olarak *Enka v. Chubb* kararına konu uyumsuzlukta esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına uygulanması halinde tahkim anlaşmasının geçersiz olacağı gerekçesiyle değil, Yüksek Mahkeme tarafından esas sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmemiş olduğu sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasının en sıkı ilişkili olduğu hukuk olarak tahkim yeri hukukunun (İngiliz hukuku) uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. *Enka v. Chubb*, para. 118 vd.

olduğu hukukun uygulanması halinde tahkim anlaşmasının geçersiz olması söz konusu ise *favor validitatis* ilkesi ile esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim anlaşmasına da uygulanmak üzere seçildiği varsayımı çürütülmektedir. Ancak değişiklik önerisi ile, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca açıkça seçilmemiş olduğu hallerde doğrudan doğruya tahkim yeri hukukunun uygulanması kabul edildiğinden, *favor validitatis* ilkesine başvurmaya gerek kalmamaktadır.⁷² Ayrıca, İngiliz hukukunun tahkim yanlısı yapısı dikkate alındığında bir tahkim anlaşmasının İngiliz hukukuna göre geçersiz olması olasılığının düşük olduğuna işaret edilmiş ve İngiliz hukukuna göre geçersiz bir tahkim anlaşması söz konusu ise, İngiliz hukukunun uygulanmasını engellemek için bir hüküm getirme konusunda Hukuk Komisyonu ikna olmadığını ifade etmiş ve tarafların bu sorunu çözmek üzere her hal ü kârda açık bir hukuk seçimi yapabileceklerini (sonraki bir aşamada da) belirtmiştir.⁷³

Değişiklik önerisinde görüldüğü üzere, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca açık olarak seçilmediği hallerde tahkim yeri hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Tahkim yerinin uygulanacak hukuku belirleyecek olması tahkim anlaşmasında veya sonradan taraflarca tahkim yerinin mutlak surette belirlenmiş olmasını gerektirir mi sorusu Hukuk Komisyonu tarafından son olarak ele alınmıştır. Bir diğer deyişle, Hukuk Komisyonu tarafından tahkim yerinin taraflarca belirlenmemiş olması ihtimali üzerinde durulmuş ve özellikle henüz tahkim yargılamasının başlamadığı aşamada devlet mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemek durumunda kaldığı hallerde tahkim yerinin belirlenmemiş olmasının tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukukun tespitini ne yönde etkileyeceği ele alınmıştır.⁷⁴ Konuya ilişkin tartışmalar sırasında tahkim yerinin belirlenmemiş olması halinde esas sözleşmeye uygulanacak hukukun veya es sıkı ilişkili hukukun uygulanması gibi çeşitli öneriler⁷⁵ ileri sürülmüş ise de, Hukuk Komisyonu tahkim yerinin tahkim anlaşması akdedildikten sonra veya tahkim yargılaması başladıktan sonra belirlenmesinin mümkün olduğunu⁷⁶ dikkate alarak çeşitli olasılıkları değerlendirmiştir.⁷⁷ Buna göre,

72 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.56.

73 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.59.

74 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.60 vd.

75 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.60.

76 İngiliz Tahkim Kanunu 1996 kapsamında tahkim yerinin tahkim anlaşması akdedildikten sonra belirlenmesinin mümkün olduğu; m. 3 uyarınca taraflarca, hakemlerce veya kurumsal tahkim seçilmişse ilgili kurum tarafından veya *ad hoc* tahkimde mahkemeye belirlenebileceği ve aynı yöntemlerle değiştirilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca m. 2 uyarınca tahkim yerinin belirlenmemiş olduğu hallerde tahkim yerinin belirlenmediği hallerde kanunun hangi hükümlerinin uygulanacağını gösteren ve genel olarak tahkim yerinin belirlenmediği hallerde mahkemelere tahkim yargılamasını destekleyici yetkileri kullanma yetkisi veren; bu anlamda *ad hoc* tahkimde tahkim yerinin taraflarca belirlenmemiş olduğu hallerde mahkemelerin tahkim yerini belirleme yetkisi ile donatıldığı yorumuna elveren bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle Türk hukukunda tahkim yerinin belirlenmediği ve MTK hükümlerinin m. 1(2) uyarınca uygulanmak üzere seçildiği hallerde veya tahkim yerinin belirlenmediği ve MTK hükümlerinin de m. 1(2) uyarınca seçilmediği hallerde Türk mahkemelerinin *ad hoc* tahkimde tahkim yerini belirleme görevi ile donatıldığını söylemek güçtür.

77 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.63 vd.

tahkim yerinin sonradan belirlenmesi halinde bu belirlemeye bağılı olarak tahkim yeri hukuku tahkim anlaşmasına geriye dönük olarak uygulanır; fakat tahkim yeri belirlenene kadar tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukukun belirlenmesi gerekiyorsa *Enka v. Chubb* kararında olduğu gibi *common law* ilkelerine göre bu belirleme yapılabilir. Hukuk Komisyonu burada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenmesine atıf yapmaktadır. Komisyon, bu ihtimalin düşük olduğunu belirtmiş; ancak yine de mesele devlet mahkemesinin önüne geldiği sırada tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti sorunu ortaya çıkarsa tahkim yerinin bu aşamaya kadar zaten belirlenmiş olacağını veya mahkeme tarafından belirleneceğini ve tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku göstereceğini öngörmüştür.⁷⁸

Alternatif bir yaklaşımın, kanun değişikliği önerisinin tahkim yerinin belirlenmiş olduğu veya tahkim yerinin İngiltere veya Galler’de olduğu haller ile sınırlandırılması olduğu ifade edilmiş; ancak değişiklik önerisinin tahkim yerinin İngiltere ve Galler’de olduğu haller ile sınırlandırılmamasının önemli olduğu ve özellikle *Kabab-Ji v. KFG* kararında olduğu gibi tahkim yerinin İngiltere dışında olduğu hallerde çelişkili kararlar çıkmaması için bu yönde bir sınırlandırma yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Böylece kuralın çok daha geniş bir uygulama alanına sahip olacağı kabul edilmiştir.⁷⁹

Bütün bu değerlendirmeler sonucunda, Hukuk Komisyonu, tahkim yeri hukukunu yetkili kılan bir düzenlemenin tahkim yeri İngiltere ve Galler’de olan yargılamalar söz konusu olduğunda daha çok sayıda tahkim anlaşmasının İngiliz ve Galler hukukuna tâbi olması sonucunu doğuracağını; bunun tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesini etkin hale getireceğini; düzenlemenin tahkime elverişlilik ve tahkim anlaşmasının kapsamı konusunda daha elverişli hükümlerin uygulanmasını sağlayacağını öngörmüştür. Ayrıca bu düzenleme ile tarafların tahkime gitme iradelerinin zımnen yabancı bir hukukun seçilmesi ile bertaraf edilmemiş olacağı; basitlik ve kesinlik sağlanacağı; *Enka v. Chubb* kararındaki yaklaşımın hukuken karmaşık ve somut olaylara uygulanmak bakımından öngörülemez olduğu; düzenlemenin tahkim yerinin nerede olduğu önem taşımaksızın (İngiltere, Galler’de veya diğer herhangi bir yerde) ve yine taraflarca veya diğer bir şekilde belirlendiği hallerde uygulanabilir olduğu ifade edilmiştir.⁸⁰ Nihâi olarak Komisyonun kanun değişikliği önerisi, m. 6A’da taraflarca aksi açıkça (*expressly*) öngörülmediği takdirde tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna tâbi olmasını öngören bir hüküm getirilmesi yönünde formüle edilmiştir.⁸¹

78 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.65-12.66.

79 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.68-12.69.

80 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.72-12.75.

81 Hukuk Komisyonu Raporu ve Taslak, para. 12.77: “We recommend that the Arbitration Act 1996 be amended to provide that the arbitration agreement is governed by the law of the seat, unless the parties expressly agree otherwise.”

Hukuk Komisyonu'nun değişiklik önerisinin arka planı incelendiğinde önerinin hazırlık çalışmaları kapsamında İngiltere ve Galler'in tahkim yeri olarak seçilme oranının yüksekliğinin dikkate alındığı ve esas sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulanması kabul edildiği takdirde İngiliz hukuku yerine yabancı bir hukukun tahkim anlaşmalarının geçerliliği, kapsamı, tahkime elverişlilik gibi temel konularda belirleyici olmasının istenmediği görülmektedir.⁸² Bu anlamda İngiltere'nin tahkim yeri olarak yoğun biçimde seçilmekte olması İngiliz hukukunun tahkim anlaşmalarının tâbi olduğu hukuk olarak söz sahibi olması gerektiği anlayışını meşrulaştırmıştır. Özellikle *Enka v. Chubb* ve *Kabab-Ji v. KFG* kararları sonrasında ortaya çıkan karmaşanın da bu suretle çözülebileceği öngörülmüştür.

Sonuç olarak, tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukukun belirlenmesinde zımnî irade veya en sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla esas sözleşmeye uygulanacak hukuka etki tanınmasına veya tahkim yeri hukukunun bu çerçevede uygulanmasına ilişkin yaklaşımlar etrafında oluşan belirsizliklerin en azından İngiliz hukuku bakımından, ciddi bir uzlaşma eseri olarak ortaya çıkan kanun değişikliği önerisi ile netleşme yoluna girdiği görülmektedir. Özellikle İngiliz hukukunun etkili olduğu hukuk düzenlerinde bu adımın dikkate alınacağı ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde zımnî irade veya en sıkı ilişkili hukuk tartışmalarının kısmen de olsa sona ereceği söylenebilir.

G. Türk Milletlerarası Tahkim Hukuku Açısından Değerlendirme

Türk hukukunda MTK m. 4(3) hükmünde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren bir kanunlar ihtilâfı kuralına yer verilmiş olması Türk hukukunun konuya ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralına yer veren hukuk düzenleri arasında değerlendirilmesini sağlamaktadır.⁸³ Söz konusu m. 4(3) hükmünde tahkim anlaşmasının taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçilen hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olacağı öngörülmektedir. Görüldüğü üzere, bu hükümde basamaklı bağlama kuralı ile taraflarca seçilen hukuka öncelik verilmiş; ancak taraflarca açık veya zımnî hukuk seçimi yapıp yapılamayacağı açıklanmamıştır.

82 Bkz. Law Commission – *Review of the Arbitration Act 1996 – Second Consultation Paper* March 2023, para. 1.10 vd.; House of Lords – HL Bill 7 of 2023 – 24 Arbitration Bill [HL].

83 Doktrinde *Born*, Türk hukukunda yer alan bu hükmü [MTK m. 4(3)] nevi şahsına münhasır düzenlemeler kapsamında ele almakta ve eleştirmektedir. *Born*'a göre, taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde Türk hukukunun uygulanmasının öngörülmesi, tenfiz makamının kendi hukukunu uygulaması sonucunu doğuracağı için New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmüne ve taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim yeri hukukunu yetkili kılan diğer ulusal düzenlemelere ters düşmektedir. Bkz. *Born* (n 9) § 4.04 [B] [3] [g]. *Born*'un bu eleştirisinin tenfiz bakımından Türk hukukunda da pek çok durumda New York Sözleşmesi hükümleri uygulanmakta olduğu için yerinde olmadığı belirtilmelidir. Bununla birlikte, MTK m. 4(3) hükmünde doğrudan tahkim yeri hukukunun yetkili kılınması yerine tahkim yeri hukuku olduğu varsayımıyla Türk hukukunun yetkili kılınması bu türden sorunlara ve aşağıda ele alınacağı üzere, özellikle tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde bu hükmün uygulanması ile ilgili tereddütlere yol açabilmektedir. Tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde sadece m. 5 ve 6'nın uygulama alanı bulması; m. 4'e göre uygulanacak hukukun tespitinin açıkça kabul edilmiş olmaması da bu konuya ilişkin ayrı bir sorun olarak dikkat çekmektedir. Bkz. Aydın (n 6) 52 vd.

1. MTK m. 4(3) Hükümü Kapsamında Zımnî Hukuk Seçiminin Dışlanması ve Tahkim Yeri Hukukunun Esas Alınması

Doktrinde kanun koyucunun zımnî hukuk seçimine cevaz vermeyip sadece açık hukuk seçimini kabul ettiği görüşü⁸⁴ ileri sürüldüğü gibi, MTK kapsamında m. 4(3) ve m. 15(A)(1)(a) incelendiğinde, bu hükümlerin zımnî hukuk seçimine imkân vermediği yorumunun yapılamayacağı görüşü de ifadesini bulmuştur.⁸⁵ Buna göre, MÖHUK m. 24 ile hukuk seçimine ilişkin temel prensipler ortaya konulmuş olup, bu prensiplerin MÖHUK'un diğer hükümlerinde aksi belirtilmedikçe her türlü akit ve hatta hukuk seçimi imkânının tanındığı haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi tüm ilişkiler için geçerli olacağı kabul edilmelidir.⁸⁶ Ancak, MÖHUK'ta yer alan diğer akit tipleri için bu prensipler geçerli olsa da milletlerarası tahkimin ayrı bir kanun ile düzenleme konusu edilmesi ve tahkim anlaşmasına ilişkin ayrı bir kanunlar ihtilâfı kuralının bu kanun ile getirilmiş olması,⁸⁷ tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralının tahkim kurumunun gerekleri, güncel yaklaşımlar ve MTK çerçevesinde ele alınmasını gerektirir.

Yukarıda görüldüğü üzere, pek çok hukuk düzeninde tahkim anlaşmasına yönelik hukuk seçimi yargı makamlarınca New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ve/veya ulusal tahkim düzenlemeleri çerçevesinde zımnî hukuk seçimini de kapsayacak şekilde yorumlanmış ise de bu yorumların hukukî kesinlik ve öngörülebilirliği zedelediği ve hatta aynı tahkim anlaşmasına ilişkin olarak farklı ülke mahkemelerinin farklı

84 Özel, S., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilâfı Meseleleri* (İstanbul 2008) 80. Türk hukuku bakımından New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmü ve Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi kapsamında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin hukuk seçiminin zımnî hukuk seçimini de içerdiği yönünde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Uslu (n 9) 46-47.

85 Uslu (n 9) 49; Akıncı, Z., *Milletlerarası Tahkim B. 5* (İstanbul 2020) 301. Zımnî hukuk seçiminin kabul edilmesi halinde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca seçilmiş olmasının zımnî hukuk seçimine delâlet etmesi meselesinin tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde ele alınmasına ilişkin olarak bkz. Uslu (n 9) 51 vd.

86 Uslu (n 9) 49, dn. 39. MÖHUK m. 24 ile hukuk seçimine ilişkin getirilen temel prensiplerin MÖHUK'un diğer hükümlerinde aksi belirtilmedikçe her tür akit için ve hatta hukuk seçimi imkânının tanındığı haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme ilişkileri için de geçerli olacağı yönünde bkz. Şanlı, C./Esen, E./Ataman-Figânneşe, İ., *Milletlerarası Özel Hukuk B. 10* (İstanbul 2023) 325-326.

87 Tahkim anlaşmasının hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar da dikkate alındığında, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralının maddî hukuka ilişkin akit tiplerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralı ile aynı esaslara tâbi tutulması ve hukuk seçiminin zımnî hukuk seçimini kapsadığı yorumunun kabul edilmesi tahkim anlaşmasının maddî hukuk ile usul hukuku arasında kalan sınırlarını zorlayıcı nitelik taşıyabilir. Nitekim, tahkim anlaşması ile milletlerarası yetki anlaşmasının hukukî niteliğinin benzer olduğu; her iki anlaşmanın da usul hukuku alanında sonuç doğuran, ancak kuruluş ve geçerlilik açısından (irade sakatlığı, anlaşma kapsamının kişi ve konu bakımından yorumlanması gibi hususlar dahil olmak üzere) maddî hukuka ait özellikler taşıyan sözleşmeler olduğu dikkate alındığında, yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun tespitinde de doğrudan doğruya MÖHUK'ta yer alan ve maddî hukuka ilişkin akit tiplerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kurallarının belirleyici olmadığı; aksine yetki anlaşmalarına uygulanacak hukuku gösteren özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmamasının kanun boşluğu anlamına geldiği ve bu boşluğun kıyas yoluyla MÖHUK m. 24 hükmünün uygulanması suretiyle doldurulabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Avşar, M., *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların Irade Serbestisi* (İstanbul 2021) 79 vd. Böylece, yetki anlaşmalarının tâbi olduğu hukukun belirlenmesinde dahi MÖHUK m. 24 hükmüne başvurma ihtimalinin, yetki anlaşmalarının karakteri göz önüne alınarak son derece sınırlı bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Tahkim anlaşmaları için ise, yetki anlaşmalarından farklı olarak, ayrı bir kanunlar ihtilâfı kuralı getirilmiştir; zira tahkim bir yargılama yolu olup, bu yargılama yoluna gitme konusundaki taraf iradelerini ortaya koyan tahkim anlaşmasının usulî sonuçları ile maddî hukuk karakterini birbirinden ayırmak zordur. Bu nedenle, tahkim anlaşmasının kuruluş ve maddî geçerlilik açısından tâbi olduğu hukuku gösteren bu kural kapsamında hukuk seçiminin ne anlama geldiğinin de MÖHUK m. 24 çerçevesinde yorumlanması yerine, tahkim hukukuna ait bakış açısı ile yorumlanması gerekir ki, bu bakış açısı zımnî hukuk seçimine ihtiyatla yaklaşmayı gerektirmektedir.

yollarla uygulanacak hukuku belirlemesine yol açtığı görülmüştür. Bu tablo karşısında, özellikle İngiltere'nin tahkim yeri olarak seçilme oranı ve İngiltere bakımından tahkimin önemi dikkate alınarak İngiliz Tahkim Kanunu 1996'ya hüküm eklenmesi önerisinin geliştirildiği ve zımnî hukuk seçiminin dışlanması eğiliminin öne çıktığı açıktır.

Bahsedilen gelişmeler göz önüne alınarak MTK m. 4(3) hükmünün zımnî hukuk seçimine izin verip vermediği hususunun, MÖHUK kapsamında hukuk seçimine hâkim ilkelerden bağımsız olarak değerlendirilmesi ve zımnî hukuk seçiminin reddedilmesi ihtimali üzerinde de durulmalıdır. Nitekim Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu⁸⁸ ve Roma I Tüzüğü'nün⁸⁹ tahkim anlaşmalarını kapsam dışında tutması da MÖHUK m. 24 hükmünün tahkim anlaşmaları bakımından esas alınmaması gereğini teyit etmektedir. Avrupa Birliği hukukunda akdî borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilâfî kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla hazırlanan Konvansiyon ve Tüzük tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun belirlenmesi hususunu, tahkim anlaşmasının özel karakteri nedeniyle açıkça kapsamı dışında tutmuş ve bu suretle tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden ayrılabilir niteliğinin ve esas sözleşmenin tâbî olduğu kanunlar ihtilâfî kurallarına tâbî olmadığını altını çizmiştir.⁹⁰ Konvansiyon ve Tüzüğün tahkim anlaşmasını kapsam dışında tutması aynı zamanda tahkim anlaşmasının New York Sözleşmesi m. II ve m. V(1) (a) hükümlerinden hareketle belirlenen kendine özgü kanunlar ihtilâfî kurallarına tâbî olması gerektiğini ve genel kanunlar ihtilâfî prensiplerinden ayrı tutulması gerektiğini teyit etmektedir.⁹¹ Hatta Roma Konvansiyonu'na ilişkin Rapor'da⁹² açıklandığı üzere, tahkim anlaşması, usule ilişkin ve maddî hukuka ilişkin yönleri birbirinden zor ayırt edilebilecek olan bağımsız bir sözleşmedir ve tahkim anlaşması bakımından (Roma I Tüzüğü m. 4(2) uyarınca) karakteristik edimin belirlenmesi de zordur. Bunun gibi tahkim anlaşmasının (Roma I Tüzüğü m. 4(4) uyarınca) en sıkı ilişkili olduğu ülkenin belirlenmesi bakımından da aynı güçlüklerle karşılaşılır. Bu sebeplerle tahkim anlaşması Konvansiyon'un ve Roma I Tüzüğü'nün kapsamı dışında bırakılmıştır.⁹³ Dolayısıyla hukuk seçimine ilişkin genel kanunlar ihtilâfî prensiplerinin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku gösteren hükümler bakımından belirleyici olması görüşüne ihtiyatla yaklaşılmalıdır.

Esasen MTK m. 4(3) kapsamında zımnî hukuk seçimine izin verildiği yorumunu savunmak bakımından da MÖHUK'tan ziyade, tahkim anlaşmasına uygulanacak

88 *Convention 80/934/EEC on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980* (OJ L 266, 9.10.1980, pp. 1-19).

89 *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)* (OJ L 177, 4.7.2008, p. 6-16).

90 Born (n 9) § 4.04 [A] [1] [e]; Plavec (n 15) 96-97.

91 Born (n 9) § 4.04 [A] [1] [e]; Plavec (n 15) 96-97.

92 Giuliano-Lagarde Report, para. 12.

93 Giuliano-Lagarde Report, para. 12; Plavec (n 15) 96-97.

hukukun tespiti bakımından daha doğrudan bir kaynak niteliği taşıyan New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmüne ilişkin yukarıda yer verilen yorum ve değerlendirmeler dikkate alınabilir. Ancak son dönemde zımnî hukuk seçiminin yol açtığı öngörülemez sonuçlar, bu yorumun en azından ulusal mahkemelerin değerlendirmeleri bakımından kabul edilmesi eğiliminin İngiliz hukukunda olduğu gibi değişebileceğini göstermektedir. MTK m. 4(3) uyarınca hukuk seçiminin zımnî hukuk seçimini de içerdiği yorumunun, pek çok durumda mahkemelerin keyfi yaklaşımlarına zemin oluşturabileceği yukarıda ele alınan yargı kararları dikkate alındığında öngörülebilir. Bu nedenle, MTK m. 4(3) hükmünün hukukî kesinlik ve öngörülebilirliği ön planda tutmak üzere, taraflarca açık hukuk seçimi yapılmamışsa, tahkim yeri hukuku olarak Türk hukukunu yetkilendirdiği kabul edilmelidir. Bu suretle taraflarca açıkça ve ayrıca tahkim anlaşmasına yönelik bir hukuk seçimi yapılmamışsa, tahkim yeri hukuku sıfatıyla Türk hukukunun uygulanması gerekir. Zira tahkim anlaşması kaçınılmaz olarak tahkim yeri hukuku ile bağlantılıdır.⁹⁴ Tahkim yeri seçiminin salt coğrafi bir yer seçimi olmadığı; esas olarak bir hukuk seçimi ve özellikle de tahkim yeri hukukunun seçildiği anlamına geldiği vurgulanmalıdır. Bu hukuk seçimi salt tahkimin usule ilişkin yönlerini değil; usule ilişkin yönleri üzerinde etkili olan tahkim anlaşmasını da kapsayıcı niteliktedir.⁹⁵ Son dönemde doktrinde *Born*'un açıkça ifade ettiği üzere, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun zımnî hukuk seçimi (veya en sıkı ilişkili hukuk) kapsamında tahkim anlaşmasına uygulanması tahkim anlaşmasının bağımsızlığı⁹⁶ esasına ters düştüğü gibi, tahkim usulü ile tahkim anlaşmasının farklı hukuklara tâbi tutulması öngörülemez ve tutarsız sonuçlara yol açabilir ve sözleşme taraflarının beklentilerini de karşılamaz.⁹⁷ Bu anlamda sadece İngiliz Hukuk Komisyonu'nun değişiklik önerisi kapsamında değil; doktrinde de zımnî hukuk seçiminden uzaklaşılması eğiliminin ifade edildiği ve tahkim yeri hukukunun taraflarca açık bir hukuk seçimi yapılmamışsa doğrudan uygulanması gerektiği anlayışının belirginleştiği görülmektedir.⁹⁸ MTK m. 4(3) hükmünün de bu gelişmeler ve tahkim anlaşmasının kendine özgü karakteri ışığında yorumlanması ve MTK m. 4(3) hükmünün zımnî hukuk seçimini dışladığı sonucuna ulaşılması gerekir.⁹⁹

94 Born (n 9) § 4.04 [A] [4].

95 Born (n 9) § 4.04 [A] [1] [b] ff.; § 4.04 [A] [2] ff.

96 *Born*'a göre, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı esasının sınırlı bir yoruma tâbi tutulmaması gerekir. Zira tahkim anlaşmasının bağımsızlığı esası, tahkim anlaşmasının niteliği (usulî sözleşme) ve amacından kaynaklanır ki, bu nitelik ve amaç esas sözleşmenin nitelik ve amacından köklü bir şekilde farklıdır. Bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [4].

97 *Born* tarafından tahkim yeri hukukuna öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmekte ise de tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukukuna göre geçersiz olduğu tespit edildiği takdirde *favor validitatis* ilkesinin zımnî hukuk seçimi kapsamında esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanmasına cevaz verdiği de belirtilmiştir. Buna göre, New York Sözleşmesi m. V(1) (a) hükmünün *favor validitatis* ilkesi ile uyumlu olduğu ve bu ilkenin uygulanmasını gerektirdiği; aynı doğrultuda m. V(1)(a) kapsamında zımnî hukuk seçimi marifetiyle esas sözleşmeye uygulanacak hukukun bahsedilen durumlarda uygulanabileceği yönünde bkz. Born (n 9) § 4.04 [A] [4].

98 Plavec (n 15) 107-108; Ling, A., "Neither express nor implied: Rethinking governing law of the arbitration agreement" (2023) Arb. Int'l 39, 414 vd.; Schreier/Jensen (n 19) 5 vd.

99 Doktrinde ve bazı tahkim kurumlarının kurallarında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin alternatif yaklaşımlar da geliştirildiği belirtilmelidir. Ancak burada MTK m.4(3) hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiği belirlenmeye çalışıldığı için alternatif yaklaşımlara metin içinde değinilmemiştir. Söz konusu yaklaşımlar için bkz. Plavec (n 15) 109 vd.; Moses (n 9) 537-538.

2. Yetki Anlaşmalarına Uygulanacak Hukuk ile Karşılaştırmalı Olarak Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Tahkim anlaşmasına yönelik açık bir hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukunun uygulanması, çeşitli açılardan benzerlik taşıyan yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin görüşler ile de paralellik taşımaktadır.¹⁰⁰ Bu iki anlaşma, benzer nitelikte ağırlıklı olarak usulî karakterli¹⁰¹ anlaşmalar olarak görülmekte ve bağımsızlık esası yetki anlaşmaları için de geçerli kabul edilerek, bunların da tahkim anlaşmaları gibi, esas sözleşmeye uygulanan hukuka tâbi olmaması gereği vurgulanmaktadır.¹⁰²

Türk hukukunda milletlerarası yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun tespitine ilişkin özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmadığından MÖHUK m. 24 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmiş ve bu hükümden her ne kadar usulî karakterli yetki anlaşmalarının niteliğine uygun düşme de, yararlanılabileceği ifade edilmiştir.¹⁰³ Ancak, MÖHUK m. 24 hükmünün yetki anlaşmaları bakımından karşılaştırmalı hukuk ve tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin esaslar çerçevesinde ele alınması gerekli görülmüştür. Burada belirtmek gerekir ki, MÖHUK m. 24 hükmünde yer alan hukuk seçimine ilişkin hükmün yetki anlaşmaları için de genel prensipleri ortaya koyduğundan ve zımnî hukuk seçimine izin verdiğinden bahsedilememektedir. Zira yetki anlaşmaları için zımnî hukuk seçiminin tartışılması bir yana, açık hukuk seçimine dahi hemen hiç rastlanmadığı belirtilerek, doğrudan objektif bağlama kuralının belirlenmesi üzerinde durulmuştur.¹⁰⁴ Buna göre, yetki anlaşmaları, gerek Avrupa Birliği hukukunda [Yeni Brüksel I Tüzüğü m. 25(1)]¹⁰⁵ gerek Yetki Anlaşmalarına İlişkin La Haye Konvansiyonu¹⁰⁶ m. 5(1) ve 6(a) uyarınca, özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı ile, tarafların yetkili kıldıkları mahkemenin hukukuna tâbi kılınmıştır. MÖHUK'ta yetki anlaşmalarına ilişkin m. 47'de bu tür bir özel kanunlar ihtilâfı kuralı yer almasa da, MÖHUK m. 24 hükmünün kıyasen uygulanması ile yetki anlaşmasının en sıkı ilişki içinde bulunduğu hukuka tâbi tutulabileceği sonucuna ulaşılmış ve bu hukukun da, mahkemesi seçilen ülke hukuku olduğu ve hatta bu sonucun tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi ile uyumlu olduğu; daha açık bir deyişle, MTK m. 4(3) hükmünün tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukuku sıfatıyla Türk hukukunu yetkili

100 Demirkol, B., *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (İstanbul 2018) 48 vd.; Avşar (n 87) 69 vd.

101 Tahkim anlaşmasının hukukî niteliğine ilişkin görüşler hakkında bkz. Tekin, 20 vd. Yetki anlaşmasının hukukî niteliğine ilişkin görüşler hakkında bkz. Avşar (n 87) 69-79. Bu iki anlaşmanın, usul hukuku alanında sonuçlar doğuran, ancak kuruluş ve geçerlilik açısından maddî hukuk değerlendirmesi gerektiren anlaşmalar olduğu; bu yönü ile çifte karakterli bir yapı sergilediği kabul edilmelidir. Zaten bu nitelik dolayısıyla maddî geçerliliğe uygulanacak hukukun tespiti ayrı bir kanunlar ihtilâfı sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Avşar (n 87) 77-78.

102 Demirkol (n 100) 46 vd.

103 Demirkol (n 100) 49-52.

104 Demirkol (n 100) 52-53.

105 *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351, 20.12.2012, s. 1-32.

106 *Hague Convention on the Choice of Court Agreements*, 30.6.2005, I.L.M. 1294.

kılmasının, yetki anlaşmalarının yetkili kılınan mahkemenin hukukuna tâbi olmasını doğruladığı ifade edilmiştir.¹⁰⁷ Aynı sonuca farklı bir açıdan ulaşan *Avşar* ise, yetki anlaşmalarına yönelik özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmadığından, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu için MÖHUK m. 24 hükmünün kıyasen uygulanacağını ve en sıkı ilişkili hukuk olarak yetkili kılınan mahkemenin hukukunun uygulanacağını belirtmiştir.¹⁰⁸

Sonuç olarak işlevsel açıdan benzer özellikler taşıyan bu iki anlaşmanın, taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, MTK m.4(3)’te yer alan özel kanunlar ihtilâfı kuralı sayesinde tahkim yeri hukukuna ve özel bir kanunlar ihtilâfı kuralı bulunmadığından, yorum yoluyla seçilen mahkemenin hukukuna tâbi tutulması kabul görmektedir. Yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun tespitinde tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukukun yol gösterici olması gibi, tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuka ilişkin MTK m. 4(3) hükmünün yorumlanması bakımından da yetki anlaşmalarına uygulanacak hukukun, hukuk seçimi yoksa, mahkemesi seçilen ülkenin hukuku olarak kabul edilmesi önemlidir. Zira mahkemesi seçilen ülke hukuku ile tahkimde tahkim yeri hukuku, uygulanacak hukukun belirlenmesinde aynı işlevi yerine getirmektedir. Bu nedenle taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olarak kabul edilmesi gereği yetki anlaşmaları perspektifinden de doğrulanmaktadır.

3. Hukuk Seçimi Olmayan Hallerde Türk Hukukunun “Tahkim Yeri Hukuku” Olarak Uygulanması

MTK m. 4(3) hükmünde yer alan ve hukuk seçimi yapılmayan hallerde Türk hukukunun uygulanmasını öngören hükmün, Türk hukukunu tahkim yeri hukuku olarak yetkilendirip yetkilendirmediği değerlendirilmelidir.

MTK m. 1(2)’ye göre, MTK, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Bu ilke, MTK’nın uygulanması bakımından temel bir ilkedir. MTK m. 4(3) hükmünün de,¹⁰⁹ tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku *tahkim yeri hukuku olarak* Türk hukukuna tâbi tuttuğu kabul edilmelidir.¹¹⁰ Bu yaklaşım, MTK’nın hazırlanması bakımından temel alınan UNCITRAL Model Kanun’da kabul edilen yaklaşım olması yanında, Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi m. VI(2) ve New York Sözleşmesi m. V(1)(a) ile de teyit edilmiştir.

¹⁰⁷ Demirkol (n 100) 52-55.

¹⁰⁸ *Avşar* (n 87) 108-115.

¹⁰⁹ MTK m. 1(3) uyarınca, bu kanunun 5 ve 6. madde hükümleri tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde uygulanır. Bu hükümden hareketle, m. 4 hükmünün söz konusu ihtimal bakımından uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Esen, 93-94.

¹¹⁰ Esen (n 6) 94; Sarıöz Büyükalp (n 6) 2028; Aydın (n 6) 55; Şanlı/Esen/Ataman-Figânmeşe (n 86) 803, dn. 683.

Doktrinde *Born*'un MTK 4(3) hükmü ile Türk hukukunun yetkili kılınmasını eleştirmesi de, esasında bu hükmün tahkim yerinin Türkiye'de olmadığı hallerde de uygulama alanı bulabileceği öngörüsüne dayanmaktadır. MTK m. 4(3) hükmünün hukuk seçimi olmayan hallerde sadece tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar bakımından uygulanacak olması bu konuya ilişkin tereddütleri, aşağıda görüleceği üzere ortadan kaldıracaktır.

4. Tahkim yerinin Türkiye'de Olmadığı Haller Bakımından Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

MTK m. 4(3) hükmünün uygulanması bakımından bir diğer sorun, tahkim yerinin Türkiye'de olmadığı hallerde MTK m. 4 hükmünün uygulama alanı bulamayacak olmasıdır.¹¹¹ Her ne kadar doktrinde bu halde de MTK m. 4(3) hükmünün kıyasen uygulanabileceği¹¹² veya MÖHUK m. 24 hükmünden hareketle en sıkı ilişkili hukuk olarak tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği¹¹³ ileri sürülmekte ise de, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar kapsamında soruna çözüm getirilmesi MTK'nın uygulama alanını veya MÖHUK hükümlerinin sınırlarını zorlayan yorumlara başvurma gereğini ortadan kaldırır. Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi VI(2) maddesinde taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim yeri hukukunun uygulanmasını öngörmektedir. Ancak bu uluslararası anlaşmaya taraf olan devletlerin sayısının 2024 yılı itibarıyla 31 olması, uygulama alanının sınırlı olduğunu göstermektedir. Avrupa Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde, yukarıda çeşitli devletlerin mahkeme kararlarında da görüldüğü üzere, New York Sözleşmesi m. V(1)(a) hükmünden hareketle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca açıkça seçilmediği hallerde tahkim yeri hukukunun uygulanması kabul edilmelidir. Zira New York Sözleşmesi m. II(3) uyarınca, taraf devletlerin mahkemeleri tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olduğunu tespit etmedikçe tarafları tahkime yönlendirir. Devlet mahkemelerinin bu tespiti yapmak için New York Sözleşmesi m. V(1)(a)'da öngörülen şekilde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlemeleri gereği esas alındığında,¹¹⁴ tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yeri hukuku olması gereği doğal bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu çözüm, çoğunluk hukuk düzeninde kabul gören ve evrensel bir ilke haline gelen tahkim yeri hukukunun uygulanması esasının tanınması anlamına gelecek ve MTK kapsamında olsun olmasın Türk mahkemelerinde tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin tartışıldığı her durumda Türk hukukunun uygulanacağı algısının ortadan kalkmasına hizmet edecektir.

¹¹¹ Esen (n 6) 93-94; Aydın (n 6) 52.

¹¹² Özel (n 84) 81; Şanlı/Esen/Ataman-Figânmeşe (n 86) 803, dn. 683.

¹¹³ Esen (n 6) 95-97.

¹¹⁴ Aydın (n 6) 55-56.

Tahkim yerinin belirlenmemiş olduğu hallerde ise, Avrupa Sözleşmesi m. VI(2) uyarınca hâkimin kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi mümkündür. İşte MÖHUK m. 24 uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi de bu ihtimal bakımından kabul edilmelidir.

Tahkim yerinin Türkiye’de olmadığı haller kapsamında ele alınması gereken son bir husus da MTK’nın uygulanmasının taraflar veya hakemlerce kararlaştırılmış olması¹¹⁵ durumunda MTK m. 4(3) hükmünün tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyip belirlemeyeceğidir. Bu konu, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemişse, *lex arbitri* olarak tahkim yeri hukukuna tâbi olması gereği kapsamında ele alınmalıdır. Yukarıda görüldüğü üzere, pek çok hukuk düzeninde ve uluslararası metinlerde tahkim anlaşması bir hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukuna tâbi tutulmuştur. Temelde tahkim yeri hukukunun, *lex arbitri* yani tahkimin otoritesine tâbi olduğu hukuk olmasına bağlı olarak geçerli kılınan bu sonuçtan hareket edilecek olursa, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun *lex arbitri* olduğu esası yol gösterici olmalıdır. MTK’nın 1. maddesi uyarınca tahkim yeri Türkiye olmayan bir tahkim yargılaması bakımından MTK hükümlerinin uygulanması taraflar veya hakemlerce kararlaştırılmışsa, bu durum, MTK m. 4(3) hükmünün [ya da devlet mahkemelerini görevli ve yetkili kılan (m. 5 v e 6 dışında) hükümlerin] uygulama alanı bulacağı anlamına gelmemelidir. Aksine, MTK m. 4(3) bu ihtimalde uygulama alanı bulamamalı; Türk mahkemesi New York Sözleşmesi m. II(3) ve m. V(1)(a) uyarınca, hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukunu uygulamalıdır.

Çeşitli devletlerin tahkim kanun ve düzenlemelerinin MTK m. 1 hükmüne paralel şekilde uygulama alanlarını tahkim yerinin o devlet ülkesinde olmasından hareketle belirledikleri¹¹⁶ ve tahkim yerinde yürürlükte bulunan bu kanunların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları öngörebildikleri veya New York Sözleşmesi m. V(1)(a) çerçevesinde tahkim anlaşmasının geçerliliğini ele aldıkları dikkate alındığında, farklı devletlerin mahkemelerinin aynı tahkim anlaşmasına ilişkin farklı sonuçlara ulaşmalarını engellemek açısından tahkim yeri hukukunun uygulanmasına ilişkin kuralın yeknesak bir kural olarak kabul edilmesi uygun olur. Halbuki tahkim yerinin Türkiye olmadığı ve MTK hükümlerinin taraflar veya hakemlerce *usule uygulanmak üzere* seçildiği hallerde MTK m. 4(3) hükmü lafzî bir yorumla uygulanır ise, tahkim anlaşmasının Türk hukukuna tâbi tutulması sonucunu doğar. Bu ise, ileride hakem kararının geçerliliği bakımından tahkim yeri hukukuna göre yapılacak değerlendirmeler ile çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilir.

¹¹⁵ Bu durumda tahkim yeri hukukunun *lex arbitri* olduğu ve seçilen MTK hükümlerinin MTK m. 8’de izin verildiği gibi, *lex arbitri*’nin çizdiği sınırlar içinde tahkim yargılama usulüne uygulanmak üzere seçildiği dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, MTK’da yer alan ve tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde de uygulanması kabul edilen m. 5 ve 6 dışında kalan, örneğin, hakem seçmeyen tarafın yerine mahkemeden hakem seçimi talep edilebilmesine ilişkin hükmün veya iptal davasının Türkiye’de açılmasını öngören m. 15 hükmünün uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Aksinin kabulü halinde tahkim yeri olarak belirlenen yer hukuku olarak *lex arbitri*’nin hükümleri ile MTK hükümleri çatışacaktır.

¹¹⁶ Bkz. İngiliz Tahkim Kanunu 1996 m. 2; İsviçre MÖHK m. 176(1); Alman Medeni Usul Kanunu m. 1025(1).

Sonuç olarak, MTK m. 4(3) hükmünün Türk mahkemelerince, tahkim yeri Türkiye’de olmadığı halde, salt MTK’nın uygulanması taraflar veya hakemlerce kararlaştırılmış olduğu için uygulanması kabul edilmemeli; bu ihtimalde Türk mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliğini, MTK’nın “*lex arbitri* olarak” kapsamı dışında kalan bir tahkim anlaşması söz konusu olduğundan New York Sözleşmesi hükümlerine göre tahkim yeri hukukuna tâbi tutmalıdır. Zira bu ihtimalde *lex arbitri* tahkim yeri hukukudur ve MTK *lex arbitri* olarak uygulama alanı bulmamaktadır.

Bir diğer ihtimal ise, MTK’nın taraflarca usule uygulanmak üzere seçildiği hallerde tahkim yerinin belirlenmemiş olması ve *ad hoc* tahkimin tercih edilmiş olması ihtimalidir. Bu halde, MTK uyarınca hakem/hakemlerin de tayin edilmediği ve dolayısıyla tahkim yerini belirlemeyecekleri bir aşamada, devlet mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekirse, mahkemenin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku hangi hükme göre belirlemesi gerektiği sorusu aynı bakış açısı ile yanıtlanmalı ve MTK m. 4(3) uygulanmamalıdır. Bunun yerine New York Sözleşmesi m. II(3) ve m. V(1)(a) uyarınca uygulanacak hukukun belirlenebileceği düşünülebilir. Ancak m. V(1)(A) kapsamında tahkim yeri hukuku yetkili kılındığından ve tahkim yeri belirli olmadığından, mahkemenin kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurması (Avrupa Sözleşmesi m. VI(2)’de de öngörüldüğü üzere) suretiyle bu boşluğun doldurulması gerekir.

Sonuç

Alman Federal Mahkemesi’nin yakın zamanda verdiği bir karardan hareketle tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlenmesinde zımnî hukuk seçimi meselesinin ele alındığı bu çalışmada, nihaî olarak zımnî hukuk seçimi ve en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesine ilişkin arayışların tahkim anlaşmalarının geçerliliği bakımından hukuk düzenleri arasında ciddi değerlendirme farklılıklarına yol açtığı görülmüştür. Özellikle son dönemde çeşitli devletlerin mahkeme kararları arasındaki çelişkili sonuçlar, tahkim yeri hukukunun, açıkça aksi kararlaştırılmamışsa uygulanması gereken hukuk olarak dikkate alınması eğilimini öne çıkarmaktadır.

Konuya ilişkin pek çok çalışmada tahkim yeri hukukunun mu yoksa esas sözleşmeye uygulanan hukukun mu uygulanması gerektiği; tarafların örtülü iradesinin hangisine işaret ettiği veya en sıkı ilişkili hukukun hangisi olduğuna ilişkin değerlendirmeler yapılmış; bu ikisinden birinin uygulanmasına ilişkin gerekçelere ve her ikisinin de uygulanmasının olumlu ve olumsuz yönlerine işaret edilmiştir.¹¹⁷ Ayrıca tahkim kurumunun bulunduğu yer hukukunun uygulanması veya tahkim anlaşmasının tahkim yeri hukuku veya olası tenfiz ülkesi hukuku gibi ilgili hukuk düzenleri çerçevesinde geçerli olmasını esas alan kümülatif yaklaşım gibi alternatif öneriler de geliştirilmiştir.¹¹⁸

117 Moses (n 9) 551 vd.; Plavec (n 15) 97 vd.; Nazzini (n 9) 686 vd.; Schreier/Jensen (n 19) 2 vd.

118 Plavec (n 15) 109 vd.

Bunun gibi, bazı tahkim kurumlarının model tahkim anlaşması kayıtlarında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun açıkça seçilmesine hizmet eden düzenlemeler yaptığı; taraflarca bu kurumların kurallarının seçildiği durumlar bakımından açık hukuk seçimi yapılmış olacağı için sorunun çözülmüş olduğu da ifade edilmiştir; ancak bunun sınırlı bir çözüm tarzı olduğu belirtilmelidir. Zira bugün için Hong Kong Milletlerarası Tahkim Merkezi, Viyana Milletlerarası Tahkim Merkezi, Londra Milletlerarası Tahkim Merkezi gibi belli başlı bazı kurumların bu yola gittiği görülmektedir.¹¹⁹ Dolayısıyla, taraflarca açık hukuk seçimi yapılması seçeneğinin halen yaygın olmadığı dikkate alındığında, özellikle devlet mahkemelerince tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin yorumlar önem kazanmaktadır. Yukarıda görüldüğü üzere, bu konuda tarafların açık bir seçimi yoksa, tahkim yeri hukuku, tahkimin otoritesine tâbi olduğu hukuk sıfatıyla, tahkim anlaşmasının maddî hukukla bağlantılı yönlerinin de tahkim yargılamasından bağımsız değerlendirilemeyeceği dikkate alınarak uygulanmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Bibliyografya/Bibliography

Akıncı, Z., *Milletlerarası Tahkim*, B. 5 (İstanbul 2020).

Avşar, M., *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisinin Belirlenmesinde Tarafların İrade Serbestisi* (İstanbul 2021).

Aydın, E.: “Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk” (2019) 39(1) Public and Private International Law Bulletin 33-61.

Bayata Canyaş, A., “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi” (2011) 1(1) HÜHFD 110-121.

Born, G., *International Commercial Arbitration* 3rd ed. (Kluwer Law International 2020).

Chan, D./Teo, J. Y., “Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There is None” (2020) 37(5) Journal of Int’l Arb. 635-648.

Czernich, D., “The Law Applicable to the Arbitration Agreement” (2015) Austrian Yearbook of International Arbitration 73-86.

Demirkol, B., *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (İstanbul 2018).

Esen E., “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği” (2017) UTDER 75-148.

¹¹⁹ Bkz. Plavec (n 15) 98; Moses (n 9) 537-538.

- Girsberger, D./Voser, N., *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3rd ed. (Zürich 2016).
- Hay, S., "The Breakdown of the International Commercial Arbitration System: The Kabab-Ji Case" (2023) 14 *Arbitration Law Review* 1-16.
- Karrer, P., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement" (2014) 26 *Singapore Academy of Law Journal* 849-873.
- Ling, A., "Neither express nor implied: Rethinking governing law of the arbitration agreement" (2023) *Arb. Int'l* 401-424.
- Mario Giuliano and Paul Lagarde, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 1980, OJ C 282/17 (Giuliano-Lagarde Report).
- Moses, M.L., "A New Framework: Choosing the Proper Law of the Arbitration Agreement Based on the Issue to be Decided" *Arbitration, Contracts and International Trade Law, Essays in Honor of Giorgio Bernini* (Milano 2021) 533-568.
- Nazzini, R., "The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles" (2016) 63(3) *ICLQ* 681-703.
- Özdemir Kocasakal, H., "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları" (2010) 30(1-2) *MHB* 2010 27-62.
- Plavec, K., "The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration Agreements Revisited" (2020) *University of Vienna Law Review* 82-127.
- Redfern, A./Hunter, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. (Oxford 2015).
- Rubino-Sammartano, M., *International Arbitration - Law and Practice*, 3rd ed. (New York 2014).
- Sarıöz Büyükalp, A. İ., "Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması" Kavramları" (2015) *DÜHFD Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan* 2015-2061.
- Schrerer, M./Jensen, O., "The Law Governing Arbitration Agreement: A Comparative Analysis of the United Kingdom Supreme Court's Decision in *Enka v. Chubb*" (2021) *IPRax* 177-187.
- Schrerer, M./Jensen, O., "Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement" (2021) 10(1) *Indian Journal of Arbitration Law* 4.
- Şanlı, C./Esen, E./Ataman-Figânmeşe, İ., *Milletlerarası Özel Hukuk*, B. 10 (İstanbul 2023).
- Tekin, S. E., *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk* (İstanbul 2019).
- Ulus, A. E., "Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukukun Tespitinde Zımni Hukuk Seçimi ve Tahkim Anlaşmasının Bağımsızlığı Prensibi" *Tahkim ve Uygulanacak Hukuk* (Ed. Ziya Akıncı/Berk Demirkol) (İstanbul 2021) 31-70.

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Res Communis ve Roma Medenî Hukukunun Diğer Temel Kavramlarıyla Antarktika Hukukunu İdealleştirme Denemesi

An Attempt to Idealise Antarctic Law with *Res Communis* and Other Basic Concepts of Roman Civil Law

Özlem Tüzüner*

Öz

Kuzey ve güney kutuplarının hukukî, iktisadî ve siyasî statüleri hakkında farklı teoriler bulunur. Elbette teorisyenler Kuzey Kutbu (≈Arktik) ve Güney Kutbu (≈Antarktika) kıyaslamasında farklı bilimsel sonuçlara ulaşırlar. Gerek Arktik gerek Antarktika petrol ve doğalgaz dâhil pek çok doğal kaynağı yer altında barındırdığı gibi biyolojik çeşitliliğe de ev sahipliği yapar. İki kutbun hukukî statüleri farklı rejimlere tâbidir. Egemen devletlerin tekil hâkimiyetlerinin dışında kalan Antarktika'nın hukukî rejimi hâlâ tartışmaya açıktır. Antarktika hukukunda *res nullius* (kimseye ait olmayan, *belonging to no one*) yerine *res communis* (ortak, *common*), *res communis humanitatis* (insanlık ortaklığına ait, *belonging to the commonality of humanity*) prensibi ve insanlığın ortak mirası (*common heritage of humanity*) mottosu benimsenir. Lâkin akademideki ortaklaşa yönetilen Antarktika söyleminin antlaşmalar sisteminde pozitif karşılığı net değildir. Yine de medenî hukukun temel terminolojisiyle insanlığın ortak mirası kavramını idealleştirme denemesi kutup öğretisine yeni bakış açısı sunabilir. Gerçekten şu terim ve ilkeler *res communis humanitatis*'in Antarktika'da daha verimli uygulanması açısından ideal kavramsal alt yapı sayılabilir: birlikte mülkiyet, elbirliği mülkiyeti, birlikte maliklere belirlenmiş pay hasretmeme, her malike ortak menfaatleri koruma yetkisi tanıma, her birinin mülkiyet hakkının ortaklığa giren değerlerin tamamına yayıldığını kabul etme, (hiç olmazsa olağan üstü yönetim işlerinde) oy birliğiyle karar alma, hukukî boşlukları paylı mülkiyete dair kurallarla doldurma, sürekli ve müşterek amaca tahsis edilmekten kaynaklanan taksim engeli benimseme, ortaklığın giderilmesini (paylaşmayı) isteyememe ve mülkiyet birlikteliğini sürdürme (idame-i şüyü) yönünde örtülü (zımnî) anlaşmanın varlığını varsayma.

Anahtar Kelimeler

Res Nullius, *Res Communis Humanitatis*, İnsanlığın Ortak Mirası, Medenî Hukukun Temel Terminolojisiyle İnsanlığın Ortak Mirası Kavramını İdealleştirme Denemesi, *Res Communis*'in Antarktika'da Daha Verimli Uygulanması Açısından İdeal Kavramsal Alt Yapı

Abstract

There are various theories about the legal, economic, and political status of the North and South Poles. Furthermore, theorists reach different scientific conclusions when comparing the North Pole (≈Arctic) and the South Pole (≈Antarctic). The laws of the two poles are subject to different regimes. In Antarctic law, instead of *res nullius* (nobody's, belonging to no one), the principle of *res communis humanitatis* (the common property of all, belonging to the commonality of humanity) and the motto of the common heritage of humanity are adopted. However, the collectivist Antarctic discourse in academia is not clearly reflected in the Antarctic Treaty system. In this study, an attempt to idealise the concept of the common heritage of humanity with the basic terminology of Roman civil law is undertaken, which may offer a new perspective on the doctrine of the poles. The following terms and principles can be considered as an ideal conceptual infrastructure for a more efficient application of *res communis* in Antarctica: co-ownership, co-ownership for or as undivided shares, the absence of designated shares of co-owners, unanimous decision-making (at least in extraordinary administrative matters), the extension of each co-owner's property to the whole of the communal property, authorising each co-owner to protect the common interests of the co-ownership, not authorising co-owners to file partition action, filling the legal gaps with

* Sorumlu Yazar: Özlem Tüzüner (Prof. Dr.), Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye. E-posta: ozlemtuzuner@anadolu.edu.tr ORCID: 0000-0002-5575-3400

Atrf: Tuzuner O, "Res Communis ve Roma Medenî Hukukunun Diğer Temel Kavramlarıyla Antarktika Hukukunu İdealleştirme Denemesi". (2024) 44(2) PPIL 553. <https://doi.org/10.26650/ppil.2024.44.2.1471628>

the rules of co-ownership as divided, the impediment to partition arising from being allocated to a permanent and common purpose, and the implicit agreement to maintain co-ownership.

Keywords

Res Nullius, Res Communis Humanitatis, Common Heritage of Humanity, Attempt to Idealise the Concept of the Common Heritage of Humanity with the Basic Terminology of Roman Civil Law, Ideal Conceptual Infrastructure for a More Efficient Application of Res Communis in Antarctica

Extended Summary

There are various theories about the legal, economic, and political status of the North and South Poles. Furthermore, theorists reach different scientific conclusions when comparing the North Pole and the South Pole. Both the Arctic and Antarctic harbor many natural resources, including oil and natural gas, and are home to biodiversity. However, the laws of the two poles are subject to different regimes. The Arctic is the scene of a struggle for sovereignty between the resident and associated countries. The Arctic Five (Russia, the United States, Canada, Norway, and Denmark), as well as Iceland, Sweden, and Finland, three states that aim to obtain exclusive status even though they have no direct borders with the ocean, are in competition with each other. In contrast, in Antarctica, the sovereignty claims of seven states (Argentina, Australia, France, Chile, Norway, the United Kingdom, and New Zealand) are frozen by the Antarctic Treaty system. In fact, the legal regime of Antarctica, which lies outside the sovereignty of all countries, is still open to debate. Antarctic law is characterised by the Antarctic Treaty of 1959, which entered into force in 1961, and its extension, the Antarctic Treaty system. Within this system, mining is prohibited except for scientific purposes.

In Antarctic law, instead of *res nullius*, the principle of *res communis humanitatis* and the motto of the common heritage of humanity are adopted because belonging to no one means openness to occupation, which can lead to the submission of the weak to the strong. In contrast, common belonging can produce peace, abundance, and prosperity. The social science literature dealing with the poles explains *res communis* in terms of collectivism and its ideal requirements. International law, on the other hand, defines the *sine qua non* of such a fictitious commonality in terms of pluralism and solidarity. The doctrine of the common heritage of humanity is skillfully projected onto the Antarctic through multidisciplinary discourse, yet the collectivist Antarctic discourse in academia is not clearly reflected in the treaty system.

The Antarctic Treaty was first ratified by twelve states, and forty-four others have become members to date. Twenty-nine of these fifty-six states have decision-making power, while twenty-seven can only attend meetings as observers. In other words, of the fifty-six states nominally associated with the Antarctic Treaty, only twenty-nine have decision-making authority. According to UN data, there are two hundred six states in the world and one hundred seventy-seven of those do not participate in governance

in Antarctica. Considering that only fifty-six of the world's states are associated with the Antarctic Treaty, at least one hundred fifty states currently have no conventional connection with the legal regime of the glacial continent. Thus, Antarctica is the common heritage of only %15 of the planet, to the exclusion of the remaining %85. It is obvious that the Antarctic Treaty system, which represents the will of roughly one-seventh of the world, is not global and does not meet the requirements of the doctrine of the common heritage of humanity. This introverted and elitist treaty, whose legal bindingness depends on the fate of international law, does not reflect a global *consensus*. The legal regime that confines Antarctica to only twenty-nine elite states is not a compromise but rather the collusion of a closed group.

It is only to be hoped that the states will collectively refrain from asserting sovereignty in Antarctica out of concern for the common heritage of humanity. The present study supports this hope with the basic terminology of civil law. If there is hope that sovereign nations will come together to establish a new Antarctic Treaty system, this project could be clarified by the ancient civil law infrastructure. This is because the concepts of *res nullius* and *res communis*, known in philosophy and law, have their antecedents in Christian theology and their origins in Roman civil law. In fact, the idea of the common heritage of humanity being passed down from generation to generation comes from Roman law.

The historical details of *res communis humanitatis* can be useful when envisioning the ideal governance of Antarctica. Here, an attempt to idealise the concept of the common heritage of humanity with the basic terminology of Roman civil law is undertaken, which may offer a new perspective on the doctrine of the poles. The idea of the Antarctic law protecting future generations is only possible with the acceptance of *communis humanitatis* and collective property. The following terms and principles can be considered as a conceptual infrastructure for a more efficient application of *res communis humanitatis* in Antarctica: co-ownership, co-ownership for or as undivided shares, the absence of designated shares of co-owners, unanimous decision-making (at least in extraordinary administrative matters), the extension of each co-owner's property to the whole of the communal property, authorising each co-owner to protect the common interests of the co-ownership, not authorising co-owners to file partition action, filling the legal gaps with the rules of co-ownership as divided, the impediment to partition arising from being allocated to a permanent and common purpose, and the implicit agreement to maintain co-ownership.

The Roman jurist *Ulpian* thought as follows: The benefits produced or transformed from *res communis* are *res nullius*. However, in Antarctica, the rule that what is on/in *res communis* is considered *res nullius* should be applied with caution and sensitivity because this continent, which resembles a Pandora's box, contains unimaginable riches. The fact that what is on/in Antarctica is considered *res nullius* and that those who

labor to obtain these fruits are rewarded with propriety may lead to the exploitation of developing countries by developed ones. It is unacceptable that the precious minerals and biodiversity of Antarctica should be reserved for certain powerful countries simply because they have labored to acquire them. In terms of the South Pole *res communis humanitatis* requires the equitable sharing and use of resources. After all, the freedom to claim the benefits of humanity's common heritage is limited by the principles of equitable sharing and passing it on to future generations.

Giriş

Kuzey Kutbu (≈Arktik) ve Güney Kutbu (≈Antarktika), sadece coğrafi özellikleri değil, aynı zamanda iktisadî ve siyasî statüleri de ayrıştığından hukuken birbirlerinden bağımsız incelenir. Gerek Arktik gerek Antarktika petrol ve doğalgaz dâhil pek çok doğal kaynağı yer altında barındırır, ayrıca biyolojik çeşitliliğe ev sahipliği yapar. Bu zenginliğin mülkiyete konu edilip edilmemesi farklı hukukî teorilerle literatürde tartışılmaktadır. Antarktika'da 1959'da imzaya açılan ve 1961'de yürürlüğe giren Antarktika Antlaşması (*Antarctic Treaty*)¹ öncülüğünde Antarktika antlaşmalar sistemi (*Antarctic Treaty system*) kuruludur. Türkiye Cumhuriyeti, Antarktika Antlaşması'na 1995'te katılmış, istişari taraf statüsüne erişememiş, istişari olmayan taraf sıfatı kazanmıştır.² Bu sistem, Antarktika Antlaşması'na eklenen uluslararası sözleşme ve protokollerden oluşur. 1972'deki Antarktik Foklarını Koruma Sözleşmesi (*Convention for the Conservation of Antarctic Seals*)³; 1980'deki Antarktik Deniz Yaşam Kaynaklarının Korunması Sözleşmesi (*Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources*)⁴ ve 1991'deki Antarktika Antlaşması'na Ek Çevre Koruma Protokolü (*Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty*)⁵, Antarktika Antlaşması'nın uzantılarıdır. Çevre Koruma Protokolü'ne Madrid Protokolü de denilir. Türkiye Cumhuriyeti, Madrid Protokolü'nü 2017'de kabul etmiştir.⁶ Madrid Protokolü'nün ekleri Antarktika'nın tâbi olduğu rejimi ayrıntılı düzenler. Söz konusu

1 Antarctic Treaty (1 Aralık 1959'da kabul edildi, 23 Haziran 1961'de yürürlüğe girdi) 402 UNTS 71.

2 Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 244, Kabul Tarihi: 31.5.1963, RG 11.6.1963/11425 <<https://www.mfa.gov.tr/data/bazi-andlasmalarin-yapilmasi-icin-cbsk-na-yetki-verilmesi-hk-kanun.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ocak 2025; 1995/7172 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Kabul Tarihi: 3.8.1995, RG 18.9.1995/22408 <https://tudav.org/wp-content/uploads/2018/04/Antarktika_sozlesmesi_metni.pdf> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.

3 Convention for the Conservation of Antarctic Seals (1 Haziran 1972'de kabul edildi, 11 Mart 1978'de yürürlüğe girdi) 1080 UNTS 175.

4 Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (20 Mayıs 1980'de kabul edildi, 7 Nisan 1982'de yürürlüğe girdi) 1329 UNTS 47.

5 Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty (Madrid Protocol) (4 Ekim 1991'de kabul edildi, 14 Ocak 1998'de yürürlüğe girdi) 2941 UNTS 9.

6 2017/10272 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Kabul Tarihi: 1.5.2017, RG 24.5.2017/30075 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/05/20170524-18.pdf>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024; Antarktika Antlaşması Çevre Koruma Protokolü'ne Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6774, Kabul Tarihi: 14.2.2017, RG 8.3.2017/30001 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/03/20170308-10.pdf>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.

Nil Kula Değirmenci, Türkiye'nin istişari taraf konumu kazanması amacıyla gerekli şartları araştıran proje yürütmektedir ('Antarktika Anlaşmalar Sisteminde Türkiye'nin Danışman Ülke Olması İçin Uluslararası Kutup Mevzuatı Çerçevesinde Gereken Hukukî Altyapının Araştırılması TUBİTAK Projesi' <<https://avesis.deu.edu.tr/proje/96d2ccd8-b705-439c-84ed-8ec987467480/antarktika-anlasmalar-sisteminde-turkiyenin-danisman-ulke-olmasi-icin-uluslararasi-kutup-mevzuati-cercevesinde-gereken-hukuki-altyapinin-arastirilmasi>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024).

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ilgili komisyonu, Madrid Protokolü'ne katılma lüzumunu 18.12.2014'te şöyle gerekçelendirmiştir: 'Ülkemizin Antarktika ile ilgili çalışmalarına ilk elden dâhil olabilmemesini teminen Antarktika bölgesinde bilimsel istasyon kurulabilmesi ve işletilebilmesi, ülkemizin hiçbir ülkenin egemenliği altında olmayan Antarktika kıtasının yönetiminde söz sahibi olabilmemesi, ülkemiz menfaatlerine uygun olarak Antarktika kara kıtası coğrafyası kapsamında canlı ve cansız doğal kaynakların bugünkü ve gelecek nesillerin haklarını bir arada gözeterek sürdürülebilir kullanımının sağlanması, bilimsel araştırmaların teşviki ve milletlerarası bilimsel iş birliğinin desteklenmesi için gerçekleştirilen araştırmaların sonuçlarından ülkemizin de yararlanabilmesi, ülkemizin Antarktika'ya ilgisinin görünürlüğünün artması, çevreye karşı duyarlılığımızın vurgulanması, diğer ülke temsilcileriyle bir araya gelerek bilgi paylaşımı, eş güdüm, iletişim, uluslararası değişim programlarına ve projelerine katılım sağlanması ... amacıyla ...' ['Antarktika Antlaşması Çevre Koruma Protokolü'ne Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/1007)' <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss698.pdf>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024].

ahdî sistemde, Çevre Koruma Protokolü bilimsel amaçlar haricinde maden çıkarılmasını yasaklar. Arktik ise mukim ve iltisaklı devletlerin hâkimiyet mücadelesine sahne olmaktadır.⁷ Yine de Arktik açısından sadece kıta sahanlığı kapsamında küçük ve sınırlı alanın *res communis omnium* (bütün topluluğa ait, *belonging to the entire community*) sayılması savunulur.⁸ ‘Arktik Okyanusu’nda buzulla kaplı yerlerin erimesi durumunda oluşacak deniz alanlarının en azından küçük kısmı kıyı devletlerinin yetkisinin ötesinde kalacaktır’.⁹ Buna karşılık, Arktik’te geleneksel deniz hukukundan sapılması ve genişletilmiş kıta sahanlığı uygulamasıyla sınırlı *res communis* bile kalmaması ileri sürülür. Öyle ki devletlerin kartografik tasarımları denizlerin özgürlüğünü köreltmıştır.¹⁰

Kutup hukuku (*polar law*), Arktik ve Antarktika için geçerli kuralları tartışır; yasal rejimleri tanımlar ve ihtilaflı süreçleri hem yönetmeyi hem de çözmeyi hedefler; karma hukukî sistem (*mixed legal system*) özelliği arz eder; disiplinlerarası ve çok merkezli işler; uluslararası kamu hukuku, uluslararası deniz ve çevre hukukları yanı sıra sosyal bilimlerin başka alanlarını eş zamanlı ilgilendirir. Diğer taraftan, Arktikteki yerli halkların yasalarıyla, ayrıca örf ve âdetlerine uygun haklı beklentileriyle iş dünyasının aynı bölge üzerindeki ekonomik ve endüstriyel hedefleri çatışır. Arktik beşlisi (Rusya, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Norveç ve Danimarka), ayrıca bu okyanusa doğrudan sınırı bulunmasa bile münhasır statüler elde etmeyi amaçlayan İzlanda, İsveç ve Finlandiya birbirleriyle rekabet hâlinindedir. İşte böylesine çatışma ve rekabet de kutup hukukunun konusudur.¹¹

Kutup hukuku denilen karma hukuk dalında medenî hukuk ilkin göz ardı edilebilir. Aslında Antarktika’nın devlet hâkimiyetine yabancılaşması, dahası mülkiyetin genel geçer kurallarına sığmaması devletler genel öğretisinde medenî hukukun tarihî kavramlarından esinlenerek açıklığa kavuşturulmaktadır. Gerçekten, Antarktika’ya yaklaşımda başvuru

7 Aybüke Şimşek İnan, ‘Uluslararası Toplumun Kutup Politikaları: Arktik-Antarktika Karşılaştırması’ (2019) (Özel Sayı) Akdeniz İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 207, 208-224; Natalia Loukacheva, ‘Introduction to Polar Law’ iç Natalia Loukacheva (ed), *Polar Law Textbook* (Nordic Council of Ministers 2010) 13-21; N Karen Scott ve L David VanderZwaag, ‘Introduction to Polar Law’ iç N Karen Scott and L David VanderZwaag (eds), *Research Handbook on Polar Law* (Elgaronline 2020) 11-15; Rachael Johnstone, Yoshifumi Tanaka ve Vibe Ulfbeck, *The Routledge Handbook of Polar Law* (Routledge Taylor & Francis 2023) 34, 43, 132; Natalia Loukacheva, ‘New Book: Polar Law and Resources’ (2015) 6(2) Arctic Review on Law and Politics 175; H Charles Norchi, ‘From Maine to Tasmania: Polar Law in an Age of Uncertainty’ (Mainelaw, 27 November 2022) <<https://mainelaw.maine.edu/faculty/from-maine-to-tasmania-polar-law-in-an-age-of-uncertainty/>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024; Melis Yüksel, ‘İnsanlığın Ortak Mirası ve Antarktika’nın Hukuksal Statüsünün Belirlenmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2021) 180-189; Claudia Cinelli, ‘The Delimitation Process in the Central Arctic Seabed: Sovereign Rights or a Condominium or Res Communis Omnium?’ iç 5th Biennial Conference Valencia (Spain) 13-15 Sept 2012 Conference Paper Series 2 (1) (ESIL 2012) 1, 3; Louise Nordkvist, ‘The Legal Future of the Arctic Region - Challenges and Opportunities Facing the World’s Northernmost Area’ (Yüksek Lisans Tezi, Lund Üniversitesi 2013) 1, 2, 13, 14; Parker Clote, ‘Implications of global warming on state sovereignty and arctic resources under the United Nations convention on the law of the sea: how the arctic is no longer communis omnium naturalis jure’ (2008) 8(2) Richmond Journal of Global Law and Business 195.

8 Cinelli, (n 7) 12; ayrıca bkz Nesibe Berkut, ‘Arktik Bölgesine İlişkin İnsanlığın Ortak Mirası Kavramı Tartışması’ iç Sultan Üzeltürk Tahmazoğlu, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 137, 153-160.

9 Berkut, (n 8) 160.

10 Clote, (n 7) 212-221.

11 Loukacheva, ‘Introduction’ (n 7) 13-21; Loukacheva, ‘New Book’ (n 7) 175; Scott and VanderZwaag, (n 7) 1-4; Clote, (n 7) 195-197; Norchi, (n 7); Berkut, (n 8) 147, 148, 150-153; Johnstone, Tanaka and Ulfbeck, (n 7) 13-33; Ceyhan Karasoy, *Kuzey Buz Denizi’nde Yaşanan Güncel Gelişmeler ve CMI’nin Bu Konudaki Çalışmaları* (On İki Levha 2018) 83, 84; ayrıca bkz FS Ruddy, ‘Res Nullius and Occupation in Roman and International Law’ (1968) 36(2) University of Missouri at Kansas City Law Review 274, 283.

res nullius (kimseye ait olmayan, *nobody's / belonging to no one*) terimi Roma medenî hukukundan bugüne intikal etmiştir. Bu çalışmada, Antarktika hukuku açısından insanlığın ortak mirası kavramını idealleştirmek denenir. *Res nullius* yerine *res communis* (ortak, *common*) prensibinin ve insanlığın ortak mirası (*common heritage of humanity / mankind*) mottosunun yeğlenmesi savunulur. İnsanlığın ortak mirası bakış açısının kimseye ait olmamak kabulüne kıyasla avantajları açıklanır. Ayrıca, Antarktika'da kabul gören insanlığın ortak mirası anlayışına medenî hukukun birlikte mülkiyete, özellikle elbirliği mülkiyetine ilişkin köklü ilkelerinden hareketle bazı katkılarda bulunulur.

I. Antarktika'nın Hukukî Statüsü

Güney Kutbu, içinde hiçbir ülke olmayan tek kıtadır. Araştırma istasyonları haricinde şimdiye kadar insanlara sürekli mesken olmamıştır. Burası fiilen (*de facto*) buz tabakasıdır, hukuken (*de jure*) insanlığın ortak mirası sayılarak uluslararası boyutta aşağı yukarı altmış yıldır Antarktika antlaşmalar sistemine göre yönetilir.¹² Bu antlaşma soğuk savaş döneminin ilk silahsızlanma kararının yansımasıdır.¹³ Antarktika, iki bin beş yüz metre yüksekliktedir, dünyanın en soğuk iklimine sahiptir, sürekli buz tabakasıyla kaplıdır. Dünyadaki tatlı suyun yüzde doksanını buz tabakası şeklinde tutmakta ve kompleks topografyasıyla bilim insanlarının dikkatlerini çekmektedir. Zira ana karanın üstü, yamacı ve etrafı buzullarla çevrilidir.¹⁴ Arktik ve Antarktika'nın hukukî statüleri eşgüdümlü açıklanamaz. Yine de iki kutuplu hukuk (*bipolar law*) yerine kutup hukukundan bahsedilir. Esasen Antarktika küresel müştereklerin parçasıdır.¹⁵ Kuzey Kutbu'ndan farklı vaziyette Güney Kutbu devletlerin egemenliğine şimdilik yabancıdır.¹⁶ Bu bilgiler, Antarktika'nın *res communis* ve insanlığın ortak mirası olduğunu akıllara getirir.¹⁷

- 12 Scott ve VanderZwaag, (n 7) 3; Şimşek İnan, (n 7) 215; Kemâl Başlar, 'Antarktika Antlaşmalar Sistemi (1961-2001): 40 Yılın Ardından Antarktika'nın Hukukî Rejimi' (2003) 52(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ÜHFD) 77, 79-87; Abdülkadir Akıl, 'Uluslararası Hukuk Çerçevesinde İnsanlığın Ortak Mirası Olarak Antarktika' (2021) 16(2) Erzincan ÜHFD 339, 341; Sanem Özer, 'Avustralya'nın Antarktika Politikası' (2019) (Özel Sayı) Akdeniz İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 174, 181.
- 13 Özer, (n 12) 181; ayrıca bkz Elçin Doruk, 'Uluslararası Hukuk Kapsamında Antarktika Siyaseti' (2021) 6(1) Çankaya ÜHFD 199, 201.
- 14 Deniz Bozkurt, 'Antarktika'da İklim Değişikliği ve İlkeleri', iç Sultan Üzeltürk Tahmazoğlu, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 127, 129, 130; Christian Roschmann, 'İklim Değişikliği ve İnsan Hakları' Engin Fırat (tr) (2021) 70(4) Ankara ÜHFD 1155, 1158; Bayram Öztürk, 'Türkiye Nasıl Bir Antarktika Stratejisi Geliştirmelidir?' (2015) 7(13) Bilge Strateji 1; Sümeyra Çoşkun Altınar, 'Antarktika Kıtasındaki Hukukî Rejim ve Türkiye'nin Kıtadaki Varlığı' (2018) 22(3) Ankara Hacı Bayram Veli ÜHFD 113, 114; Eylem Kadriye Lassalle Özkaya, Evren Mehmet Eken ve Mustafa Atatorun, 'Türkiye'nin Antarktika Açılımı: Stratejik, Ekolojik ve Etik Sorun ve Fırsatlar' (2023) 8(15) Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi 1, 2; Karasoy, (n 11) 30.
- 15 Scott ve VanderZwaag, (n 7) 1, 2; ayrıca bkz Akıl, (n 12) 350, 351; Öztürk, (n 14) 6; Kerem Ali Kayhan, *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu* (On İki Levha 2017) 43-45. 'Antarktika dünya mirasıdır ve bilimin gelişmesi için çok uygun alandır' [Öztürk, (n 14) 6].
- 16 Johnstone, Tanaka ve Ulfbeck, (n 7) 43.
- 17 Şimşek İnan, (n 7) 216; Loukacheva, 'Introduction' (n 7) 14; Berkut, (n 8) 146-148; Başlar, 'Antlaşmalar Sistemi' (n 12) 88, 89; Akıl, (n 12) 341-345; Doruk, 'Antarktika Siyaseti' (n 13) 202, 207; Özer, (n 12) 187; Öztürk, (n 14) 6; Çoşkun Altınar, (n 14) 113; Kayhan, 'Atmosferin Korunması' (n 15) 43-45; Lassalle Özkaya, Eken ve Atatorun, (n 14) 3, 7, 11; Kerem Ali Kayhan, 'Uluslararası Hukukta İnsanlığın Ortak Kaygısı Kavramı' (2018) (1) Galatasaray ÜHFD 221, 225; İbrahim Ali Akkutay, 'Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi' (2016) (2) Ankara Barosu Dergisi 155, 157-161; Elçin Doruk, 'Ortak Miras Kavramı Bağlamında Antarktik İş Birliği' (2021) 31(1) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 231-237.

Antarktika devletlerin egemenlik iddialarından kaçındığı ilk uluslararasılaştırılmış alandır.¹⁸ Buradaki rejimin çekirdeği ek protokoller içeren temel bir uluslararası antlaşmadır. Bir sekretarya yanı sıra tüm antlaşma taraflarının katılmadığı karar alma imtiyazından bahsedilebilir.¹⁹ Antarktik Antlaşması ilkin on iki devlet tarafından onaylanmış, bu yıla değin kırk dört devlet daha işbu antlaşmaya taraf olmuştur. Elli altı devletin yirmi dokuzu karar alma kudretini haizdir, yirmi yedisi ise sadece gözlemci konumunda toplantılara katılabilir.²⁰ Antarktika antlaşmalar sistemi, Antarktika ve kaynaklarının hukukî statüsünü belirleyen farklı tarihlerde imzalanmış bağımsız antlaşmaların toplamıdır.²¹ Altmış beş yılda hukukî açıdan sofistike boyuta erişmiştir.²² Antarktika'daki uluslararası tertibin baskın dayanaklarından biri bilimdir. Burada bilim, egemen devletlerin hem rekabet ettikleri hem de iş birliği yaptıkları araçtır. Çünkü demografik açıdan yoksun kalmış ıssız kıtada ekonomik ve askerî faaliyet potansiyeli göz ardı edilebilir fakat buzulların (ve altının) bilimsel vaatlerinden vazgeçilemez. Dolayısıyla bilim yapmak Antarktika'yla meşru bağ kurmak anlamına gelir.²³

II. *Res Nullius* ve *Res Communis*'in Tarihi Temelleri

Orta Çağ boyunca felsefe ve hukukta kullanılagelen *res nullius* ve *res communis* kavramlarının öncülleri Orta Çağ teolojisinde ve İspanyol Skolastiklerinin içtihatlarında bulunur.²⁴ Nitekim Roma hukukunda; *res extra commercium* (ticaret dışı, *outside of commerce*) başlığı altında, *res nullius divini juris / res sacramenti* (hiç kimse tarafından sahiplenilemeyen ilahî mülkiyette olan / kutsal, *divinely owned property that cannot be owned by anyone / divine*), *res publica* (kamusal, *public*)²⁵ ve *res communes* şeklinde üçlü ayrım vardır. Sonuncusu, kimseye ait olmayan ve herkesçe ortak kullanılan

18 Scott ve VanderZwaag, (n 7) 2, 3; ayrıca bkz M Dikran Zenginkuzucu, *Uluslararası Hukuk ve Adalet (Yapı, İlkeler, Tartışmalar, Gelişmeler)* (Legal 2023) 197. Kıtada; politikadan arındırılmış, sivilleştirilmiş ve sömürüye kapatılmıştır [Lassalle Özkaya, Eken ve Ataturun, (n 14) 3].

19 Norchi, (n 7); Berkut, (n 8) 146, 147; Başlar, 'Antlaşmalar Sistemi' (n 12) 90, 91; Lassalle Özkaya, Eken ve Ataturun, (n 14) 3; ayrıca bkz Catherine Le Bris, 'İnsanlık Hakları Evrensel Bildirgesi Projesinin İçerimleri' Erkan Duymaz (tr) (2017) 6(12) Anayasa Hukuku Dergisi 513, 515.

20 'Secretariat of Antarctic Treaty-Parties' <<https://www.ats.aq/devAS/Parties?lang=e>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024; ayrıca bkz Şimşek İnan, (n 7) 215; Zenginkuzucu, (n 18) 198, 199; Akıl, (n 12) 346, 347; Doruk, 'Antarktika Siyaseti' (n 13) 211; Başlar, 'Antlaşmalar Sistemi' (n 12) 89 (2003'teki verilere göre); Fevzi Topsoy, '1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Kapsamında Barışçıl Amaçlar Teriminin Anlamı' (2012) 61(1) Ankara ÜHFD 383, 386.

21 Topsoy, (n 20) 386; Başlar, 'Antlaşmalar Sistemi' (n 12) 87; Çoşkun Altınır, (n 14) 114.

22 Doruk, 'Antarktik İş Birliği' (n 17) 201. Antarktika antlaşmalar sisteminde aristokratikten global rejime doğru güçlenme gerçekleşmiştir [2003 verilerine göre bkz Başlar, 'Antlaşmalar Sistemi' (n 12) 87].

23 Roberts Peder, 'Does the science criterion rest on thin ice?' (2023) (189) Geographical Journal 18-20; ayrıca bkz Çoşkun Altınır, (n 14) 116; Özer, (n 12) 175, 177, 179.

24 Martin Schermaier, 'Res Communes Omnium: The History of an Idea from Greek Philosophy to Grotian Jurisprudence' (2009) (30) Grotiana 20.

25 *Britannica*, *Oxford Academic* ve *Wikipedia* sözlüklerine göre, *res publica*, sadece *res privata* (özel mülkiyete tâbi, *subject to private property*) ve *res privata Caesaris* (*property of the emperor*, imparatorun mülkü) karşıtı değildir, aynı zamanda kamu meselesi (*public affair*) ve milletler topluluğu (*commonwealth*) anlamına da gelir ve cumhuriyet (*republic*) kelimesinin kökü kabul edilir. Ayrıca tüm Roma vatandaşlarını kapsayan, onların haklarını koruyan ve sorumluluklarını belirleyen siyasi sistemin bütünü ve demokratik işleyişini ifade eder [Louise Hodgson, *Res Publica and the Roman Republic: Without Body or Form* (OUP 2017) 1-20; 'Wikipedia-Res Publica' <https://en.wikipedia.org/wiki/Res_publica> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024; 'Britannica-Republic' <<https://www.britannica.com/topic/republic-government>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024].

şeylerdir²⁶ ve *utilitas communis omnium* (herkesin ortak faydası, *common good of all*) kuralına tâbidir. Ortak kullanıma ölçütünde, ‘*bireysel hayatların ve tüm kolektivitinin somut çıkarları birleşik anlaşılır*’. Roma’da ideal ve farazî menfaatler değil, çeşitli parçalardan oluşan külliyyatın soyut varlık olarak, toplum ve onun üyelerinden bağımsız gereksinimleri önemsenmiştir.²⁷

Res nullius naturaliter fit primi occupantis (*res nullius* ilk işgalciye doğallıkla ait olur, *res nullius naturally belongs to the first occupier*) ilkesi konuyu açıklığa kavuşturur. Zaten *res communis*, *res propria* (mülkiyete konu olan, *subject to full ownership of property / belonging to a legal owner*) karşıtıdır.²⁸ Benzer deyişle, *res nullius naturaliter fit primi occupantis* (sahipsiz şey doğallıkla ilk ihraz / işgal edenindir, *nobody’s thing naturally belongs to the first occupier*) kuralı geçerlidir.²⁹ Belli ki Roma hukukunun sahiplenme bakış açısında, ihraz ve işgal ayrımı henüz belirmemiştir ya da ikisinin yerine basitçe *occupatio* (işgal, *occupation*) kullanılmıştır.³⁰

Res nullius, fert mamelekine dâhil olabilen, fakat şu sırada kimseye ait olmayan şeylerdir. *Res communis* ise kişinin veya devletin olmayan, aslında *res extra matrimonium / patrimonium* (mamelek / tereke dışı, *outside of matrimony / patrimony*) grubunda yer alan müşterek eşyadır. *Res communis omnium* herkesin serbestçe yararlanmasına açıklık anlamına gelir. Bunlar hukukî işlemlere konu edilmesi yasaktır.³¹ Roma toplumunda, insan yaşamı için vazgeçilmez eşyalar insanlığın ortak kullanımına bırakılmıştır.³² *Res communis*’in detaylandırılmasının temelinde, ekonominin gerekleri ve doğanın akışı arasındaki ilişkiye odaklanılmıştır. Çünkü Romanistlere göre herkesin çıkarlarının topluca gerçekleşmesine araçsal bağlı eşyalar ortaktır.³³

26 Philippe Landelle, ‘L’évaluation des statuts juridiques de la faune sauvage en France’ (2005) 268 (Septembre) Revue faune sauvage 57, 58; Sompong Sucharitkul, ‘Évolution continue d’une notion nouvelle: le patrimoine commun de l’humanité’ iç Yörüm Dinştein ve Mala Tabory (eds), *International Law at a Time of Perplexity (Essays in Honor of Shabtai Rosenne)* (Martinus Nijhoff Publishers 1989) 887, 889, 890; P Thomas Rausch, ‘Occasional Eucharistic Hospitality: Revisiting the Question’ (2013) (74) Theological Studies 399, 405, 418; Micheal Laver, ‘Public, Private and Common in Outer Space: Res Extra commercium or Res Communis Humanitatis Beyond the High Frontier?’ (1986) (34) Political Studies 359, 364; Pedro Luis Rosello Perea, ‘Res communes omnium’ (1962-1963) 8(2) Revista de Derecho Puertorriqueno, 7, 14-16; Antonio Palma, ‘Res Publica-Res Privata: Use of Privatistic Categories in Law for Construction of Roman Administrative Structure at the Beginning of the Principate’ (2019) (2) Ius Romanum 47, 52; Domenico Dursi, ‘Marcian’s Res Communes Omnium: The Balanced Relationship between Man and Natural Resources’ (2023) (30) Revista Digital de Derecho Administrativo 227, 231-233, 239; Richard Perruso, ‘The development of the doctrine of res communes in medieval and early modern Europe’ (2002) 70(2) Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Legal History Review 69, 74, 75; Rudolph Sohm, *Institutes of Roman Law* (Clarendon Press 1892) 225, 226; Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku* (3. baskı, Seçkin 2022) 685-687; Karadeniz Özcan Çelebican, *Roma Eşya Hukuku* (5. baskı, Turhan 2015) 34-38; Ruddy, (n 11) 274, 276, 277.

27 Palma, (n 26) 52.

28 W Eike-Henner Kluge, ‘Res Nullius, Res Communis and Res Propria: Patenting Genes and Patenting Life-Forms’ (2005) (13) Jahrbuch für Recht und Ethik 543, 551, 552.

29 Sohm, (n 26) 237; Çelebican, (n 26) 145, 146; ayrıca bkz P Van Warmelo, ‘Aspects of Joint Ownership on Roman Law’ (1957) 25(2) Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis / Legal History Review 125, 129.

30 Artık ihraz ve işgal (*occupation*) yerine ikisini birlikte ifade etmek üzere sahiplenme (*Aneignung, possession*) terimi kullanılır. Çalışmada, ihraz, işgal ve sahiplenme tabirleri yerleri geldikçe kullanılmaktadır.

31 Emine Mındız, ‘Roma Hukukuna Göre Taşınmaz Mülkiyetinin Dikey Kapsamı’ (2021) 19(223) Legal Hukuk Dergisi 2987, 3037, 3055; Erdem Küçükbiçakçı, ‘Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2010) 22; Kluge, (n 28) 551; Söğütü, (n 26) 687; Çelebican, (n 26) 36.

32 Söğütü, (n 26) 687, 688; Çelebican, (n 26) 37.

33 Dursi, (n 26) 229.

Aslında Roma İmparatorluğu'nun *res extra commercium* ve *res publicae* olması gereken balıkçılığa müsait deniz ve nehir alanlarını; münhasır mülk hâline getirmesi, *res in matrimonio populi* (halkın malvarlığı içinde, *inside public assets*) sayması, ancak devlete fayda ve gelir sağlaması amacıyla kiraya vermesi vakidir.³⁴ *Res communis* ilk defa uzak denizler hakkında mecburiyetten kullanılmıştır. Açık denizler üzerinde egemenlik kurma araçlarından yoksun Romalılar, başka seçenekleri olmadığından buraları *res communis* ilân etmiştir. Olanı kabule dayalı bu yöntem, ancak Roma kamu hukukunun temelinde özel hukukun yattığı bilinciyle anlaşılabilir. Özel hukukta mülkiyete nesne olamayanlar doğallıkla *res communis* sayılır.³⁵ Romalılar şöyle düşünmüştür: Uzak denizler de uzay gibi algı ötesidir. Bunlar insanların değil, yalnızca Tanrı'nın mülkleri arasına yerleşmelidir. Sadece nehirler ve limanlar anlaşılabilir, insan egemenliğinin parçası hâline gelebilir.³⁶ Roma'daki pratikte, deniz, okyanus, güneş, uzay ve *aqua profluens* (akar sular, *running water*); *res communis omnium*, yani herkese ortak ve özgür sayılmıştır. Bunun için iki ölçüt aranmıştır: egemenliğin mevcut olmaması ve geleceğe dönük yasaklanması.³⁷

Tarih boyunca devletlerin *nullius* toprakları kendi hâkimiyetlerine katık etme arzusu seyredilir. Hatta vahşice veya yetersiz kullanılmak bile sahipsizlikle özdeşleştirilir.³⁸ Bugün milletlerarası ilişkilerde, *res nullius*, sahipsiz toprağın işgal edinceye değin herkesin kullanımına açık ve serbest olması anlamına gelir. *Territoria nullius* (sahipsiz toprak, *land of no one*) *occupatio* riski altındadır.³⁹ *Res communis* ise eşyalar ve en önemlisi müşterek kaynaklar üzerinde her türlü mülkiyeti olumsuzlar.⁴⁰ İlkinde hiç kimseye ait olmamak, ikincisinde dünya ortaklığına dâhil olmak kastedilir.⁴¹ Bu iki

34 Michel Hallé, 'La pêche dans le droit romain' (1980) 21(3-4) Les Cahiers du Droit 985.

35 Willem Zwolve, 'The Introduction to the Jurisprudence of Holland and the Doctrine of the Free Seas' (2009) (30) Grotiana 49, 63, 64; ayrıca bkz Said Mahmoudi, 'The sea, our common heritage' (1999) (91) Naturopa 12; Kayhan, 'Atmosferin Korunması' (n 15) 43-45.

36 Perruso, (n 26) 80.

37 Charlotte Ku, 'The Concept of Res Communis in International Law' (1990) 12(4) History of European Ideas 459; ayrıca bkz Kluge, (n 28) 551; Perruso, (n 26) 69, 74; Rosello Perea, (n 26) 12; Sohm, (n 26) 226; Söğütü, (n 26) 687, 689; Çelebican, (n 26) 36. 1960'lı yıllarda açık deniz ve deniz yatağı kavramlarının suiistimalinden yakınan Puerto Rico'lu romanist (medenî) hukukçu Rosello Perea, deniz kıyılarının altı dâhil Puerto Rico'ya aidiyetini beyan ve deniz yatağının genişletilmemesini talep eder. İngiliz romanistlerin deniz yatağı ve açık denizleri genişleten yanlış yorumlarından şikâyet eder, onların kendi ülkelerinin çıkarlarını gözettiklerini belirtir. Ayrıca Puerto Rico'da sadece yağmur suyunun değil tüm akarsuların *res communis* sayılmasını, herkesin her ırmaktan su içebilmesini veya sığırını sulayabilmesini savunur; Puerto Rico'da dönemin hükümetinin kıyıları turistik tesis işletmek için kiralama imtiyazını yasalaştırmasını eleştirir. Ona göre, Büyük Justinianus'tan bu yana *res communes omnium* olmaya devam eden deniz kıyıları üzerinde başkalarına tekel hakkı vermeye devletin iradesi yetmez [Rosello Perea, (n 26) 12, 13, 20, 22, 23].

38 Berkut, (n 8) 148.

39 Ruddy, (n 11) 278; ayrıca bkz Sohm, (n 26) 227; Çelebican, (n 26) 145, 146; Berkut, (n 8) 148. 'Res nullius, ... hiç kimseye ait olmayan, örneğin özgür durumdaki vahşi hayvanlar. Bunlarda mülkiyet occupatio ile kazanılabilir' [Sohm, (n 26) 227; aynı yönde bkz Çelebican, (n 26) 145].

40 Shivani Singh, 'The Common Heritage of Mankind: A Doctrine of the Wealth of the Commons' (2018) 6(2) International Journal of Creative Research Thoughts 1152; ayrıca bkz Berkut, (n 8) 148.

41 Yong Ok Park, 'Res Communis Versus Res Nullius' (1976) 5(1) Journal of East and West Studies 77; ayrıca bkz Daniel Behailu Gebreamanuel ve Getiso Detamo Mekebo, 'Res Nullius vs. Res Communis in Matters of Communal Lands of Smallholder Farmers in Ethiopia' (2018) 12(1) Mizan Law Review 99, 112, 113; Alexandre Kiss, 'The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?' (1985) 40(3) International Journal (XL Summer) 423; F Gerald Graham, 'Ice in International Law' iç Thesaurus Acroasium Thessaloniki - The Law of the Sea Volume 7 (Institute of Public International Law and International Relations 1977) 489, 493, 494; Nordkvist, (n 7) 13; Berkut, (n 8) 148.

kavram arasındaki temel fark Roma'dan bu yana sahiplenilmeye ve/veya temellüke elverişliliklidir. *Res communis*'te, ihrazla / işgalle sahiplenme veya hukukî işlemle başkasına devretme mümkün değildir. Oysa henüz kimseye ait olmayan; mülkiyet dışı değildir, sadece mülkiyete konu edilmeye açıktır.⁴² *Res communis*; mülkiyete, zilyetliğe, sahiplenmeye, haraca, herhangi kişinin münhasır kullanımına kapalıdır.⁴³ Böylece, *res communis humanitatis* (insanlık ortaklığına ait, *belonging to the commonality of humanity*), doğal kaynakların insanlığın ortak mirası kabul edilmesine ve adil paylaşılmasına kapı aralar.⁴⁴

Ulpianus kuş avlamanın makul olmadığını ama yasaklanamamasını örnek verirken havadaki kuşların *res nullius* niteliğine işaret eder. Kaynaklar, *res communis* üzerinde / içinde bulunanların *res nullius* addedildiğini gösterir. *Res communis* üzerindeki / içindeki *res nullius*'u fizikî manada ele geçiren kişinin serbest iktisabı geçerlidir. Böylece, denizdeki balıklar, havadaki kuşlar, kıyıdaki taşlar ve kumlar; *natura communis omnium* (herkesin ortak doğası, *common nature of all*) kavramından âdetâ *res nullius*'a kaymaktadır.⁴⁵ Bugün de denizler, ay ve dış uzay hakkında, emek harcayanın emeği sayesinde buralarda ortaya çıkardığı semereleri edinmesine sıcak bakılır. Esasen *res communis*'ler hiç kimsenin iktisabına açık olmasa da emektara *res communis*'ten emeğiyle ortaya çıkardığı meyveler üzerinde hak tanınır. Onun fiilî çalışmasıyla *res communis*'ten ürettikleri ya da dönüştürdükleri mülkiyet hakkına dâhildir. *Res communis*, *res propria*'ya dönüşmez. Ama *res communis*'ten türeyen semereler *res nullius* addedilince, bunlar üzerinde emektarların (belirli koşullar ve süreyle sınırlı) mülkiyete kavuşması düşünülebilir.⁴⁶ Yalnız *res communis* bilinci rasyonel kullanım ve doğru yönetim gerektirir ve herkesin uyması icap eden borçlar yaratır.⁴⁷ Zira insanlığın ortak mirasının nimetlerinden yararlanma ve semerelerini sahiplenme özgürlüğü sınırsız değildir. Bunların gelecek nesillere aktarılmasını engelleyen faydalanma serbest değildir.⁴⁸

III. Antarktika Hukukunda *Res Nullius*'un İşlevsizliğine Karşı *Res Communis Humanitatis* Çözümü ve Buna Yöneltilen Eleştiriler

Devletler arasındaki ilişkilerde ahlâk-güç, yardımlaşma-rekabet, kolektif-birey, hukuk-siyaset düalizmi devam eder. Bu kavramsal çekişmelerin aynısı *res nullius*

42 Olena Oleksandrivna Nihreieva, 'The international legal regime of outer space between *Res Communis* and *Res Nullius*' (2022) 28(1) *Space Science & Technology* 23, 26, 27; Kiss, 'Utopia or Reality' (n 41) 423; Sucharitkul, (n 26) 890.

43 Sucharitkul, (n 26) 890.

44 Laver, (n 26) 363, 364.

45 Dursi, (n 26) 235, 236.

46 Kluge, (n 28) 553. İnsan geni arazi parseli değildir. Bu konuda entelektüel peyzaj mantığıyla ilerlenemez. Genleri *res communis* sayan bakışın deforme edilmesi eleştiriye layıktır. Zira araştırmacılar tarafından mevcudiyeti tespit ve izole edilen DNA moleküllerini kontrol etmek imkânsızdır [Kluge, (n 28) 554, 555].

47 Mahmoudi, (n 35) 12.

48 Alexandre Kiss, 'Nature, the common heritage of mankind' (1999) (91) *Naturopana* 10, 11.

ile *res communis* arasında da vardır.⁴⁹ *Res communis humanitatis* yerine *res extra commercium*'un kabulü, teknolojik açıdan gelişmiş ülkelerin sömürüsüne sebep olabilir.⁵⁰ Kutupların kamu düzeni statik sistemler değildir, dinamikdir. Kanada ve Maine (Amerika Birleşik Devletleri) açısından Kuzey Kutbu'nun anlamıyla Tasmanya (Avusturalya) nezdinde Antarktika'nın değeri özdeştir. Jeopolitik güç uzun zamandır kutup hukukunun parçasıdır.⁵¹ Bu dinamik sistemde, hukuk, insanoğlunu Güney Kutbu'nda egemenliksizliği kanıksamaya itmiştir. Bölgesel egemenliğe karşı alınan tedbirler aslında *Grotius*'un⁵² *mare liberum* (denizlerin serbestisi) ilkesinin benimsenmesidir.⁵³

Antarktika kıtasının barışçıl amaçlarla tüm insanlık yararına kullanılması esası Antarktik Antlaşması'ndan sonra Birleşmiş Milletler kararlarına konu edilmiştir.⁵⁴ Doktrinde de konuya değinilir. '*Barışçıl amaçlarla kullanımı tüm uluslara aitken, egemenlik bakımından Antarktika'nın kimseye ait olmaması ise res nullius ilkesinin benimsendiğinin delilidir*'.⁵⁵ Burada, Antarktika hakkında *res communis* ve *res nullius* ilkelerinin birlikte geçerliliğinin ifade edilmesi ilgi çekicidir. Çünkü bunlar çakışmaz, ayrışır. Antarktika'nın kullanım bakımından *res communis*, egemenlik açısından *res nullius* addedilmesi bu kavramların Roma'daki temellerine ve tanımlarına aykırıdır. Antarktika ya *res communis* ya da *res nullius* sayılır. Diğer taraftan, '*antlaşma bölgedeki hak iddialarını bertaraf ederek Antarktika'nın hiç kimseye ait olmayan toprak terra nullius olmasını sağlamıştır*'.⁵⁶ Bu cümlede de Antarktika'nın Antarktika Antlaşması sayesinde *terra nullius* sayıldığı söylemi şaşırtıcıdır. Çünkü söz konusu sistem bilakis ıssız kıta üzerindeki işgal tehditlerini dondurmakla ünlüdür. Bilakis, mezkûr antlaşmalar sistemi, Antarktika'nın *terra communis* sayılmasını resmen sağlayamamışsa da bu ülküye kapı aralamıştır. Öğretide, başka görüşlerde, *res communis humanitatis* ve Antarktika, daha net kesiştirilir. Şöyle ki Antarktika antlaşmalar sistemi; buzul kıta üzerindeki egemenlik iddialarını rafa kaldırır, burayı insanlığa ait kılar, kolektif alanda barış ve bilimsel iş birliği yaklaşımını benimser.⁵⁷

49 Park, (n 41) 77.

50 Laver, (n 26) 372.

51 Norchi, (n 7).

52 *Hugo Grotius*, Hollandalı doğal hukukçudur. Sekülerlik ve bireysel haklar teorisiyle ünlenmiştir. Ona göre savaş zorunlu kötülüktür. 1625'te yazdığı *De iure belli ac pacis* (Savaş ve Barış Hukuku) önemli eserlerinden biridir.

53 Ku, (n 37) 470; ayrıca bkz Schermaier, (n 24) 20; Zwalve, (n 35) 50, 51; Ruddy, (n 11) 280; Söğütü, (n 26) 688; Çelebicani, (n 26) 37. Uluslararası '*ilişkilerin düzenlenmesiyle ilgili sorunlar dolayısıyla naturalı iure communi düşüncesi yeniden önem kazanmış, böylece denizlerde özgürlük, denizler üzerinde tüm insanların hak sahibi olması görüşü ortaya atılmıştır*' [Çelebicani, (n 26) 37].

54 UNGA 'Question of Antarctica: report of the Report of the Secretary General 86/27310' 41st Session (1986) UN Doc A/41/688; UNGA 'Question of Antarctica: report of the 1st Committee 85/36832' 40th Session (1985) UN Doc A/40/996; ayrıca bkz Zou Keyuan, '*The Common Heritage of Mankind and the Antarctic Treaty System*' (1991) 38(2) The Netherlands International Law Review 173, 182; Başlar, '*Antlaşmalar Sistemi*' (n 12) 97; Akıl, (n 12) 349.

55 Şimşek İnan, (n 7) 215, 216.

56 Berkut, (n 8) 147.

57 Kayhan, '*İnsanlığın Ortak Kaygısı*' (n 17) 225, 233; Akkutay, (n 17) 157, 158, 161; Kayhan, '*Atmosferin Korunması*' (n 15) 43-45; Başlar, '*Antlaşmalar Sistemi*' (n 12) 88; Akıl, (n 12) 340-345, 349; Lassalle Özkaya, Eken ve Ataturun, (n 14) 3, 9, 11; Topsoy, (n 20) 383, 387; Coşkun Altuner, (n 14) 113, 117, 122, 126; Özer, (n 12) 184, 187, 188; Öztürk, (n 14) 6; Keyuan, (n 54) 198; Norchi, (n 7); Doruk, '*Antarktik İş Birliği*' (n 17) 232-234; Doruk, '*Antarktika Siyaseti*' (n 13) 202.

Antarktika hukukunda, kıtanın *res communis humanitatis* olduğuna dair pozitif emareler açık değildir. Böylesine sarıh madde bulunmamasına rağmen insanlığın ortak mirasına işaret eden belirli özellikler korunur. Örneğin tahsis edilememenin yansıtılması, mevcut egemenlik iddialarının dondurulması, yenilerinin engellenmesi, barışçıl amaçlarla kullanma ilkesinin getirilmesi, maden çıkarmanın yasaklanması bu minvaldedir. İnsanlığın ortak mirasında aranan gelecek nesillere aktarma düşüncesinin Antarktika’da çevreyi ve biyolojik çeşitliliği koruma ilkeleri çerçevesinde benimsendiği söylenebilir.⁵⁸ Nitekim amaç, Antarktika insanlık mirasının, bilhassa çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin müdafaasıdır.⁵⁹ Yalnız Antarktika Antlaşması *erga omnes* (herkese karşı, *towards everyone*) yükümlülükler sonuçlandıran hukukî rejim ortaya koymaz. Sistemin bazı hükümleri uluslararası toplum tarafından kabul edilen örf ve âdetin yansımasıdır.⁶⁰ Diğer deyişle, sistemdeki bazı kurallar, Antarktika’nın insanlığın yararına kullanılması noktasında *opinio iuris sive necessitatis* addedilebilir. ‘Antarktika’da şu anda ve yakın gelecekte maden kaynakları faaliyetlerinin yasaklanması, özellikle gelecek nesillerin çıkarları ve yararları göz önünde bulundurulduğunda, insanlığın ortak mirası kavramıyla tutarlıdır’.⁶¹

Antarktika antlaşmalar sistemine rağmen bazı devletlerin sektörel ve coğrafi yakınlıktan kaynaklanan egemenlik savları tamamen reddedilmemiştir. Böylesine hukukî ve fiilî tehdit büsbütün silinmemiştir. Bugün Antarktika’daki buzulların, madenlerin ve canlı kaynakların, meselâ *krill* adı verilen küçük deniz canlılarının uluslararası hukuktaki rejimi, yani *res nullius*, *res communis* veya *res publica* olduğu tartışmaları ne yazık ki hâlâ neticeye kavuşmamıştır. Şimdiye kadar hiçbir devlet ıssız buzullar üzerinde münhasır hâkimiyet iddia etmemiştir. Bunu yapsalar sistemde büyük uyumsuzluk ortaya çıkar. Mevcut rejimde büyük değişikliklere gitmeden Antarktika’yı Birleşmiş Milletler nezdinde *de jure* dünya parkı ilân etmek çözüm sayılabilir. Yeter ki istişari taraflar buna rıza gösterebilirler ve moratoryumu süresiz kılsınlar.⁶²

Ortak kaygı / ilgi (*common concern*) ve ortak miras prensipleri Antarktika’nın öncü karakterine uyulanmalıdır. Devletlerin özgürlüklerinin genişlemesi buranın zararına

58 Akıl, (n 12) 352-354; Topsoy, (n 20) 386, 387; Kayhan, ‘İnsanlığın Ortak Kaygısı’ (n 17) 225, 233; Ruddy, (n 11) 284; Neslihan Güner Özkerim, ‘Hükümet Dışı Kuruluşların Uluslararası Antlaşma Kurallarının Oluşumu ve Uygulanması Sürecine Etkileri’ (2023) 25(2) Dokuz Eylül ÜHFD 731, 754; Keyuan, (n 54) 198. Antlaşma bütünsel değerlendirildiğinde, Antarktika’nın askerden arındırılmasının amaçlandığı anlaşılır. 1959’dan önceki düşmanca hareketlerin sonlandırılması, devletler arasında barışçıl iş birliğinin sağlanması, askeri personelden bilimsel gayelerle yararlanılması istenir [Topsoy, (n 20) 387].

59 Le Bris, (n 19) 515.

60 Kemâl Başlar, ‘Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı’, (2002) 22(2) MHB 75, 99.

61 Keyuan, (n 54) 177, 198; ayrıca bkz Patrizia Vigni, ‘The Interaction between the Antarctic Treaty System and the Other Relevant Conventions Applicable to the Antarctic Area’ (2000) 2(1) Max Planck Yearbook of United Nations Law (4) 481, 492, 494, 509.

62 Başlar, ‘Antlaşmalar Sistemi’ (n 12) 88, 89, 93, 96. Avusturalya ise stratejik inkâr politikası yönetmektedir [Özer, (n 12) 175 vd.].

sebeup olabilir.⁶³ Esasen Antarktika, uluslararası deniz yatağı veya aydan farklıdır. Çünkü uluslararası deniz yatağı veya ay herhangi devletin egemenlik iddiasına ve / veya etkin işgaline hiçbir zaman konu olmamıştır. Oysa insanlığın ortak mirası kabul edilmeden önce Antarktika'nın %85'i üzerinde yedi devlet (Arjantin, Avustralya, Fransa, Şili, Norveç, İngiltere ve Yeni Zelanda) egemenlik talebinde bulunmuştu. Amerika Birleşik Devletleri ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği egemenlik iddiasında bulunma haklarını saklı tutmuşlardı. Antarktika antlaşmalar sisteminde anılan devletler egemenlik iddialarından vazgeçmemiştir, yalnız yenilerinin kabul edilmeyeceği ve mevcutların genişletilemeyeceği, yani dondurma (*froze*) kabul edilmiştir.⁶⁴ Her hâlükârda Antarktika, uluslararası iş birliğinin sergilendiği yerdir.⁶⁵ İşte bu koşullarda insanlığın ortak mirasının parçası addedilen Antarktika buzulları ne şekilde kullanılırsa kullanılsın hassas çevrenin hayatta kalmasına ve biyolojik çeşitliliğin korunmasına özen gösterilir, kapsamlı ve etkili uluslararası kontrol sistemi kurulur. Zaten bu yüzden Antarktika Antlaşması dâhilinde, istişarî taraflar, iki yılda bir toplanır; bu toplantıda antlaşmanın diğer taraflarını izleyici statüsünde ağırlar.⁶⁶

Devletler ortaklığa gereken önemi vermemeye, *res communis* yerine *res nullius* saymaya eğilimlidir. Çünkü bu varsayma, onlara, kendi takdirlerine bağlı vaziyette mülkiyeti ele geçirme ve / veya dağıtma olanağı tanır.⁶⁷ Aynı yönde farklı bakış açısına göre, buzulların hukukî karakteri *status mixus* şeklinde tanımlanabilir. Elbette *res communis* kabul edilir. Ama buzulların kendine özgü fizikî karakteri vardır, sabit değildir, su üzerinde hareket edebilirler. Ayrıca buzla ilgili kazalarda devletler kendilerinde yargılama yetkisi görür. İkili karakterinden ötürü buzullar hukukta boşluk teşkil eder. Hukuken nasıl nitelenirse nitelensin buzulların pozitif değeri yükseldikçe egemenler bunları *res nullius* addetmeye yönelir.⁶⁸ Klasik *res communis* rejimi, en güçlü olanın tahakkümü ve keyfiliğiyle yer değiştirebilir. *Res communis*'in erişime izin verici rejimi, sömürü özgürlüğü sanılmamalıdır. Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki eşitsizlikler dikkate alınarak sınırsız yararlanma zannından insanlığın ortak mirası fikrine geçilmiştir.⁶⁹ *Res communis*'lerin bu statüsü yakın zamana kadar tartışma konusu olmamıştı. Ne var ki teknolojinin bugünkü gelişimi yüzünden insanoğlu, bir

63 Vigni, (n 61) 503. Aslında insanlığın ortak kaygısı ve mirası farklıdır. Kaygı olan, daha geniş kapsamlıdır; devletlerin yetkisi dışındaki ve içindeki alanları birlikte barındırır. Kimi zaman tek devletin egemenliğinde bulunmasına rağmen yapı itibarıyla diğer devletlere de etki eden bölgesel hususlar ortak kaygıya dâhil sayılabilir [Kayhan, '*İnsanlığın Ortak Kaygısı*' (n 17) 225; Başlar, '*Erga Omnes*' (n 60) 100, 101]. Bu açıdan Antarktika, insanlığın ortak hem kaygısı hem de mirası şeklinde nitelenebilir ve Antarktika Antlaşması'nın taraf devletlere iş birliğine katılma yükümlülüğü getirdiği düşünülebilir.

64 Yüksel, (n 7) 215; Doruk, '*Antarktik İş Birliği*' (n 17) 232; Doruk, '*Antarktika Siyaseti*' (n 13) 200, 201, 222; Zenginkuzucu, (n 18) 198; Berkut, (n 8) 147; Başlar, '*Antlaşmalar Sistemi*' (n 12) 80, 88; Akıl, (n 12) 339, 341, 346; Topsoy, (n 20) 386; Ruddy, (n 11) 284; Öztürk, (n 14) 2; Çoşkun Altın, (n 14) 115, 116.

65 Ruddy, (n 11) 284; ayrıca bkz Çoşkun Altın, (n 14) 116; Doruk, '*Antarktik İş Birliği*' (n 17) 231-238; Doruk, '*Antarktika Siyaseti*' (n 13) 206, 213, 221.

66 Nordkvist, (n 7) 13, 14; ayrıca bkz Başlar, '*Antlaşmalar Sistemi*' (n 12) 81, 89, 97; Çoşkun Altın, (n 14) 117, 118.

67 Gebreammanuel ve Mekebo, (n 41) 112.

68 Graham, (n 41) 494, 495.

69 D Armand Roth, *La prohibition de l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-terrestres* (Presses Universitaires de France 1992) 109-126.

zamanlar kimsenin olmadığı düşünülen bölgelere girmiş ve buralardaki cömertliği keşfetmiştir.⁷⁰ Gerçekten insanlığın ortak mirası, tercihe şayan uluslararası hukuk ilkesidir; devletlerin münhasır müdahalelerini sınırlamaya muktedirdir; *jus cogens* prensibidir, yani emredicidir, zorunludur, üstündür (önde gelendir), istisnaya müsaade etmez; eşitlik ve ayrımcılık yasağına tâbidir; bütünün menfaati duygusuyla tatbik edilir; ödemesizdir ve ödeneksiz yararlanmaya izin verir; ancak insanlık namına korunması kaydıyla yararlanılmaya açıktır.⁷¹ Müştereklerin zenginliği öğretisi (*doctrine of the wealth of the commons*) umut vaat eder. Bu öğretiye göre ne *res nullius*'e ne de *res communis*'e itibar edilir. Roma hukukundan kalan ilkeler kamu mallarıyla ilgilidir. İnsanlığın ortak mirası bakış açısı yeğlenmelidir. Bu görüngeneye beş temel ilke hâkimdir: özel ya da kamusal ele geçirmenin mümkün olmaması; yönetimde tüm uluslardan temsilciler bulunması ve yöneticilerin kaynakları herkes adına yönetmesi; yönetimden elde edilen faydaların tüm devletler arasında aktif paylaşılması; silahlı veya silahsız askeri tesis kurulamaması; gelecek nesillerin yararına korumanın sürdürülmesi.⁷² Başka görüşe göre, insanlığın ortak mirasının beş kriteri şöyledir: tahsis etmeme, ortak yönetme, yarar paylaşma, barışçıl amaçlarla kullanma, gelecek nesiller yararına koruma.⁷³ Paralel tasnif, insanlığın ortak mirasında, mülkiyet iddia edememe, uluslararası yönetim, ortak menfaatler ve barışçıl amaçlarla koruma şeklinde dört kıstas bulunduğunu savunur.⁷⁴ Uluslararası hukukçular, belirleyici kıstaslarını tayin etseler de insanlığın ortak mirasının hukukî anlamını hâlâ tartışır. Hatta ortak miras anlayışında, uluslararası teamülden daha yüksek beklentilere girilmez. Çünkü egemen devletlerin ortak çıkarları münhasır menfaatlerinin üstünde tutmaları ve ortak miras kabulünün adil paylaşımı direten yönüne uymaları elbette şüphelidir.⁷⁵

Artık insanlığın ortak mirası trajediye dönüşmüştür. Herkes, sınırlı dünyada, kendi menfaatlerini kayırmaya zorlayan acımasız sistemde içine kapanıktır. Ortakların serbestliğine inanılmaktadır. Lâkin herkes kendi çıkarlarını gözettiğinden şeriklerin özgürlüğü kesinlikle mahva sebep olacaktır.⁷⁶ Antarktika açısından, yedi devletin egemenlik iddiası, her ne kadar şimdilik dondurulmuşsa da bu öteleme insanlığın ortak mirası doktrinindeki tahsis etmeme, barışçıl amaçla kullanma ve insanlığın geleceğini koruma kriterleriyle çatışır. Antarktika Antlaşması'nda oy kullanma

70 B Leo Malagar ve Marlo Apalisok Magdoza-Malagar, 'International Law of Outer Space and the Protection of Intellectual Property Rights' (1999) (Fall) Boston University International Law Journal 1, 18.

71 Sucharitkul, (n 26) 902-905.

72 Singh, (n 40) 1152, 1155; ayrıca bkz E John Noyes, 'The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future' (2011) 40(1) Denver Journal of International Law & Policy 447, 450-453; Keyuan, (n 54) 191-197; Yüksel, (n 7) 215-217; Doruk, 'Antarktik İş Birliği' (n 17) 234-236; Zenginkuzucu, (n 18) 199; Akıl, (n 12) 344, 345.

73 Yüksel, (n 7) 215-217; Akıl, (n 12) 344, 345; ayrıca bkz Topsoy, (n 20) 386; Kayhan, 'İnsanlığın Ortak Kaygısı' (n 17) 233; Ruddy, (n 11) 284.

74 Kayhan, 'Atmosferin Korunması' (n 15) 43-45

75 Noyes, (n 72) 455, 456, 461, 469-471; ayrıca bkz Vigni, (n 61) 492, 494, 509.

76 Garrett Hardin, 'The Tragedy of the Commons' (1968) 162(3859) Science 1243, 1244; ayrıca bkz Laver, (n 26) 359, 361. 'Nüfus sorununun teknik çözümü yoktur, ahlâkta köklü değişim gerektirir. Eğer büyük güç sadece bilim ve teknolojiye çözümler aramayı sürdürürse, sonuç durumu daha da kötüleştirecektir' [Hardin, (n 76) 1243].

yetkisi (istişarî statüsü) olmayan taraflar bulunması ortak yönetim unsurunu zedeler. Yarar paylaşımı kıstası bu kıtada gerçekleşen deneylerden elde edilen bilgilerin asla gizlenmemesini, kamuya açılmasını gerektirir. Bugünün uluslararası pozitif hukukunda Antarktika'nın insanlığın ortak mirası statüsünü garantileyen veri yoktur. Sadece barış ve bilime tahsis edilmiş doğal rezerv alan veya özel muhafaza bölgesi şeklinde anılır.⁷⁷ Aynı yönde, Antarktika antlaşmalar sisteminde gayri demokratik karar alma mekanizması eleştiriye layıktır. Antarktika hakkında karar alma yetkisine sahip on iki devletin oligarşi ligi zamanla yirmi dokuza genişlemiştir. Bu genişleme, kıtadaki doğal kaynaklardan yalnızca ekonomik ve teknolojik yeterliliğe sahip devletlerin faydalanabilmesi gerçeğini değiştirmez. Demokratik ve evrensel olmayan bu kapalı sistem dezavantajlıdır. Mekanizmanın dışındaki devletleri sistemin kararlarına uymaya zorlamak, meselâ taraf olmayan devletler açısından sürdürülebilir ekolojik avlanmanın geçerliliğini savunmak abes olur.⁷⁸ Antarktika'daki doğal kaynaklardan yalnızca ekonomik ve teknolojik yeterliliği haizlerin değil tüm insanlığın, daha doğrusu bütün devletlerin ayrımsız ve ayrıcalıksız yararlanması gerekir. Bu inançla, ıssız topraklar üzerinde daha kapsayıcı uluslararası antlaşma hazırlanması çağrısında bulunulmuştur.⁷⁹ Bu çağrıya rağmen, Antarktika Antlaşması'na taraf olmayan egemen devletlerin buzul kıtada yürütülen faaliyetlere nasıl katılacakları hakkında kayda değer hukukî veya diplomatik ilerleme henüz sağlanamamıştır.⁸⁰ Diğer taraftan, âkit olmayan devletlerin bölgesel iddiaları Antarktika Antlaşması'nı gölgelemektedir. Üçüncü taraf devletlerden bazıları Antarktika'nın uluslararası toplum tarafından uluslararası rejimle yönetilmesini talep etmiştir. Böylece bölgenin insanlığın ortak mirası kabul edilmesinin manası kuvvetlenmiştir.⁸¹ Antarktik antlaşmalar sisteminin istişarî olan / olmayan taraf ayrımı yapmasından; ayrıca batı merkezli modellerle diğer devletlere kapalı ve kısıtlayıcı kurgulanmasından ötürü yeniden düzenlenmesi icap eder. Zira istişarî taraflardan müteşekkil epistemik topluluk güdümünde işleyen bu sistem, bilim, siyaset ve etğin iç içe geçtiği bazı uluslararası çıkmazlara sahiptir. Antarktika'da örtük emperyalizm ve yeni sömürgecilik revaçtadır. Şöyle ki antlaşmalar sistemine dâhil olmanın şartı önemli derecede bilimsel faaliyettir. Bu kriteri elbette sadece gelişmiş ülkeler sağlayabilir. Şu hâlde bilim ve teknoloji bakımından zayıf devletler Antarktika siyasetinde büyük güçlerin tabiiyetine indirgenmiştir. Antarktika, insanlar ve devletler arasında her türlü ayrımı reddeden, kozmopolit ve etik ilişkiler alanı olabilir.⁸²

77 Yüksel, (n 7) 215-218.

78 Başlar, 'Antlaşmalar Sistemi' (n 12) 89, 90. 2003'te kaleme alınmış bu eserdeki sayılar yukarıda güncellenmiştir.

79 Mohamad Mahathir, 'Statement by Y.A.B. Prime Minister of Malaysia Tun Dr. Mahathir Bin Mohamad at the General Debate of the 73rd Session of the United Nations General Assembly (UNGA) 28 September 2018, New York' (2018) 6(1) The Malaysian Journal of International Relations 2-7; ayrıca bkz Doruk, 'Antarktik İş Birliği' (n 17) 238.

80 Doruk, 'Antarktik İş Birliği' (n 17) 241.

81 Johnstone, Tanaka ve Ulfbeck, (n 7) 43; ayrıca bkz Özer, (n 12) 190. 'Antarktika antlaşmalar sistemi üyesi olmayanlar ve uluslararası sivil toplum örgütleri de Antarktika'nın geleceği hakkında söz sahibi olmak istemektedirler' [Özer, (n 12) 190].

82 Lassalle Özkaya, Eken ve Atatorun, (n 14) 4, 9, 11. Böylesine arızaları haiz Antarktika antlaşmalar sisteminin yeniden düzenlenmesinde Türkiye rol oynamalıdır [Lassalle Özkaya, Eken ve Atatorun, (n 14) 4].

Antarktika mirasında farklı söylemler (*diverging Antarctic heritage discourses*) dikkat çekicidir. Antarktika antlaşmalar sisteminde devlet dışı uluslararası aktörlerin giderek artan varlıkları hesaba katılmamıştı. Oysa devlet dışı aktörlerin Antarktika mirasına ilişkin alternatif söylemleri vardır. Meselâ turizm endüstrisi Antarktika'yı meta olarak görür; *Greenpeace* ise egemenlerin ortak mirasına karşı çıkar, kıtanın siyasî veya ticarî kazanca kaynak görülmemesini, normatif vizyonla değerlendirilmesini savunur.⁸³ Gerçekten hükümet dışı kuruluşların etkisiyle imzalanan en önemli çevre antlaşmalardan biri Antarktika hakkında vuku bulmuştur. 1961'te yürürlüğe giren bu Antlaşma, 1970'li yıllarda çevrenin korunması alanında faaliyet gösteren hükümet dışı kuruluşların ilgisini cezbetmiştir.⁸⁴ Antarktika'da özenle ve yaratıcı şekilde kaliteli araştırmalar yapılmaya devam edilse bile bilimden taviz verildiğinden sistemin ahlaki duruşu erozyona uğrama riski taşır. Basitçe, Antarktika buz tabakalarının erimesinin sebep olduğu / olacağı zararların boyutu tahmin edildiği kadar büyükse, bu erimeye en çok katkıda bulunan devletlerin neden burayla ilgili karar alma masasında ayrıcalıklı konumlarını koruduklarını sorgulamak tamamen adildir.⁸⁵ Nihayet, Antarktika'nın Rusya-Ukrayna savaşından etkilendiğine işaret edilir. Aslında ıssız kıta askerden arındırılmış bölgedir. Buna rağmen, Ukrayna'nın tarihi *Vernadsky* İstasyonu'nda savaş yüzünden araştırmacı ve personel sıkıntısı yaşanmıştır. Az sayıda kutup araştırmacısı keşif gezilerine katılabilmektedir. Çünkü birçoğunun savaştığı ya da çatışmalardan kaçtığı aktarılır.⁸⁶

IV. Antarktika Odağında İnsanlığın Ortak Mirası Anlayışını Birlikte Mülkiyete Özgü Temel Kavramlarla İdealleştirme Denemesi

Antarktika hukukunda *res nullius* ve *res communis* rejimleri kıyaslandığında ilkinin işlevsizliği aşikârdır. Çünkü kimseye ait olmamak işgale açıklık anlamına gelir ki güçsüzün güçlüye boyun eğmesine sebep olabilir. Buna karşılık herkese aitlik; barış, bereket ve refah üretmeye gebedir. Kutuplarla ilgilenen sosyal bilimler literatürü, özellikle uluslararası hukuk öğretisi, *res communis*'i kolektif mülkiyet ve bunun ideal gerekleriyle açıklar. Bir yandan insanoğlunun ortak mirası perspektifinin yönetsel ilkelerle çerçevesi çizilir, diğer yandan trajediye benzetilerek eleştirilir. Ayrıca Antarktika Antlaşması'nın ve bunun üzerine inşa edilen sistemin insanlığın ortak mirası anlayışını yansıtmakta ve kıtayı *res communis* kılmakta zayıf kaldığı öğretilerde gerekecektir.⁸⁷

83 Rebecca Hingley, 'Diverging Antarctic heritage discourses: The geopolitical ramifications of non-state actor engagement with the state-sanctioned version of Antarctic heritage' 2023 (189) *Geographical Journal* 40-43. 1986'da *Greenpeace* tarafından dünya parkı anlayışı önerilir; bunun için Antarktika Dünya Parkı Komisyonu ve Antarktika Çevre Koruma Ajansı kurulması savunulur [Başlar, 'Antlaşmalar Sistemi' (n 12) 92; Güner Özkerim, (n 58) 754; Doruk, 'Antarktika Siyaseti' (n 13) 210]. Uluslararası Antarktika Tur Operatörleri Birliği'nin üyesi olmayan devletlerin bayrağını taşıyan gemiler beş yüzden fazla yolcuyla kıtaya giremez [Özer, (n 12) 194].

84 Güner Özkerim, (n 58) 753, 754; ayrıca bkz Doruk, 'Antarktika Siyaseti' (n 13) 210.

85 Peder, (n 23) 22, 23.

86 Loyal Liverpool, 'Russia's war in Ukraine is disrupting Antarctic science' (2023) (621) *Nature* 453.

87 Antarktika antlaşmalar sisteminin eksikleri hakkında özellikle bkz Başlar, 'Antlaşmalar Sistemi' (n 12) 87-92; Yüksel, (n 7) 215-218; Lassalle Özkaya, Eken ve Ataturun, (n 14) 4, 9, 11.

Uluslararası hukukta *inter+spatium+al* (mekânlar içi / ötesi, tüm mekânlara hitap eden, *interspatial*) ve *intertemporal* (zamanlar arası / ötesi, tüm zamanlara hitap eden, *timeless*) mertebede bütün devletleri bağlayan antlaşmalar bulunduğu ve böylesine antlaşmaların taraf olmayan devletleri bile bağladıkları farz edilir.⁸⁸ İşte ortak miras bakış açısında, egemen devletlerin faydaları adil paylaşma kuralına harfiyen uyacaklarını beklemek iyimserliktir. İnsanoğlu, böylesine kurmaca ortaklığın çoğulcu ve dayanışmacı işleyeceğine dair inanca sırtını dayayamaz. Zaten Birleşmiş Milletler kayıtlarına göre iki yüz altı devlet bulunur. Dünyadaki devletlerin sadece elli altısının Antarktika Antlaşması'yla ilintisi hesaba katıldığında hâli hazırda en az yüz elli devletin buzul kıtadaki hukukî rejimle ahdî bağlantısı yoktur. Antarktika Antlaşması'yla kâğıt üzerinde ilişkili devletlerden sadece yirmi dokuzu karar alma yetkisine sahiptir. Aşağı yukarı yüz yetmiş yedi devlet Antarktika hakkında alınacak kararlara katılamaz. Antarktika; gezegenin %85'inin değil, en fazla %15'inin ortak mirasıdır. Öyleyse, hukukî bağlayıcılığı uluslararası hukukun kaderine bağlı bu içe dönük seçkinler antlaşmasının küresel boyutta ortaklık yansıtmadığı aşikârdır. Buzul kıtayı yalnız yirmi dokuz elit devlete hapseden hukukî rejim uzlaşma değil ancak dar alanda paslaşma ve danışıklılık arz eder. Başka deyişle, bu sistem, bütün devletler arasında, zaman ve mekân ötesi bağlayıcılık sunmaz, global *consensus* (uzlaşma / mutabakat, *unanimity* / *accordance*) oluşturmaz. En önemlisi, mevzu antlaşmalar sisteminde, Antarktika'yı insanlığın ortak mirası sayan açık ve net *erga omnes* kural yoktur. Akit çemberinin dışında kalan devletler hesaba katılarak büyük resme bakıldığında, Antarktika hakkında *res communis humanitatis* söylemi, en fazla *obiter dictum* (diğer söylenenler, *something said in passing*) seviyesindedir. Antarktika hakkında, insanlığın ortak mirası öğretisine dayalı daha kapsayıcı ve bağlayıcı uluslararası rejim kurulması temenni edilir. Gerçekten, insanlığın ortak mirası kaygısıyla devletlerin Antarktika'da egemenliklerini ileri sürmekten ortaklaşa kaçınacakları ancak bir umuttur ve bu umudun (medenî) hukukun temel kavramlarıyla desteklenmesi, netleştirilmesi ve genişletilmesi denenebilir.

Aslında insanoğlunun ortak mirasının nesillerden nesillere geçmesi düşüncesi, Roma medenî hukuku kökenli terimlerden biri *res communis*'ten esinlenir. Öyleyse bu bakış açısı, *res communis* telakkisinin tarihî detaylarıyla güçlenebilir. Roma'nın ilk dönemlerinde aynı eşya üzerinde birden fazla kişinin malik olmasına miras ortaklıklarında ihtiyaç duyulmuştur. Böylesine birlikteliklere *dominio non diviso* (bölünmemiş hâkimiyet, *undivided dominion*) ve *ercto non cito* (bölünmemiş mülkiyet, *undivided ownership*) gözüyle bakılmıştır. *Ercto non cito*, öncelikle mirastaki *consortium ercto non cito* (bölünmemiş miras ortaklığı, *partnership by undivided inheritance*), daha sonra *societas* (şirket / ortaklık, *society*) kavramlarını açıklığa kavuşturmaya öncülük etmiştir.⁸⁹

88 Başlar, 'Erga Omnes' (n 60) 79.

89 Salvo Randazzo, 'The Nature of Partnership in Roman Law' (2005) 9(1) Australian Journal of Legal History <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AJLH/2005/5.html#Heading11>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024; Francis de Zulueta, 'The New Fragments of Gaius. Part II: Societas ercto non cito' (1935) (25) The Journal of Roman Studies 19; Rafael Domingo, 'The Law of Property in Ancient Roman Law' (Papers SSRN, 13 Haziran 2017) 1-27 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984869> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024; W Bryce Fier, *A Casebook on the Roman Law of Contracts* (OUP 2021) 38; Söğütöl, (n 26) 740.

Yunanca *koino ñia*, Latince *communio*, paylaşma, katılma ve ortak şeye sahip olma anlamına gelir.⁹⁰ Belki *ercto non cito*'nun ardından, birlikteliklerde, kişilerden ziyade birlikteliğin kendisine ve mülkiyete odaklanmasıyla yeni kavramlar türemiştir. Nitekim *dominium pro parte pro indiviso* (paylaşılmamış / bölünmemiş mülkiyet, *unpartitioned / undivided ownership*) böylesine gelişmelerden biridir.⁹¹ Böylece, *condominus* (birlikte egemenlik, *joint dominion*) ile neredeyse eş anlamlı kullanılagelen *communio* (komün, *community*; birlikte mülkiyet, *co-ownership*), *communio pro indiviso* (elbirliği birlikte mülkiyeti, *co-ownership for or as undivided shares*) ve *communio pro diviso* (paylı birlikte mülkiyet, *co-ownership as divided, common / joint ownership*) şeklinde iki olasılık belirmiştir. Hatta *condominium* (kat mülkiyeti benzeri bağımsız bölümlere ayrılmış binanın mülkiyet rejimi, *ownership regime in which a building is divided into multiple units*) da *communio pro diviso* çeşitlerinden biridir. Ayrıca boş arsalar (*vacant lots*) da *communio pro diviso* veya *communio pro indiviso*'ya konu olmuştur. Paylar hakkında şu kurallar benimsenmiştir: *Certa pars non est pars fundi, sed fundus* (belirli pay bütünün parçası değil bütündür, *une portion déterminée n'est pas une partie d'un fonds mais un fonds*); her *socii* (ortak / şerik, *partner / allies*), daha doğrusu her birlikte *erus* (malik, *owner*) kendi payı üzerinde tasarruf etme yetkisini haizdir. *Communio pro diviso*'da her birlikte malik, ideal paylaşımı talep edip birlikteliğin izalesini ve bağımsız mülkiyete geçişi, *iudicium duplex* (çift taraflı dava, *double derivative action*) olan *actio communi dividundo* (ortaklığın giderilmesi / paylaştırılması davası, *elimination of joint ownership / partition action*) ile isteyebilmiştir.⁹² Ayrıca, *parte* (bölünmüş, *divided*) veya *pro parte* (bölünmemiş, *undivided*) mülkiyette, maliklerden her biri, diğerlerinin birliktelikteki haklı menfaatlere zarar veren davranışlarını yasaklayabilmiştir. Başka deyişle gerek *communio pro diviso*'da gerek *communio pro indiviso*'da, *ius prohibendi* (yasaklama hakkı, *right to prohibit*) vardır.⁹³

Bugün de elbirliği ortaklığı halinde mülkiyet (*Gesamteigentum, propriété commune*) *Germen* hukukundan gelen toplu mülkiyet çeşididir. Ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Birlikte mamelek aynı zamanda ortakların tümüne aittir. Ortaklara pay değil iştirak hakkı tanınır.⁹⁴ Elbirliği mülkiyeti esnasında, müstakbel paylı mülkiyet payı; iltizama konu edilebilir, lâkin payın bulunmadığı elbirliği aşamasında belirlilik ilkesi gereği

90 Rausch, (n 26) 416.

91 'Wikipedia-The List of Latin Terms' <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Latin_legal_terms> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.

92 Raphael Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of Papyri* (332 B.C. - 640 A.D.) (Herald Square Press 1944) 180-183; J Frederick Tomkins ve D Henry Jencken, *Compendium of the Modern Roman Law, Founded upon the Treatises of Puchta, von Vangerow, Arndts, Franz Moehler, and the Corpus Juris Civilis* (Butterworths 1870) 377, 378; Egon Weiss, 'Communio pro diviso und pro indiviso in den Papyri', iç Wilcken Ulrich (ed), *Archiv für Papyrusforschung und verwandte* (Teubner 1908) 331-333, 353-359; Sohm, (n 26) 228; Warmelo, (n 29) 135-138, 142; Zulueta, (n 89) 19; Söğütlü, (n 26) 740, 741; Randazzo, (n 89); Domingo, (n 89) 4, 5; Fier, (n 89) 38, 40.

93 Warmelo, (n 29) 125, 126; Söğütlü, (n 26) 741; Fier, (n 89) 40.

94 G Jale Akipek, *Eşya Hukuku (Aynî Haklar)* (2. baskı, Ankara Üniversitesi /Sevinç 1973) 44-46.

tasarrufa henüz uygun sayılmaz.⁹⁵ Birlikte *erus*'lar yönetim konusunda kural olarak toplu hareket ederler, onların oy birliğiyle karar almaları beklenir. Ne var ki ortaklığın korunması amacıyla hep birlikte hareket etme kuralına bazı istisnalar getirilir.⁹⁶

Mevcut antlaşmalar sisteminin komüner bakış açısıyla tazelenmesi istenirse, *interspatial* ve *intertemporal* Antarktika hukuku ideasını kurgulamak amacıyla şöyle teorik önerilerde bulunulabilir. Öncelikle Antarktika bütünlüğü, açık konvansiyonel bağlayıcılıkla, mümkünse *erga omnes* normla *res communis* kabul ve ilân edilebilir. Böylece *res nullius*'in aksine *communis humanitatis* kabulüyle *occupatio* ihtimali dışlanır. Bu olasılıkta Antarktika *communis humanitatis*'i, artık *locus amoenus* veya *elysion* (hoş yer, *pleasant place*) benzeridir, sahipsiz veya terk edilmiş olmadığından *occupatio*'ya, farklı deyişle devletlerin *dominium* iddialarına kapalıdır. Antarktika üzerinde tüm devletlerin ideal *condominus*'unda, özellikle *ercto non cito*, *communio pro indiviso* veya *dominium pro parte pro indiviso* benimsenirse sadece *occupatio* olasılığının reddedilmesiyle yetinilmez. *Communio pro indiviso*'da, belirlenmiş payların bulunmaması, yani *pro parte* ve *pro indiviso* esastır. Yalnız *Ulpinianus*'un balıklar, kuşlar ve kumlar konusundaki çekincesine Antarktika özelinde hassasiyetle yaklaşılabılır. Çünkü *Pandora*'nın kutusuna benzeyen bu kıta tahayyül edilemez zenginlikleri uhdesinde saklamaktadır. *Res communis* üzerinde / içinde bulunanların, ayrıca semerelerin *res nullius* sayılması ve bunları ele geçirmek için emek sarf edenlerin ihrazla ödüllendirilmesi, Güney Kutbu açısından, gelişmekte olan ülkelerin gelişmişlerce sömürülmesine sebep olabilir. Buradaki değerli madenler ve biyolojik çeşitliliğin sırf bunları elde etmek için emek harcadılar diye belirli güçlü devletlere hasredilmesi kabul edilemez. *Natura communis omnium*'den (t)üreyenlerin emektarın emeğine saygı duyulması amacıyla *res nullius* sayılmasına, Antarktika'da temkinli yaklaşılmalıdır. *Ulpinianus*'un denizdeki balıkları, havadaki kuşları, kıyıdaki taşları veya kumları ile Güney Kutbu'ndan elde edilen bilimsel bulgular, değerli madenler, gıda ve enerji kaynakları kıyaslanamaz. Zaten *communio* ve *condominus* yönetişimi yüksek bilinç mertebelerindendir. Kaynakların adil paylaşılmasını ve kullanılmasını gerektirir. İnsanlığın ortak mirasının meyvelerini sahiplenme özgürlüğü adil paylaşma ve gelecek nesillere aktarma ilkeleriyle sınırlıdır.

Hisseleri belirsiz ortak devletlerin Güney Kutbu hakkında kural olarak oy birliğiyle karar almaları gerekir. Hiç olmazsa sıra dışı yönetim işlerinde egemen devletlerin ittifakı şarttır. Aslında elbirliği mülkiyetinde; olağan, önemli, olağanüstü yönetim işleri ayrımı yapılmaz. Yalnız Antarktika *condominus*'unda iki yüzden fazla devlet sürekli uyumlu karar alamayabilir. Üstelik bunu beklemek atalete sebep olabilir.

95 Burak Özen, *Elbirliği ile Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi* iç Makaleler-Tebliğler (2001-2020) (On İki Levha 2021) 642; aynı yönde bkz Ethem Sabâ Özmen ve Gülşah Sinem Aydın, 'Birlikte Mülkiyette Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun'a Dayalı Uygulama' (2015) 14(1) Maltepe ÜHFD 13-38.

96 Mehmet Akçaal, 'Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim' (2019) 9(2) Süleyman Demirel ÜHFD 211, 227-230; Pakize Ezgi Akbulut, 'Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığı Hâlinde)' (2018) (16) Legal Hukuk Dergisi 69, 73-80.

Malum elbirliği mülkiyetinde hukuk boşluklarının doldurulmasında bu birlikte mülkiyet türünün bünyesine uygun düştüğü ölçüde paylı mülkiyete dair hükümlerden istifade edilir. *Res communis humanitatis* sayılan Antarktika'nın yönetimi esnasında ortaya çıkan hukukî sorunlar *communio pro indiviso* kurallarıyla çözülemezse, buzul kıtanın bünyesine uygun düştüğü ölçüde *communio pro diviso* normlarından kıyasen yararlanılabilir. İşte Güney Kutbu'nu ilgilendiren irili ufaklı her mevzuda sürekli *consensus* beklentisi yavaşlık ve zorluk getirirse paylı mülkiyetteki yönetime dair kurallar örneksenebilir. Yalnız bu olasılıkta daha sonra ortaya çıkabilecek muhtemel yorumları ve tartışmaları kaynaktan önlemek adına Antarktika'yı yönetmek için norm koyarken kazuistik metot seçilebilir; olağan, önemli, olağanüstü yönetim işleri bol örnekle betimlenebilir.

Certa pars non est pars fundi, sed fundus ilkesi gereği, her devletin elbirliği hâlindeki mülkiyet hakkının Antarktika'nın tamamına yayılması kabul edilir. Bu nedenle, önemli derecede bilimsel etkinlikte bulunma veya danışman statüsü edinme gibi kriterlerle oy verme hakkının ayrımcı tanımlanmasından vazgeçilebilir. Her biri egemen *erūs* statüsündeki devletler; yönetime katılırlar, birlikte hareket ederler, hatta bazen birbirleriyle uyumlanmak ve *condominus*'a fayda sağlamak adına kendi çıkarlarından tavizler verirler. Ne var ki ortaklığın korunması ve ivedî sorunların çözülmesi amaçlarıyla Antarktika'nın ortaklaşa yönetilmesine bazı istisnalar getirilebilir. Her bir devlete ortak menfaatleri koruma yetkisi tanınabilir. Bununla birlikte, her *socii*, daha doğrusu tüm birlikte *erūs*'lar, *ius prohibendi* izdüşümünde, birlikte mülkiyete (ve/veya birlikteliğe) zarar veren davranışlardan sakınılmasını diğerlerinden isteyebilir. Devletler Antarktika üzerindeki *dominium pro parte pro indiviso*'ya hâle getiren davranışlardan kaçınmalıdır. Nihayet, *communis humanitatis* kıtanın korunması, sürekli ve müşterek amaca adanmaktır. Bu gerekçeyle, taksim engelini, ayrıca ortaklığı sürdürme (idame-i şüyu) yönünde örtülü anlaşmanın varlığından bahsedilebilir. Kısacası *actio communi dividundo* açılması, bölücü taleplerin ileri sürülmesi yasaklanabilir. Bu da devletlerin Antarktika ortaklığının paylaşılmasını ulu orta isteyememesi anlamına gelir.

Sonuç

Antarktika, insanlığın hem kaygısı hem de mirası açısından ortak addedilebilir. Antarktika Antlaşması ve buna eklenen protokollerle 1959'dan itibaren düzensiz sekanslarla kurulan Antarktika antlaşmalar sistemi, ıssız kıtaya yönelik egemenlik iddialarını aşağı yukarı altmış yıldır rafa kaldırmayı başarmaktadır. Yine de istişarî tarafların tahakkümünde işleyen bu seçkin sistem uluslararası *consensus*'tan beslendiği kesinlikle söylenemez.

Antarktika hukukunda *res nullius* işlevsizdir. Literatürde, *res communis* düşüncesi ilkin çözüm sayılmış; ardından, teorik açıdan uzmanlaştırılmış *res*

communis humanitatis'ten yardım umulmuştur. Bununla birlikte, müşterek Güney Kutbu ideası uluslararası hukuk camiasında yoğun eleştirilere maruz kalmaktadır. Öyle ki insanlığın ortak mirası görüngesi bazı yazarlarca trajik nitelenmekte, buna umutsuzlukla yaklaşılmakta; egemen devletlerin adil paylaşım kuralına uymayacakları öngörülmektedir. Bu dramatik karamsarlığa rağmen, sadece *res communis*'in iz düşümü ortak miras anlayışıyla değil, asıl Roma (medenî) hukukunun birlikte mülkiyete dair diğer temel kavramlarıyla Antarktika hukukunu idealize etmek denenebilir.

Basitçe *res nullius* işgale açıklık anlamına gelirken *res communis* ortak yönetim ve paylaşımaya yönlendirir. Antarktika'da *res communis humanitatis* elbette tercihe şayandır. İnsanlığın ortak mirası bakış açısıyla Antarktika antlaşmalar sisteminin yenilenmesi önerisine katılmak mümkündür. Gerçekten, Birleşmiş Milletler verilerine göre iki yüz altı devlet arasında sadece yirmi dokuzu ıssız kıta hakkında karar alma kudretini haizdir. Dünyanın yaklaşık yedide birinin iradesini temsil eden Antarktika antlaşmalar sisteminin kapsayıcı olmadığı ve insanlığın ortak mirası doktrininin tüm gereklerini karşılamaya yetmediği aşîkârdır. Küresel müştereklerin korunması kaygısıyla devletlerin Antarktika'da egemenliklerini ileri sürmekten ortaklaşa kaçınacakları ancak bir umuttur. Egemen ulusların toplanıp yepyeni Antarktika antlaşmalar sistemi kuracakları ümidi beslenirse, ufuktaki bu proje medenî hukukun temel kavramlarıyla desteklenebilir ve netleştirilebilir. Zira medenî hukukla karakterize Roma hukuku, *res extra commercium*, *res publicae*, *res communis* ve *res communis humanitatis* terimlerinin biricik kaynağıdır. Dolayısıyla insanoğlunun ortak mirasının nesillerden nesillere geçmesi düşüncesi, Roma medenî hukuku kökenli diğer ilgili terimlerle kavramsal boyutta güçlendirilebilir. Bu ülküde, *dominio non diviso*, *dominium pro parte pro indiviso*, *ercto non cito*, *communio*, *condominus*, *communio pro indiviso* ve (birlikte maliklerden her birinin belirli davranıştan yasaklanması açısından) *ius prohibendi* hatırlanabilir. İşte Antarktika üzerinde tüm devletlerin ideal *dominium pro parte pro indiviso*'sunda, elbirliği anlayışı, yani *ercto non cito* ve *communio pro indiviso* uygundur. Arzulanan sistemde, Güney Kutbu hakkında karar alınması, en azından olağanüstü yönetim sorunlarının çözülmesi; kural olarak oy birliğiyle gerçekleşebilir. Özellikle oy verme yetkisi, bilimsel faaliyette bulunma veya danışman statüsü edinme gibi üstenci kıstaslardan arındırılabilir. Her ortak devletin elbirliği hâlindeki mülkiyet hakkı Antarktika'nın tüm sathına yaygın sayılabilir. Her birine, birlikteliğin amacına ve diğer maliklere saygı göstermeleri kaydıyla mülkiyetten yararlanma ve ortak menfaatleri koruma yetkileri tanınabilir. Bunun için, her malikin diğerlerinin mülkiyet birliğine zarar veren davranışlarını yasaklayabilmesi, *ius prohibendi*'nin türevlerinden addedilebilir. Hiç şüphesiz, insanlığın ortak mirası nitelenen Antarktika'nın semerelerini sahiplenme özgürlüğü gelecek nesillere aktarma ilkesiyle sınırlıdır. ıssız kıtanın vadettiği kaynaklar adil paylaşılmalı ve dağıtılmalıdır ki kolektif kullanım anlam kazansın. Buradaki değerli madenler ve biyolojik çeşitliliğin sırf bunları elde etmek için emek harcadılar diye belirli güçlü devletlere hasredilmesi

kabul edilemez. Diğer taraftan, Antarktika *communis humanitatis*'inde ortak amaç, süreklilik arz edeceğinden taksim engeli getirilebilir, ulu orta *communi dividundo* talep edilmesine set çekilebilir. Kısacası, paylaşmayı isteme engelinin, ayrıca ortaklığı sürdürme yönünde zımnî anlaşmanın varlığından bahsedilebilir. Nihayet, Antarktika'nın ortaklaşa yönetilmesi esnasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara *communio pro indiviso* kuralları çözüm üretemezse, *communio pro diviso* normlarından kıyasen yararlanılabilir.

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

Kitap, Makale ve Tezler / Books, Articles, and Thesis

- Akbulut PE, 'Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığı Hâlinde)' (2018) (16) Legal Hukuk Dergisi 69-102.
- Akcaal M, 'Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim' (2019) 9(2) Süleyman Demirel ÜHFD 211-249.
- Akıl A, 'Uluslararası Hukuk Çerçevesinde İnsanlığın Ortak Mirası Olarak Antarktika' (2021) 16(2) Erzincan ÜHFD 339-363.
- Akipek GJ, *Eşya Hukuku (Ayni Haklar)* (2. baskı, Ankara Üniversitesi /Sevinç 1973).
- Akkutay İA, 'Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi' (2016) (2) Ankara Barosu Dergisi 155-193.
- Başlar K, 'Antarktika Antlaşmalar Sistemi (1961-2001): 40 Yılın Ardından Antarktika'nın Hukukî Rejimi' (2003) 52(2) Ankara ÜHFD 77-99 (Antlaşmalar Sistemi).
- Başlar K, 'Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı', (2002) 22(2) MHB 75-108 (Erga Omnes).
- Berkut N, 'Arktik Bölgesine İlişkin İnsanlığın Ortak Mirası Kavramı Tartışması' iç Sultan Üzeltürk Tahmazoğlu, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 137-166.
- Bozkurt D, 'Antarktika'da İklim Değişikliği ve İlkeleri' iç Sultan Üzeltürk Tahmazoğlu, Kutluhan Bozkurt ve Duygu Kulaç (eds), *İklim Krizi ve Hukuk* (Legal 2022) 127-136.
- Cinelli C, 'The Delimitation Process in the Central Arctic Seabed: Sovereign Rights or a Condominium or Res Communis Omnium?' iç 5th Biennial Conference Valencia (Spain) 13-15 Sept 2012 Conference Paper Series 2 (1) (ESIL 2012) 1-13.
- Clote P, 'Implications of global warming on state sovereignty and arctic resources under the United Nations convention on the law of the sea: how the arctic is no longer communis omnium naturalis jure' (2008) 8(2) Richmond Journal of Global Law and Business 195-248.
- Coşkun Altın S, 'Antarktika Kıtasındaki Hukukî Rejim ve Türkiye'nin Kıtadaki Varlığı' (2018) 22(3) Ankara Hacı Bayram Veli ÜHFD 113-129.

- Çelebican KÖ, *Roma Eşya Hukuku* (5. baskı, Turhan 2015).
- Domingo R, 'The Law of Property in Ancient Roman Law' (*Papers SSRN*, 13 Haziran 2017) 1-27 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2984869> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.
- Doruk E, 'Ortak Miras Kavramı Bağlamında Antarktik İş Birliği' (2021) 31(1) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 231-244 (*Antarktik İş Birliği*).
- Doruk E, 'Uluslararası Hukuk Kapsamında Antarktika Siyaseti' (2021) 6(1) Çankaya ÜHFD 199-226 (*Antarktika Siyaseti*).
- Dursi D, 'Marcian's *Res Communes Omnium: The Balanced Relationship between Man and Natural Resources*' (2023) (30) Revista Digital de Derecho Administrativo 227-245.
- Fier BW, *A Casebook on the Roman Law of Contracts* (OUP 2021).
- Gebreamanuel DB and Mekebo GD, 'Res Nullius vs. Res Communis in Matters of Communal Lands of Smallholder Farmers in Ethiopia' (2018) 12(1) Mizan Law Review 99-126.
- Graham GF, 'Ice in International Law' iç Thesaurus Acroasium Thessaloniki - The Law of the Sea Volume 7 (Institute of Public International Law and International Relations 1977) 489-495 <https://www.researchgate.net/publication/342109620_Ice_In_International_Law#fullTextFileContent> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.
- Güner Özkerim N, 'Hükümet Dışı Kuruluşların Uluslararası Antlaşma Kurallarının Oluşumu ve Uygulanması Sürecine Etkileri' (2023) 25(2) Dokuz Eylül ÜHFD 731-764.
- Hallé M, 'La pêche dans le droit romain' (1980) 21(3-4) Les Cahiers du Droit 985-992.
- Hardin G, 'The Tragedy of the Commons' (1968) 162(3859) Science 1243-1248.
- Hingley R, 'Diverging Antarctic heritage discourses: The geopolitical ramifications of non-state actor engagement with the state-sanctioned version of Antarctic heritage' 2023 (189) Geographical Journal 40-48.
- Hodgson L, *Res Publica and the Roman Republic: Without Body or Form* (OUP 2017).
- İnan AŞ, 'Uluslararası Toplumun Kutup Politikaları: Arktik-Antarktika Karşılaştırması' (2019) (Özel Sayı) Akdeniz İktisadî İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi 207-237.
- Johnstone R, Tanaka Y ve Ulfbeck V, *The Routledge Handbook of Polar Law* (Routledge Taylor & Francis 2023).
- Karasoy C, *Kuzey Buz Denizi'nde Yaşanan Güncel Gelişmeler ve CMI'nin Bu Konudaki Çalışmaları* (On İki Levha 2018).
- Kayhan KA, 'Uluslararası Hukukta İnsanlığın Ortak Kaygısı Kavramı' (2018) (1) Galatasaray ÜHFD 221-246 (*İnsanlığın Ortak Kaygısı*).
- Kayhan KA, *Uluslararası Hukukta Atmosferin Korunması ve Devletlerin Sorumluluğu* (On İki Levha 2017) (*Atmosferin Korunması*).
- Keyuan Z, 'The Common Heritage of Mankind and the Antarctic Treaty System' (1991) 38(2) The Netherlands International Law Review 173-198.
- Kiss A, 'Nature, the common heritage of mankind' (1999) (91) Naturopa 10-11.
- Kiss A, 'The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?' (1985) 40(3) International Journal (XL Summer) 423-441 (*Utopia or Reality*).
- Kluge EHW, 'Res Nullius, Res Communis and Res Propria: Patenting Genes and Patenting Life-Forms' (2005) (13) Jahrbuch für Recht und Ethik 543-564.
- Ku C, 'The Concept of Res Communis in International Law' (1990) 12(4) History of European Ideas 459-477.

- Küçükbaşakçı E, 'Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2010).
- Landelle P, 'L'évaluation des statuts juridiques de la faune sauvage en France' (2005) 268 (Septembre) Revue faune sauvage 57-60.
- Lassalle Özkaya EK, Eken EM ve Atatorun M, 'Türkiye'nin Antarktika Açılımı: Stratejik, Ekolojik ve Etik Sorun ve Fırsatlar' (2023) 8(15) Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi 1-14.
- Laver M, 'Public, Private and Common in Outer Space: Res Extra Commercium or Res Communis Humanitatis Beyond the High Frontier?' (1986) (34) Political Studies 359-373.
- Le Bris C, 'İnsanlık Hakları Evrensel Bildirgesi Projesinin İçerimleri' Erkan Duymaz (tr) (2017) 6(12) Anayasa Hukuku Dergisi 513-545.
- Liverpool L, 'Russia's war in Ukraine is disrupting Antarctic science' (2023) (621) Nature 453.
- Loukacheva N, 'Introduction to Polar Law' iç Natalia Loukacheva (ed), *Polar Law Textbook* (Nordic Council of Ministers 2010) 13-22 (Introduction).
- Loukacheva N, 'New Book: Polar Law and Resources' (2015) 6(2) Arctic Review on Law and Politics 175 (New Book).
- Mahathir M, 'Statement by Y.A.B. Prime Minister of Malaysia Tun Dr. Mahathir Bin Mohamad at the General Debate of the 73rd Session of the United Nations General Assembly (UNGA) 28 September 2018, New York' (2018) 6(1) The Malaysian Journal of International Relations 2-7.
- Mahmoudi S, 'The sea, our common heritage' (1999) (91) Naturopa 12.
- Malagar LB ve Magdoza-Malagar MA, 'International Law of Outer Space and the Protection of Intellectual Property Rights' (1999) (Fall) Boston University International Law Journal 1-43.
- Mındız E, 'Roma Hukukuna Göre Taşınmaz Mülkiyetinin Dikey Kapsamı' (2021) 19(223) Legal Hukuk Dergisi 2987-3020.
- Nihreieva OO, 'The international legal regime of outer space between Res Communis and Res Nullius' (2022) 28(1) Space Science & Technology 23-42.
- Norchi CH, 'From Maine to Tasmania: Polar Law in an Age of Uncertainty' (Mainelaw, 27 November 2022) <<https://mainelaw.maine.edu/faculty/from-maine-to-tasmania-polar-law-in-an-age-of-uncertainty/>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.
- Nordkvist L, 'The Legal Future of the Arctic Region - Challenges and Opportunities Facing the World's Northernmost Area' (Yüksek Lisans Tezi, Lund Üniversitesi 2013) <<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3968665&fileId=3994281>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.
- Noyes JE, 'The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future' (2011) 40(1) Denver Journal of International Law & Policy 447-471.
- Özen B, 'Elbirliği ile Malik Olanlardan Biri Tarafından Yapılan Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Şerhi' in *Makaleler-Tebliğler (2001-2020)* (On İki Levha 2021) 629-650.
- Özer S, 'Avustralya'nın Antarktika Politikası' (2019) (Özel Sayı) Akdeniz İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 174-206.
- Özmen ES ve Aydın GS, 'Birlikte Mülkiyette Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun'a Dayalı Uygulama' (2015) 14(1) Maltepe ÜHFD 13-38.
- Öztürk B, 'Türkiye Nasıl Bir Antarktika Stratejisi Geliştirmelidir?' (2015) 7(13) Bilge Strateji 1-10.
- Palma A, 'Res Publica-Res Privata: Use of Privatistic Categories in Law for Construction of Roman Administrative Structure at the Beginning of the Principate' (2019) (2) Ius Romanum 47-56.

- Park YO, 'Res Communis Versus Res Nullius' (1976) 5(1) Journal of East and West Studies 77-97.
- Peder R, 'Does the science criterion rest on thin ice?' (2023) (189) Geographical Journal 18-24.
- Perruso R, 'The development of the doctrine of res communes in medieval and early modern Europe' (2002) 70(2) Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Legal History Review 69-94.
- Randazzo S, 'The Nature of Partnership in Roman Law' (2005) 9(1) Australian Journal of Legal History <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AJLH/2005/5.html#Heading11>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.
- Rausch TP, 'Occasional Eucharistic Hospitality: Revisiting the Question' (2013) (74) Theological Studies 399-419.
- Roschmann C, 'İklim Değişikliği ve İnsan Hakları' Engin Fırat (tr) (2021) 70(4) Ankara ÜHFD 1155-1198.
- Rosello P ve Pedro L, 'Res communes omnium' (1962-1963) 8(2) Revista de Derecho Puertorriqueno 7-24.
- Roth AD, *La prohibition de l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-terrestres*, (Presses Universitaires de France 1992).
- Ruddy FS, 'Res Nullius and Occupation in Roman and International Law' (1968) 36(2) University of Missouri at Kansas City Law Review 274-287.
- Schermaier MJ, 'Res Communes Omnium: The History of an Idea from Greek Philosophy to Grotian Jurisprudence' (2009) (30) Grotiana 20-48.
- Scott KN ve VanderZwaag DL, 'Introduction to Polar Law' iç N Karen Scott and L David VanderZwaag (eds), *Research Handbook on Polar Law* (Elgaronline 2020) 11-15.
- Singh S, 'The Common Heritage of Mankind: A Doctrine of the Wealth of the Commons' (2018) 6(2) International Journal of Creative Research Thoughts 1152-1255.
- Sohm R, *Institutes of Roman Law* (Clarendon Press 1892).
- Söğütlü Ö, *Roma Özel Hukuku* (3. baskı, Seçkin 2022).
- Sucharitkul S, 'Évolution continue d'une notion nouvelle: le patrimoine commun de l'humanité' in Yôrâm Dinştein and Mala Tabory (eds), *International Law at a Time of Perplexity (Essays in Honor of Shabtai Rosenne)* (Martinus Nijhoff Publishers 1989) 887-908 <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/pubs/668>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.
- şimşek İnan A, 'Uluslararası Toplumun Kutup Politikaları: Arktik-Antarktika Karşılaştırması' (2019) (Özel Sayı) Akdeniz İktisadî İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi 207-237.
- Taubenschlag R, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of Papyri (332 B.C. - 640 A.D)* (Herald Square Press 1944).
- Tomkins FJ and Jencken HD, *Compendium of the Modern Roman Law, Founded upon the Treatises of Puchta, von Vangerow, Arndts, Franz Moehler, and the Corpus Juris Civilis* (Butterworths 1870).
- Topsoy F, '1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Kapsamında Barışçıl Amaçlar Teriminin Anlamı' (2012) 61(1) Ankara ÜHFD 383-414.
- Vigni P, 'The Interaction between the Antarctic Treaty System and the Other Relevant Conventions Applicable to the Antarctic Area' (2000) 2(1) Max Planck Yearbook of United Nations Law (4) 481-542 <https://www.mpil.de/files/pdf6/4_2000_vigni-v2.pdf> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.
- Warmelo VP, 'Aspects of Joint Ownership on Roman Law' (1957) 25(2) Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis / Legal History Review 125-195.
- Weiss E, 'Communio pro diviso und pro indiviso in den Papyri', iç Wilcken Ulrich (ed), *Archiv für Papyrusforschung und verwandte* (Teubner 1908) 330-365.

Yüksel M, ‘İnsanlığın Ortak Mirası ve Antarktika’nın Hukuksal Statüsünün Belirlenmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2021).

Zenginkuzucu DM, *Uluslararası Hukuk ve Adalet (Yapı, İlkeler, Tartışmalar, Gelişmeler)* (Legal 2023).

Zulueta F, ‘*The New Fragments of Gaius. Part II: Societas ercto non cito*’ (1935) (25) The Journal of Roman Studies 19-32.

Zwolve W, ‘*The Introduction to the Jurisprudence of Holland and the Doctrine of the Free Seas*’ (2009) (30) Grotiana 49-64.

Uluslararası Antlaşma ve Belgeler / International Treaties and Documents

Antarctic Treaty (1 Aralık 1959’da kabul edildi, 23 Haziran 1961’de yürürlüğe girdi) 402 UNTS 71.

Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (20 Mayıs 1980’de kabul edildi, 7 Nisan 1982’de yürürlüğe girdi) 1329 UNTS 47.

Convention for the Conservation of Antarctic Seals (1 Haziran 1972’de kabul edildi, 11 Mart 1978’de yürürlüğe girdi) 1080 UNTS 175.

Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty (Madrid Protocol) (4 Ekim 1991’de kabul edildi, 14 Ocak 1998’de yürürlüğe girdi) 2941 UNTS 9.

UNGA ‘Question of Antarctica: report of the 1st Committee 85/36832’ 40th Session (1985) UN Doc A/40/996.

UNGA ‘Question of Antarctica: report of the Report of the Secretary General 86/27310’ 41st Session (1986) UN Doc A/41/688.

Mevzuat / Legislation

1995/7172 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Kabul Tarihi: 3.8.1995, RG 18.9.1995/22408 <https://tudav.org/wp-content/uploads/2018/04/Antarktika_sozlesmesi_metni.pdf> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.

2017/10272 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Kabul Tarihi: 1.5.2017, RG 24.5.2017/30075 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/05/20170524-18.pdf>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.

Antarktika Antlaşması Çevre Koruma Protokolü’ne Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6774, Kabul Tarihi: 14.2.2017, RG 8.3.2017/30001 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/03/20170308-10.pdf>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.

Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 244, Kabul Tarihi: 31.5.1963, RG 11.6.1963/11425 <<https://www.mfa.gov.tr/data/bazi-andlasmalarin-yapilmasi-icin-cbsk-na-yetki-verilmesi-hk-kanun.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ocak 2025.

Elektronik Kaynaklar / Electronic Sources

‘Antarktika Antlaşması Çevre Koruma Protokolü’ne Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu (1/1007)’ <<https://www.5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss698.pdf>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

‘Antarktika Anlaşmalar Sisteminde Türkiye’nin Danışman Ülke Olması İçin Uluslararası Kutup Mevzuatı Çerçevesinde Gereken Hukukî Altyapının Araştırılması TÜBİTAK Projesi’ <<https://avesis.deu.edu.tr/proje/96d2ccd8-b705-439c-84ed-8ec987467480/antartika-anlasmalar-sisteminde-turkiyenin-danisman-ulke-olmasi-icin-uluslararasi-kutup-mevzuati-cercevesinde-gereken-hukuki-altyapinin-arastirilmesi>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

‘Britannica-Republic’ <<https://www.britannica.com/topic/republic-government>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.

‘Secretariat of Antarctic Treaty-Parties’ <<https://www.ats.aq/devAS/Parties?lang=e>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.

‘Wikipedia-Res Publica’ <https://en.wikipedia.org/wiki/Res_publica> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.

‘Wikipedia-The List of Latin Terms’ <https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Latin_legal_terms> Erişim Tarihi 31 Aralık 2024.