Public and Private International Law Bulletin

Public and Private International Law Bulletin
Cilt/Volume: 39 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 2019
ISSN: 2651-5377 • E-ISSN: 2667-4114 • DOI: 10.26650/ppil

***Public and Private International Law Bulletin* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin uluslararası ve hakemli dergisidir. Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/ yazarlarına aittir.**
Public and Private International Law Bulletin **is the peer-reviewed, international journal of the Istanbul University Faculty of Law. Authors bear responsibility for the content of their published articles.**

Dergi Hakkında/About the Journal

Yönetim Yeri/Head Office
İstanbul University Faculty of Law, Beyazıt, İstanbul

Yayın Sahibi/Owner
İstanbul University Faculty of Law

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative
İstanbul University Faculty of Law Dean
Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editör/Editor-in-Chief

Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Prof. Dr. B. Bahadır Erdem, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Yönetici Editör/Executive Editors

Assoc. Prof. Dr. Faruk Kerem Giray, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Assoc. Prof. Dr. İnci Ataman Figanmeşe, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Assoc. Prof. Dr. Galip Engin Şimşek, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Teknik Editörler/Production Editors

Asst. Prof. Dr. Mine Tan Dehmen, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Article Editor)

Asst. Prof. Dr. Ayşe Elif Ulusu Karataş, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Book Review Editor)

Asst. Prof. Dr. Ayşe Yasemin Aydoğmuş, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Article Editor)

Res. Asst. Dr. Verda Neslihan Akün, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Article Editor)

Res. Asst. Dr. Enver Arıkoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Article Editor)

Res. Asst. Dr. Elif Başkaracaoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Book Review Editor)

Yardımcı Editörler/Co-Editors

Res. Asst. Dr. Nebile Pelin Mantı, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Rumeysa Partalcı, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Melis Avşar, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Ceren Karagözoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Ceren Ertürk, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Emre Külüşlü, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Ahmet Tokat, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Duygu Ercan, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Nesrin Singil İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Abdülkadir Nacar İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Deniz Baran İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

ULUSLARARASI EDİTORYAL KURUL/ INTERNATIONAL EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Rauf Versan, İstanbul University Faculty of Political Sciences, Department of Political Science and International Relations, İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Naciye Günseli Gelgel, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law, İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Kaya, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law, İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cüneyt Yüksel, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law, İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Emre Esen, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law, İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Don Wallace, University of Georgetown, International Law Institute, Wasahington DC, United States of America

Prof. Dr. David P. Stewart, University of Georgetown, Center on Transnational Business and the Law, Wasahington DC, United States of America

Prof. Dr. Evangelos Vassilekakis, Aristotle University of Thessaloniki, Department of International Studies, Thessaloniki, Greece

Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski, Universität Kassel, Institut für Wirtschaftsrecht, Kassel, Germany

Prof. Dr. Julien Chaisse, The Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, Hong Kong SAR, The People's Republic of China

Çeviri Editörleri/English Language Editors
Elizabeth Mary Earl, Istanbul University, School of Foreign Languages, Istanbul, Turkey
Alan James Newson, Istanbul University, School of Foreign Languages, Istanbul, Turkey

Yayın Türü/Type of Publication
Yaygın Süreli Yayın/International Periodical

Yayın Dili/Language
Türkçe ve İngilizce/Turkish and English

Yayın Periyodu/Publishing Period
Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır/Biannual (June & December)

Tarandığı Endeksler/Indexed by
TÜBİTAK ULAKBİM Sosyal ve Beşeri Bilimler Veri Tabanı/TUBITAK ULAKBIM Social and Human Sciences Database

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

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

Basım Tarihi: Aralık 2019

İletişim/Correspondence
İstanbul University/Faculty of Law
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/Fatih, İstanbul, Türkiye

Telefon: +90 (212) 440-0000/10800 / **Fax:** +90 (212) 520 82 86
Web: http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_ & http://dergipark.gov.tr/ppil
Elektronik posta: mmaum@istanbul.edu.tr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

Araştırma makalesi/Research article
Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü
Resolution of Investment Disputes Referring to the ICSID Conciliation Rules 357
Dilara Baytaroğlu

Araştırma makalesi/Research article
Turkuaz Kart Uygulaması
Practice of Turquois Card 393
Dilara Karagül

Araştırma makalesi/Research article
Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi
Examining of the Changes in the Turkish Citizenship Law Through Law Number 7039 415
Mustafa Erkan

Araştırma makalesi/Research article
Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk
Law Applicable to The Assignment of Receivables Involving Foreign Element 447
Talat Kaya

Teorik Makale / Theoretical ArtIcle
2007 Tarihli La Haye Sözleşmesine İstinaden Çocuk Nafakası ile Diğer Nafaka Çeşitlerinden Doğan Nafaka Alacağının Milletlerarası Tahsili
The International Recovery of Child Support and Other Forms of Maintanence Claims According to The 2007 Hague Convention 479
Sevda Tuğçe Turan

Araştırma makalesi/Research article
GATT Article XXI, the Continuous Quest for Clarifying its Material Scope, and the WTO Panel Report on Russia - Measures concerning Traffic in Transit
Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması Madde XXI, Süregelen Muğlak İçeriğinin Açıklığa Kavuşturulması ve Russia-Measures Concerning Traffic in Transit Kararı 511
Ömer Faruk Direk

Araştırma makalesi/Research article
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması
Buyer's Right to Require Specific Performance According to The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods (CISG) and Comparison with Turkish Law of Obligations 553
Zeynep Rana Demir

Araştırma makalesi/Research article
ICSID Hakem Kararlarının İptali
Annulment of Awards in ICSID Convention 585
Ömer Başar

Araştırma makalesi/Research article
Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?
Is it necessary for the recognition of a foreign decision being given from a state where the rule of law is present? Is it possible to enforce settlement agreement as a result of mediation? Is it possible to enforce the decision of the payment order from the foreign court? 609
Faruk Kerem Giray

Araştırma makalesi/Research article
Collective Arbitration
Kollektif Tahkim 645
M. Talha Konukpay

Karar İncelemesi/Case analysis
M/V Norstar Davası'nın İlk İtirazları
Preliminary Objections of the M/V Norstar Case 673
Ümmühan Elçin Ertuğrul

Book Review/Kitap değerlendirmesi
China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy 713
Can Eken

EDİTÖRDEN

Değerli Okuyucular,

Köklü bir geleneğe sahip dergimiz Public and Private International Law Bulletin/ PPIL'in, eski adıyla Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni/ MHB'nin 39. Cildinin 2. Sayısını hukuk camiasına sunmaktan dolayı büyük bir kıvanç içindeyiz. Dergimizin köklü geleneğini geçmişten geleceğe taşıma, özgünlüğümüzü koruyarak dünya ile bütünleşme, milletlerarası olma niteliğimizi ve saygınlığımızı güçlendirme arzusuyla çıktığımız yolculuğumuz, bu sayımızla da devam ediyor.

Dergimizin uluslararası alandaki bilinirlik ve takip edilebilirlik düzeyinin artırılması için daha önceki sayılarda benimsemiş olduğumuz genişletilmiş İngilizce özet kısmına makalelerde yine yer verilmiştir. Ayrıca, yayımlanan makalelerde OSCOLA atıf sistemi kuralları uygulanmıştır. Bu çerçevede, dergimizin amacı Türkçe ve İngilizce makalelerin kabul edilmesi ve yayımlanmasının istikrarlı olarak sürdürülmesidir.

Bu sayımızda kanunlar ihtilafı hukuku, yabancılar hukuku, milletlerarası ticari tahkim, milletlerarası yatırım hukuku, milletlerarası mal satımı hukuku, milletlerarası hukuk, milletlerarası ekonomi hukuku gibi farklı alanlardan on makale, bir kitap incelemesi ve bir karar incelemesi yer alıyor. Bunlar;

Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü (Dilara Baytaroğlu), *Turkuaz Kart Uygulaması* (Dilara Karagül), *Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi* (Mustafa Erkan), *Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk* (Talat Kaya), *2007 Tarihli La Haye Sözleşmesine İstinaden Çocuk Nafakası ile Diğer Nafaka Çeşitlerinden Doğan Nafaka Alacağının Milletlerarası Tahsili* (Sevda Tuğçe Turan), *Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması Madde XXI, Süregelen Muğlak İçeriğinin Açıklığa Kavuşturulması ve Russia-Measures Concerning Traffic in Transit Kararı* (Ömer Faruk Direk), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması* (Zeynep Rana Demir), *ICSID Hakem Kararlarının İptali* (Ömer Başar), *Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?* (Faruk Kerem Giray), *Kolektif Tahkim* (Talha Konukpay), *Kitap İncelemesi: China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional and Global Law and Policy,*

Yazar: Julien Chaisse (İnceleyen: Can Eken)*, Karar İncelemesi: M/V Norstar Davası'nın İlk İtirazları* (İnceleyen: Ümmühan Elçin Ertuğrul).

Dergimizin baş editörleri olarak, bu yeni sayımıza makale veren yazarlarımıza, hakemlik yapan değerli Hocalarımıza, ayrıca Editörler Kurulu ve Danışma Kurulu ile Yayına Hazırlama Kurulu üyelerine, sundukları katkıdan dolayı teşekkür ediyor, dergimizin bu sayısının okuyucularımıza faydalı olmasını diliyoruz.

Saygılarımızla,

Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ ve
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM

Baş Editörler

EDITORIAL

Dear Readers,

We feel proud of presenting the 2nd issue of the 39th volume of our bulletin PPIL/ Public and Private International Law Bulletin, formerly MHB, to the law community at large. This issue is based on our wish to carry our bulletin deep-rooted tradition into the future, to get integrated with the world and to strengthen the international quality and reputation of our bulletin continues with this issue as well.

As in the previous issue, the articles in this volume include "extended summary in English" in order to enable the journal to be citable and remarkable in international area. Besides, OSCOLA citation rules are applied in published articles. In this context, the aim of our journal is to accept and publish articles written either in Turkish or in English and also to maintain its publication regularly.

In this issue there are ten articles, a book review and a case review on the following subjects: Conflict of laws, nationality law, law of aliens, international commercial arbitration, international investment law, law on international sale of goods, international law and international economic law. The titles are:

Resolution of Investment Disputes Referring to the ICSID Conciliation Rules (Dilara Baytaroğlu), *Practice of Turquois Card* (Dilara Karagül), *Examining of the Changes in the Turkish Citizenship Law Through Law Number 7039* (Mustafa Erkan), *Law Applicable to The Assignment of Receivables, Involving Foreign Element* (Talat Kaya), *The International Recovery of Child Support and Other Forms of Maintanence Claims According to The 2007 Hague Convention* (Sevda Tuğçe Turan), *GATT Article XXI, the Continuous Quest for Clarifying its Material Scope, and the WTO Panel Report on Russia - Measures concerning Traffic in Transit* (Ömer Faruk Direk), *Buyer's Right to Require Specific Performance According to The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods (CISG) and Comparison with Turkish Law of Obligations* (Zeynep Rana Demir), *Annulment of Awards in ICSID Convention* (Ömer Başar), *Is it necessary for the recognition of a foreign decision being given from a state where the rule of law is present? Is it possible to enforce settlement agreement as a result of mediation? Is it possible to enforce the decision of the payment order from the foreign court?* (Faruk Kerem Giray), *Collective Arbitration* (Talha Konukpay), *Book Review: China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy, Author: Julien Chaisse* (reviewed by Can Eken), *Case Review: Preliminary Objections of the M/V Norstar Case* (reviewed by Ümmühan Elçin Ertuğrul).

As the editors-in-chief of our bulletin, we are thankful to the writers of the articles of our new issue, the professors who offered their services as reviewers, and also to

the members of the Board of Editors, Advisory Board and Board of Assistant Editors for their contributions. We hope the new issue of our bulletin will be useful to our readers.

Kind Regards,

Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (Prof.) &
B. Bahadır ERDEM (Prof.)
Editors-in-Chiefs

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 357–392

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0004
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 11.04.2019
Revizyon Talebi: 03.05.2019
Son Revizyon: 08.05.2019
Kabul: 17.05.2019
Online Yayın: 09.08.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü

Dilara Baytaroğlu*

Öz

ICSID Sözleşmesi ile oluşturulan Merkezin amacı, Sözleşmenin 1. Maddesi kapsamında yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk ve tahkim yollarıyla çözümünü kolaylaştırmaktır. Bu çalışmada, Merkezin söz konusu amacı doğrultusunda Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme (ICSID) uyarınca, yatırım uyuşmazlıklarının "ICSID Arabuluculuk Kuralları" ışığında çözümü ayrıntılı olarak ele alınmıştır. ICSID Arabuluculuk Kurallarında öngörülen arabuluculuk prosedürü de dahil olmak üzere, yatırım uyuşmazlıklarının dostane bir yöntem olarak arabuluculuk yoluyla çözümü bu çalışmanın esasını oluşturmaktadır. Arabuluculuk, bir yatırım uyuşmazlığının söz konusu olduğu hallerde, çoğunlukla tercih edilen tahkim yargılamasına alternatif bir çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkar. Arabuluculuk, uzlaşı sağlanması adına birçok yönü itibariyle tahkim yargılamasının dezavantajlı özelliklerini daha esnek bir sürecin takip edilmesiyle giderebilen aynı zamanda, uzlaşı sağlanmasında tahkim yargılaması kadar etkili olabilecek bir yöntemdir. Arabuluculuk süreci sonunda verilen "arabuluculuk raporunun" bağlayıcılığı, yöntemin tercihinde rol oynayan en önemli faktörlerden biridir. Arabuluculuk, salt olarak sonucunda tavsiye niteliğinde bir karar ile herhangi bir bağlayıcılıktan söz edilmeksizin uzlaşı sağlanan bir süreç olarak görülmemelidir. Çalışmamızda, arabuluculuk sürecinin niteliği, tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların aksine arabulucu raporlarının bağlayıcı etkisi bulunmadığını ve yatırım uyuşmazlıklarına konu olan büyük çaplı projelerde zaman kaybı olmaktan ileriye gidemeyeceğini savunan görüşler de dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

ICSID, ICSID Arabuluculuk kuralları, Yatırım uyuşmazlıkları, Arabuluculuk kavramı, Arabuluculuk-tahkim (Med-Arb), Tesoro Petrolum v Trinidad ve Tobago

Resolution of Investment Disputes Referring to the ICSID Conciliation Rules

Abstract

The purpose of the Center established by the ICSID Convention, is to facilitate the settlement of investment disputes through conciliation and arbitration mechanisms under Article 1 of the Convention. Related with the mentioned purpose, in this article, the resolution of investment disputes has been analyzed in the light of "ICSID Conciliation Rules" of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID). Including the conciliation procedure prescribed in ICSID Conciliation Rules, the corner stone of this article constituted under the conciliation process as an amicable settlement method. Conciliation, where an investment dispute is involved, is often an alternative solution to the arbitral proceedings. As of many aspects, conciliation can be as effective as an arbitration in order to achieve a consensus via eliminating the disadvantageous features of arbitral proceedings thanks to its more flexible structure. Whether the binding feature of the "conciliator report" at the end of the process is one of the most important factors in the choice of this method. Conciliation should not be seen as an advisory process merely. Within the framework of this article, the characteristics of conciliation process has been examined considering the opposite opinions that advocate the a nonfunctionality and nonbinding effect of conciliation.

Keywords

ICSID, ICSID Conciliation rules, Investmet disputes, the Concept of conciliation, Mediation-arbitration (Med-Arb), Tesoro Petrolum v Trinidad and Tobago

* **Sorumlu Yazar:** Dilara Baytaroğlu (Araş. Gör.), İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: dilarabaytaroglu@gmail.com ORCID: 0000-0001-5714-4628

Atıf: Baytaroglu D, "Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü" (2019) 39(2) PPIL 357.
https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0004

©Yazarlar. İstanbul Üniversitesi tarafından Creative Commons Lisansı (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) kapsamında yayımlanmıştır.

Extended Summary

Conciliation is one of the alternative dispute resolution mechanisms having specifically regulated in the ICSID Convention for the settlement of investment disputes. The number of applied negotiations aiming to solve via the conciliation process is gradually becoming preferred. The essence of the conciliation procedure based on an impartial third party's support to reach a mutual agreement of the parties. The concept of conciliation in terms of investment disputes is defined in the ICSID Convention as an amicable dispute resolution method that the cooperation lies in the foreground. The historical background of the conciliation has lied back to the 1899 and 1907 dated Hague Conferences. The bodies we can call query committees in this field have carried out activities similar to the conciliation mechanism.

The Convention preferred to use the term conciliation to define the concept of mediation. According to National Alternative Dispute Resolution Advisory Council, the concept of mediation, in contrast to the concept of conciliation, is simply a procedure facilitating the resolution of the dispute whereas the concept of conciliation is a unified process involving the authorizing authority of the conciliator to facilitate the conciliation procedure. In our opinion, both of the terms can be used interchangeably. In addition to this, the conciliation process has three main characteristics. The initial feauture is that both parties are willing to initiate the mediation procedure in order to resolve the dispute through mediation. Secondly, the principle of equality between the parties is in the foreground substantially. Finally as a third feauture, the principle of confidentiality is dominant at the conciliation process in order to ensure the commercial reputation of the parties.

According to the Article 1 of the ICSID Convention, "The purpose of the Centre shall be to provide facilities for con- ciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention." The ICSID arbitration and conciliation rules envisaged in the convention as an arrangements structured in line with the successive and almost identical regulations. In this respect, it is argued that there is the same idea on the basis of the rules of arbitration and conciliation. However, conciliation does not reflect the same process as arbitration. In contrast to the arbitration proceedings, conciliation is not a trial, but involves a process of alternative dispute resolution system beginning with a conciliation request where the process is flexible and based on the free will of the parties and ends with the decision of the mediator.

Beside the two main alternative dispute resolution mechanisms, conciliation-arbitration (med-arb) method, has began to become popular for both of the commercial and investment disputes. Conciliation-arbitration (med-arb) is a mixed alternative dispute resolution method that includes both conciliation and arbitration.

Substantially, the willingness of the parties to choose the most optimal solution for their disputes quickly and with less cost has led parties to prefer hybrid procedures in the international area. The med-arb method applies in different ways. The initial one relates to conciliation activities during the arbitration proceedings. The second form of the related method is about the selected arbitrators undertaking the conciliatorn function over the same dispute. The third form of the same method is called "med-arb" method. In this method, the parties who cannot reach an agreement on the conciliation process, accept the conciliator's binding decision-making power by the signing a voluntary agreement and turn the conciliation process into an arbitral proceeding.

Investment disputes arise from large-scale and long-term projects between the host government and the foreign investor. Compared to commercial disputes, investment disputes tend to be a more complex investment relationship. Hence, applications to ICSID for the resolution of foreign investments disputes are largely related through arbitration proceedings. However, in order to resolve the disputes without having to enter into a judicial process and to ensure the commercial reputation of the parties is not compromised, the settlement of the investment disputes by following the conciliation mechanism has become an increasingly preferred method.

Resolution of Investment Disputes Referring to the ICSID Conciliation Rules

The non-binding decision of the conciliator in the conciliation process is one of the distinctive characteristics of arbitration proceedings. The decisions made at the end of the conciliation process are advisory recommendations. However, the parties should adhere to the Commission's proposal to the extent possible. In order not to shake the trust in the conciliation process, it is also important for the parties to act in line with the decision. On the other hand in our opinion, acknowledging the non-binding characteristic of the conciliation process can lead the process being seen as a waste of time and money. However, the fact that the conciliator advisory decisions are not binding, does not mean that the parties will not be bound by the conciliator report at the end of the process. This situation is also incompatible with the provision of Article 32 of the ICSID Mediation Rules. At the same time, it is not possible to mention the effectiveness of the conciliation process where the conciliator report carrying the signatures of the Commission members.

Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü

Giriş

Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlıkları, "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme" kapsamında öngörülen arabuluculuk kurallarına istinaden çözümlenebilir. Taraflar, aralarında akdedilen sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların, "ICSID Arabuluculuk Kuralları (ICSID Conciliation Rules)" çerçevesinde çözümleneceğini kararlaştırabilir.

Arabuluculuk, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde ICSID sözleşmesinde özel olarak düzenlenen ve sürecin tercih edildiği uyuşmazlık sayısının git gide arttığı alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından birisidir. ICSID Arabuluculuk Kurallarının da bu doğrultudaki amacı, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID sözleşmesine göre çözümünü temin etmek amacıyla gerekli usul sisteminin oluşturulmasıdır. Bu kapsamda, tarafların serbest iradelerinin ön planda tutulduğu esnek bir süreç yürütülerek, uyuşmazlık bakımından menfaat dengesinin kurulmasına da hizmet eden bir uzlaşı sağlanmaya gayret edilir.

Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle, arabuluculuk kavramının tarihsel süreç içindeki gelişimi kısaca incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, arabuluculuk kavramı genel olarak ele alınacaktır. Kavramın özgünlüğünün ortaya konulması amacıyla, ICSID sözleşmesinde öngörülen bir diğer uyuşmazlık çözüm mekanizması olan tahkim ile olan benzer ve farklı yönleri değerlendirilecek; bunu takiben her iki uyuşmazlık çözüm yönteminin aşamalı ve bir arada kullanıldığı karma bir sistem olan "arabuluculuk-tahkim" yöntemi üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümü iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısmında, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözümlenmesi için sözleşmede öngörülen usul hükümleri sürecin başlangıcından sonuna doğru, sıralı bir düzen içinde incelenecektir. İkinci ve son kısmında ise, çözümlenmesinde arabuluculuk usulünün tercih edildiği ve tamamlanan yatırım uyuşmazlıklarının tamamının bir listesi verilecektir[1].

1 ICSID arabuluculuk sürecine hâkim olan gizlilik ilkesi nedeniyle sadece sürece ilişkin bilgiye ulaşılabilen uyuşmazlıklar incelenebilmiştir.

I. Tarihsel Süreçte Yatırım Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk Kavramının Gelişimi

Arabuluculuk kavramının gelişim noktası, devletlerarası uyuşmazlıkların, 1899 ve 1907 tarihli Hague Konvansiyonlarında düzenleme alanı bulan sorgu komisyonları diyebileceğimiz organların, arabuluculuk mekanizmasına benzer olarak yürüttüğü faaliyetler aracılığıyla çözüme kavuşturulmasına dayanır[2].

1919 yılında, arabuluculuğun önemli destekleyicilerinden biri olan İsviçre, tahkim veya yürütülen yerel yargılamalar sonucunda oluşan zararların en aza indirilebileceği düşüncesiyle, arabuluculuk anlaşmalarının akdedilmesi gerektiğine ilişkin bir politika belirlemiştir[3]. Bunu takiben birçok Avrupa ülkesi, uyuşmazlıkların çözümünde, bir "alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi" olarak arabuluculuğu benimsemiş ve arabuluculuk Anlaşmalarına taraf olan devlet sayısı artmıştır[4].

1922 yılında, arabuluculuk, Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan bir yönergeyle, devletlerin başvurabileceği avantajlı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak teşvik edilmiştir[5]. Nitekim "Pasifik Adaları'ndaki Uyuşmazlıkların Çözümü" konusunda akdedilen 1928 tarihli "Genel Anlaşma" ile de, arabuluculuk alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmiştir[6].

1945 yılı sonrasında ise, ICSID Konvansiyonun da dâhil olduğu, ICC[7], AAA[8] bir takım kuruluşlar kendi arabuluculuk kurallarını öngörmüşlerdir. Böylece arabuluculuk, sadece devletlerarası uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değil, aynı zamanda yatırım uyuşmazlıkları ve ticari uyuşmazlıklar bakımından da geçerlilik kazanmıştır[9].

---

2 Sven MG Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement: The Use of Inter-State Conciliation*, (TMC Asser Press 2008); Bu konuya ilişkin en temel örnek, 1907 tarihli *"Dogger Bank"* isimli sorgudur. Hata sonucu batan gemilere ilişkin uyuşmazlıkta, bir arabuluculuk komisyonu olarak hareket eden *"Dogger Bank Komisyonu"*, yaptıkları diplomatik değerlendirmeler ile birlikte, uyuşmazlığı her yönüyle incelemişlerdir. Detaylı bilgi hakkında bkz. Koopmans (n 2) 78.

3 İsviçre, bu düşünce kapsamında, 1921 yılında Almanya ilk arabuluculuk anlaşmasını imzalamıştır. Antlaşma için bkz. De Jonk Van Beek En Donk, *The New Swiss-German Treaty of Arbitration and Conciliation*, Advocate of Peace through Justice, (1922) 22(3) 101-102; 1940'lı yılların sonunda, yaklaşık olarak 200 arabuluculuk anlaşması akdedilmiştir. Bkz. J.G. Merrils, *International Dispute Settlement*, (5th edn, Cambridge University Press) United Kingdom, (2012).

4 Örneğin Almanya, 1925 yılında "Locarno" Antlaşmaları olarak adlandırılan; Belçika, Fransa, Çek Cumhuriyeti ve Polonya ile akdedilen dört antlaşmaya taraf olmuştur. Bkz. Koopmans (n 2) 84.

5 Detaylı bilgi için bkz. https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_46_49-E.pdf, Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.

6 "General Act on the Pacific Settlement of International Disputes (the 1928 General Act)"; Antlaşma metni için bkz. https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2017/08/1928-General-Act-of-Arbitration.pdf, Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.

7 ICC Arabuluculuk Kuralları için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/> Erişim Tarihi 20 Aralık 2018.

8 AAA Arabuluculuk Kuralları için bkz.< https://www.adr.org/sites/default/files/International%20Dispute%20Resolution%20Procedures%20%28Including%20Mediation%20and%20Arbitration%20Rules%29%20-%20English%20Jun%2001%2C%202010.pdf> Erişim Tarihi 20 Aralık 2018.

9 ICSID Arabuluculuk Kuralları için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Conciliation-Rules.aspx> Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birlikte, uluslararası toplumda oldukça önemli bir yere sahip olan Dünya Bankası[10] kurulmuştur. Bunu takiben, 1946 ila 1962 tarihleri arasında yatırımcılar ve devletler, uyuşmazlık taraflarının karşılıklı olarak mutabakat sağladıkları, somut ve uygulanabilir nitelikli bir uyuşmazlık çözüm metodolojisi getirilmesi konusunda Dünya Bankası'na talepte bulunmuşlardır[11].

Yatırım uyuşmazlıklarının dostane çözümü, Dünya Bankası'nın uyuşmazlık çözüm mekanizmasının ek bir parçası olarak, yabancı yatırımı cesaretlendiren yöntemler olarak kabul edilmiştir. Ancak 1961 yılında Dünya Bankası başkanı Eugene R. Blanck, bankanın o tarihteki mevcut yapısının, uyuşmazlıkların dostane yöntemleriyle çözümü konusunda uzmanlaşmaya yeterli olmadığını, bunun ancak arabuluculuğa veya tahkime ilişkin özel düzenlemelerle başarılabileceğini belirtmiştir[12]. Bu doğrultuda, 1961 yılında arabuluculuk ve tahkim usulleri bakımından, 1962 tarihli "Taslak Konvansiyon[13]" çerçevesinde uluslararası çözüm mekanizması öngörülmeye çalışılmıştır.

Tüm bu çabaların bir sonucu olarak, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm merkezi olması adına çok taraflı bir sözleşme ile Dünya Bankası nezdinde ICSID, tam adıyla; "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme" hazırlanmıştır[14]. ICSID'in kuruluşu ile genel olarak amaçlanan, Konvansiyona üye devletler ile diğer devlet vatandaşları arasında, yatırımdan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk veya tahkim yoluyla çözümlenmesi için elverişli usuli ortamının hazırlanması, yargılamanın ise öngörülen bu kurallara istinaden yürütülmesidir[15]. Bu amaç doğrultusunda Anlaşma'nın 1. maddesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları için yetkili "Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Merkez ("Merkez")" teşekkülü sağlanmıştır. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için ICSID Kuralları oluşturulmuştur. Bu kurallara ek olarak 1978 yılında[16], ICSID İdare Konseyi tarafından "Ek Mekanizma Kuralları" kabul edilmiştir. Ek mekanizma kuralları çerçevesinde ICSID Sekretaryası, devletler ile yabancı yatırımcılar arasında Anlaşma'nın uygulama alanı haricinde kalan alanların idaresi ile görevlendirilmiştir. Öngörülen bu kurallardan biri, Konvansiyon kapsamındaki arabuluculuk faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerin öngörüldüğü "ICSID Arabuluculuk Kuralları"dır.

10 Dünya Bankası'nın tam adı, "Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankasıdır".

11 Frauke Nitschke, *The ICSID Conciliation Rules in Practice* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3257031> Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.; ICSID'in tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Eugene Black, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others* (1968) 2(1).

12 Nitschke (n 11) 2.

13 Black (n 11) 106.

14 Anlaşmaya taraf devletlerin listesi için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.

15 Anlaşmanın metni için bkz. RG 06.12.1998/20011.

16 Ek mekanizma kuralları, 1978 yılında kabul edilmiş olmasına rağmen, takdimi konusunda oldukça dikkatli davranılmış ve ancak 1983 yılında uygulamaya konulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. "Antonio, R. Parra, The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes" (2007) 22(1) ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 55,68.

Yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kuralları, İdare Kurulu tarafından 2002 yılında gerçekleştirilen yıllık toplantıda bir takım usuli değişiklikler geçirmiş[17], ancak sonuç itibariyle yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunda tercih edilen bir çözüm yöntemi olmuştur[18].

II. Arabuluculuk Kavramına Genel Bir Bakış

Yatırım uyuşmazlıklarının, arabuluculuk kurallarına göre çözümü ihtiyacı ve uyuşmazlıkların bir alternatif çözüm yöntemi çerçevesinde sonuçlanması yönündeki tercih nedenleri, arabuluculuk kavramının incelenmesi ile daha iyi anlaşılır.

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkan bir kavramdır[19]. Tercih edildiği alan itibariyle hukuki bir çözüm yöntemi olarak sadece milli karakterli uyuşmazlıklarda değil, aynı zamanda milletlerarası karakterli uyuşmazlıklarda da taraflarca seçilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir[20].

Arabuluculuk usulünün özünü, tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık taraflarının karşılıklı anlaşmalarını desteklemesi oluşturur[21]. Kavram, dostane uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak farklı hukuk sistemlerinde tanımlanmıştır:

Alman Arabuluculuk Kanunu'na ("Mediationsgesetz") göre, somut bir uyuşmazlığın dostane çözüme ulaştırılması amacıyla, bir veya birden fazla arabulucu tarafından yürütülen gizli ve yapılandırılmış süreç arabuluculuk kurumunu ifade eder (M.1)[22].

Fransız Arabuluculuk Kanunu'na göre ise, yine yapılandırılmış bir süreç olan arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişi tarafından somut uyuşmazlığa uygun ve

17 Bu değişiklikler, 2013 yılında uygulanmıştır. "2013 Değişiklikleri" için bkz. para (n 16) 63.

18 Bunun nedeni olarak, arabuluculuk yönteminin devletlerin egemenlik alanlarına daha az müdahale öngörmesiyle uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması olduğu belirtilmiştir. Bkz. Eugene Black, "History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others" (1968) 2(2).

19 Günseli Öztekin Gelgel, "25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması" 37(2) MHB 611,640; Süha Tanrıver, *Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Makalelerim-II 2006-2010 (Adalet Yayınevi 2011).

20 Harold Abramson, *Mediation Representation: Advocating in a Problem-Solving Process* (3rd edn, Wolters Kluwer 2013); Bobette Wolski, "On Mediation, Legal Representativesand Advocates" (2015) 38(1) UNSW Law Journal 5,47; Robert Baruch Bush," Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation" (1989) 41 University of Florida Law Review 253,286.

21 Uyuşmazlığın çözümünde birden fazla arabulucu görev yapabilir. "Arabuluculuk arkadaşlığı" olarak adlandırılan bu durum için bkz. Monica Hanaway, *Co-Mediation: Using a Psychological, Paired Approach to Resolving Conflict* (2012) Corporate Harmony; Hatice Selin Pürselim, Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler (2014) (20)2 MÜHF-HAD 3,21.

22 Mediationsgesetz § 1; *"... (1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben... "*Kanun metni için bkz. https://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=317754, Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

milli mahkemelere başvurulmaksızın dostane çözüme varılmasını hedefleyen bir yöntemdir (M.1530)[23].

Türk hukukunda arabuluculuk ise, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu[24] ile düzenlenmiştir. Kanunun 2.maddesine göre, *"...Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi..."*dir.

Yatırım uyuşmazlıkları yönünden arabuluculuk kavramı ise, ICSID Konvansiyonunda tanımlanmıştır. "ICSID Arabuluculuk Kurallarına" göre arabuluculuk, sürece işbirliğinin hâkim olduğu, bir çekişmesiz uyuşmazlık çözüm yöntemidir[25]. Konvansiyon, arabuluculuk kavramı olarak "conciliation" terimini kullanmayı tercih etmiştir[26]. Bu doğrultuda, "conciliation" ile "mediation" terimleri arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir.

Konvansiyonun arabuluculuk kuralları tasarlanırken, "conciliation" ve "mediation" kavramlarının birbirleri yerine geçen kavramlar olduğu kanaatine varılmıştır[27]. NADRAC'a[28] göre "mediation" kavramı, "conciliation" kavramından farklı olarak, sadece ve sadece uyuşmazlığın çözüm sürecini kolaylaştırıcı bir prosedür anlamındadır. "Conciliation" kavramı ise, kolaylaştırma olgusunun yanında, "conciliator" olarak adlandırılan arabulucuların tavsiye verme yetkisini içeren birleşik bir süreçtir[29]. En nihayetinde "conciliation" terimi, tavsiye vermeye yetkili kişi veya kişiler ("conciliators") tarafından, uyuşmazlığın her iki tarafın anlaşmasına göre uyarlanmasıdır[30].

23 Christophe Imhoos, The Enactment of the French Decree No. 2012-66 of January 20, 2012 Related to the Amicable Settlement of Disputes: Some Progress in ADR in France?, (Kluwer Mediation Blog), http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2012/02/07/the-enactment-of-the-french-decree-no-2012-66-of-january-20-2012-related-to-the-amicable-settlement-of-disputes-some-progress-in-adr-in-france/, Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.; Kanunun orijinal metni için bkz. "Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends", m. 1530.

24 RG:22.06.2012/28331.

25 Kavram için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/ICSID-Convention-Conciliation.aspx> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

26 "ICSID Arabuluculuk Kuralları" için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Conciliation-Rules.aspx>, Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

27 Fatma Khalifa, "Mediation Use in ISDS" (2014) 1 Transnational Dispute Management, 1; Nitschke (n 11) 3.

28 NADRAC, tam adıyla, "National Alternative Dispute Resolution Advisory Council", Avusturalya'da kurulmuş, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda tavsiye veren bağımsız nitelikli bir kuruluştur. Kurum için bkz. <https://www.ag.gov au/LegalSystem/AlternateDisputeResolution/Pages/default.aspx> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018; Karşılaştırma için bkz. UNCITRAL Model Kanunu 2002.

29 National Advisory Dispute Resolution Advisory Council, "Dispute Resolution Terms" <https://www.ag.gov au/LegalSystem/AlternateDisputeResolution/Documents/NADRAC%20Publications/Dispute%20Resolution%20Terms.PDF> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

30 Nitschke (n 11) 3.

"Arabulucu" olarak görev yapan kişiler, hâkim veya hakem sıfatıyla görev yapan kimseler olarak değil, bir "moderatör" veya "kolaylaştırıcı kişi" olarak algılanmalıdır[31]. Bu kişi, uyuşmazlığın hangi yolla daha etkin ve kolay çözümleneceği konusunda, taraflarca birlikte uyuşmazlığı değerlendirir, adeta taraflarla birlikte hareket eder[32]. Tarafları karşılıklı anlaşma çerçevesinde bir sonuca varmasını engelleyen her türlü çekinceyi engellemeye ve tarafların karşılıklı menfaatlerini maksimize edecek şekilde uyuşmazlığın çözümüne çalışır. Bunu, uyuşmazlığı arabuluculuk kuralları çerçevesinde yapılandırarak, tarafları uyuşmazlığın olası sonuçları hakkında bilgilendirme ile gerçekleştirir[33].

Arabuluculuk, tek bir uyuşmazlığa yönelik olması açısından mahkeme yargısına kıyasla, daha esnek ve daha hızlı süreçleri olan bir yöntemdir[34]. Nitekim bu çözüm yolu ile amaçlanan, bir uyuşmazlığın mümkün olan en kısa süre içinde tarafların bir araya getirilmesiyle, uzlaşma sağlanmasına teşvik edilmesidir[35]. Temel alınan olgu, tarafların amaçları ve menfaatleri doğrultusunda bir uzlaşı sonucun ortaya konulmasıdır[36].

Tarafların, arabuluculuk sürecine duydukları güvenin korunması adına arabuluculuk, gizliliğin korunduğu bir yöntem olarak bilinir[37]. Uyuşmazlığın çözümü safhasında, taraflar uyuşmazlık bakımından etkin bir role sahiptir. Bu yönü itibariyle de, süreç yönetiminin tarafların denetiminde olduğu bir yöntemdir[38].

Arabuluculuğun üç temel karakteristik özelliği mevcuttur. Bunlardan ilki, uyuşmazlığın çözümünde taraflardan her ikisinin arabuluculuk usulünü başlatma konusunda gönüllü olmasıdır[39]. Bunun istisnası, farklı hukuk sistemlerinde uyuşmazlığın yargı safhası öncesinde sulh yoluyla çözümünü teşvik etmek amacıyla örneğinin görüldüğü zorunlu arabuluculuk sistemidir[40].

---

31 Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business, Negotiation, Mediation, Arbitration*, (Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 3rd edn, Wolters Kluwer Law& Business, 2015).

32 Susan D. Franck, "Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide" (2014) 29(1) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 66,89.

33 Franck (n 32) 7.

34 Mahkemelerin yoğunluğu, uyuşmazlık çözüm hızını etkileyen faktörlerden bir diğeridir. Bkz. Öztekin Gelgel (n 19) 613.

35 Dwight Golann, "Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates"**,** ABA Section of Dispute Resolution, (2009); Seda Özmumcu, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013).

36 Öztekin Gelgel (n 19) 614.

37 Ana Ubilava/ Luke Nottage, *ICSID's New Mediation Rules: A Small but Positive Step Forward*, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Ubilava_Notage_10.17.2018.pdf> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

38 Rebecca Hollander Blumoff/ Tom R. Tyler, *Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution*, (2011) (1) Journal of Dispute Resolution, 1-18; Debra L Shapiro/ Jeanne M. Brett, *Comparing Three Processes Underlying Judgements of Procedural Justice: A Field Study of Mediation and Arbitration*, (1993) 65(6) Journal of Personality and Social Psychology, 1167-1177; Öztekin Gelgel, (n 19) 614.

39 Berger (n 31) 119; Öztekin Gelgel bu ilkeyi, "Gönüllülük İlkesi" başlığı altında incelemiştir. Bkz. Öztekin Gelgel, (n 19) 615; Nancy WELSH, "Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do with It?" (2001) 79(3) Wash ULQ 788,858.

40 Türk hukukunda zorunlu arabuluculuk için bkz. Seda Özmumcu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış (2016) LXXIV(2) İÜHFD 807,847.

İkincisi, arabuluculuk süreci ve usulünde taraflar arasında eşitlik ilkesinin gözetilmesidir. Arabuluculuk yönteminin bir parçası olarak eşitlik ilkesi, tarafların benzer koşullar altında süreci yönetmelerini sağlar; diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine nazaran, büyük oranda tarafların sorumlulukları altındadır[41]. Uyuşmazlık, tarafların karşılıklı anlaşması ve uyuşmazlık üzerindeki kontrolleri çerçevesinde ilerler. Eşitlik ilkesi de, tarafların rıza gösterdiği ölçüde işler[42].

Son olarak, taraflarca aksi öngörülmedikçe, tarafların ticari itibarlarının sarsılmaması adına arabuluculuk sürecine gizlilik ilkesi hâkimdir[43].

A. ICSID Konvansiyonu Çerçevesinde Arabuluculuk ve Tahkim Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarının Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi

Devletler ve diğer devletin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıkları, ICSID Konvansiyonu kuralları uyarınca tahkim yoluyla çözümlenebileceği gibi, arabuluculuk yoluyla da uzlaşma sağlanabilir. Nitekim Konvansiyonun 1.maddesine göre, *"Merkezin amacı, bu sözleşmenin hükümlerine uygun olarak akit devletler ile diğer akit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının uzlaştırılması ve hakemliği için kolaylıklar sağlamak..."* olduğu belirtilmiştir.

Konvansiyon düzenlemelerinde öngörülen tahkim ve arabuluculuk kuralları, sıra itibariyle art arda ve hemen hemen özdeş düzenlemeler çerçevesinde yapılandırılmıştır[44]. Bu doğrultuda, tahkim ve arabuluculuk kurallarının temelinde aynı düşüncenin bulunduğu, hatta arabuluculuğun bazı uyuşmazlıklarda tahkim sistemine dönüşebileceği savunulmaktadır[45]. Her iki sürecin benzer ve farklı yönlerinin ortaya konulması, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından oldukça önem arz eden bu kurumların daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Yatırım uyuşmazlıklarının ICSID arabuluculuk ve tahkim kurallarına istinaden çözümü, bazı özellikleri bakımından benzerlik gösterir. Bunlardan ilki, tarafların yatırımdan doğan uyuşmazlıklarını ICSID arabuluculuk veya tahkim kurallarına istinaden çözme rızasıdır. Rıza, uyuşmazlığın hangi çözüm yöntemine istinaden sonuçlandırılacağının önemi bulunmaksızın, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Konvansiyonu'nun yargılama yetkisine girmesinin ön koşullarından biridir[46].

41 Berger (n 31) 122; ancak bu durum, tarafların eşit koşullar altında bulunmadığı yönünde anlaşılmamalıdır. Bkz. Öztekin Gelgel (n 19) 615.

42 Öztekin Gelgel (n 19) 615.

43 Franck (n 32) 11.

44 Nitschke (n 11) 3.

45 Aron Broches için bkz. Black (n 18) 782.

46 ICSID sözleşmesi m.25/1; *"Merkezin yargılama yetkisi, Akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz."*

Bir diğer benzerlik grubu ise, usule ilişkindir. Her iki süreç, (tarafların talebi açıkça Merkezin yargılama yetkisi dışında olduğuna karar verilmedikçe) Genel Sekreterliğe yapılan yazılı bir talep ile başlar[47]. Bu taleplerin içeriği bakımından öngörülen koşullar tahkim ve arabuluculuk süreçleri için benzerdir[48]. Talebin kaydedilmesini takiben, hem arabuluculuk komisyonu hem de hakem heyeti "mümkün olan en kısa süre içerisinde" oluşturulur[49]. Arabuluculuk komisyonu ile hakem heyetinin oluşturulmasına ilişkin hükümler de, ICSID m.39'da[50] yer alan "vatandaşlık" kuralı dışında, neredeyse özdeştir[51]. Söz konusu hüküm, yatırım uyuşmazlıklarının hakemler aracılığıyla çözümüne ilişkin olup arabuluculuk açısından uygulama alanı bulmaz.

Uyuşmazlığın arabuluculuk veya tahkim yoluyla çözümüne rıza gösteren taraflara Konvansiyon, hem komisyon hem de heyetin oluşumu bağlamında esneklik tanımıştır. Örneğin, arabulucuların veya hakemlerin sayısında ya da atanma yöntemi üzerinde anlaşılamaması halinde, her iki süreç bakımından benzer usuli hükümler öngörülmüştür[52]. Buna ek olarak, arabulucu ve hakemlerin değiştirilmesi, ıskatı, arabulucu ve hakem niteliğinin kaybına ilişkin öngörülen Konvansiyon hükümleri, her iki çözüm yöntemi bakımından benzerdir[53].

Konvansiyon kapsamında tespit edilen tüm bu benzer özelliklerin karşısında, arabuluculuk ve tahkim yapılarının birbirinden farklı kurumlar olduğu konusunda tereddüt bulunmadığını belirtmek gerekir. İki kurum arasındaki en önemli farklılık, komisyon ve heyetin fonksiyonları ve yetkilerine ilişkin olandır. Tahkim yargılamasını yürüten hakem heyetinden farklı olarak arabuluculuk komisyonunun görevi, "*taraflar arasındaki anlaşmazlıklara açıklık getirmek ve her iki tarafça da kabul görecek koşullarla çözüm getirmeye çalışmak olacaktır*[54]*."* Usule ilişkin düzenlemeler bakımından ise arabuluculuk, tahkim ile kıyaslandığında sürece esnekliğin daha fazla hâkim olduğu bir süreçtir[55].

Tahkim, hakem heyetine sunulan her sorunu içerecek ve kararı vermede esas alınan tüm gerekçeleri belirleyecek şekilde, nihai ve tarafları bağlayıcı nitelikte kararın verildiği bir yargılama mekanizmasıdır[56]. Buna karşılık arabuluculuk komisyonu,

47 Usule ilişkin detaylı açıklamalar hakkında bkz. Çalışmamızın III/A bölümü.

48 ICSID sözleşmesi m.28-36.

49 ICSID sözleşmesi m.29/1-37/1.

50 ICSID sözleşmesi m.39.

51 ICSID sözleşmesi m.29/2-37/2.

52 ICSID sözleşmesi m.29/2(b)-39.

53 ICSID sözleşmesi m.57-58-59-60-62-63.

54 ICSID sözleşmesi m.34/1; *"Komisyonun görevi taraflar arasındaki anlaşmazlıklara açıklık getirmek ve her iki tarafça da kabul görecek koşullarla çözüm getirmeye çalışmak olacaktır. Buna göre işlemin herhangi bir aşamasında Komisyon zaman zaman taraflara anlaşma koşulları tavsiye edebilir. Taraflar Komisyon ile Komisyonun görevini yürütebilmesi için iyi niyetli işbirliği içinde olacaklar ve tavsiyelerini en dikkatli şekilde ele alacaklardır."*

55 Nitschke (n 11) 6.

56 ICSID sözleşmesi m.53-1.

ancak uyuşmazlığın çözümü bakımından tavsiye niteliğinde bir rapor sunabilir. Bu rapor, tarafları bağlayıcı nitelik taşımaz, ancak taraflar, arabulucunun raporu doğrultusunda mümkün olan çabayı göstermelidirler[57]. Tahkimden farklı olarak bu rapor, ICSID m.53 ve m.54 hükümlerinde öngörülen kolaylaştırılmış tanınma mekanizmasından da yararlanamaz[58].

B. Arabuluculuk ile Tahkimin Kesişim Noktası: Arabuluculuk- Tahkim Yöntemi (Med-Arb)

Arabuluculuk-tahkim (med-arb), hem arabuluculuk hem de tahkimin özelliklerini taşıyan karma bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir[59]. Tarafların uyuşmazlıklarını, hızlı bir şekilde ve daha az maliyetle en uygun çözüme ulaştırma istekleri, milletlerarası alanda hibrit prosedürlerin tercih edilmesine sebep olmuştur[60].

Arabuluculuk-tahkim yöntemi, farklı şekillerde uygulama alanı bulmaktadır. Bunlardan ilki, tahkim yargılaması esnasında gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyetlerine ilişkindir ("slim mediation"). Daha önce de belirttiğimiz üzere, tahkim yargılamasında arabulucuların aksine hakemlerin asıl görevi, uyuşmazlığı nihai olarak karara bağlamaktır. Verilen karar, tarafları bağlayıcı nitelik taşır. Ancak her iki yöntemin temel amacı, uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümüne ulaşmaktır[61]. Bu amaç doğrultusunda hakemler, tahkim yargılaması esnasında taraflara karşılıklı uzlaşmanın sağlanacağı sulh yoluyla çözümü teklif edebilir ya da uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümünü temin etmek amacıyla bir arabulucunun desteğini de öngörebilir[62]. Uyuşmazlığın çözümü ise bu yönüyle, zayıf arabuluculuk ("slim mediation") yöntemi çerçevesinde kalır. Hakemler burada, sadece alternatif bir çözüm yöntemiyle uzlaşının sağlanabileceğini tavsiye ederler ancak birer arabulucu olarak uzlaşmayı sağlamazlar[63].

---

57 Malike Polat, *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin Yayınları 2010); Anthony Connerty, *Manual of International Dispute Resolution, Commonwealth Secretariat* (2006); Nitschke (n 11) 6.

58 ICSID sözleşmesi m.53-54.

59 Simon Greenberg/ Christopher Kee/ Romesh Weeramatrhy, *International Commercial Arbitration: An Asia Pacific Perspective*, (Cambridge University Press 2011); edna Sussman, "Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process" (2009) 2(1) New York Dispute Resolution Lawyer 71,74; Mustafa Serdar ÖZBEK, "Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim" (2017) 43(1) Yargıtay Dergisi 15,106; Irene WELSER, "Alternative Dispute Resolution- A Wide Choice of Varities*"* (2016) 3 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan) 757,774. Sherry Landry, "Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model (1996) (63) Defense Counsel Journal 263,266; Lewis Gill, "The Nature of Arbitration: The Blurred Line Between Mediatory and Judicial Arbitration Proceedings" (1988-1999) 39(2) Case Western Reserve Law Review 545,555; Zeynep Derya Tarman, "Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem de Arabulucu Olabilir mi?" (2010) (2010/86) Legal Hukuk Dergisi 463,471; Doak Bishop**, "**Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns" (2009) JuricNet, LLC, Canada.

60 Kristen Blankley, *"*Keeping a Secret from Yourself? Confidentiality when the Same Neutral Serves both as Mediator and Arbitrator in the Same Case" (2011) 63(2) Baylor Law Review 319,366; SUSSMAN (n 59) 71.

61 Tarman (n 59) 465.

62 Tarman (n 59) 466.

63 Tarman (n 59) 467.

Arabuluculuk-tahkim yönteminin diğer bir şekli, seçilen hakemlerin aynı uyuşmazlıkta arabuluculuk fonksiyonunu üstlenmeleridir ("Arb-med"). Arb-med, tahkim yargılamasını yürüten hakemin, uzlaşı sağlamak adına başvurulan arabuluculuk yöntemi için de seçildiği, iki aşamalı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir[64]. Hakemlik vasfının arabulucuya dönüştüğü bu yöntemde, arabuluculuk ve hakem sözleşmelerinin bir arada bulunduğu kabul edilir[65].

Arabuluculuk-tahkim yönteminin üçüncü görünüş şekli ise, "med-arb" yöntemidir. Arabuluculukta anlaşamayan taraflar, arabulucunun önereceği ve karşılıklı kabul edilen "bileşik tipli karma bir sözleşme[66]" ("voluntary agreement") ile arabulucunun hakem vasfını ve bağlayıcı karar verme yetkisini kabul ederek, uyuşmazlığı tahkim yoluna taşırlar[67]. Taraflar, sözleşme ile uyuşmazlığın çözümünde öncelikle arabuluculuk yolunun denenmesini kararlaştırabilecekleri gibi, anlaşmaları çerçevesinde ikinci bir basamak olarak tahkim yolunu da öngörebilirler ("Medaloa"). Medaloa yöntemi daha çok arabuluculuğun uzlaşmanın sağlanması amacına ulaşmada yetersiz kaldığı ve bu nedenle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği konusunda basamaklı bir anlaşma yapılma ihtiyacı öngörülen uyuşmazlıklarda içindir[68]. Örneğin, "Bowden v Weickert[69]" davasında Ohio mahkemesi, tarafların en azından uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümüne karar verilmesi safhasında yapacakları bir sözleşme ile med-arb yöntemini ve hakemin arabulucu olarak işlevini sürdüreceğini kararlaştırmış olmaları gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre sözleşmeye konulacak med-arb kaydı; 1) arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, arabulucunun hakem vasfına devam edebileceğini, 2) üzerinde uyuşmazlık bulunan noktaların arabuluculuk yönteminde başarısız olunması halinde tahkim yoluyla çözümlenebileceğini içermelidir[70].

"Gaskin v Gaskin" davasında ise Texas mahkemesi, med-arb yönteminde arabulucunun aynı zamanda tahkim yargılamasında hakem sıfatıyla görev yapmasını, her iki tarafın açık rızasına bağlı olduğunu belirtmiş; arabulucunun aynı uyuşmazlık için tahkim yargılamasına devam etmesini, tarafların açık rızası bulunmadığı için uygun görmemiştir[71].

64 Sussman (n 59) 71; Özbek, (n 59) 21; Tarman, (n 59) 467.

65 Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (XII Levha Yayıncılık 2013); Özbek (n 59) 19.

66 Özbek (n 59) 19.

67 Megan Elisabeth Telford, "Med-Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative, Queens University" IRC Press, Current Issues Series 1,17.

68 Tarman (n 59) 469; Telford (n 67) 2; Sussman (n 59) 71.

69 Bkz. Ohio App.6 Dist. 20.06.2013, No. S-05-009.

70 Sussman (n 59) 72.

71 Gaskin v Gaskin davası, arabuluculuk-tahkim (med-arb) yönteminin uygulanmasına ilişkin bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Uyuşmazlık bağlamında mahkeme, arabuluculuk-tahkim yönteminin uygulanmasında oldukça dikkatli olunması gerektiğini, arabuluculuk-tahkim sürecinde gizli bilgiler de dâhil olmak üzere tarafların arabulucuya yapacağı samimi açıklamaların kabul edileceğini belirtmiştir. Bunun yanında mahkemeye göre, arabuluculuk tahkim sürecinde önemli olan, tarafların açık rızasıdır. Bu husus olmadan arabulucunun hakem sıfatıyla hareket etmesi doğru değildir. Texas App., 21.09.2006, No.2-06-039CV, 2006 WL 2507319; Sussman (n 59) 72.

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde olduğu gibi, yatırım uyuşmazlıkları bakımından da, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tarafların ihtiyaçları doğrultusunda uyarlanması gerekliliği doğmuştur. Uyuşmazlıkların klasik anlamıyla ICSID Arabuluculuk Kurallarına veya ICSID Tahkim Kurallarına istinaden çözümü yanında, yeni alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hukuki risklerin en aza indirilmesi karşısında önemli bir temin aracı olacağı düşünülmüştür. Teklif edilen çözüm yöntemlerinden birisi, tahkim ve arabuluculuk yollarının avantajlı özelliklerini bir arada bulunduran med-arb yöntemidir[72]. Esas itibariyle, 1996 yılında yapılan bir konferansta, ICSID tahkim yargılaması öncesinde tarafların uyuşmazlığı dostane yollarla çözümüne karar verebileceği teklif edilmiştir[73]. Çoğunluk görüşe göre ise, ICSID Konvansiyonu'nda düzenlenmesi halinde med-arb, uyuşmazlığın çözümünde esneklik sağlayacak ve taraflara anlaşmaya varmaları yönünde ek bir alternatif oluşturacaktır[74]. Nitekim taraflar, önceden yapacakları yazılı bir anlaşma ile tahkim yargılamasına başvurmadan önce uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümünü kararlaştırabilirler[75].

Diğer yandan, Med-arb yönteminin ikili yatırım anlaşmaları kapsamında alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak benimsendiğini söylemek mümkündür. Akdedilen ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde uyuşmazlıkların önce müzakere temeline dayalı olarak sulh yoluyla çözümü; eğer bu yöntemde başarıya ulaşılamıyorsa, uyuşmazlığın tahkim yargılamasına havale edilmesi öngörülmüştür. Örneğin, 1988 yılında yürürlüğe giren, "Türkiye Cumhuriyeti ile İsveç Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması[76]"nın 8.maddesi uyarınca, *"...bir Âkit Taraf ile diğer Âkit Tarafın yatırımcısı arasında çıkabilecek yatırım uyuşmazlıkları tanımlanarak, çözüm yolları düzenlenmektedir. Öngörülen prosedüre göre, öncelikle uyuşmazlık karşılıklı görüşmeler yoluyla çözümlenmeye çalışılacak, çözüme ulaşılamazsa; yerel yargı organlarına başvurma yolu açık tutulmak kaydıyla uluslararası tahkim yoluna baş vurma hakkı kullanılabilecektir. Bununla birlikte, yatırımcı uyuşmazlığı yerel yargı organına getir miş ve kesin karar alınmış ise uluslararası tahkim yoluna başvurma imkânı kalmamaktaysa da, bir yıl içinde kesin karar alınamamış olması halinde uyuşmazlık Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID)'ne götürülebilecektir."*

72 Francisco Orrego Vicuna, "Arbitration in a New International Dispute Resolution System" (2001) 18(2) News from ICSID 1,20; Jean Kalicki/ Anna Joubin Bret, "Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century", (2015) TDM; Christine Sim, "ICSID Amendments in 2017: Exploring Early Mediation or Conciliation" <https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/6.%20Christine%20Sim.pdf> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

73 Sim (n 72) 4.

74 Vicuna (n 72) 11.

75 Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/adr-mechanisms--mediation.aspx> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2019.

76 RG. 15.07.1998/ 23403.

Benzer bir şekilde, 1998 yılında yürürlüğe giren, "Türkiye Cumhuriyeti ile İspanya Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması[77]"nın 10.maddesi uyarınca, "...taraflar, bu Anlaşmanın yorumlanması veya uygulanması konularında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara, iyi niyet ve işbirliği duygusu ile hızlı ve adil bir şekilde çözüm arayacaklardır. Bu anlamda, Taraflar doğrudan ve anlamlı müzakereler yoluyla çözüme ulaşmak için anlaşmışlardır. Eğer Taraflar, uyuşmazlığın başlamasından itibaren altı ay içinde yukarıda bahsedilen şekilde anlaşma sağlayamazlarsa, uyuşmazlık herhangi bir Tarafın başvurusu üzerine üç üyeli bir tahkim kuruluna götürülebilir."

Aynı şekilde, 1989 tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma" uyarınca, "...Akit Taraflar işbu Anlaşmanın yorumu, ya da uygulanması ile ilgili olarak aralarında çıkacak herhangi bir anlaşmazlığı, iyi niyet ve işbirliği ruhu içinde, çabuk ve adil bir şekilde çözümlemeye çalışacaklardır. Bu bakımdan, Akit Taraflar bu tür çözümlere varmak için dolaysız ve anlamlı müzakerelerde bulunmayı kabul ederler. Bu müzakereler başarısızlıkla sonuçlanırsa, söz konusu anlaşmazlık taraflardan herhangi birinin talebi üzerine, uluslararası hukukun tatbiki kabil mevzuatı uyarınca bağlayıcı karar verilmesi için tahkim yoluna..." götürülebileceği belirtilmiştir.

Arabuluculuğun, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünün ön hazırlık basamağı olması, yatırım uyuşmazlıklarında etkin bir yöntem değildir. Yabancı yatırımcılar, bu durumu bir nevi oyalama taktiği olarak görmektedirler[78]. Tahkim öncesi arabuluculukta öngörülen herhangi bir para ve zaman sınırı olmaması, bu görüşün en büyük nedenleri arasındadır[79]. Arabuluculuğun yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde birinci basamak olarak etkin olarak rol alması ise, ancak süreçte yapılacak olan birtakım iyileştirmeler halinde mümkün olur.

Bunlardan ilki, zamana ilişkin bir sınırlama getirilmesidir. Tahkim yargılaması öncesinde başvurulan arabuluculuk sürecinin herhangi bir zaman sınırlamasına tabi olmadan sürdürülmesi, taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümünü kasıtlı olarak sürüncemede bırakmasına neden olabilir. Bu nedenle etkili bir zaman çizelgesinin oluşturulması, hatta ICC Arabuluculuk Kuralları'nın 3.maddesinde yer alan "*arabulucunun tarafların uyuşmazlıkla ilgili argümanlarını sunmaları için belirleyeceği bir zaman dilimi belirlemesi[80]"*ne ilişkin kuralın benimsenebileceği belirtilmiştir[81].

77 RG. 01.12.1997/ 23187.

78 Jack Cew, "Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes- A Preliminary Sketch, University of California" (2007) 12(7) Davis 8,44; Sim (n 72) 3.

79 Sim (n 72) 4.

80 ICC Mediation Rules 2012 m.3.

81 Singapur Uluslararası Arabuluculuk Merkezi bünyesinde imzalanan "SIAC-SIMC Arb- Med- Arb" Protokolü ile uyuşmazlıkların çözümünde arabulucuğun öncelikli yöntem olarak uygulanması, 2014 yılından bu yana başarıyla sürdürülmektedir. Merkez içinde uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümü için sekiz haftalık bir süre öngörülmüştür. Bkz. SIM (n 72) 5. Protokol hakkında bkz. <http://simc.com.sg/siac-simc-arb-med-arb-protocol/> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2019.

İkincisi ise, masraf tahminidir. Buna göre, arabulucunun sürece ilişkin hazırlayacağı tahmini masraf çizelgesini önceden uyuşmazlık taraflarına sunması, yatırım uyuşmazlıkları bakımından tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözümlemesini teşvik edici yönde olur[82].

Kanaatimizce, yatırım uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile sonuca ulaşması, ancak birbirini tamamlayan süreçler ile olabilir. Bu doğrultuda, ICSID Arabuluculuk Kurallarının tahkim yargılaması süresince uzlaşmayı sağlayacak ölçüde revize edilmesi gerekir[83]. Arabuluculuk-tahkim yönteminde arabulucunun hakem, hakemin ise arabulucu işleviyle uyuşmazlığın çözümünü yürütmesi, gizlilik ilkesi kapsamında problem oluşturabileceği belirtilmiştir. Sonuç olarak, arabuluculuk-tahkim yönteminin yatırım uyuşmazlıklarında etkin olabilmesi, ICSID Konvansiyonunun arabuluculuk-tahkim yöntemi gibi, süreci kolaylaştıracak yeni alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılmasını sağlayacak düzenlemeler öngörmesi aracılığıyla mümkündür[84].

III. ICSID Konvansiyonuna Göre Yatırım Uyuşmazlıklarının Arabuluculuk Kuralları Kapsamında Çözümü

Yatırım uyuşmazlıkları, yapısal olarak uzun süreye yayılan bir menfaat ilişkisi tesis eder. Klasik anlamıyla yabancı yatırım, ev sahibi devletin ekonomik gelişimini olumlu yönde etkileyen, yatırımcının fiziken ev sahibi devlette bulunduğu ve yatırımının bütünü üzerinde kontrole sahip olduğu bir kavramı ifade eder[85]. Ticari uyuşmazlıklar ile karşılaştırıldığında yatırım uyuşmazlıkları, "ev sahibi devlet", "yatırımcı" ve yatırımcının bağlı olduğu "kaynak devlet" arasında geçen daha karmaşık bir ilişkidir[86]. Yatırımcının daimi amacı, kârını maksimize etmek iken, ev sahibi devlet açısından istihdamın oluşturulması bu ilişkinin ana unsurlarını oluşturur[87]. Yatırımcının vatandaşlığı, uyuşmazlığın ICSID yargılaması bünyesine dâhil edilen bir yatırım uyuşmazlığı niteliğinde kabul edilmesi için önemli bir kriterdir. ICSID sözleşmesinin 25.maddesine göre, bir gerçek kişinin yabancı yatırımcı olarak kabul edilebilmesi, yatırımcının ev sahibi devletin vatandaşlığını taşımıyor olmasına bağlanmıştır. Tüzel kişilerin ICSID bünyesinde yabancı yatırımcı statüsünü kazanması ise, hangi devletin tabiiyetinde olduğuna göre belirlenecektir[88].

82 Sim (n 72) 5.

83 Helene Ruiz Fabri, "The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute", Laurence Boisson De Chazournes, Marcelo Kohen and Jorge Vinuales (eds), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Martinus Niljhoff Publishers 2013); Sim (n 72) 3.

84 Bu konuda Christine Sim, hakem heyetinin oluşturulması sonrasında, "taraflarca uyuşmazlığın tarafsız bir üçüncü kişi tarafından arabuluculuk yöntemi ile çözülebileceği" ibaresinin Konvansiyonda yer alması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Sim (n 72) 8.

85 Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013).

86 Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin Yayınları 2013); Işıl Egemen Demir, *Uluslararası Tahkim Hukukunda Şemsiye Klozlar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2007); Giray (n 85) 13.

87 Giray (n 85) 1.

88 ICSID sözleşmesi m.25/2 (a) ve (b) bentleri; Erkan (n 86) 191.

Yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar, genellikle yabancı yatırıma hâkim olan temel ilkelerin ihlal edilmesinden ileri gelir. Ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıya eşit ve adil davranmalı, diğer yabancı devlet vatandaşı yatırımcılara tanıdığı özdeş hakları, yabancı yatırımcı için de kabul etmelidir. Mesela, yabancı yatırım istikrarsız hukuki ve idari engeller ile zarara uğratılmamalıdır[89].

Yabancı yatırımların karmaşık yapısı göz önünde bulundurularak, yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde de özellikli uyuşmazlık yöntemleri tercih edilmektedir. Bu bağlamda tahkim, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uygulamada öncelikle tercih edilen bir yöntemdir[90]. Arabuluculuk ise, tahkim karşısında çok fazla tercih edilen bir yöntem değildir. Uygulamada yabancı yatırımcılar arabuluculuk yöntemini, uzlaşıya varma zamanını geciktiren ve yüksek süreç masraflarının oluşumuna neden olan, oyalayıcı bir süreç olarak görmektedirler[91]. Buna karşılık, ICSID Arabuluculuk Kuralları uyarınca çözümlenen uyuşmazlıkların sayısı, yöntemin giderek geliştiğini ve tercih edilmeye başladığını göstermektedir[92]. Uygulamada arabuluculuk daha çok, yabancı yatırımcının ilgisinin yüksek olduğu enerji projelerinde olduğu gibi, cayma maliyetinin katlanılamayacak seviyelerde çok fazla olduğu uzun süreli yatırım projelerinde tercih edilmektedir[93].

ICSID sözleşmesinin 25.maddesi uyarınca, ICSID yargılama yetkisi dâhilinde bulunan bir yatırım uyuşmazlığının arabuluculuk kurallarına istinaden çözümü, tarafların arabuluculuk ile uzlaşmaya rıza göstermeleri ön koşuluna bağlanmıştır. Arabuluculuk, bu anlamda rızai bir süreçtir. Taraflar, uyuşmazlıklarını "ICSID Arabuluculuk Kuralları" usulü çerçevesinde çözümleneceği konusunda karşılıklı anlaşmaya varmalıdır[94].

Yatırım uyuşmazlıklarında arabuluculuk, çekişmesiz bir alternatif uyuşmazlık çözüm süreci olarak ICSID sözleşmesinin 6.maddesinde öngörülmüştür. Madde hükmüne göre, İdari Konsey, arabuluculuk prosedürü kurallarını "önyargısız bir şekilde" kabul etmiştir[95]. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümü, ICSID

89 Cemile Demir Gökyayla, Ceyda Süral, "4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler", (2004) 6(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131,168; Bazı yatırım anlaşmalarında, ev sahibi devletin öngörebileceği olası hukuki ve idari engeller karşısında yabancı yatırımcının korunması amacıyla "istikrar klozu" konulmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Giray (n 85) 39.

90 Margrete Stevens, "Arbitration and Investment Disputes: Are We Heading in the Right Direction?**"** (2002) 19(1) News from ICSID 1,12.

91 Coe, (n 78) 31; M. Sornarajah, *"A Law for Need or A Law for Greed?: Restoring the Lost Law in the International Law of Foreign Investment"* (2006) 6(4) International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 329,357.

92 ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözülen yabancı yatırım uyuşmazlıkları için bkz. Çalışmamızın III/B bölümü.

93 Ucheora Onwuamaegbu, "The Role of ADR in Investor-State Dsipute Settlement: The ICSID Experience" (2005) 22(2) News from ICSID 12,14; Jeswald Salacause, "Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty- Based Investor State Dispute Resolution" (2007) 31(1) Fordham International Law Journal 138,185.

94 ICSID Conciliation Rules m.1.

95 ICSID sözleşmesi m.6/1(c).

Arabuluculuk Kurallarına uygun usul çizgisinde yürütülür. Bu kurallar, arabuluculuk isteminde bulunulmasından, uzlaşma raporunun yazılmasına kadar geçen süreci kapsamaktadır.

A. ICSID Arabuluculuk Kurallarından Doğan Arabuluculuk Usulü

ICSID sözleşmesinin 1.maddesi kapsamında, yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk veya tahkim yoluyla çözümlenmesi için "Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez ("Merkez")" oluşturulmuştur[96]. Merkezin ICSID Arabuluculuk Kuralları kapsamındaki işlevi, arabuluculuk sürecinin sorunsuz ve etkin bir temelde yürütülmesini sağlamaktır. Bu doğrultuda, arabulucular listesini hazırlanır ve arabuluculuk kurallarının usulüne ilişkin düzenlemeleri oluşturulur[97].

ICSID Arabuluculuk Kuralları ise, ICSID sözleşmesinin 6. Maddesi[98] esas alınarak oluşturulmuştur. Buna göre İdari Konsey, arabuluculuk sürecinin ICSID Arabuluculuk Kurallarında öngörülen usul çerçevesinde yürütüleceğini koşulsuz olarak kabul etmiştir. Kuralların uygulama alanı, tarafların ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden somut uyuşmazlığın çözümünü kararlaştırdığı hallerde söz konusu olur.

96 ICSID sözleşmesi m.1.

97 Taraflar, *"arabuluculuk kurallarına veya tarafların üzerinde anlaştığı hususları kapsamadığı şeklinde bir itiraz geldiğinde Komisyon sorun hakkında karar verir."* Bkz. ICSID sözleşmesi m.33; Polat (n 57) 136; ICSID sözleşmesinin 28 ila 35. Maddeleri arasında arabuluculuk usulü düzenlenmiştir. Bkz. ICSID sözleşmesinin 6.maddesi uyarınca, 10.04.2006 tarihinden itibaren ICSID Arabuluculuk Kuralları yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Conciliation-Rules.aspx> Erişim Tarihi 3 Aralık 2018; Sözleşmeye göre, arabuluculuk usulünün ilk aşaması, tarafların uyuşmazlıklarını ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözme konusunda rıza göstermeleri ile başlar ("Arabuluculuk Talebi"). ICSID sözleşmesine göre rıza, *"anlaşmazlık konusu ile ilgili bilgilerini, tarafların tanıtımını, arabuluculuk ve hakemlik işlemleri için yöntem ve kurallara uygun olarak arabuluculuğa rızalarını içerecektir."* Taraflar, arabuluculuk taleplerini yazılı olarak bildirmelidirler. Arabuluculuk talebinde bulunan uyuşmazlık tarafı, talebin bir örneğinin diğer tarafa bildirimini sağlamak adına Merkezin Genel Sekreterliğine yazılı olarak başvurur. Arabuluculuk usulü de kural olarak Merkez bünyesinde yürütülür. Başvuru ile birlikte, ICSID sözleşmesinde öngörülen arabuluculuk usulü başlamış olur (ICSID m.28). Genel sekreter, arabuluculuk talebi eğer ICSID yargılama yetkisine dair bir uyuşmazlık içinse kabul edecek bunun yanında, uyuşmazlığın arabuluculukla çözümüne ilişkin rızanın varlığına da dikkat edecektir. Uyuşmazlığa ilişkin gerekli araştırmaları yürüten Genel Sekreterlik, söz konusu arabuluculuk talebinin kabul edildiğini veya reddedildiğini taraflara bildirecektir (ICSID m.28/3). ICSID sözleşmesinin 28.maddesine uygun bir arabuluculuk talebi kaydedildiğinde, "Arabuluculuk Komisyonu" oluşturulacaktır (ICSID m.29/1). Arabuluculuk talebinin kabul edilmesine rağmen 90 gün içerisinde Komisyon oluşturulamazsa, Dünya Bankası Başkanı kendiliğinden uyuşmazlık taraflara da danışarak arabulucu atamasını gerçekleştirecektir (ICSID m.30). Komisyon, tek bir arabulucudan oluşabileceği gibi, tarafların karşılıklı olarak belirledikleri birden fazla arabulucudan da oluşması mümkündür (ICSID m.29/2). Tahkim yargılamasının aksine, arabuluculuk süreci, niteliği itibariyle tek arabulucu ile yürütülebileceği kabul edilen bir yöntemdir (ICSID Case No. CONC/83/1). Taraflar, arabulucu sayısında veya atanma yöntemi üzerinde anlaşamazlarsa, ICSID sözleşmesinin 29/2(b) hükmüne göre Arabuluculuk Komisyonu, iki arabulucunun her iki tarafça ayrı ayrı, birinin ise karşılıklı anlaşma ile Komisyon Başkanı olarak atanacak şekilde toplam üç arabulucudan oluşacaktır (ICSID m.29/2(b)). ICSID sözleşmesinin 12. madde hükmüne göre arabulucular, her biri "çalışmaya gönüllü ve atanacak personelden" oluşan "Arabuluculuk Paneli" adı verilen arabulucu listesinden atanabilir. Ancak, arabulucuların listeden seçilmesi şart değildir. Bunun yanında taraflar, dışardan da uzlaşmayı sağlayacak arabulucuyu seçebilirler (ICSID m.12 ve ICSID m 31). Dünya Bankası Başkanı tarafından seçilen arabulucular ise, Arabuluculuk Panelinden seçilir (ICSID m.31). Listede yer alsın veya almasın, arabulucuların seçimi, ICSID m.14/1'de yer alan koşulları sağlamalarına tabi tutulmuştur. Madde hükmüne göre, uyuşmazlığın çözümünde görevlendirilecek arabulucular, *"yüksek ahlak sahibi, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek kişiler olacaklardır."*

98 ICSID sözleşmesi m.6/1: *"(1) Burada ve sözleşmenin diğer hükümlerinde kendisine verilen yetki ve işlevlere önyargısız bir biçimde İdari Konsey… (b) Arabuluculuk ve Hakemlik davalarının prosedürü kurallarını kabul edecektir…"*

1.Arabuluculuk Sürecinin Başlamasının Ön Koşulu: Arabuluculuk Talebi

Arabuluculuk talebi, arabuluculuk sürecinin başlaması için yerine getirilmesi gereken bir ön koşuldur. Uyuşmazlığın ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözüme kavuşturmak isteyen taraf veya taraflar, Merkez bünyesinde faaliyet gösteren Genel Sekreterliğe yazılı olarak taleplerini ifade eden bir istemde bulunmalıdırlar[99]. Bir kere istemde bulunulduktan sonra ise, arabuluculuk talebi tek taraflı olarak geri alınamaz[100].

Talebin içeriğinde bulunması gereken zorunlu unsurlar ICSID Arabuluculuk Kurallarının 3.maddesinde belirtilmiştir. Buna göre arabuluculuk talebi, genel olarak uyuşmazlık konusu ile ilgili bilgileri, uyuşmazlık tarafları ve adreslerini, arabuluculuk süreci için taraflarca kararlaştırılan yöntem ve kurallar varsa bunlara uygun olarak tarafların arabuluculuğa rızalarını içerecektir. Ayrıca tarafların, arabulucuların sayısına veya arabuluculuk komisyonunun oluşumuna ilişkin belirlediği anlaşma hükümleri varsa, talebin bu hususları da içermesi mümkündür.

Merkezin Genel Sekreterliğine yazılı şekilde yapılması gereken arabuluculuk talebi, Sekreterlikçe gerekli içeriği taşıyıp taşımadığı konusunda incelenir. Sekreterlikçe ICSID Arabuluculuk Kurallarına uygun bir talepte bulunulduğu kanaatine varılırsa talebin kaydı aynı merci tarafından gerçekleştirilir. Daha sonra, talebin uygun bulunduğu taraflara bildirilir, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 3.Bölümüne uygun usul çerçevesinde Arabuluculuk Komisyonunun oluşturulması amacıyla taraflar davet edilir.

2. Arabuluculuk Komisyonunun Oluşturulması

Arabuluculuk talebinin kayda geçirilmesi ile birlikte taraflar, hızlı bir şekilde Arabuluculuk Komisyonu'nun oluşturulması için harekete geçmelidirler. Talebinin kaydını izleyen doksan gün içinde veya taraflarca kararlaştırılan başka bir zaman diliminde oluşturulamayan Komisyon için taraflar İdari Konsey'den yardım alabilir[101].

Komisyonun, tek bir arabulucudan oluşabileceği gibi birden fazla arabulucudan da oluşması mümkündür[102]. Arabulucuların sayısı veya atanmasına yönelik taraflarca bir anlaşma yapılmış ancak bu bilgiler talebin içeriğinde bulunmuyor ise, derhal Genel Sekreterliğe müracaat edilmelidir[103].

---

99 Talebin dili, Merkezin kullandığı resmi dil olan İngilizce esas alınarak yazılmalıdır. Bunun yanında, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümünü talep eden taraf veya taraflarca tarihi ve imzalarını içerecek şekilde arabuluculuk talebi oluşturulmalıdır. ICSID Conciliation Rules m.2.

100 ICSID sözleşmesi m.25/1.

101 Bu yönde yapılan talep, Genel Sekreterlikçe hızlı bir şekilde uyuşmazlığın diğer tarafına iletilir. Başkan, söz konusu talebin kendisine ulaşmasından itibaren 30 gün içinde Komisyon'un oluşturulmasına çalışır. Gerekli olan ölçüde ve mümkün olduğunca taraflara da danışılarak Komisyon oluşturulur. ICSID Conciliation Rules m.10.

102 ICSID Conciliation Rules m.6.

103 ICSID Conciliation Rules m.6.

Arabulucuların sayısına veya atanma yöntemine ilişkin taraflarca yapılmış bir anlaşmanın bulunmaması halinde ise, ICSID sözleşmesinin 29/2(b) hükmüne göre, iki arabulucunun her iki tarafça ayrı ayrı, birinin ise karşılıklı anlaşma ile Komisyon Başkanı olarak atanacak şekilde toplam üç arabulucudan oluşan bir Komisyon teşekkül eder. Arabuluculuk talebinde bulunan uyuşmazlık tarafı, karşı tarafa arabuluculuk talebinde bulunulmasını izleyen on gün içinde arabulucuların sayısı ve atanma yöntemi konularında bir belirleme yapılması için teklif götürebilir. Teklifte bulunulan taraf, bu teklifi uygun görebilir veya ikinci bir olasılık dâhilinde, arabulucuların sayısı ve özel bir atanma yöntemine ilişkin yeni teklif ortaya koyabilir[104]. İkinci olasılığın söz konusu olduğu durumlarda, yeni teklifin cevaplandırılması için yirmi günlük bir süre öngörülmüştür. Bu sürenin niteliği doktrinde, "yatıştırma süreci (cooling-off period)" olarak ifade edilmiştir[105]. Belirtilmelidir ki, her iki olasılık çerçevesinde yapılacak olan bildirimler herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Yalnızca ikinci olasılık bakımından, bildirimin bir kopyasının Genel Sekreterliğe iletilmesi gereklidir[106].

Talebin uygun bulunarak kaydedilmesinden itibaren altmış gün sonra dahi taraflarca Komisyonun oluşumuna ilişkin bir anlaşma yapılmamış ise, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 6.maddesinde öngörülen genel atanma usulünü kabul ettiklerini Genel Sekreterliğe bildirebilirler. Bu durumda Komisyon, genel hükümlerdeki usul ekseninde oluşturulacak ve Genel Sekreterlik, söz konusu durum hakkında tarafları bilgilendirecektir[107].

Arabulucuların kim veya kimler olduğu ile arabulucuların atanma usulü konusunda taraflarca anlaşma bulunan hallerde, söz konusu sayı ve usul öncelikle Genel Sekreterliğe bildirilir. Bu aşamanın ardından önemli olan, arabulucunun atamayı kabul bildirimidir. Atanması düşünülen arabulucunun, bildirime cevap verme süresi onbeş gün olarak belirlenmiştir. Belirtilen süre içinde atamayı kabul etme konusunda başarısızlık gösteren arabulucunun seçimi acilen taraflara bildirilir. Bu durumda, Genel Sekreter ve uygun ise Başkan, arabuluculuk sürecinin aksamaması amacıyla başka bir arabulucunun görevlendirilmesi için harekete geçer[108].

104 ICSID Conciliation Rules m.8

105 Araving Garesh, "Cooling Off Period (Investment Arbitration)", Max Planck Institute Luxemburg of International Law and Dispute Resolution (2017); Javier Jaramillo Troya, *Cooling-off Periods in Investment Treaty Arbitration: An Opportunity to Negotiate or a Mere Formality? Views from a Negotiation Perspective* (2014) Harvard Law School Master of Laws Class; Martina Polasek, "The Consultation Period Requirement In Investment Treaties As a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure*"* (2006) 23(1) News From ICSID 14,17; Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil Yayın, 2006); Richard Deutsch, "An ICSID Tribunal Denies Jurisdiction for Failure to Satisfy BIT's "Cooling-Off" Period; "Further Evidence of a Sea Change in Investor-State Arbitration or a Meaningless Ripple?" (2010) (33) Hous. J.Int'l L. 589,594; Polat (n 57) 138.

106 ICSID Conciliation Rules m.8.

107 ICSID Conciliation Rules m.8.

108 ICSID Conciliation Rules m.9.

Komisyon, Genel Sekreterlikçe atanması için teklif götürülen tüm arabulucuların atamayı kabul ettiklerine dair yapacağı bildirim ile oluşmuş ve arabuluculuk sürecinin başlamış olduğu kabul edilir[109].

a. Komisyonun Teşkil Edilmesinden Sonra Arabulucunun Değişmesi

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde arabulucu kilit bir role sahiptir[110]. Bu nedenledir ki, arabuluculuk sürecinin devamında uyuşmazlığın çözümünde son derece önemli bir işlev gösteren arabulucuların etkinliklerinin korunması adına, taraflara bir takım yetkiler verilmiştir.

Arabulucu, Komisyonun oluşturulması ve arabuluculuk sürecinin başlaması sonrasında değiştirilebilir. Her bir tarafın belirlediği arabulucuyu değiştirebileceği gibi, karşılıklı anlaşma yoluyla arabuluculardan birinin de değiştirilmesi mümkündür[111]. Arabulucunun ölümü, uyuşmazlığın çözümündeki yetersizliği, istifa etmesi[112] veya taraflarca görevden alınması[113] gibi durumlar, arabulucunun değiştirilmesine neden olan hallerdir. Bu durumda yeni arabulucunun atanması, Arabuluculuk Kurallarındaki usul kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirilecektir.

b. Komisyonda Boşluğun Bulunması Halinde ICSID Arabuluculuk Kuralları Uyarınca İzlenmesi Gereken Usul

Arabulucunun görevden alınması, ölümü, yetersizliği veya istifası nedeniyle arabulucu işlevini sürdüremeyen kişi, Komisyonda bir boşluk oluşmasına neden olur. ICSID Arabuluculuk Kurallarının 16.madde hükmüne göre, bu gibi durumlarda Genel Sekreter, gerekli görülen hallerde Komisyonun değişime rızasını da belirterek İdari Konsey Başkanı'nı gecikmeksizin Komisyonun yapısında oluşan boşluk hakkında bilgilendirir[114]. Yapılan bu bildirime bağlı olarak, Komisyondaki boşluk doldurulana kadar arabuluculuk süreci askıya alınır.[115]

Arabulucunun görevden alınması, ölümü, yetersizliği veya istifa etmesi ile ara verilen arabuluculuk süreci, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 17.maddesinin

109 Komisyonun ilk devresinde veya daha öncesinde, her bir arabulucunun bir bildiri imzalayacağı öngörülmüştür. Komisyonun birinci devresinde veya daha önceki bir zaman diliminde bildiride bulunmayan arabulucular, istifa etmiş sayılırlar. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.13/2.

110 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta, 2016).

111 ICSID Conciliation Rules m.14.

112 İstifa eden arabulucu, istifa beyanını Arabuluculuk Komisyonu üyelerine ve Genel Sekreterliğe bildirmelidir. Taraflardan biri tarafından atanan bir arabulucunun istifa etmesi söz konusu ise, Komisyon istifa sebebini dikkate alarak istifa edilmesine rıza gösterip göstermeyeceği yönündeki kararını veriri. Genel Sekreterlik istifa durumundan haberdar edilir. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.15.

113 Arabulucunun görevden alınması yönündeki karar, bu yönde yapılacak olan teklifin Başkan'a ulaşmasından itibaren 30 gün içinde verilir. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.15.

114 ICSID Conciliation Rules m.16.

115 ICSID Conciliation Rules m.16/2.

2.fıkrasında belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, birinci arabulucunun atanma usulü ışığında ("mutatis mutandis[116]") yürütülür[117].

Madde 17/2 hükmünde belirtilen istisnai hallerde ise, İdari Konsey Başkanı Arabuluculuk Panelinde yer alan liste ile sınırlı kişiler arasından arabulucu seçimine karar verebilir. Bu istisnai hallerden ilki, taraflarca atanmış bir arabulucunun Komisyonun rızası olmaksızın istifa etmesidir. İkincisi ise, arabulucunun değişmesini gerektiren hallerden birinin Komisyonda oluşturduğu boşluğun, taraflardan birinin talebini ve Genel Sekreterlikçe yapılan bildirimi takiben ve bildirimden itibaren kırk beş gün içinde yeni bir arabulucu ataması yapılmaması veya yapılan atamanın kabul edilmemesidir[118].

Komisyondaki boşlukların doldurulmasını takiben arabuluculuk süreci, adeta kaldığı yerden devam eder. Yenilenen komisyon, önceki süreçte tamamlanan oturumların tamamen veya belirli bir kısmından itibaren yeniden yapılmasını talep edebilir[119].

3. Arabuluculuk Komisyonu'nun Çalışma Usulü

Komisyon, oluşumunu takip eden altmış gün içinde veya tarafların belirleyecekleri başka bir zaman diliminde, ilk arabuluculuk oturumu için bir araya gelir. Oturum tarihleri, Komisyon Başkanı tarafından, komisyon üyelerinin ve Genel Sekreterliğin de fikirleri alınarak belirlenir. Komisyon Başkanı'nın bulunmadığı hallerde ise, oturum tarihi Genel Sekreterlikçe belirlenir[120].

Oturumun nerede yapılacağı, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 19.maddesinde belirtilmiştir. Madde hükmüne göre, taraflar oturumun yeri konusunda anlaşmış olmadıkça, Komisyon oturumları, Genel Sekreterlik tarafından Komisyon Başkanına danışılarak belirlenir. Tarafların belirlediği oturum yerinin Komisyon tarafından uygun bulunmaması ihtimalinde ise, oturum Merkezin belirlediği yerde yürütülür. Taraflar ve Komisyon üyeleri, oturumun hangi gün ve saatte yapılacağı hususlarında bilgilendirilir[121]. Ayrıca Komisyon oturumları, taraflarca aksi öngörülmedikçe, komisyon üyelerinin çoğunluğu ile gerçekleştirilir, kararlar da üye tam sayısının çoğunluğu ile alınır[122].

116 "Gerekli değişikliklerin yapılması kaydıyla" anlamına gelir. Bkz. Polat (n 57) dipnot 377.

117 ICSID Conciliation Rules m.17/1.

118 ICSID Conciliation Rules m.17/2.

119 ICSID Conciliation Rules m.17/3.

120 ICSID Conciliation Rules M.20; Komisyon başkanının süreç yönetiminde yetersiz kaldığı hallerde ise, Komisyon Başkanı'nın görev tanımına giren işler, diğer Komisyon üyeleri tarafından yürütülür. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.24.

121 Uyuşmazlık taraflarından her birinin temsilci veya avukat aracılığıyla temsil edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, yetkilendirilen temsilci veya avukatın bilgileri mümkün olan en kısa süre içinde Genel Sekreterliğe bildirilmelidir. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.25.

122 ICSID Conciliation Rules m.21.

Komisyon görüşmeleri gizli olarak yürütülür. Aksi öngörülmediği sürece, tarafların temsilcileri hariç olmak üzere, uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan herhangi bir üçüncü kişi arabuluculuk oturumlarına katılamaz[123]. Yatırım uyuşmazlıkları gibi önemli ve büyük projelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tarafların ticari itibarlarının sarsılmaması açısından gizlilik, uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünün karakteristik özelliklerinden biridir[124].

Gizlilik ilkesinin bir diğer görünümü ICSID sözleşmesinin 35.maddesinde yer alır. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, arabuluculuk sürecinin tarafları, Komisyonun arabuluculuk raporuna, tavsiyelerine veya karşı tarafın süreç içinde beyan ettiği görüşlerine ve önerilerine dayanarak dava açamaz.

Genel olarak arabuluculuk usulü, beş aşamadan oluşur. Bunlardan ilki hazırlık görüşmeleri safhasıdır ("preperation phase"). Arabuluculuğun bir uzlaşma süreci niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, oturumlar öncesinde ve Komisyonun oluşturulmasından sonra mümkün olan en kısa süre içinde Başkan, usule ilişkin konularda tarafları görüşmeye çağırabilir. Komisyonun oluşturulması sonrasında, otuz gün veya Başkan tarafından ayarlanacak daha uzun bir süre içinde, tarafların her biri uyuşmazlıkla ilgili yazılı beyanda bulunmaya çağırılabilir[125]. Bu davette, hazırlık görüşmelerinde uygulanacak usule ilişkin bir takım konular hakkında taraflarla görüş alışverişinde bulunulur[126]. Ayrıca bu safha, tarafların arabuluculuk sürecinin yönetiminde etkin rol oynayacak olan arabulucular ile iletişim kurmasına imkân verir. İlgili davet bu yönüyle adeta arabuluculuk sürecine hazırlık niteliğindedir[127].

İkinci safha, arabulucunun taraflarla teker teker bir araya geldiği (ex parte communications) ve her bir tarafa uyuşmazlığın içindeki durumunu açıklama imkânı verilen ilk oturum safhasıdır ("opening phase")[128]. Bu aşamada yapılan tek taraflı görüşmeler, arabuluculuk sürecinin temel karakteristik özelliklerinden biridir, ayrıca başarılı bir sürecinin geçirilmesi bakımından da oldukça önem arz eder[129].

123 ICSID Conciliation Rules m.22.

124 Nitschke (n 11) 17; Khalifa (n 27) 3; Polat (n 57) 145.

125 ICSID Conciliation Rules m.33.

126 Khalifa (n 27) 4; Nitschke (n 11) 12; Taraflarla yapılacak ön görüşmede; oturumun yapılması için gereken üye tam sayısı, süreç esnasında taraflarca ileri sürülecek yazılı bildirim ve deliller, uyuşmazlığın diğer tarafına gönderilecek örnek sayıları ile oturumların kayıt usulü konuları değerlendirilecektir. Bu konular arasında, sürecin yürütüleceği dil veya diller de yer alır. Taraflar, sürecin kararlaştırdıkları bir dil veya birden fazla dil üzerinden yürütülmesine karar verebilir Ancak kararlaştırılan dil, Merkezin resmi dilleri arasında bulunmuyorsa Genel Sekreterliğin onayı gerekir. Dil konusunda anlaşmaya varılamaması ihtimalinde ise, Merkezin resmi dillerinden birisi seçilebilir. Bkz. ICSID Conciliation Rules M.28; Tarafların arabuluculuk usulüne dair yaptıkları anlaşma ise, İdari ve Mali düzenlemelerde aksi düzenlediği müddetçe uygulanabilir. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.27.

127 Khalifa (n 27) 4.

128 Khalifa (n 27) 5.

129 Khalifa (n 27) 5.

Üçüncü safha ise, keşif safhasıdır ("exploration phase"). Bu aşamada, taraflar için uyuşmazlık sürecindeki önemli noktalar tanımlanır. Uyuşmazlığa sebebiyet veren konular, tarafların menfaatleri ve ihtiyaçları doğrultusunda açıklığa kavuşturulur.

Dördüncü safha, müzakere safhasıdır. Arabulucu bu aşamada, her bir tarafın anlaşamadığı noktaları ve önerdikleri çözüm yöntemlerini de dikkate alarak, uyuşmazlığın çıktığı noktaların detaylı incelemesini yapar. Böylelikle, uzlaşıyı sağlamak adına adeta tüm anlaşmazlıkları bir taslak etrafında birleştirir[130]. Arabuluculuk sürecinde tarafların iyi niyet kuralları ışığında işbirliği içinde bulunmaları esastır. Komisyonun işlevini başarılı bir şekilde yürütebilmesi, ancak tarafların Komisyonun tavsiyelerini ciddiye almaları ile olur. Taraflar, sürecin aksamaksızın ilerlemesini temin etmek amacıyla Komisyonca istenen uyuşmazlıkla bağlantılı tüm bilgi ve belgeleri iletmeli[131]; tanık ve bilirkişiye başvurulması gerekiyorsa bu kişilerin bulunmasını sağlamalıdır. Komisyon tarafından belirlenen zaman sınırlamalarına uymalı, Komisyonca yürütülen müzakere aşamalarını zorlaştırmamalıdırlar[132].

Son safha ise, tamamlayıcı safhadır ("concluding phase"). Bu aşamada, taraflar anlaşmaya varmış olsun veya olmasın bir "Arabuluculuk Raporu" yayınlanır. Rapor içeriği itibariyle, tarafları tatmin edecek ölçüde detaylandırılmalı, uyuşmazlık konusu olan tüm konuları içermeli ve icra edilebilir olmalıdır[133]. Bu aşamada hazırlanacak olan yazılı rapor, somut uyuşmazlık ilişkisini, uyuşmazlığın içinde bulunduğu koşulları değerlendiren ve taraflara uzlaşmaya varmalarına ışık tutacak çözüm önerilerini içerir[134]. Belirtilmelidir ki, ticari itibarın ve sürece duyulan güvenin sarsılmaması adına, taraflar aksine izin vermediği sürece arabuluculuk raporunun yayınlanması mümkün değildir[135].

4. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi: Uzlaşma Aşaması

Yatırım uyuşmazlıklarında, milletlerarası usul hukuku bakımından önemli olan bir diğer nokta, verilen kararların bağlayıcılığıdır. Arabuluculuk raporunun bağlayıcılığı konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, arabuluculuk sürecini sonlandıran Komisyon raporu, tarafları bağlayıcı niteliktedir. Bu görüşe göre, ICSID Arabuluculuk Kuralları veya sözleşme aksini açıkça belirtmemiş olsa dahi, yayınlanan arabuluculuk raporu bağlayıcı olmalıdır[136].

130 Khalifa (n 27) 6.

131 Uyuşmazlığın çözümünde aranacak olan bu "destekleyici belgeler", ilişkili olduğu araçlarla ve belirlenen zaman zarfında dosyalanır. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.29.

132 ICSID Conciliation Rules m.31.

133 ICSID Conciliation Rules m.37-38; Khalifa (n 27) 5.

134 Raporun içermesi gereken unsurlar için bkz. ICSID Conciliation Rules m.38.

135 Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, (2001) Cambridge University Press; Polat (n 57) 158.

136 Bu görüşte bulunan yazarlar hakkında bkz. Schreuer (n 135) 451.

Buna karşılık diğer görüş, verilen raporun icrasını sağlayabilecek zorunlu bir icra mekanizmasının ICSID Arabuluculuk Kurallarında öngörülmediğini savunur[137]. Kural olarak, arabuluculuk sürecinin sonunda verilen Komisyon bildirisi, hukuki niteliği itibariyle karar statüsünde değildir. Bu nedenle, ICSID Arabuluculuk Kuralları ışığında verilen raporun bağlayıcı olması bir seçenek olarak görülmemelidir[138]. Buna bağlı olarak verilen kararlar, ICSID sözleşmesinin 54.maddesi uyarınca öngörülen tanıma ve tenfizine ilişkin düzenlemeler kapsamında değerlendirilmemelidir[139].

Kanaatimizce, ICSID arabuluculuk sürecini, tahkim yargılamasından ayıran karakteristik özellikler arasından en önemlisi, verilen raporun bağlayıcı olmamasıdır. Bu durum, arabuluculuk usulünün esnek ve tarafların iradeleri üzerine temellendirilmiş olmasından kaynaklanır. Verilen raporun niteliği, tarafların bildirilen Komisyon raporu doğrultusunda davranmaya yönlendiren bir öneri niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Taraflar bu öneri ışığında Komisyon kararını içeren rapora mümkün olan ölçüde uymalıdır. Arabuluculuk sürecine duyulan güvenin sarsılmaması, ICSID Arabuluculuk Kurallarında öngörülen usule istinaden uyuşmazlığın çözümü, tarafları verilen raporun doğruluğuna inanması ve verilen karar doğrultusunda hareket etmeleri bakımından önemli olan faktörlerdir. Aksinin kabul edilmesi, arabuluculuk kurumunun niteliği ile örtüşmeyeceği gibi, tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk yöntemiyle çözme konusundaki iradelerine de uymayacaktır. Yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümünün tercih edilmemesine, sürecin para ve zaman kaybı olarak görülmesine neden olur. Bu nedenlerle, arabuluculuk sürecini yürütecek olan Komisyonun seçimi oldukça önemlidir. Her iki uyuşmazlık tarafınca kararlarına güven duyulan, alanında uzmanlaşmış bir kimsenin seçilmesi, verilen karar doğrultusunda hareket etmeyi teşvik edecektir. Ancak raporun bağlayıcı olmayışı, tarafların hiçbir şekilde sürecin sonunda verilen arabulucu raporuna bağlı olmayacakları anlamına gelmez.

ICSID Arabuluculuk Kurallarının giriş kısmında açıkça, arabuluculuk sürecine karşılıklı olarak gösterilen rızanın, arabulucuların tavsiyesine gereken önemin gösterilmesini zorunlu kılan bağlayıcı bir anlaşmanın tesis edildiğini belirtir[140]. Nitekim verilen kararların tamamen bağlayıcı olmayacağını kabul etmek, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 32.madde hükmü ile de bağdaşmaz. Taraflar arasında uzlaşı sağlanan noktalara, arabulucunun görüşleriyle birlikte yer verildiği rapora ilişkin 32/3. maddeye göre, her imzanın tarihi de belirtilerek söz konusu rapor, her

137 Bazı kurum kuralları, bağlayıcılık probleminin çözümü için model arabuluculuk klozu koymaktadırlar. Bkz. Khalifa (n 27) 6.

138 R. Rayfuse, *ICSID Reports: Reports Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, (1994) 2 Cambridge University Press; Khalifa (n 27) 6.

139 Mutlu Dinç, "ICSID Tahkim Sistemi ve ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası" (2016) 11(120) Terazi Hukuk Dergisi 83,96.

140 ICSID sözleşmesinin giriş kısmı için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/documents/icsiddocs/icsid%20convention%20english.pdf> Erişim Tarihi 21 Aralık 2018.

bir komisyon üyesi tarafından imzalanmalıdır[141]. Bu durumda, raporun her ne kadar ICSID sözleşmesinin 54.maddesi[142] ile hakem kararlarına tanınan statüye ulaşması mümkün değilse de, aynı zamanda Komisyon üyelerinin de imzalarının bulunduğu bir belgenin hiçbir etkisinin bulunmadığını söylemek mümkün olmadığı gibi arabuluculuk sürecini de etkisizleştirecektir.

Kanaatimizce, tarafların ve komisyon üyelerinin imzalarını taşıyan her arabuluculuk raporunun, sürecin tahkime veya yerel yargı sistemlerine havalesi gibi durumlarda kesin delil niteliğini taşıdığını kabul etmek gerekir[143]. Uzlaşıya varılan ve uyuşmazlığın giderildiği noktaların kolaylıkla ispatının mümkün olduğu bu rapordaki aynı konulara istinaden yargılama sürecinin uzatılması, çelişkili davranış yasağının ihlal edilmesi anlamına gelen "estoppel doktrini[144]"ne de ters düşer. Nitekim UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarının 13. Maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre de, arabuluculuk süreci sonunda verilen ve tarafların olduğu kadar arabulucunun da imzasını içeren raporun bağlayıcı nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Düzenlemeye göre taraflar, *"arabulucu raporundan doğacak her türlü uyuşmazlık hakkında tahkim yargılamasına başvurulacağı"*na ilişkin bir kloz ekleyebilirler[145].

Arabuluculuk usulü sonrasında verilen kararın bağlayıcı etki kazanmasının diğer bir ihtimali ise, tarafların önceden akdedilen bir anlaşmayla süreci sonlandıran arabulucu tavsiyesinin bağlayıcı etkisini peşinen kabul etmelerinde görülür[146]. ICSID sözleşmesinin son taslağında bu imkana yer verilmemiş olmasına rağmen, tarafların böyle bir anlaşma yapmalarının önünde bir engel de bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin ilk düzenleme, ICSID sözleşmesinin ön taslağında yer almıştır. Burada yer alan düzenlemeye göre, arabuluculuk kararlarının bağlayıcılığı, "taraflarca aksi yönde bir anlaşma yapılmış olmaması" şartına tabi tutulmuştur.[147]. Ancak belirtilmelidir ki

141 ICSID Conciliation Rules M.32/3: *"The report shall be signed by the members of the Commission; the date of each signature shall be indicated. The fact that a member refuses to sign the report shall be recorded therein."*

142 ICSID sözleşmesi m.54.

143 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/2.maddesi uyarınca, "*...tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır."* Kanunun 18/2.maddesine göre ise, *"...taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir..."* Kanun metni için bkz. RG. 22.06.2012/28331.

144 Estoppel doktrini hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Stanley HENDERSON**, "**Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine" (1969) 78(3) Yale Law Journal 343,387.

145 UNCITRAL Conciliation Rules m.13; *"...(2) If the parties reach agreement on a settlement of the dispute, they draw up and sign a written settlement agreement.** If requested by the parties, the conciliator draws up, or assists the parties in drawing up, the settlement agreement. (3) The parties by signing the settlement agreement put an end to the dispute and are bound by the agreement..."*

146 Christoph Schreuer/ Loretta Malintoppi/ August Reinisch/ Anthony Sinclaır, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press 2013).

147 Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf> Erişim Tarihi 21 Aralık 2018.

bu ihtimalde dahi anlaşma, bağlayıcı nitelikteki arabulucu önerilerine nihai ve icrai kabiliyeti olan bir hakem kararı statüsünü kazandırmaz.

Bunun sonucu ise özellikle kendisini tenfiz alanında gösterir. Bağlayıcı niteliğe bürünen arabulucu kararları, ICSID sözleşmesinin 54.madde hükmünde yer alan tenfiz mekanizmasından yararlanamaz[148]. Kararın bağlayıcılığının sağlanması, ICSID sözleşmesinin 34/2.maddesi çerçevesinde taraflar arasındaki anlaşmaya tahkim klozu eklemek gibi yeni bir hukuki işlemin yapılmasını veya arabuluculuk süreci sonrasında taraflarca yeni bir hukuki sürecin başlatılmasını gerektirir[149].

B. ICSID Arabuluculuk Kuralları Işığında Çözümlenen Bazı Yatırım Uyuşmazlıkları

Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözümlenen uyuşmazlıkları, en eski tarihliden en güncel olana doğru şu şekilde sıralayabiliriz:

1- SEDITEX Mühendislik Tekstil Endüstrisi Danışmanlık Şirketi. v Demokratik Madagaskar Cumhuriyeti (ICSID Case No. CONC/82/1) (05.10.1982).
2- Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago (ICSID Case No. CONC/83/1) (26.08.1983).
3- SEDITEX Mühendislik Tekstil Endüstrisi Danışmanlık Şirketi v Madagascar (ICSID Case No. CONC/94/1) (13.06.1994).
4- TG World Petroleum Limited v Republic of Niger (ICSID Case No. CONC/03/1) (08.12.2003).
5- Togo Electricité v Togo Cumhuriyeti (ICSID Case No. CONC/05/1) 25.05.2005
6- Shareholders of SESAM v Central African Republic (ICSID Case No. CONC/07/1) (13.08.2007).
7- RSM Production Corporation v Kamerun Cumhuriyeti (ICSID Case No. CONC/11/1) (19.10.2011).
8- Ekvator Ginesi Cumhuriyeti v CMS Energy Corporation ve diğerleri (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2) (29.06.2012).
9- Société d'Energie et d'Eau du Gabon v Gabon Cumhuriyeti (ICSID Case No. CONC/18/1) (30.03.2018).

Uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümüne ilişkin olarak ICSID'e yapılan başvurular esas olarak ICSID Arabuluculuk Kurallarına ve ICSID sözleşmesine istinaden yürütülmüştür. Yukarıda listesi verilen uyuşmazlıklar, ICSID arabuluculuk usulünün tercih edildiği ve karara bağlanan uyuşmazlıklardır. Karara bağlanmamış uyuşmazlıklara ise, çalışmamızın karar incelemesi kapsamında

148 Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair (n 146) 450.

149 Linda Reif, "Conciliation As a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes" (1990) 14(3) Fordham International Law Journal 578,638.

değerlendirilmemiştir[150]. Çalışmamız kapsamında değerlendirilen karara bağlanmış uyuşmazlıklar arasından, yatırım uyuşmazlıkları bağlamında oldukça önemli bir yere sahip olan "Tesoro Petrolum Corporation v Trinidad Tobago" uyuşmazlığı incelenmiştir. Söz konusu uyuşmazlık haricinde kalan karara bağlanmış uyuşmazlıklar için ise arabuluculuk süreci etkili olamamış ve yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümü bakımından herhangi bir olumlu sonuç elde edilememiştir. Örneğin, "RSM Production Corporation v Republic of Cameroon[151]" uyuşmazlığında, yabancı yatırımcı statüsündeki "RSM" şirketi, akdedilen enerji sözleşmesindeki ICSID arabuluculuk klozuna istinaden arabuluculuk sürecini başlatmıştır.

Arabuluculuk süreci boyunca, tarafların temsili avukatlar aracılığıyla gerçekleştirilmiş, Komisyon ise; üç arabulucudan oluşacak şekilde teşekkül etmiştir[152]. Arabuluculuk süreci İngilizce ve Fransızca olmak üzere, iki dilin hâkimiyetinde gerçekleştirilmiştir.

Arabuluculuk sürecinin başlaması ve Komisyonun oluşumundan kısa bir süre sonra Kamerun Cumhuriyeti, RSM ile anlaşarak üçüncü bir kişinin arabuluculuk sürecine dâhil edilmesi için talepte bulunmuştur. Ancak Komisyon, her iki tarafın bu yöndeki yazılı beyanlarını talep anında veya öncesinde iletmemesi nedeniyle başvurularını reddetmiştir.

Süreç kapsamında gerçekleştirilen oturumlar dört gün boyunca Paris'te yapılmıştır. Arabuluculuk Komisyonu, "tarafların uzlaşıya varma ihtimallerinin bulunmaması" gerekçesiyle arabuluculuk sürecini sonlandırmıştır[153]. Anlaşmazlığa ilişkin rapor, 13 Haziran 2013 tarihinde yayınlanmıştır.

Başarısızlıkla sonuçlanan arabuluculuk sürecini takiben, 1 Temmuz 2013 tarihinde RSM şirketi, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi için gerekli başvurularda bulunmuştur. Tahkim yargılamasına havale edilen uyuşmazlıktaki başlıca nokta, Kamerun Cumhuriyetinin Douala'da bulunan "Logbaba" doğal gaz alanının keşfi için İngiliz şirkete tanıdığı beş yıllık imtiyazdır. Bu imtiyaza bağlı olarak, Kamerun Cumhuriyetinin belirlenen sabit fiyat anlaşmasını ihlal etmesi, RSM şirketi tarafından ileri sürülen konular arasındadır[154].

150 Devam eden ICSID arabuluculuk uyuşmazlıkları hakkında bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

151 RSM Production Company v Republic of Cameroon (ICSID Case No ARB/13/14) bkz. <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/14&tab=PRD> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

152 Yatırımcı RMS şirketi, ABD vatandaşı J. Calebs Bogs III isimli arabulucuyu, ev sahibi devlet ise, Fransız Jean-Pierre Ancel'ı atamışlardır. Komisyon başkanı olarak ise, İsviçreli bir diplomat olan Marino Baldi seçilmiştir. Bkz. CIL <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2017/10/Conciliation-Background-Paper.pdf> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

153 ICSID Conciliation Rules m.30/2-34.

154 Bkz.https://www.arbitration-icca.org/media/2/13995552706500/cameroon_arbitration_updates.pdf, Erişim Tarihi 20 Aralık 2018.

"SEDITEX v Madagascar[155]" uyuşmazlığının ise, ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözümlenmesi için 1994 yılında başvuruda bulunulmuştur. Taraflar arasında imzalanan tekstil sözleşmesindeki bir koşula istinaden, arabuluculuk sürecinin Fransızca hâkimiyetinde sürdürüleceği bildirilmiştir. Komisyon ise, üç arabulucudan oluşacak şekilde oluşmuştur.

Arabuluculuk sürecinin başarıyla ve uzlaşıyla sonuçlandırılması amacıyla Komisyon Başkanı, uzlaşmayı sağlayacak etkenlerin neler olabileceği konusunda her bir tarafın önerisini gizli bir şekilde almış, yönelttiği soruların cevaplandırılmasını istemiştir. Verilen cevaplar doğrultusunda ise, Komisyon tarafından bir anlaşma taslağı oluşturulmuştur. Ancak tarafların ısrarcı olduğu uyuşmazlık konularındaki fikir ayrılıkları, Komisyonu ikinci bir görüşme yapmaya yöneltmiştir. Bunun üzerine yapılan ikinci oturum sürecinde, uzlaşmanın sağlanamadığı ve birer soru işareti olarak kalan noktalar üzerinde incelemeler yapılmıştır.

Sürecin sonunda, tarafların yapılan ikinci oturumdan itibaren otuz gün içinde uzlaşı sağlama ihtimallerinin bulunmadığına karar verilmiştir. Uyuşmazlık, anlaşmamaya yönelik rapor ile 19 Temmuz 1996 tarihinde sonlanmıştır[156].

2012 yılında, ICSID uyuşmazlıkları bakımından önemli bir dönüm noktası olan karar "Republic of Equatorial Guinea v CMS Energy Corporation[157]" hakkındadır. İlk defa bir devlet, söz konusu uyuşmazlıkta, akdedilen enerji sözleşmesindeki ICSID Arabuluculuk Kurallarına başvuru klozuna dayanarak, arabuluculuk sürecinin başlaması için ilk adımı atmıştır.

Söz konusu karara konu olan olaydaki muhatap, Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulan "CMS Enerji" isimli bir anonim şirkettir. Arabuluculuk sürecinde CMS şirketi ile Ekvator Ginesi, karşılıklı anlaşma suretiyle tek bir arabulucu tayin etmiştir[158].

Arabulucu, ilk oturumu New York'ta gerçekleştirmiştir. Taraflardan her biri, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 33.maddesine uygun olarak yazılı beyanlarını iletmişlerdir. Beyanların teatisini takiben, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 30/4(c) madde hükmüne istinaden, uyuşmazlıkla bağlantılı olan bir yerin ziyaret edilmesi için iki günlük bir ziyaret gerçekleştirmiştir.

Yapılan ziyaretin sonrasında taraflar, uyuşmazlık içindeki pozisyonlarını açıklayan ikinci yazılı beyanda bulunmuşlardır. Bunu takiben ise, New York'ta üç gün sürecek olan oturuma hazırlanmışlardır.

155 Sedıtex Engineering Beratungsgesellschaft für dieTextilindustrie m.b.H. v Madagascar (ICSID Case No. CONC/94/1) <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=CONC/94/1&tab=PRO>, Erişim Tarihi 7 Aralık 2018.

156 Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair (n 146) 447.

157 *Republic of Equatorial Guinea v CMS Energy Corporation and others* (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2), <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=CONC(AF)/12/2)> Erişim Tarihi 20 Aralık 2018.

158 Tayin edilen arabulucu, Meksika vatandaşı olan Claus von Wobeser'di. Bkz. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2017/10/Conciliation-Background-Paper.pdf> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

Oturumun yapılmasından on ay sonra arabuluculuk süreci, "taraflar arasında uzlaşıya varma ihtimalinin bulunmadığı" kanaati ile yayınlanan arabulucu raporu ile sonlanmıştır.

1. Tesoro Petrolum Corporation v Trinidad and Tobago

a. Uyuşmazlığın Arka Planı

"Tesoro Petrolum Corporation v Trinidad ve Tobago[159]" uyuşmazlığı, 1968 yılında petrol alanlarının geliştirilmesi amacıyla kurulan bir ortak girişimden doğmuştur. Trinidad, Tesoro ve Tobago, Trinidad bölgesindeki petrol alanlarının ihya edilmesi için "British Petroleum Company Limited" isimli şirketin yarı oranda hissedarlığını alarak, "Trinidad-Tesoro Petroleum Company Limited" isimli şirketi kurmuşlardır.

Kurulan ortak girişim ile bağlantılı olarak, taraflar akdedilen sözleşmenin başlıca konularının kapsamlı olarak düzenlendiği bir Esas Anlaşma ("Heads of Agreement") imzalamışlardır. Yapılan bu anlaşmaya göre, söz konusu anlaşmanın yürürlük tarihinden itibaren 5 yıllık bir süre zarfı boyunca, taraflara hiçbir şekilde kar payı ödemesi yapılmayacağı kararlaştırılmıştır.

Trinad-Tesoro şirketinin ilk 5 yıllık faaliyet süreci içinde, anlaşmada öngörüldüğü şekilde herhangi bir temettü dağıtımı gündeme gelmemiştir. Beş yıllık sürenin bitimine denk gelen 1980 yılından itibaren ise, temettü dağıtımına başlanmıştır. Bu doğrultuda, 1/3 ve daha sonraki yıllarda 1/2 oranlarındaki temettülerin dağıtımı gerçekleştirilmiştir.

1981 yılında ise, Tesoro şirketi ile hükümet arasındaki ilişkiler birkaç sebebe bağlı olarak gerginleşmiştir: Bu sebeplerden biri, hükümetin petrol fiyatlarını artırmasına yönelik olan petrol zammı uygulamasıdır. Uygulanan bu artışın, Tesoro şirketi tarafından kabul edilmediği yönünde yetkililere yapılan bildirim üzerine, hükümet tarafından şirketin faaliyetlerini önemli ölçüde etkileyen ve zarar oluşumuna neden olan davranışlarda bulunulmuştur.

Uyuşmazlığı tetikleyen önemli bir diğer sebep ise, 1982 yılında Tesoro, Trinidad-Tesoro'nun hisselerini devretme niyetinden kaynaklanmıştır. Taraflar arasında akdedilen Anlaşmaya göre, Tesoro şirketi hisse devirleri gerçekleştirilmeden, hisse alımını öncelikle hükümete sormalıdır. Diğer bir ifadeyle, hükümetin şirketin hisselerini satın alma ihtimaline karşı çıkan uyuşmazlık, ICSID arabuluculuk sürecinin başlamasına zemin hazırlamıştır. Özetlemek gerekirse, arabuluculuk sürecini başlatan uyuşmazlık temettü dağıtımının engellenmesi ile ortak girişim hissedarlığını bozulması ve buna bağlı olarak Tesoro'nun hisselerini satışa çıkarmasından kaynaklanmıştır.

159 *Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago* (ICSID Case No. CONC/83/1), <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=CONC/83/1&tab=PRO> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

b. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması: Arabuluculuk Talebi

22 Ağustos 1983 tarihinde ICSID Genel Sekreterliğine bildirilen arabuluculuk talebiyle, ICSID arabuluculuk usulü başlatılmıştır. Yapılan talebin içeriğine, uyuşmazlığın kısa bir açıklaması, taraflar arasında akdedilen anlaşma ve ek belgeler eklenmiştir. Özü itibariyle talebin dayanağını, hükümetin taraflar arasındaki anlaşmaya istinaden net kazancın yarısının dağıtılacağı koşuluna aykırı olarak, temettü dağıtımını tavsiye eden Trinidad-Tesoro şirket yönetim kurulu üyelerinin oluşturulmasına izin vermediği iddiası oluşturmaktadır. Genel Sekreterlikçe, bildirilen talep 26 Ağustos 1983 tarihinde kayda alınmış ve aynı gün içerisinde taraflar talebin kaydı konusunda haberdar edilmiştir.

c. Arabuluculuk Komisyonunun Oluşturulması

"Tesoro Petrolum Corporation v Trinidad ve Tobago" uyuşmazlığında taraflar, tek bir arabulucunun atanması ve süreci yönetmesi üzerinde anlaşmışlardır[160]. Arabulucunun taraflarca belirlenen kişi olduğu, Genel Sekreterlikçe bildirilmiş ve Komisyon oluşumunu takiben arabuluculuk süreci başlamıştır[161]. Uyuşmazlığın üç veya daha fazla arabulucudan oluşan bir Komisyon yerine, tek bir arabulucu ile yürütülmesi, sürecin oldukça hızlı başlamasını sağlamıştır.

d. Hazırlık Görüşmeleri Aşaması

ICSID Arabuluculuk Kurallarının 20.maddesine istinaden, Komisyonun oluşumu ile birlikte 9 Mart 1984 tarihinde, Londra'da hazırlık görüşmeleri gerçekleştirilmiştir. Görüşmede, arabulucuların ücreti gibi bazı temel noktalar üzerinde görüş alışverişi yapılmış, sürece hâkim olacak dil belirlenmiş, taraflarca ileri sürülen belge ve bildiriler iletilmiştir. Oturumda, Tesoro şirketi, ICSID'in yargılama yetkisinin bulunduğunu kabul etmiş, hükümet ise ICSID yargılama yetkisine itiraz hakkını saklı tutmuştur[162].

23 Temmuz 1984 tarihinde, tarafların temsil edildiği bir durum değerlendirme toplantısı gerçekleştirilmiştir ("status conference"). Arabulucu öncelikle, hükümetin ICSID yargılama yetkisinin bulunmadığı yönündeki itirazını değerlendirmiş ve duruşma yapılmasına gerek olmadan tarafların yazılı beyanları üzerinden arabuluculuk sürecinin yürütülmesine karar vermiştir. Yapılan durum değerlendirme toplantısının sonunda, taraflardan her biri uzlaşıyı sağlayabilecek hususlar konusundaki görüşlerini bildirmek üzere tek tek görüşmeye davet edilmiştir.

160 Arabulucu olarak görevlendirilen kişi, uzun yıllar İngiltere'de hâkimlik yapan "Lord Wilberforce" isimli arabulucudur. Bkz. Lester Nurick/ Stephen J. Schnably, "The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago" (1986) 1 ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 340,353.

161 Bkz. ICSID Conciliation Rules m.6.

162 Hükümetçe yapılan yetki itirazının dayanakları, Tesoro şirketi tarafından iletilen dördüncü ek belgede uyuşmazlığın ICSID sözleşmesi uyarınca çözümleneceği klozunun bulunmadığı ve taraflar arasında akdedilen anlaşmada da böyle bir referansta bulunulmadığıdır. Bkz. Nurick/ Schnably (n 160) 347.

e. Arabuluculuk Sürecinin Sonlanması: Arabulucunun Tavsiyesi

Uyuşmazlığın detaylıca irdelenmesinin ardından, 1985 yılında arabulucunun verdiği tavsiye raporu ile süreç sonlanmıştır. Raporda, dördüncü ek belge ve esas sözleşmenin "açıkça" ICSID arabuluculuk klozunu içerdiği belirtilmiş olup, taraflarca ileri sürülen hususlar çerçevesinde, uyuşmazlığın esası bakımından incelemeler yapılmış ve (Tesoro tarafından yüzdelik miktarın da dâhil olduğu) bir taslak anlaşma metni önerilmiştir. Ayrıca, uyuşmazlık çıkaran diğer konular üzerinde de tavsiyelerde bulunulmuş ve ICSID Arabuluculuk Kuralları m.30 ile m.32 arasındaki usul takip edilerek arabuluculuk süreci sonlandırılmıştır. Bu sürecin sonunda, Trinidad Tobago hükümetine ve Tesoro şirketine 143 milyon dolar ödemede bulunulması gerektiğine karar verilmiştir. Bu karara karşı hükümet, kanun yollarına başvurma hakkını önceden saklı tutmasına istinaden, gerekli itirazlarda bulunma konusunda serbest kalmıştır[163].

Sonuç

Çalışmamız kapsamında, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına göre çözümü konusu incelenmiştir. Yatırım uyuşmazlıkları, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında, çoğu zaman ev sahibi devlete transfer edilmiş büyük çaplı ve uzun süreli bir projeden kaynaklanan uyuşmazlıkları içerir. Ticari uyuşmazlıklar ile karşılaştırıldıklarında, daha kompleks bir yatırım ilişkisi bulunur, yatırımcının üstlendiği ekonomik risk unsuru ön plandadır.

Yabancı yatırımların ve bu yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümü konusunda ICSID'e yapılan başvurular, büyük oranda uyuşmazlıkların tahkim yargılamasıyla çözümüne ilişkindir. Bunun yanında, uyuşmazlıkların bir yargılama sürecine girilmeksizin karşılıklı anlaşma sağlanarak çözümlenmesi ve uyuşmazlık taraflarının ticari itibarlarının sarsılmaması amaçlarıyla, yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk mekanizması takip edilerek çözümü de giderek tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir.

Temelinde, tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığı çözmesi bulunan arabuluculuk, ICSID sözleşmesinin 33.madde atfıyla özel olarak düzenlenen, ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden öngörülen özel bir yöntemdir. Sözleşme, arabuluculuk kavramını ifade eden "conciliation" terimini kullanmıştır. Kanaatimizce, "uzlaştırma" ve "arabuluculuk" birbirinin yerine geçen kavramlar olarak kullanılabilir. Çalışmamızda ise, bu terimin karşılığı olarak Türk hukukunda da bilinen bir kurum olması nedeniyle arabuluculuk teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

Konuya ilişkin kavramsal tartışmaların bulunması ve yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların, arabuluculuk ve tahkim yollarının kaynaşması ile çözümünün tercih edildiği "arabuluculuk-tahkim ("med-arb") mekanizmasının incelenmesi amacıyla, çalışmamızın diğer bir konusunu her iki mekanizmanın karşılaştırılması

163 Schreuer/ Malintoppi/ Reinisch/ Sinclair (n 146) 440.

oluşturmuştur. Tahkim yargılamasından farklı olarak arabuluculuk, her şeyden önce bir yargılama olmayıp, sürecin tarafların bulunacağı bir arabuluculuk talebi ile başladığı, esnek ve tarafların serbest iradelerinin önemsendiği bir süreç ile devam ettiği, arabulucunun tavsiye niteliğindeki kararı ile de son bulduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm sürecidir. Süreci sonlandıran arabulucu kararının bağlayıcı olmaması, ICSID arabuluculuk sürecini tahkim yargılamasından ayıran karakteristik özelliklerinden biridir. Arabuluculuk süreci sonunda verilen kararlar tavsiye niteliğindedir. Ancak taraflar Komisyonun önerisine, mümkün olduğu ölçüde uymalıdırlar. Arabuluculuk sürecine duyulan güvenin sarsılmaması adına ICSID Arabuluculuk Kurallarında öngörülen usulden ayrılmayarak uyuşmazlığın çözümlenmesi, tarafların verilen karar doğrultusunda hareket etmesi bakımından da önemlidir. Diğer yandan, verilen kararın tamamen bağlayıcı olmayacağını kabul etmek, arabuluculuk yoluyla yatırım uyuşmazlıklarının çözümünün tercih edilmemesine, sürecin para ve zaman kaybı olarak görülmesine neden olur. Yatırım uyuşmazlıkları gibi oldukça kompleks ve büyük çaplı uyuşmazlıklarda verilen arabulucu raporunun bağlayıcı olmaması söz konusu olumsuz etkileri daha da arttırır. Esas itibariyle, arabuluculuk sürecinin tamamen tavsiye niteliğinde ve herhangi bir bağlayıcılığı olmayan bir rapor ile sona erdiğini söylemek mümkün değildir. Öncelikle, sürecin sonunda bildirilen ve taraflarca da imzalanan bir raporun herhangi bir uyuşmazlık bakımından etkisiz olacağını söylemek mümkün değildir. Bunun yanında taraflar, sürecin sonunda verilecek olan raporun bağlayıcılığını önceden kabul ederek arabuluculuk sürecinin salt olarak para ve zaman kaybı olarak görülmemesi adına, oluşabilecek kayıpların önüne geçebilir. Ancak her hâlükârda, süreci yürütecek Komisyonun seçimi önem arz eder. Her iki tarafça kararlarına güven duyulan, alanında uzmanlaşmış bir arabulucunun seçilmesi, tarafları verilen karar doğrultusunda davranmaya teşvik edecektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

Abramson H, *Mediation Representation: Advocating in a Problem-Solving Process*, (3rd edn, Wolters Kluwer, 2013).

Berger KP, *Private Dispute Resolution in International Business, Negotiation, Mediation, Arbitration*, (Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 3rd edn, Wolters Kluwer Law& Business 2015).

Bishop D, *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*, JuricNet LLC (2009).

Black E, "History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others" (1968) 2(1).

Blankley K, "Keeping a Secret from Yourself? Confidentiality when the Same Neutral Serves both as Mediator and Arbitrator in the Same Case" (2011) 63(2) Baylor Law Review.

Bret AJ, "Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century" (2015) TDM.

Brett JM / Shapiro DL, "Comparing Three Processes Underlying Judgements of Procedural Justice: A Field Study of Mediation and Arbitration, Journal of Personality and Social Psychology" (1993) 65(6) 1167,1177.

Bush RB, "Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation" (1989) 41 University of Florida Law Review 253,286.

Coe J, "Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes- A Preliminary Sketch" University of California, (2007) 12(7) Davis 8,44.

Connerty A, *Manual od International Dispute Resolution, Commonwealth Secretariat* (2006).

De Jonk, VBED, "The new swiss-german treaty of arbitration and conciliation" <https://archive.org/stream/jstor-20659950/20659950_djvu.tx> Çevrimiçi 30 Kasım 2018.

Demir Gökyayla C/ Süral C, *"4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler"* (2004) 6(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131,168.

Deutsch R, "An ICSID Tribunal Denies Jurisdiction for Failure to Satisfy BIT's "Cooling-Off" Period; Further Evidence of a Sea Change in Investor-State Arbitration or a Meaningless Ripple?" (2010) (33) Hous. J.Int'I L. 589,594.

Dinç M, "ICSID Tahkim Sistemi ve ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası" (2016) 11(120) Terazi Hukuk Dergisi 83,96.

Dost S, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil Yayın 2006).

Egemen Demir I, *Uluslararası Tahkim Hukukunda Şemsiye Klozlar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (2007).

Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları,* (Yetkin Yayınları 2013).

Fabri HR; "The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute", Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo Kohen and Jorge Vinuales (eds), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Martinus Niljhoff Publishers 2013).

Franck S, "Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide" (2014) 29(1) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 66,89.

Garesh A, "Cooling Off Period (Investment Arbitration)", Max Planck Institute Luxemburg of International Law and Dispute Resolution (2017).

Gill L, "The Nature of Arbitration: The Blurred Line Between Mediatory and Judicial Arbitration Proceedings" (1988-1999) 39(2) Case Western Reserve Law Review 545,555.

Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013).

Golann D, "Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates"**,** ABA Section of Dispute Resolution (2009).

Greenberg S/ Kee C/ Weeramanthry R, *International Commercial Arbitration: An Asia Pacific Perspective* (Cambridge University Press 2011).

Hanaway M, *Co-Mediation: Using a Psychological, Paired Approach to Resolving Conflict***,** Corporate Harmony (2012).

Hollander Blumoff R/ Tyler T, "Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution*"* (2011) (1) Journal of Dispute Resolution 1,18.

Henderson S, "Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine" (1969) 78(3) Yale Law Journal 343,387.

Imhoos C, "The Enactment of the French Decree No. 2012-66 of January 20, 2012 Related to the Amicable Settlement of Disputes: Some Progress in ADR in France?" (*Kluwer Mediation Blog*) <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2012/02/07/the-enactment-of-the-french-decree-no-2012-66-of-january-20-2012-related-to-the-amicable-settlement-of-disputes-some-progress-in-adr-in-france/> Çevrimiçi 01 Aralık 2018.

Kalicki J/ Bret AJ, "Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century" (2015) TDM.

Khalifa F, "Mediation Use in ISDS" (2014) (1) Transnational Dispute Management.

Koopmans S, "Diplomatic Dispute Settlement: The Use of Inter-State Conciliation" (2008) TMC Asser Press.

Landry S, "Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model" (1996) (63) Defense Counsel Journal 263,266.

Merrils JG; *International Dispute Settlement* (5th edn, Cambridge University Press 2012).

Nitschke F, "The ICSID Conciliation Rules in Practice" <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3257031> Çevrimiçi 30 Kasım 2018

Onwuamaegbu U, "The Role of ADR in Investor-State Dsipute Settlement: The ICSID Experience" (2005) 22(2) News from ICSID 12,14.

Orrego Vicuna F, "Arbitration in a New International Dispute Resolution System" (2001) 18(2) News from ICSID 1,20.

Özbek MS, "Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim" (2017) 43(1) Yargıtay Dergisi 15,106.

Özmumcu S, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha Yayıncılık 2013)

Özmumcu S, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış" (2016) LXXIV(2) İÜHFD 807,847.

Öztekin Gelgel G, "5 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması" 37(2) MHB 611,640.

Parra A, "The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes" (2007) 22(1) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 55,68.

Polasek M, "The Consultation Period Requirement In Investment Treaties As a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure" (2006) 23(1) News From ICSID.

Polat M, *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin Yayınları 2010).

Pürselim HS, "Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler" (2014) 20(2) MÜHF-HAD 3,21.

Rayfuse R, *ICSID Reports: Reports Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, (Cambridge University Press 1994).

Reif L, "Conciliation As a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes" (1990) 14(3) Fordham International Law Journal 578,638.

Salacause J, "Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty- Based Investor State Dispute Resolution" (2007) 31(1) Fordham International Law Journal 138,185.

Schnably S/ Nurick L, *"The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago"* (1986) 1 ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 340,353.

Schreuer C, **"**The ICSID Convention: on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States" (Cambridge University Press 2001).

Schreuer C / Malintopp, L/ Reinisch A/ Sinclair A, *The ICSID Convention: A Commentary*, (2nd edn, Cambridge University Press 2013).

Sim C, "ICSID Amendmends in 2017: Exploring Early Mediation or Conciliation" <https://icsid.worldbank.org/en/amendmends/Documents/6.%20Christine%20Sim.pdf> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

Sornarajah M, "A Law for Need or A Law for Greed?: Restoring the Lost Law in the International Law of Foreign Investment" I(2006) 6(4) International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 329,357.

Stevens M, "Arbitration and Investment Disputes: Are We Heading in the Right Direction?" (2002) 19(1) News from ICSID 1,12.

Sussman E, "Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process" (2009) 2(1) New York Dispute Resolution Lawyer 71,74.

Şanlı C; "Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları" (6th edn, Beta 2016).

Tanrıver S, *Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Makalelerim-II 2006-2010 (Adalet Yayınevi 2011).

Tarman ZD, "Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem de Arabulucu Olabilir mi?" (2010) (2010/86) Legal Hukuk Dergisi 463,471.

Telford ME, "Med-Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative" Queens University IRC Press, Current Issues Series 1,17.

Troya JJ, "Cooling-off Periods in Investment Treaty Arbitration: An Opportunity to Negotiate or a Mere Formality? Views from a Negotiation Perspective*",* Harvard Law School Master of Laws Class (2014).

Ubilava A/ Nottage L, "ICSID's New Mediation Rules: A Small but Positive Step Forward" <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Ubilava_Notage_10.17.2018.pdf> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

Welser I, "Alternative Dispute Resolution- A Wide Choice of Varities" (2016) 3 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan) 757,774.

Welsh N, "Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do with It?" (2001) 79(3) Wash ULQ 788,858.

Wolski B, "On Mediation, Legal Representativesand Advocates" (2015) 5 (38/1) UNSW Law Journal.

Yazıcı Tıktık Ç, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (Oniki Levha Yayıncılık 2013).

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 393–414

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0012
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 04.05.2019
Revizyon Talebi: 17.05.2019
Son Revizyon: 27.05.2019
Kabul: 28.05.2019
Online Yayın: 22.08.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Turkuaz Kart Uygulaması

Dilara Karagül*

Öz

Bu çalışmanın amacı 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu ile hayatımıza giren Turkuaz Kart uygulaması hakkında okuyucuya bilgi vermektir. Bu çalışma kapsamında, Turkuaz Kart sahibi olabilecek yabancılarda olması gereken nitelikler ve nitelikli yabancılar ile ilgili eski ve yeni düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Ayrıca, Turkuaz Kart almak isteyen yabancılar için öngörülen başvuru koşulları ve başvuru prosedürü ele alınmıştır. Son olarak, Türkiye'deki Turkuaz Kart uygulaması ile Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde olan benzer uygulamalar karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Turkuaz Kart, Nitelikli yabancılar, Çalışma izni, Uluslararası işgücü politikası

Practice of Turquois Card

Abstract

The aim of this study is informing the reader about Turquois Card which put into practice with International Labor Force Law. In the scope of this study, the foreigners who would like to take Turquois Card, should have certain qualifications which is examined in the study. The new regulation and the previous regulation about qualified foreigners is examined comparatively. Procedure of application and the application conditions of Turquois Card is examined. The similar practices in two different countries and Turquois Card practice are compared in this study.

Keywords

Turquois Card, Qualified foreigners, Work permit, International labor force policy

* **Sorumlu Yazar:** Dilara Karagül (Yüksek Lisans Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye.
E-posta: dilaradory@gmail.com ORCID: 0000-0003-1129-2646

Atıf: Karagul D, "Turkuaz Kart Uygulaması" (2019) 39(2) PPIL 393. https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0012

©Yazarlar. İstanbul Üniversitesi tarafından Creative Commons Lisansı (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) kapsamında yayımlanmıştır.

Extended Summary

Right of work is a fundamental right, which is defined in the constitution. However, foreigners' right to work is limited with in the law. Especially International Labourforce Law, and also the other laws restrict the foreigners right of work. According to general regulation, a foreigner is obliged to get work permit if he/she would like to work. Still, there are some regulations, which are exceptions for work permit. Policies that are supported work of foreigners, induce different regulations for foreigners work. To illustrate, qualified labourforce employment is supported policy in Turkey therefore, the Turquois Card put into practice with a new regulation. The foreigners who can get Turquois Card defined as *"In accordance with international labour policy, Turquoise Card is given to the foreigners whose application is approved according to their education, experience, contribution in science and technology, the impact of their activity or investment in Turkey on the economy and employment in the country as well as the recommendations of the International Labour Policy Advisory Board and procedures and principles determined by the Ministry"* in article 11/1 of International LabourForce Law (UİK). In particularly, Turquois Card is given to qualified foreigners which is defined that *"...who have internationally recognized studies in the academic area, and those distinguished in science, industry and technology, areas of which deemed strategic from the point of our country, or those whose export, employment or investment capacity make significant contribution to national economy or expected to make such contributions shall be assessed as qualified foreigners."* in article 11/5 of Interantional Labourforce Law.

Employment of qualified foreigner labour is encouraged because of the belief of economic development influenced positively. To provide employment of qualified foreigner, some privileged rights are given to these foreigners. Except of right to elect and be elected, compulsory military service and right to restrict for only Turkish citizen; the owners of Turquois Card have equal rights with Turkish citizen. This means, qualified foreigners have lots of privileged rights compare to the other foreigners. The scope of qualified foreigners is determined in the International Labourforce Law and also Turquois Card Regulation. However the scope of Turquois Card Regulation is larger than scope of International Labourforce Law. Even if the statute Therefore we criticize that, the regulation exceed the limit because, the general rule says regulations are prepared accordance the statute. If there is not a given authority to executive organ, the regulations prepared by executive organ cannot exceed the limitation determined with statute.

Before Turquois Card practice, there was also similar regulations to benefit from qualified foreigners. To increase foreign investment, the key personnel of companies in specific qualified could work without work permit. Moreover, in current situation, Turquois Card is not only way to support foreign workers. There are exceptions of

work permit like exceptional work permit practice. This practice also enable to some foreigners get work permit easily than normal procedure.

The application procedure of Turquois Card is determined in Turquois Card Regulation. Because it is an exceptional way, there are some limitations to get this card. One of the limitations of practice of Turquois Card is period of transition. The aim of period of transition is determination whether is the foreigner qualified or not. In this period, the applicant of Turquois Card is observed to confirm whether foreigner is suitable for qualified foreigner. Moreover, if the owner of Turquois Card continuously two years live abroad or does not work continuously one year, the Turquois Card is canceled.

Not only the owner of Turquois Card, but also the family of owner benefit from rights provided by Turquois Card. The family members who can benefit from the rights are Turquoise Cards owner's spouse and children who are dependent.

The Turquois Card is not the first practice to encourage employment of qualified labourforce, there are also similar practices like Blue Card in EU and Green Card in USA. Blue Card is an EU practice to support qualified labourfoce work in EU countries. Council Directive of 2009/50/EC of 25 May 2009 regulates the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment. Which foreigners are counted as highly qualified is determined in the directive. There are similarities in scope of practices between Turquois Card and Blue Card. Green Card is an American practice provides easiness to get work permit. The scope of Green Card practice is wider than the other two practices. Qualified foreigners are privileged to get Green Card. In addition, there are different categories that people can get Green Card for example; mother or father of an American citizen can get this card. Moreover, there are lotteries distributes Green Card.

Turkuaz Kart Uygulaması

Giriş

Çalışma hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda herkes için öngörülmüş temel bir haktır. Fakat, Türkiye'de yabancıların temel hak ve özgürlükleri sadece kanunla sınırlandırılabilir. Yabancıların çalışma hakkı, başta Uluslararası İşgücü Kanunu olmak üzere, diğer kanunlar ile de sınırlandırılmıştır. Öncelikle bir yabancı ülkemizde çalışmak istiyorsa, çalışma izni almak zorundadır. Çalışma izni kanunla belirli süreler ile kısıtlanmıştır. Ancak, uluslararası işgücü politikamız ile bazı kimselere çalışma izni alma ve prosedür konusunda daha imtiyazlı haklar sağlanmıştır. Olağan prosedürlerin dışına çıkarak yabancıların ülkede bazı imtiyazlı haklar ile çalışmasına imkân tanıyan uygulamalar çalışma izninden muafiyet, istisnai çalışma izni ve Turkuaz Kart'tır.

Bazı yabancıların ülkemize gelmesi ve ülkemizde ekonomik faaliyet göstermesi, iktisadi açıdan bize faydalı olabileceği ve istihdam gücünü arttırabileceği gerekçesi ile teşvik edilmektedir. Çalışma izni prosedürüne getirilen istisnalar, bazı yabancıların ülkemize katkı sağlayabileceğine yönelik beklentilere dayanılarak getirilmiştir. Uluslararası işgücü politikamız çerçevesinde buna yönelik düzenlemeler yapılmakta ve güncellenmektedir.

Turkuaz Kart, bu çalışmanın ana konusudur. Çalışmamızda, Turkuaz Kart alabilecek kimselerin kimler olduğuna ve bu kimselere neden imtiyaz verilmek istendiğini ele alacağız. Nitelikli işgücü istihdamı için öngörülen Turkuaz Kart, Uluslararası İşgücü Kanunu ile hayatımıza giren yeni bir uygulamadır. Bu nedenle eski düzenlemeler ve başka ülkelerdeki benzer uygulamalar ile karşılaştırmalı olarak tatbiki tartışmanın gerekli olduğunu düşünüyoruz. Turkuaz Kart uygulamasına neden ihtiyaç duyulduğu ve bu uygulamanın hayatımıza neler kazandırdığını açıklamaya çalışacağız. Turkuaz Karta yönelik düzenlemeler ile ilgili eleştirilerimize de çalışmamızda yer vereceğiz.

Turkuaz Kart uygulamasının mevzuatta yer aldığı haliyle, başvuru koşulları ve başvuru süreci çalışmamızda detaylı bir biçimde incelenecektir. Başvurunun reddi veya iptali halleri için mevzuatta belirtilen hususlar ele alınacaktır.

I. Yabancıların Türkiye'de İstihdamı

A. Yabancı Kavramı

Yabancı; Uluslararası İşgücü Kanunu[1] bakımından *"Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi"* olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda yabancı, başka bir devletin vatandaşı olabileceği gibi uluslararası koruma sahibi veya vatansız

1 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu RG. T: 13/8/2016 Sayı: 29800

da olabilir[2]. Birden çok vatandaşlığı olan kimseler ise vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı olmadığı sürece yabancı sayılırlar. Çifte vatandaş olup, Türk vatandaşı da olanlar için Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un[3] 4. maddesi uyarınca sadece Türk vatandaşlıkları nazara alınır[4].

Devletler Hukuku Enstitüsü ise yabancıyı *"bir devlet ülkesinde bulunup da o devletin uyrukluğunu iddiaya hakkı olmayan kimse"* olarak tanımlamıştır. Yaygın olarak kabul gören tanım da budur[5].

B. Uluslararası İşgücü Politikası

Uluslararası işgücü politikası kavramı ilk kez Uluslararası İşgücü Kanunu ile hukukumuzda yer almıştır. Uluslararası işgücü politikasının nasıl belirleneceği UİK'in 4. maddesi 2. fıkrasında yer almaktadır. İlgili fıkrada, politikanın belirlenmesinde uluslararası işgücü hareketliliği ve bölgesel gelişmelerin takip edileceği belirtilmektedir. Ayrıca, istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, sektörel ve ekonomik dönemsel değişiklikler, kalkınma plan ve programları, yabancının uyruğunda bulunduğu ülkeyle ikili ekonomik, sosyal ve kültürel ilişkiler, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası sözleşmeler, Göç Politikaları Kurulu kararları da baz alınarak politika geliştirilecektir. Aynı zamanda kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı da göz önünde bulundurulacaktır[6].

Uluslararası işgücü politikasını belirlemeye Bakanlık[7] yetkilidir (UİK md.4/1). Bakanlık politikayı belirlenirken Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu kararlarını dikkate almalıdır. Hükmün dördüncü fıkrası ve devamında Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulunun kuruluş esasları ve görevleri yer almaktaydı. Ancak, 2/7/2018 tarihli KHK-703/212 ile bu fıkralar hükümden çıkarılmıştır. Ancak birinci fıkrada Kurula danışılacağına dair hüküm halen korunmaktadır. Bu yönüyle Kurulun kimlerden oluşacağı ve neler yapacağı konusunda bir kanun boşluğu oluşmuştur. Ancak Bakanlık bünyesindeki değişiklikler göz önüne alındığında, oluşacak yeni sisteme göre Kurulun yeniden kurulacağı kanımızca öngörülebilir bir gerçektir.

Kanunun gerekçesinde, Uluslararası işgücü politikasının, yalnızca çalışma iznine yönelik salt bir prosedür olmadığı, aksine başvuru aşamasından iznin verilmesine kadar tüm aşamaları kapsayan ve ülkenin ihtiyaçlarına göre belirlenen, aynı zamanda Göç Politikaları Kurulu kararlarına da ışık tutan bir politika olduğu belirtilmiş ve

2 Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (23rd edn, Beta 2017) 16.

3 RG. 12.12.2007 Sayı : 26728 Kanun no: 5718.

4 Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (4th edn, Beta 2016) 41.

5 Çelikel and Öztekin Gelgel (n 2) 16; Rona Aybay, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010) 16.

6 Detaylı bilgi için bkz. Mücahit Yılmaz, *Türk Yabancılar Hukukunda Çalışma İzni* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 103 vd.

7 Yeni düzenleme ile adı "Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı" olarak değişmiştir.

bu sebeple kanunun getirdiği önemli yeniliklerden biri olarak ifade edilmiştir[8]. Bu politika, işgücü göçü yönetiminin çerçevesini oluşturmaktadır[9].

C. Çalışma İzni Esasları

Türkiye'de çalışmak isteyen yabancılar UİK uyarınca çalışma izni almak mecburiyetindedirler (UİK md. 6/2). Kanunda bazı işkolları için ön izin alınması öngörülmüştür. Sağlık[10], eğitim[11] ve Ar-Ge hizmetleri'nde[12] çalışacak yabancılar ve öğretim görevlisi[13] olarak çalışacak yabancıların kanunda belirtilen yetkili kurumlardan ön izin almaları gerekmektedir (UİK md. 8).

Kanunda sayılan çalışma izni türleri ise; süreli çalışma izni[14], süresiz çalışma izni[15], bağımsız çalışma izni[16], Turkuaz Kart[17], istisnai çalışma iznidir[18],[19]. Bazı yabancılar ise çalışma izni almaktan muaflardır[20].

II. Turkuaz Kart

A. Kapsamı

1. Genel Olarak

Genel olarak Turkuaz Kart, yabancının bulunduğu ülkede yaşamasını ve aynı zamanda çalışmasını kolaylaştıran uygulamalardan biridir[21]. Bu uygulama, Uluslararası İşgücü Kanununun getirdiği yeniliklerden biridir. Turkuaz Kart, ülke ekonomisine, bilime faydalı olabilecek kimselere kolaylık sağlayarak, onlardan bu

8 Kanunun gerekçesi için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 'Uluslararası İşgücü Kanunu Tasarısı' 2016) 23 <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf> accessed 22.05.2019.

9 Çelikel and Öztekin Gelgel (n 2) 187.

10 Yetkili kurum: Sağlık Bakanlığı

11 Yetkili kurum: Milli Eğitim Bakanlığı

12 Yetkili kurum: Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı

13 Yetkili kurum: Yükseköğretim Kurulu

14 *"Belirli bir işyerinde veya bunların aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışmak şartıyla ilk başvuruda en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir"* (UİK md.10/1).

15 *"Türkiye'de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl kanuni çalışma izni olan yabancılar süresiz çalışma iznine başvurabilir"* (UİK md. 10/3).

16 *"Profesyonel meslek mensubu yabancılara, diğer kanunlarda belirtilen özel şartların sağlanması kaydıyla bağımsız çalışma izni verilebilir"* (UİK md.10/6)

17 Detaylı bilgi için bkz. aşağı II. Turkuaz Kart.

18 UİK md. 16.

19 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, (n 4) 243 vd; Çelikel and Öztekin Gelgel, (n 2) 195 vd.

20 *"6102 sayılı Kanuna göre kurulmuş anonim şirketlerin Türkiye'de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyesi ve diğer şirketlerin yönetici sıfatı olmayan ortağı ile Türkiye'de gerçekleştirdiği faaliyetleri yüz seksen gün içinde doksan günü geçmeyen sınırötesi hizmet sunucusu, çalışma izni muafiyeti kapsamında değerlendirilir."* (UİK md. 13). Ek olarak, yabancı ülkelerin diplomatik ve konsüler temsilciliklerinin bağlı birimi olarak faaliyet gösteren kurumlarda görevli yabancılar ile yabancı ülkelerin diplomatik ve konsüler temsilciliklerinde görevli personelin özel hizmetinde çalışan yabancılar da çalışma izninden muaflardır (UİK md. 14). Baki Erken, *Türkiye'de Yabancıların Çalışması* (Seçkin 2018) 111 vd.

21 Çelikel and Öztekin Gelgel (n 2) 197.

ülke için faydalanmayı amaç edinen bir düzenlemedir. Turkuaz Kart başvurusu ve değerlendirme esasları yönetmelikte düzenlenmiştir[22].

Turkuaz kart "*Uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara"* verilir (UİK md.11/1). Turkuaz kart; eğitim düzeyi yüksek, alanında başarılı, ülke ekonomisine katkıda bulabilecek, bilimsel açıdan ülkeye faydalı olabilecek kimseler için imtiyaz sağlayan bir düzenlemedir.

Turkuaz Kart herkese verilememektedir. Kanunun son fıkrası uyarınca geçici koruma sahipleri Turkuaz Kart sahibi olamazlar. Günümüzde Suriye'deki iç savaştan dolayı ülkemize gelen yabancıların azımsanamayacak bir kısmı ülkemizde geçici koruma kapsamında ikamet etmektedirler. Bu kişiler gerekli kriterleri karşılasalar dahi Turkuaz Kart sahibi olamazlar. Ancak geçici koruma kapsamında olmayan Suriye vatandaşlarının, nitelikli yabancı olarak kabul edilenlerinin bu imkanlardan yararlanabilmesi mümkündür[23].

Kanunda kapsam dışı bırakılan sadece geçici koruma sahipleri olduğundan dolayı mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma sahipleri ve vatansız kimselerin Turkuaz Kart almalarına engel yoktur[24]. Ancak durum "şartlı mülteciler" için tartışılabilir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda[25] şartlı mülteci statüsü "*Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı"* (md.62) zulüm görme tehlikesinde olan ülkesine dönemeyen ve dönmek istemeyen kimselere verilmektedir. Ancak bu kişilerin kalıcı olarak Türkiye'de kalması değil, güvenli üçüncü bir ülkeye yerleştirilinceye kadar ülkede kalmaları planlanmaktadır. Aslında şartlı mülteci statüsünde bulunan kimlerin ülkemizde kalıcı olarak kalmaları değil burayı transit bir geçiş için kullanmaları öngörülmektedir. Şartlı statünün düzenleniş amacına bakılacak olursa, Turkuaz Kart sahiplerinden elde edilmek istenen faydaya uygun düşmediği düşünülebilir. Çünkü Turkuaz Kart, ülkede faaliyet gösterebilecek nitelikli yabancılara ek imkanlar sağlayan bir düzenlemedir. Ancak bu imkanlar geçici olmak üzere değil, aksine ülkede kalıcı olarak bilimsel faaliyetler, yatırımlar, çalışmalar yapması düşünülen kimselere verilmek üzere tanınmaktadır. Ülkeden gideceği düşünülen bir kimsenin ülkenin kalkınması adına ne kadar verimli çalışmalar gösterebileceği şüphe duyulacak bir olgudur. Şartlı mülteci statüsünde bulunan

22 Turkuaz Kart Yönetmeliği RG. T:14.03.2017 Sayı:30007

23 Hasan Alparslan Ayan, 'Türk Hukukunda Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Çalışma Şartları' (2018) 1(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53, 62.

24 Cansu Kaya, 'Türkiye'de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları' (2017) 1(5) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57, 72.

25 RG. 04.04.2013 Sayı: 28615 Kanun No: 6458.

kimselerin güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesi durumu, kanımızca Turkuaz Kart ile elde edilmek istenen amaca ters düşen bir durum yaratmaktadır. Turkuaz Kart verilmesi için yapılacak incelemede bu husus mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

Uygulamada, şartlı mültecilerin güvenli üçüncü bir ülkeye yerleştirilme oranlarının çok düşük olduğu ifade edilmektedir[26]. Bu nedenle *Ekşi*, şartlı mültecilerin güvenli üçüncü ülkelere yerleştirilmerinde bir garanti bulunmadığını söylemektedir[27]. *Doğan* ise, bu kimselerin ülkede kalıcı olduklarını kabul etmenin yanlış olmayacağını ileri sürmektedir[28].

Esasen, şartlı mültecilerin Turkuaz Kart almalarına engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak biz burada şartlı mülteci statüsünün durumu ve Turkuaz Kart'ın veriliş amacının bağdaşmayacağı hususuna işaret ettik. Ancak uygulamanın durumu göz önüne alınırsa, bu kimselerin ülkemizde kalmaya devam etmesi, güvenli bir üçüncü ülkeye gönderilememeleri ve bu nedenle kendilerini bu ülke için kalıcı olarak görmeleri mümkün olabilir. Kanaatimizce, Turkuaz Kart başvurusunun değerlendirme sürecinde ve geçiş süreci boyunca yukarıda bahsettiğimiz olgular dikkatlice incelenerek karara varılmalıdır.

2. Nitelikli Yabancı

Turkuaz Kart, "nitelikli yabancı" olarak kabul edilen kimselere verilebilir. Nitelikli yabancı "*akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları bulunanlar ile bilim, sanayi ve teknolojide ülkemiz bakımından stratejik kabul edilen bir alanda öne çıkmış olanlar ya da ihracat, istihdam veya yatırım kapasitesi olarak ulusal ekonomiye önemli katkı sağlayan ya da sağlaması öngörülenler"* olarak kanunda tanımlanmıştır (UİK md.11/3). Yönetmelikte ise Turkuaz karttan yararlanabilecek kimseler için daha geniş bir kapsam öngörülmüştür[29]. Kültürel, sanatsal ve sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olanlar ve Türk kültürünün tanıtılmasına katkı sağlayabilecek kimseler de Turkuaz Kart alabilecek kimseler olarak düzenlenmiştir. Yönetmelikle kapsama dâhil edilen kimselerin, Turkuaz Kart ile elde edilmek istenen menfaate uygun kimseler olduğu aşikârdır. Ancak, nitelikli yabancı

26 Ekşi (n 4) 162; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (Savaş Yayınevi 2017) 146.

27 Ekşi (n 4) 162.

28 Doğan (n 26) 146.

29 TKY. madde 5 uyarınca, "*Turkuaz Kart;*
a) Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki bilgisi ve deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri nitelikleri itibarıyla yüksek nitelikli işgücü olarak değerlendirilen,
b) Yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü, bilimsel ve teknolojik gelişmeye yaptığı katkı ve benzeri özellikleri itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen,
c) Bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayan veya bilim, sanayi ve teknoloji alanlarında uluslararası düzeyde ülke menfaatleri açısından stratejik kabul edilen çalışmalar ve araştırmalar yapan bilim insanı veya araştırmacı,
ç) Kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan,
d) Türkiye'nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye'nin milli menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan,
yabancılara verilebilir."

tanımındaki kapsamın yönetmelik ile genişletilip genişletilmemiş olduğu kanımızca tartışılabilir bir meseledir. Öncelikle idarenin düzenleme yetkisini kullanabilmesi için kanunla düzenlenmiş bir alan olması gerekir. İdare yasama organı gibi daha önce düzenlenmemiş bir alanı kendince düzenleyemez. İdarenin düzenlemelerinin kanuna dayanması gerekir[30],[31]. Ayrıca idarenin düzenleyici işlem yapabiliyor olmasının "yasama yetkinin devredilmezliği" ilkesinin sınırlarını aşmamalıdır[32]. Sınırların ölçütü kesin olarak belirlenmemiştir[33]. Ölçüt somut uyuşmazlıklara göre belirlenebilir[34]. AYM'nin kimi karalarında idarenin kendisine verilen bir yetkiyi kullanmasına rağmen konunun yasama organı tarafından düzenlenmesi gerektiğine ilişkin kararları da mevcuttur[35].

Esasen "nitelikli yabancı" kanunla düzenlenmiş bir alandır. Nitelikli yabancıların kimler olabileceği kanunda sayılmıştır. Ancak yine ilgili kanunun 25. maddesi uyarınca, idareye "*çalışma izni hükümlerinin istisnai uygulanması ve bu kapsama alınabilecek; gerçek kişi yabancıların eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, şirket ortaklarının sermaye payı ile tüzel kişilerin yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri"* hakkında yönetmelik çıkartma yetkisi tanınmıştır. Bu düzenleme göz önüne alındığı takdirde, nitelikli yabancı için kanunda yapılan tanımlamanın sınırlayıcı bir düzenleme olmadığı ve kapsamın genişletilebileceği yorumu yapılabilir. Turkuaz Kart Yönetmeliği, kanuna dayanan bir yönetmelik olmakla beraber, kanunda çalışma izni hükümlerinden istisna tutulabilecek kimselerin kapsamını belirleme yetkisinin de yine kanunla idareye verildiği görülmektedir. Kanımızca, kanunda yer alan tanımın sınırlayıcı olmadığını belirten "gibi, benzeri" biçimde ifadeler kullanılması daha isabetli olur.

30 Burak K. Öztürk, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı* (Yetkin Yayınları 2009) 143; Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (Sevinç Matbaası 1965) 81 vd; A. Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, vol I (Turhan Kitapevi 2014) 97 vd; Kemal Gözler and Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ekin Kitapevi Yayınları 2017) 421.

31 Anayasa Mahkemesi idarenin düzenleme yetkisi için *"…Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez"* demiştir. AYM, E. 1993/5, K. 1993/25 T. 06.07.1993. RG. 25.02.1995 Sayı: 22213, Gözübüyük and Tan, (n 30) 99 dipnot 290.

32 "*Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama organı Anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla, herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılabilir. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakabilir"* AYM, E. 2002/39, K. 2004/125, T. 29.12.2004, Öztürk, (n 30) 145.

33 Sınırın belirlenmesine dair görüşler için bkz. Güneş (n 30) 120.

34 Öztürk (n 30) 147.

35 "*3029 sayılı Yasa ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetki son derece sınırsızdır ve açık değildir. Yasada sadece Toplu Konut Fonuna alınacak miktar belirlenmiş, diğer hususların tespiti yürütme organına bırakılmıştır. Bunlar arasında kanunla düzenlenmesi gereken yönler vardır. Uygulamanın yaygınlaştırılması durumunda yasama organınca düzenlenmesi gereken esasların neler olabileceği daha da belirgin hale gelmektedir. Yabancının alacağı arazinin azami miktarı, emlakin adedi, alınma amaçları Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin devamı süresi, satın alınacak arazi ya da emlakin yeri, satın almanın koşulları, devir ve ferağde uygulanacak ilkeler hep yasa ile düzenlenmesi gereken hususlardandır. Bütün bu yönlerde yasama organının serinkanlı ve objektif değerlendirmesine gereksinim vardır."* AYM, E. 1984/14, K. 1985/7 T. 13.06.1985 RG. 24.08.1985 Sayı: 18852, ibid.

Nitelikli yabancı istihdamının ülke ekonomisinin gelişmesini ve ülkenin kalkınmasını destekleyeceği düşüncesi, ülkeleri yetişmiş yabancı işgücünün ülkelerine gelmesi için ortam hazırlamasına neden olmaktadır[36]. Farklı ülkelerde de bu nedenle benzer uygulamalar olduğu gözlenmektedir. Bu konu aşağıda daha detaylı işlenecektir.

a) İstisnai Çalışma İzni Alabilen Kişiler ile Nitelikli Yabancının Karşılaştırılması

UİK 16. maddesinde bazı kişilere, çalışma izni başvuru usulüne, değerlendirme şartlarına ve sürelerine ilişkin hükümlerde birtakım istisnalar tanınabileceği düzenlenmiştir. Kanun kapsamına "*eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen"* kimseler girmektedir. Yine Turkuaz Kart da alabilecek olan "*bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen"* kimseler ve *"alanındaki başarısı ile uluslararası düzeyde temayüz etmiş olarak bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif amaçla Türkiye'ye gelenler"* istisnai çalışma izni[37] alabilirler. İstisnai çalışma izninin kapsamı bu kimseler ile sınırlı değildir. Uluslararası koruma kapsamında olanlar, Türk vatandaşı ile evli olanlar, KKTC vatandaşı olanlar, AB üyesi ülke vatandaşları, Türk soylular, diplomatik dokunulmazlık sahipleri, sınır ötesi sunucuları ve belirli projeler için istihdam edilen kimseler de istisnai çalışma izni alabilirler. İstisnai çalışma izni de yine nitelikli işgücünün ülkemize gelmesi için yabancılara kolaylık sağlayan düzenlemelerden biridir. Böyle bir uygulama daha önceden de mevcuttu. Turkuaz Kart uygulamasına ayrıca ihtiyaç olup olmadığı tartışılabilir bir meseledir.

Turkuaz Kart, sadece çalışma izni almayı kolaylaştıran bir uygulama değildir. Turkuaz Kart sahipleri süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır (UİK md. 11/4). İstisnai çalışma izni ise yabancının çalışma izni alması için gereken prosedürün kısaltılması ve daha kolay çalışma izni alınmasına yönelik bir düzenlemedir. Nitelikli yabancıyı ülkemize getirme politikası çerçevesinde prosedürü hızlandırıcı düzenlemelerin bu emeli gerçekleştirmek için yeterli bir yöntem olmadığı söylenebilir. Bu kimselerin ülkede yaşamasını kolaylaştırıcı, haklarının daha geniş tutan düzenlemeler, nitelikli yabancının ülkemizi tercih etmesi için daha çekici imkanlar sunan düzenlemelerdir. Bu nedenle istisnai çalışma izni düzenlemesinin yanında Turkuaz Kart düzenlemesinin bulunması nitelikli yabancı istihdamı politikası için yerinde bir düzenlemedir.

Turkuaz Kart sahibi olacak nitelikli yabancıların kapsamı istisnai çalışma izni alabilecek kimselere nazaran daha dardır. Bazı kriterler benzer olarak gözükmekte ise

36 Doğan (n 26) 209.

37 Detaylı bilgi için bkz. Ekşi, (n 4) 246; Çelikel and Öztekin Gelgel (n 2) 198.

de, ortak kriterdeki her istisnai çalışma izni alabilecek kimsenin Turkuaz Kart almaya hak kazanabileceği anlamı çıkmamalıdır. Bir örnekle açıklayacak olursak, alanında uluslararası düzeyde başarılı bir sporcu hem istisnai çalışma izni alabilecek kimse kapsamına hem de Turkuaz Kart alabilecek kimseler kapsamına girmektedir. Ancak bir kulüp ile anlaşan sporcunun çalışma izni prosedürünün kısalması için istisnai çalışma izni alması mümkünse de bu kimsenin ülkeye getireceği başarı ve sporcunun vazgeçilmezliği bakımından Turkuaz Kart almaya uygun olmaması mümkündür. Turkuaz Kart için gerekli değerlendirme koşulları çok daha ağırdır. Bu konu aşağıda daha detaylı işlenecektir.

b) Kilit Personel ile Karşılaştırılması

Doğrudan Yabancı Yatırım Kanununa tabi işyerlerinde kilit personel çalıştırılması, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımcılar Kanunu'nda öngörülen ve çalışma izninde kolaylık sağlayan uygulamalardan biridir. "Kilit Personel" kavramı Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik'de[38] ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Ancak 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunun yürürlüğe girmesi ile 4817 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle DYYPİY de hukuki dayanaktan yoksun kalmıştır. UİK madde 25'te DYYK kapsamındaki yabancı yatırımlarda çalışacak personel için Ekonomi Bakanlığı[39] ile ortak bir yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür. Ancak henüz böyle bir yönetmelik yayınlanmış değildir.

Erken, bu süreçte DYYPİY'nin yürürlükte olduğunu savunmaktadır[40]. Erken'nin bu görüşünün hukuki desteği olarak UİK'in 26. maddesi ve geçici madde 1 hükmü gösterilebilir. UİK madde 26 uyarınca diğer mevzuatta mülga Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanuna yapılan atıfların Uluslararası İşgücü Kanuna yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu maddenin amacı başkaca alanları düzenleyen kanunlarda yapılan atıfların dayanaksız kalmasının önlenmesidir. Ancak kilit personel kavramını bu mevzuattan önce geçerli olan ve bu mevzuatta kendine yer bulamamış bir kavramdır. Bu kavram daha önceki kanunda yer aldığı için yönetmelikte kendine yer bulmuştur. Kavramın dayanağı olan bir kanun hükmü bulunmadığından kilit personel uygulamasının son bulduğunun kabulü gerekir. Geçici 1. maddenin 4. fıkrasında mülga kanun döneminde yapılan düzenlemeleri, benzer konularda yeni düzenlemeler yapılmamışsa, ayakta tutmaya yönelik bir irade vardır. Hükme göre, Kanunun uygulanmasına yönelik düzenlemeler yapılana kadar mevcut düzenlemelerin UİK hükümlerine aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Ancak, kilit personel kavramına dayanak DYYK'nın 3. maddesinin g bendinde yer alan kilit personel tanımı da yürürlükten kaldırılmıştır. Kilit personel kavramının sadece

38 RG. T: 29.08.2003 Sayı: 25214.

39 Şu anki adı Ticaret Bakanlığı

40 Erken (n 20) 166 vd.

mülga kanun ile birlikte kaldırılmış olması değil, dayanağı olan diğer bir kanundan kaldırılması da düşünüldüğünde, kanuna dayanmayan bir yönetmelik maddesi hukuken geçersiz olacağından, kanımızca, bu hükümlerin halen yürürlükte olduğunu savunmak temel hukuk bilgisi çerçevesinde isabetli bir yorum olmayacaktır. Bu bakımdan geçici madde 1 fıkra 4 hükmü de kilit personel uygulamasının devam etmesi için yeterli bir dayanak değildir. Fakat Çalışma Bakanlığına bağlı Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğünün resmi internet sayfasında da kilit personel ile ilgili bilgiler ve mevzuata yönelik bilgiler halen bulunmaktadır[41].

Çalışmamızda, önceki mevzuatın düzenlemesi olan Kilit Personel kavramının kapsamı ve yeni bir düzenleme olan Turkuaz Kart'ın kapsamı karşılaştırılacaktır.

Kilit Personel[42]'in nitelikleri yönetmelikte tanımlanmıştı. Buna göre; (1)şirketin üst yönetiminde ya da yürütme pozisyonunda çalışan, (2)şirketin tamamını veya bir bölümünü yöneten, (3) şirketin denetçilerinin, idari veya teknik personelinin işlerini denetleyen veya kontrol eden, şirkete yeni personel alan ya da mevcut personelin işine son veren veya bu konularda teklif yapan kimseler eğer şirket ortağı, yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesi, genel müdür, genel müdür yardımcısı, şirket müdürü, şirket müdür yardımcısı ve benzeri mevkilerde görev yapan kişiler ise Kilit Personel kabul ediliyorlardı. Bunlara ek olarak şirket hizmetleri, araştırma cihazları, teknikleri veya yönetimi için temel bilgilere sahip kimseler ve irtibat bürolarında yurt dışındaki ana şirket tarafından adına yetki belgesi düzenlenen kimselerden en fazla bir kişi de kilit personel kabul edilmekteydi. Görüldüğü üzere şirketin yönetiminde etkin rol alan kimselerin çalışma izni almasına ve kimi istisnalardan faydalanmasına yönelik düzenlemeler önceki mevzuat döneminde de yer almaktaydı. Yeni düzenlemeye göre UİK md. 13 uyarınca; "*anonim şirketlerin Türkiye'de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyesi ve diğer şirketlerin yönetici sıfatı olmayan ortağı*" çalışma izninden muaf tutulmuşlardır. Görüldüğü üzere, sadece şirket sahibi yatırımcıya değil, şirketin faaliyetlerini sağlayan yönetici kimlere çalışma iznine yönelik istisnaî imkanlar bugün de tanınmaktadır. Ancak önceki mevzuatta çalışma izninden muafiyete göre kapsamın daha geniş tutulduğu söylenebilir.

Kanımızca daha önce kilit personel statüsüne girebilecek kimselerin Turkuaz Kart başvurusunda bulunmaları da mümkündür. Turkuaz Kart düzenlemesinin kapsamı incelerek, fikrimizi tartışacak olursak, öncelikle nitelikli yabancı kapsamına giren "*ihracat, istihdam veya yatırım kapasitesi olarak ulusal ekonomiye önemli katkı sağlayan ya da sağlaması öngörülen"* kimselerin kimler olduğunun analizini yapılmalıdır. Buna göre, yabancı yatırımların ülkenin yatırım kapasitesini arttıracağını öngörmek ve istihdam kapasitesini arttıracağını düşünmek doğru bir tespit olacaktır.

41 Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'Doğrudan Yabancı Yatırımlar' 2018) <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uigm/yabancilar/dogrudan-yabanci-yatirimlar/> accessed 22.05.2019.

42 Detaylı bilgi için bkz. Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku* (8th edn. Beta 2003) 154 vd.

Yabancı yatırımlarda yönetim görevlerini üstlenen kimselerin de kanunda belirtilen kapsam içine dahil olduğu ifade edilebilir. Burada sadece şirket sahibini yani yatırımı ülkeye getiren kimseyi kanun kapsamına almak, düzenlemenin amacına ters düşen bir yorum olacaktır. Ancak kanımızca irtibat bürolarındaki kimseler ve şirket hizmetleri, araştırma cihazları teknikleri veya yönetimi için temel bilgiye sahip kişiler Turkuaz Kart alabilecek nitelikli yabancı kapsamına girmemektedir.

İki düzenlemenin de ortak amacı yabancı yatırımları ülkemize getirebilmek adına şirketlerin burada faaliyet göstermesinde önemli rol oynayan kimseler için daha iyi koşullar sunabilmektir. İki düzenlemede deçok sayıda ortak kişi düzenleme kapsamına girmektedir. Bu kimseler, nitelikleri gereği yabancı olmalarına rağmen ülkede istihdam edilmek istenen kimselerdir.

B. Başvuru Koşulları ve Değerlendirilmesi

1. Başvurucu Süreci

Turkuaz Kart başvurusu[43] yurt içinde sistem üzerinden veya yurt dışından yapılabilmektedir. Esas olan yurt dışından yapılan başvurudur[44]. Yurt dışında konsolosluğa yapılan başvurularda verilen belgeler elektronik ortamda Bakanlığa iletilir. Başvuru yurt içinde ve yurt dışında yetkili aracı kurum[45] tarafından da yapılabilir (TKY md. 6/4). Kanunun uygulaması çerçevesinde Bakanlıkça yetkilendirilecek yeni yabancı istihdam bürolarının oluşacağını söylemek mümkündür[46]. Başvuru istenen belgelerin sisteme girilmesi ile tamamlanır. Başvuruda istenen belgeler yönetmelikte belirtilmiştir (TKY md. 8)[47]. İstenen belgeler her koldaki nitelikli yabancı için ayrı ayrı belirtilmiştir.

43 Ayrıntılı bilgi için bkz. Erken (n 20) 173 vd.

44 Ayan, (n 23) 62.

45 Yetkili aracı kurum: Nitelikleri ve görev çerçevesi yönetmelikle belirlenen ve Bakanlık tarafından yetkilendirilen kurum veya kuruluştur (UİK md. 3/1-i).

46 Baki Erken, 'Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Yabancıların Çalışması' (2016) 11(22) TISK Akademi 380, 389.

47 *TKY Madde 8 uyarınca "Başvuru sırasında aşağıda belirtilen belgeler sisteme yüklenir:*
a) Başvuru dilekçesi,
b) Yabancıya ait pasaport veya pasaport yerine geçen belgenin sureti,
c) Varsa ilgili kamu kurum ve kuruluşundan alınan uygunluk belgesi,
ç) Bu Yönetmeliğin beşinci maddesinde sayılan yabancılar bakımından;
1) Nitelikli işgücü olarak değerlendirilen yabancı için diploma, iş sözleşmesi, özgeçmiş, atama veya görevlendirme yazısı, mesleki tecrübe, anadil dışında bilinen yabancı dilleri gösteren uluslararası düzeyde kabul edilen belgeler ile benzeri,
2) Nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen yabancı için yatırım büyüklüğü, istihdam düzeyi, ihracat tutarı, mali yeterlilik, faaliyet gösterilen bölge, sektör ve işi gösterir belgeler ile benzeri,
3) Bilim insanı veya araştırmacı için, diploma, akademik kariyer ve unvanı gösterir belge, sahip olunan akademik çalışmalar veya lisans, ticari marka veya patent belgeleri ile benzeri,
4) Kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından ulusal veya uluslararası düzeyde başarılı olmuş yabancı için başarılı olduğunu gösterir belgeler ile benzeri,
5) Türkiye'nin veya Türk kültürünün tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan yabancılar için: Turkuaz gönüllüsü olarak uluslararası düzeyde yürütülen faaliyetlere ilişkin belgeler, fikir ve sanat eserleri, süresi, sürdürülebilirliği, devamlılığı ve etki alanı gibi bilgileri içeren tanıtım faaliyetlerine ilişkin belgeler ile benzeri belgeler içerisinden Genel Müdürlükçe belirlenerek Genel Müdürlük resmi internet sayfasında yayımlanan belgeler"

Genel Müdürlük[48] her bir yabancı grubu için ayrı ayrı gerekli belgeleri belirlemeye, yeni belgeler eklemeye veya bu belgeleri değiştirmeye yetkilidir (TKY md. 8/2).

Turkuaz Kart başvuruları, uluslararası işgücü politikası uyarınca, belirli bir süre için belirli meslek kolları veya coğrafi alan itibariyle Genel Müdürlükçe sınırlandırılabilir ya da durdurulabilir (TKY md.21).

2. Değerlendirme Süreci

Turkuaz Kart başvurusu Genel Müdürlükçe belirlenen bir puanlama sistemine göre değerlendirilir(TKY. md. 9). Genel Müdürlük, Turkuaz Kart vermek için üç unsuru göz önünde bulundurur. Bunlar ülkenin genel işgücü politikası, Turkuaz Kart için belirlenen değerlendirme kıstasları ve bu kıstaslara göre hazırlanan puanlama sistemidir[49]. Değerlendirme kıstasları Yönetmeliğin 11. maddesinde düzenlenmiştir[50]. Yabancıların nitelikleri bakımından farklı değerlendirme kıstasları belirlenmiştir. Yönetmelikte öngörülen düzenlemelerden biri de uygunluk belgesidir[51]. Genel Müdürlükçe ilgili kurumların görüşleri alınarak hazırlanan belge Turkuaz Kart başvurusunun olumlu değerlendirilmesine yönelik herhangi bir kazanılmış hak sağlamaz (TKY md.10/4). Ancak bu belge Turkuaz Kart verilmesi için düzenlenen puanlamaya dâhil edilebilir (TKY md. 9/3).

3. Başvurunun Reddi

Turkuaz Kart başvurusunun reddi, ilgili yönetmeliğin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; (1)değerlendirme kıstaslarını karşılamayan, (2)uluslararası

48 Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü (TKY md.4/1-b)

49 Ayan (n 23) 63.

50 *TKY Madde 11 uyarınca "Puanlama sistemi 5 inci maddede sayılan yabancılar bakımından belirlenen nitelikleri baz alınarak ikinci fıkrada belirtilen kıstaslar doğrultusunda hazırlanır. Puanlama sisteminin hazırlanmasında;*
a) Nitelikli işgücü olarak değerlendirilen yabancı için; öğrenim durumu, öğrenim görülen yükseköğretim kurumunun saygınlığı, ücret düzeyi, üst düzey yönetici olarak, uzmanlık gerektiren yüksek nitelikli işlerde veya Ar-Ge alanında çalışma veya mesleki deneyim, öğrenim ile iş ya da mesleğin uyumu, anadili dışında bildiği yabancı diller ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar,
b) Nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen yabancı için; belgelendirilen ya da taahhüt edilen yatırım, ihracat veya istihdam düzeyi, yatırım yapılacak sektörün, bölgenin ve işin niteliği, Türkiye'de sahip olunan taşınır veya taşınmazlar ile fikri veya sınaî mülkiyet hakları ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar,
c) Bilim insanı veya araştırmacı için; akademik unvan, ulusal ya da uluslararası alanda bilinen yükseköğretim kurumlarında veya bilim ve teknoloji alanında öne çıkmış kuruluşlarda çalışma veya mesleki deneyim, ulusal veya uluslararası kurumlar tarafından tescillenmiş patent, ticari marka veya lisans, inovasyon faaliyetleri, Ar-Ge alanında ya da bilişim, savunma, maden, enerji gibi ülke ekonomisi açısından stratejik sektörlerde önemli görevlerde çalışma ya da mesleki deneyim ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar,
ç) Yabancı sporcular için faaliyette bulunduğu spor dalında ferdi ya da kulüp lisansı ile ulusal ya da uluslararası ferdi ya da takım müsabakalarında aldığı dereceleri ya da ödülleri, mensubu olduğu spor kulübünün hukuki statüsü ile ilgili kulübün ulusal veya uluslararası başarıları, uyruğunda bulunduğu ülkede milli sporcu statüsünde olması ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar,
d) Fikir ve sanat eseri sahibi yabancılar için eserlerinin bilinirliği, ulusal veya uluslararası ödülleri ve niteliklerini gösterir benzeri kıstaslar,
e) Türkiye'nin veya Türk kültürünün tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan yabancılar için; süresi, sürdürülebilirliği, devamlılığı ve etki alanı gibi bilgileri içeren tanıtım faaliyetleri, fikir ve sanat eserleri, Turkuaz gönüllüsü olarak uluslararası düzeyde yürütülen faaliyetleri ve benzeri kıstaslar, esas alınır."

51 Uygunluk belgesi: Yabancının nitelikleri bakımından Turkuaz Kart verilmeye uygun olduğuna ilişkin bu Yönetmelikte belirtilen ve Genel Müdürlükçe belirlenen ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından düzenlenebilecek belgedir (TKY md.4/1-ğ).

işgücü politikasına uygun olmayan, (3)sahte ve yanıltıcı belge ile yapılan, (4)istihdam edilmesine ilişkin gerekçesi yerinde görülmeyen, (5)Türk vatandaşlarına hasredilmiş iş veya meslek için yapılan, (6)ülkeye girişine izin verilmeyecek, sınır dışı edilecek kimselerden olan, (7)kamu düzeni, kamu sağlığı, kamu güvenliğini tehdit eden, (8) ülkemizin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşlarından olan, (9)kanuni sürede başvuru yapmayan kimselerin başvuruları reddedilecektir.

C. Turkuaz Kartın Sağladığı Haklar

Turkuaz Kart'ın sağladığı haklar TKY madde 19'da düzenlenmiştir. İlgili maddede süresiz çalışma iznine atıf yapılmıştır. Süresiz çalışma iznine sahip kimseler uzun dönem ikamet izni[52] sahip olan kimseler ile aynı haklara sahiptir (UİK md.10/4)[53]. Yönetmelikte de uzun dönem ikamet iznine paralel olarak hak ve yükümlülükler düzenlenmiştir[54]. Turkuaz Kart sahipleri Türkiye'de askerlik yapma yükümlülüğünden muaftır. Seçme ve seçilme hakları yoktur ve devlet memuru olarak çalışamazlar. Sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmakla birlikte, Türk vatandaşları gibi pek çok haktan faydalanabilirler. Hak kullanımı Türk vatandaşlarına hasredilmişse, bu hakkın kullanımını talep edemezler.

Bunlara ek olarak bu kimselerin vatandaşlığı kazanmaları da daha kolaydır. Kanunda öngörülen geçiş süresi tamamlandıktan sonra Turkuaz Kart sahibi TVK md.12/1-b bendi kapsamındaki istisnai hallerden biri olarak Türk Vatandaşlığını kazanabilir (TKY md. 19/3). İstisnai yoldan vatandaşlık alabilen kişiler kapsamına *Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kimseler* (TVK md 12/1-a) de girmektedir. Bu kimselerin devlete ve millete faydalı olacağı düşüncesi ile vatandaşlık almalarına kolaylık sağlanmıştır[55]. Ancak, geleceğe yönelik bir beklentiye dayanılarak bu kimselere vatandaşlık verilmesi, bu kimselerin kim olacağının tespitinde idareye geniş yetkiler verilmesi nedeniyle eleştirilen bir düzenlemedir[56]. Burada sayılan kimselerin Turkuaz Kart alabilecek nitelikte yabancı kapsamına giren kimseler olduğu gözlenmektedir. Ancak Turkuaz Kart sahibi kimselerin ülkede çalışması gerekirken gelecekte ülkeye faydası olması beklenen kimselerin vatandaşlık almak için Türkiye'de çalışıyor olmaları şart değildir. Yine diğer istisnai vatandaşlık alabilecek bir grup ise Türkiye'de çalışmayan ancak yatırım yapan kimselerdir (TVK md. 12/1-b). Bu kimselerin de yine Turkuaz Kart alabilecek

52 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel and Öztekin Gelgel, (n 2) 111 vd; Ekşi, (n 4) 97 vd.

53 Detaylı bilgi için bkz. Erken (n 20) 172 vd.

54 Ayan (n 23) 65.

55 Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (5th edn, Beta 2016) 139.

56 Neşe Çelik Baran, 'Güncel Gelişmeler Işında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması' (2017) 130) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 356, 366.

yatırım yapan nitelikli yabancı sınıfına giren kişiler oldukları söylenebilir. Bunlar maddenin düzenleniş biçimi bakımından da aynı bentte yer alan iki gruptur. Bu iki grup arasındaki temel fark, Türkiye'de çalışmayan yabancı yatırımcılar için Turkuaz Kart için aranan Türkiye'de çalışma şartının aranmamasıdır[57]. Ayrıca bu kimselerin kanunda öngörülen üç senelik geçiş süresini beklemelerine de gerek yoktur.

Buradaki düzenlemenin altında yatan temel amaca bakacak olursak, ülkeye faydası olacağı düşünülen nitelikli yabancının faaliyetlerini ülkemizde göstermelerine yönelik politikalar göze çarpmaktadır. Nitelikli yabancıların ülkede bulunma şartlarını kolaylaştırmak ve vatandaşlarla benzer imkânlardan faydalanmalarını sağlamak, ülkemizi bu kimseler için daha cazip hale getirme çabasından kaynaklanmaktadır. Ülkenin büyüme hedefleri doğrultusunda ve küreselleşmenin de etkisiyle bu politikaların ileride daha çok artacağı öngörüsünde bulunmak kanımızca mümkündür.

D. Geçiş Süresi

Turkuaz Kart'ın süresiz hale gelmesi için kanunda bir geçiş süresi[58] öngörülmüştür (UİK md.11/2). Üç yıllık süre içerinde Turkuaz Kart sahibi izlenir ve değerlendirilir (TKY md.15/2). İzleme ve değerlendirmenin yapılabilmesi için yabancıdan bilgi ve belge istenebilir. Turkuaz Kart sahibinin bu belgeleri on beş gün içinde Bakanlığa vermesi gerekmektedir (TKY md.15/4). İzleme için istenen belgeler yetkili aracı kurum tarafından da hazırlanabilir (TKY md.16/1). Uzman kişilerin hazırladıkları raporlar doğrultusunda eksikliklerin tamamlanması için Turkuaz Kart sahibine üç aylık süre verilir. Eksiklik giderilmezse, geçiş süresi sonlandırılarak kart iptal edilir (TKY md.15/5).

Geçiş süresi yabancının Turkuaz Kart almaya uygun olup olmadığının test edildiği bir süreçtir. Bu süreçte çalışmaları incelenir ve kanunda öngörülen faydaları sağlayıp sağlamadığına bakılır. Yabancıya pek çok alanda imtiyazlı haklar sağlayan Turkuaz Kart ancak belirli nitelikte kimselere verilmektedir. Bu niteliklerin o kişide olup olmadığının gözlendiği bir süreç olan geçiş süresi, yabancı için bir çeşit deneme süresi gibidir.

Geçiş süresi kendiliğinden sona ermez, Turkuaz Kart sahibinden süreyi kendisinin takip etmesi beklenir. Geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kalmasından itibaren ve her durumda geçiş süresi dolmadan yabancının geçiş süresinin kaldırılması talebinde bulunması gerekir (UİK md.11/2). Talep süresi geçtikten sonra yapılan başvurular reddedilir. Geçiş süresi kaydı, talepten itibaren otuz gün içinde ilgili uzmanın hazırlayacağı nihai raporun olumlu olması halinde Genel Müdürlükçe kaldırılır. İlgili uzman tarafından hazırlanan nihai raporun olumsuz olması halinde

57 ibid.

58 Ayrıntılı bilgi için bkz. Erken (n 20) 174 vd.

Genel Müdürlükçe yapılacak değerlendirme sonucunda geçiş süresinin uzatılmasına veya sonlandırılarak Turkuaz Kart'ın iptaline karar verilir (TKY md. 17/3).

E. Turkuaz Kart Sahiplerinin Yakınlarının Durumu

Turkuaz Kart sahibi yabancının yakınları da, Turkuaz Kart sayesinde birtakım haklar elde etmektedir. Turkuaz Kart sahibinin eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocuğuna ikamet izni yerine geçen belge verilir (UİK md. 11/4). Bu kimselerin, Turkuaz Kartı sahibi yabancı ile birlikte yaşayabilmeleri amaçlanmıştır. Bu düzenleme, aile birliğinin sağlanmasına yönelik bir adımdır[59]. "Turkuaz Kart yakını belgesi" uzun dönem ikametgah izni yerine geçer[60].

Turkuaz Kartı sahibi yabancının eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan çocukları veya bağımlı çocukları istisnai yoldan vatandaşlık kazanabilen kimselerdendir (TVK md.12/1-b)[61]. Hayatın olağan akışı çerçevesinde, aileyi oluşturan bu kimselerin Turkuaz Kart sahibinden ayrı yaşayacağı düşünülemez. Burada ailenin bir arada tutulması politikasının yansıması olan bir düzenleme söz konusudur[62]. TVK'da geçen bağımlı çocuk kavramı, ergin bağımlı çocuk olarak kabul edilmektedir çünkü ergin olmayan çocuklar zaten madde kapsamı içerisindedir. *Güngör* eserinde, bu kimselerin ayrı bir kategori olarak kabul edilmesindense "münferit göçmen"[63] yaklaşımı çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu nedenle Turkuaz Kart sahibinin vatandaşlığa başvurmaması durumunda yakınlarının da vatandaşlığa başvuruda bulunamayacağını savunmaktadır[64].

F. Turkuaz Kartın İptali

Turkuaz Kart, sahibinin talebiyle iptal edilebileceği gibi resen idarece de iptal edilebilir[65]. İdarenin iptal edebileceği sebeplerinden biri sahibinin Turkuaz Kart'ın geçerlilik tarihinden itibaren; altı ay içinde Türkiye'ye gelmemesi ya da mücbir sebep olmaksızın iki yıldan uzun bir süre aralıksız yurtdışında kalmasıdır. Bakanlıkların uygun bulma durumu hariç pasaport süreleri dolan ve uzatılmayan yabancının, kanuna aykırı kayıt dışı çalışan kimsenin, kesintisiz bir sene çalışmadığı tespit edilen kişinin

59 Ayan (n 23) 66.

60 Çelikel and Öztekin Gelgel (n 2) 198.

61 Kanunun tam metni: TVK madde 12: "*(1) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Cumhurbaşkanı kararı ile aşağıda belirtilen yabancılar Türk vatandaşlığını kazanabilirler.*
.(2) a) Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler.
b) (Ek: 28/7/2016-6735/27 md.) 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu.(1)
c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler.
d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler."

62 Gülin Güngör, *Tâbiiyet Hukuku* (5th edn. Yetkin Yayınları 2017) 104.

63 İskan Kanunu md. 3/1-g: "Münferit göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yurdumuza yerleşmek amacıyla bir aile olarak gelenlerdir."

64 Güngör (n 62) 104.

65 Ayan (n 23) 67.

Turkuaz Kartı da iptal edilir. Yanıltıcı belge ile Turkuaz Kart başvurusu yapıldığının sonradan tespiti halinde de iptal söz konusu olacaktır. Turkuaz Kart taşıma niteliğini kaybeden yabancı için ve kamu düzeni, kamu sağlığı, kamu güvenliğini tehdit eden ya da hakkında ülkeye giriş yasağı veya sınır dışı edilme kararı verilen yabancının Turkuaz Kart'ı da iptal edilecektir (TKY md. 22/1).

Düzenlemeye bakıldığında Turkuaz Kart'ın sağladığı faydaların nitelikli yabancı için sürekli olmayabileceği anlaşılmaktadır. İki yıldan uzun bir süre aralıksız olarak ülkede bulunmayan kimsenin kartı iptal edilecektir. Burada ülkenin nitelikli yabancı istihdamından elde etmek istediği faydalar karşılığında yabancıya bu hakları sağladığı görülmektedir. Faaliyetlerini bırakan yabancının ülkeyi de terk etmesi halinde, Türkiye'deki imtiyazlı hakları kartın iptali ile son bulabilecektir.

III. Dünyadaki Turkuaz Kart Benzeri Uygulamalar

Diğer ülkelerde de nitelikli personel istihdamı için yabancılara bazı kolaylıklar sağlayan düzenlemeler yapılmıştır. Diğer yabancılara nazaran imtiyazlı birtakım haklar sağlayan düzenlemeler içinde kart uygulaması dikkat çekmektedir. Çalışmamızda ABD ve AB uygulamalarına karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

A. Avrupa Birliğindeki "Mavi Kart"

Avrupa Birliği Konseyi'nin 2009 yılında kabul ettiği Mavi Kart Yönergesi[66,67], Turkuaz Kart'a benzer olarak, nitelikli işgücü olan üçüncü devlet vatandaşlarına çalışma izni ve ikamet izni verilmesini düzenlemektedir. Bu uygulamanın amacı, rekabeti arttırmak ve sonucunda ekonomik büyümeye katkı sağlamaktır[68].

Nitelikli işgücü olan kimsenin ailesi de Mavi Kart sayesinde ikamet izni alabilmektedir (Direktif madde 16). Turkuaz Kart uygulamasında aile bireyleri; eş ve bakmakla yükümlü olunan çocuklar ile sınırlandırılmıştır. Direktif ise aile üyeleri kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Ancak aile üyelerinin kapsamına kimin gireceği belirlemek için 2003/86 EC direktifine atıf yapılmıştır (Direktif md. 2). Buna göre kapsama eş, bakmakla yükümlü olunan çocuklar (evlatlık çocuklar da dahil) ve ergin olmayan çocuklar aile bireyleri kapsamına girmektedir ancak iç hukukta ilk derece akrabaların ve evlilik bağı bulunmayan partnerlerin de kapsama alınabileceği öngörülmüştür[69]. Bu genel bir düzenlemedir ancak iç hukukta kapsamın

66 25 Mayıs 2009 tarihli Konsey Direktifi 2009/50/EC.

67 Avrupa Birliği Konseyi, 'on the Conditions of Entry and Residence of Third-Country Nationals for the Purposes of Highly Qualified Employment' 2009) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0050> accessed 07.12.2018.

68 Çelik Baran (n 56) 374.

69 Union Migrant Net, 'Regular Migration EU Legislation: Instruments and Profiles' <http://social.unionmigrantnet.eu/MonoSoftware.MonoX.GetImage.axd?git=SnFile&entityid=1a70103e-c660-4c02-9ecd-a4c80143b4f2&tstamp=635713692433530000> accessed 07.12.2018.

genişletilebileceği öngörüldüğünden Mavi Kart için de aile üyelerinin kapsamı daha geniş tutulabilecektir. Yasal bir düzenleme olmaksızın Turkuaz Kart uygulaması için belirtilen kapsamın genişletilmesi mümkün değildir.

AB Mavi Kart, sahibine üye devlet vatandaşları ile eşit sosyal ve ekonomik haklar vaat etmektedir. İşçi pazarına girme hakkı (md. 12), geçici işsizlikte (ardışık olarak üç ayı geçmeyen işsiz kalmalar için) Mavi Kart'ın geçerliliğini devam ettirmesi (md.13), üye devlet vatandaşları ile eşit olarak sözleşme hakkı(md.14), sunmaktadır. Turkuaz Kart sahipleri ise seçme seçilme, askerlik yapma ve özel düzenlemeler ile Türk vatandaşlarına hasredilen haklar dışında Türk vatandaşları ile eşit haklara sahiptir. Bu anlamda AB uygulamasına nazaran nitelikli yabancıların daha geniş haklara sahip olduğu söylenebilir.

Çerçeve direktif, üye devletler için temel bir uygulama öngörmektedir. Üye devletlerin iç hukuklarında daha farklı düzenlemelerin ve şartların öngörülmesi mümkündür.

B. Amerika'daki "Yeşil Kart"

ABD'de Yeşil Kart uygulamasının kapsamı diğer benzer uygulamalara nazaran oldukça geniştir. Sadece nitelikli işgücüne değil, ülke vatandaşlarının ailesinden kimselere, özel göçmen olarak adlandırılan kimselere, mültecilere sığınmacılara, insan hakları mağdurlarına, istismar kurbanlarına ve yine farklı kategorilerde pek çok kimseye verilebileceği öngörülmüştür[70]. Yeşil Kart bu kişilere ABD'de kalıcı olarak çalışma ve yaşama hakkı sağlayan bir uygulamadır. Konumuz itibariyle işgücü dolayısıyla alınan Yeşil Kart uygulamasını inceleyeceğiz.

Yeşil Kart uygulaması için üç farklı tercih kategorisi oluşturulmuştur. İlk tercih göçmen işçiler kapsamına; bilim, sanat, eğitim, spor veya ticaret alanlarında olağanüstü yeteneğe sahip kimseler, üstün düzeyde araştırmacı ya da akademisyenler ve uluslararası alanda belirli kriterleri karşılayan yöneticiler ve idareciler girmektedir[71]. İkinci tercih işçiler kapsamına; lisansüstü derecesi gerektiren bir meslek grubunda çalışanlar[72], bilim, sanat ve ticaret alanında özel yeteneğe sahip kimseler ve ulusal yatırımdan feragat edenler girmektedir. Üçüncü tercih işçiler kapsamına ise; en az iki yıl deneyim ya da eğitim almış vasıflı işçi, lisans derecesine sahip çalışanlar, iki yıldan az eğitim ya da iş deneyimi olan vasıfsız işçiler girmektedir. Yeşil Kart bir milyon doların üzerinde yatırım yapan en az on çalışana sahip ve yeni bir ticari alanda faaliyet gösteren kimselere de verilebilir.

70 Detaylı bilgi için bkz. Amerikan Vatandaşlık ve Göçmenlik Bürosu, 'Green Card Eligibility Categories' <https://www.uscis.gov/greencard/eligibility-categories> accessed 08.12.2018.

71 Detaylı bilgi için bkz. Vize Merkezi, 'Çalışma Yoluyla Green Card' <https://www.vizemerkezi.com/amerika/green-card/calisma-yoluyla-green-card> accessed 09.12.2018.

72 Amerikan eğitim sisteminde bazı meslek dallarına sahip olabilmek için üniversitenin(collage) üzerine ek olarak ikinci bir üniversite bitirmek gerekmektedir. Bu meslek dallarına örnek olarak avukatlık, doktorluk ve mimarlık verilebilir.

Yeşil Kart uygulamasında da nitelikli yabancı kapsamına benzer niteliğe sahip olan kişilerin kapsama girdiği görülmektedir. Yatırımcılar ve işinde özel yeteneğe sahip kimselerin önceliği söz konusudur.

Yeşil Kart uygulamasının kapsamı nitelikli işgücü ile sınırlandırılamayacak kadar geniştir. İşgücüne yönelik yapılan üçlü ayrımda da vasıflı olmayan bir işçinin bile Yeşil Kart alabilmesine imkan tanınmıştır. Elbette, olağanüstü yeteneğe (high qualified) sahip kimseler daha önceliklidir ancak bu Yeşil Kart almak için zorunlu bir unsur oluşturmamaktadır.

Yeşil Kart'ın farklı uygulama alanlarından biri de çekiliş ile bu kartın yabancılara verilebiliyor olmasıdır. Uygulamanın ülkeye az göçmen gönderen ülkelerde doğan kimseler için getirildiği söylenmektedir (Çeşitlilik göçmeni)[73]. Ancak bireylerin piyango yöntemi ile seçilmesi, uygulamanın etikliği bakımından eleştirilere maruz kalmaktadır[74].

Sonuç

Turkuaz Kart, nitelikli işgücü istihdamını destekleyen bir politikanın sonucu olarak hayatımıza girmiş bir uygulamadır. Ülkede ekonominin olumlu yönde etkileneceği inancı ile bazı yabancıların ülkemizde çalışması, ülkemizde faaliyet göstermesi teşvik edilmeye çalışılmıştır.

Nitelikli yabancının ülkede istihdamını sağlamak üzere, bu kimselerin diğer yabancılara nazaran imtiyaz tanıyan haklardan yararlanması öngörülmüştür. Seçme seçilme hakkı, askerlik yükümlülüğü ve Türk vatandaşlarına hasredilen haklar dışında Türk vatandaşları ile eşit haklardan yararlanmalarına imkan tanınmıştır. Bu da nitelik yabancı sıfatına haiz kimsenin ülke vatandaşı gibi pek çok hak ve korumadan yararlanabileceği anlamına gelmektedir.

Nitelikli yabancının kapsamının yönetmelikte daha geniş anlaşıldığı gözlemlenmiştir. Kanımızca; kanundaki tanımın daha kapsayıcı olarak düzenlenmesi, yönetmelik ve kanun arasındaki paralelliğin sağlanması adına daha isabetli olurdu. Turkuaz Kart, ABD'deki Yeşil Kart uygulaması gibi her kesimden yabancıya verilmesi öngörülen bir kart değildir. Bu nedenle uygulamanın kapsamının kanunda daha keskin çizgiler ile belirlenmesi, uygulamanın niteliği gereği hukuki açıdan daha doğru bir yöntem olacaktır.

Nitelikli yabancının bu sıfata haiz olup olmadığını daha iyi görmek adına, Turkuaz Kart için bir geçiş süresi öngörülmüştür. Bu yönüyle, neredeyse ülke vatandaşı gibi

73 ABD Ankara Büyükelçiliği, 'Yeşil Kart Çekilişi ' <https://tr.usembassy.gov/tr/visas-tr/immigrant-visas-tr/diversity-visa-tr/> accessed 09.12.2018.

74 Detaylı bilgi için bkz. N Kocaoğlu, Kağan, 'ABD Göçmenlik Reformunun Ana Hatları ve Türk-Amerikan Toplumuna Etkisi' (2016) 2016(1) Ankara Barosu Dergisi 275

muamele görecek yabancının, geçiş süresi içinde ülkenin arzuladığı niteliklere sahip olup olmadığı gözlemlenecektir.

Yabancıya uzun süreli ikamet izninin sağladığı hakları tanıyan Turkuaz Kartın iptal edilmesi belli hallerin varlığı halinde mümkündür. Nitelikli yabancının ülkede faaliyet göstermesi amacıyla getirilen bir düzenleme olduğundan, nitelikli yabancının aralıksız iki yıl ülke dışında bulunması halinde ve yabancının en az bir yıl kesintisiz bir şekilde çalışmadığının tespit edildiğinde kart iptal edilecektir. Buna göre imtiyazlı hakların, yabancıya ancak ülke için faaliyetlerini sürdürmesi ve ülkeye beklenen faydaları sağlaması halinde verildiği söylenebilir.

Başka devletler ekonomik gerekçeler ile nitelikli işgücü istihdamını destekleyen uygulamalara yer vermektedir. AB'deki Mavi Kart uygulaması da üye olmayan devletlerde yaşayan ve vasıflı olan kimselerin faaliyetlerini üye devletlerde göstermeleri halinde diğer yabancılara göre daha çok haktan yararlanmalarını sağlamaktadır. ABD'deki Yeşil Kart uygulamasında ise, nitelikli işgücüne sahip kimselere öncelik verilmek ile birlikte, kapsam olarak bununla sınırlandırılmamıştır. Bu yönüyle diğer kart uygulamalarından oldukça farklı bir çerçeve çizmektedir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kısaltmalar Listesi

AB : Avrupa Birliği
ABD : Amerika Birleşik Devletleri
AYM : Anayasa Mahkemesi
A.e. : Aynı Eser
a.g.e. : Adı Geçen Eser
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
DYYK : Doğrudan Yabancı Yatırımcılar Kanunu
DYYPİY : Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik
KKTC : Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
md. : madde
RG. : Resmi Gazete
S. : sayfa
T. : Tarih
TKY. : Turkuaz Kart Yönetmeliği
TVK. : Türk Vatandaşlığı Kanunu
UİK. : Uluslararası İşgücü Kanunu
vd. : ve devamı

Kaynakça/References

Ayan HA, 'Türk Hukukunda Turkuaz Kart Sahibi Yabancıların Çalışma Şartları' (2018) 1 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 53

Aybay R, *Yabancılar Hukuku* (3rd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010)

Çelik Baran N, 'Güncel Gelişmeler Işında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması' (2017) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 356

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (23rd edn, Beta 2017)

Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (2nd edn, Savaş Yayınevi 2017)

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (4th edn, Beta 2016)

Erdem B, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (5th edn, Beta 2016)

Erken B, *Türkiye'de Yabancıların Çalışması* (Seçkin 2018)

Erken B, 'Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Yabancıların Çalışması' (2016) 11 TISK Akademi 380

Gözler K and Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (19th edn, Ekin Kitapevi Yayınları 2017)

Gözübüyük AŞ and Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, vol I (10th edn.Turhan Kitapevi 2014)

Güneş T, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (Sevinç Matbaası 1965)

Güngör G, *Tâbiiyet Hukuku* (5th edn. Yetkin Yayınları 2017)

Öztürk BK, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı* (Yetkin Yayınları 2009)

Tekinalp G, *Türk Yabancılar Hukuku* (8th edn Beta 2003)

Yılmaz M, *Türk Yabancılar Hukukunda Çalışma İzni* (On İki Levha Yayıncılık 2017)

Kaya C, 'Türkiye'de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları' (2017) 1 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57

Kocaoğlu N, Kağan, 'ABD Göçmenlik Reformunun Ana Hatları ve Türk-Amerikan Toplumuna Etkisi' (2016) 2016 Ankara Barosu Dergisi 275

ABD Ankara Büyükelçiliği, 'Yeşil Kart Çekilişi ' (<https://tr.usembassy.gov/tr/visas-tr/immigrant-visas-tr/diversity-visa-tr/> accessed 09.12.2018

Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 'Doğrudan Yabancı Yatırımlar' (2018) <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uigm/yabancilar/dogrudan-yabanci-yatirimlar/> accessed 22.05.2019

Amerikan Vatandaşlık ve Göçmenlik Bürosu, 'Green Card Eligibility Categories' (<https://www.uscis.gov/greencard/eligibility-categories> accessed 08.12.2018

Avrupa Birliği Konseyi, 'on the Conditions of Entry and Residence of Third-Country Nationals for the Purposes of Highly Qualified Employment' (2009) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0050> accessed 07.12.2018

Türkiye Büyük Millet Meclisi, 'Uluslararası İşgücü Kanunu Tasarısı' (2016) <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0727.pdf> accessed 22.05.2019

Union Migrant Net, 'Regular Migration EU Legislation: Instruments and Profiles' (<http://social.unionmigrantnet.eu/MonoSoftware.MonoX.GetImage.axd?git=SnFile&entityid=1a70103e-c660-4c02-9ecd-a4c80143b4f2&tstamp=635713692433530000> accessed 07.12.2018

Vize Merkezi, 'Çalışma Yoluyla Green Card' (<https://www.vizemerkezi.com/amerika/green-card/calisma-yoluyla-green-card> accessed 09.12.2018

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 415–446

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0023
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Başvuru: 22.07.2019
Kabul: 08.08.2019

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi

Mustafa Erkan*

Öz

7039 sayılı "Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununda farklı konularda önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler ile bazı maddelerin fıkralarını yürürlükten kaldırma, bazı maddelerin hükmünde değişiklik yapma ve ek madde düzenlemesi gerçekleşmiştir. Önemli düzenlemeler olmasına rağmen doktrinde henüz detaylı bir incelemeye tabi tutulmamıştır. Ayrıca, yapılan değişikliklerin üzerinden iki yıla yakın bir süre geçmesine rağmen Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te kanuna paralel bir düzenleme yapılmamıştır. Bunun sonucu olarak normlar hiyerarşisine aykırı bir şekilde düzenlemeler arasında çelişki meydana gelmiştir.

Anahtar Kelimeler

Türk vatandaşlığının kazanılması, Temel ilke ve esaslar, Kanunilik ilkesi, Normlar hiyerarşisi, İstisnai haller, İkamet süreleri, Maddi hata, Yabancı devlet vatandaşlığından çıkma

Examining of the Changes in the Turkish Citizenship Law Through Law Number 7039

Abstract

Significant changes were made in the Turkish Citizenship Law on different subjects through the Law numbered 7039 "Amending the Law on Population Services and Certain Laws". These amendments have been in the form of repealing the provision of the law, making amendments to the provision of the law and arranging additional an article. Although there are important regulations, it has not been subjected to a detailed examination of the doctrine yet. Furthermore, although the amendments have been made almost two years ago, no amendment has been made to the Regulation by following the law yet.

Keywords

Acquisition of Turkish citizenship, General principles and guidelines, The principle of legality, Hierarchy of norms, Exceptional circumstances, Duration of residence, Error of fact, Withdrawal of foreign state citizenship

* **Sorumlu Yazar:** Mustafa Erkan (Doç. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: mustafaerkan@gmail.com ORCID: 0000-0003-3441-161X

Atıf: Erkan M, "Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi" (2019) 39(2) PPIL 415.
https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0023

©Yazarlar. İstanbul Üniversitesi tarafından Creative Commons Lisansı (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) kapsamında yayımlanmıştır.

Extended Summary

The Turkish Citizenship Law (TCL) numbered 5901, in effect since 2009, has recently been subject to numerous changes through the Law numbered 7039 "Amending the Law on Population Services and Certain Laws". Although said changes are of an important nature, they have not yet been subject to a detailed examination of the doctrine. In this study, we aim to address these changes from various angles.

The changes made in the TCL through the Law numbered 7039 have been in the form of (i) making new additions, (ii) making amendments to certain existing provisions and (iii) repealing certain provisions. We are of the opinion that it would not be accurate to categorically classify the changes made to the TCL through the Law numbered 7039 as correct or incorrect, since different changes made through said Law have apparently been made for different reasons and therefore it is necessary to address them separately.

For instance, the Law numbered 7039 brought an accurate amendment to Article 15/1 of the TCL, according to which the maximum duration a foreigner wishing to acquire Turkish citizenship by decision of the competent authority can spend abroad have been increased from six to twelve months. This amendment is in accordance with the problems encountered in practice and the criticisms of the doctrine.

However, on the other hand, some of the reasoning given for said changes are, in our opinion, problematic. For instance, Article 10/2 of the TCL, one of the new additions introduced by the Law numbered 7039, stipulates that the main principles to be implemented in the acquisition of citizenship after birth are to be determined by the Ministry of Interior upon receiving opinions from the relevant public institutions and organizations. We are of the opinion that this provision contravenes the principle of legality, since it makes it possible for the administration to determine the main principles to be implemented in the acquisition of citizenship in lieu of the law-maker. Furthermore, some of the changes brought by the Law number 7039, namely the amendment made to Article 39 and the new Additional Article 1, raise questions as to their practicality. In addition, the changes have also led to certain discrepancies between the articles within the TCL itself, such as between Additional Article 1 and Article 44 as well as between Article 43/1 and Article 43/2.

With the Law Numbered 7039, a new paragraph has been added to Article 12 of the TCL. According to the new paragraph, the Ministry of Interior rejects the requests of those who are in a position to constitute an obstacle in terms of national security and public order. Article 12, paragraph 1 of the TCL, already has the condition of not having any obstacle in terms of national security and public order. While this is the case, the second paragraph added that the Ministry of the Interior will reject the

applications of persons with a condition that would constitute an obstacle in terms of public order and national security. Citizenship is granted by the President to those who wish to acquire Turkish citizenship within the scope of Article 12. Therefore, whether these persons have acted contrary to public order and national security was evaluated by the President. When this new authority was granted to the Ministry of Interior, the workload of the President was reduced. In this case, the President will only be able to examine whether the applicants are among the groups of persons referred to in Article 12 of the TCL.

One of the important amendments introduced by the Law numbered 7039 is to increase the residence period of persons who want to acquire Turkish citizenship from six months to twelve months. Retaining up to twelve months abroad for the last five years from the date of application for citizenship does not constitute an obstacle to the acquisition of Turkish citizenship. This change has been useful. The six-month period was short for "qualified" people who wanted to gain Turkish citizenship.

Accordingly, in light of the principles of certainty and legal security, it is important that changes to laws in effect are not made in short time periods and that they are made pursuant to prior deliberation with the experts and practitioners in the field, in accordance with international law. Otherwise, the changes made by the law-maker will certainly be subject to further change at short notice.

Furthermore, although the amendments were made almost two years ago, no amendment has yet been made to the Implementing Regulation. This situation creates a contradiction between the provisions of law and regulation in contradistinction to the principle of the hierarchy of norms and therefore, this is also a problem which needs to be urgently addressed.

Türk Vatandaşlığı Kanununda 7039 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi

Giriş

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu[1] (TVK) 29 Mayıs 2009 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) kabul edilmiş ve 12 Haziran 2009 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanun vatandaşlık hukukumuzu düzenleyen dördüncü kanun olmakla birlikte Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra yürürlüğe giren üçüncü kanundur[2]. Her biri bir öncekini yürürlükten kaldırarak Türk vatandaşlık hukukunu düzenlemiştir.

5901 sayılı TVK'nın yürürlüğe girmesinin üzerinden henüz on yıl geçmesine rağmen Kanun altı defa değişikliğe uğramıştır[3]. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığına alınma şartlarının belirlenmesi konusunda var olan hâkimiyet hakkının bir sonucu olarak bu değişiklikler yapılsa bile mevzuatın bu sıklıkla değişmesi hukuki istikrara zarar vermesi sebebiyle uygulamada bir takım problemleri beraberinde getirmektedir. Bu değişikliklerden bir tanesi 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname[4] (KHK) ile yapılmış olup Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle birlikte TVK'da yer alan "Bakanlar Kurulu" ifadesi yerine "Cumhurbaşkanlığı" ifadesi getirilmiştir[5]. 8 Mart 2018 tarihinde 7072 sayılı Kanun[6] ile TVK'nın 29. maddesine ikinci fıkra eklenmiştir[7]. Eklenen ikinci fıkranın başlı başına bir inceleme konusu olması gerektiği düşünülerek burada bu değişikliğe yer verilmemiştir. Bu makalede sadece 19 Ekim 2017 tarihinde kabul edilen ve 3 Kasım 2017 tarihinde yürürlüğe giren 7039

1 Türk Vatandaşlık Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.5.2009, RG 12.6.2009/27256.

2 Tâbiiyeti Osmaniye Kanunnamesi, Kanun Numarası: 1044, Kabul Tarihi: 28.1.1869; Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 1312, Kabul Tarihi: 23.5.1928, RG 3.6.1928/409; Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 403, Kabul Tarihi: 11.2.1964, RG 22.2.1964/11638; 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu. İlgili kanunlar için bkz. Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku,* (24th edn, Filiz 2018) 55-58; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku,* (15th edn, Savaş 2018) 35-37; Bahattin Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku,* (6th edn, Beta 2017) 33-36; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku: Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler,* (6th edn, Yetkin 2018) 7-11, (Tabiiyet).

3 *Tanrıbilir*, 5901 sayılı Kanun daha tasarı halinde iken "*Tasarının gerekçesi ve muhtelif hükümlerinden anlaşıldığı kadarıyla, kanunu hazırlayanlar kesinlikle 403 sayılı kanunu yürürlükten kaldırmaya kararlıdırlar. Ancak bu kararlarını dayandırdıkları gerekçeler, yukarıda da belirtildiği üzere çok haklı veya çok kuvvetli gerekçeler değildir. Umarız, tasarı kanunlaşmadan önce bir kez daha gözden geçirilebilir. Aksi halde son zamanlarda yürürlüğe giren pek çok kanun gibi bu kanun da daha yürürlüğe girmeden değiştirilen bir kanun olmaktan kurtulamayacaktır. Bu da tam bir kısır döngüye yol açacaktır. Çünkü tasarının hazırlanma nedenlerinin başında, mevcut kanunun pek çok değişiklik geçirmesi ve yapısının bozulması gelmektedir*" demiştir. Yapılan eleştiri haklı olsa gerek ki Kanun pek çok defa değişmiştir. Bkz. Feriha Bilge TANRIBİLİR, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanması Nedenleri Üzerine' (2007) (72) TBB Dergisi 37, 54 (Hazırlanması); 5901 sayılı TVK'nın mülga 403 sayılı TVK'da mevcut olan boşlukları gideremediği ve mülga 403 sayılı TVK'da mevcut olan hususlara ilişkin yeni düzenleme getiremediğine ilişkin eleştirel değerlendirme için bkz. Kamuran Reçber and Zeynep Özgenç, '5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunundaki Bazı Boşluklar', (2016) 74(1) İÜHFM 373, 373 ff.

4 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Kanun Hükmünde Kararname Numarası: 700, Kabul Tarihi: 2.8.2018, RG 7.8.2018/30471 (2. Mükerrer).

5 2.8.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nın 188. maddesiyle "Bakanlar Kurulu" ifadesi "Cumhurbaşkanı" şeklinde; "Bakanlar Kurulunun" ifadesi "Cumhurbaşkanın" şeklinde değiştirilmiştir.

6 Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 7072, Kabul Tarihi: 1.2.2018, RG 8.3.2018/30354 (Mükerrer).

7 02.01.2017 yılında kabul edilen 680 sayılı KHK'nın 75. maddesi ile yürürlüğe giren TVK m. 29/2, 01.02.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7072 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun" un 73. maddesi ile aynen kanunlaşmıştır.

sayılı "Nüfus Hizmetleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"[8] ile yapılan değişiklikler incelenmiştir.

7039 sayılı Kanun, 5901 sayılı TVK'da bazı önemli değişiklikler yapmıştır. TVK'nın 10, 11, 12, 15, 20, 39, 43 maddelerinde yapılan değişiklikler yürüklükten kaldırma, kanun hükmünde değişiklik yapma ve ek fıkra getirme şeklinde olmuştur. Ayrıca 7039 sayılı Kanunun 33. maddesi ile TVK'ya ek madde getirilmiştir.

Değişikliklerin neden yapıldığı konusunda genel gerekçede bazı açıklamalar yapılmıştır. İlgili gerekçede yapılan açıklama aşağıdaki şekildedir:

> *"Günün gelişen ve değişen şartlarında, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu uyarınca sonradan Türk vatandaşlığının kazanılmasında uygulanacak temel ilke ve esasların ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığınca belirlenmesi öngörülmektedir. Ayrıca anılan Kanuna göre alınan kararlarda maddi bir hata bulunduğunun sonradan anlaşılması halinde, dayanağına uygun şekilde Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünce düzeltme veya tamamlama kararı alınması imkânı getirilerek işlemlerin daha kısa sürede sonuçlanması amaçlanmıştır. Yapılan diğer düzenlemeler ise vatandaşlığımıza alınmak için başvuran yabancıların ikamet süresi içinde Türkiye dışında bulunabilecekleri sürenin altı aydan dokuz aya[9] çıkarılması ve Türk vatandaşlığını kaybetmiş veya vatandaşlıktan ıskat edilmiş olan kişilerin Türkiye'de ikamet etme şartı aranmaksızın vatandaşlığımıza yeniden kazanmalarına imkân sağlanmasıdır"*[10].

7039 sayılı Kanun ile TVK'da yapılan değişikliklerin üzerinden uzun bir süre geçmesine rağmen, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te[11] (Yönetmelik) henüz 7039 sayılı Kanun ile ilgili olarak bir değişiklik olmamıştır. Yönetmeliğin 20. maddesinde[12] 2017 ve 2018 yıllarında birkaç defa değişiklik olmasına rağmen 7039 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası TVK'nın maddelerine paralel olarak Yönetmeliğin değiştirilmemiş olması kanun ile yönetmelik arasında normlar hiyerarşisine aykırı olacak şekilde çelişki meydana getirmektedir.

---

8 Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7039, Kabul Tarihi: 19.10.2017, RG 3.11.2017/30229. 7039 sayılı Kanun bir "torba" kanundur. Bu sebeple içerinde değişik konularda ve kanunlar hakkında düzenleme yapılmıştır. Örneğin, 7039 sayılı Kanun ile İstanbul iline bağlı "Eyüp" ilçesinin adı "Eyüpsultan" olarak değiştirilmiştir. Bunun yanında, 7039 sayılı Kanun 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda değişiklikler yapmıştır.

9 Tasarıda "dokuz ay" olarak değiştirilmesi öngörülen süre kanunlaşma sırasında "on iki ay" olarak değiştirilmiş ve yasalaşmıştır.

10 Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün TBMM'ye sunduğu Tasarı Genel Gerekçesi 4. sayfa bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss497.pdf, Erişim Tarihi 4 June 2019.

11 Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Kabul Tarihi: 11.2.2010, RG 6.4.2010/27544.

12 Yönetmeliğin 20. maddesi Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılması, başvuru için gerekli belgeler ve yapılacak işleri düzenler. Bu maddede 2016, 2017 ve 2018 yıllarında değişiklikler yapılmıştır. Yatırım yaparak (taşınmaz alımı dâhil) Türk vatandaşlığını kazanacak kişilerin şartlarında günün koşullarına ve siyasi iradenin tercihlerine uygun olarak değişiklikler yapılmıştır.

7039 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Kanunun uygulanması hakkında İçişleri Bakanlığı tarafından bir Genelge[13] yayımlanmıştır. 7039 sayılı Kanun "torba" kanun olması sebebiyle kanunda düzenlenen diğer konularla ilgili olarak Genelgede açıklama olmasına rağmen TVK'da yapılan değişikliklere ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

Bu çalışmada 7039 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin değerlendirilmesi yapılacaktır. Yapılan düzenlemeler üç alt başlık altında incelenecektir. Birinci alt başlık altında getirilen yeni düzenlemeler, ikinci alt başlıkta yapılan değişiklikler ve son olarak ise yürürlükten kaldırılan hükümler incelenecektir.

I. 7039 Sayılı Kanun ile TVK'da Yapılan Yeni Düzenlemeler

A. Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Uygulanacak Temel İlke ve Esasların Belirlenmesi

7039 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile TVK'nın 10. maddesine ikinci fıkra eklenmiştir. Yapılan yeni düzenleme ile ikinci fıkra "Bu Kanun uyarınca sonradan Türk vatandaşlığının kazanılmasında uygulanacak temel ilke ve esaslar ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınmak suretiyle Bakanlıkça belirlenir" hükmünü içerir.

Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması şartları 5901 sayılı TVK'nın ilgili hükümlerinde ortaya konulmuştur. Ancak, belirtilen şartların bazıları soyut kalmaktadır. Kanaatimizce, bu noktalarda idarenin daha somut verilere ihtiyaç duyması sebebiyle kanun koyucu bu yönde bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir. Bu durumlara örnek olarak TVK m. 11/f.1(d)'de yer alan "iyi ahlak sahibi olmak" veya m. 11/f.1(e)'de yer alan "yeteri kadar Türkçe konuşabilmek" bentleri verilebilir. Bu hususlarda somut kıstaslara ihtiyaç olduğu ortadadır. Ancak, düzenleme yeri, ikincil düzenleme ile soyut konuları somuta çevirme konusunda izlenen yöntem ve yapılan düzenlemenin kanunilik ilkesi açısından değerlendirmeye muhtaç olduğu söylenebilir.

1. Kapsam Açısından Değerlendirme

TVK m. 10/f.2'de öncelikle kapsam noktasında bir sınırlamaya gidilmiş ve sadece 5901 sayılı TVK bağlamında sonradan Türk vatandaşlığının kazanılması için gerekli temel ilke ve esasların İçişleri Bakanlığı tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Örneğin, İskân Kanunu m.8'e dayanarak kazanılacak vatandaşlık kapsam dışında tutulmuştur. İlgili fıkrada odaklanılan husus sonradan Türk vatandaşlığının

13 7039 sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Genelge, Genelge Sayısı: 137396, Kabul Tarihi: 11.12.2017. Genelge için bkz. https://www.nvi.gov.tr/PublishingImages/mevzuat/mevzuat/genelge/7039%20Sayili_Kanunun_Uygulanmasi(2017).pdf, Erişim Tarihi: 7 June 2019.

kazanılmasında uygulanacak "temel ilke ve esaslar" ın düzenlenmesidir. Hükmün düzenlendiği yer itibariyle sadece TVK'da yer alan sonradan kazanma yöntemleri için geçerli olması yerindedir.

2. Düzenlenme Yeri Açısından Değerlendirme

7039 sayılı Kanun'un 28. maddesi ile getirilen düzenlemede "…sonradan Türk vatandaşlığının kazanılmasında uygulanacak temel ilke ve esaslar…"ın İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenmesi kabul edilmiştir. Sonradan Türk vatandaşlığının kazanılması söz konusu olunca, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması, evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması ya da seçme hakkının kullanılması ile Türk vatandaşlığının kazanılması hallerinde temel ilke ve esaslar İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecektir.

Güngör, 7039 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik "sonradan kazanmadan" söz ediyor olsa da, düzenleme yerinin TVK m. 10/f.2 olması sebebiyle, hükmün yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen TVK m. 11-17 maddelerini konu edindiğini ileri sürmüştür[14]. Başka bir anlatımla, kanunun lafzından ziyade düzenleme yerine göre bir değerlendirme yapmanın uygun olacağını belirtmiştir.

Kanaatimizce, her ne kadar TVK m. 10 yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen bir hüküm olsa bile, kanun koyucunun amacı, hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, sonradan Türk vatandaşlığını kazananlar ile ilgili uygulanacak "temel ilke ve esasları" belirlemektir. Bu sebeple, fıkranın düzenleme yeri TVK m. 10 yerine TVK m. 9 olmalıdır. Zira m. 9 Türk vatandaşlığının sonradan kazanma türlerini düzenlemiştir. 7039 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme TVK m. 9'un ikinci fıkrası olması Kanun'un sistematiği açısından daha uygun olacaktır.

3. Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirme

İlgili hükmün düzenleniş amacı tekrar hatırlanacak olursa, "günün değişen ve gelişen şartları" doğrultusunda sonradan Türk vatandaşlığının kazanılmasında uygulanacak "temel ilke ve esasların" İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenmesi öngörülmektedir. Hükmün amaçladığı esas nokta ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 66/f.3'ün uyum içerisinde olup olmadığı değerlendirmeye muhtaçtır.

Türk vatandaşlığı, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda ifade edilen hallerde kaybedilir. Anayasanın bu hükmü vatandaşlık hukuku alanında mevcut olan kanunilik ilkesini tesis etmektedir[15]. Zira kanunilik ilkesi çerçevesinde

14 Güngör n2 80.

15 Mustafa Erkan, 'Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 72/5. Maddesinin Kanunilik İlkesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Bağlamında Değerlendirilmesi' (2019) 14(175-176) BUHFD 329, 335-340, (Kanunilik); Güngör n2 53-54.

kanun koyucudan soyut olarak ortaya koyduğu hükümlerde dahi sınırları çizmesi beklenmektedir. Kanunla sınırları çizildikten sonra teknik ve uzmanlık isteyen konuların idare tarafından doldurulması mümkündür. Başka bir anlatımla, kanunilik ilkesinde hedef, idarenin keyfi uygulamalarını bertaraf ederek vatandaşlığın kazanılmasında ve kaybında kanuni dayanağın olmasını temin etmektedir. Kanunilik ilkesi bir anlamda idarenin takdir yetkisinin sınırlarını çizen, "'hikmet-i hükümet' anlayışını bertaraf etme işlevine sahip... "[16] bir ilkedir.

Kanunilik ilkesini kısaca hatırladıktan sonra TVK m. 10/f.2'yi ve hükmün düzenleniş amacını incelemek faydalı olacaktır. Hükmün düzenleniş amacında ifade edilen hususlardan dikkat edilmesi gereken iki temel nokta bulunmaktadır. Birincisi "günün değişen ve gelişen şartlarının" kapsamının ne olduğu; ikincisi ise kanunda da ifade edilen "temel ilke ve esaslar" ile anlatılmak istenen hususdur. Bu iki nokta konu açısından çok önemlidir. Günün değişen ve gelişen şartları ile ifade edilmek istenen husus içerisinde kanunilik ilkesine etki edecek düzeyde bir değişim söz konusu mudur? Yoksa tamamen kanunilik ilkesi içerisinde, sadece teknik ve uzmanlık isteyen konularda, idare tarafından doldurulmasına müsaade edilen alanların İçişleri Bakanlığı tarafından günün değişen ve gelişen şartları içerisinde düzenlenmesi midir? Aslında bu sorunun cevabını, TVK m. 10/f.2'de idareye bırakılan "temel ilke ve esaslar" ın içeriği belirlemektedir. Düzenlemede "temel ilke ve esaslar" olarak ifade edildiğinden dolayı, kanunilik ilkesinde idareye bırakılan teknik ve uzmanlık gerektiren konuların dışına çıkılma ihtimalinin olduğu izlenimi vermektedir. Kanaatimizce, kanun koyucunun tercih ettiği ifade "temel ilke ve esaslar" yerine "teknik ve uzmanlığa ilişkin konular" olsaydı daha yerinde bir tercih olurdu. Zira "…vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin temel ilke ve esasların, günlük ihtiyaçlara cevap vermek için yönetsel kararlara bağlanması, 'temel ilke ve esaslar' kavramı ile bağdaşmaz.[17]" Temel ilke ve esaslar kavramı ana unsurları ortaya koyan ve kanun ile düzenlenmesi gereken bir alandır. Henüz, İdare yönetmelik değişikliği yaparak, "temel ilke ve esaslar" ile neyi düzenlemek istediği somut olarak ortaya koymamıştır. Bu sebeple, kavramsal bir analiz yapıldığı zaman "temel ilke ve esaslar" kavramının ve dolayısıyla TVK m. 10/f.2'nin içeriğinin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği söylenebilir[18]. Ancak, kanun koyucunun tercih ettiği ifade hatalı olsa bile, idarenin yapacağı ikincil düzenlemeler kanunilik ilkesine ve normlar hiyerarşisine uygun şekilde yapılırsa düzenlemenin bu hali sorun teşkil etmeyecektir.

Kural olarak kanunlar yapıldıktan sonra uzun yıllar yürürlükte kalması hedeflenir. Bu durum her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti için son dönemlerde çok geçerli olmasa

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

17 Dardağan Kibar (n 16) 14.

18 ibid.

da amaçlanan, kanunların uzun süreli uygulanmasıdır. Kanunların uzun süreli uygulamalarında tabii ki hem ulusal hem de uluslararası alanda günün değişen ve gelişen şartları olacaktır. Bu değişikliklere, gerekli olduğu yerlerde, uyum sağlamak da kanun koyucunun vazifesidir. Günün gelişen ve değişen şartlarına uyum sağlama görevinin kanun koyucu yerine idareye bırakılması kanunilik ilkesi açısından uygun olmayacaktır. Zira Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybında kanunilik ilkesi egemendir. Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybının önemli hukuki sonuçları vardır. Kişinin Türk vatandaşlığını kazanması, kişiye önemli hak sağlar ve kişi üzerinde yükümlükler doğurur. Süreklilik arz eden hak ve yükümlülüklerin tabi olacağı ilkelerin yönetmelik yerine kanunla getirilmesi hem vatandaşlık bağının doğasına hem de kanunilik ilkesine uygun olacaktır[19].

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 7. ve 8. maddelerinde, yasama yetkisinin devredilemezliği ile yürütmenin düzenleme yetkisinin Anayasa ve yasaların gösterdiği alan ile sınırlı olduğu hususları düzenlenmektedir. Kanun koyucuya bırakılan konularda yürütmenin düzenleme yapamayacağı, usul ve esasları düzenleme yetkisinin kanunla yürütmeye bırakıldığı hallerde dahi bu yetkinin amir yasa hükmünü aşar şekilde kullanılamayacağı sabittir. Bu doğrultuda, kanundaki amir hükmün yönetmelikle daraltılmasının olanaksızlığı[20]; uzmanlık ya da yönetim tekniğine ilişkin konuların yürütmeye bırakılması gereği[21]; yasayı ve yasanın amacını aşar nitelikte düzenleme yapma olanağının bulunmadığı; yönetmelik ile üst hukuk kurallarında öngörülen çerçeve yetkiyi aşar nitelikte düzenleme getirilmesinin hukuka aykırılığı[22] ve yönetmelikle yasa hükümlerini değiştirmenin olanaksızlığı[23] Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında açıkça ortaya konulmuştur.

Anayasada açıkça öngörüldüğü üzere vatandaşlığı kazanma şartları kanun ile belirlenir ve bu konuda şart ihdas etmek yetkisi münhasıran kanun koyucuya aittir. Nitekim vatandaşlığın kazanılması şartları Türk Vatandaşlık Kanunu'nun çeşitli maddelerinde kazanma yolları özelinde düzenlenmiştir. Yürütmenin, TVK'da öngörülmeyen şartları İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek temel ilke ve esaslarla düzenlemesi düzenlemenin konuluş amacına ve gerekçesinde belirtilen amacı aşması durumunda açıkça hukuka aykırılık oluşturacaktır. Kanunda ve kanunun gerekçesinde yer almayan bir şartın, yasa koyucu gibi davranmak suretiyle Yönetmelik ile ortaya konulması Anayasa m. 66/f.3'te düzenlenen kanunilik ilkesine, TVK m. 46[24] ve

19 ibid.

20 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1 D, 778/254, 8.2.1994; Karar için bkz Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar* (9th edn, Turhan 2013) 115, dn 343.

21 Anayasa Mahkemesi, 1/20, 5.4.1977.

22 Danıştay 13 D, 213/1558, 16.3.2005.

23 Danıştay 5 D, 2545/1659, 25.5.1988.

24 TVK'nın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

TVK'nın m. 10/ f.2'ye ve sair maddelerine aykırılık teşkil eder. Çünkü, TVK m. 10/f.2'de yalnızca kanunda düzenlenen şartlar dahilinde, teknik ve uzmanlık isteyen konularda, uygulanacak "temel ilke ve esaslar" ı düzenleme yetkisi (her ne kadar kullanılan kavram çok doğru olmasa da) İçişleri Bakanlığı'na bırakılmıştır.

4. İdarenin Takdir Yetkisi ve Sınırları

Erdem TVK'ya eklenen ikinci fıkranın düzenleniş amacının idarenin Türk vatandaşlığının verilmesindeki takdir hakkının vurgulanması olduğunu ifade etmiştir[25]. Yazarın belirtmiş olduğu bu haklı görüşe ilave olarak ilgili düzenlemenin idareye değişen şartlara göre teknik ve uzmanlık isteyen konularda esneklik ve adaptasyonda hız sağlama imkânı getirdiği de söylenebilir. Zira TVK m. 10'a eklenen ikinci fıkranın gerekçesine bakıldığında Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasında uygulanacak temel ilke ve esasların günün değişen şartlarına göre belirlenmesine imkân sağlamak olduğu belirtilmiştir. Hüküm uygulanacak "temel ilke ve esasları" belirleme yetkisini ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini almak suretiyle İçişleri Bakanlığı'na vermiştir. Yetkinin salt İçişleri Bakanlığı'nda olmasının ortaya konulacak temel ilke ve esasların belirlenmesinde, değiştirilmesinde ve kaldırılmasında esneklik ve hız sağlayacağı açıktır. Böylelikle İçişleri Bakanlığı günün değişen şartlarına göre gerekli değişiklikleri hızlı yapabilecektir.

5901 sayılı TVK, Türk vatandaşlığını kazanma ve kaybetmede takdir yetkisini kanunilik ilkesi çerçevesinde idareye vermiştir. Devletin hükümranlık haklarından olan vatandaşlık konusunda idareye takdir yetkisi verilmesi doğal karşılanabilir. Takdir yetkisi TVK m. 10/f.1'de açıkça düzenlenmiştir. Kanunun ifadesi ile "…aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz." İdare takdir yetkisini kullanırken objektif davranma ve vatandaşlık alanında uluslararası hukuk ilkeleri ile bağlı olma yükümlülüğü altındadır[26]. Bu sebeple, burada önemli olan, idare tarafından kullanılacak takdir yetkisinin hukuki denetime[27] izin verecek şekilde kullanılması ve etkin bir yargılamanın yapılmasıdır[28].

25 Erdem (n 2) 121.

26 Vahit Doğan, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı-Avrupa Topluluğu Hukuku Açısından Bir Değerlendirme- Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna Katılım Süreci', in *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildirileri Kitabı*, (Türkiye Barolar Birliği 2010) 147-148, (Avrupa Topluluğu); Reçber and Özgenç (n 3) 376; Bilge Bingöl Schrijer, 'Vatandaşlık Hakkının Kapsamı ve Egemenlik İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme', (2018) 22(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 230.

27 Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku: 16 Nisan 2017 Tarihli Anayasa Değişikliğine Göre Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş* (6th edn, Seçkin 2018) 135-138.

28 *Ekşi* İdari yargı mercilerinin ve özellikle Danıştay'ın Türk vatandaşlığının yitirilmesi ile ilgili davalarda oldukça titiz ve hassas davrandığını söylemiştir. Bkz. Nuray Ekşi, *Danıştay Kararları Işığında Türk Vatandaşlığı Kanununa İlişkin İdari Davalar,* (Arıkan 2008) 122; Türk vatandaşlığının kazanılması için yapılan taleplerin reddinin yargıya taşınması durumlarında ise İdare mahkemesi ve Danıştay'ın yeterince titiz ve hassas olmadığı söylenebilir. Bu konudaki bazı örnekler için bkz. Mustafa Erkan, 'Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında 'Milli Güvenlik' ve 'Kamu Düzeni' Kavramlarının İncelenmesi' in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler,* (Savaş 2019) 30-36.

Takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılması hukuk güvenliği bakımından önem taşır. Hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için idarenin takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması gerekir. Yargı denetiminin yapılabilmesi için idarenin yaptığı işlemlerde gerekçenin bildirilmesi önemlidir. İdarenin dayandığı sebebin varlığının tespiti yapılmalı ve sebep var ise bu sebebin yapılan işlem için yeterli olup olmayacağı açıklanmalıdır. Mahkemeler takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetiminde Anayasaya, kanun hükümlerine, örf ve âdete, hukukun genel ilkelerine ve mahkeme kararlarına uygunluğunu denetler. "Ayrıca yargı içtihatlarında takdir yetkisinin kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararına, sosyal devlet ilkesi, aile birliğinin korunması ilkesi, eşitlik ilkesi, idarenin bütünlüğü ilkesi, savunma hakkı, düşünce ve kanaat hürriyeti, çalışma ve sözleşme hürriyeti, ölçülülük ilkesi, …(ne) uygun olarak kullanılması gerektiği öngörülmektedir"[29].

Uygulamada karşımıza çıkan sorun, idareye verilen takdir yetkisinin yanında, kanunla düzenlenmesi gereken alanlarda kanunda sınırların çok açık çizilmemiş olması veya idarenin ikincil düzenlemeler ile kanunda aranmayan şartları arar hale getirmesidir. Bu durum kanunilik ilkesine ve normlar hiyerarşisine aykırıdır. "Normlar hiyerarşisinde bir alt norm üst norma aykırılık teşkil etmemeli, üst normun kendisine verdiği hukuki sınırların dışına çıkmamalıdır. Hukuk normları arasında var olan hiyerarşinin anayasal ölçüler içerisinde temin edilmesi hususu hukuk devleti açısından da önem taşımaktadır. Zira bir üst normla yasaklanmayan bir husus daha alt normlarla yasaklandığı takdirde hukuk devleti ilkesi zedelenmektedir"[30]. Bu durumun en bariz örneği kamu düzeni ve milli güvenlik şartında kendisini göstermektedir. Yeni eklenen fıkra ile milli güvenlik ve kamu düzeni şartında olduğu gibi "temel ilke ve esasları" Kanunun ortaya koyduğu Türk vatandaşlığını kazanmanın şartı(ları) na, Yönetmelik ile somutlaştırmanın ötesinde ilave şartlarla bir sınırlama getirilmesi kanunilik ilkesinin[31] ve normlar hiyerarşisinin ihlali olarak değerlendirilebilir.

İdare, takdir yetkisine dayalı işlemlerini hukukun belirlediği sınırlar içinde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis etmelidir. Danıştay'ın E. 2011/1214, K. 2011/3344 sayılı kararında belirttiği üzere, *"Bu yetki, keyfi bir hareket yetkisi olmayıp, ancak mevzuatın belirlediği alan içerisinde hukuka uygun bir şekilde kullanılabilir. Takdir yetkisine dayalı işlemlerin hukukun belirlediği sınırlar ile kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerektiği idare hukukunun en temel ilkesidir"*[32]. Başka bir Danıştay kararında ise *idarenin takdir yetkisini belli sebepler*

29 Sinan Seçkin and Gül Üstün, 'İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi' (2015) 21(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan) 509, 516.

30 Erdal Kuluçlu, 'Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri', (2008) 71, Sayıştay Dergisi, 3, 12, http://www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der71m1.pdf Erişim Tarihi: 9 May 2019; http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423911557.pdf Erişim Tarihi: 9 July 2019.

31 Doğan (n 2) 77; Dardağan Kibar (n 16) 11.

32 Danıştay 8 D, 1214/3344, 24.6.2011, www.legalbank.net Erişim Tarihi 4 June 2019.

göstererek kullandığı hallerde, sebeplerin mevcudiyetinin yanında işlemin yapılması için yeterli olup olmadıklarının da araştırılacağına[33] vurgu yapılmıştır. Bu iki karar ışığında idarenin takdir yetkisini, somut olayın özellikleri ve ölçülülük prensibi doğrultusunda kullanması gereklidir.

5901 sayılı Kanun'un idareye verdiği takdir yetkisinin genişliğini genel olarak en çarpıcı şekilde *Turhan ve Tanrıbilir* "5901 sayılı Kanun ile Türk Vatandaşlık Hukuk sistemi bozuk, İçişleri Bakanlığına aşırı yetki tanıyan bir noktaya gelmiştir[34]" şeklinde ifade etmiştir. *Turhan ve Tanrıbilir*'in 5901 sayılı TVK yürürlüğe girdiği zaman kullandığı ifade, 7039 sayılı Kanun ile TVK m. 10/f.2'de yapılan değişiklik sonrası daha anlamlı hale gelmiştir.

5. İlgili Kamu Kurum ve Kuruluşları

Kanun koyucu, TVK m. 10/f.2'de uygulanacak temel ilke ve esasları ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak İçişleri Bakanlığı tarafından belirleneceğini hükme bağlamıştır. Tabii burada ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının kimler olduğunun tespit edilmesi gereklidir. Kanun koyucunun kullandığı kavram "ilgili" kamu kurum ve kuruluşlarıdır. "İlgili" kamu kurum ve kuruluşları tespit edilirken Türk vatandaşlığının sonradan kazanma hallerini oluşturan yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması, evlat edinilme veya seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında ilgili kamu kurum ve kuruluşlar kimler ise bunlardan görüş alarak "temel ilke ve esasları" İçişleri Bakanlığı belirleyecektir. Burada "ilgili" kavramı içerisinde kesin bir sınırlama konulmamıştır. Dolayısıyla, Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasında bir şekilde ilgili olan kurum ve kuruluşlardan görüş alınabilecektir. Bu noktada örnek kabilinden bazı isimler zikretmek gerekir ise Cumhurbaşkanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Sağlık Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı söylenebilir.

Dikkat edilmesi gereken diğer önemli husus, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının belirttikleri görüşlerin bağlayıcılığıdır. İçişleri Bakanlığı uygulanacak "temel ilke ve esasları" belirlerken alınan görüşleri sadece tavsiye olarak değerlendirmesi mümkün müdür? Kanaatimizce, bahsi geçen görüşlerin dikkate alınması esas olmakla birlikte gelen bütün görüşlerin bağlayıcı olması sistemin işlemesi açısından sıkıntı doğurabilecek bir durum teşkil edecektir. Zira gelen görüşler arasındaki çelişkileri gidermek, vatandaşlık hukukunun temelleri ile bağdaşmayan görüşleri idari yazışmalar ile düzeltmek, zaman ve emek alacaktır. Bu sebeple, sistemin kurgulanmasındaki amaç çabukluk olması sebebiyle gelen görüşlerin bağlayıcı olmaması gereklidir.

33 Danıştay 5 D, 219/461, 24.3.1987 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 4 June 2019.

34 Turgut Turhan and Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları,* (2nd Yetkin 2010) 42.

TVK m. 3/1 (a) gereğinde Bakanlık ile ifade edilen İçişleri Bakanlığı'dır. TVK m. 12 ve m.14/1'de bahsedilen hallerde vatandaşlığın kazanılmasında yetkili makam Cumhurbaşkanı'dır[35]. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı'na verilen Türk vatandaşlığını kazandırma yetkisinde temel ilke ve esasların İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenmesi uygulamada bir sorun meydana getirebilir mi? *Güngör*, bu noktada, TVK m. 10/f.2'de yer alan düzenlemenin yerindeliğinin tartışmaya açık olduğunu ileri sürmüştür[36]. Kanaatimizce, *Güngör*'ün eleştirisi haklıdır. Cumhurbaşkanı'na verilen takdir yetkisi bağlamında düzenlenecek "temel ilke ve esasların" İçişleri Bakanlığı tarafından kaleme alınması bir anlamda Cumhurbaşkanı'nın yetkinin sınırlanması sonucunu doğurur. Ancak, mevcut durumda çözüm olarak İçişleri Bakanlığı, temel ilke ve esasları ortaya koyarken Cumhurbaşkanı tarafından gelen görüşleri dikkate alırsa sorun büyük ölçüde önlenebilir.

B. İstisnai Yolla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni İncelemesinin İçişleri Bakanlığı Tarafından Yapılması ve Reddedilmesi

Türk vatandaşlığının istisnai haller kapsamında kazanılmasında aranan şartlar TVK m. 12'de düzenlenmiştir. TVK m. 11'de aranan şartlar aranmadan sadece kamu düzeni ve milli güvenlik şartı aranarak Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi, istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasını olağan dışı bir yol haline getirmektedir[37]. İstisnai yolla Türk vatandaşlığın kazanılmasında, vatandaşlığa geçmek isteyen kişi ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki sıkı irtibat, uyum ve bütünleşmeye yönelik şartlar aranmadan[38] kişiye Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisi ile Türk vatandaşlığı verilmektedir[39]. Kanunilik ilkesi ile tam olarak uyuşmaması, idareye geniş takdir yetkisi tanıması, idare tarafından maksadı dışında kullanılma ihtimalinin bulunması ve yargı denetiminin imkânsızlaştırılması gibi nedenlerle Türk vatandaşlığının istisnai yolla kazanılması doktrinde eleştirilmektedir[40].

TVK tarafından m.10/f.1 kapsamında açıkça idareye tanınan takdir yetkisinin yanında TVK'da düzenlenen ve içeriği soyut olup sınırları tam olarak çizilemeyen kavramlar nedeniyle idarenin mevcut olan takdir yetkisi daha da genişlemektedir. Bu kavramlardan en önemlileri milli güvenlik ve kamu düzeni kavramlarıdır. Bu iki kavramın içeriği zamana ve devleti yönetenlerin politikalarına göre değişmesinden[41]

35 2.8.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nın 188. maddesiyle "Bakanlar Kurulu" ifadesi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

36 Güngör (n 2) 80-81.

37 Neşe Baran Çelik, 'Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması', (2017) 130, TBB Dergisi, 357, 363; Güngör (n 2) 103.

38 Sadece Türk vatandaşlık hukukunda değil diğer birçok devlette de vatandaşlığın sonradan kazanıldığı hallerde ülkenin anayasal düzenine itaat etmeyi, toplumun kültürüne, yaşam biçimine ve geleneklerine uyum göstermiş olması aranır. Örnek olarak, Alman Vatandaşlık Kanunu m. 10, İsviçre Vatandaşlık Kanunu m. 14. Konu hakkında bkz Bingöl Schrijer (n 26) 206, dn 26.

39 Reçber ve Özgenç istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasında en azından genel sağlık açısından bir sakıncasının bulunmaması şartının aranması gerektiği görüşünü haklı olarak ileri sürmüştür. Bkz Reçber and Özgenç (n 3) 378.

40 Baran Çelik (n 37) 363; Erdem (n 2) 137.

41 Erkan (n 28) 24.

dolayı millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hallerin tayininde idarenin takdir yetkisi etkili olduğu bir gerçektir[42]. Bu doğrultuda, egemenlik kudretinin bir sonucu olarak idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sebebiyle milli güvenlik ve kamu düzeni konusu kanunda bir şart olarak düzenlenmemiş olduğu dönemlerde dahi[43], kanunilik ilkesine aykırı olarak, başvuru sahipleri açısından incelenmiştir.

7039 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile TVK m. 12/f.2'ye "Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunanların talepleri Bakanlıkça reddedilir" hükmü eklenmiştir. TVK m. 12/f.1'de milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama şartı mevcut iken, eklenen ikinci fıkra ile engel teşkil edecek hali bulunan kişilerin başvurularının İçişleri Bakanlığı tarafından reddedileceği düzenlenmiştir.

Kanun koyucunun düzenlemeyi yapmaktaki amacını anlayabilmek için madde gerekçesine bakmakta yarar bulunmaktadır. Madde gerekçesi incelendiğinde, milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek nitelikte hali bulunanların taleplerinin İçişleri Bakanlığı tarafından reddedilmesi amaçlandığı görülecektir[44]. Gerekçede bu yetkinin Cumhurbaşkanı yerine neden İçişleri Bakanlığı'na bırakıldığı açıklanmamıştır. Ayrıca, gerekçede "kamu düzeni" açısından bir değerlendirme yapılmamış olmakla beraber eklenen ikinci fıkrada kamu düzeni bakımından engel teşkil eden bir durumun olması durumunda da İçişleri Bakanlığı tarafından talebin reddedileceği düzenlenmiştir.

İstisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanmada karar merci olan Cumhurbaşkanı'nın kamu düzeni ve milli güvenlik şartları açısından uygun görünmeyen talepleri reddetmesi gerekirken, kanun koyucu bu yetkiyi yeni düzenleme ile İçişleri Bakanlığı'na vermiştir. Her ne kadar *Doğan* istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasında milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından şartın yerine gelip gelmediğinin karar makamı olan Cumhurbaşkanı'nın incelemesini bir nevi etkisiz şart olarak değerlendirmiş[45] olsa da, TVK m. 12/f.1'de yer alan milli güvenlik ve kamu düzeni açısından engel teşkil edecek bir hali bulunmama şartı istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilmesi

42 Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri', (2008) (75) TBB Dergisi, 27, 40-42, (Tasarı).

43 Mülga 403 sayılı TVK'da Türk vatandaşlığına müracaat eden yabancının milli güvenlik ve kamu düzeni açısından herhangi bir engel durumunun olup olmadığının araştırılması konusunda açık bir düzenleme mevcut değildi. Ancak, gizli bir yönerge ile Türk vatandaşlığına başvuru sahiplerinin kamu düzeni ve milli güvenliğe aykırı bir durumlarının olup olmadığı idarenin takdir yetkisi çerçevesinde incelenmekteydi. Mülga 403 sayılı TVK döneminde vatandaşlığa alınmada kamu düzeni ve milli güvenlik açısından yapılan inceleme kural olarak yerinde bir inceleme olsa da Anayasa m. 66'da ortaya konan kanunilik ilkesine uygun olmaması nedeniyle eleştiriye açıktı. Eleştiriler için bkz Tanrıbilir 'Tasarı' (n 42) 40; Bilgin Tiryakioğlu, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı İle Kazanılması', in Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds), *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu,* (Seçkin 2008) 79, 82; Banu Şit Köşgeroğlu, 'İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması', (2017) 7(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 169, 187-188. 5901 sayılı TVK ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında kamu düzeni veya milli güvenlik kavramları genellikle aranmıştır. Böylelikle, kanunilik ilkesi kural olarak yerine getirilmiştir.

44 Madde gerekçesi 11.

45 Doğan (n 2) 78.

için aranan tek şarttır[46]. Bu şartın değerlendirilmesinin Cumhurbaşkanı yerine İçişleri Bakanlığı'na bırakılmış olması, Cumhurbaşkanı'nın inceleme noktasında görevini sadece başvuru sahiplerinin kanunda tespit edilmiş kişi gruplarından birisinin kapsamında kalıp kalmadıklarını belirmeme ile sınırlandırılmış olmaktadır. Yapılan düzenleme ile istihbarat ve kolluk kuvvetlerince yapılan incelemenin değerlendirmesini İçişleri Bakanlığı'na bırakarak, kamu düzeni ve milli güvenlik şartının daha etkili bir şekilde kullanılması amaçlanmış olması da mümkündür. Belki de, yapılan düzenleme ile Cumhurbaşkanı'nın iş yükünü bir anlamda hafifletme sağlanmıştır.

Milli güvenlik ve kamu düzeni gibi soyut olan ve sınırları çizilmemiş kavramların içi doldurulurken idare takdir yetkisini kullanmaktadır. Sorun, İçişleri Bakanlığı tarafından milli güvenlik ve kamu düzeni açısından engel bir durum olmadığının tespit edilmesi sonrası, aynı konuda Cumhurbaşkanı tarafından engel bir durum var olduğu iddiası ile başvuru sahibinin talebi reddedilebilir mi? Kanaatimizce, bu noktada Cumhurbaşkanı'nın bir takdir yetkisi kalmamıştır. İçişleri Bakanlığı'nın kamu düzeni ve milli güvenlik bakımından uygun gördüğü kişilerin, ilave bilgi ve belge olmaksızın, aynı durum için Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak, hemen hatırlamak gerekir ki Türk vatandaşlığına kazanmak için başvuran kişiler kanunda sayılan şartları sağlasalar dahi, idarenin kişiyi Türk vatandaşlığına alıp almama noktasında takdir hakkı bulunmaktadır. İdarenin takdir hakkı bulunmakla beraber bu hak keyfi olarak kullanılamaz[47] ve bu hak kanunun idareye verdiği takdir hakkı sınırları içerisinde kullanılmalıdır[48].

C. Türk Vatandaşlığını Kaybedenler veya Iskat Edilenlerin Yeniden Türk Vatandaşlığına Alınması

7039 sayılı Kanunun 32. maddesi ile TVK m. 43'te hem değişiklik yapılmış[49] hem de iki yeni fıkra eklenmiştir. Kanun maddesinin başlığına da "…veya vatandaşlıktan

46 Erdem (n 2) 137; *Doğan*, özellikle istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuracak kişilerin reşit ve mümeyyiz olması şartının aranmamış olmasını bir eksiklik olarak değerlendirmiştir. Bu eleştirisinin gerekçesini ise ehliyet üzerine oturtmaktadır. *Doğan*'a göre vatandaşlığa müracaat şahsa sıkı sıkıya bağlı hallerden olduğu için müracaat eden kişi tarafından kullanılması gerekmektedir. Bu sebeple, sınırlı ve tam ehliyetsizlerin Türk vatandaşlığını kazanmak için müracaat edemeyeceklerini ifade etmiştir. Bkz. Doğan (n 2) 79; Aksi yönde ise Güngör istisnai yolla vatandaşlığa alınacak kişilerde reşit ve mümeyyiz olma şartının aranmasının gerekli olmadığını ileri sürmüştür. Bkz Güngör (n 2) 101;Ayrıca bkz. Sibel Özel, 'Suriyeli Sığınmacıların Kitlesel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi' (2017) 91(3) İstanbul Barosu Dergisi, 14, 23; *Nomer* kanun koyucunun istisnai vatandaşlığa alınmada reşit ve mümeyyiz olma şartını aramayarak bu kişilerin başvurularını yapabilme ihtimali sağladığını beyan etmiştir. Bkz Nomer (n 2) 89.

47 Doğan (n 2) 61-62.

48 ibid 77.

49 7039 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5901 sayılı TVK'nın 43. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Türk vatandaşlığını kaybedenler veya vatandaşlıktan ıskat edilenler

MADDE 43- (1) Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 25 inci maddesinin (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan kişiler, başvurmaları halinde, millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak kaydıyla, Türkiye'de ikamet etme şartı aranmaksızın Bakanlık kararı ile yeniden Türk vatandaşlığına alınabilirler.

(2) Mülga 28/5/1928 tarihli ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa göre vatandaşlıktan ıskat edilmiş kişiler, başvurmaları hâlinde, millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak kaydıyla, Türkiye'de ikamet etme şartı aranmaksızın Bakanlık kararı ile yeniden Türk vatandaşlığına alınabilirler.

(3) Millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek hali bulunanların talepleri Bakanlıkça reddedilir."

ıskat edilenler" ifadesi eklenmiştir. Başlıktaki bu ekleme TVK m. 43'e eklenen ikinci fıkra nedeniyle yapılmıştır.

TVK m. 43/f.1'de değişiklik yapılmıştır. Fıkranın son hali hemen hemen değişiklik öncesi metin ile aynıdır. Sadece noktalama işaretlerinde ve yeniden Türk vatandaşlığına almaya yetkili olan makamda değişiklik bulunmaktadır. Değişiklik öncesi yetkili makam "Cumhurbaşkanı"[50] iken yapılan yeni düzenleme ile yetkili makam "Bakanlık" yani İçişleri Bakanlığı olmuştur.

TVK m. 43/f.2 yeni eklenen bir düzenlemedir. Bu fıkrayla mülga 1312 sayılı TVK[51] ile Türk vatandaşlığından ıskat edilen kişilerin Türk vatandaşlığını yeniden kazanması düzenlenmiştir. Böylelikle mülga 403 sayılı TVK kapsamında belli şartlarda Türk vatandaşlığını kaybetmiş kişilerin yeniden Türk vatandaşlığına alınması yanında mülga 1312 sayılı TVK için de benzer bir uygulamaya gidilmiştir. TVK'nın 43. maddesinde yapılan bu değişiklik Türk hukukunun yabancı olduğu bir değişiklik değildir. Zira 17 Şubat 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 2383 sayılı Kanun[52] ile mülga 403 sayılı TVK'da yapılan değişiklik ile mülga 1312 sayılı TVK hükümlerine göre vatandaşlıktan ıskat edilmiş veya doğuştan Türk vatandaşı olup başka bir nedenle Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan kişilere yeniden Türk vatandaşlığını kazanma imkânı verilmiştir[53]. Bu imkân verilirken iki yıllık bir süre öngörülmüş ve öngörülen bu süre 17 Şubat 1981 tarihinden itibaren başlamıştır. Süresi içerisinde başvuran kişilerden ikamet şartı aranmayacaktır. Ancak bu kişilerin Türk vatandaşlığına alınmasında bir sakınca olmaması gerekli olacaktır. Şartları sağlayan kişiler Bakanlar Kurulunca yeniden Türk vatandaşlığına alınacaklardır[54]. Benzer şekilde, hatta başvuru şartı aranmaksın, 3808 sayılı Kanun[55] ile de mülga 403 sayılı Kanun m. 25/(g) uyarınca haklarında vatandaşlığı kaybettirme kararı verilen kişiler, Kanun'a eklenen Geçici m. 3 sayesinde müracaatlarına ihtiyaç kalmaksızın nüfus kütüklerindeki kayıtlarının Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından canlandırılacağı düzenlenmiştir[56].

TVK m. 43'ün birinci ve ikinci fıkrası beraber incelenirse kapsam bakımından bazı farklar olmakla beraber birçok hususun benzer şekilde düzenlendiği görülecektir.

50 2.8.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nın 188. maddesiyle "Bakanlar Kurulu" ifadesi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

51 Düstur, 3. Tertip, C. IX, s. 994. Kanun metni için bkz İlhan Unat, *Türk Vatandaşlık Hukuku (Metinler-Mahkeme Kararları),* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1966) 8-10.

52 11.2.1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun, Kanun Sayısı: 2383, Kabul Tarihi: 13.2.1981, RG 17.2.1981/17254.

53 Ergin Nomer, 'Türk Vatandaşlığı Kanunundaki Değişiklikler', (1981) 1(1) MHB 15, 15-16, (Değişiklikler).

54 ibid 16.

55 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 25 inci Maddesinin (g) Bendi ile Bu Maddenin İkinci Fıkrasının Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanuna İki Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun, Kanun Sayısı: 3808, Kabul Tarihi: 27.5.1992, RG 4.6.1992/21248.

56 Nimet Özbek, *Türk Vatandaşlık Hukukunda İlgilinin İstemi Gerekmeksizin Türk Vatandaşlığıyla İlgisinin Kesilmesi* (Yetkin 2019) 181-182, (*İlgilinin İstemi*).

İki fıkranın da uygulanabilmesi için bir talebin olması gereklidir. Yeniden Türk vatandaşlığını kazanacak kişinin başvurusu olmadan idarenin kendiliğinden harekete geçip ilgili kişiyi Türk vatandaşı yapması mümkün değildir. İki fıkrada da milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunup bulunmadığı incelemesi yapılmakta iken kamu düzeni açısından inceleme yapılmamaktadır. İki fıkra kapsamında da başvuru sahiplerinin Türkiye'de belirli süre ikamet etme şartı aranmaksızın İçişleri Bakanlığı'nın kararı ile Türk vatandaşlığı kazanılabilmektedir. Bu benzerliklerin yanında iki fıkra arasında önemli farklar da bulunmaktadır. Özellikle kapsam bakımından birinci fıkra ile ikinci fıkra arasında farklar vardır.

TVK m. 43/f.1'de mülga 403 sayılı TVK'nın 25. maddesinin (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan kişiler yeniden Türk vatandaşlığına girebilmek için başvurabilir. Yani başvurabilecek kişiler açısından bir sınırlamaya gidilerek mülga 403 sayılı TVK m. 25'in bazı bentleri kapsam dışında bırakılmıştır. Aşağıdaki gruptaki kişiler TVK m. 43/f.1'den istifade edebilirler:

- a bendi uyarınca, izin almaksızın kendi istekleriyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişiler,
- ç bendi uyarınca, muvazzaf askerlik hizmeti yapmak veya yurt savunmasına katılmak için yapılan çağrıya uymayanlar,
- d bendi uyarınca, askere sevk sırasında veya kıtalarına katıldıktan sonra yurt dışına kaçıp da kanuni süresi içerisinde dönmeyenler,
- e bendi uyarıca, silahlı kuvvetler mensubu ile askerlik görevini yapmakta olanlardan görev, izin, hava değişimi veya tedavi gibi nedenlerle yurt dışında bulunup da süresi bittiği halde mazeretsiz olarak üç ay içerisinde yurda dönmeyenler.

Böylelikle kanun koyucu mülga 403 sayılı TVK'nın 25. maddesinin (b), (c), (f), (g)[57] ve (h)[58] bentleri kapsam dışında tutmuştur. TVK m. 43/f.2'de ise bu yönde bir sınırlamaya gidilmeksizin mülga 1312 sayılı TVK kapsamında ıskat[59] olan kişiler yeniden Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru yapabilirler. Bu kapsamda örneğin birinci fıkrada kapsam dışında bırakılan yabancı devletin hizmetinde

57 2383 sayılı Kanunla eklenen bu bent 3808 sayılı Kanun ile 4 Haziran 1992 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

58 2383 sayılı Kanunla eklenmiştir.

59 "Vatandaşlıktan çıkarma (ıskat) 1312 sayılı TVK'nın 9, 10 ve 11. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun, doğumla Türk vatandaşı olanlarla sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış kişiler hakkındaki çıkarma sebeplerini ayrı ayrı düzenlemiştir. Bütün vatandaşlar için ortak olan çıkarma nedenleri, 1312 sayılı TVK'nın 9 ve 10. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunlar, "izin almadan yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmak", "yabancı bir orduda askerlik hizmetini ifa etmek", "yabancı bir devlet hizmetine girmek", "Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devlet hizmetine Hükümetten izin almadan çalışmaya devam etmek", "Türkiye'nin seferberlik ilan ettiği bir zamanda askere gitmemek", "askerlikten kaçarak Türkiye'ye geri dönmemek", "ilgilinin yabancı ülkede ikamet ettiği halde beş yıldan fazla bir süre ile kendisini Türk konsolosluklarına tescil ettirmemesi" olarak sıralanabilir. Türk vatandaşlığını sonradan kazanmış olanlara has ıskat sebepleri ise "Türkiye Cumhuriyetinin dahili ve harici emniyetine mugayir ef'al ve harekata tasaddi etme" ile "askerlik hakkındaki kanunların emrettiği mükellefiyetleri ifa etmeme" olarak düzenlenmiştir." Detaylı bilgi için bkz Nimet Özbek, 'İlgilinin İstemi Gerekmeksizin Türk Vatandaşlığıyla İlişkisinin Kesilmesi' (2018) (139) TBB Dergisi 81, 109 vd; Özbek, *İlgilinin İstemi* (n 56) 63; Hicri Fişek, *Türk Vatandaşlık Hukuku,* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1959) 118 vd; Tuğrul Arat, 'Türk Vatandaşlığından Iskat Edilen Kişilerin Mülkiyet ve Miras Hakları' (1974) 31(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 279, 281, dn 6.

bulunan, savaş zamanı yabancı devletin hizmetinde bulunan ve devletin aleyhine faaliyette bulunan kişiler TVK m. 43/f.2 kapsamında yeniden Türk vatandaşlığına girmek için başvuruda bulunabilirken TVK m. 43/f.1 kapsamında yeniden Türk vatandaşlığını kazanamazlar[60]. Mülga 1312 sayılı TVK'da ıskat meselesi Tabiiyeti Osmaniye Kanunnamesi'ne[61] benzer bir şekilde vatandaşlığın yetkili makam kararıyla irade dışı kaybı hallerini tek isim altına "tabiiyetten ıskat" olarak düzenlemiştir[62]. Mülga 403 sayılı TVK ise daha farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. Mülga 1312 sayılı TVK'da "ıskat" altında toplanan nedenler mülga 403 sayılı TVK'da "vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler"[63] başlığı altında ikiye bölünerek düzenlenmiştir[64]. "*Bu alt bölümleme, kurumların, sebeplerindeki ağırlık bakımından olduğu gibi, amaçlar bakımından da farklı biçimde düzenlenmesi gerekçesine dayanır. Birinci alt bölüm, 'kaybettirme' adını taşımaktadır. Eski ıskat kurumunun yeni kanundaki gerçek karşılığı olan 'çıkarma' ise, tek sebebe münhasır kılınmıştır*.[65]" Mülga 1312 sayılı TVK'da yetkili makam kararıyla irade dışı vatandaşlığın kayıp halleri çok daha geniş iken TVK m. 43/f.2'de sınırlama getirilmemiş ve bütün halleri kapsam dâhiline alınmıştır. TVK m. 43/f.1 ise zaten iki alt başlık halinde düzenlenmiş yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybı hallerini bir daha kapsam daralması yaparak fıkra 1 ile fıkra 2 arasında konu bakımından ciddi bir içerik farklılığı meydana gelmiştir. Kanaatimizce iki fıkra arasında ıskat açısından kapsam farklılığı getirilmesi yerinde olmamıştır. Hem mülga 1312 sayılı TVK hem de mülga 403 sayılı TVK açısından benzer bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır. Bu benzerlik TVK m. 43/f.2 kapsamında ve geniş olmalıdır[66]. Kapsamın geniş olarak düzenlenmesi[67] uluslararası hukukta genel kabul gören vatandaşlık hukukuna hâkim olan ilkelerden herkesin

60 Karşılaştırmalı Türk vatandaşlığının irade dışı sona erme nedenleri için bkz Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Vatandaşlığın İrade Dışı Kayıp Halleri' in Vahit Doğan, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit (eds), *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu,* (Seçkin 2008) 143, 161, (İrade Dışı).

61 Düstur, 1. Tertip, C. I, s. 16.

62 İrem Karakoç, *Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü,* (Yetkin 2012) 218-230.

63 Yapılan tasnifin eleştirisel yaklaşımı konusunda bkz. Özbek *İlgilinin İstemi* (n 56) 81-86.

64 Arat (n 59) 280-281.

65 Arat (n59) 281. Alıntı içerisindeki dipnotlar alınmamıştır.

66 *Özbek,* mülga 403 sayılı TVK m. 26 maddesi uyarınca haklarında çıkarma kararı verilen kişilere 3808 sayılı Kanun'da olduğu gibi hayatta olmaları şartı ile hiçbir işleme gerek kalmaksızın nüfus kütüklerindeki kayıtlarının canlandırılmasını önermiştir. Bkz Özbek *İlgilinin İstemi* (n 56) 181-182.

67 Türk vatandaşlığını değişik sebeplerle kaybeden kişilerin yeniden Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için çok geniş kapsamlı olacak şekilde Cumhuriyet Halk Partisi Bursa Milletvekili Aykan Erdemir tarafından bir kanun teklifi verilmiştir. Teklif birçok kez yenilenmiş ancak verilen teklif yasalaşmamıştır. Teklif 5901 sayılı TVK'ya Geçici 3. madde eklenmesi öngörmekteydi. Önerilen madde 29.10.1914 tarihinden itibaren teklif yasalaşana kadar geçen süre içerisinde değişik saiklerle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin belirli ispat şartlarını yerine getirmek kaydıyla 5901 sayılı Kanundaki sınırlamalara tabi olmaksızın Türk vatandaşlığını yeniden kazanabileceğini içermektedir. Detaylı bilgi için bkz https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0178.pdf Erişim Tarihi: 7 July 2019.

mutlaka bir vatandaşlığı olmalıdır ilkesine[68] ve Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi[69] m. 4, 7/f.3 ve 9'a daha uygundur[70].

7039 sayılı Kanun ile TVK m. 43'e ayrıca üçüncü fıkra da eklenmiştir. Milli güvenlik bakımından engel teşkil edilecek hali bulunan yabancıların TVK m. 43 uyarınca yeniden Türk vatandaşlığını kazanmaları yönündeki talepleri İçişleri Bakanlığı tarafından reddedilecektir. Kanaatimizce, TVK m. 43/f.3'ün düzenlenmesine gerek yoktur. Zira fıkra 1 ve 2 kapsamında milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir halin bulunması durumunda İçişleri Bakanlığı talebi reddetme hakkına sahiptir. Üçüncü fıkrada konunun ayrıca düzenlenmesinin amacı İçişleri Bakanlığı'nın konu hakkındaki yetkisini vurgulamak olabilir. Bu durumda yapılan bu düzenleme faydalı fazlalık olarak değerlendirilebilir.

Son olarak TVK m. 43 ile TVK m. 14'ün beraber değerlendirilmesi yerinde olabilir. TVK m. 43, mülga Cumhuriyet dönemi kanunlarıyla Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin m. 14'ten farklı olarak ikamet şartı aranmaksızın yeniden Türk vatandaşlığına alınması işlemidir. İki düzenleme iki noktada birbirinden ayrılmaktadır. Birincisi, TVK m. 43/f.1'in kapsamı mülga 403 sayılı TVK'nın 25. maddesinin belirli bentleri ile sınırlı tutulmuştur. 5901 sayılı TVK m.14'te ise TVK m.29 kapsamında Türk vatandaşlığını kaybedenler arasında bir ayrıma gitmemiştir. İkincisi ise yeniden Türk vatandaşlığına alma noktasında yetkili makamdır. TVK m. 14'e göre TVK m. 29 uyarınca Türk vatandaşlığı Cumhurbaşkanı kararı[71] ile kaybettirilenlerin yeniden

68 Vatandaşlık hukuku alanında egemen olan temel ilkeler ve Türk hukuku üzerindeki etkileri hakkında bkz Ayhan Dolunay, 'Vatandaşlık Hukuku Temel İlkelerinin Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2016) (122) TBB Dergisi, 369, 378 vd.

69 01.03.2000 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'ne Türkiye taraf değildir. Türkiye taraf olmamasına rağmen 5901 sayılı Kanun hazırlanırken Sözleşmeden önemli ölçüde istifade edilmiştir. Bu durum 5901 sayılı TVK'nın gerekçesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz https://rm.coe.int/168007f2c8 Erişim Tarihi: 9 Haziran 2019. Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz Alper Can Aykaç (Çev), 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi', (2008) (77) TBB Dergisi, 359, 359 vd, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-77-445, Erişim Tarihi: 7 July 2019; Ayrıca https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802ededc, Erişim Tarihi: 7 July 2019; Gülin Güngör, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi', (1997-1998) 17(1-2) MHB, 229, 234. (Avrupa); Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku', (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 791, 793 (Vatandaşlık Sözleşmesi).

70 Devletlerin kendi vatandaşlarının vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemleri nedeniyle idari takdir hakkını kullanarak vatandaşlıktan çıkarmaları uluslararası belgelerde çoğu zaman haklı ve meşru bir gerekçe sayılmaktadır. Ancak, karşı yönde olan görüşler de söz konusudur. Vatansızlığın önlenmesi uluslararası bir teamül ilkesi olması nedeniyle vatansız kalmaya neden olacak her türlü davranışın idarenin keyfi davranması olarak değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz Monika Ganczer, 'The Right to a Nationality as a Human Right?', (2015) Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2014, 15-33, http://real.mtak.hu/24919/1/9789462365032_hfdst02.pdf Erişim Tarihi: 7 July 2019; BİNGÖL Schrijer (n 26) 235-236. Son yıllarda vatandaşlığın bir insan hakkı olduğu bu sebeple kişilerin vatansız bırakılmasının ağır bir insan hakkı ihlali olduğu, devletlerin vatansızlık hallerinde egemenliklerinin sınırsız olmadığını ileri süren görüşler vardır. Bkz Karşı oy, *Ramadan v. Malta*, App no 76136/12 (ECHR 21 June 2016) https://www.refworld.org/cases,ECHR,57ff5080ae3.html Erişim Tarihi: 7 July 2019; Bingöl Schrijer (n 26) 225 ve 256 vd. Ancak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 15'te vatandaşlığı bir insan hakkı olarak kabul edildiği beyan edilmemiştir. Bkz Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10.12.1948 Tarihli ve 217(111) Sayılı Kararı ile Kabul Edilen İlişik "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin" Resmi Gazete ile Yayınlanması Hakkında Karar, Karar Sayısı: 9119, Kabul Tarihi, 6.4.1949, RG 27.5.1949/7217; Güngör 'Avrupa' (n 69) 239-240.

71 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nın 188. maddesiyle "Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu"nun kararı ifadesi Cumhurbaşkanı olarak değiştirilmiştir. Yapılan bu düzenleme ile İçişleri Bakanlığı'nın teklifine ihtiyaç olmaksızın Cumhurbaşkanı kararı ile TVK m. 29 kapsamında kişilerin Türk vatandaşlığı kaybettirilebilir. Burada Cumhurbaşkanı salt takdir yetkisine haizdir.

Türk vatandaşlığını kazanmaları konusunda kararı Cumhurbaşkanı vermektedir. Bu bir nevi yetkide paralellik ilkesidir. Ancak, TVK m. 43/1 ve 2 kapsamında yeniden Türk vatandaşlığına alınmada yetkili makam İçişleri Bakanlığı'dır.

D. Saklı Nüfus

"Onsekiz yaşını tamamlayıncaya kadar herhangi bir nedenle aile kütüklerine kayıt edilmemiş olan ve yabancı bir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan kişileri"[72] ifade eden kavram "saklı nüfus"tur. Dolayısıyla saklı nüfus ifadesinin kendisine yer bulabilmesi için iki şart vardır. Bunlardan birincisi onsekiz yaşını tamamlayıncaya kadar aile kütüğüne kaydedilmemiş olmaktır. İkincisi ise yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmamış olmaktır. Bu iki unsurun birlikte yer aldığı kişiler "saklı nüfusu" meydana getirmektedir.

7039 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile TVK'ya eklenen saklı nüfus konusunu düzenleyen EK 1. madde şöyledir: "Onsekiz yaşını tamamlayıncaya kadar herhangi bir nedenle aile kütüklerine kaydedilmemiş olan ve yabancı bir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan kişiler; ana veya baba, bunların ölmüş olması halinde, varsa kardeşleri ile hısımlığını gösterir tıbbî rapor ibraz etmeleri durumunda Türk vatandaşlığını kazanır." Kanun koyucu yapmış olduğu düzenlemede "kazanır" ifadesini kullanmıştır. Başka bir tabirle, EK 1. maddedeki şartların yerine gelmesi durumunda Türk vatandaşlığı kazanılır. Burada hemen TVK m. 6 ve TVK m. 7'yi hatırlamakta fayda vardır. TVK m. 6 uyarınca doğumla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade eder. TVK m. 7 uyarınca da Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içesinde doğmuş çocuk Türk vatandaşıdır. Türk ana veya babadan evlilik birliği dışında çocuk dünyaya gelmiş ise m. 7/f.2 ve 3'te düzenlenen şartların yerine gelmesi durumunda çocuk Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Başka bir anlatımla, soy bağı esasına göre kazanılan Türk vatandaşlığı, Türk vatandaşı ana veya babayla soy bağının kurulmasıyla kendiliğinden kazanılan bir vatandaşlıktır (Yönetmelik m. 7/1). Tekrar 7039 sayılı Kanun ile düzenlenen EK m. 1'e gelirsek, onsekiz yaşını tamamlamış ve diğer şartları taşıyan kişilerin ana veya baba, bunların ölmüş olmaları halinde kardeşleri ile hısımlığını gösteren tıbbi bir rapor ibraz etmeleri durumunda Türk vatandaşlığını kazanacaklardır. Tıbbi raporun amacı soy bağını kurmaktır. Ana veya baba, bunların ölmüş olmaları durumunda kardeşler ile hısımlık kurulur ise bu durumda bu kişiler TVK m. 6 ve 7 gereğince doğum anından itibaren Türk vatandaşıdırlar. Burada kazanılmış bir vatandaşlığın ispatına ihtiyaç vardır. İspat ile resmi makamlar huzurunda kişinin Türk vatandaşı olduğunun bilinir olmasını sağlamak söz konucu olacaktır[73]. İlgili kişi, aslen doğum yoluyla Türk vatandaşlığını kazandığının ispatını *lex causae* esası dairesince Türk kanunlarına göre

72 Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.4/1(ff), bkz Karar Numarası: 11081, Karar Tarihi: 29.9.2006, RG 23.11.2006/26355.

73 Dardağan Kibar (n 16) 15.

yapacaktır. Türk hukukunda ispat şekle tabi kılınmamıştır (TVK m.36/1). TVK'da ispat yükünün kime ait olduğu konusunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte Türk Medeni Kanunu[74] (TMK) m.6'dan istifade ile kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça, taraflardan her biri iddiasını ispatlamakla mükelleftir[75]. Tüm bunların ışığında, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığını iddia eden kişi Türk hukuku uyarınca Türk vatandaşlığını kendisine kazandırdığını iddia ettiği olay veya hukuki işlemi ispatlamakla yükümlüdür. Bu sebeple, EK m.1'in düzenlemesindeki en problemli nokta "...aslında Türk vatandaşlığının ispatını ilgilendiren bir hususun vatandaşlığın kazanılması çerçevesinde düzenlenmiş olmasıdır"[76]. Bu sebeple, madde hükmünde yer alan "kazanır" ifadesinin TVK m. 6 ile uyumlu değildir; amacı aşan bir düzenleme söz konusudur. İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, birbiri ile çelişen hükümlerin var olması kanunilik ilkesi açından da uygun değildir[77].

EK 1. madde incelendiğinde görüleceği üzere hükmün uygulanabilmesi için üç temel şart bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kişinin onsekiz yaşı tamamlanıncaya kadar herhangi bir nedenle aile kütüğüne kaydedilmemiş olması gerekmektedir. Burada esas alınan yaş onsekiz yaşın tamamlanmasıdır. Başka bir ifadeyle ondokuz yaşından gün almış olması gerekmektedir. Onsekiz yaşını tamamlamayanlar bu madde hükmünden istifade edemezler. Onsekiz yaşından küçük kişiler TVK kapsamında "çocuk"' turlar. Bu sebeple bu kişilerin soy bağı kurularak doğumla Türk vatandaşı olması mümkündür. Kanaatimizce, yukarıda da izah edildiği üzere, onsekiz tamamlamış olan kişilerin de soy bağını ispat ederek Türk vatandaşlığını kazanmaları mümkündür.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu[78] m. 20'ye göre Kanun gereğince Türk vatandaşlığı kazanan kişiler aile kütüğüne tescil edilirler. Kanaatimizce, TVK EK m. 1 ile Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 20 arasında bir çelişki vardır. Zira yukarıda da söylendiği üzere, Türk vatandaşlığını kazanan kişiler aile kütüğüne kaydedilirler. Buradan çıkan sonuç Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin aile kütüğüne kayıt yaptırabileceğidir. Dolayısıyla, EK m. 1'de ifade edilen onsekiz yaşını tamamlayana kadar herhangi bir nedenle aile kütüğüne kaydedilmemiş kişiler yabancı bir devletin vatandaşlığını taşımıyor iseler, soy bağının kurulması durumunda Türk vatandaşlığını kazanabilirler düzenlemesindeki "herhangi bir nedenle aile kütüğüne kaydedilmeyen kişilerin" Türk vatandaşlığını kazanması arasındaki bağlantı, kanaatimizce, hatalıdır. Her ne kadar Yönetmelik m. 7/f.1'de "Yapılan bildirim üzerine doğumdan itibaren Türk vatandaşlığı kazanılır" ifadesi bulunsa bile bu ifade TVK ile çelişen bir düzenlemedir. Bir başka anlatımla normlar hiyerarşisine ve kanunilik ilkesine aykırılık

74 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

75 Erdem (n 2) 277-279.

76 Dardağan Kibar (n 16) 14.

77 ibid 15.

78 Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153.

teşkil etmektedir. Çünkü bildirim usuli bir işlem olup, yetkili makamlar tarafından işlem yapılabilmesi için gerekli unsurlardan biri olabilir[79]. Ancak, "vatandaşlığın kazanılması, doğum olgusuna dayanan ve maddi hukuku ilgilendiren bir durumdur. Vatandaşlığın resmi kayıt ve belgelerle teyit edilmesi Usul Hukukuna ilişkindir.[80]" Aile kütüğüne kaydedilmek Türk vatandaşlığını kazanmanın bir sonucudur, sebebi değildir.

Kanun hükmünün uygulanabilmesi için gerekli olan ikinci şart ise kişinin yabancı bir devletle vatandaşlık bağı bulunmamasıdır. Ancak, burada iki temel sorun bulunmaktadır. Birincisi, yukarıda da izah edildiği üzere, doğum yoluyla kazanılmış bir vatandaşlığın sadece ispat edilerek tescil edilmesi gerekiyor ve bu kişi aynı zamanda yabancı bir devletin vatandaşlığını sahipse bu durumda bu kişiyi kanundaki diğer şartları taşıyor olsa bile Türk vatandaşlığını tescil etmeyecek miyiz? EK m. 1'in açık düzenlemesine bakıldığı zaman yabancı bir devlet vatandaşlığını bulunan kişiler EK m.1 kapsamında Türk vatandaşlığına tescili gerçekleştiremeyecektir. Bu durum m. 44'te izin verilen çok vatandaşlık düzenlememiz ile uyum içerisinde değildir.

İkinci sorun ise uygulamada ortaya çıkabilecek sorundur. Zira "saklı nüfus" olarak değerlendirilebilecek kişiler başka bir ülkenin vatandaşı olduğunu beyan etmezler ise bu durumda bu tespit nasıl ve kimler tarafından yapılacaktır? Her zaman başka bir devletin vatandaşlığının taşınıp taşınmadığının tespiti çok kolay olmamakla beraber bu tespiti MİT Başkanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü yapacaktır. Başka bir devletin vatandaşı olmasına rağmen bu gerçeğin tespit edilememesi halinde EK m. 1 kapsamında Türk vatandaşlığına tescil gerçekleşirse ve bu durum sonradan ortaya çıkarsa, TVK m. 31 kapsamında kazanılan Türk vatandaşlığının iptali gündeme gelecektir. Ancak, bunun da doğru olmadığı kanaatine sahibiz. Zira soy bağının ispatı ile kişi Türk vatandaşlığını tescil ettirebilecek iken EK m. 1'de yer alan başka bir devletin vatandaşı olmama şartına uyabilmek nedeniyle gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının sonucunda Türk vatandaşlığının iptal edilmesi doğru olmayacaktır.

Hükmün uygulanabilmesi için gerekli olan son şart ise Türk vatandaşlığını kazanacak kişilerin "…ana veya baba, bunların ölmüş olması halinde, varsa kardeşleri ile hısımlığını gösterir tıbbî rapor ibraz etmeleri…" gereklidir. Soy bağının kurulması için yapılacak tıbbi çalışma sonucuna göre, diğer koşulların da sağlanması şartıyla, kişi Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. Maddenin düzenlenme nedeni olarak TBMM'de ortaya konulan gerekçe "…başvuru aşamasından tescil işlemine kadar olan sürecin çok uzun ve yapılan tahkikatların sağlıklı olmaması nedeniyle gösterdiği ailenin mensubu olduğuna dair tıbbi rapor ibraz edilmesi halinde doğrudan aile kütüklerine tescil edilmesi…"[81]dir. Bu sebeple, Kanun hükmünün doğru bir şekilde

79 Dardağan Kibar (n 16) 7.

80 ibid.

81 Madde Gerekçesi, 11.

uygulanabilmesi için Sağlık Bakanlığı tarafından bir Genelge yayımlanmıştır[82]. Yayımlanan Genelge ile tıbbi rapor düzenlenirken dikkat edilmesi gereken usul ve esaslar ortaya konulmuştur.

II. 7039 Sayılı Kanun ile TVK Madde Metinlerinde Yapılan Değişiklikler

A. Kesintisiz İkamet Süresinin Hesaplanmasında Değişiklik

7039 sayılı Kanunun 30. maddesiyle 5901 sayılı Kanunun 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "altı" ibaresi "oniki" şeklinde değiştirilmiştir. Uygulamada Türk vatandaşlığını yetkili makam kararı ile kazanmak isteyen yabancıların sağlamakta zorlandıkları hükümlerden biri TVK m. 11/1(b)'dir. Bu hüküm uyarınca, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmesi gereklidir. Bu şart Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kazanılmasında Kanun'un aradığı temel şartlardan biridir. Kesintisiz beş yıllık sürenin nasıl hesaplanacağını TVK m. 15 düzenlemiştir. Değişiklik öncesi, başvuru için aranan ikamet süresi içerisinde toplam altı ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabileceği hükmü yer almaktaydı. Bahsi geçen altı aylık sürenin aşılmaması durumunda yurt dışında geçirilen süreler TVK'da öngörülen ikamet süreleri içerisinde değerlendirilecekti. Bahsedilen altı aylık sürenin aşılması durumunda ise kesintisiz beş yıl ikamet etme süresi yeniden başlayacaktı.

Tiryakioğlu, altı aylık sürenin TVK m. 11/f.1(b) kapsamında kısa olduğunu, günümüzün hayat koşulları ile bağdaşmadığını fakat TVK m. 14/f.1 uyarınca ise yeterli olduğunu ileri sürmüştür. Bu değerlendirmesini yaparken ortalama olarak vatandaşlığa başvuru yapan kişilerin iki ay yurt dışında kalmasını hesap etmiş ve bu bağlamda 11. madde kapsamında Türk vatandaşlığını kazanacak kişiler için bu sürenin en azından on ay olması gerektiğini söyleşmiştir[83]. *Tiryakioğlu*'nun bu haklı eleştirisi kanun koyucu tarafından da uygulamadaki sorunlar görüldükten sonra makul bulunarak süre konusunda bir değişikliğe gidilmiştir. Yapılan değişiklikte TVK. m. 11 ve 14 arasında süre açısında bir farklılığa gidilmemiştir.

Altı aylık süre TVK'da ortaya konulan beş (m. 11/f.1(b)) ve üç (m. 14/f.1) yıllık kanuni ikamet süreleri içerisinde özellikle "nitelikli"[84] olarak ifade edebileceğimiz Türk

82 Soybağının Tespiti Hakkında Genelge 2019/3, Genelge Sayısı: 95966346-440.99-158, Kabul Tarihi: 29.01.2019, https://www.tuseb.gov.tr/enstitu/tacese/yuklemeler/mevzuatlar/SOYBAGIGENELGE.pdf, Erişim Tarihi: 8 June 2019.

83 Bilgin Tiryakioğlu, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Eleştirel Analizi', in *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildirileri Kitabı* (Türkiye Barolar Birliği 2010) 24, 41 ve 66, (Eleştirel).

84 7039 sayılı Kanun'un 30. maddesinin gerekçesi şöyledir: "Vatandaşlığımıza alınmak için başvuran yabancılar sanayici, işadamları, Ar-ge uzmanları, doktor ve mühendis gibi nitelikli kişiler olup, meslek ve görevleri gereği uzun süre yurt dışında bulunabilmektedirler. Bu düzenleme ile Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen kişilerin Türk vatandaşlığına kabulüne imkân sağlamaktır. Bu nedenle vatandaşlığa alınma talebinde bulunan yabancının başvurusu için aranan ikamet süresi içinde Türkiye dışında bulunacağı süre altı aydan dokuz (Komisyon çalışmasında on iki aya çıkarıldı) aya çıkarılmaktadır." Bkz Madde Gerekçesi 11.

vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar açısından kısa bir süre olarak kalmaktaydı. Türk vatandaşlığına başvuran sanayici, doktor, işadamı, mühendis gibi "nitelikli" kişiler meslek ve görevleri gereği uzun süreler yurt dışında bulunabilmektedirler. Bütün diğer şartları sağlamalarına rağmen yurt dışında bulundukları sürenin "altı" aylık emredici süreyi geçmesinden dolayı Türk vatandaşlığını kazanamamaktadırlar. Bu sebepledir ki 7039 sayılı Kanun tasarısı hazırlandığı zaman altı aylık süre dokuz ay olarak düzenlenip ilgili Komisyonlara[85] gönderilmiştir. Hükümetin teklif ettiği dokuz aylık süre oniki ay olarak değiştirilerek TBMM'de kabul edilmiştir.

Kanaatimizce, yapılan değişiklik uygulamada sorun olan ve özellikle "nitelikli" başvurular açısından gerçekleştirilmesi zor bir şart olan altı aylık sürenin iki katına çıkarılarak oniki ay olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur. TVK m. 14 uyarınca Türk vatandaşlığını ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanacaklar açısından ise süre çok makul hale gelmiştir. Üç yıllık ikamet sürelerinin üçte birini yurt dışında geçirmeleri mümkün hale gelmiştir.

B. Maddi Hataların Düzeltilmesi ve Tamamlanması

Vatandaşlık hukuku işlemleri sırasında idarenin karar alırken maddi hatalar yapması veya işlemlerde bazı eksiklikler bulunması olasıdır. Kanun ile idareye maddi hataları düzeltme ve tamamlama yetkisi verilmesi durumunda, idare mahkeme kararı olmaksızın yapılan maddi hatayı düzeltme, varsa eksiklikleri giderme imkânına sahip olacaktır. Hükmün düzenleniş gerekçesinde de m.39'da yapılan değişikliğin amacı sonradan Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin kayıtlarında yapılan maddi hataların dayanak belgesine uygun olarak düzeltilmesi ve bu yolla da işlemlerin hızlandırılması olarak ifade edilmiştir[86].

7039 sayılı Kanunun 31. maddesi 5901 sayılı TVK'nın 39. maddesinin başlığı ve içeriğini değiştirmiştir. Mevcut düzenleme aşağıdaki şekildedir:

"*Maddi hataların düzeltilmesi ve tamamlama*

MADDE 39- (1) Bu Kanuna göre alınan kararlarda maddi bir hata veya eksikliğin bulunduğunun sonradan anlaşılması halinde, dayanağına uygun şekilde Genel Müdürlükçe düzeltme veya tamamlama kararı alınır."

Değişikliğin tam olarak ne getirdiğini anlayabilmek ve karşılaştırma yapabilmek için değişiklik öncesi düzenlemeyi de buraya almakta fayda bulunmaktadır. Değişiklik öncesi TVK m. 39'un düzenlemesi şöyledir: "*Bu kanuna göre alınan kararlarda maddi bir hata bulunduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren makam tarafından düzeltme veya değiştirme kararı alınır*."

85 İçişleri Komisyonu (Esas Komisyon) ve Adalet Komisyonu (Tali Komisyon). Tali Komisyon olan Adalet Komisyonu Kanun Tasarısı ile ilgili raporunu TBMM'ye sunmamıştır.

86 Madde Gerekçesi 11.

İki hüküm arasındaki değişikliklerin başında maddenin başlığı gelmektedir. Maddenin başlığına "…ve tamamlama" ifadesi eklenmiştir. Benzer bir şekilde hükmün içerisinde "…veya eksikliğin…" bulunması durumunda tamamlama kararı alınabileceği yer almıştır. Dolayısıyla başlıktan ve içerikten anlaşıldığı üzere maddi hataların yanında eksiklikler de yeni hüküm kapsamında tamamlanabilecektir.

7039 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte "…dayanağına uygun şekilde Genel Müdürlükçe düzeltme veya tamamlama kararı alınır." hükmü bulunmaktadır. Önceki düzenlemede ise "...kararı veren makam tarafından düzeltme veya değiştirme kararı alınır" denilmekteydi. İki düzenleme arasındaki temel fark düzeltme veya tamamlama kararını alacak makamın kim olduğudur. Önceki düzenlemede yetkide paralellik ilkesi gereği kararı veren makam tarafından düzeltme veya değiştirme kararı alınmakta idi. Yeni düzenlemede bu yetki Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'ne (Genel Müdürlük) verilmiştir. Başka bir anlatımla, düzeltme ve tamamlama kararı alma yetkisi Genel Müdürlüğe aittir. Genel Müdürlüğün kararı alıp dosyayı icrai işlemi gerçekleştirmek için kararı verem makama mı göndereceği yoksa icrai işlemi de yine kendisinin mi yerine getireceği kanun maddesinden anlaşılamamaktadır. Yönetmeliğin ilgili maddesinde değişiklik yapılması durumunda bu husus açıklığa kavuşacaktır[87]. *Güngör*, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'ne TVK m. 39/f.1 uyarınca verilen yetkinin takdiri olmadığını; TVK kapsamında alınan idari kararda hata veya eksiklik bulunması halinde Genel Müdürlüğün göz ardı edemeyeceğini; düzeltme veya tamamlama gerektiren bir durum ile karşılaşıldığında Genel Müdürlük tarafından karar alınacağını; maddi hata ve eksikliklerin dayanağına uygun olarak yine Genel Müdürlük tarafından yerine getirileceğini ifade etmiştir[88]. Kanaatimizce, karar alma sonrası değişikliğin de Genel Müdürlük tarafından yapılması halinde yetkide paralellik ilkesinin ihlal edileceğinden kuşku yoktur. Yetkide paralellik ilkesi kapsamında yapılan hatanın veya eksikliğin hangi makam tarafından yapılmış ise aynı makam tarafından düzeltilmesi uygun olacaktır. Türk vatandaşlığını kazandırma veya kaybettirmeye ilişkin işlemi İçişleri Bakanlığı veya Cumhurbaşkanlığı'nın yapmış olması sebebiyle düzeltme veya tamamlama işleminin de aynı makam tarafından yapılması uygun olacaktır. 7039 sayılı Kanun ile yapılan yeni düzenlemede "karar almak" sadece durum tespiti yapıp bu durumu yetkide paralellik ilkesi bağlamında işlemi yapan makama gönderme anlamına gelmekte ise bu durumda düzenleme olumludur. Ancak, burada da şöyle bir sorun ortaya çıkacaktır. Genel Müdürlüğün eksik ya da hatalı dediği işlemi örneğin Cumhurbaşkanı uygun bulmaz ise nasıl bir yol izlenecektir? Kanaatimizce, Genel Müdürlüğün kararı bir tespit kararı niteliğinde olacaktır ve uygun bulunmaması halinde geçerliliğini kaybedecektir.

87 19.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren ve üzerinden yaklaşık iki yıllık bir süre geçmesine rağmen Yönetmelik'te bir değişiklik henüz yapılmamıştır.

88 Güngör (n 2) 215.

Yönetmelik m. 65'te maddi hataların düzeltilmesi durumu düzenlenmiştir. Bu düzenleme mevcut haliyle kanunun ilgili hükmü ile çelişmektedir. Aslında, Yönetmeliğin ilgili hükmü 7039 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme öncesi de TVK m. 39 ile çelişmekteydi. 7039 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi kanunda olmamasına rağmen Yönetmelik m. 65/f.1'de "…ya da tamamlama kararı…" diyerek kanunda olmayan bir durumu yönetmelik ile düzenlemiş durumdaydı. Bu husus kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmekteydi. Mevcut kanun hükmü ile Yönetmeliğin 65. maddesinin ilgili bölümü uygun hale gelmiştir. Başka bir anlatımla burada kanun hükmü yönetmelik hükmüne uygun hale getirilmiştir denilebilir. Ancak, Yönetmelik hükmünün bir kısmı da yeni düzenleme ile çelişir duruma gelmiştir. Yönetmelik m. 65/f.1'de " düzeltme ya da tamamlama kararı, kararı veren makam tarafından alınır" hükmü haizdir. 7039 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası bu yetki Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. Bu sebeple ivedilikle Yönetmelik'te gerekli değişiklikler yapılmalı ve yönetmelik hükmü kanun hükmü ile paralel hale getirilmelidir.

7039 sayılı Kanun ile getiren diğer önemli değişiklik ise yapılacak düzeltme ve tamamlamanın dayanağına uygun bir şekilde yapılması hususudur. Eksiklik veya hata düzeltilecek ise bunun mutlaka dayanağına uygun bir şekilde yapılması gerekir. Önceki düzenlemede yer almayan bu husus 7039 sayılı Kanun ile TVK m. 39'da yer almıştır. Aslında benzer bir hüküm hâlihazırda Yönetmelikte bulunmaktadır. Yönetmelik m. 65/f.2'de iki durumda ancak düzeltme ya da tamamlama kararı alınabileceğini hüküm altına almıştır. Bunlardan birincisi kişi bilgilerinin dayanağına uygun yazılmaması durumudur. İkincisi ise kişi bilgilerinin eksik olması halidir. Dayanağına uygun şekilde tesis edilen nüfus kayıtları üzerinde mahkeme kararı olmaksızın değişiklik yapmak mümkün değildir (Yönetmelik m. 65/f.3). Yönetmeliğin açık hükmüne rağmen uygulamada maddi hatalar düzeltilirken veya tamamlanırken vatandaşlıkla ilgili alınan icrai kararların gerekçesinin değiştirildiği görülmektedir[89]. İcrai kararların gerekçesinin değiştirilmesi durumunda hükmün konuluş amacına aykırılık oluşturacağı konusunda şüphe yoktur[90].

Kısaca, 7039 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile TVK m. 39'da yapılan değişiklikler ile temelde Kanun hükmü mevcut Yönetmelik hükmüne uygun hale getirilmiştir denilebilir. Ancak, hâlâ Kanun ile Yönetmeliğin çeliştiği noktalar bulunmaktadır. Bunların da Kanun'a uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

III. 7039 Sayılı Kanun ile TVK'dan Kaldırılan Hükümler

7039 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile 5901 sayılı Kanun'un 11. maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve 20. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Böylelikle

89 Doğan (n 2) 214.

90 ibid 214.

7039 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile TVK'da bir fıkra ve bir fıkranın bir bölümü yürürlükten kaldırılmış olmaktadır.

A. Türk Vatandaşlığını Kazanmak İsteyen Yabancılardan Taşıdıkları Devlet Vatandaşlığından Çıkma Şartı

7039 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile TVK m. 11/f.2 yürürlükten kaldırılmıştır. İlgili fıkranın niçin yürürlükten kaldırıldığı maddenin düzenleme gerekçesinde ifade edilmiştir. 7039 sayılı Kanun ile TVK m. 10'a eklenen ikinci fıkra nedeniyle TVK m.11/f.2 yürürlükten kaldırıldığı madde gerekçesinde ifade edilmiştir[91].

Yürürlükten kaldırılan TVK m.11/f.2 ve eklenen TVK m.10/f.2'yi karşılaştırarak incelemekte fayda vardır. Mülga TVK m. 11/f.2 hükmü "Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir. Bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulunun yetkisindedir" şeklindedir. Hükümden de anlaşılacağı üzere fıkra 1'de aranan şartlara ilave olarak taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartının aranabileceği, bu takdirin kullanılmasındaki esasları tespit Cumhurbaşkanı'nın (Bakanlar Kurulun)[92] yetkisine verilmiştir. *Güngör,* mülga fıkranın Türk vatandaşlığı kazanan kişinin devletin güvenliği ve uzun vadeli politikaları içerisinde sakıncalı olarak kabul edilen yabancı bir devletin vatandaşlığını taşıması fikrinin uygun görülmemesine dayandığını, mülga 403 sayılı Kanun döneminde verilen Danıştay kararlarını[93] esas alarak ifade etmiştir[94]. Bu gerekçenin yanında, ilgili fıkranın özellikle bazı devletlerin Türk vatandaşlarının kendi vatandaşlıklarını alırken Türk vatandaşlığından çıkma zorunluluğu getirmesi (örn. Almanya, Avusturya vb) durumunda, karşılıklılık ilkesi kapsamında, aynı muameleyi Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığını kazanmak isteyen o devletin vatandaşına uygulayabilmek için getirildiği kanaatine sahibiz[95]. Bununla birlikte bu karşılıklılık hakkı kullanırken kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaması için kanun ile bu düzenleme getirilmiştir.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi çok vatandaşlığı korumak amacıyla m. 14 vd. maddelerde düzenleme yapmıştır[96]. Sözleşmenin 15. maddesine göre yabancı devlet

91 Madde gerekçesi 11.

92 2.8.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nın 188. maddesiyle "Bakanlar Kurulu" ifadesi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

93 Danıştay 10 D, 5039/2825, 29.5.2000 Karar için bkz Yakup Bal, Mustafa Karabulut and Yahya Şahin, *Danıştay 10. Daire Kararları, Cilt 1,* (Turhan 2003) 642-643, atıfla Güngör *Tabiiyet* (n 2) 81, dn 290; Danıştay 10 D, 9/5118, 21.10.1998, Karar için bkz Bal, Karabulut and Şahin 651-652, atıfla Güngör *Tabiiyet* (n 2) 81 dn 290.

94 Güngör (n 2) 81; Bingöl Schrijer (n 26) 229.

95 5901 sayılı Kanun'un gerekçesinde fıkranın niçin düzenlendiğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

96 Avrupa Sözleşmesi'nden önceki dönemlerde çifte veya çok vatandaşlığın önlenmesi yönünde vatandaşlık hukukunda hakim ilke mevcuttu. Hatta bu konuda "Çok Vatandaşlık Hallerinin Azaltılmasına ve Çok Vatandaşlık Hallerinde Askeri Yükümlülüğe İlişkin Sözleşme" 28 Mart 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Nihal Uluocak, 'Çifte Vatandaşlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Son Gelişmeler', (1987) 7(2) MHB, 181, 181 vd; Çifte vatandaşlık terimi yerine çok vatandaşlık teriminin kullanılması kapsam açısından yerinde olacaktır. Bkz. Rona Aybay and Nimet Özbek *Vatandaşlık Hukuku*, (4th edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015) 55.

vatandaşlığını kazanan kişinin âkit devletin vatandaşlığını tutup tutmayacağı, âkit devletin vatandaşlığını kazanan kişinin yabancı devletin vatandaşlığını bırakıp bırakmayacağı meselesini âkit devletlerin ihtiyarına bırakmıştır. Ancak Sözleşmenin 16. maddesinde yabancı bir devlet vatandaşlığından çıkmanın mümkün olmadığı ya da makul olmadığı durumlarda âkit devletler bunu kendi vatandaşlığının kazanılması veya muhafazası için bir şart olarak kabul edemeyeceklerdir[97].

Doktrinde mülga TVK m. 11/f.2 değişik gerekçelerle eleştirilmiştir. Örneğin, *Giray* 5901 sayılı TVK m. 44 ile çok vatandaşlık prensibi kabul edilmişken mülga TVK m. 11/f.2 üzerinden Türk vatandaşlığının kazanılmasında tek vatandaşlığın aranılmasının uygun olmadığını ifade etmiştir[98]. Mülga TVK m. 11/f.2 *Erten* tarafından da öngörülebilirlik ilkesini ihlal ettiği ve Bakanlar Kurulu'na (Cumhurbaşkanı'na) muğlak yetkiler tanıdığı gerekçesiyle eleştirmiştir[99]. Doktrinde yapılan bu haklı eleştirinin düzeltilmesi yerine, mevcut düzenlemenin kaldırılarak yerine yönetmelik ile İçişleri Bakanlığı tarafından düzenlenmesinin amaçlanması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

TVK m. 11/f.2'nin kaldırılmasına gerekçe gösterilen 7039 sayılı Kanun ile eklenen TVK m. 10.f.2 şöyledir: "Bu Kanun uyarınca sonradan Türk vatandaşlığının kazanılmasında uygulanacak temel ilke ve esaslar ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınmak suretiyle Bakanlıkça belirlenir." Bu fıkranın değerlendirmesi genel olarak yukarıda yapılmıştır. Ancak, burada bu başlık altında söylenmesi gereken husus kanunilik ilkesidir. Bir başka devletin vatandaşlığından çıkmanın istenip istenmeyeceği meselesi TVK'da İçişleri Bakanlığı'nın takdir hakkına bırakılmış bir mesele olmaması sebebiyle bu konuda temel ilke ve esasların İçişleri Bakanlığı tarafından düzenlenmesi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Çünkü burada kanunda belirtilen hususlar hakkında usul ve esasları belirlemenin ötesinde kanun koyucunun yerini olarak İçişleri Bakanlığı'nın bir düzenleme yapması yerinde olmayacaktır.

B. Velayete Sahip Olma Anı

Yetkili makam kararı ve seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının çocuklar üzerinde etkisi bulunmaktadır. Bu etki, başka bir anlatımla yetkili makam kararı veya seçme hakkı yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin çocuklarının hangi durumlarda ana veya babalarıyla birlikte Türk vatandaşlığının kazanacakları TVK m. 20/f.2'de ve Yönetmelik m. 37'de düzenlenmiştir.

7039 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle, TVK m. 20/f.2'de yer alan "Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Böylelikle "… Türk

97 Güngör 'Avrupa' (n 69) 242.

98 Faruk Kerem Giray, '5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme' (2011) 8(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) 381, 392.

99 Rifat Erten, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler', (2008) (4) Ankara Barosu Dergisi, 36, 44-45.

vatandaşlığını kazanan yabancının ergin olmayan çocuğun sonradan alınan velayet kararı ile de Türk vatandaşlığını kazanması sağlanmaktadır"[100]. 7039 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan "Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte" ifadesi ile velayet hakkı konusunda zaman sınırlaması kısmen ortadan kalkmıştır. Bu sınırlama çocuğun ergin olması anına kadar kalkmıştır. Çünkü TVK 20/f.3'e göre ana ya da babanın Türk vatandaşlığı kazandığı anda kendileri ile birlikte işlem görmeyen çocukları ergin olduktan sonra TVK m. 11 kapsamında Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Türk vatandaşı olan ana veya baba diğer şartları sağlamak kaydıyla ergin olmayan çocuğu velayeti kendisinde olmak kaydıyla kendisi ile Türk vatandaşı olabilir. Çocuğun ana veya baba ile Türk vatandaşı olabilmesi için (diğer şartların sağlanması şartıyla) kişi Türk vatandaşı olduğunda velayetin kendisinde olması gerekmez. Başka bir anlatımla çocuğun Türk vatandaşlığını kazanması amacıyla yapılan başvuru anında velayetin Türk vatandaşlığını kazanmış ana ya da babada olması yeterlidir.

TVK m. 20/f.2'deki değişiklik nedeniyle ivedilikle Yönetmelik m.37/f.4'de değişiklik yapılması gerekmektedir. Zira ilgili düzenlemede "Türk vatandaşlığını kazanan ana veya babadan *Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte* velayeti kendisinde bulunan çocuğu, Türk vatandaşı olmayan eşin muvafakat etmesi halinde ana veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanır." hükmü vardır. Mevcut kanun hükmü ile yönetmelik hükmü arasında belirgin bir çelişki bulunmaktadır.

Sonuç

7039 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler hakkında kategorik olarak doğrudur veya yanlıştır demek yerinde değildir. Zira yapılan değişikliklerin farklı saiklerle yapıldığı görülmektedir. Ancak, kanun değişikliğinde ortaya konulan gerekçelerin bir kısmı haklı ve yerinde gerekçeler değildir. Yukarıda da söylendiği üzere, kanunların kısa aralıklarda değiştirilmesi hukuki istikrara zarar vermektedir. Bu durum bir yönüyle hem belirlilik hem de hukuki güvenlik ilkesine zarar vermektedir. Bu sebeple, kanunların etkinliğini ve istikrarını ortaya koyabilmek için kanunlar toplumun ihtiyaç duyduğu konularda[101], uluslararası hukuka uygun olarak önceden konunun uzmanlarından ve kanunu uygulayanlardan görüş alınarak[102] yapılması gereklidir. Aksi takdirde, yapılan düzenlemeler kısa zamanda değişikliğe uğramaya mahkûm olacaktır. 5901 sayılı TVK'nın düzenleniş gerekçesinde mülga 403 sayılı Kanun'un pek çok defa değişiklik geçirmesi nedeni ile yapısının bozulması[103] sonucu yapıldığı

100 Madde Gerekçesi 11.

101 Kanun koyucu toplumun ihtiyaçları ile uyuşmayan düzenlemeler yapması durumunda yürürlüğe konan kanunun etkinliği zayıf olacaktır. Bkz. Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı,* (Dora 2014) 27-28.

102 Reçber and Özgenç (n 3) 386.

103 Sargın yapılan birçok değişiklik nedeniyle mülga 403 sayılı TVK'nın "… birbirleriyle olan mantıksal bütünlüğünü ve dolayısıyla temelinde yatan bütünleştirici felsefeyi kaybetmiş hükümlerden oluşan bir maddeler manzumesi haline gelen mevcut Kanun'umuz, tümüyle yeni bir düzenleme yapılması gereğini…." savunmuştur. Bkz Fügen Sargın, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme', (2004) 53(1) AÜHFD, 27, 57.

hatırlanırsa; yapılacak değişikliklerin üzerinde yeterince çalışılmadan yapılmaya devam edilmesi bizi kısır bir döngüye itecektir[104].

Mevcut durumda ivedilikle yapılması gereken husus normlar hiyerarşisine uygun olarak 7039 sayılı Kanun ile 5901 sayılı TVK'da yapılan değişikliklerin Yönetmelik'te düzenlenmesidir. Aksi durumda kanun ile çelişen, normlar hiyerarşisine aykırı bir Yönetmelik varlığını sürdürecektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

Kitaplar ve Makaleler

Arat T 'Türk Vatandaşlığından Iskat Edilen Kişilerin Mülkiyet ve Miras Hakları,' (1974) 31(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279-360.

Atay EE *İdare Hukuku: 16 Nisan 2017 Tarihli Anayasa Değişikliğine Göre Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş*, (6th edn Seçkin 2018).

Aybay R and Özbek N *Vatandaşlık Hukuku*, (4th İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015).

Aykaç, AC, (Çev.) 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi' (2008) (77) TBB Dergisi, 359-383, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-77-445 Erişim Tarihi: 7 July 2019.

Baran Çelik N 'Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması' (2017) (130) TBB Dergisi 357-418.

Bingöl Schrijer B 'Vatandaşlık Hakkının Kapsamı ve Egemenlik İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 22(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-265.

Dardağan Kibar, EG, 'Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanuniliği İlkesi' in Doğan V, Yılmaz AÇ and AYHAN İZMİRLİ L (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler,* (Savaş 2019) 3-16.

Doğan V 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı-Avrupa Topluluğu Hukuku Açısından Bir Değerlendirme-Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna Katılım Süreci' in *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildirileri Kitabı* (Türkiye Barolar Birliği 2010) 139- 155, (Avrupa Topluluğu).

Doğan V *Türk Vatandaşlık Hukuku* (15th edn Savaş 2018).

Dolunay A 'Vatandaşlık Hukuku Temel İlkelerinin Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2016) (122) TBB Dergisi 36-416.

Ekşi N *Danıştay Kararları Işığında Türk Vatandaşlığı Kanununa İlişkin İdari Davalar* (Arıkan 2008).

Erdem BB *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta 2017).

Erkan M 'Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 72/5. Maddesinin Kanunilik İlkesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Bağlamında Değerlendirilmesi' (2019) 14(175-176) BUHFD 329-356. (Kanunilik).

Erkan M 'Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında 'Milli Güvenlik' ve 'Kamu Düzeni' Kavramlarının İncelenmesi' in in DOĞAN V, YILMAZ AÇ and AYHAN İZMİRLİ L (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler* (Savaş 2019) 17-38.

104 Tanrıbilir 'Hazırlanması' (n 3) 54.

Erten R 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler' (2008) (4) Ankara Barosu Dergisi 36-61.

Fişek H *Türk Vatandaşlık Hukuku,* (Ankara Üniversitesi Yayınları 1959).

Ganczer, M 'The Right to a Nationality as a Human Right?' Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2015, 15-33, http://real.mtak.hu/24919/1/9789462365032_hfdst02.pdf Erişim Tarihi: 7 July 2019.

Giray FK '5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Hakkında Değerlendirme' (2011) 8(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) 381-402.

Gözübüyük Ş and TAN T *İdare Hukuku Cilt 1, Genel Esaslar*, (9th edn, Turhan 2013).

Güngör G 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi' (1997-1998) 17(1-2) MHB 229-250 (Avrupa).

Güngör G *Tabiiyet Hukuku* (6th edn, Yetkin 2018) (Tabiiyet).

Karakoç İ, *Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü,* (Yetkin 2012).

Kuluçlu E 'Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri' (2008) (71) Sayıştay Dergisi, http://www.sayistay.gov.tr/dergi/icerik/der71m1.pdf Erişim Tarihi: 9 May 2019; http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423911557.pdf Erişim Tarihi: 9 May 2019.

Nomer E 'Türk Vatandaşlığı Kanunundaki Değişiklikler' (1981) 1(1) MHB 15-19 (Değişiklikler).

Nomer E *Türk Vatandaşlık Hukuku* (24th edn, Filiz 2018).

Özbek N 'İlgilinin İstemi Gerekmeksizin Türk Vatandaşlığıyla İlişkisinin Kesilmesi' (2018) (139) TBB Dergisi 81-128.

Özbek N *Türk Vatandaşlık Hukukunda İlgilinin İstemi Gerekmeksizin Türk Vatandaşlığıyla İlgisinin Kesilmesi* (Yetkin 2019) (İlgilinin İstemi).

Özel S 'Suriyeli Sığınmacıların Kitlesel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınması Meselesinin Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi' (2017) 91(3) İstanbul Barosu Dergisi 14-31.

Reçber K *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı,* (Dora 2014).

Reçber K and Özgenç Z '5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunundaki Bazı Boşluklar' (2016) 74(1) İÜHFM 373-387.

Sargın F 'Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme' (2004) 53(1) AÜHFD 27-63.

Seçkin S and Üstün G 'İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi' (2015) 21(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan) 509-533.

Şit Köşgeroğlu B 'İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması' (2017) 7(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi169–198.

Tanrıbilir FB 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 791-818 (Vatandaşlık Sözleşmesi).

Tanrıbilir FB 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanması Nedenleri Üzerine' (2007) (72) TBB Dergisi 37-54 (Hazırlanması).

Tanrıbilir FB 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri' (2008) (75) TBB Dergisi 37-54 (Tasarı).

Tanrıbilir FB 'Vatandaşlığın İrade Dışı Kayıp Halleri' in DOĞAN V, TANRIBİLİR FB and ŞİT B (eds) *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu* (Seçkin 2008) 143-161, (İrade Dışı).

Tiryakioğlu B 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı İle Kazanılması' in DOĞAN V, TANRIBİLİR FB and ŞİT B (eds) *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu* (Seçkin 2008) 79-96.

Tiryakioğlu B 'Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Eleştirel Analizi' in *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildirileri Kitabı,* (Türkiye Barolar Birliği 2010) 24-66, (Eleştirel).

Turhan T and Tanrıbilir FB *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları* (2nd edn, Yetkin 2010).

Uluocak N 'Çifte Vatandaşlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Son Gelişmeler' (1987) 7(2) MHB 181-187.

unat İ *Türk Vatandaşlık Hukuku (Metinler-Mahkeme Kararları),* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1966).

İnternet Siteleri

Soybağının Tespiti Hakkında Genelge 2019/3, Genelge Sayısı: 95966346-440.99-158, Kabul Tarihi: 29.01.2019, https://www.tuseb.gov.tr/enstitu/tacese/yuklemeler/mevzuatlar/SOYBAGIGENELGE.pdf, Erişim Tarihi: 8 June 2019.

https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000016802ededc, Erişim Tarihi: 7 July 2019.

https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0178.pdf Erişim Tarihi: 7 July 2019.

Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün TBMM'ye sunduğu Tasarı Genel Gerekçesi https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss497.pdf Erişim Tarihi: 4 June 2019.

7039 sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Genelge, Genelge Sayısı: 137396, Kabul Tarihi: 11.12.2017. Genelge için bkz https://www.nvi.gov.tr/PublishingImages/mevzuat/mevzuat/genelge/7039%20Sayili_Kanunun_Uygulanmasi(2017).pdf, Erişim Tarihi: 7 June 2019.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz. https://rm.coe.int/168007f2c8 Erişim Tarihi: 9 June 2019.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, 1/20, 05.04.1977 www.anayasa.gov.tr Erişim Tarihi: 6 June 2019.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1 D, 778/254 8.2.1994 bkz Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar,* (9th edn, Turhan 2013) 115, dn 343.

Danıştay 13 D, 213/1558, 16.3.2005 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 4 June 2019.

Danıştay 5 D, 219/461, 24.3.1987 www.legalbank.net Erişim Tarihi: 4 June 2019.

Danıştay 5 D, 2545/1659, 25.5.1988 www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 4 June 2019.

Danıştay 8 D, 1214/3344, 24.6.2011, www.legalbank.net Erişim Tarihi: 4 June 2019.

Danıştay 10 D, 5039/2825, 29.5.2000 karar için bkz. Yakup Bal, Mustafa Karabulut and Yahya Şahin, *Danıştay 10. Daire Kararları*, Cilt 1 (Turhan 2003) 642-643.

Danıştay 10 D, 9/5118, 21.10.1998 Karar için bkz Bal, Karabulut and Şahin 651-652.

Ramadan v. Malta, App no 76136/12 (ECHR 21 June 2016) https://www.refworld.org/cases,ECHR,57ff5080ae3.html Erişim Tarihi: 7 July 2019.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 447–477

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0014
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 02.05.2019
Revisyon Talebi: 24.05.2019
Son Revizyon: 31.05.2019
Kabul: 11.07.2019
Online Yayın: 26.08.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk

Talat Kaya*

Öz

Uluslararası ticaret ve finans işlemlerinin yaygınlaşması ile birlikte, yabancılık unsuru içeren alacağın devri işlemlerinin sayısı artmaktadır. Alacağın devri kurumunun sınır-ötesi kullanımı, borçlu-alacaklı, alacaklı (devreden)-devralan ve devralan-borçlu şeklinde üçlü tarafın dahil olduğu ilişkilere hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği sorununu ortaya çıkarmıştır. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'da alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Başta 5718 sayılı MÖHUK'un hazırlanması aşamasında özel olarak dikkate alınan Roma Sözleşmesi ve halefi olan Roma I Tüzüğü olmak üzere, diğer kanunlar ihtilafı kurallarında ise alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunun özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bazı ülkeler bir adım daha öteye giderek, alacağın devri işleminin üçüncü kişilere etkisine hangi hukukun uygulanması gerektiğini düzenlemiştir. Bu çalışmada karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler de göz önüne alınarak, Türk Milletlerarası Özel Hukuku bakımından yabancı unsurlu alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Alacağın Devri, Alacağın Devri Sözleşmesi, Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk, 5718 sayılı MÖHUK, Roma I Tüzüğü

Law Applicable to The Assignment of Receivables Involving Foreign Element

Abstract

With the growth of international trade and finance, the number of transactions of assignment of receivables, involving foreign element, is increasing. The cross-border use of assignments of receivables has raised the question of which country's law should be applied to the tripartite relations, comprising the debtor-creditor, creditor (assignor)–assignee and assignee–debtor relations. The Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law (PILA) does not include a specific provision on the law applicable to the assignment of receivables. Several other conflicts of laws rules, principally the Rome Convention and its successor Rome I Regulation, which were specially considered in the preparation stage of the PILA No. 5718, contain specific provisions to be applied to the assignment of receivables. Some countries have gone a step further and regulated the third-party effects of an assignment of receivables. Taking into account the developments in comparative law, this paper will examine the issue of applicable law to the assignment of receivables under the Turkish Private International Law.

Keywords

Assignment of Receivables, Assignment Agreement, Law Applicable to the Assignment of Receivables, PILA No. 5718, Rome I Regulation

* **Sorumlu Yazar:** Talat Kaya (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: talat.kaya@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-5535-6819

Atıf: Kaya T, "Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk" (2019) 39(2) PPIL 447.
https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0014

©Yazarlar. İstanbul Üniversitesi tarafından Creative Commons Lisansı (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) kapsamında yayımlanmıştır.

Extended Summary

The assignment of receivables is the process of transferring the receivable arising from a debt relationship to a third party. In the early periods of Roman law and common law, the debt liability and the right to claim receivable arising from the debt relationship between the debtor and the creditor are considered to be inextricably linked to the personalities of the debtor and the creditor. Thus, assignment of receivables was not allowed. However, due to the necessities of commercial life, the opposite of this view has started to dominate over time and the assignment of the receivables has been recognized as an institution. In modern legal systems, assignment of receivables has been widely used for many purposes such as performance, collection, guarantee and donation.

In addition to its domestic use, with the growth of international trade and finance, cross-border use of assignment of receivables has increased. Cross-border assignment of receivables is used specifically for international financing. In this context, the companies operating internationally use the assignment of receivables to meet their immediate cash needs, to provide collateral for obtaining credit and to finance the large scale projects. The main reason for funding through the cross-border assignment of receivables is that the cost of the financing obtained in this way is lower than that of the conventional financing instruments.

Nonetheless, the cross-border use of assignments of receivables has raised the question of which country's law should be applied to the tripartite relations, comprising the debtor-creditor, creditor (assignor)–assignee and assignee–debtor relations. The Turkish Private International Law and International Civil Law (PILA No. 5718) does not include a specific provision on the law applicable to the assignment of receivables. Thus, the law applicable to the assignment of the receivables should be determined within the framework of general provisions. Some guidance may also be drawn from the EU and the international practice.

Indeed, the Rome Convention and its successor Rome I Regulation, which were specially considered in the preparation stage of the PILA No 5718, contain specific conflict of law provisions to be applied to the assignment of receivables. United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (UNCITRAL Receivables Convention), though not entered into force, also provides conflicts of law rules to be applied to the assignment of receivables, arguably reflecting the international practice.

In this regard, under the Turkish Law, the relationship between assignor and assignee under a voluntary assignment shall be governed by the law that applies to the contract between the assignor and assignee i.e. contract by which the receivable is assigned. Thus, in accordance with the principle of freedom of contract, it should

be accepted that assignor and assignee may choose either explicitly or implicitly the law applicable to the relationship between them. If the parties do not choose a law, then the applicable law will have to be determined in accordance with the objective conflict of law rules.

Concerning the relationship between assignee and debtor, the law governing the assigned receivable shall determine not only the relationship between the assignee and the debtor, but also the assignability of receivable, the conditions under which the assignment can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged. It is worth to mention that this approach is internationally accepted. Indeed since there is no voluntary relationship between the debtor and the assignee, the debtor's situation should not be worsen because of the assignment.

Finally, it is possible that assignment of the receivables may affect the third parties. Some third parties that may be affected by the assignment can be listed as follows: In case of bankruptcy of the assignor "the bankruptcy administration", if the assignor assigns the same receivable to more than one assignee "the other assignees" and "creditors of the assignor". In this context, whether or not the assignee acquires the receivable validly, priority of the assigned receivable over a right of another person, and effectiveness of the assignment against the third parties are the issues that need to be addressed in regard to third party effects of the assignment of receivables. Thus, determining applicable law to the third party effects of assignment of the receivables is the most complex and controversial subject in terms of the assignment of the receivables. Although there are three potential alternatives to the law applicable to the third party effects of assignment of the receivables i.e. the law governing contract for assignment, the law governing the assigned claim and law of habitual residence of the assignor, the most appropriate one is the law of habitual residence of the assignor. However, as accepted by the EU and the UNCITRAL Convention, law of the assigned claim should apply or at least the parties should be allowed to choose this law, to the cash credited to a bank account and assignment of claims arising from financial instruments under the Turkish Law as well.

Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk

Giriş

Alacağın devri (temliki); alacaklının bir borç ilişkisinden kaynaklanan alacağını üçüncü bir kişiye devretmesi işlemidir. Roma Hukuku ve *common law* olarak adlandırılan Anglo-sakson hukukunun ilk dönemlerinde borç ilişkisinden kaynaklanan borç yükümlülüğü ile bunun karşısında yer alan alacak hakkının borçlu ve alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu ve onların kişiliklerinden ayrılamayacağı kabul edilerek, alacağın devrine izin verilmemiştir[1]. Bununla birlikte, ticari hayatın gerekleri nedeniyle, zaman içerisinde bu görüşün tersi hakim olmaya başlamış, alacağın devri bir kurum olarak yerleşmiş ve modern hukuk sistemlerinde ifa, tahsil, teminat ve bağış gibi pek çok amaç için yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır[2]. Daha çok ulusal düzeydeki işlemler bakımından başvurulan bu kurum, uluslararası ticaret ve finansman işlemlerinin gelişmesiyle birlikte sınır-ötesi işlemler bakımından da kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim, günümüz dünyasında küreselleşmenin de etkisiyle malların, hizmetlerin, sermayenin ve hatta insanların serbest dolaşımı hız kazanmış, buna paralel olarak da yabancılık unsuru içeren alacağın devri işlemlerinin sayısı da her geçen gün artmıştır.

Sınır-ötesi alacağın devri işlemleri özellikle uluslararası finansman teminine yöneliktir[3]. Bu kapsamda uluslararası çapta faaliyet gösteren firmalar, alacağın devri kurumunu faktoring sözleşmelerinde olduğu gibi nakit ihtiyacını karşılamak, kredi temini için teminat göstermek ve büyük çaplı projelerin finansmanını sağlamak için ihraç edecekleri menkul kıymet senetlerine karşılık göstermek için kullanmaktadır[4]. Sınır-ötesi alacağın devri yoluyla finansman temininin en temel nedeni bu şekilde elde edilen finansmanın maliyetinin konvansiyonel finansman araçlarına göre daha düşük olmasıdır[5].

Alacağın devri kurumunun sınır-ötesi kullanımı, borçlu-alacaklı, alacaklı

1 Baki İlkay Engin, *Alacağın Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2002) 6; Kemal Dayınlarlı, *Borçlar Kanuna Göre Alacağın Temliki* (3th, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 2008) 7 ve 34; Kittiwat Chunchaemsai, *Conflict of Laws for the Assignment of Receivables: From a Property-Contract Approach to A Rights-Based Approach* (Durham Theses, Durham University 2015) 133-134 <http://etheses.dur.ac.uk/11324/> Erişim Tarihi 17 December 2018; M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Filiz Kitapevi 2006) 920 vd; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta 1992) 58-59.

2 Engin (n 1) 12; Chunchaemsai (n 1) 65-67; Oğuzman and Öz (n 1) 920 vd; Zimmermann (n 1) 58-59; Fransa Medeni Kanunu (Code Civil des Français), Madde 1321-1326; Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch -BGB), Madde 398-411; İsviçre Medeni Kanunu (Zivilgesetzbuch-ZGB) Madde 164-174; Hollanda Medeni Kanunu (Burgerlijk Wetboek) Madde 6.142-149; İngiltere Mülkiyet Kanunu (Law of Property Act), Madde 136.

3 Jan A. Krupski, 'Cross-Border Receivables Financing at the Crossroads of Legal Traditions, Capital Markets, Uniform Law and Modernity' (2007) 12 Unif. L. Rev. 57.

4 Krupski (n 3) 57; Yuko Nishitani, 'Cross-border Assignment of Receivables: Conflict of Laws in Secured Transactions' (2017) 22 Unif. L. Rev. 826.

5 Spiros V. Bazinas, 'UNCITRAL Draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade. Lowering the Cost of Credit: The Promise in the Future UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade' (2001) 9 Tulane J. Int'l & Comp. L. 261.

(devreden)-devralan ve devralan-borçlu şeklinde üçlü tarafın dahil olduğu ilişkilere hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği sorununu ortaya çıkarmıştır[6]. Sorunun çözümüne yönelik olarak, alacağın devrinin esasına uygulanacak hukuk yanında kanunlar ihtilafı kurallarının da uluslararası düzeyde uyumlaştırılması amacıyla Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) bünyesinde bir takım çalışmalar yürütülmekle birlikte, bu çalışmaların üye ülkeler tarafından kabulü sınırlı kalmıştır[7]. Bu bağlamda, alacağın devri işlemine uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenmesi gerekecektir.

Türkiye bakımından konuyla ilgili olarak gerek 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'da gerek 2675 sayılı mülga MÖHUK'da özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle alacağın devri işlemine uygulanacak hukukun genel hükümler çerçevesinde tespiti gerekecektir[8]. Mevzu ile alakalı olarak diğer ülke uygulamalarına bakıldığında ise, başta 5718 sayılı MÖHUK'un hazırlanması aşamasında özel olarak dikkate alınan Roma Sözleşmesi ve halefi olan Roma I Tüzüğü[9] olmak üzere, çeşitli ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarında alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunun özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bazı ülkelerce bir adım daha öteye gidilerek, alacağın devri işleminin borçlu, alacaklı (devreden) ve devralan dışındaki üçüncü kişilere etkisine hangi hukukun uygulanması gerektiğine dair kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. AB içerisinde ise konu Roma I Tüzüğü'nün 27 inci maddesi bağlamında tartışılmaktadır.

Yukarıda yer verilen hususlar ışığında bu çalışma yabancı unsurlu alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunu ele alacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde alacağın devri kurumuna kısaca bakılacaktır. Çalışmanın esasını oluşturan ikinci bölümde ise milletlerarası özel hukuk bakımından alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusu üç alt başlık etrafında incelenecektir. İlk alt başlıkta alacaklı (devreden) ile devralan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk konusu üzerinde durulacaktır. İkinci alt başlık alacağın devredilebilirliği, devrin şartları ve devralan ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk konusuna ayrılacaktır.

6 Bazinas (n 5) 262.

7 UNCITRAL tarafından yürütülen çalışmalar ve bu çalışmaların üye ülkeler tarafından kabul durumu konusunda daha detaylı bilgi için Bkz. <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests> Erişim Tarihi 28 March 2019. Bu çalışma kapsamında, henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte UNCITRAL tarafından 2001 yılında kabul edilen Uluslararası Ticarette Alacağın Devrine İlişkin Konvansiyon (UNCITRAL Konvansiyonu)'na uygun düştüğü ölçüde ileriki bölümlerde değinilecektir.

8 Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Factoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Factoring Sözleşmesi* (Çağ Üniversitesi Yayınları 2004) 174.

9 5718 sayılı MÖHUK hazırlanırken Roma I Tüzüğü henüz taslak halinde idi. Bu bakımdan, Kanun hazırlanırken Roma I Tüzüğü'nün selefi olan Roma Sözleşmesi dikkate alınmış, ancak taslak halinde olsa bile Roma I Tüzüğü de göz önüne alınmıştır. Belirtmek gerekir ki; bu çalışmanın konusu olan alacağın devri konusunda Roma Sözleşmesi'nin 12 inci maddesi ile Roma I Tüzüğü'nün 14 üncü maddesi büyük bir farklılık içermemektedir. Roma I Tüzüğü (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 L177, 4.7.2008, p. 6–16) için Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> Erişim tarihi 5 January 2019.

Üçüncü alt başlıkta ise alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi ve üçüncü kişiler ile olan ilişkilere uygulanacak hukuk konusu ele alınacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde ilk iki bölümde yapılan inceleme temelinde alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunun Türk Milletlerarası Özel Hukuku bakımından nasıl ele alınması gerektiği konusundaki kanaatimiz ortaya konulacaktır.

I. Alacağın Devri İşlemine Genel Bir Bakış

Alacağın devri en basit şekli ile mevcut bir alacağın alacaklısının değişmesi işlemi olarak tanımlanabilir[10]. Alacağın devri, Türk Borçlar Kanunu (TBK) tarafından ele alınış biçimine bağlı kalınarak ise; sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi borç doğuran bir ilişkiden kaynaklanan alacağın, alacaklı tarafından sözleşme ile iradi olarak veya alacaklının iradesi olmadan bir kanun hükmü veya mahkeme kararına dayalı olarak üçüncü bir kişiye geçirilmesi işlemi olarak tanımlanabilir. Doktrinde alacağın devri (temliki) kavramının yalnızca sözleşmeye dayalı iradi (rızai) devir işlemleri için kullanılması gerektiği, kanuna veya mahkeme kararına dayanan devirler bakımından "alacağın intikali" gibi başka kavramların kullanılması gerektiği savunulmuştur[11]. Yabancı unsurlu alacağın devri işlemlerinin büyük bir kısmının sözleşmeye dayanması nedeniyle, aşağıda kanun hükmü veya yargı kararına dayanan alacağın intikali konusunun "alacağın devri" kavramı ile ifade edilip edilmemesine ilişkin kavramsal tartışmaya girilmeden, konu sözleşmeye dayalı alacağın devri esas alınarak incelenecektir.

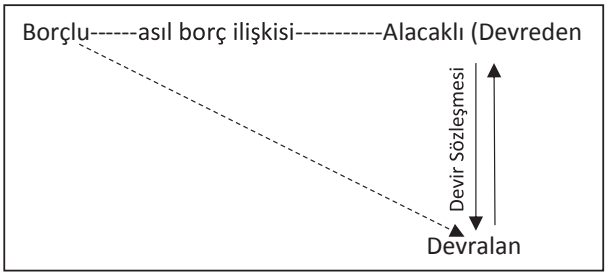
Sözleşmeye dayanan alacağın devri işleminde; devreden ile devralan arasında alacağın devralana geçirilmesi konusunda bir sözleşme akdedilmektedir. Devredilen alacak sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme gibi farklı bir hukuki ilişkiden de kaynaklanabilir[12]. Bu bakımından, alacağın doğduğu kaynağın bir önemi yoktur. Önemli olan, asıl borç ilişkisinde alacaklı olan tarafın (devreden), bu ilişkiye taraf olmayan bir kişi (devralan) ile alacağın devri konusunda bir sözleşme akdetmesi ve bu yolla alacağın devralana geçirilmesidir. Başka bir anlatımla, alacağın devri sözleşmesi ile birlikte, borçlu ile alacaklı (devreden) arasındaki borç ilişkisine, o güne kadar bu ilişkiye yabancı olan üçüncü bir kişi (devralan) dahil olmaktadır[13]. Alacağın devri işlemini kolay anlaşılması bakımından aşağıdaki diyagram ile canlandırmak mümkündür:

10 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21th, Yetkin Yayınları 2017) 1248; Mustafa Alper Gümüş, 'Alacağın Temlikinin Şekli' (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 9; Arif B. Kocaman, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1989) 11; Ejder Yılmaz tarafından kaleme alınan Hukuk Sözlüğündeki tanımlama şu şekildedir: "alacağı temliki: Bir kimsenin borçlusundan olan alacağını üçüncü bir kişiye devretmesi; yazılı biçimde yapılması gerekir. Ancak yasal ve yargısal temlik söz konusu ise biçim koşulu (yazılılık) aranmaz.", Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Yayınları 1992) 53.

11 Kocaman (n 10) 8; Engin (n 1) 11.

12 Engin (n 1) 23-24; Trevor C. Hartley, 'Choice Of Law Regarding The Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under the Rome I Regulation' (2011) 60 (1) *International and Comparative Law Quarterly* 29, 32.

13 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th, Turhan 2012) 770.



Yukarıdaki diyagramdan da anlaşılacağı üzere, alacağın devri işlemi üç köşeli ilişki tesis eden bir hukuksal kurumdur[14]. Başka bir deyişle, alacağın devri işleminden bahsedebilmek için borçlu, alacaklı (devreden) ve devralan şeklinde; ilişkide üç tarafın bulunması olmazsa olmaz koşuldur[15]. Bununla birlikte, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine borçlunun katılması icap etmez. Hatta böyle bir devre borçlunun rıza göstermesine ihtiyaç olmadığı gibi, devirden haberdar olması dahi gerekmez[16].

Alacağın devri sözleşmesi ile alacaklı asıl borç ilişkisinden doğan alacaklarının tamamını devredebileceği gibi, bunlardan yalnızca birini veya birkaçını da devredebilir. Keza; alacaklı borçludan olan alacağının bir kısmını da devredebilir. Bununla birlikte, kısmi devrin geçerli olması için alacağın bölünebilir nitelikte olması gereklidir[17]. Yine alacaklı halihazırda doğmuş alacaklarını devredebileceği gibi, henüz mevcut olmayan ileride doğacak (müstakbel) alacaklarını da devredebilir[18].

Alacağın devri sözleşmesinin konusu alacak hakkıdır. Alacak hakkının içerisine alacağa bağlı öncelik hakları, bağlı haklar ile o güne kadar işlemiş faizler de dahildir[19]. Bunların ötesinde, borçlu ile alacaklı (devreden) arasındaki asıl borç ilişkisi varlığını devam ettirir. Bu kapsamda örneğin, borç ilişkisinin bir sözleşmeden kaynaklanması halinde; borç doğuran bu sözleşme varlığını sürdürdüğü gibi, bu sözleşmeden kaynaklanan diğer haklar (örnek olarak: iptal, fesih dönme gibi), defileri ileri sürme yetkisi ile ilişkinin alacaklıya yüklediği borçlar alacaklıda kalmaya devam eder[20].

14 FJG Alférez, 'Assignment of Claims in the Rome I Regulation: Article 14' in Franco Ferrari and Stefan Leible (eds) *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe,* (Sellier European Law Publishers 2009) 217; Engin (n 1) 1; Hartley (n 12) 31; Kılıçoğlu (n 13) 770; Kocaman (n 10) 90-95; Nishitani (n 4) 828.

15 Hartley (n 12) 31; Kocaman (n 10) 9-10.

16 Eren (n 10) 1248; Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. 2* (Beta Yayınları 2003) 1445; Kocaman (n 10) 11-12.

17 Eren (n 10) 1260; Karahasan (n 16) 1447.

18 Engin (n 1) 27-28.

19 Oğuzman and Öz (n 1) 936.

20 Karahasan (n 16) 1446. Bu bakımdan, alacağın devri sözleşmesinin, borç ilişkisinin tümüyle devrini konu alan "sözleşmenin devri" kavramı ile karıştırılmaması gereklidir. Sözleşmenin devri kavramı, asıl borç ilişkisine kaynaklık eden borç sözleşmesinin tüm hak ve borçları ile birlikte üçüncü bir kişiye devrini ifade etmektedir ki; bu durum alacağın devrinden başka bir hukuki müessesedir. Oysa alacağın devri sözleşmesinin konusu yalnızca alacak hakkıdır.

Alacağın devri sözleşmesi niteliği itibariyle bir borçlar hukuku sözleşmesidir[21] ve bu bakımından sözleşme hukuku kurallarına tabidir[22]. Bu bağlamda, her şeyden evvel alacağın devri sözleşmesinin meydana gelmesi için alacaklı (devreden) ve devralanın karşılıklı ve birbirine uygun şekilde iradelerini beyan etmeleri gereklidir[23]. Dolayısıyla, tek taraflı irade beyanı ile alacağın devredilmesi mümkün değildir. Devir işlemi ivazsız olsa bile devralanın kabul iradesi olmadan geçerli bir devir sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde sözleşmenin kurulması, sözleşmenin içeriği, etkinlik ve geçerliliği, muvazaa iddiası, irade sakatlığı, temsil, tarafların fiil ehliyeti, yorum ve şarta ilişkin konulara sözleşme hukuku kuralları uygulanacaktır[24]. Türkiye bakımından bu hususlara TBK hükümleri uygulanacaktır[25].

Bununla birlikte, alacağın devri sözleşmesi borçlandırıcı nitelikte bir sözleşme olmayıp, aksine sözleşmeye dayalı bir tasarruf işlemidir[26]. Ancak bu tasarruf işlemi, alacaklı (devreden) ile devralan arasında usulüne uygun olarak yapılan bir sözleşme ile gerçekleştirilir. Alacağın devri sözleşmesi ile o güne kadar alacaklının malvarlığında olan bir değer (alacak hakkı) tarafların anlaşması ile devralanın malvarlığına intikal ettirilmektedir[27]. Sözleşme ile alacaklı (devreden) kendisine ait olan bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunarak, bu varlığı üçüncü bir kişiye (devralan) geçirmektedir[28]. Bu bakımından, devredenin, devir işlemi sırasında alacak üzerinde tasarruf yetkisini haiz olması gereklidir[29].

Bir tasarruf işlemi olarak alacağın devri sözleşmesi ile alacağın devredenin malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına intikal etmesi, yalnızca borçlu bakımından değil, alacak üzerinde hak iddia eden üçüncü kişiler bakımından da hüküm doğurur[30]. Bununla birlikte, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etki

21 Borçlar Hukuku sözleşmeleri, sözleşme konusuna etki etme gücü bakımdan, borçlandırıcı sözleşmeler ve tasarruf sözleşmeleri şeklinde ikiye ayrılır. Borçlandırıcı sözleşmeler veya borç sözleşmeleri olarak adlandırılan ilk grupta ye alan sözleşmeler, taraflar arasında borç ilişkisi kurar, taraflardan birisini veya her ikisini borç altına sokar. Tasarruf sözleşmeleri ise taraflar açısından borç doğurmaz. Bu tür sözleşmeler ile taraflardan biri diğer taraf lehine bir hakkı devreder, değiştirir, kısıtlar veya ortadan kaldırır. Konuyla ilgili olarak Bkz. Engin (n 1) 20; Eren (n 10) 205-206.

22 Eren (n 10) 1253; Chunchaemsai (n 1) 81.

23 Dayınlarlı (n 1) 62.

24 Eren (n 10) 1253.

25 Eren (n 10) 1253; Gümüş (n 10) 12.

26 Eren (n 10) 1252-1253; Karahasan (n 16) 1447; Öte yandan hiç şüphesiz, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince alacağın devri vaadi sözleşmesi yapılması da mümkündür. Alacağın devri sözleşmesinin aksine, alacağın devri vaadi sözleşmesi borçlandırıcı bir işlemdir. Alacağın devri vaadi sözleşmesinde devreden (alacaklı), alacak hakkını devretme borcunu üstlenirken, devralan alacak hakkının kendisine değil, devri isteme hakkını elde eder. Konuyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Dayınlarlı (n 1) 81 vd.; Engin (n 1) 17-18.

27 Eren (n 10) 1252; Oğuzman and Öz (n 1) 937-938.

28 Bir malvarlığı değeri olarak alacak üzerinde mülkiyet hakkından bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışmalıdır. Milletlerarası özel hukuk açısından alacak üzerinde mülkiyet konusu, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi bağlamında tartışılmaktadır. Biz de bu konuyu aşağıda alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi başlığı altında etraflıca ele alacağız.

29 Engin (n 1) 24; Eren (n 10) 1252; Karahasan (n 16) 1447.

30 Eren (n 10) 1252-1253; Engin (n 1) 32; Oğuzman and Öz (n 1) 932.

doğurması farklı düşünceler öne sürülerek açıklanmaktadır. Bazı ülkelerde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi mülkiyet hukuku ile ilişkilendirilerek açıklanmaktadır. Belçika, Fransa, Almanya ve Polonya bu görüşü kabul etmektedir[31]. İngiltere'de de baskın olan görüş bu şekildedir[32]. Söz konusu ülke hukuklarına göre alacağın devri işlemi hibrit bir yapıya sahiptir[33]. Anılan kurumun sözleşme hukuku *(contract law)* ve mülkiyet hukuku (*property law)* olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır[34]. Buna göre, alacağın devri işleminde alacaklının değişmesi durumu sözleşme hukukunun konusuna girmekte; buna bağlı olarak devreden-devralan ve devralan-borçlu arasındaki ilişkiler devrin sözleşme hukuku boyutunu oluşturmaktadır[35]. Buna mukabil, alacağın devredenin malvarlığından, devralanın malvarlığına geçişi mülkiyet hukukunu ilgilendirmektedir[36]. Alacağın devri ile birlikte, devralan herkese karşı ileri sürülebilen *erga omnes* bir hak elde etmektedir[37]. Bu kapsamda, devralanın alacağı geçerli olarak kazanıp kazanmadığı, devrin sebebe bağlı olup olmadığı ve birden çok devrin yapılması halinde hangi devrin geçerli olacağı gibi sorunların mülkiyet hukukuna ait ilke ve kurallar ile çözüme kavuşturulması gerekmektedir[38].

Çek Cumhuriyeti gibi ülkelerde ise, alacağın devri bir kurum olarak kabul edilmekle birlikte, devir işleminin mülkiyet hukuku boyutunun olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu ülkelerde alacağın devrinin salt olarak sözleşme hukuku ile alakalı bir konu olarak değerlendirildiğini belirtmek yanıltıcı olmayacaktır[39]. İspanya ve İtalya gibi diğer bazı ülkelerde, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi konusunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, devralan ile devralan arasındaki devir sözleşmesi ile birlikte alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etki doğuracağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu ülkelerde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etki doğurması için borçluya resmi bir bildirimde bulunulması veya borçlunun kabulü gibi konularda farklı yaklaşımların benimsendiği vurgulanmalıdır.

31 The British Institute of International and Comparative Law (BIICL), 'Study on the Question of Effectiveness of an Assignment or Subrogation of a Claim Against Third Parties and the Priority of the Assigned or Subrogated Claim over a Right of Another Person, Final Report' <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fd808b79-725d-4ce3-95b0-599119e7fb8f (BIICL Report)> 30, Erişim Tarihi 4 May 2019.

32 BIICL Report (n 31) 30; Hartley (n 12) 31; İngiltere'de azınlıkta kalan bir görüş alacağın devrini yalnızca sözleşme hukuku ile ilişkili olduğunu ileri sürmüş olmakla birlikte, Roma I Tüzüğü ile birlikte, alacağın devrinin sözleşme hukukunun yanısıra mülkiyet hukuku boyutunun da olduğu genel kabul görmüştür.

33 Hendrick Verhagen and Sanne Van Dongen, National Rapporteurs for Holland in BIICL Report (n 31) 269.

34 Hélène Volkova and Lounia Czupper, National Rapporteurs for Belgium in BIICL Report (n 31) 172; Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 269.

35 Alkaios Sivitanidis, 'Bulk Assignment of Debts in the Conflict of Laws' (2012) 65 RHDI 215, 218.

36 Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 270.

37 Sivitanidis (n 35) 218-219.

38 Volkova and Czupper, BIICL Report (n 31) 172; Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 270.

39 Robert Pavlu, National Rapporteur for Czech Republic in BIICL Report (n 31) 195.

Ülkemizde Yargıtay tarafından verilen kararlarda alacak üzerinde mülkiyetten bahsedilmektedir[40]. Anayasa Mahkemesi ise 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında alacak hakkını da kapsayacak şekilde gayri maddi mallar üzerinde mülkiyet hakkından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir[41]. Anayasa Mahkemesi daha sonra bu görüşünü değiştirerek alacak hakları da dahil olmak üzere gayri maddi malların mülkiyet hakkının konusunu teşkil edebileceğine karar vermiştir[42]. Mahkeme yakın tarihli bir kararında alacak hakkının mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak aşağıdaki ifadeyi kullanmıştır: "Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir." denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı, bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir hak olup maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir."[43]

Doktrinde bazı yazarlar alacak üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasına karşı çıkarak, alacak hakkının bir malvarlığı değeri olarak tasarruf işlemine konu olduğunu öne sürmüşlerdir[44]. Diğer bazı yazarlar ise Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin görüşlerine paralel olarak mülkiyet hakkının kapsamını geniş tutarak fikri mülkiyet hakları ile alacak hakları gibi gayri maddi hakların da mülkiyet hakkına konu olacağını belirtmişlerdir[45]. Bu çalışmanın kapsamı itibariyle Türk iç maddi hukuku bakımından hangi yaklaşımın doğru olduğu konusunda tartışmaların ayrıntısına girilmeyecektir. Buna mukabil, Türk iç maddi hukuku bakımından, konu ne şekilde ele alınırsa alınsın, alacağın devri sözleşmesinin yapılması ile birlikte alacak hakkının devredenin mal varlığından çıkarak devralanın malvarlığına intikal ettiği konusunda bir tereddütün bulunmadığı vurgulanmalıdır[46]. Dolayısıyla alacağın devri işlemi ile birlikte

40 Yargıtay TD 27.10.19966 4105/4159 ve Yargıtay 15 HD 29.3.1977, (naklen ENGİN (n 1) 10); Yargıtay yakın tarihli kararlarında da aynı görüşü korumaktadır. Nitekim Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesinin 2014/18880 E., 2015/8264 K. sayılı kararı aşağıdaki gibidir: "Mahkemece yapılan yargılama ve toplanan deliller doğrultusunda, temlike konu alacağın mülkiyetinin dava dışı temlik eden şirketin iflasının açılmasından önceki dönemde temlik alan davacıya geçtiği, buna göre dava konusu alacağın müflisin mal varlığından çıktığı, iflas masasına ödenmesinin geçerli bir ifa olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne davalının takibe itirazının 10.000,00 TL asıl alacak üzerinden iptaline, işlemiş faize ilişkin istemin feragat nedeniyle reddine ve davacı yararına icra inkar tazminatına karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle temliğin davalıya iflastan önce bildirilmiş olmasının anlaşılmasına ve davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 03.06.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi." <https://kararara ma.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi 1 January 2019.

41 Anayasa Mahkemesi, E. 1967/10, K. 1967/49, 28.12.1967.

42 Kürşat Akça, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı' (2015) 1 *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı* 543, 557-559.

43 Anayasa Mahkemesi, E. 2015/28, K. 2015/42, KT: 22.4.2015; Anayasa Mahkemesi'nin alacak hakkını mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirdiği benzer kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2006/142, K. 2008/148, 24.9.2008; Anayasa Mahkemesi E. 2009/19, K. 2011/4, 6.1.2011; Anayasa Mahkemesi, E. 2008/58, K. 2011/37, 10.2.2011; Anayasa Mahkemesi E. 2011/42, K. 2013/60, 9.5.2013; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/104, K. 2014/96, 22.5.2014; Anayasa Mahkemesi, E. 2014/171, K. 2015/41, 22.4.2015; Anayasa Mahkemesi, 2014/177, K. 2015/49, 14.5.2015; Anayasa Mahkemesi E. 2014/177, K. 2015/49, 14.5.2015; Anayasa Mahkemesi E. 2015/29, K. 2015/95 22.10.2015.

44 Engin (n 1) 9; Eren (n 10) 49-51; Gümüş (n 10) 12.

45 Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler* (Yetkin Yayınları 2009) 105-106.

46 Engin (n 1) 32; N. Orkun Akseli, 'The UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, Assignment of Future Receivables and Turkish law' (2006) Int'l Bus. L. J. 767, 773.

devredenin alacak üzerinde tasarruf yetkisinin kalmadığı konusunda bir mutabakat vardır. Devredenin alacak üzerinde tasarruf yetkisinin olmaması nedeniyle, alacağın yeni bir devir sözleşmesine konu olması, diğer bir anlatımla devredenin aynı alacağı ikinci kez devretmesi mümkün değildir[47]. Devir sözleşmesi ile alacak üzerindeki tasarruf yetkisi devralana geçer ve devreden de dahil olmak üzere başka kişilerin alacak üzerindeki tasarruf yetkisinden bahsedilemez[48]. Bu anlamda, alacağın devri sözleşmesi, yalnızca borçlu bakımından değil, alacak üzerinde hak iddia eden üçüncü kişiler bakımından da hüküm doğurmuş olur (zamansal öncelik ilkesi) [49].

Devreden borçludan olan alacağını farklı amaçlar güderek devralana geçirebilir. Devrin sebebi devredenin devralana olan başka bir borcunu ifa olabileceği gibi, devir işlemi tahsil, satım, teminat ve hatta bağış amacıyla da yapılabilir[50]. Bu bakımdan, alacağın devri sözleşmesinin temelinde bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik borçlandırıcı bir muamele bulunur[51]. Temel ilişki satım, bağışlama, teminat veya tahsil amacıyla yapılmış bir inanç sözleşmesi olabilir. Alacaklının alacağını, devralana satması halinde satım sözleşmesi, bağışlaması halinde bağış sözleşmesi, teminat olarak göstermesi halinde inanç sözleşmesi söz konusu olur[52]. Milletlerarası özel hukuk bakımından ise yabancı unsurlu alacağın devri sözleşmelerinin yaygın olarak uluslararası finansman temini için kullanılması nedeniyle alacağın satılması ve teminat gösterilmesi sıkça karşılaşılan bir durumdur [53].

Bununla birlikte, alacağın devrinin temelinde yer alan borç sözleşmesi ile alacağın devri sözleşmesinin karıştırılmaması gereklidir. Devrin temelinde yer alan borç doğuran sözleşme, alacağın devri şeklinde cereyan eden tasarruf muamelesine götüren ilk adımdır[54]. Tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın devri sözleşmesi ise; temel ilişkiyi oluşturan borç sözleşmesi ile birlikte aynı yazılı belgede yer alabileceği gibi, alacağın devri sözleşmesinin sonradan ve borç doğuran temel sözleşmeden ayrı bir şekilde düzenlenmesi de mümkündür[55]. Alacağın devri sözleşmesinin borç doğuran sözleşme ile eş zamanlı olarak yapılması halinde, borç doğuran sözleşme ile birlikte ve aynı anda bu sözleşmenin ifası söz konusu olur[56]. Bununla birlikte, ortada biri borçlandırıcı diğer tasarruf işlemi olarak iki sözleşme vardır.

47 Akseli (n 46) 773; Engin (n 1) 32; Eren (n 10) 1252-1253; Karahasan (n 16) 1148-1449; Oğuzman and Öz (n 1) 932;

48 Engin (n 1) 32.

49 Engin (n 1) 32.

50 Kılıçoğlu (n 13) 771.

51 Dayınlarlı (n 1) 62.

52 Dayınlarlı (n 1) 62.

53 Krupski (n 3) 57

54 Dayınlarlı (n 1) 63.

55 Dayınlarlı (n 1) 3-4; Gümüş (n 10) 14. Bu kapsamda örneğin alacak teminat gösterilerek bankalarca sağlanan kredi işlemlerinde alacağın devri işlemine kredi sözleşmesi içinde yer verilmektedir.

56 Engin (n 1)17.

Alacağın devri işleminin; onun hukuki sebebini oluşturan temel işlemden (örneğin alacağın satışı, bağışlanması, teminat gösterilmesi) soyut (mücerret) olup olmadığı tartışmalıdır. Türk hukuk doktrininde alacağın devri işleminin soyut bir işlem olduğu görüşü[57] savunulmuş ise de; bugün ağırlık kazanan ve bizim de katıldığımız görüş alacağın devri işleminin sebebe bağlı olduğu görüşüdür[58]. Başka bir deyişle, ortada geçerli bir hukuki sebep yok ise, söz konusu geçersizlik tasarruf işlemi olan alacağın devrini de etkiyecek ve onu geçersiz kılacaktır[59]. Bu noktada, Almanya[60] gibi alacağın devri işleminin soyutluğunu kabul eden bir ülkede yerleşik bir kişi ile yapılan alacağın devri sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti milletlerarası özel hukuk bakımından önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

Keza alacağın devri sözleşmesinin geçerliğinin tabi olacağı esasa ve şekle ilişkin koşulların çeşitli ülke uygulamaları bakımından farklılık göstermesi de; kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukuka göre farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir[61]. Bu bakımdan örneğin alacağın devrinin borçlu ve üçüncü kişilere karşı etki doğurması için Türkiye gibi ülkeler devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını şart koşarken, Japonya ve Fransa gibi ülkeler devrin borçluya bildirilmesini, ABD ve Kanada gibi diğer bazı ülkeler ise, alacağın devri işleminin bir sicile kaydedilmesini şart koşmaktadır[62]. Keza kanuna ve ahlaka aykırı olarak sözleşme yapılmayacağı genel olarak kabul edilmekle birlikte, esasa yönelik olarak çeşitli ülke kanun ve uygulamaların farklılıklar göstermesi mümkündür. Bu bağlamda, kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenecek esasa uygulanacak hukuka göre; alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği yanında tarafların hak ve borçları değişebilecektir[63]. Bu bakımdan, kanunlar ihtilafı kurallarının milletlerarası özel hukuk adaleti yanında işlem güvenliğini sağlayacak şekilde oluşturulmasının önem arz ettiğinin vurgulanması yerinde olacaktır.

II. Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk

A. Genel

Alacağın devri işleminden bahsedilmesi için her şeyden evvel borçlu ile alacaklı arasında alacak hakkının doğumuna neden olan bir ilişkinin bulunması gereklidir. Borçlu ile alacaklı arasındaki asıl borç ilişkisi yabancılık unsuru içerebileceği gibi

57 Oğuzman and Öz (n 1) 923

58 Eren (n 10) 1255-1256, Dayınlarlı (n 1) 72 vd.

59 Eren (n 10) 1254-1256.

60 Ilka Breuer and Peter Scherer, National Rapporteurs for Germany in BIICL Report (n 31) 218.

61 United Nations General Assembly, Note by Secretariat, Preparatory Document of the 2001 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade A/CN.9/378/Add.3 2-3.

62 Nishitani (n 4) 833-834.

63 Nishitani (n 4) 827.

yabancılık unsuru içermeyen belli bir ülke hukukuna tabi bir ilişki de olabilir. Alacaklı ve borçlu arasındaki ilişki yabancılık unsuru içermiyorsa (örnek olarak: her ikisi de Türkiye'de yerleşik iki tacir arasında yapılan bir alım-satım sözleşmesi veya Türkiye'de yerleşik bir banka ile yine Türkiye'de yerleşik müşterisi arasında yapılan kredi sözleşmesi gibi) bu ilişki bakımından kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca bir hukuk tespitinin yapılmayacağı kanaatindeyiz[64]. Bu tür borç ilişkilerine tarafların her ikisinin de tabi olduğu hukuk uygulanacaktır. Buna mukabil, doktrinde bazı yazarlarca yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelere (örnek olarak: iki Türk vatandaşı arasında yapılan bir borç sözleşmesi gibi) uygulanmak üzere yabancı bir ülke hukukun seçilmesi halinde, bu seçimin ilişkiye milletlerarası özel hukukun konusuna giren bir nitelik kazandırmaya yeteceği savunulmuştur[65]

Asıl borç ilişkisinin yabancılık unsuru içermesi (örnek olarak: Türkiye'de yerleşik bir satıcı ile Almanya'da yerleşik alıcı arasında yapılan alım satım sözleşmesi veya Türkiye'de yerleşik bir Türk müteahhitlik firmasının Pakistan'da inşa edeceği bir otoyol projesi için Almanya'da yerleşik bir bankadan kredi alması gibi) halinde ise, söz konusu borç ilişkisine uygulanacak hukukun MÖHUK'un ilgili alanı düzenleyen hükümlerine göre belirleneceği vurgulanmalıdır[66].

Bu çalışmanın kapsamı itibariyle borçlu ve alacaklı arasındaki asıl borç ilişkisine uygulanacak hukuk konusu ayrıca incelenmeyecek, çalışmanın esasını oluşturan yabancı unsurlu alacağın devri işlemine odaklanılacaktır[67]. Alacağın devri işleminde yabancılık unsuru çoğunlukla borçlu, alacaklı (devreden) veya devralanın yabancı olmasından doğmaktadır. Bunun yanısıra, taraflar yabancı olmasa dahi, alacağın devri işleminin başka bir ülkede yapılması, devir işleminin sonuçlarının başka bir ülkede doğması gibi alacağın devri ile alakalı uyuşmazlığı bir şekilde mahkemenin hukuku (*lex fori)'*den başka bir devletin hukuku ile bağlantısını sağlayan öğelerin varlığı halinde de yabancılık unsuru söz konusu olabilecektir.

Uygulanacak hukukun tespiti bağlamında, yabancılık unsuru taşıyan alacağın devri işleminde alacaklı (devreden)- devralan, borçlu-devralan şeklinde iki tür ilişki üzerinde durulmalıdır. Bu iki tür ilişkiye ilave olarak alacağın devri üçüncü kişiler bakımından da etki doğurmaktadır. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi konusu da aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

64 Benzer görüş için. Bkz. Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları* (8th, Beta Yayınları 2004) 281-282.

65 Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th, Beta Yayınları 2017) 369 vd.; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (9th, Beta Yayınları 1998) 264-265.

66 Bu kapsamda örneğin, sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 vd. hükümlerine göre tespit edilecektir. Haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 34 uyarınca belirlenecekken, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk m. 39'a göre tespit edilecektir.

67 Bununla birlikte, yayın kullanımı nedeniyle asıl borç ilişkisine değinmek gerektiğinde asıl borç ilişkisinin sözleşmeden kaynakladığı varsayılarak açıklamada bulunulacaktır.

B. Alacaklı (Devreden) ile Devralan Arasındaki Devir İlişkisine Uygulanacak Hukuk

Gerek 5718 sayılı MÖHUK gerek 2675 sayılı mülga MÖHUK alacağın devri işlemine uygulanacak hukuku ayrı bir madde halinde düzenlememiştir. Bununla birlikte, alacağın devri işleminin akdi niteliği göz önüne alınarak, uygulanacak hukukun genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24'ten hareketle tayin edilmesi mümkündür[68]. Bu kapsamda ilk olarak, tarafların alacağın devri sözleşmesinde aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince serbestçe seçebileceği kabul edilmelidir. Konuyla ilgili olarak, MÖHUK'un hazırlık aşamasında özel olarak dikkate alınan Roma Sözleşmesi ve halefi olan Roma I Tüzüğü yanında UNCITRAL Konvansiyonu[69] ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK)'da[70], devreden ile devralanın alacağın devrine ilişkin olarak yapacakları sözleşmede, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçebileceklerinin kabul edildiği vurgulanmalıdır. Nitekim, Roma I Tüzüğü m.14/1'e bakıldığında, anılan hükümde devreden ve devralan arasındaki iradi devir ilişkisinin taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olduğu belirtilmiştir[71]. Roma I Tüzüğü m.3 uyarınca ise, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku açık olarak kararlaştırabilecekleri gibi zımni olarak da kararlaştırabilirler[72]. UNCITRAL Konvansiyonu m.28/1'de de; alacağın devri sözleşmesinden kaynaklanacak karşılıklı hak ve yükümlülüklere uygulanacak hukukun devreden ve devralanca seçilebileceği hüküm altına alınmıştır[73]. Benzer şekilde, İsviçre MÖHK m.145'de alacağın devri ilişkisine uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği açık bir ifade ile ortaya konmuştur. Anılan hükme göre; sözleşmeye dayanan devir işlemi taraflarca seçilen hukuka tabi olacaktır[74]. Konuyla ilgili son olarak, devreden ile devralanın aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunabileceklerinin diğer ülke hukuklarında benimsenmiş genel bir ilke olduğunun altı çizilmelidir[75].

68 Uyanık Çavuşoğlu (n 8) 174.

69 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade United Nations Publications, New York, 2004 (UNCITRAL Konvansiyonu) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ctc-assignment-convention-e.pdf >Erişim Tarihi 4 February 2019.

70 Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), Translation by Umbricht Attorneys, (İsviçre MÖHK) <https://www.umbricht.ch/fileadmin/downloads/Swiss_Federal_Code_on_Private_International_Law_CPIL_2017.pdf> Erişim Tarihi 1 March 2019.

71 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 14/1'in İngilizce metni şu şekildedir: "The relationship between assignor and assignee under a voluntary assignment or contractual subrogation of a claim against another person (the debtor) shall be governed by the law that applies to the contract between the assignor and assignee under this Regulation."

72 Hartley (n 12) 39.

73 UNCITRAL Konvansiyonu (n 69) m. 28/1'in İngilizce metni şu şekildedir: "The mutual rights and obligations of the assignor and the assignee arising from their agreement are governed by the law chosen by them

74 İsviçre MÖHK (n 70) m 145/1'in İngilizce'ye tercüme edilen metni şu şekildedir: "The contractual assignment of a claim shall be governed by the law chosen by the parties or, in the absence of such choice, by the law applicable to the claim. The choice of law made by the assignor and assignee shall not be applied against the debtor without his consent."

75 Catherine Walsh, 'The Role of Party Autonomy in Determining the Third-Party Effects of Assignments: of Secret Laws and Secret Liens' (2018) 81(1) Law & Contemp. Probs 181, 182.

Alacağın devri sözleşmesi ile taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku açık olarak seçilebilir. Hukuk seçiminin açık olmasından kasıt, tarafların hukuk seçimi konusundaki iradelerinin yanısıra seçtikleri hukukun; sözleşmeye koydukları kayıt veya asıl sözleşmeden bağımsız olarak yaptıkları bir sözleşmeden yoruma ihtiyaç duyulmaksızın anlaşılması halidir[76]. Bu kapsamda, alacağın devri sözleşmesinin yapılış şekline bağlı olarak açık hukuk seçiminin yapılış şekli de değişebilir. İlk olarak, devir sözleşmesi temelde yer alan satım, bağışlama, teminat gibi borçlandırıcı sözleşmeden bağımsız olarak, ondan ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir. Bu halde taraflar devir sözleşmesi içerisinde seçtikleri hukuku belirleyebilir.

Alacağın devri sözleşmesinin temelde yer alan sözleşme ile aynı yazılı belge içinde yer alması halinde ise, söz konusu belge içinde taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere; temeldeki borç sözleşmesine uygulanacak hukuku veya başka bir hukuku seçebilir. Öte yandan, devreden tek bir sözleşme ile birden çok alacağı devredebilir. Bu halde, farklı devir işlemlerine uygulanmak üzere farklı hukukların seçilebileceğinin kabulü gerekir. Bu kapsamda örneğin alacaklının farklı ülkelerde yerleşik borçlulardan olan alacaklarını tek bir devir sözleşmesi ile devralana (örneğin bir faktoring şirketine) devretmesi mümkündür. Bu halde alacaklı; borçluları ile olan sözleşmelerinde yer alan kayıtlar nedeniyle veya başka bir saikle farklı alacaklara farklı ülke hukuklarının uygulanmasını isteyebilir. Bu amaçla, alacaklı (devreden) ve faktoring şirketi, faktoring sözleşmesinde devredilen farklı alacaklara farklı ülke hukuklarının uygulanmasını kararlaştırılabilirler.

Alacağın devri işleminin akdi niteliği gereği, tarafların zımni hukuk seçiminde de bulunabilecekleri kabul edilmelidir[77]. Zımni hukuk seçimi MÖHUK m.24/1 uyarınca "sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde" anlaşılmalıdır. MÖHUK'un madde metni ve gerekçesinde zımni iradenin tayininde hangi hususların dikkate alınacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durum karşısında; Roma I Tüzüğü[78] ve İsviçre MÖHK'da[79] yer verilen düzenlemeler ile 5718 sayılı MÖHUK'daki düzenleme arasındaki benzerlik göz önüne alınarak, bahse konu Tüzük ve Kanun uygulamalarından yararlanılabilinir[80]. Bu kapsamda, zımni hukuk seçimi konusunda taraf iradelerinin tayininde sözleşmede kullanılan dil, tarafların mutad meskeni, devre konu alacağın para birimi, tarafların vatandaşlığı, belirli bir hukuk düzenine ait formların kullanılması, belirli bir hukuk düzeninin belirli hükümlerine atıfta bulunulması, yetki ve tahkim şartı yanında diğer bir

76 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th, Savaş Kitapevi 2017) 365.

77 Nishitani (n 4) 829; Hartley (n 12) 39.

78 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 3/1'in İngilizce metni şu şekildedir: "…The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case…"

79 İsviçre MÖHK (n 70) m. 116/2'in İngilizce'ye tercüme edilen metni şu şekildedir: "The choice of law must be express or clearly evident from the terms of the contract or the circumstances. In all other respects it shall be governed by the law chosen."

80 Çelikel and Erdem (n 65) 385.

sözleşme ile bağlantı gibi hususlar yol gösterici olabilecektir[81]. Bu noktada özellikle, devir sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarak yapılmış olmakla birlikte, temelde yer alan sözleşmeye atıf yapmış ise; alacağın devri sözleşmesinin sebebe bağlı olarak yapıldığının ve diğer irtibatlarda desteklenmek kaydıyla temelde yer alan sözleşmede seçilen hukukun alacağın devri ilişkisi içinde seçildiğinin kabulü gerekir.

Tarafların alacağın devri sözleşmesinde uygulanacak hukuku açık veya zımni olarak seçmemeleri halinde, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralları ile belirlenecektir. MÖHUK m.24/4'te ifadesini bulan objektif bağlama kuralı; sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde, sözleşmenin en sıkı ilişkili yer hukukuna tabi olacağını öngörmektedir[82]. Söz konusu hükümde, en sıkı ilişkili hukukun somutlaştırılmasına yönelik olarak karakteristik edim karinesine yer verilmiştir. Buna göre; karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku en sıkı ilişkili hukuk sayılacaktır. Ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde ise karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmektedir. Madde metninde yer verilen karakteristik edim kavramından ne anlaşılması gerektiği ise madde gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre karakteristik edim genel olarak, sözleşmeye sosyal içeriğini ve karakterini veren edimin borçlusunun edimidir[83]. Öte yandan belirtmek gerekir ki; MÖHUK m.24/4'te yer verilen en sıkı ilişkili hukuka ilişkin objektif bağlama kuralı, kuraldan kaçışa olanak sağlayacak bir istisna kuralı ile birlikte sevk edilmiştir[84]. Bu kapsamda "hal ve şartlara göre" sözleşmenin, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukukundan başka bir hukukla "daha sıkı ilişki" içinde olması halinde, bu hukuk uygulanacaktır.

Bu genel çerçeve içerisinde, devreden ve devralan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralı ve karakteristik edim karinesi temelinde tespit edilmesi için, öncelikle devir işleminin temelinde yer alan borçlandırıcı muamelenin göz önüne alınması gereklidir. Zira devir işleminin temelinde yer alan sözleşmeye bakılmadan en sıkı ilişkili hukukun tespiti hayli güç olacaktır. Doktrinde de alacaklı (devreden) ve devralan arasındaki ilişkinin devri işleminin temelde yer alan sözleşmeye tabi olacağı ifade edilmiştir[85]. Bu durum, özellikle alacağın devri sözleşmesinin temelde

81 Mario Giuliano and Paul Lagarde, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. OJ C282, 31 October 1980, (Giuliano-Lagarde Raporu) 17; Zeynep Derya Tarman, 'Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü' (2009) 25(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 299, 310; Doğan (n 76) 366.

82 Çelikel and Erdem (n 65) 387.

83 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi, s. 9 <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> Erişim tarihi 4 Nisan 2019. Öte yandan belirtmek gerekir ki; 5718 sayılı MÖHUK'un TBMM'ye sevk edilen taslağında şimdiki 24 üncü madde 23 üncü madde olarak yer almıştır.

84 Çelikel and Erdem (n 65) 388.

85 Ziya Akıncı, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (*Ankara Üniversitesi Basımevi 1992) 61; Tekinalp (n 64) 361; Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 58.

yer alan sözleşme ile birlikte aynı belgede yer alması veya alacağın devri sözleşmesi temelde yer alan sözleşmeden ayrı olarak yapılmış olmasına rağmen, bu sözleşmeye atıf yapılması halinde söz konusu olacaktır. Bu halde, temeldeki sözleşmenin bir bağış sözleşmesi olması, diğer bir anlatımla, devredenin herhangi bir karşılık olmaksızın alacağını devretmesi halinde karakteristik edim devredenin alacağı devretme borcu olacak ve taraflar arasındaki ilişkiye devredenin mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır[86]. Buna mukabil, temeldeki muamelenin mal veya hizmet satımına ilişkin bir sözleşme olması ve devredenin satın aldığı mal veya hizmetin bedeli olarak alacağını devretmesi halinde, sözleşme ilişkisindeki karakteristik edim devralanın edimi olacak ve taraflar arasındaki ilişkiye devralanın mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır[87]. Faktoring sözleşmesinde olduğu gibi temel ilişkinin alacağın satımı ve karşılığında faktoring şirketinin sağladığı hizmetlerden yararlanma olması halinde ise, karakteristik edim borçlusu faktoring şirketi olacak ve taraflar arasındaki ilişkiye faktoring şirketinin işyeri hukuku uygulanacaktır[88].

Alacağın devri işleminin temelde yer alan sözleşmeden ayrı olarak yapılması ve devir sözleşmesinde temeldeki sözleşmeye hiçbir atıf yapılmaması halinde ise, MÖHUK m.24/4'te yer verilen istisna kuralı kapsamında hal ve şartların temel sözleşmeyi işaret edip etmediğine bakılmalıdır. Devir sözleşmesini çevreleyen hal ve şartların, temel sözleşmedeki karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukukunu "daha sıkı ilişkili" hukuk olarak işaret etmesi halinde alacağın devri sözleşmesine, dolayısıyla da taraflar arasındaki ilişkiye, bu hukuk uygulanmalıdır. Alacağın devri sözleşmesini çevreleyen hal ve şartların herhangi bir temel sözleşmeye işaret etmemesi halinde ise, alacağın devrinin soyut olarak yapıldığı kabul edilmeli ve devir sözleşmesine devredenin mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukuku uygulanmasının kabulü yerinde olacaktır.

C. Alacağın Devredilebilirliği, Devrin Şartları ve Devralan ile Borçlu Arasındaki İlişkiye Uygulanacak Hukuk

Alacağın devri sözleşmesi ile birlikte devralan, alacaklının (devredenin) yerine geçerek borçludan alacağı isteme hakkına kavuşur. Borçlunun devreden ile devralan arasındaki devir sözleşmesine taraf olması, hatta devirden haberdar edilmesi dahi gerekmez. Bu durum karşında, borçlunun devralan (yeni alacaklı) nezdinde, eski borç ilişkisine kıyasla daha elverişsiz bir konuma düşürülmemesi gerektiği ve devralan ile borçlu arasındaki ilişkiye, devredilen alacağın tabi olduğu hukukun

86 Akıncı (n 85) 61; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2nd, Vedat Kitapçılık 2014) 253; Giuliano- Lagarde Raporu (n 81) 20; Fügen Sargın, 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' (2001) 50 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 49.

87 Akıncı (n 85) 61; Roma I Tüzüğü (n 9) m. 4/1 (a) ve (b); Tarman (n 81) 311.

88 Demirkol (n 85) 394; Gülin Güngör, *Temel Milletlerarası Özel hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin Yayınları 2004) 104; Nishitani (n 4) 829; Uyanık Çavuşoğlu (n 8)176.

uygulanması genel olarak kabul edilmektedir[89]. Bu kapsamda, devredilen alacak sözleşmeden kaynaklanmış ise borçlu ile alacaklı (devreden) arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye de uygulanacaktır[90]. Buna mukabil, alacağın haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme-dışı başka bir borç ilişkisinden kaynaklanması halinde, bu borç ilişkisine uygulanacak hukuk, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk olarak kabul edilecektir[91]. Öte yandan, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması görüşü yalnızca doktrin görüşü olarak kalmamış, pozitif düzenlemelere de yansımıştır. Nitekim, Roma I Tüzüğü m. 14/2[92] ve UNCITRAL Konvansiyonu m. 29'da[93] bu yönde açık düzenleme bulunmaktadır.

5718 sayılı MÖHUK'da ise konuya ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Doktrinde uluslararası kabule uygun şekilde; alacağın devredilebilirliği, devir şartları ve devralan ile borçlu arasındaki ilişkiye, alacağın tabi olduğu hukukun (alacak statüsü) uygulanması gerektiği ifade edilmiştir[94]. Kanaatimizce de; doktrinde ifade edilen bu yaklaşım tarzı doğrudur. Zira devir sözleşmesi ile devredenden devalana geçen alacak herhangi bir nitelik değiştirmemekte, yalnızca alacağın alacaklısı değişmektedir[95]. Borçlu bakımından, borcu üstlenirken tabi olduğu hukuk değişmedikçe, diğer bir anlatımla yükümlülüğü değişmedikçe borcun alacaklıya (devredene) veya alacağı devralana ödenmesi arasında fark yoktur. Buna mukabil, borçluyu borç üstlenirken hiç tanımadığı ve ilişkisi olmadığı devralan karşısında tarafı olmadığı hatta haberdar dahi edilmediği bir devir sözleşmesi nedeniyle dezavantajlı bir duruma düşürmek, meşru beklentilerinin korunması ilkesine zarar vereceği gibi hukuki istikrarı zedeleyecektir[96]. Bu bakımından, alacağın devredilebilirliğine ve borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye devredilen alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması gerekir.

Alacağın tabi olduğu hukukun borçlu ile devralan arasındaki hangi tür ilişkilere uygulanacağı konusunda da 5718 sayılı MÖHUK'da bir açıklık bulunmamaktadır. Roma I Tüzüğü m. 14/2 ise dört tür ilişkiden bahsetmektedir: Devredilebilirlik, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiler, devrin borçluya karşı ileri sürülme şartları ve borçlunun yükümlülükleri yerine getirip getirmediğinin tespiti.

89 Akıncı (n 85) 61; Alférez (n 14) 228; Nishitani (n 4) 832; Tekinalp (n 64) 361.

90 Alférez (n 14) 228.

91 Alférez (n 14) 228.

92 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 14/2'nin İngilizce metni şu şekildedir: "The law governing the assigned or subrogated claim shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment or subrogation can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged."

93 UNCITRAL Konvansiyonu (n 69) m. 29'un İngilizce metni şu şekildedir: "The law governing the original contract determines the effectiveness of contractual limitations on assignment as between the assignee and the debtor, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged."

94 Akıncı (n 85) 61; Tekinalp (n 64) 361; Tiryakioğlu (n 85) 58; Nihal Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz Kitapevi 1989) 196-197; Uyanık Çavuşoğlu (n 8) 177-178.

95 Alférez (n 14) 228; Demirkol (n 85) 394; Kılıçoğlu (n 13) 786.

96 Alférez (n 14) 229.

Alacağın devredilebilirliği, alacağın tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir[97]. Alacak bir kanun hükmü veya borçlu ile alacaklı arasında yapılan sözleşme hükmü gereğince devredilmeye elverişli olmayabilir. Kanundan doğan elverişsizlik nedenleri borçlu ya da alacaklının şahıslarından dolayı kanunen korunmalarının gerektiği hallerde söz konusu olabilir[98]. Bu kapsamda örneğin, TBK m.366/I uyarınca "kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı başkasına kiraya veremeyeceği gibi, kullanım ve işletme hakkını da başkasına devredemez." Yine TBK m. 619/I uyarınca ölünceye kadar bakma sözleşmesinde "bakım alacaklısı, hakkını başkasına devredemez." 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 93 uyarınca ise "..sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez." Bunun gibi çeşitli ülke kanunlarında işçi, tüketici gibi zayıf durumda olan ve korunmaya muhtaç kişilerden olacak alacakların devredilmesi yasaklanabilmekte veya borçlunun rızasını alma gibi şartlar konularak kısıtlanabilmektedir. Bu halde yasaklama veya kısıtlamanın geçerliliği alacağın tabi olduğu hukuka göre tespit edilecektir.

Bu inceleme bakımından asıl önem arz eden elverişsizlik nedeni ise, alacağın devrinin borçlu ile alacaklı arasında yapılan sözleşme ile yasaklanması halidir. Borçlu; borcun niteliği, alacaklının kişiliği gibi çeşitli nedenler ile alacaklının değişmesini istemeyebilir[99]. Bu halde borçlu ile alacaklı arasında yapılan borç doğuran sözleşmeye alacağın devrini yasaklayan kayıt konulabilir. Bu kapsamda, özellikle finansal piyasalarda operasyonel nedenler yanında finans kuruluşun itibarını korumak amacıyla (şaibeli veya belli bir ülkenin yaptırımına muhatap bir kişi ve kuruluş ile herhangi bir iş ilişkisine bulunmama isteği gibi) böyle bir eğilimin olduğu ifade edilmektedir[100]. Alacağın devredilemeyeceğini öngören söz konusu kayıtların geçerliliği yanında bu yöndeki hükmün ihlalinin sonuçları alacağın tabi olacağı hukuka göre belirlenecektir[101]. Alacaklı ile borçlu arasındaki asıl sözleşmede yer alan devir yasağına rağmen, alacaklının alacağını devretmesi halinde, borçlu devir yasağı hükmüne dayanarak borcu devralana ifa etmekten kaçınabilecektir[102]. Bununla birlikte, bu durum devreden ile devralan arasındaki devir sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Alacaklı (devreden) ile devralan arasındaki alacağın devri sözleşmesi geçerliliğini devam ettirecek, ancak devreden devir sözleşmesinin ihlali nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Alacaklının (devredenin) sorumluğunun kapsamı ise devir sözleşmesi ile devir sözleşmesinin tabi olacağı hukuk tarafından

97 Tiryakioğlu (n 85) 58.

98 Alférez (n 14) 229-230.

99 Alférez (n 14) 230.

100 Alférez (n 14) 230; Joanna Perkins, 'A Question of Priorities: Choice of Law and Proprietary Aspects of the Assignment of Debts' (2008) 2(3) Law and Financial Markets Review 238, 240

101 Alférez (n 14) 230.

102 Alférez (n 14) 230.

tayin edilecektir[103]. Asıl borç sözleşmesinde yer alan devir yasağına rağmen, alacağın devrinin geçerli olup olmadığı konusu; özellikle alacaklının iflası veya alacağın birden fazla kişiye devri halinde özel önemi haizdir. Bu konu aşağıda alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi başlığı altında incelenecektir.

Alacağın devredilebilirliği yanında, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiler, devrin borçluya karşı ileri sürülme şartları ve borçlunun yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespiti de alacağın tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir[104]. Bu kapsamda, şekil, zaman, dil ve yer açısından alacağın devrinin borçluya bildirim şartları, borçlunun bildirimi almayı müteakip yapması gereken işlemler ve devralandan isteyebileceği belgeler, borçlunun aynı alacak için birden fazla bildirim alması halinde borçtan kurtulması için yapması gerekenler, borçlunun devralana karşı ileri sürebileceği defiler ve bu kapsamda özellikle takas ve mahsup şartları ile ödemenin yapılması koşulları gibi hususlar alacağın tabi olacağı hukuka göre tayin edilecektir. Kısaca; borçlu alacaklı (devreden) karşısında hangi konumda olacak ise devralan karşısında da aynı konumda olacak, hak ve yükümlülükleri alacağın devri nedeniyle değişmeyecek ve eskiden olduğu gibi yeni durumda da alacağın tabi olacağı hukuka uygun olarak tespit edilecektir[105].

D. Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi ve Üçüncü Kişiler ile Olan İlişkilere Uygulanacak Hukuk

Alacağın devri işleminin, borçlu, alacaklı ve devralan dışında üçüncü kişileri de etkilemesi mümkündür. Üçüncü kişiler alacaklı (devreden) ile olan münasebetleri nedeniyle alacağın devri işleminden etkilenir. Alacağın devri bakımından önem arz eden bazı üçüncü kişiler şu şekilde sıralanabilir: Alacaklının (devredenin) iflası halinde iflas idaresi, alacaklının alacağı birden fazla kişiye devretmesi halinde diğer devralanlar ve alacaklının (devredenin) alacaklıları. Alacağın devri işleminin üçüncü kişileri etkilemesi nedeniyle milletlerarası özel hukuk bakımından bir takım sorunlar ortaya çıkabilir. Milletlerarası özel hukuk açısından alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi bağlamında ortaya çıkabilecek sorunlara şu örnekleri verebiliriz: Alacaklının henüz vadesi gelmeyen bir alacağını başka bir ülkede bulunan devralana devretmesi sonrasında iflas etmesi durumunda, iflas idaresi alacağın devrinin geçersiz olduğunu ve alacağın iflas masasına ait olduğunu iddia edebilir. Bu halde, devralan ile iflas idaresi arasındaki öncelik iddialarına hangi hukuk uygulanacaktır? Keza devredenin alacağını farklı ülkelerde bulunan birden fazla kişiye devretmesi ve her iki devralanın da borçluya başvurması halinde devir işlemlerinin geçerliliği veya

103 Alférez (n 14) 230.

104 Tekinalp (n 64) 361.

105 Nishitani (n 4) 832.

önceliği hangi hukuka göre tayin edilecektir?[106]

Bahse konu sorunların hangi hukuka göre çözümleneceği, diğer bir anlatımla yabancı unsurlu alacağın devri işleminin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunun tartışmalı olduğu belirtilmelidir. Konu özellikle AB hukuku bağlamında Roma Sözleşmesi'nden bu yana tartışılan hususlardan bir tanesidir. 5718 sayılı MÖHUK'ta ise alacağın devri işleminin üçüncü kişiler bakımından etkisi bir yana, alacağın devri işlemine uygulanacak hukukun ayrı bir madde halinde düzenlenmediği yukarıda belirtilmişti. Oysa alacağın devri üçüncü kişiler bakımından önemli bir takım etkiler doğurabilir ve uygulanacak hukukun tespiti bu anlamda önem arz eder. Bu kapsamda, aşağıda ilk olarak bazı ülke uygulamalarından yola çıkarak alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunun, AB hukuku ve uluslararası boyutta nasıl ele alındığı açıklanacaktır. Sonrasında ise bu açıklamalar göz önüne alınarak konunun Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda nasıl ele alınması gerektiğine dair kanaatimiz ortaya konulacaktır.

Hollanda hukukunda alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine uygulanacak hukukun

106 Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk sorunu sadece teorik örnekler düzeyinde kalmamış davalara da konu olmuştur. İngiltere'de görülen *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v Five Star Trading LLC [2001] EWCA Civ 68; [2001] Q.B. 825* davası ortaya çıkabilecek sorunlara iyi bir örnek teşkil eder. Davaya konu olayda; Dubai'de yerleşik *Five Star* isimli firma *Mount I* adlı gemiyi hurdaya çıkarmak üzere satın almıştır. Firma bunun için Avusturya'da yerleşik *Raiffeisen* isimli bankanın Londra şubesinden kredi almıştır. *Five Star* kredi teminatı olarak, gemi üzerinde banka lehine ipotek tesis etmenin yanısıra Fransa'da yerleşik sigortacılara yaptırmış olduğu sigorta teminatını da *Raiffeisen*'e devretmiştir. Sigorta çarpışmadan kaynaklanan zararları da içermektedir. İngiliz hukuku alacağın devrinin geçerliliği için devrin borçluya bildirimini şart koşmakla birlikte, bildirimin faks yolu ile yapılmasını yeterli görmüştür. Buna mukabil, Fransız hukukuna göre devrin geçerli olması için bildirimin resmi bir memur eliyle yapılması veya borçlunun resmi kabulü gereklidir. *Five Star* faks yolu ile sigortacıları devirden haberdar kılmıştır. Bu işlemlerden bir zaman sonra *Mount I* gemisi başka bir gemi ile çarpışmış ve bu geminin kargolarının batmasına sebep olmuştur. Kargo sahipleri zararlarının karşılanması için Malezya'da dava açmış, aynı zamanda Fransa'daki mahkemeden sigorta teminatının kendilerine ödenmesi için ihtiyati tedbir kararı alma girişiminde bulunmuşlardır. *Raiffeisen* ise İngiltere'de *Five Star* ve sigortacılara karşı dava açarak sigorta teminatının kendisine ait olduğunun tespitini talep etmiştir. Fransız mahkemesi İngiliz mahkemesinin kararını bekletici mesele yapmıştır. Dava konusu olayda alacağın devrinin üçüncü kişiler (kargo sahipleri) bakımından etkisinin bir mülkiyet hukuku sorunu mu yoksa sözleşme hukuku sorunu mu olduğu hususu tartışılmıştır. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etki doğurması bir mülkiyet hukuku sorunu olması halinde olaya Fransız hukuku uygulanacak, bu bağlamda devir geçersiz sayılacak ve kargo sahipleri sigorta teminatından kendi zararlarının ödenmesini talep edebileceklerdir. Buna mukabil, alacağın devrinin sözleşme hukukunu ilgilendirdiği düşünülür ise, olaya İngiliz hukuku uygulanacak ve devir geçerli kabul edilecektir. Diğer bir anlatımla, sigorta teminatının *Raiffeisen*'e ait olması nedeniyle kargo sahiplerinin sigorta teminatından yararlanma imkanı ortadan kalkacaktır. İngiliz mahkemesi dava konusu olayın Roma Sözleşmesi 12 (1)'den hareketle sözleşme hukukunu ilgilendirdiğine karar vermiş ve bu bağlamda devir sözleşmesinin faks yolu ile sigortacılara bildirilmesini yeterli saymıştır.

uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[107]. Bu kabul, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesinde taraflarca seçilen hukukun üçüncü kişiler bakımından da etki doğurması sonucunu doğurmaktadır[108]. Almanya'da konu tartışmalı olmakla birlikte, baskın olan görüş alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması şeklindedir[109]. Buna karşılık, Hollanda'nın benimsediği yaklaşımın Almanya'da giderek destek bulduğu da vurgulanmalıdır[110]. Belçika'da 2004 yılında kabul edilen Kanunlar İhtilafı Kanunu ile alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devredenin alacağın devri sırasındaki mutad meskeni hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür[111]. Fransa'da ise 1984 yılına ait bir içtihat ile alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, genel olarak borçlunun mutad meskeni hukukunun uygulanacağı kabul edilmiş, buna mukabil menkul kıymet araçları ve mevduata dayalı devir işlemleri gibi özel bir takım devir işlemleri devir senedine bağlı kılınmıştır[112]. Polonya'da önce 2003 yılında Yüksek Mahkeme içtihadı, sonrasında 2011 yılında kabul edilen Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması kabul edilmiştir[113]. İspanya ve İtalya'da ise alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Netice itibariyle, AB üyesi ülkelerde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi konusunda yeknesak bir düzenleme ve uygulamanın olmadığının altı çizilmelidir. Konuyla ilgili olarak, Roma Sözleşmesi'nden itibaren AB düzeyinde bir düzenleme yapılması ve uygulamaların birleştirilmesi çabaları bulunmakla birlikte, Roma I Tüzüğü dönemi de dahil olmak üzere bir neticeye ulaşılamamıştır. Nitekim, Komisyon tarafından hazırlanan Taslak Roma Sözleşmesi m.16'da alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması öngörülmüş, ancak konu üzerinde uzlaşma sağlanamaması nedeniyle bu hüküm

107 Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 278. Hollanda hukukunda kabul edilen bu çözüm Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin *Brandsma q.q./Hansa Chemie AG* kararına dayanmaktadır. Karara konu olan olayda Almanya'da yerleşik Hansa firması Hollanda'da mukim *Bechem* firmasına kimyasal mal satmıştır. Satış sözleşmesine göre *Bechem* firması önce kimyasalların satışını yapacak sonrasında ödemede bulunacaktır. Ancak sözleşmede bu husus *Bechem* firmasının yapacağı satıştan kaynaklanan alacaklarını Hansa firmasına devir etmesi şatına bağlanmıştır. *Bechem* firması almış olduğu malları Hollanda'da yerleşik *Senzora* firmasına sattıktan sonra iflas etmiştir. Bu halde alacağın mülkiyetinin iflas masasına mı yoksa Hansa firmasına mı ait olduğu sorusu gündeme gelmiştir. *Hansa* ve *Bechem* arasında yapılan satış sözleşmesi Alman Hukukuna tabi iken, *Bechem* ve *Senzora* arasında yapılan satış sözleşmesi Hollanda hukukuna tabidir. Alacağın devri Almanya hukukuna göre geçerli iken, Hollanda hukukuna göre geçersizdir. Bu olayda Hollanda Yüksek Mahkemesi alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukukun devir sözleşmesine uygulanacak hukuk olduğuna karar vermiş ve olaya Almanya hukukunu uygulamıştır. Karar için Bkz. Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 274-276.

108 Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 278; Nishitani (n 4) 835.

109 Breuer and Scherer, BIICL Report (n 31) 228-229.

110 Breuer and Scherer, BIICL Report (n 31) 229-231.

111 Volkova and Czupper, BIICL Report (n 31) 180.

112 Alban Caillemer Du Ferrage and Clément Saudo, National Rapporteurs for France in BIICL Report (n 31) 211-212.

113 Tomek Jedwabny and Andrzej Stosio, National Rapporteurs for Poland in BIICL Report (n 31) 305-306.

Roma Sözleşmesi'nin nihai halinde yer almamıştır[114]. Roma I Tüzüğü'nün hazırlık aşamasında ise, AB Komisyonu alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devredenin mutad meskeni hukukunun uygulanmasını önermiştir[115]. AB Konseyi ise alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisinin Roma I Tüzüğü içerisinde yer almasına karşı çıkmış, ayrıca Komisyon tarafından yapılan mutad mesken önerisinin kapsamının banka mevduatları ile finansal piyasalarda işlem gören menkul kıymetlere dayanan alacağın devri işlemlerini içermeyecek şekilde daraltılmasını tavsiye etmiştir[116]. Bu tavsiye sonrasında Tüzüğün AB Parlamentosu'nda görüşülmesi sırasında bu hüküm taslak Tüzükten çıkarılmıştır[117]. Roma I Tüzüğü'nün yürürlükte olan hali yalnızca devreden-devralan ile borçlu-devralan ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenlemektedir[118].

Devam eden süreçte ise; Roma I Tüzüğü m.27 çerçevesinde konu mülkiyet hukuku boyutuyla tartışılmıştır. Nitekim, Tüzüğün gözden geçirme başlıklı 27 inci maddesinde Komisyonun 17 Haziran 2010 tarihine kadar alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından geçerliliği ve alacağı devrinin diğer kişiler bakımından önceliği konusunda bir rapor hazırlaması ve uygun olması halinde konuyla ilgili olarak Tüzükte yapılması gereken değişiklik için öneri sunması öngörülmüştür[119]. AB Komisyonu gerekli hazırlıklarını tamamladıktan sonra 12 Mart 2018 tarihinde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımdan etkisini düzenleyen yeni bir Tüzük önerisi sunmuştur[120].

Taslak Tüzük ana kural olarak alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine devredenin mutad meskeni hukukunun uygulanacağını öngörmektedir[121]. Ana kural bu olmakla birlikte, kredi kurumlarına yatırılan mevduata dayalı alacaklar

114 Ole Lando, 'The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Noncontractual Obligations: Introduction and Contractual Obligations' 1974 38(1) Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law 6, 47; BIICL Report (n 31) 150.

115 Commission of the European Communities, Proposal for A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), 15.12.2005 COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005PC0650&from=EN> Erişim Tarihi 17 January 2019; Öte yandan belirtmek gerekir ki; Roma Sözleşmesi'nin güncellenmesi çalışmaları bağlamında Komisyon tarafından hazırlanan Yeşil Kitap'ta alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine i) devir sözleşmesine uygulanacak hukuk, ii) alacağın tabi olduğu hukuk, iii) borçlunun hukuku, iv) devredenin mutad meskeni hukuku ile v) alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi bağlamında açılan ilk davadaki ilişkiye uygulanacak hukuk şeklinde ifade edilen beş seçenek potansiyel uygulanacak hukuk tartışılmıştır. Yeşil Kitap ile ilgili taraflardan gelen görüşler sonrasında, Komisyon devredenin mutad meskeni seçeneğini benimsemiş ancak bu seçenek de üye ülkelerin gelen itirazlar neticesinde kabul görmemiştir.

116 Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), JUSTCIV 175 CODEC 716, 20-21. <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vj6ipgkykvxa/f=/11150_07.pdf> Erişim Tarihi 4 February 2019; Perkins (n 100) 239-241.

117 BIICL Report (n 31) 152.

118 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 14.

119 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 27.

120 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to the Third-party Effects of Assignments of Claims 2018/0044 (COD) {SWD(2018) 52 final} - {SWD(2018) 53 final} Brussels, 12.3.2018 COM(2018) 96 final, Recital para 15, (Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük).

121 Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük (n 120) m. 4.1 hükmüne göre; devredenin aynı alacağa dair iki devir işlemi yapması ve devir işlemleri arasında mutad meskenini değiştirmesi halinde ise hangi devir daha öce geçerli olur ise öncelik ilişkisine o hukuk uygulanacaktır.

(örneğin vadeli olarak yatırılan para nedeniyle doğan para ve faiz alacağı) ile finansal enstrümanlardan doğan alacakların devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devredilen alacağın tabi olduğu hukukun uygulanacağı öngörülmüştür. Taslak Tüzükte konuyla ilgili son olarak, alacağın menkul kıymetleştirilmesi (alacak karşılık gösterilerek menkul kıymet çıkarma) durumunda alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukukun devreden ve devralanca seçilebileceği kayıt altına alınmıştır. Bununla birlikte, Taslak Tüzük m. 4/3 hükmü hukuk seçimi konusunda bir sınırlandırma getirmiş ve tarafların yalnızca devredilen alacağın tabi olduğu hukuku seçebileceğini belirtmiştir[122]. Üstelik bu hukuk seçimi açık olmalıdır. Taraflarca hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde ise, ana kural olan devredenin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır.

Taslak Tüzük alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukukun özellikle aşağıdaki hususları belirleyeceğine vurgu yapmıştır:

(a) tescil veya yayın formaliteleri gibi alacağın devrinin borçlu dışında üçüncü kişiler bakımından geçerli kılınması şartları;
(b) aynı alacağın devredildiği iki devredilenden birinin diğerine göre önceliği;
(c) devralanın devredenin alacaklılarına göre önceliği;
(d) aynı alacakla ilgili olarak devralanın, alacağın doğduğu sözleşmenin tümüyle devredildiği kişiye göre önceliği;
(e) aynı alacakla ilgili olarak devralanın, sözleşmenin yenilenmesi dolayısıyla sözleşmeye taraf olan kişiye göre önceliği[123].

Bu kapsamda kabul edilmesi halinde, yeni Tüzük alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda üye ülkelerde var olan farklı yaklaşımları sona erdirecek ve tüm üye ülkeler bakımından geçerli olacak bir kanunlar ihtilafı kuralı ortaya koyacaktır. Bu kural aynı zamanda aşağıda ele alınacağı üzere, uluslararası uygulamayla da uyum gösterecektir[124]. Diğer yandan, kabul edilmesi halinde yeni Tüzük ile, AB hukuku bakımından alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisinin; devrin mülkiyet hukuku boyutunu ilgilendirdiği kesin olarak karara bağlanmış olacaktır. Esasen konunun Roma I Tüzüğü'nde değişiklik yapılmak suretiyle ele alınması yerine, bağımsız bir Tüzükte kaleme alınması da bu anlayışın bir göstergesidir.

Konuyla ilgili olarak, AB üyesi olmayan İsviçre uygulamasına bakıldığında ise; İsviçre MÖHK'nın alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda açık bir düzenleme getirmediği görülmektedir. Buna mukabil, İsviçre MÖHK m. 145'in ele alınış biçiminden alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda zımni bir belirlemenin olduğu

122 Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük (n 120) m. 4(3); Walsh (n 75) 190.

123 Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük (n 120) m. 5.

124 Walsh (n 75) 183.

öne sürülmüştür[125]. İsviçre MÖHK m. 145 alacağın devrine uygulanacak hukukun devreden ve devralan tarafından seçilebileceğini belirtmektedir[126]. Taraflarca herhangi bir hukukun seçilmemesi halinde ise, devredilen alacağın tabi olduğu hukuk, alacağın devri ilişkisine uygulanacaktır. Öte yandan, borçlunun korunması amacıyla, taraflarca seçilen hukukun borçlu bakımından hüküm ifade etmesi borçlunun muvafakatine bağlanmıştır. Borçlunun, devreden ile devralan tarafından yapılan hukuk seçimine muvafakat etmemesi halinde ise, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye asıl borcun tabi olduğu hukukun uygulanması gerekecektir. Bu çerçevede, İsviçre MÖHK m. 145'te borçlunun korunması amacıyla kabul edilen bu düzenlemenin, üçüncü kişiler bakımından kabul edilmemesi nedeniyle, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine devreden ve devralan tarafından seçilen hukukun, seçim olmaması halinde ise devredilen alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür[127].

ABD'de de ise alacağın devrine ait hususların neredeyse tamamı Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code)'nun 9 uncu maddesinde düzenlenmiştir. ABD Ticaret Kanunu m. 9'a göre gerek alacağın geçerli olarak devralana geçişi gerek öncelik iddialarına devredenin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır[128]. Devredenin tüzel kişi olması halinde ise alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine tüzel kişinin işyeri hukuku uygulanacaktır.

Konuyla ilgili son olarak UNCITRAL Konvansiyonu'na bakmak yerinde olacaktır[129]. Konvansiyon, uluslararası mal ve hizmet ticaretinin gelişmesi için hayati önem arz eden finansmana erişimin kolaylaştırılması amacıyla, konvansiyonel finansman araçlarına kıyasla daha ucuz olan alacağın devri işlemine uygulanacak esasa dair kurallar ile bazı kanunlar ihtilafı kurallarının uluslararası uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır. Bu kapsamda, Konvansiyon alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisinin mülkiyet hukuku ile alakalı bir konu olduğunu kabul etmekte ve alacağın devrinin geçerliliği yanında öncelik iddialarına devredenin işyeri veya mutad meskeni hukukunun uygulanmasını öngörmektedir[130].

Yukarıda anlatılanlar temelinde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda üç alternatifin öne çıktığı görülmektedir. İlk alternatif, Hollanda hukukunda benimsendiği gibi; alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine uygulanacak hukukun uygulanması seçeneğidir. Bu kabul devreden ile devralan

125 BIICL Report (n 31) 369.

126 İsviçre MÖHK (n 70) m. 145.

127 BIICL Report (n 31) 369.

128 BIICL Report (n 31) 370.

129 Uluslararası Ticarette Alacağın Devrine İlişkin Konvansiyon 2001 yılında kabul edilmesine rağmen 22 Mart 2019 tarihi itibariyle üç ülke tarafından imzalanmış bir ülke tarafından ise onaylanmıştır. UNCITRAL Konvansiyonu (n 69) m. 45 uyarınca Konvansiyonun yürürlüğe girmesi için en az beş ülke tarafından onaylanması gerekmektedir.

130 UNCITRAL Konvansiyonu (n 69) m. 5, 22 ve 30.

arasında yapılan devir sözleşmesinde taraflarca seçilen hukukun, herhangi bir seçim olmaması halinde ise objektif bağlama kurallarının işaret ettiği hukukun üçüncü kişiler bakımından da etki doğurması sonucunu doğurmaktadır. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuku, devir sözleşmesine uygulanacak hukuka bağlamak, bir yandan taraf iradesine öncelik tanımak diğer yandan da devreden, devralan ve üçüncü kişi ayrımı yapılmaksızın devir ilişkisinden kaynaklanan tüm sorunların tek bir hukuk tarafından idare edilmesini sağlamak bakımından olumlu görülebilir. Ancak, özellikle devreden ve devralan tarafından seçilen hukukun, bu seçim konusunda hiçbir iradesi olmayan üçüncü kişilere dayatılması hakkaniyete uygun sonuçlar üretmeyecektir. Devreden ve devralanın üçüncü kişilerin haklarını zafiyete uğratmak için bilinçli olarak belli bir ülke hukukunu devir sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak seçme ihtimalleri de gözden kaçırılmamalıdır.

İkinci alternatif, asıl alacağa uygulanacak hukukun alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine de uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesidir. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine alacağın tabi olduğu hukukun uygulanmasının kabulü; devralan-borçlu ve devralan-üçüncü kişiler arasındaki ilişkilere aynı hukukun uygulanması açısından yerinde görülebilir. Bununla birlikte bu yaklaşım, faktoring sözleşmelerinde olduğu gibi devredenin birden fazla alacağını tek bir sözleşme ile devrettiği durumlarda, her bir alacağın farklı ülke hukukuna tabi olması gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir[131]. Bu çözüm tarzı ayrıca müstakbel alacakların devri durumunda uygulanacak hukuk konusunda da belirsizlik yaratmaktadır. Zira, devir sözleşmesi zamanında alacağın henüz doğmamış olması nedeniyle, alacağa uygulanacak hukuk da belirsizdir. Oysa, toptan devir ve müstakbel alacağın devri yoluyla uluslararası finansman temini giderek önemli hale gelmekte ve milletlerarası özel hukuk kapsamında doğacak sorunların büyük çoğunluğunu oluşturması beklenmektedir[132]. Son olarak asıl borçlu ile alacaklının (devredenin) asıl borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçmeleri halinde bu hukuk seçimi, seçim konusu hakkında hiçbir müdahilleri olmayan ve hatta bundan haberdar olmayan üçüncü kişileri etkileyecektir ki; bu hal de adaletsiz bir takım sonuçlar yaratmaya açıktır. Öte yandan alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda gerek AB gerek uluslararası düzeyde yeknesak bir çözüme ulaşma noktasında belli bir aşama da kaydedilmiştir. Bu kapsamda bu çözüm tarzı AB hukuku ve uluslararası gelişmeler ile de uyuşmayacaktır.

Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusundaki üçüncü alternatif devredenin işyeri veya mutad meskeni hukukudur.

131 Perkins (n 100) 239-240.

132 Factors Chain International (FCI) verilerine göre 2017 yılında uluslararası nitelikli faktöring hacmi 519,5 milyar Euro düzeyinde gerçekleşmiştir. 2017 yılında Türkiye'nin uluslararası faktöring hacmi ise 6,5 milyar Euro düzeyindedir. Daha fazla bilgi için Bkz. FCI, Anual Review 2018 31; <https://fci.nl/downloads/Annual%20Review%202018.pdf> Erişim Tarihi 10 April 2019.

Kanaatimizce bu hukuk toptan ve müstakbel alacak devirleri bakımından en uygun çözüm tarzıdır. Bu yolla toptan devir içerisinde yer alan farklı alacakların farklı ülke hukuklarına tabi olmaları engellenmiş olacaktır[133]. Müstakbel alacak devirleri bakımından ise herhangi bir belirsizlik ortaya çıkmayacaktır[134]. Öte yandan, devredenin işyeri ve mutad meskeni hukuku gerek devralan, gerek üçüncü kişiler tarafından kolaylıkla tespit edilebilecektir. Bu hukuk buna mukabil, banka mevduatı ile finansal piyasalarda işlem gören menkul kıymetlere dayanan alacağın devri işlemleri gibi alacağın bir anlamda, borçlu ve devredenden bağımsızlaştığı durumlarda uygun bir çözüm tarzı olmayabilir. Özellikle finans kuruluşunun elinde bulunan mevduat, tahvil veya menkul kıymetlere dayanan alacağın devri işlemlerinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk olarak devredenin mutad meskeni hukukun belirlenmesi, her bir işlem bazında finans kuruluşunun farklı bir ülke hukukuna tabi olmasını gerektir ki; bu durum uluslararası ticaret ve finansman gerçeklikleri ile bağdaşmayan bir durum ortaya çıkarır[135]. Kanaatimizce bu tip alacağın devri işlemleri bakımından, devrin üçüncü kişiler bakımından etkisine alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması makul olacaktır. MÖHUK kapsamında ileride bir değişikliğin söz konusu olması halinde ise, UNCITRAL Konvansiyonu ve Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuk Hakkında Taslak Tüzük'te benimsendiği şekilde, bu işlemler bakımından devreden ve devralana alacağın tabi olduğu hukuku seçme imkanı tanınabilir.

Sonuç

Uluslararası ticaret ve finans işlemlerinin yaygınlaşması ile birlikte, yabancılık unsuru içeren alacağın devri işlemlerine daha sıklıkla başvurulmaktadır. Bu durum karşısında, taraflar arasındaki ilişkilere uygulanacak hukuk konusunda öngörülebilirliğin sağlanması hayati önemi haizdir. Kanunun hazırlık aşamasında dikkate alınan Roma Sözleşmesi yanında uluslararası uygulamayı yansıtması bakımından UNCITAL Konvansiyonu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen, 5718 sayılı MÖHUK'da alacağın devri konusuna yer verilmemesi bir eksikliktir. Bu bağlamda, uygulamada ve ileride Kanunun gözden geçirilmesinin gündeme gelmesi halinde aşağıda yer verilen hususların dikkate alınması uygun olacaktır.

İlk olarak, devreden ve devralanın devir sözleşmesinde, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku açık veya zımni olarak seçebileceklerinin kabulü gerekir. Bu kabul sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereği olduğu gibi, kanunlar ihtilafı kuralları bakımından çağdaş uluslararası yönelime de uygun olacaktır. Nitekim gerek Roma I Tüzüğü gerek UNCITRAL Konvansiyonu'nun konuyla ilgili yaklaşımı bu şekildedir.

133 Uyanık Çavuşoğlu (n 8) 185.

134 Uyanık Çavuşoğlu (n 8) 185.

135 Perkins (n 100) 239-240.

Taraflarca hukuk seçiminin yapılmamış olması durumunda ise, devir sözleşmesine uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralları çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir.

Borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye ise, alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması gerekir. Zira devreden ve devralan arasındaki ilişkinin aksine borçlu ile devralan arasında iradi bir ilişkiden söz edilemez. Bu bakımdan, borçlunun devir ilişkisinin öncesine kıyasla daha elverişsiz bir konuma düşürülmemesi gerekir. Bu yaklaşım uluslararası düzeyde kabul gören evrensel bir yaklaşımdır. Bu yaklaşım aynı zamanda TBK ve Türk doktrininde de benimsenmiştir. Alacağın devrinde devreden ve devralan arasındaki ilişki ile devralan ve borçlu ilişkiye farklı ülke hukuklarının uygulanması bir ikilik yaratıyor olsa da; bu ilişkiler birbirlerinden yeterince bağımsızdır. Bu nedenle her bir ilişkiyi kendi hukukuna tabi kılmak işlem güvenliğinin sağlanması bakımından yerinde bir yaklaşımdır.

Konuyla ilgili son olarak, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusuna değinmek gerekir. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusu, alacağın devri bakımından en karmaşık ve tartışmalı olan alandır. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda üç alternatif söz konusu olmakla birlikte kanaatimizce bu alternatiflerden en uygun olanı devredenin mutad meskeni veya işyeri hukukunun uygulanması seçeneğidir. Bu seçenek uluslararası ticaret ve finansman açısından özel önemi haiz toptan devir ve müstakbel alacakların devri açısından en uygun alternatif olması yanında, AB ve uluslararası alandaki ana eğilimi yansıtması bakımından da öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, AB ve UNCITRAL Konvansiyonu'nda benimsendiği şekilde mevduat veya finansal enstrümanlara dayalı alacağın devri işlemlerinin üçüncü kişiler bakımından etkisine alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması kabul edilebilir veya en azından tarafların bu hukuku seçmelerine imkân tanınabilinir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

Kitap, Makale ve Diğer Yazılı Kaynaklar

Alférez FJG, 'Assignment of Claims in the Rome I Regulation: Article 14' in Franco Ferrari and Stefan Leible (eds) *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe,* (Sellier European Law Publishers 2009).

Akça K, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı' (2015) 1 *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı* 543-596.

Akıncı Z, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (*Ankara Üniversitesi Basımevi 1992).

Akseli NO, 'The UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, Assignment of Future Receivables and Turkish law' (2006) Int'l Bus. L. J. 767-787.

Başpınar V, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler* (Yetkin Yayınları 2009).

Bazinas SV, 'UNCITRAL Draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade. Lowering the Cost of Credit: The Promise in the Future UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade' (2001) 9 Tulane J. Int'l & Comp. L. 259-294.

Chunchaemsai K, *Conflict of Laws for the Assignment of Receivables: From a Property-Contract Approach to A Rights-Based Approach* (Durham Theses, Durham University 2015) 133-134 <http://etheses.dur.ac.uk/11324/> Erişim Tarihi 17 December 2018.

Commission of the European Communities, Proposal for A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), 15.12.2005 COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005PC0650&from=EN> Erişim Tarihi 17 January 2019.

Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), JUSTCIV 175 CODEC 716, <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vj6ipgkykvxa/f=/11150_07.pdf>, Erişim Tarihi 4 February 2019.

Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th, Beta Yayınları 2017).

Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2nd, Vedat Kitapçılık 2014).

Dayınlarlı K, *Borçlar Kanuna Göre Alacağın Temliki* (3th, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 2008).

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th, Savaş Kitapevi 2017).

Engin Bİ, *Alacağın Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2002).

European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to the Third-party Effects of Assignments of Claims 2018/0044 (COD) {SWD(2018) 52 final} - {SWD(2018) 53 final} Brussels, 12.3.2018 COM(2018) 96 final, (Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük).

Factors Chain International (FCI), Anual Review 2018, <https://fci.nl/downloads/Annual%20Review%202018.pdf> Erişim Tarihi 10 April 2019.

Giuliano M and Lagarde P, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. OJ C282, 31 October 1980, (Giuliano-Lagarde Raporu).

Gümüş MA, 'Alacağın Temlikinin Şekli' (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-34.

Güngör G, *Temel Milletlerarası Özel hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin Yayınları 2004).

Hartley TC, 'Choice Of Law Regarding The Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under The Rome I Regulation' (2011) 60 (1) *International and Comparative Law Quarterly* 29-56.

Karahasan MR, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. 2* (Beta Yayınları 2003).

Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th, Turhan 2012).

Kocaman AB, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1989).

Krupski JA, 'Cross-Border Receivables Financing at the Crossroads of Legal Traditions, Capital Markets, Uniform Law and Modernity' (2007) 12 Unif. L. Rev. 57-99.

Lando O, 'The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Noncontractual Obligations: Introduction and Contractual Obligations' 1974 38(1), Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law 6-55.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> Erişim tarihi 4 April 2019.

Yuko Nishitani, 'Cross-border Assignment of Receivables: Conflict of Laws in Secured Transactions' (2017) 22 Unif. L. Rev 826-841.

Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (9th, Beta Yayınları 1998).

Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Filiz Kitapevi 2006)

Joanna Perkins, 'A Question of Priorities: Choice of Law and Proprietary Aspects of the Assignment of Debts' (2008) 2(3) Law and Financial Markets Review 238-243.

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, (Roma I Tüzüğü).

Sargın F, 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' (2001) 50(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-95.

Alkaios Sivitanidis, 'Bulk Assignment of Debts in the Conflict of Laws' (2012) 65 RHDI 215-241.

Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), Translation by Umbricht Attorneys,<https://www.umbricht.ch/fileadmin/downloads/Swiss_Federal_Code_on_Private_International_Law_CPIL_2017.pdf> (İsviçre MÖHK) Erişim Tarihi 1 March 2019.

Tarman ZD, 'Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü' (2009) 25(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 299-332.

Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları* (8th, Beta Yayınları 2004).

Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996).

The British Institute of International and Comparative Law (BIICL), Study on the Question of Effectiveness of an Assignment or Subrogation of a Claim Against Third Parties and the Priority of the Assigned or Subrogated Claim over a Right of Another Person, Final Report, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fd808b79-725d-4ce3-95b0-599119e7fb8f> (BIICL Report), Erişim Tarihi 4 May 2019.

United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade United Nations Publications, New York, 2004, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ctc-assignment-convention-e.pdf> (UNCITRAL Konvansiyonu) Erişim Tarihi 4 February 2019.

United Nations General Assembly, Note by Secretariat, Preparatory Document of the 2001 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade A/CN.9/378/Add.3.

Walsh C, 'The Role of Party Autonomy in Determining the Third-Party Effects of Assignments: of Secret Laws and Secret Liens' (2018) 81(1) Law & Contemp. Probs 181-202.

Uluocak N, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz Kitapevi 1989).

Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Yayınları 1992).

Zimmermann R, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta 1992).

Mahkeme Kararları:

Anayasa Mahkemesi, E. 2015/28, K. 2015/42, 22.4.2015.

Anayasa Mahkemesi, E. 2006/142, K. 2008/148, 24.9.2008.

Anayasa Mahkemesi E. 2009/19, K. 2011/4, 6.1.2011.

AYM, E. 2008/58, K. 2011/37, 10.2.2011.

Anayasa Mahkemesi E. 2011/42, K. 2013/60, 9.5.2013.

Anayasa Mahkemesi, E. 2013/104, K. 2014/96, 22.5.2014.

Anayasa Mahkemesi, E. 2014/171, K. 2015/41, 22.4.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2014/177, K. 2015/49, 14.5.2015.

Anayasa Mahkemesi E. 2014/177, K. 2015/49, 14.5.2015.

Anayasa Mahkemesi E. 2015/29, K. 2015/95, 22.10.2015.

Anayasa Mahkemesi, E. 1967/10, K. 1967/49, 28.12.1967.

Yargıtay 19 H.D 2014/18880 E., 2015/8264 K.

Yargıtay TD 27.10.19966 4105/4159.

Yargıtay 15 HD 29.3.1977.

Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v Five Star Trading LLC [2001] EWCA Civ 68; [2001] Q.B. 825.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 479–510

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0007
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 27.02.2019
Revizyon Talebi: 12.04.2019
Son Revizyon: 02.05.2019
Kabul: 08.05.2019
Online Yayın: 16.09.2019

TEORİK MAKALE / THEORETİCAL ARTICLE

2007 Tarihli La Haye Sözleşmesine İstinaden Çocuk Nafakası ile Diğer Nafaka Çeşitlerinden Doğan Nafaka Alacağının Milletlerarası Tahsili

Sevda Tuğçe Turan*

Öz

Nafaka alacaklarının milletlerarası tahsilinde nafaka alacaklılarının alacaklarını elde edemeyişleri ya da elde etmede gecikmeleri sebebiyle bir takım zorluklar yaşanmaktayken bu zorlukları gidermek için çözüm arayışlarına başlanmıştır. Çözüm arayışlarında nafaka alacaklarının milletlerarası tahsilinin teknolojik gelişmelere uyumlu, maliyeti uygun olan, etkin ve hızlı bir nafaka tahsil sistemi getirilmesi hedeflenmiştir. Bu anlamda 2007 yılında La Haye uluslararası özel hukuk konferansında milletlerarası nafakanın tahsili hakkında önemli bir sözleşme akdedilmiştir. Bu sözleşme; "Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi" dir. Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin 2007 tarihli La Haye Sözleşmesine Türkiye 2016 yılında taraf olmuş, sözleşme Türkiye açısından 1 Şubat 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, nafakaya ilişkin önceki sözleşmelerin yerine geçmiş, yabancı devlet tarafından verilen nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi ile yabancı nafaka alacaklarının tahsili hakkında birtakım yenilikler getirmiştir. Çalışmamızda yenilikler değerlendirilerek Sözleşmenin hedeflerini gerçekleştirmeye yeterli olup olmadığı üzerinde durulacak ve Sözleşmede düzenlenen tüm hususlar ayrıntılı olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Nafaka, La Haye Sözleşmesi, Milletlerarası nafakanın tahsili, Tanıma-tenfiz

The International Recovery of Child Support and Other Forms of Maintanence Claims According to The 2007 Hague Convention

Abstract

In the international recovery of maintenance claims, due to the fact that the creditors of maintenance have not been able to obtain their claims or they are delayed in obtaining them, they started to seek solutions in order to overcome these difficulties. In the search for solutions, it is aimed to bring the international recovery of maintenance claims in accordance with the technological developments, the cost-effective, effective and fast maintenance recovery system. In this sense, an important convention was signed in 2007 in Hague International Private Law Conference on the international recovery of maintenance. The name of the convention is "Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance". Turkey became party to this Convention in 2016, however entered into force on February 1, 2017. The Convention replaces previous agreements on maintenance and has introduced a number of innovations about the recognition and enforcement of maintenance decisions given by the foreign state and the recovery of foreign maintenance claims. In our study, we will evaluate the new features of it and investigate whether the convention is sufficient to realize its objectives and all the issues in the convention will be examined in detail.

Keywords

Maintenance, The Hague Convention, International recovery of maintenance, Recognition-enforcement

* **Sorumlu Yazar:** Sevda Tuğçe Turan (Avukat, YL Öğr.), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: turann.tugcee@gmail.com ORCID: 0000-0003-1509-257X

Atıf: Turan ST, "2007 Tarihli La Haye Sözleşmesine İstinaden Çocuk Nafakası İle Diğer Nafaka Çeşitlerinden Doğan Nafaka Alacağının Milletlerarası Tahsili" (2019) 39(2) PPIL 479. https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0007

©Yazarlar. İstanbul Üniversitesi tarafından Creative Commons Lisansı (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) kapsamında yayımlanmıştır.

Extended Summary

The Convention on the International Recovery of Child Support and Other Family Maintenance is a contract between the States Parties that responds to the settlement of maitenance-related problems, is accessible, fast, low-cost, efficient, fair and effective to ensure the effective communication. In line with these objectives, it is a contract that regulates the recognition and enforcement of the maintenance decisions primarily by taking into consideration the best interests of the children. The 2007 Hague Recovery Convention aimed to establish an effective international administrative cooperation system in the recovery of maintenance under the convention.

The 2007 Hague Recovery Convention is an administrative cooperation and an enforcement convention. According to the provisions of the Convention, implementation of reciprocity between the Contracting States shall apply. So this convention is not a loi uniforme / erga omnes quality convention. The Convention was established to replace the 1958 and 1973 dated Hague Convention both the 1956 New York Convention.

With the 2007 Hague Recovery Convention from "sender" and "intermediary" authorities in the 1956 New York Convention were abandoned and the central authority system was adopted. Turkey has designated as the central authority was Ministry of Justice External Relations and the European Union General Directorate.

The Convention also imposes an obligation to provide free legal assistance to children under the age of 21 in applications for child support.

Unlike the other Hague convention, the system of enforcing maintenance decisions is regulated according to the law of the state which is requested for the first time.

The convention firstly includes child support and spouses maintenance. The maintenance between the brothers, the maintenance demanded from the children of the parents and maintenance arising from kinship by marriage are excluded from the scope of the convention as a rule. In order for these types of maintenance to be covered by the Convention, States parties are required to make declarations in respect of the same maintenance obligations.

In accordance with the provisions of the Convention, the 2007 Hague Recovery Convention will be applied on the disagreement arising between the 1956 New York Convention and the 2007 Hague Recovery Convention.

Again, in accordance with Article 48 of the 2007 Hague Recovery Convention, in the cases covered by the 1973 Convention and the issues of the 2007 Hague Covention, the 1973 Hague Convention will be disabled. The same applies to the 1958 Hague Convention.

Turkey has expanded the scope of the Convention about the maintenance for children up to the age of 25. Also in terms of all the Convention, Turkey has declared that include spouse maintenance, children with mental or physical disabilities and mother / father in need of nursing maintenance the scope of the convention.

Turkey, while the State party, also declared that adopting Article 24 of the regulation as an alternative method of recognition and enforcement procedures in the convention.

2007 Tarihli La Haye Sözleşmesine İstinaden Çocuk Nafakası ile Diğer Nafaka Çeşitlerinden Doğan Nafaka Alacağının Milletlerarası Tahsili

Giriş

Nafaka toplumsal yardımlaşmanın aile bireyleri ve akrabalar arasındaki özel bir görünüm biçimidir. Türk hukukunda nafakaya ilişkin hükümler Türk Medeni Kanunu'nda ve MÖHUK'ta düzenlenmiştir. Nafaka hakkında düzenlemelerin yapılmasının amacı ekonomik olarak zayıf durumda olanı koruma altına almaktır.

TMK'da çeşitli nafaka türleri düzenlenmiştir. TMK'ya göre nafaka yükümlülüğünü evlilik birliğinden kaynaklanan nafaka yükümlülüğü ile akrabalık ilişkilerinden kaynaklanan nafaka yükümlülüğü olarak ikiye ayırabiliriz. Öğretide evlilik birliğinden kaynaklanan nafaka yükümlülüklerine bakım nafakası, akrabalık ilişkilerinden kaynaklanan nafaka yükümlülüğüne ise yardım nafakası adı verildiği görülmektedir. Bakım ve yardım nafakaları, Türk hukukunda, TMK'da düzenlenmiştir.

Nafaka alacaklarının milletlerarası tahsilinde yaşanan zorlukların giderilmesi ve sonuç vermesi için teknolojik gelişmelere uyumlu, maliyeti uygun olan bir nafaka tahsil sistemi getirilmesi amacıyla çalışmalar yapılmıştır. Bu kapsamda birçok milletlerarası sözleşme akdedilmiştir. Bu sözleşmelerin başlıcaları, "Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile ilgili 1956 tarihli Birleşmiş Milletler (New York) Sözleşmesi" (1956 tarihli New York Sözleşmesi) ve "Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi"dir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan "Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi" (2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi) madde metni kapsamında incelenecektir. Böylece söz konusu La Haye Sözleşmesi'nin nafaka alacaklarının uluslararası tahsili için nasıl bir sistem öngördüğü açıklığa kavuşturulacaktır.

I- Sözleşmeye Genel Bir Bakış

A- Sözleşmenin Tarihi Gelişimi ve Yürürlüğe Girmesi

İster nafaka alacaklarının tahsiline ilişkin 1956 tarihli New York Sözleşmesi olsun, ya da nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili **"**Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi" (1958 tarihli La Haye Sözleşmesi) olsun veya "Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi" (1973 tarihli La Haye Sözleşmesi) olsun; nafaka alacaklarının uluslararası tahsili konusunda yavaş ve maliyetli olan bir sistem öngörüldüğü için, uygulamada ortaya çıkan nafaka

alacaklarının tahsili birçok soruna çözüm getirememekteydi. Hâl böyle olunca, nafaka alacaklısı, yabancı ülkede bulunan borçludan nafaka talebinde bulunduğu zaman çaresiz kalmakta ve bu talebin masrafları da oldukça fazla olmasından ötürü hakkını aramaktan vazgeçmekteydi[1].

1958 ve 1973 tarihli La Haye Sözleşmeleri ile 1956 tarihli New York Sözleşmesi uygulamada sorunların çözümünde eksik kalmış ve özellikle 1956 tarihli New York Sözleşmesi'nde düzenlenen sistemin ihtiyaçları karşılayamaması ve de nafakanın tahsilinde gelişen bilgi teknolojisinden yararlanma gereksiniminin artması, nafakanın uluslararası alanda tahsili konusunda yeni bir sözleşmenin hazırlanması ihtiyacını doğurmuştur[2]. La Haye Özel Hukuk Konferansı, 1990'lı yılların başında çağdaş, yeni gelişmeleri göz önüne alan, rasyonel çözümler getiren düzenlemeler tahsis etmek amacıyla, BM' nin de desteğini alarak, nafaka alacaklarının uluslararası tahsili, tanıma-tenfiz ve uygulanacak hukuk konularını düzenleyen yeni bir sözleşme hazırlamaya başlamıştır[3].

1995 ve 1999 yıllarında La Haye Uluslararası Özel Hukuk Konferansı bünyesinde mevcut La Haye Sözleşmeleri ile 1956 tarihli New York Sözleşmesi' nin uygulanmasındaki aksaklıklar ve çözümlenmesi gereken sorunlar tartışılmaya başlanmış, sonucunda da etkin bir sözleşme yapılması gerektiği kanaatine varılmış, bu nedenle de Özel Komisyon'a bu konuda yetki verilmiştir[4]. Özellikle, New York Sözleşmesi'nin uygulamada kendisinden beklenen faydayı sağlayamadığı görülmüştür. Ayrıca söz konusu Sözleşmeler, farklı yorum ve uygulamalara tâbi tutulduğundan, özellikle baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması, adli yardım sağlanması ve maliyetlerin karşılanması, davalının bulunduğu yere ilişkin düzenlemeler, New York Sözleşmesi çerçevesinde kamu kuruluşlarının ve nafaka borçlusunun durumu, yargı yerini ön planda tutan uygulamalar, paranın uluslararası sınırları aşan transferi gibi sorunları da gündeme getirmekteydi[5].

La Haye Konferansı bünyesinde yapılan çalışmaların başlangıcında nafakaya uygulanacak hukuk, tanıma-tenfiz konuları da ele alınmıştır. Fakat daha sonra tahsil sözleşmesinin içeriğinde uygulanacak hukuka ilişkin kuralların getirilmesinin

1 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (6nd edn, Vedat 2018) 211; Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (15nd edn, Beta 2017) 321; Maja Groff, *"The Potential of The 2007 Child Support Convention: Addressing Global Poverty and Supporting Economic Rights"*, The Recovery of Maintenance in The EU and Worldwide, (Hart 2014), 89-100; Mesut Aygün, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, (Yetkin 2016) 107; Mesut Aygün/Gözde Çağlayan-Aygün, *"Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi"*, (2018) (9) 2 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71-102.

2 Aygün (n 2) 107.

3 Alegria Borras and Jennifer Degeling, *'Explanatory Report of Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance'*, HCCH: https://assets.hcch.net/upload/expl38.pdf, Erişim Tarihi, 10.12.2018.

4 Aygün (n 2) 108; Aygün and Çağlayan-Aygün (n 2) 73.

5 William Duncan, *"The Development of The New Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance"*, Family Law Quarterly, (2004), 663-687.

ulusal hukuk kurallarından farklı olması nedeniyle gerçekçi olmayacağı anlaşılarak uygulanacak hukuk meselesi bu Sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır[6].

Bu çalışmaların sonucunda ise La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı' nın üç hafta süren 21. Oturumunda, 23 Kasım 2007 tarihli son toplantıda, nafakanın milletlerarası tahsili ve uygulanacak hukuka ilişkin iki ayrı sözleşme metnini içeren nihai senet imzaya açılmış, yetmiş devlet tarafından imzalanarak kabul edilmiştir[7]. Bu sözleşmeler "Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi"[8] ve "Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Protokolü"dür[9]. Uygulanacak hukuka ilişkin La Haye Protokolü ile Tahsile ilişkin La Haye Tahsil Sözleşmesi birbirinden bağımsız sözleşmeler olmakla birlikte birbirlerinin tamamlayıcısıdırlar. Devletler Protokol ve Tahsil sözleşmelerine birlikte veya ayrı ayrı taraf olabilirler[10].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nde öngörülen sistemin karmaşıklığa sebep olup olmayacağı hususunda tartışmalar yaşanmaktadır. Bu tartışmaların sebebi ise, 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin diğer sözleşmelere nazaran daha ayrıntılı ve uzun hazırlanmış olmasıdır. Sözleşmenin açıklayıcı raporunda ise bu kadar ayrıntılı olmasının nedeni genel ve ucu açık ifadelerin karışıklığa yol açmasının önlenmesi olduğu belirtilmiştir[11].

Türkiye yukarıda bahsettiğimiz Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Protokolü ile La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin her ikisine de taraf olmuştur. "Çocuk Nafakası ve Aileye İlişkin Diğer Nafaka Alacaklarının Milletlerarası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi"ne çekince ve beyanlarla onaylanması, Bakanlar Kurulunun 09.05.2016 tarihinde kararlaştırılmış, 22.05.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu nedenle 2007 tarihli La Haye Sözleşmesi Türkiye bakımından 2016 yılında bağlayıcılık kazanmış olmakla birlikte, Sözleşmenin 60. maddesine[12] uygun olarak yürürlüğe giriş tarihi 1 Şubat 2017' dir[13].

6 Feriha Bilge Tanrıbilir, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*, (Yetkin 2011), 110.

7 Eimear LONG, *"The New Hague Maintenance Convention"*, International and Comparative Law Quarterly (2008), 984-996.

8 Sözleşmenin tam metni hakkında bkz: *"Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance"*, https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131, Erişim Tarihi 10.12.2018.

9 Aygün (n 2) 109; Aygün and Çağlayan-Aygün (n 2) 73.

10 Tanrıbilir (n 7) 110.

11 Borras and Degeling (n 4) 53.

12 Sözleşmenin "Yürürlüğe Giriş" başlıklı 60. maddesi aynen şu şekildedir: "***(1)*** *Sözleşme, Madde 58'de belirtilen tasdik, kabul veya onaydan oluşan ikinci belgenin depozitere verildikten sonraki üç aylık süreyi izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.*
(2) *Daha sonra sözleşme aşağıdaki tarihlerde yürürlüğe girer.*
a) *Madde 59 (1)' de belirtilen, daha sonra tasdik eden, kabul eden veya onaylayan her Devlet veya Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Örgütü için tasdik, kabul ve onay belgelerinin depozitere verilmesini takip eden üç aylık sürenin sonunu izleyen her ayın birinci gününde;*
b) *Madde 58 (3)' de belirtilen her Devlet veya Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Örgütü Madde 58 (5)' de yapılan itirazlar döneminin sona ermesinin ertesi gününde;*
c) *Sözleşmenin 61. Maddesi uyarınca uzatıldığı bir bölgesel birim için o maddede belirtilen bildirimden sonraki üç ayın bitimini takip eden ayın ilk gününde."*.

13 Aygün (n 2) 111.

B- Sözleşmenin Amacı ve Niteliği

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi "Giriş" kısmında Sözleşmenin bazı hususları gerçekleştirmeye yönelik olduğunu belirtmiştir. Buna göre Sözleşme ile 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3.[14] ve 27.[15] maddesinde sayılan hususlar dikkate alınarak, teknolojideki gelişmelerden yararlanıp, ihtiyaçların değişmesi doğrultusunda yeni fırsatlar yaratması sebebiyle gelişmeye devam eden esnek bir sistem oluşturulması amaçlanmaktadır[16].

Sözleşmenin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, Sözleşmenin amacının, taraf devlet makamları arasında bir işbirliği sistemi kurarak, taraf devletlerde nafaka kararlarının tesis edilmesi ve bu kararlarda değişiklik yapılması konusunda elverişli uygulamalar yaratmak suretiyle, nafaka kararlarının taraf devletlerde hızlı ve basit bir şekilde tanınması ve tenfizini sağlayıp, çocuk nafakası ve diğer aile nafaka türlerinin tahsilini hızlı bir şekilde icra edebilmek olduğu açıkça belirtilmiştir[17].

Sözleşme, 1956 tarihli New York Sözleşmesi ile La Haye Sözleşmelerinin uygulamada neden olduğu eksikliklerin ve aksaklıların giderilmesi amacıyla hazırlanmış olup, bu yönleriyle 1956 tarihli New York Sözleşmesi ile La Haye Sözleşmeleri ve diğer uluslararası sözleşmelerden en elverişli hükümleri bünyesinde barındırmaktadır[18].

Sonuç itibariyle Sözleşme ile çocuğun üstün yararı korunarak, hayatını idame ettirebilmesi için gerekli olan nafakanın ve diğer nafaka türlerinin tahsilinin taraf devletler arasında hızlı, verimli, düşük maliyetli ve adil bir şekilde gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır[19].

---

14 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesi aynen şu şekildedir:
"(1) Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.
(2) Taraf Devletler, çocuğun ana–babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.
(3) Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.".

15 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 27. maddesi aynen şu şekildedir:
"(1) Taraf Devletler, her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine hakkı olduğunu kabul ederler.
(2) Çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarının sağlanması sorumluluğu; sahip oldukları imkânlar ve mali güçleri çerçevesinde öncelikle çocuğun ana–babasına veya çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere düşer.
(3) Taraf Devletler, ulusal durumlarına göre ve olanakları ölçüsünde, ana-babaya ve çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere, çocuğun bu hakkının uygulanmasında yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alır ve gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme, giyim ve barınma konularında maddi yardım ve destek programları uygularlar.
(4) Taraf Devletler, Taraf Devlet ülkesinde veya başka ülkede bulunsun; ana–babası veya çocuğa karşı mali sorumluluğu bulunan diğer kişiler tarafından, çocuğun bakım giderlerinin karşılanmasını sağlamak amacıyla her türlü uygun önlemi alırlar. Özellikle çocuğa karşı mali sorumluluğu olan kişinin, çocuğun ülkesinden başka bir ülkede yaşaması halinde, Taraf Devletler bu konuya ilişkin uluslararası anlaşmalara katılmayı veya bu tür anlaşmalar akdinin yanı sıra başkaca uygun düzenlemelerin yapılmasını teşvik ederler.".

16 Sözleşmenin "Giriş" kısmının tamamı hakkında bkz: http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/05/20160522-6.pdf, Erişim Tarihi 13.12.2018.

17 Aygün (n 2) 113; Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, (On İki Levha 2017), 599.

18 Aygün (n 2) 114; William Duncan, *"The New Hague Child Support Convention: Goals and Outcomes of the Negotiations"*, Family Law Quarterly, 2009, 1-20 .

19 Aygün (n 2) 114; William Duncan, *"The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance"*, Yearbook of Private International Law, 2008, 313- 331.

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin hazırlanmasında karma bir yönteme başvurulmuştur. Böylece Sözleşmede hem klasik milletlerarası özel hukuk araçları hem de uluslararası adli ve idari işbirliği yöntemi kullanılmıştır[20].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, nafakaların uluslararası tahsilinde düşük maliyetli, etkin, erişilebilir ve basit bir sistem oluşturulmasında önemli bir adım olarak nitelendirilmektedir[21]. Taraf devletler bu sözleşmeyle birçok fayda sağlayacaklardır. Bu yararlardan ilki, taraf devletlerin nafakaya ilişkin yapacakları ikili sözleşme müzakerelerinde harcanacak zaman ve masraflardan tasarruf sağlayarak söz konusu amaçları bir tek milletlerarası sözleşmeyle gerçekleştirme imkanına kavuşmalarıdır. Dolayısıyla, sözleşmeyle büyün dünyada yeknesak kurallar uygulanacak olup, böylece sınır ötesi nafaka işlemlerinde verimlilik ve etkinlik temin edilmiş olacaktır. Diğer bir fayda ise Sözleşmeyle merkezi makamların oluşturulması sonucu nafaka tahsili işlemlerinde hızlılık sağlanmış olacaktır[22].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi ancak Sözleşme hükümlerine göre âkit devletler arasında karşılıklılığın bulunması şartıyla uygulanabilen bir sözleşmedir. Dolayısıyla 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, uygulanacak hukuku düzenleyen bir sözleşme de olmadığından *loi uniforme* nitelikte değildir[23]. Bir adli yardım sözleşmesi olan bu sözleşme âkit devletler arasında 1973 tarihli Nafaka Mükellefiyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair La Haye Sözleşmesi ile Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1956 tarihli New York Sözleşmesi) hükümlerini geride bırakarak; bu sözleşmelerin yerini alacaktır[24].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin 49. maddesine[25] göre, âkit devletler arasındaki ilişkilerde, 1956 tarihli New York Sözleşmesi ile bu sözleşmenin konuları bakımından çakıştığı hâllerde 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin uygulanacağını hüküm altına almıştır. Sadece 1956 tarihli New York Sözleşmesi'ne veya sadece 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerle diğer âkit devletler arasında ortaya çıkan meselelerde her iki devletin de taraf olduğu sözleşme uygulama alanı bulacaktır[26]. Bununla birlikte her iki sözleşmeye de taraf olan devletler bakımından 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin kapsamına

20 Aygün (n 2) 114; Ann Laquer Estin, *"Families Across Borders: The Hague Children' s Conventions and the Case for International Family Law in the United States"*, Florida Law Review, 2010, 47- 108; Duncan, (n 10) 6-7; Tanrıbilir (n 7) 115.

21 Aygün (n 2) 114.

22 Aygün (n 2) 115; Mary Helen CARLSON, *"United States Perspective on the New Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance"*, Family Law Quarterly, 2009, 21-35.

23 Aygün (n 2) 116.

24 Çelikel and Erdem (n 2) 326; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 211; Şensöz-Malkoç (n 18) 599; Aygün (n 2) 116.

25 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin 49. maddesi aynen şu şekildedir: *"**1956 New York Sözleşmesi'yle Eşgüdüm** Akit Devletler arasındaki ilişkilerde, bu tür devletler arasındaki yürürlük kapsamı bu Sözleşmenin uygulanmasının kapsamıyla çakıştığı müddetçe bu Sözleşme, Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi' ni devre dışı bırakır."*.

26 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, 211, dn 261.

girmeyip, 1956 tarihli New York Sözleşmesi'nin kapsamına giren konularda 1956 tarihli New York Sözleşmesi uygulanacaktır[27].

C- Sözleşmenin Kapsamı

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin 2. maddesinde[28] Sözleşmenin kapsamı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre Sözleşmenin kapsamına giren üç tür nafakanın olduğundan bahsetmek mümkündür. Bunlar, çocuk nafakası, eş nafakası ile çocuk ve eş nafakası dışında kalan diğer nafakalardır[29].

1- Çocuk Nafakası

Sözleşmenin kapsamına giren nafakaların başında 21 yaşından küçüklere yönelik ebeveyn-çocuk ilişkisinden kaynaklanan çocuk nafakaları gelmektedir[30]. Fakat Âkit Devletler çekince ileri sürerek Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin yaş sınırını 18'e kadar çekebilirler[31]. Eğer âkit devlet bu hususta bir çekince koymuşsa Sözleşme 18 ve 21 yaş arasındaki çocuklara uygulanmayacaktır. Yine bu çekinceyi koyan bir âkit devlet de çekinceyle hâriç tutulan yaştaki kişilere Sözleşmenin uygulanmasını talep edemeyecektir[32].

Âkit devletler aynı zamanda Sözleşmenin 21 yaş ve üstüne uygulanacağı yönünde beyanda bulunabilirler[33]. Türkiye, Sözleşmeye taraf olurken bulunmuş olduğu beyanda eğitimine devam eden çocuklar bakımından yaş sınırını 25'e çıkarmıştır[34]. Sözleşmenin

27 Aygün (n 2) 116.

28 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin "Kapsam" başlıklı 2. maddesi aynen şu şekildedir:
*"**(1)** Bu Sözleşme aşağıdaki hususlara uygulanır:*
a) 21 yaşından küçüklere yönelik ebeveyn-çocuk ilişkisinden kaynaklanan nafaka yükümlülüklerine;
b) a) bendi kapsamında bir taleple başvuru yapıldığında eş nafakasına yönelik bir kararın tanıması ve tenfizi veya tenfizine; ve
c) Bölüm II ve III hariç olmak üzere, eş nafakasına.
***(2)** Herhangi bir Akit devlet, 62. madde uyarınca, 18 yaşını doldurmamış kişilere Sözleşmenin uygulanmasını sınırlama hakkına 1. fıkranın a) bendi kapsamında çekince koyabilir. Bu çekinceyi koyan bir Akit devlet, çekinceyle hariç tutulan söz konusu yaştaki kişilere Sözleşmenin uygulanmasını talep etme hakkına sahip olamaz.*
***(3)** Herhangi bir Akit Devlet, 63. madde uyarınca bu Sözleşmenin tümünü veya bir bölümünü özellikle korunmaya muhtaç kişilere ilişkin yükümlülükler de dâhil olmak üzere, aile ilişkisi, ebeveynlik, evlilik veya kayın hısımlığından doğan herhangi bir nafaka yükümlülüğüne kadar genişleteceğini beyan edebilir. Böyle bir beyan iki Akit Devlet arasında, ancak beyanlarının aynı nafaka yükümlülüklerini ve Sözleşmenin aynı bölümlerini kapsaması durumunda, sorumluluk doğurur.*
***(4)** Bu Sözleşmenin hükümleri çocuklara ebeveynlerinin medeni hallerine bakılmaksızın uygulanır.".*

29 Aygün (n 2) 118.

30 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 211; Şensöz-Malkoç (n 18) 600; Çelikel and Erdem (n 2) 327; Aygün (n 2) 118; Aygün and Çağlayan-Aygün (n 2) 76.

31 Örneğin Ukrayna, Sözleşmenin çocuk nafakası yükümlülüğü bakımından 18 yaşın altındaki çocuklara uygulanacağı yönünde çekince koymuştur: Aygün (n 2) 118.

32 Borras and Degeling (n 4) 69; Aygün (n 2) 119; Aygün and Çağlayan-Aygün (n 2) 77.

33 Örneğin Arnavutluk, ileri sürmüş olduğu beyanla Sözleşmenin lise veya üniversite eğitimine devam eden çocuklar bakımından yaş sınırını 25' e çıkarmıştır: Aygün, 119, dn 381. Ayrıca âkit devletlerin koymuş olduğu çekinceler ve ileri sürmüş oldukları beyanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: *"Status Table of Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance"*, HCCH: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131, Erişim Tarihi 12.12.2018.

34 Türkiye' nin Sözleşme hakkında ileri sürmüş olduğu beyan aynen şu şekildedir: *"Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmenin 2. maddesinin, birinci fıkranın "a" bendi kapsamındaki nafaka yükümlülüğünü eğitimi devam etmesi şartıyla 25 yaşını doldurmamış çocuklara yönelik nafakalara teşmil ettiğini,(…) beyan eder."* . Aygün (n 2) 119, dn 382.

2. maddesinin 3. fıkrası gereği bu doğrultuda ileri sürülecek beyanlar, ancak iki âkit devlet arasında aynı nafaka yükümlülüğüne ilişkin olması hâlinde sonuç doğuracaktır[35].

Sözleşmede çocuk nafakası düzenlenirken "ebeveyn-çocuk ilişkisinden kaynaklanan nafaka yükümlülükleri" dikkate alınmaktadır. Sözleşmeni 2. maddesinin 4. fıkrası uyarınca diğer La Haye Sözleşmelerinde olduğu gibi Sözleşmenin uygulanması için çocuğun evlilik içinde doğmuş olması şartı aranmayacaktır. Yani ebeveynlerin medeni hallerine bakılmayacaktır[36].

Sözleşmenin hazırlanma aşamasında taşıyıcı annelik göz önünde bulundurulmamıştır. Taşıyıcı annelik, çocuğu olmayan ya da doğum yapmaktan kaçınan kadınların yerine tüp bebek yöntemi kullanılarak çocuk dünyaya getiren ve bebeği de çocuğu olmayan veya çocuk doğurmak istemeyen anneye veren kişidir. Sözleşme ise ebeveyn-çocuk ilişkisinden kaynaklanan nafaka yükümlülüklerine uygulanmaktadır. Buradaki sorun, taşıyıcı anne ile çocuk arasında ebeveyn-çocuk ilişkisinin var olup olmadığıdır. Çocukla ailesi arasında ebeveynlik ilişkisi kurulması bakımından kolaylık sağlayan Sözleşme hükümleri incelenerek taşıyıcı anne ile çocuk arasında Sözleşme hükümlerinin uygulanabileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bu düşünceye gerekçe olarak da Sözleşmenin 6, 7, 10 ve 15. maddeleri gösterilmiştir[37]. 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinde her ne kadar bu meseleyle ilgili açık bir hüküm bulunmamaktaysa da, bu sözleşme, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3.[38] ve 27.[39] maddesi hükümleri dikkate alınmak suretiyle hazırlanmış ve daha çok çocuk nafakası üzerine yoğunlaşmıştır[40]. Bu sebeple, çocuğun üstün menfaatinden hareketle çocukla taşıyıcı anne arasında sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatine varmamız mümkündür.

2- Eş Nafakası

Sözleşmede eş nafakası 2. maddenin 1. fıkrasının b ve c bendinde[41] düzenlenmiştir. Bu düzenlemede eş nafakası iki kategoride incelenmiştir. Birinci kategori çocuk nafakasıyla birlikte eş nafakasının talep edilmesi hâli, ikinci kategori ise çocuk nafakası olmadan yalnızca eş nafakasının talep edilmesi hâlidir. Çocuk nafakasıyla birlikte eş nafakasına ilişkin kararın tanınması ve tenfizi merkezi makamlar aracılığıyla talep edilebilirken, yalnızca eş nafakası taleplerinde merkezi makamlar kullanılmadan talep edilen devletin yetkili makamlarına başvuru yapılacaktır[42].

35 Aygün (n 2) 119; Aygün and Çağlayan-Aygün (n 2) 77.

36 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin 2. maddesinin 4. fıkrası için bkz: (dn 27).

37 Aygün (n 2) 120.

38 Bkz: (dn 14)

39 Bkz: (dn 15).

40 Aygün (n 2) 120.

41 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin 2. maddesi için bkz: (dn 27).

42 Aygün (n 2) 122; Aygün and Çağlayan-Aygün (n 2) 78.

Âkit devletler, sadece eş nafakası hakkında, Sözleşmenin II. ve III. Bölümlerinde bahsedilen hususlar da dâhil olmak üzere, tamamının, eşe karşı nafaka yükümlülüğüne uygulanacağı yönünde beyanda bulunup sözleşmenin kapsamını genişletebilirler. Keza Türkiye, sözleşmeye taraf olurken, sözleşmenin tamamını eşe yönelik nafakalara genişlettiği yönünde beyanda bulunmuştur[43].

Sözleşmenin kapsamının, eş nafakasına ilişkin olarak, evlilik benzeri birlikteliklere genişletilmesi önerisi, Sözleşmenin hazırlık aşamasında yapılan toplantılarda kabul görmemiştir[44].

3- Diğer Nafaka Türleri

Sözleşmenin zorunlu kapsamına eş ve çocuk nafakası dışında kalan nafakalar girmemektedir. Bu sebepledir ki, kardeşler arasındaki nafakalar, ana-babanın çocuklarından talep ettiği nafakalar ile yansoy veya kayın hısımlığındna kaynaklanan nafakalar Sözleşmenin zorunlu kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak Sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, âkit devletler, Sözleşmenin tamamı veya bir kısmını, beyanda bulunmak suretiyle, diğer nafaka türleri hakkında genişletebileceklerdir. Keza Türkiye, Sözleşmenin tamamını yaş sınırı olmaksızın hayatını idame ettiremeyecek derecede fiziksel veya zihinsel engelli çocuklar ile bakıma muhtaç ana babaya yönelik nafakalara da uygulanacağını beyan etmiştir[45].

II- Nafaka Alacağının Tahsili İçin İdari İşbirliği Sistemi

A- Genel Bilgi

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin II. Bölümünde" İdari İşbirliği" başlığı altında merkezi makamların tayini, görevlendirilmesi ve bunlar aracılığıyla yapılan başvurular düzenlenmiştir. Her ne kadar 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi nafakanın tahsilini konu edinmiş olsa bile, Sözleşmenin maddeleri incelendiği zaman nafakanın tahsili hükümlerine çok da yer verilmediği görülecektir. Nafakanı tahsili hükümlerinden çok tahsil aşamasına gelinebilmesi için yapılması gereken tanıma ve tenfiz usullerine daha çok yer verilmiştir[46,47].

43 Türkiye' nin Sözleşme hakkında ileri sürmüş olduğu beyan aynen şu şekildedir: *"Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmenin 2. maddesinin, üçüncü fıkrası uyarınca Sözleşmenin tamamını, eşe yönelik nafakalara (...) teşmil ettiğini beyan eder."* . R.G. 2016/8848.

44 Aygün (n 2) 122; Borras and Degeling (n 4) 69.

45 Türkiye' nin Sözleşme hakkında ileri sürmüş olduğu beyan aynen şu şekildedir: *"Türkiye Cumhuriyeti, (...) Sözleşmenin 2. maddesinin, üçüncü fıkrası uyarınca Sözleşmenin tamamını, (...) ile herhangi bir yaş sınırı gözetmeksizin hayatını idame ettiremeyecek derecede fiziksel veya zihinsel engelli çocuklar ve bakıma muhtaç ana babaya yönelik nafakalara teşmil ettiğini beyan eder."* . R.G. 2016/8848.

46 Aygün (n 2) 126.

47 Otoriteler arasında iş birliği sistemi kuran ilk Sözleşme 1956 tarihli New York Sözleşmesidir. Fakat bu sözleşmede tanıma ve tenfize ilişkin şartlar yer almamaktadır. Dolayısıyla bu sözleşme 1958 ve 1973 tarihli La Haye Sözleşmeleri ile birlikte uygulanacaktır. Gonca Gülfem BOZDAĞ, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, (Yetkin 2015), 207.

Sözleşmenin amacı yukarıda da belirttiğimiz üzere, milletlerarası nafakaların tahsilinin hızlı, verimli, uygun maliyetli olarak sağlanmasıdır. Dolayısıyla bu amaçların sağlanması bakımından her âkit devletin bir merkezi makam oluşturması gerekmektedir. İdari işbirliği de bu merkezi makamlar aracılığıyla sağlanmaktadır[48].

Nafakaya ilişkin diğer milletlerarası sözleşmelerde başvuruların sonuçlanması çok uzun sürelere yayılmaktaydı. Bunun nedenini ise nafakaya ilişkin davalara bakan makamların iş yükünün fazla olması dolayısıyla geç karar vermeleri, bahse konun işlemlerle ilgili ne yapacaklarından emin olamamaları, yapılacak işlemlerin ülkeden ülkeye farklılık göstermesi bunu sonucunda gereken belgelerde anlaşmazlıkların çıkması belgelerin çevirisinin yapılmasında sorunların çıkması oluşturmaktadır[49].

1956 tarihli New York Sözleşmesi nafaka tahsili hakkında idari işbirliği için yalnızca yasal bir çerçeve oluşturmakta idari işbirliğinin uygulanması konusunda herhangi bir açıklık getirmemektedir. Nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararların tanınması ve tenfizi hakkında 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde ise idari işbirliğini sağlayacak bir merkezi makam kurulamadığından her âkit devlet bakımından farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır[50].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi gecikme sorununa iyileştirmeler getirmiştir. Sözleşme kapsamında nafaka alacağının en hızlı yoldan tahsilini sağlamak amacıyla çeşitli başvuru olanakları, başvuruya dâhil edilmesi gerekli olan ayrıntılı bilgiler, merkezi makamın takip etmesi gerektiği başvuruların ve davaların iletimi, işleme konulması gibi hükümler yer almaktadır[51].

B- Merkezi Makamların Tayini ve Görevleri

Sözleşmeye taraf olan devletler, Sözleşmede verilen görevleri yerine getirmek için merkezi makam tayin edeceklerdir[52, 53]. 1956 tarihli New York Sözleşmesinde gönderici makam ve aracı kurumlar söz konusudur. Ancak 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesiyle New York Sözleşmesinde olduğu gibi gönderici ve aracı

48 Aygün (n 2) 127; Duncan (n 9) 9-10.

49 Aygün (n 2) 127; Carlson (n 23) 31.

50 Aygün (n 2) 127.

51 Aygün (n 2) 128.

52 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin "Merkezi Makamın Tayini" başlıklı 4. maddesi aynen şu şekildedir:
*"**1)**Âkit devletler Sözleşme tarafından verilen görevleri yerine getirmesi için bir Merkezi Makam tayin ederler.*
***2)** Federal devletler, birden fazla hukuk sistemi olan devletler veya özerk bölgesel birimlere sahip devletler birden fazla merkezi makam atayabilir ve görevlerine yönelik bölgesel veya kişisel kapsamını belirler. Bir devletin birden fazla merkezi makam atadığı durumlarda herhangi bir bildirimi söz konusu devlet içindeki uygun merkezi makama iletmesi için bir merkezi makam belirler.*
***3)** Merkezi makam veya Merkezi Makamların tayini, iletişim bilgileri ve 2. fıkrada belirtildiği üzere, gerekli hallerde işlevlerinin kapsamı onay veya katılım belgesi tevdi edildiğinde veya 61. madde uyarınca beyanname verildiğinde La Haye Uluslararası Özel Hukuk Konferansının Daimi Bürosu'na bir Âkit devlet tarafından bildirilir. Taraf devletler herhangi bir değişikliği derhal Daimi Büroya bildirir.".*

53 Türkiye, merkezi makam olarak Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü' nü tayin etmiştir.

kurumlar yerine nafakaya ilişkin işlemlerin tek çatı altında toplanması amacıyla merkezi makamlar sistemi kabul edilmiştir[54]. İdari işbirliği içinde görevleri yerine getirerek Sözleşme kapsamında yardım sağlamayı amaç edinen merkezi makamlar âkit devletlerce oluşturulmuş kamu otoriteleridir[55].

Sözleşmede merkezi makamların görevleri genel görevler ve özel görevler olmak üzere iki kategoriye alınarak incelenmiştir.

Merkezi makamın genel görevi Sözleşmenin 5. maddesinde[56] düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca merkezi makamlar âkit devletler arasında işbirliği yapmak ve Sözleşmenin uygulanması için diğer âkit devletlerin merkezi makamlarını teşvik etmekle görevlidir[57, 58].

Merkezi makamların özel görevleri ise Sözleşmenin 6. maddesinde[59] düzenlenmiştir. Bu maddeye göre merkezi makamların özel görevleri kendi içinde

54 Aygün (n 2) 128; Borras and Degeling (n 4) 79.

55 Aygün (n 2) 128.

56 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin "Merkezi Makamların Genel Görevleri" başlıklı 5. maddesi aynen şu şekildedir: *"Merkezi Makamlar:*
a) Birbirleriyle işbirliği yapar ve Sözleşmenin amaçlarına ulaşabilmek için Devletlerinde bulunan yetkili makamlar arasında işbirliğini teşvik eder,
b) Sözleşmenin uygulanmasında karşılaşılan güçlüklere karşı mümkün olduğunca çözüm arayışında olurlar.".

57 Aygün (n 2) 129.

58 Merkezi makamların genel görevleri arasında Sözleşme taslağında Merkezi makamların bulundukları ülkede mevcut nafaka yükümlülüğüne ilişkin yasal düzenleme ve işlemler konusunda Daimi Büro' nun bilgilendirilmesi de sayılmıştı. Bilgi sağlamayla ilgili söz konusu bu görev Sözleşmenin 57. maddesiyle merkezi makama değil âkit devletlere verilmiştir. Aygün (n 2) 129-130.
2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin 57. maddesinin 1. fıkrası aynen şu şekildedir:
"Bir âkit devlet onay veya katılım belgesi depozitere verilene veya Sözleşmenin 61. maddesi bir beyan uyarınca sunulana kadar La Haye Uluslar arası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu' na aşağıdakileri sunar:
a) Nafaka yükümlülüklerine ilişkin olarak kanun ve usullerin açıklanması,
b) 6. madde uyarınca yükümlülükleri karşılayacak önlemlerin açıklanması,
c) 14. madde uyarınca usullere etkin erişimi başvuranlara nasıl sağlanacağının açıklanması,
d) Özellikle borçluyu koruyan hükümler ve zamanaşımı süreleri olmak üzere tenfiz kısıtlamalarını içeren, tenfiz kural ve usullerinin açıklanması,
e)Madde 25 (1) b) ve (3)' de belirtilen herhangi bir şart. "..

59 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin "Merkezi makamların Özel Görevleri" başlıklı 6. maddesi aynen şu şekildedir:
(1) Merkezi makamlar Bölüm III' te düzenlenmiş olan başvurulara ilişkin yardım sağlar. Özellikle;
a)Bu tür başvuruları iletir ve alır,
b) Bu tür başvurularla ilgili usulî işlemleri başlatır veya söz konusu işlemlerin yapılmasını kolaylaştırır.
(2) Bu tür başvurulara ilişkin aşağıdaki hususları sağlamak üzere tüm uygun önlemleri alır:
a) Koşullar gerektirdiğinde, adli yardım sağlamak veya kolaylaştırmak;
b) Borçlu veya alacaklının yerini tespit etmeye yardımcı olmak ;
c) Borçlu veya alacaklıların gelirle ilgili ve gerektiği takdirde mallarının yerinin tespiti de dâhil olmak üzere diğer mâli koşullarına ilişkin ilgili bilgi edinmeye yardımcı olmak;
d) Nafakanın gönüllü ödenemesini sağlamak için uygun olduğu durumlarda arabuluculuk, uzlaşma veya benzer süreçler kullanarak dostane çözümler teşvik etmek;
e) Ödenmemiş borçlar da dâhil olmak üzere nafaka kararlarının devam eden tenfizini kolaylaştırmak;
f) Nafaka ödemelerinin tahsil edilmesini ve hızlı transferini kolaylaştırmak;
g) Yazılı veya diğer delillerin elde edilmesini kolaylaştırmak
h) Nafakanın tahsili için gerektiğinde soybağının kurulmasına yardım sağlamak;
i) Mahiyeti ülkesellik barındıran ve bekleyen nafaka başvurusunun sonucunu güvenceye almayı amaçlayan gerekli geçici önlemleri sağlamak için dava işlemlerini başlatmak veya başlatılmasını kolaylaştırmak,
j) Tebligatı kolaylaştırmak.
3) Bu madde kapsamında Merkezi Makamın görevleri, kendi devletinin yasalarının izin verdiği ölçüde, kamu kuruluşları veya söz konusu devletin yetkili makamlarının denetimine tabi olan diğer kurumlar tarafından gerçekleştirilebilir. Söz konusu kamu kuruluşları veya diğer kurumların tayini, iletişim bilgileri ve görev kapsamı bir akit devlet tarafından La Haye Uluslar arası Özel Hukuk Konferansının Daimi Bürosu' na bildirilir. Taraf devletler, herhangi bir değişikliği derhal Daimi Büroya bildirir.
4)Bu maddedeki veya 7. maddedeki hiçbir durum talep edilen devletin hukukuna göre sadece adli makamlar tarafından icra edilebilen yetkileri kullanmak üzere Merkezi Makama yükümlülük getirdiği şeklinde yorumlanamaz.".

iki bölümde incelenmiştir. Bu görevlerden birincisi merkezi makamların başvurularla ilgili olarak yardım sağlama yükümlülüğüdür. İkincisi ise merkezi makamların özel görevleri yerine getirmek amacıyla "tüm uygun tedbirleri" almasıdır[60].

Borçlunun bulunduğu devletin yetkili makamlarının babalık davası açma yetkisi vermeyen 1956 New York Sözleşmesi'nden farklı olarak 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nde merkezi makamlara gerektiğinde soybağının tespiti davası açma imkânı verilmiştir[61].

Türkiye'de merkezi makamlar, nafaka kararlarının tanıma ve tenfiz şartlarını taşımaması veya borçlunun ekonomik durumunun nafaka borcunun tahsil edilmesi bakımından başlatılacak icra takibinin semeresiz kalacağı izlenimini aldığında tenfiz sürecini hiç başlatmamaktadırlar[62]. Fakat 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi merkezi makamların yetkilerini tanıma ve tenfiz sürecinde yeniden ele alınıp başvuruların derhal tenfiz işlemini yapacak olan merciiye gönderilmesini öngörmekte olup, Sözleşmeyle bu hususta merkezi makamlara arabuluculuk, uzlaşma gibi usullere teşvik etme yönünde yükümlülükler dâhi getirilmiştir[63].

Sözleşme kapsamındaki uygulamalara ait masrafları, Sözleşmenin 8. maddesi[64] gereğince her merkezi makam kendisi karşılamaktadır.

C- Merkezi Makamlar Aracılığıyla Yapılan Başvurular ve Başvuruların İşleme Alınması

Sözleşme kapsamında, merkezi makamlar aracılığıyla yapılan başvurular ve talep edilen devletin mahkemelerine yapılan doğrudan başvurular olmak üzere iki başvuru yolu öngörülmüştür.

Sözleşme, nafakanın tahsili hususunda kolaylık, hızlılık, düşük maliyetli olma gibi kriterleri gerçekleştirmek amacıyla ilk başta merkezi makamlar aracılığı yoluyla başvuru yöntemini kabul etmiştir[65]. Nafakaya ilişkin başvuru, talepte bulunan kişinin ikamet ettiği âkit devletin merkezi makamı aracılığıyla yapılacak olup, buradaki

60 Aygün (n 2) 130; Borras and Degeling (n 4) 85-87.

61 Mustafa ÖZOĞUL, *"2007 tarihli La Haye Nafaka Sözleşmesi"*, Uluslararası Özel Hukuk Bülteni, 2016 (8), 37.

62 Aygün (n 2) 132.

63 Özoğul (n 62) 38.

64 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin "Merkezi Makam Masrafları" başlıklı 8. maddesi aynen şu şekildedir: *" **(1)** Her merkezi makam bu Sözleşmeyi uygularken kendine ait masrafları karşılar.*
***(2)** Merkezi Makamlar, 7. madde uyarınca özel önlem talebinden doğan istisnai masraflardan başka Sözleşme kapsamındaki hizmetlerin sağlanmasına yönelik başvurandan herhangi bir ücret talebinde bulunamaz.*
***(3)** Talep edilen merkezi makam bu maliyetteki söz konusu hizmetlerin sağlanması için başvuranın izni olmadan 2. fıkrada belirtilen hizmetlerin masraflarını tahsil edemez.".*

65 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 212; Borras and Degeling (n 4) 111.

"ikamet ettiği" yerden anlaşılması gereken Sözleşmenin 9. maddesi[66] gereği sadece bir yerde bulunmak anlamına gelmeyecektir[67]. Başvuruda bulunan kişinin ikamet ettiği yerdeki merkezi makam ise talep edilen âkit devletin merkezi makamına başvuruyu iletecektir[68].

Yapılacak başvuruların Sözleşmenin 10. maddesinin kapsamına girmesi gerekmektedir. 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin "Başvuru Olanakları" başlıklı 10. Maddesi aynen şu şekildedir:

" (1) Aşağıdaki başvuru kategorileri, bu Sözleşme kapsamında talep eden devlette nafaka tahsil etmeyi amaçlayan alacaklı için uygundur:

a) Bir kararın tanınması veya tenfizi,

b) Talep edilen devlette verilen veya tanınan bir kararın tenfizi;

c) Soybağının belirlenmesinin gerekli olduğu hâller de dâhil olmak üzere, hiçbir kararın bulunmadığı talep edilen Devlette bir kararın verilmesi;

d) Talepte bulunulan devlette bir kararın tanınma ve tenfizi, 20. madde kapsamında tanınma ve tenfizin esasa ilişkin bir eksiklik ya da 22. maddenin b) veya e) fıkralarında belirtilen nedenler yüzünden mümkün değilse veya reddedilmişse, söz konusu talepte bulunulan devlette bir kararın verilmesi;

e) Talep edilen devlette verilen bir kararın değiştirilmesi;

f) Talep edilen devlet dışında bir devlette verilen bir kararın değiştirilmesi.

(2) Bu Sözleşme kapsamında talep eden devlette aleyhine nafaka kararı bulunan borçlu aşağıdaki başvurulardan yararlanabilmelidir:

a) talep edilen devlette önceki bir kararın tenfizinin durdurulması ya da sınırlandırılmasına yol açan bir kararın ya da eşdeğerde bir işlemin tanınması;

b) Talep edilen devlette verilen bir kararın değiştirilmesi;

c) Talep edilen devlet dışında bir Devlette verilen bir kararın değiştirilmesi;

(3) Bu Sözleşme' de aksine hüküm bulunmadıkça, 1. ve 2. fıkralardaki başvurular talep dilen devletin hukukuna göre belirlenir ve fıkra 1 c)- f) ve 2 b) ve c)' deki başvurular talep edilen devletteki yetki kurallarına tabidir.".

Sözleşmenin 10. Maddesi incelendiğinde nafaka alacaklısına nazaran nafaka borçlusunun yapabileceği başvurular daha sınırlı tutulmuştur. Ayrıca Sözleşme' de aksine hüküm olmadığı müddetçe, 10. maddede yer alan nafaka alacaklısı ve borçlusunun yapacağı başvurular talep edilen devletin hukukuna göre belirlenecektir[69].

66 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin "Merkezi Makamlar Aracılığıyla Başvuru" başlıklı 9. maddesi aynen şu şekildedir: *" Bu bölüm kapsamındaki bir başvuru, başvuranın yerleşim yerinin bulunduğu Akit Devletin Merkezi Makamı aracılığıyla talepte bulunulan ülkenin Merkezi Makamına yapılır. Bu hükmün amaçları çerçevesinde, yerleşim yeri sadece orada bulunmayı kapsamaz.".*

67 Buradaki amaç, çocuğa yaşadığı her yerde maddi destek ihtiyacını gerçekleştirmektir. Dolayısıyla ikamet ettiği yer belirlenirken katı kuralların uygulanması yerine, nafakanın tahsili için kolay ulaşılabilir bir yöntem izlenmelidir. Ayrıntılı bilgi hakkında bkz: Borras and Degeling (n 4) 111.

68 Aygün (n 2) 133; Borras and Degeling (n 4) 111.

69 Aygün (n 2) 133.

Sözleşmenin 11. maddesi gereği başvurularda bulunması gereken hususlar şunlardır: Başvuru veya başvuruların mahiyetine ilişkin açıklama, başvuranın adres ve doğum tarihi de dâhil olmak üzere adı ve iletişim bilgileri, muhatabın adı ve biliniyor ise adres ve doğum tarihi, kendisi için nafaka istenen kişinin adı ve doğum tarihi, başvurunun dayandığı gerekçeler, 10. maddenin 1. fıkrasının a bendi ve 2. fıkrasının a bendi kapsamındaki başvurular hariç olmak üzere, 63. madde uyarınca talep edilen devlet tarafından bir beyanla belirtilen herhangi bir bilgi veya belge ve talep eden devletin merkezi makamında başvuruyu işleme koymakla sorumlu kişi veya birimin adı ve iletişim bilgileri. Ayrıca Sözleşmenin 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, başvurucu tarafından biliniyorsa, alacaklının mali durumu, borçlunun işvereninin adı ve adresi ile borçlunun mallarının mahiyeti ve konumu da dahil olmak üzere borçlunun mali durumu, davalının yerinin tespitin yardımcı olabilecek her türlü bilgi de başvuruya eklenebilir.

Başvuran adli yardımdan yararlanıyorsa ücretsiz adli yardım sağlamaya ilişkin belgeler de dâhil olmak üzere, destekleyici belgeler başvuruya eklenir. Ancak Sözleşmenin 11. Maddesinin 3. fıkrası gereğince, 10. maddenin 1. fıkrasının a bendi ve 2. fıkrasının b bendi kapsamında yapılan başvurulara 11. maddedeki belgeler eklenmez, sadece 25. maddedeki belgeler eklenir[70].

Merkezi makamlar aracılığıyla yapılan başvurular Sözleşmenin 11. maddesinin 4. fıkrası gereğince La Haye Uluslararası Özel Hukuk Konferansı' nın yayınladığı formlar kullanılarak da yapılabilecektir[71].

Merkezi makam kendisine yapılan başvuruyu bilgi ve belgelerin eksikliği bakımından inceleyecektir. Eğer başvuranın sunmuş olduğu bilgi veya belgelerde eksiklik varsa merkezi makam, bunların tamamlattırılması için başvuru sahibine yardımcı olacaktır. Talep eden devletin merkezi makamı başvurunun Sözleşme hükümlerine uygun olduğu kanaatine varırsa talep edilen devletin merkezi makamında başvuruyu iletecektir.

Başvurunun geçerli olması için, belgelerin imzalanıp imzalanmayacakları Sözleşme metninde düzenlenmemiştir. Ayrıca belgelerin fotokopilerinin aksi belirtilmedikçe yeterli olacağı belirtilmektedir[72].

Başvuru talep edilen devletin merkezi makamı, başvurunun işleme alınıp alınmadığını, başvuruyla ilgili olarak hangi adımların atılacağını ve nasıl bir yol izleneceğini altı hafta içinde talep eden devletin merkezi makamına iletecektir. Talep edilen devletin merkezi makamı, talep eden devletin merkezi makamına bilgi vermekle yükümlü bir kişi görevlendirir ve bu kişinin bilgileri de talep eden devlete bildirilir.

70 Aygün (n 2) 135.

71 Aygün (n 2) 135.

72 Aygün (n 2) 136.

Bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen devletin merkezi makamı talep eden merkezi makamı bilgilendirir. Merkezi makamlar davanın ilerleyişi ve birbirlerine davalardan sorumlu olan kişiler veya birimler hakkında bilgi sağlarlar. Başvuruya ilişkin bilgilerin en hızlı ve etkili iletişim araçlarıyla iletilmesi gerekmektedir.

Talep edilen devletin merkezi makamı Sözleşme şartlarının yerine getirilmediği açık olan durumlar dışında başvuruyu işleme koymayı reddedemez. Sözleşmenin 12. maddesi gereğince, başvurunun işleme konulmasının reddedildiği durumlarda merkezi makam red gerekçelerini derhal diğer merkezi makama bildirecektir. Aynı maddeye göre, talep edilen devletin merkezi makamı yalnızca ek bilgi veya belgelerin gerekli olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddedemez.

Sözleşmenin 14. maddesi uyarınca talep edilen devlet, sözleşmeye etkin katılımı ağlamak zorundadır. Bunu sebebi, nafaka alacaklıları genel olarak maddi imkanları yeterli olmayan kişiler olduklarından başvuru masraflarının Sözleşmeden yararlanmaya engel olmamasını sağlamaktır. Bu sebeplerle sözleşmede çocuğa karşı nafaka yükümlülüğüne ilişkin başvurular başta olmak üzere, hizmetlere ve başvuru usullerine etkin erişim hakkı ile ücretsiz adli yardım imkânı getirilmiştir[73].

Sözleşmenin 18. maddesinde dava açmaya veya başvuru işlemlerine ilişkin kısıtlamalar düzenlenmiştir. Bu madde hükmü aynen şu şekildedir:

> *" (1) Alacaklının mutat meskeninin bulunduğu Âkit devlette verilen bir kararda, kararın değiştirilmesi veya yeni bir kararın verilmesine ilişkin işlemler borçlu tarafından, alacaklının mutat meskeni kararın verildiği devlette olduğu sürece, herhangi bir başka Âkit devlette yapılamaz.*
>
> *(2) 1. fıkra aşağıdaki durumlarda uygulanamaz:*
>
> *a) Çocuklarla ilgili olarak nafaka yükümlülüklerine ilişkin anlaşmazlıklar dışında, söz konusu diğer Âkit devletin yargı yetkisiyle ilgili tarafların yazılı olarak anlaşmış olması halinde;*
>
> *b) Alacaklının açıkça belirterek ya da mümkün olan ilk fırsatta yargı yetkisine itirazda bulunmadan davanın esasına ilişkin savunma yaparak söz konusu diğer Âkit devletin yargı yetkisini onaylaması hâlinde;*
>
> *c) Menşe Devletin yetkili makamının kararı değiştirmek veya yeni bir karar vermek için yargı yetkisini kullanamaması veya kullanmayı reddetmesi hâlinde; veya*
>
> *d) Menşe Devlette verilen bir kararın, değiştirilmesi veya yeni bir karar verilmesi işlemlerinin yapılması düşünülen Akit devlette tanınamaması ya da tenfizinin beyan edilememesi halinde."*

Sözleşmenin 18. maddesi gereğince, nafaka alacaklısının mutad meskeni değişmedikçe, diğer bir akit devlette, alacaklının mutad meskeninin bulunduğu akit devlette verilen bir karar ilişkin olarak, nafaka hakkındaki kararın değiştirilmesi veya aynı nafakaya ilişkin bir kararın verilmesi mümkün değildir[74]. Bu madde hükmünün

73 Sözleşmenin 14 ilâ 17. maddeleri arasında düzenlenen maddeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Borras and Degeling (n 4) 139-153; Carlson (n 23) 31.

74 Aygün (n 2) 138.

amacı birden fazla nafakaya ilişkin kararın verilmesinin önlenmesidir. Bu hükme benzer bir hüküm nafakaya ilişkin diğer sözleşmelerde düzenlenmemiş olup, nafaka alacaklısının korunması bakımından gerekli bir hüküm olduğu söylenebilir[75].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, 37. maddesinde[76], merkezi makamlara başvurulmadan, talep edilen devletin yetkili makamına başvuru yapılması suretiyle doğrudan başvuruları da düzenlemiştir.

Hangi hükümlerin doğrudan başvurulara uygulanması gerektiği konusu, Sözleşme hazırlık aşamasında birçok tartışmaya sebep olmuştur. Sözleşmede yabancı nafaka kararlarına ilişkin tanıma ve tenfiz hükümleri, sadece merkezi makamlar aracılığıyla tanıma ve tenfiz taleplerinin ileri sürülmesinde değil, aynı zamanda talepte bulunulan devletin yetkili makamına doğrudan tanıma ve tenfiz talebinin ileri sürülmesi hâlinde de uygulama alanı bulacaktır[77].

Sözleşmenin 37. maddesinin 2. fıkrası[78] uyarınca, doğrudan başvurularda, tanıma ve tenfize ilişkin taleplerde adli veya idari usul ve işlemlere etkili erişimin sağlanmasına ilişkin hükümler ile adli yardıma ilişkin hükümlerin yalnızca bir kısmı uygulama alanı bulabilecektir. Merkezi makamlar aracılığıyla yapılan başvurularda gerekli olan bütün yardımlar ve hizmetler ücretsiz sağlanmaktayken, doğrudan taleplerde ise taraf devletlere ücretsiz adli yardım sağlama zorunluluğu bulunmamaktadır[79].

Sözleşmenin 37. maddesinin 3. fıkrası, sınırlı olmak koşuluyla, korunmaya muhtaç kişilere karşı nafaka yükümlülüğü bakımından, Sözleşme kapsamı genişletilmiştir. Bu hüküm korunmaya muhtaç yetişkin kişilere oldukça sınırlı bir koruma getirmesinden dolayı bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Zira, Sözleşmenin 37. maddesinin 3. fıkrası gereğince bu kişiler başvurularını merkezi makamlar aracılığıyla yapamazlar; yalnızca Sözleşmenin 14. maddesinin 5. fıkrası ile 17. maddesinin b bendi gereğince ücretsiz adli yardım alabilirler; haklarında verilen nafaka kararlarının çocukluk döneminde alındığını veya 21 yaşını doldurduktan sonra bedensel zayıflıkları veya hastalıkları nedeniyle alındığını ispatlamak durumundadırlar[80].

75 Aygün (n 2) 138; Borras and Degeling (n 4) 153.

76 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin 37. maddesi aynen şu şekildedir:
*"**Yetkili makamlara yapılan doğrudan talepler***
(1) Sözleşme, Akit Devletin iç hukukuna göre bir kişinin (başvuru sahibinin), o devletin yetkili makamına, 18. maddeye bağlı olarak bir nafaka kararının alınması veya değiştirilmesi amacı da dâhil olmak üzere Sözleşme'de düzenlenen konularda, doğrudan ulaşması için sağlanan usullere başvurma olasılığını bertaraf etmez.
(2) Madde 40 (2), 42, 43 (3), 44 (3), 45 ve 55 hariç, Madde 14 (5), 17 b), ve V., VI., VII. Bölüm ve bu bölüm hükümleri, bir Akit Devletteki yetkili bir makama doğrudan yapılan tanıma ve tenfiz taleplerinde uygulanır.
(3) 2. fıkranın amacı doğrultusunda, 2. maddenin 1. fıkrasının a) bendi, söz konusu bentte belirtilen yaşın üzerinde olan korunmaya muhtaç kişiler için nafaka tahsis eden kararlara, böyle bir karar kişi belirtilen yaşa gelmeden önce ve o yaştan sonra ehliyetsizlik nedeniyle bakımını sağlamak için verilmişse, uygulanır.".

77 Aygün (n 2) 139; Duncan (n 20) 326.

78 Sözleşmenin 37. maddesinin 2. fıkrası içi bkz: (dn 70).

79 Aygün (n 2) 140; Borras and Degeling (n 4) 201.

80 Aygün (n 2) 140.

III- Sözleşmeye Göre Nafaka Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

A- Genel Bilgi

Diğer La Haye Sözleşmelerinden[81] farklı olarak, 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi hem nafaka alacaklarının tahsilini hem de nafaka kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedir[82]. Tanıma ve tenfizin kapsamı, Sözleşmeye daha fazla sayıda devletin taraf olmasını sağlamak amacıyla genişletilmiştir[83]. 1958 ve 1973 tarihli La Haye Sözleşmelerine taraf devletler, tanıma ve tenfize ilişkin işlemleri ayrıntılı bir şekilde gözden geçirme usulüne tâbi tuttuklarından, tanıma ve tenfiz işleri gecikmeye uğramakta ve maliyetlerin de artmasına neden olmaktadır. Bu gecikme ve yüksek maliyet nafaka alacaklısına ağır bir yük olmaktaydı[84]. Tanıma ve tenfize ilişkin 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, önemli ölçüde iyileştirmeler getirmiş, tanıma ve tenfizle ilgili verilen kararlar hakkında bu kararların gözden geçirilmesiyle ilgili önemli kısıtlamalar öngörmüş, davalıya da tanıma ve tenfizin reddine ilişkin itirazda bulunabilme gibi imkânlar tanınmıştır[85].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nde verilen kararların tanınması ve tenfizi ile ilgili hükümler Sözleşmenin 19 ilâ 31. madde hükümleri arasında düzenlenmiştir. Çalışmamızın devamında tanıma ve tenfize ilişkin olarak 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinde oldukça geniş düzenlemelere yer verilmiş olduğundan yeri geldiğinde maddeler üzerinden incelemelerde bulunulacaktır.

B- Tanıma ve Tenfizin Kapsamı

1973 tarihli La Haye Sözleşmesinde de kabul edildiği üzere, 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinde de söz konusu nafaka kararının ister adli makamlardan ister idari makamlar tarafından verilmiş olunsun bu kararların ve ayrıca sulhlerin de tanınıp tenfiz edilebileceği kabul edilmiştir. 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinden farklı olarak, nafaka anlaşmalarının da tanınıp tenfiz edilebileceği 2007 tarihli La

81 1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine ilişkin La Haye Sözleşmesi ve 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi, nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler içeren diğer La Haye Sözleşmeleridir. 1958 tarihli La Haye Sözleşmesi yalnızca çocuklarla ilgili kararların tanınması ve tenfizine ilişkin bir sözleşme iken, 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi hem çocuklara hem de yetişkinlere karşı nafaka yükümlülüklerinin tanınması ve tenfizine ilişkin bir sözleşmedir. İzzet Doğan, *Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, (Seçkin 2010), 98; Bilal KÖSEOĞLU, *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları (Bilimsel İçtihatlar ve Yargı İçtihatları)*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2007), 69. ; Ali İhsan Özuğur, *Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemelerine Göre Gerekçeli- Açıklamalı- İçtihatlı Nafaka Hukuku (Kanunlar- Milletlerarası Sözleşmeler-Yönetmelikler)*, (5nd edn Seçkin 2014), 946; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, (10nd edn, Vedat 2009), 264; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (Beta Yayıncılık 2008), 288.

82 Çelikel and Erdem (n 2) 327-329; Aygün (n 2) 141.

83 Aygün (n 2) 141; Duncan (n 20) 324.

84 Aygün (n 2) 141; Carlson (n 23) 32.

85 Aygün (n 2) 141.

Haye Tahsil Sözleşmesinde kabul edilmiştir[86, 87].

Sözleşmenin 19. maddesi tanıma ve tenfizin kapsamını düzenlemektedir. Bu madde hükmüne göre,

"(1) Bu bölüm, nafaka yükümlülüğü bakımından adli veya idari makam tarafından verilen bir karara uygulanır. "Karar" terimi, söz konusu makam huzurunda veya bu makam tarafından varılmış bir çözüm veya anlaşmayı da içermektedir. Bir karar, indeksleme yoluyla otomatik tashihi ve ödenmemiş borçlar ile geriye dönük nafaka veya faizlerin ifası istemini ve masraf ya da giderlerin belirlenmesini içerebilir.

(2) Bir karar yalnızca nafaka yükümlülüğüne ilişkin değilse, bu Bölüm hükümleri söz konusu kararın sadece nafaka yükümlülüklerini ilgilendiren kısmına uygulanır.

(3) 1. fıkranın amacı doğrultusunda, "idari makam" kurulduğu Devletin hukukuna göre, kararları,

a) temyiz konusu olabilen ya da adli bir makam tarafından inceleme konusu yapılabilen; ve

b) Aynı konuda adli bir makamın kararıyla benzer bir kuvvet ve etkiye sahip olan kamu kuruluşunu ifade eder.

(4) Bu Bölüm ayrıca 30. maddeye tabi nafaka düzenlemelerine de uygulanır.

(5) Bu Bölümün hükümleri, 37. madde uyarınca talepte bulunulan Devletin yetkili makamına doğrudan yapılan tanıma ve tenfiz talebine de uygulanır.".

1973 tarihli La Haye Sözleşmesinden farklı olarak, 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinde idari makamın tanımı 3. fıkrada yapılmıştır[88].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinde 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinden farklı olarak nafaka düzenlemelerinin de tanınması ve tenfizi mümkün kılınmıştır[89]. Sözleşmenin 30. maddesi gereğince, tanıma ve tenfiz düzenlemeleri, nafaka düzenlemeleri hakkında da uygulanacaktır. Nafaka düzenlemesi, Sözleşmenin Tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre nafaka düzenlemeleri,

86 Aygün (n 2) 142.

87 Nafaka yükümlülüğü hakkında yabancı kararların tanınması konusunda Türkiye üç sözleşmeye taraf olmuştur. Bunlar; 1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin La Haye Sözleşmesi, 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine ilişkin La Haye Sözleşmesi ve son olarak da 2007 tarihli Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslar arası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşmeler MÖHUK ve Türkiye' nin taraf olduğu iki taraflı adli yardım sözleşmelerinden daha özel niteliktedir. Dolayısıyla, bu Sözleşmelerin kapsamına girdiği ölçüde, MÖHUK ve diğer iki taraflı sözleşmeler değil, MÖHUK' un 1. maddesinin 2. fıkrası gereğince bu Sözleşmelerin hükümleri uygulanacaktır. Ziya Akıncı and Cemile Demir-Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku*, (Vedat 2010), 79-80; Çelikel and Erdem (n 2) 315; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 188; Şensöz-Malkoç (n 18) 583. Bu sözleşmeler nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi açısından daha elverişli iç hukuk hükümleri veya milletlerarası sözleşmeler olduğu durumlarda onların uygulanmasını engellemeyecektir. Akıncı and Demir-Gökyayla (n 88) 94.

88 Aygün (n 2) 143.

89 Nafaka düzenlemeleri tabiri yerine nafaka anlaşmaları tabirinin kullanılmasının doğru olduğunu savunan *AYGÜN*'e göre, Sözleşmenin Türkçe metni incelendiğinde 30. maddede belirtilen ifade "nafaka düzenlemeleri" şeklindedir. Fakat Sözleşmenin İngilizce metnini incelediğimizde, 30. maddenin düzenlemesinde başlığın *"maintenance arrangement"* şeklinde ifade edildiğini, bu ifadenin de tam Türkçesinin nafaka düzenlemeleri değil, nafaka anlaşmaları olduğunu kabul edip, nafaka düzenlemeleri yerine nafaka anlaşmaları tabirini kullanmanın doğru olduğunun kabulü gerekir. Aygün (n 2) 143.

"…e) "Nafaka düzenlemesi", nafaka ödemelerine ilişkin

i) yetkili bir makam tarafından düzenlenmiş veya geçerli bir belge olarak onaylanmış olan; veya

ii) yetkili bir makam tarafından gerçekliği doğrulanmış veya karara bağlanmış, kaydedilmiş veya sunulmuş olan ve yetkili makamının inceleme ve değişiklik konusu olabilen; yazılı anlaşmayı ifade eder…". Bu tanımlamadan da yola çıkarak nafaka düzenlemelerinin, nafaka anlaşmaları şeklinde belirtilmesi daha uygun olacaktır. Dolayısıyla bu açıklamalardan sonra çalışmamıza nafaka düzenlemeleri olarak değil, nafaka anlaşmaları olarak devam edilecektir.

Nafaka anlaşmalarını düzenleyen Sözleşmenin 30. maddesi[90], Sözleşmenin hazırlık aşamasında bu kapsama giren resmi belgeler ve özel anlaşmaların dâhil edilmesine ilişkin uzun tartışmalar sonucunda oluşturulmuştur. Zira, bazı ülkelerde nafaka yükümlülüğüyle ilgili resmi nitelikte belgelerin ne olduğu bilinmemektedir[91]. Örneğin, şartlarının varlığı hâlinde "kararlar" gibi hüküm ve sonuç doğuran özel anlaşmalara Türkiye gibi bazı devletler yabancı kalmaktadırlar[92]. Nafakanın ödenmesi hakkında gönüllülüğün uluslararası alanda üst düzeye çıkarılması amacıyla, bu tür anlaşmalar da Sözleşmenin kapsamına alınmıştır[93].

Sözleşmenin 30. maddesinin 8. fıkrası gereğince, bir Âkit devlet, nafaka anlaşmasının tanınması ve tenfizi bakımından çekince koyabilir, böylece nafaka anlaşmalarını tanımama ve tenfiz etmeme hakkını saklı tutabilir. Türkiye, 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesine tek çekincesi olarak bu konuda bir çekince ileri sürmüş,

90 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin 30. maddesi aynen şu şekildedir:
*"**Nafaka düzenlemeleri***
(1) Bir Akit Devlette yapılan nafaka düzenlemesi, menşe Devlette tenfizi mümkün bir karar olması koşuluyla, bu Bölüm kapsamındaki bir kararın tanınması ve uygulanması hakkına sahiptir.
(2) Madde 10 1) a) ve b) ve (2) a) bağlamında "karar" terimi nafaka düzenlemesini kapsar.
(3) Nafaka düzenlemesinin tanınması ve tenfizi başvurusuna aşağıdaki belgeler eklenir:
a) Nafaka düzenlemesinin tam metni; ve
b) belirli bir nafaka düzenlemesinin menşe Devlette karar olarak uygulanabilir olduğunu belirten bir belge.
(4) Nafaka düzenlemesinin tanınması ve tenfizi aşağıdaki koşullarda reddedilebilir:
a) tanıma ve tenfiz talepte bulunulan Devletin kamu düzenine açıkça aykırı ise;
b) nafaka düzenlemesi tahrifat veya sahtecilik yoluyla elde edilmişse;
c) nafaka düzenlemesi, talepte bulunulan Devlette veya başka bir Devlette, aynı taraflar arasında verilen ve aynı amacı taşıyan bir karala çeliştiğinde, söz konusu çelişen kararın talepte bulunulan Devlette tanınma ve tenfizi için gerekli şartları taşıması koşuluyla;
(5) Madde 20, 22, 23 (7), 25 (1) ve (3) hariç bu bölümün hükümleri aşağıdaki haller dışında nafaka düzenlemesinin tanınması ve tenfizine uygun düştüğü şekilde uygulamaktadır:
a) Madde 23 (2) ve (3) uyarınca yapılan bir bildiri veya kayıt yalnızca 4 a) fıkrasında belirtilen nedenden dolayı reddedilebilir;
b) Madde 23 (6)'da bahsedildiği şekilde bir itiraz veya temyiz yalnızca aşağıdaki hususlara dayanabilir:
i) 4. maddede belirtilen tanıma ve temyizi reddetme gerekçeleri;
ii) 3. fıkra gereğince iletilen bir belgenin aslına uygunluğu ve bütünlüğü;
c) Madde 24(4)'te belirtilen usule göre, yetkili makam bu maddenin 4. fıkrasının a bendinde yer alan tanıma ve tenfizin reddi nedenine ilişkin re'sen (kendiliğinden) incelemede bulunabilir. Yetkili makam, bu maddenin 4. Fıkrasında yer alan bütün tanıma ve tenfizin reddi nedenlerini ve 3. Fıkra uyarınca iletilen herhangi bir belgenin aslına uygunluğu ya da doğruluğunu, davalı tarafından ileri sürülmüşse veya söz konusu hususlara ilişkin şüpheler, belgelerin metinlerinden açıkça anlaşılıyorsa yeniden inceleme konusu yapabilir."
(6) Nafaka düzenlemesinin tanınması ve tenfizi işlemleri, düzenlemeye ilişkin bir itirazın Akit Devletin yetkili bir makamı tarafından incelenmekte olması halinde durdurulur.
(7) 63. madde uyarınca bir Devlet nafaka düzenlemesinin tanınmasına ve tenfizine ilişkin başvuruların sadece Merkezî Makamlar aracılığıyla yapılacağını beyan edebilir.
(8) 62. madde uyarınca bir Akit Devlet nafaka düzenlemesini tanımama ve tenfiz etmeme hakkını saklı tutabilir.".

91 Aygün (n 2) 143.

92 Buna karşılık örneğin Kanada'da özel anlaşmalar kullanılmaktadır. Aygün (n 2) 143.

93 Aygün (n 2) 144; Duncan (n 20) 325.

nafaka anlaşmalarını tanımama ve tenfiz etmeme hakkını saklı tutmuştur. Bu sebeple, Türkiye, diğer âkit devletlerin nafaka anlaşmalarının tanınması ve tenfizi konusunda, Türk makamlarına başvuru yapıldığı durumlarda, söz konusu çekinceden dolayı başvuruyu kabul etmeyecektir[94]. Aynı zamanda âkit devletler, nafaka anlaşmalarının tanıma ve tenfiz etme yönündeki başvuruların, yalnızca merkezi makamlar aracılığıyla yapılacağını beyan edebilirler.

C- Tanıma ve Tenfiz Şartları

2007 tarihli Tahsil Sözleşmesinde nafaka kararlarının ve anlaşmalarının tanınması ve tenfizi 20. maddedeki esaslara bağlanmıştır. 20. maddenin 6. fıkrası uyarınca, nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi için ilk olarak menşe devlette tanınabilir ve tenfiz edilebilir olması gerekmektedir[95]. Sözleşmenin 20. maddesine göre, menşe devlette alınmış bir karar aşağıdaki koşullarda âkit devletlerde tanınır ve tenfiz edilir:

"a) İşlemlerin başladığı dönemde davalının mutat meskeni menşe Devlette bulunuyor ise;[96]

b) Davalı açıkça belirterek ya da mümkün olan ilk fırsatta yargı yetkisine itirazda bulunmadan davanın esasına ilişkin savunma yaparak yargı yetkisini onaylamış ise;

c) İşlemlerin başladığı dönemde alacaklının mutat meskeni menşe Devlette bulunuyor ise;[97]

d) Davalının menşe Devlette çocukla birlikte yaşıyor olması veya orada yerleşim yeri edinmiş ve çocuğa destek sağlamış olması şatıyla, işlemlerin başladığı dönemde kendisine nafaka bağlanması kararı verilen çocuğun mutat meskeni söz konusu menşe Devlette bulunuyor ise;[98]

e) Çocuklarla ilgili olarak nafaka yükümlülüklerine ilişkin anlaşmazlıklar dışında, taraflar arasında yargı yetkisine ilişkin yazılı bir anlaşma yapılmış ise;[99] *veya*

f) Yargı yetkisi, yalnızca taraflardan birinin tabiiyetine dayandırılmadıkça kişisel statü veya velayet sorumluluğuyla ilgili söz konusu yargı yetkisini gerçekleştiren bir makam tarafından karar verilmiş ise." .

94 Bu hususu Türk hukuku bakımından ilk defa dile getiren yazar *AYGÜN*'dür. Aygün (n 2) 145. Sözleşmenin 62. maddesinde çekince konulmasının mümkün olduğu hâller düzenlenmiştir. Bu hâller içerisinde nafaka anlaşmalarına ilişkin tanımama ve tenfiz etmeme hakkının saklı tutulması da vardır. Sözleşmenin 62. maddesinin 1. fıkrası aynen şu şekildedir:

*" **Çekinceler***

(1) Herhangi bir Akit Devlet, tasdik, kabul, onay veya katılım süresinden sonra olmamak üzere veya 61. maddeye binaen bir beyan sırasında Madde 2(2), 20 (2), 30 (8), 44 (3) ve 55 (3)'te öngörülen bir veya daha fazla çekince koyabilir. Başka hiçbir çekince konulmasına izin verilmez."

95 Şensöz-Malkoç (n 18) 603.

96 1973 tarihli La Haye Sözleşmesinin 7. maddesine göre nafaka kararının verildiği devletin makamının yetkili sayılması için, *"nafaka borçlusu veya alacaklının mutad meskeninin davanın açıldığı sırada kararın verildiği devlette bulunması"* şartı aranmaktadır. 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesiyle de benzer bir hüküm getirilmiştir. Aygün (n 2) 146.

97 ABD başta olmak üzere kimi devletler, nafaka alacaklısının mutad meskeninin tek başına yetkiyi belirlemesinde yetersiz kaldığını ileri sürmüşler ve bu bende karşı çıkmışlardır. Bu bent hükmü 1973 Sayılı La Haye Sözleşmesinde de aynı şekilde düzenlenmiştir. Karşı çıkmalar sonucunda 20. maddenin 2. fıkrasına âkit devletlerin çekince koyabilecekleri düzenlemesi getirilmiştir. Aygün (n 2) 147.

98 Sözleşmenin 20. maddesinin nu bendi önceki La Haye Sözleşmelerinde yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu hükümle birlikte eskiden çocukla birlikte aynı ülkede yaşayıp daha sonradan nafaka borçlusunun iş gibi nedenlerle başka bir ülkeye gittiği durumlarda, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet ile borçlu arasında bir bağ kurulması imkânı doğmuştur. Aygün (n 2) 147-148; Borras and Degeling (n 4) 163.

99 2007 tarihli La Haye Protokolünde hukuk seçimi 18 yaşın altındaki çocuklar ile beden ve ruh sağlığı yerinde olmayan bazı yetişkinler hakkında geçerli değildir. Bu anlayış aynı şekilde 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinde de benimsenmiş olup, çocuğa karşı nafaka yükümlülüklerinde yetki anlaşması kabul edilmemiştir. Ayrıca 20. maddenin 2. fıkrasında bu bent hakkında âkit devletlere çekince koyabilme imkânı getirilmiştir. Aygün (n 2) 148; Borras and Degeling (n 4) 163.

Görüldüğü üzere, Sözleşmenin 20. maddesinde tanıma ve tenfiz için gereken yetkiye ilişkin şartlar düzenlenmiş bulunmaktadır. Eğer nafaka kararı, bu koşullardan birinde sayılan ve yetkili olduğu kabul edilen makamlardan biri tarafından verilememişse o kararın tanınması ve tenfizi mümkün değildir[100].

Sözleşmenin 2. fıkrası gereğince, bir Âkit Devlet, 62. madde uyarınca, fıkra 1 c), e) veya f) ile ilgili olarak çekince koyabilir. 2. fıkra kapsamında çekince koyan bir Akit Devlet, kendi kanunu benzer durumlarda yetkili makamlarına yargı yetkisi tanımış veya tanıyabilecek olduğu takdirde, söz konusu kararı tanır ve tenfiz eder. 2. fıkra kapsamında konulan bir çekinceden ötürü kararın tanınması mümkün değilse ve borçlunun yerleşim yeri Akit Devlette ise, bu Akit Devlet alacaklının yararına karar verilmesi için gerekli bütün önlemleri alır. Yukarıdaki cümle, 19. maddenin 5. fıkrası kapsamında tanınma ve tenfiz için yapılan doğrudan taleplere veya Madde 2 (1) b)'de atıfta bulunulan nafaka talebine uygulanamaz. 18 yaşından küçük bir çocuğun lehinde verilen bir karar, yalnızca 1. fıkranın c), e) veya f) bentleri açısından konulmuş bir çekince sebebiyle tanınamıyor ise, bu kararın talepte bulunulan Devlette söz konusu çocuğun nafaka için uygunluğunu saptadığı kabul edilir[101].

D- Tanıma ve Tenfiz Engelleri

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin tanıma ve tenfiz red sebepleri 22. maddede düzenlenmiştir. Bu maddedeki sebepler, kümülatif olmayıp alternatif niteliktedir[102]. Sözleşmenin 22. maddesindeki tanıma ve tenfizi red sebepleri şunlardır:

"a) Kararın tanınması ve tenfizi talepte bulunulan Devletin kamu düzenine açıkça aykırı ise;

b) Karar, usule ilişkin bir konu ile ilgili olarak sahtecilikle elde edilmişse;

c) Aynı taraflar arasında ve aynı amacı taşıyan davalar talepte bulunulan Devletin yetkili makamı huzurunda görülmekte ise ve söz konusu davalar ilk kez açılıyorsa;

d) Karar, talepte bulunulan Devlette veya başka bir Devlette, aynı taraflar arasında verilen ve aynı amacı taşıyan kararla uyuşmadığında, söz konusu uyuşmayan kararın talepte bulunulan Devlette tanınması ve tenfizi için gerekli şartları taşıması koşuluyla;

e) Davalının menşe Devletteki davada hazır bulunmadığı ve temsil edilmediği durumlarda:

i) Menşe Devlet hukukunun davanın ihbarına olanak sağlamasına karşın davalıya usulüne uygun ihbar yapılmamış ve kendisini savunma hakkına sahip olamamışsa; veya

ii) Menşe Devlet hukuku davanın ihbarına olanak sağlamıyor, karar davalıya usulüne uygun bir şekilde bildirilmemiş ve maddî vakıa ve hukukî hususlara ilişkin itiraz ya da temyiz imkânı sunulmamışsa;[103] veya

f) Kararın 18. maddeyi ihlal ederek verildiği durumlarda.".

100 Aygün (n 2) 146.

101 Sözleşmenin 20. maddesinin açıklamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Borras and Degeling (n 4) 159-167.

102 Aygün (n 2) 149.

103 Daha önceki La Haye Sözleşmelerinde bu engel bulunmamakta olup, adil yargılanma hakkı bakımından hukuki dinlenilme ve savunma hakkına ilişkin yeni bir düzenlemedir. Ayrıntılı bilgi hakkında bkz: Aygün (n 2) 152; Borras and Degeling (n4) 171.

Sözleşmenin 22. maddesinin c bendinde 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde de yer alan tanıma ve tenfiz engeli mevcuttur. Bu engele göre, nafaka kararının tanınması ve tenfizi için talep edilen devlette, tarafların aynı olduğu, konu bakımından da aynı amaca yönelik olan önceden açılmış ve görülmekte olan bir dava söz konusu ise, 2007 tarihli Sözleşmeye göre nafaka kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün olmayabilecektir. Dikkat edilmesi gereken husus, tanınması ve tenfizi istenen kararın konusu ile talep edilen devlette görülen davanın konusunun birbiriyle aynı olmasıdır[104].

Yine Sözleşmenin 22. maddesinin d bendinde 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde de yer alan milletlerarası karar ahengini sağlamak amacıyla getirilmiş bir tanıma ve tenfiz engelidir. Zira, bu engele göre, talep edilen devlette veya başka bir devlette aynı konuda ve aynı taraflar arasında verilen kararla uyuşmayan bir kararın bulunması durumunda ilgili kararın tanınması ve tenfizi mümkün olamayabilecektir[105].

Son olarak Sözleşmenin 22. maddesinin e bendinde MÖHUK' un 55. maddesinin 2. fıkrasına[106] benzer bir düzenleme tanıma ve tenfiz engeli olarak getirilmiştir. Bu bentte sayılan hususlar diğer La Haye Sözleşmelerinde yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu düzenlemeyle adil yargılanma haklarından olan hukuki dinlenilme ve savunma haklarının sağlanması amaçlanmıştır.

E- Tanıma ve Tenfiz Usulü

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin 23. ve 24. maddelerinde tanıma ve tenfizin usullerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur.

Nafaka kararının tanınması ve tenfizi açısından Sözleşmenin iki farklı usul öngördüğünü söyleyebiliriz. Bu usullerden 23. maddede düzenlenen usul olan kayıt ve ilan usulü asıl usuldür. 24. maddede belirtilen usul ise alternatif usuldür.

104 Aygün (n 2) 150-151.

105 Aygün (n 2) 151.

106 MÖHUK' un 55. maddesinin 2. fıkrası aynen şu şekildedir: "*(2) Karşı taraf ancak bu bölüm hükümlerine göre tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir.*".

1- Kayıt veya İlan Usulü

Sözleşmenin 23. maddesinde[107] kayıt ve ilan usulü düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, tanıma ve tenfiz için yapılan başvurular talepte bulunulan devletin merkezi makamına derhal bildirilecektir. Talep edilen devletin merkezi makamı da yapılan başvuruyu derhal beyan edecek veya kararın icrası için kayıt altına alacak olan makama gecikmeksizin yönlendirecektir.

Ayrıca talepte bulunulan devletteki yetkili makama doğrudan başvuru yapıldığında, yetkili makam, başvuruyu, kararın icra edilebilirliğini beyan edecek veya icrası için derhal kayıt altına alacaktır.

Nafaka kararının icrasını beyan etme veya kayıt altına alma yalnızca talepte bulunulan devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa reddedilebilecektir. Bu durumda başvuru sahibinin ya da davalının görüş bildirme hakkı yoktur.

Başvuru sahibi veya davalı, yapılan beyan veya kayıt ya da bunların reddine ilişkin olarak derhal bilgilendirilirler; bu kişiler, bilgilendirmeden sonra, esas ya da usule ilişkin itiraz veya temyiz yoluna da başvurabilirler. İtiraz ya da temyiz süresi bilgilendirmenin bu kişilere yapıldığı tarihten itibaren 30 gündür. Ancak itiraz ya da temyiz başvurusunda bulunan kişinin yerleşim yeri, beyan veya kaydın yapıldığı veya reddedildiği âkit devlette bulunmuyorsa itiraz veya temyiz süresi, kendilerine yapılan bildirimden itibaren 60 gündür. Bu itiraz veya temyiz taleplerinin 30 ve 60 günlük sürelere bağlı tutulması, nafakanın olabildiğince hızlı tahsil edilmesi bakımından 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesiyle getirilen bir yeniliktir[108].

---

107 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin 23. maddesi aynen şu şekildedir:
"(1) Bu Sözleşmenin hükümlerine göre, tanıma ve tenfiz usulleri talepte bulunulan Devletin hukukuna tâbi olur.
(2) Bölüm III uyarınca bir kararın tanınma ve tenfiz başvurusu Merkezi Makam aracılığı ile yapıldığında yerlerde, talep edilen Merkezi Makam derhal:
a) Başvuruyu, kararın tenfizini gecikmesizin beyan edecek ya da tenfizi için kararı kayıt altına alacak olan makama yönlendirir; veya
b) Yetkili makam kendisi ise, söz konusu tedbirleri kendisi alır.
(3) 19. maddenin 5. fıkrası uyarınca talepte bulunulan Devletteki yetkili makama doğrudan talepte bulunulduğunda, söz konusu makam vakit kaybetmeksizin kararın uygulanabilir olduğunu bildirir veya tenfiz kararını kayda geçirir.
(4) Beyan etme ve kayda geçirme yalnızca madde 22 a)'da belirtilen gerekçeye dayanarak reddedilebilir. Bu aşamada ne başvuru sahibi ne de davalının herhangi bir görüş sunma hakkına sahiptir.
(5) Başvuru sahibi ve davalı, 2. ve 3. fıkralar kapsamında yapılan beyan veya kayıt veya bunlara ilişkin olarak 4. fıkra kapsamındaki ret hakkında gecikmeksizin bilgilendirilirler ve söz konusu kişiler esas ya da usule ilişkin olarak itiraz veya temyiz yoluna başvurabilirler.
(6) İtiraz veya temyize, 5. fıkra kapsamında bildirimin yapıldığı tarihten itibaren 30 gün içinde gidilir. İtiraz veya temyiz başvurusunda bulunan tarafın yerleşim yeri, bildirim veya kaydın yapıldığı veya reddedildiği Akit Devlette değilse, itiraz veya temyize bildirimin yapıldığı tarihten itibaren 60 gün içinde gidilir.
(7) İtiraz veya temyiz, aşağıdaki hususlara dayanabilir:
a) 22. maddede belirtilen tanıma ve temyizi reddetme gerekçeleri;
b) 20. madde kapsamında tanıma ve temyiz esasları;
c) Madde 25 (1) a), b) veya d) veya (3) b) gereğince iletilen herhangi bir belgenin aslına uygunluğu veya bütünlüğü.
(8) Davalının itiraz ya da temyizi, tanıma ve tenfiz vadesi dolmuş ödemelere ilişkin olduğu ölçüde, borcun yerine getirildiği hususuna da dayanabilir.
(9) Başvuru sahibi ve davalı, itiraz veya temyizi takiben karar hakkında gecikmeksizin haberdar edilir.
(10) Talepte bulunulan Devletin hukuku izin verdiği takdirde, yeni bir temyiz istisnai bir durum olmadığı sürece kararın tenfizini askıya alma sonucu doğurmaz.
(11) Herhangi bir temyiz de dâhil olmak üzere, tanıma ve tenfiz kararı alırken yetkili makam süratle hareket eder.".

108 Aygün (n 2) 154.

Sözleşmenin 23. maddesiyle, başvuru sahibi veya davalıya, başvurunun Sözleşmenin 20. maddesinde düzenlenen tanıma-tenfiz şartlarına, yine başvurunun Sözleşmenin 22. maddesinde düzenlenen tanıma-tenfiz engellerine, tanıma-tenfizde başvuru yapılırken eklenecek olan belgelerin eksik olup olmadıklarına veya doğru olup olmadıklarına ilişkin itiraz veya temyiz yoluna başvuru imkânı tanınmıştır. Davalı, bu hüküm gereği, geçmişte yapmış olduğu ödemeleri öne sürerek borcunu yerine getirdiğine ilişkin itiraz veya temyiz başvurunda da bulunabilir. Yapılan itiraz veya temyizler hakkında, başvuru sahibi veya davalı derhal haberdar edilmek zorundadır. Yapılan itiraz veya temyiz başvuruları, talepte bulunulan devletin hukukunun izin vermesi şartıyla, kararın icrasını durdurmayacaktır.

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin 23. maddesinin öngörmüş olduğu sistem bakımından ABD, Kanada ve AB ülkelerinde benzer sistem söz konusuyken Çin, Japonya ve Rusya gibi ülkelerde tanıma ve tenfizin usulüne ilişkin tamamen farklı bir sistem mevcuttur. Bu sebeple, 23. maddeye itirazda bulunan ülkeler tanıma ve tenfize ilişkin esnek hükümlerin getirilmediği sürece Sözleşmeye taraf olmalarının mümkün olmayacaklarını bildirmişlerdir. Bunun sonucunda da 23. maddeye ek olarak 24. maddeyle alternatif bir usul öngörülmüştür[109].

2- Alternatif Usul

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin 23. maddesinde düzenlenen iki aşamalı tanıma tenfiz sistemine ek olarak tek aşamalı bir tanıma-tenfiz sistemi kabul edilmiştir. Bunun sebebi, 23. maddede düzenlenen tanıma ve tenfiz usulünde, nafaka kararının önce icra edilebilir nitelikte olduğunun yetkili makam tarafından ilan veya kayıt edilmesi, daha sonrasında ise taraflara itiraz veya temyiz imkânının verilmesi, tanıma ve tenfiz kararı hakkında doğrudan mahkemeye başvurunun söz konusu olduğu Türkiye gibi devletler açısından aşina olmayan bir usul olmasıdır. Dolayısıyla, Sözleşmenin 24. maddesinde[110] düzenlenen alternatif usulün konulması ihtiyacı doğmuştur[111].

109 Carlson (n 23) 34; Borras and Degeling (n 4) 173-175.

110 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi' nin 24. maddesi aynen şu şekildedir:
" (1) 23. maddenin 2. ila ve 11. fıkra hükümlerine rağmen, bir Devlet, 63. madde uyarınca, bu maddede belirtilen tanıma ve tenfiz usulünü uygulayacağını beyan edebilir.
(2) Bölüm III uyarınca bir kararı tanıma ve tenfiz başvurusu Merkezi Makam aracılığı ile yapıldığında, talep edilen Merkezi Makam derhal;
a) Ya tanıma ve tenfiz uygulamasına karar verecek yetkili makama başvuruyu yönlendirir; ya da
b) Kendisi yetkili makam ise, söz konusu kararı kendisi alır.
(3) Tanıma ve tenfiz kararı, dava usulüne uygun olarak ve derhal davalıya ihbar edildikten ve iki tarafın da kendilerini ifade edebilmeleri için yeterli imkân verildikten sonra, yetkili makam tarafından verilir.
(4) Yetkili makam, Madde 22 a), c) ve d)'de belirtilen tanıma ve tenfizi reddetme gerekçelerini re'sen (kendiliğinden) dikkate alabilir. Yetkili makam, madde 20, 22 ve 23 (7) c)'de belirtilen hususları, davalı tarafından ileri sürülmüş olması halinde ya da bu hususlara ilişkin şüphelerin 25. maddeye istinaden sunulan belgelerin metinlerinden açıkça anlaşılması halinde dikkate alabilir.
(5) Tanıma ve tenfizin reddi, tanıma ve tenfiz vadesi dolmuş ödemelere ilişkin olduğu ölçüde, borcun yerine getirildiği hususuna da dayanabilir.
(6) Talep edilen Devletin hukuku izin verdiği takdirde, herhangi bir temyiz istisnai bir durum olmadığı sürece kararın tenfizini askıya alma sonucu doğurmaz.
(7) Herhangi bir temyiz de dâhil olmak üzere, tanıma ve tenfiz kararı alırken yetkili makam süratle hareket eder.".

111 Aygün (n 2) 155; Borras and Degeling (n 4) 177.

Âkit bir devlet, Sözleşmenin 63. maddesi uyarınca, 24. maddenin 1. fıkrasına göre, bu maddede belirtilen alternatif tanıma ve tenfiz usulünü uygulanacağını beyan edebilir. Türkiye, sözleşmeye taraf olurken, tanıma ve tenfiz uygulamasında alternatif usulü tercih ettiğini beyan etmiştir[112].

Sözleşmenin 23. maddesindeki usule nazaran 24. maddede düzenlenen alternatif usul imkânlarının, daha sınırlı, borçluya daha fazla sorumluluk yükleyen, hızlı ve esnek bir yapıda olduğunu söylemek mümkündür[113].

Sözleşmenin 23. ve 24. maddelerinde düzenlenen tanıma ve tenfiz usullerinde, yapılacak başvurulara eklenecek belgelerin neler olduğu Sözleşmenin 25. maddesinde düzenlenmiştir. Bu belgeler; kararın tam metni, kararın verildiği devlette icra edilebilir olduğunu belirten belge, kararın davalıya usulüne uygun tebliğ edildiğini ve savunma imkânı verildiğini ispatlayan belge, vadesi geçtiği hâlde ödenmemiş borç miktarını ve bu miktarın hesaplanmasını gösteren belge, nafakanın uyarlanması için gerekli bilgi ve belge ile başvuru sahibinin kararın verildiği devlette aldığı adli yardımı gösteren belgedir[114, 115].

---

112 Aygün (n 2) 155.

113 Aygün (n 2) 155; Duncan (n 20) 11; Borras and Degeling (n 4) 177.

114 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi'nin " Belgeler" başlıklı 25. maddesi aynen şu şekildedir:
"(1) 23. madde veya 24. madde kapsamındaki tanıma ve tenfiz başvurusuna aşağıdaki belgeler eklenir:
a) Kararın tam metni;
b) Menşe Devlette kararın uygulanabilir olduğunu belirten belge, ve kararın bir idari makam tarafından verilmesi durumunda söz konusu Devlet, 57. madde uyarınca idari makamlarının kararlarının her zaman koşulları yerine getirdiğini belirtmemiş ise 19. maddenin 3. fıkrasında belirtilen koşulların sağlandığını belirten belge;
c) Davalı, menşe devletteki duruşmalarda hazır bulunmamış ve temsil edilmemiş ise, davalıya davanın ihbarının usulüne uygun olarak yapılmış ve kendini savunma imkânının sunulmuş olduğunu veya davalıya kararın usulüne uygun bir şekilde bildirildiği ve maddî vakıa ve hukukî hususlara ilişkin itiraz ya da temyiz imkânının sunulduğunu tasdik eden belge veya belgeler;
d) gerektiğinde, ödenmemiş borç miktarını ve söz konusu miktarın hesaplandığı tarihi gösteren bir belge;
e) gerektiğinde, indeksleme yoluyla otomatik tahsis sağlayan bir karar durumunda, gereken hesaplamaları yapmak için lüzumlu bilgiyi içeren bir belge;
f) gerektiğinde, başvuru sahibinin menşe Devlette aldığı ücretsiz adli yardım kapsamını gösteren belge.
(2) Madde 23 (7) c) uyarınca bir itiraz veya temyiz durumunda veya talepte bulunulan Devletteki yetkili makamın talebi üzerine, ilgili belgenin menşe Devletteki yetkili makamınca onaylanmış tam sureti derhal aşağıdakiler tarafından sağlanır:
a) Başvurunun Bölüm III uyarınca yapıldığı hallerde, talep eden Devletin Merkezi Makamı tarafından;
b) İstemin talepte bulunulan Devletin yetkili makamına doğrudan yapıldığı hallerde, başvuru sahibi tarafından.
(3) Bir Akit Devlet 57. madde uyarınca aşağıdaki hususları belirtebilir;
a) Kararın menşe Devletteki yetkili makam tarafından onaylanmış tam suretinin başvuruya eklenmesi gerektiği;
b) Kararın tam metni yerine, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı tarafından önerilen ve yayımlanan formatta da olabilecek menşe Devletin yetkili makamı tarafından verilen kararın özeti veya bir bölümünü, kabul edeceği durumları; veya
c) 19. maddenin 3. fıkrası koşullarının yerine getirildiğini belirten bir belgenin istenmediği.".

115 Türkiye, Sözleşmeye taraf olurken 3 Nolu beyanla Sözleşme kapsamındaki başvurularda başka belgelerin de talep edilebileceğini beyan etmiştir. Bu belgeler;
- Nafaka kararı ve varsa bu kararda değişiklik yapan kararın tam metninin onaylı sureti,
- Gerekli olduğu ölçüde davanın ve mahkeme kararının borçluya tebliğ edildiğini gösteren belgeler,
- Borçlunun kimliğine ilişkin bilgi ve belgeler ile varsa fotoğrafı,
- Alacaklı ve borçlunun yasal temsilcisine ilişkin bilgi ve belgeler,
- Çocuğun doğum sertifikası ya da aile nüfus kaydı, bunlar yoksa soybağını ispata yarar diğer belgeler,
- Yoksulluk nafakasına yönelik taleplerde alacaklının medeni hâline ilişkin belge,
- 18 yaşını doldurmuş çocukların işleyen nafaka alacaklarına yönelik taleplerde eğitimin devam ettiğini gösteren belge,
- Nafaka borcunun bir endekse bağlanması durumunda endekslenme yöntemi, faiz ödeme yükümlülüğü bulunması hâlinde ödenecek faiz oranı ve faizin başladığı tarih,
- Başvuranın Türkiye Cumhuriyeti merkezi makamını yetkilendirdiğini gösteren yetki belgesi,
- Birikmiş nafaka borcu ve varsa ödemeleri gösteren liste. Aygün 157.

IV- Talepte Bulunulan Devlet Hukukuna İstinaden İcra

La Haye Sözleşmeleri tarihinde ilk olarak, 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinde talepte bulunulan devletin hukukuna göre tenfiz[116] ayrı bir bölümde düzenlenmiştir. Bu sözleşme hükümlerine bazı devletler tarafından, sözleşme hükümlerine nazaran ulusal yasalara baskın hakimiyet verildiğinden bahisle karşı çıkılmıştır. Fakat, karşı çıkmalara rağmen bu hükümler Sözleşmede 32 ilâ 35. maddeler arasında yerini almıştır[117].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin 32. maddesine göre, âkit menşe devlette verilen bir nafaka kararının tanınması veya tenfizi gerçekleştikten sonra kararın icrası talepte bulunulan devletin hukukuna göre ve derhal gerçekleştirilir. Nafakaya ilişkin bir kararın icra edilebilir olduğu bildirildiğinde ya da icrası kayıt altına alındığında, merkezi makamlar aracılığıyla yapılan başvurular söz konusu olduğunda, kararın icrası, başka bir işlem yapılmasına gerek olmadan devam eder. Kural, nafaka kararlarının icrasına talep edilen devletin hukukunun uygulanması iken, Sözleşmenin 32. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında bu kurala istisnalar getirilmiştir. Bunlara göre, nafaka yükümlülüğünün süresi hakkında kararın verildiği devlette uygulanan tüm kurallara etki tanınacaktır. Nafaka borçlarının ödenmemesi hâlinde uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından ise, kararın verildiği menşe devlet ile talepte bulunulan devletin hukuklarından hangisi daha uzun süreli zamanaşımı öngörüyor ise o devletin hukuku esas alınacaktır[118].

Kendisine nafaka kararının icrası için talepte bulunulan devlet, Sözleşme kapsamında yapılan başvurularda, Sözleşmenin 33. maddesi[119] gereğince, en azından kendi iç hukukunda uyguladığı usul ile aynı seviyede usulleri sağlamak zorundadır. Talepte bulunulan devlette yabancı kararların icrasına uygulanacak icra prosedürü, iç hukuk kapsamında verilen kararlara uygulanacak icra prosedüründen daha ağır olamaz[120].

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin 34. maddesi gereğince, Âkit devletler kararları tenfiz için iç hukuklarında etkili tedbirleri alacaklardır. Madde hükmüne göre alınabilecek tedbirler şunlardır:

116 *Aygün*, Türk hukukunda ilk defa sözleşmenin tercüme metnindeki hatayı tespit edip, kullanılması gereken terimin 'tenfiz' değil, 'icra' olması gerektiğini dile getirmiş; eserinde 'tenfiz' yerine 'icra' terimini kullanmıştır. Bu bakımdan çalışmada 'tenfiz' terimi yerine 'icra' terimi kullanılmıştır.

117 Aygün (n 2) 159; Borras and Degeling (n 4) 191.

118 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin 32. maddesi aynen şu şekildedir:
*" **İç Hukuk Kapsamında Tenfiz***
(1) Bu bölüm hükümlerine göre, tenfiz, talep edilen Ülke hukukuna göre gerçekleştirilir.
(2) Tenfiz vakit kaybetmeden gerçekleştirilir.
(3) Bir kararın V. Bölüm hükümlerine göre tenfiz edilebilir olduğu bildirildiğinde ya da tenfizi tescil edildiğinde, başvurunun merkezi makamlar aracılığıyla yapılması durumunda, tenfiz, başvuran tarafından başka bir işlem yapılmasına gerek olmadan devam eder.
(4) Nafaka yükümlülüğünün süresine ilişkin kararın menşe devletinde uygulanan tüm kuralların etkisi göz önüne alınır.
(5) Menşe devlet ya da talep edilen devletin kurallarından hangisi daha uzun bir süre öngörüyor ise, ödenmemiş borçların tenfizinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi olarak belirlenecektir.".

119 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin "Eşit İşlem Yapma" başlıklı 33. maddesi aynen şu şekildedir: *"Talep edilen Devlet, Sözleşmeye tâbi durumlarda da, en az iç hukukunda uyguladığı ile aynı kapsamdaki tenfiz usullerini sağlar.".*

120 Aygün (n 2) 159; Borras and Degeling (n 4) 195.

a) ücret stopajı;

b) banka hesapları ve diğer kaynaklardan haciz;

c) sosyal güvenlik ödemelerinden kesinti;

d) rehin tesisi veya mülkün cebrî satışı;

e) vergi iadesi stopajı;

f) emeklilik gelirlerinin kısıtlanması ya da emeklilik gelirlerine el konması;

g) kredi bürosu raporlaması;

h) çeşitli ruhsatların verilmemesi, askıya alınması veya iptali (örneğin, ehliyet);

i) Gönüllü uzlaşım için arabuluculuk, uzlaşma veya benzeri süreçlerin işletilmesi.

Âkit devletler, nafaka olarak ödenecek paraların en masrafsız ve en verimli yöntemler kullanılarak transferini sağlamak adına bu yöntemlerin geliştirilmesi için teşvik edileceklerdir. Kanunlarına göre para transferlerinin kısıtlı olduğu bir Âkit devlet nafaka olarak ödenecek paraların transferine en yüksek önceliği tanıyacaktır[121].

Sonuç

Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi, taraf devletler arasında, nafakaya ilişkin sorunların çözümüne yanıt veren, erişilebilir, hızlı düşük maliyetli, verimli, adil ve tarafların etkin iletişimini sağlamayı amaçlayan bir sözleşmedir. Bu hedefleri doğrultusunda, Sözleşmede öncelikle çocukların üstün yararı gözetilerek, onun hayatını idame ettirebilmesi için gerekli olan nafakanın ve diğer nafaka türlerinin tahsili ile nafaka kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen bir sözleşmedir. 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, Sözleşme kapsamına giren nafakaların tahsilinde etkin bir uluslararası idari işbirliği sistemi kurmayı hedeflemiştir.

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi, bir idari işbirliği ve bir tenfiz sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Sözleşme hükümlerine göre, âkit devletler arasında karşılıklılığın gerçekleşmesine bağlı olarak uygulanır. Yani bu sözleşme *loi uniforme/erga omnes* nitelikte bir sözleşme değildir. Sözleşme hem nafaka alacaklarının tahsiline ilişkin 1956 tarihli New York Sözleşmesinin hem de nafaka kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin 1958 tarihli ve 1973 tarihli La Haye Sözleşmelerinin yerine geçmek üzere oluşturulmuştur.

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesiyle 1956 tarihli New York Sözleşmesindeki "gönderici" ve "aracı" makamlardan vazgeçilip, merkezi makam sistemi

121 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin 35. maddesi aynen şu şekildedir:
*" **Fon Transferi***
(1) Akit Devletler, uluslararası anlaşmalar yoluyla da, nafaka ödemesi olarak kullanılabilecek fon transferi için mevcut olan masrafı en az ve en verimli yöntemleri kullanmaya teşvik edilmektedir.
(2) Kanunlarına göre para transferlerinin kısıtlı olduğu bir Akit Devlet, bu sözleşme kapsamında ödenecek fon transferine en yüksek önceliği tanır.".

benimsenmiştir. Türkiye merkezi makam olarak Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nü tayin etmiştir.

Sözleşme, aynı zamanda çocuk nafakalarına ilişkin başvurularda 21 yaş altı çocuklara ücretsiz adli yardım sağlama yükümlülüğü getirmiştir.

Diğer La Haye sözleşmelerinden farklı olarak, ilk kez talepte bulunulan devletin hukukuna göre nafaka kararlarının icra edilmesi sistemi düzenleme altına alınmıştır.

Sözleşmenin kapsamına ilk olarak çocuk nafakaları ve eş nafakaları girmektedir. Kardeşler arasındaki nafakalar, ana babanın çocuklarından talep ettiği nafakalar ile yansoy ve kayın hısımlığından kaynaklanan nafakalar kural olarak sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuşlardır. Bu nafaka türlerinin Sözleşmenin kapsamına girebilmesi için taraf devletlerin aynı nafaka yükümlülükleri bakımından ve Sözleşmenin aynı bölümlerini kapsayacak şekilde beyanda bulunmaları gerekmektedir.

Sözleşme hükmü gereğince, 1956 tarihli New York Sözleşmesi ile 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin ikisine de taraf olan devletler arasında çıkan meselelerde 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesi uygulanacaktır. Sadece 1956 tarihli New York Sözleşmesine ya da sadece 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesine taraf olan devletlerle diğer âkit devletler arasında çıkan uyuşmazlıklarda ise her iki devletin de taraf olduğu sözleşme uygumla alanı bulacaktır. Aynı zamanda her iki sözleşmeye de taraf olan devletler bakımından 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin kapsamına girmeyen, fakat 1956 tarihli New York Sözleşmesinin kapsamına giren bir husus söz konusu olur ise, 1956 tarihli New York Sözleşmesinin uygulanacağı açıktır.

Yine 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin 48. maddesi gereğince 1973 tarihli Sözleşme kapsamına giren konularla 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesinin konularının çakıştığı durumlarda 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi devre dışı kalacaktır. Aynı durum 1958 tarihli La Haye Sözleşmesi bakımından da geçerlidir.

Türkiye 2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesine, beyanda bulunarak, çocuk nafakasını 25 yaşını doldurmamış çocuklara ilişkin nafakaları da kapsayacak şekilde Sözleşmenin kapsamını genişletmiştir. Ayrıca Türkiye Sözleşmenin tamamı bakımından, eşe yönelik nafakalar ile herhangi bir yaş sınırı gözetmeksizin hayatını idame ettiremeyecek derecede fiziksel veya zihinsel engelli çocuklar ve bakıma muhtaç ana veya babaya yönelik nafakalara teşmil ettiğini beyan etmiştir. Dolayısıyla, Türkiye bakımından bunlar dışında kalan kardeşler arasındaki nafakalar, bakıma muhtaç olmayan ana veya babaya ilişkin nafakalar Sözleşmenin kapsamında yer almadığından bunlara ilişkin nafaka alacaklarının tahsilinde 1956 tarihli New York Sözleşmesi ile bu kararların tanınması ve tenfizine ilişkin 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulanmaya devam edecektir.

Türkiye Sözleşmeye taraf olurken aynı zamanda Sözleşmede düzenlenen tanıma ve tenfiz usullerinden alternatif usul olan 24. maddeyi benimsediğini beyan etmiştir.

2007 tarihli La Haye Tahsil Sözleşmesiyle ilk olarak talep olunan devletin hukukuna göre icra ayrı bir bölümde incelenmiştir. Bu hükümler, merkezi makamlar aracılığıyla yapılan başvuruların yanı sıra, doğrudan yapılan başvurulara da uygulanacaktır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

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

Aygün M, *Milletlerarası Özel Hukukta Nafakaya İlişkin Yeni Sistem*, (Yetkin 2016).

Aygün M and Çağlayan-Aygün G, *"Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi",* (2018) 9(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71-102.

Bozdağ GG, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka,* (Yetkin 2015).

Carlson MH;*"United States Perspective on the New Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance",* (2009) Family Law Quarterly, 21- 35.

Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (15nd edn, Beta 2017)

Doğan İ, *Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku,* (Seçkin 2010).

Duncan W, *"The New Hague Child Support Convention: Goals and Outcomes of the Negotiations"*, (2009) Family Law Quarterly, 1-20. (Outcomes of The Negotiations)

Duncan W, *"The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance",* (2008) Yearbook of Private International Law, 313-331. (The Hague Convention)

Duncan W, *"The Development of The New Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance"*, (2004) Family Law Quarterly, 663-687. (The Development of The New Hague Convention)

Estin AL, *"Families Across Borders: The Hague Children's Conventions and the Case for International Family Law in the United States"*, (2010) Florida Law Review, 47-108.

Groff M, *"The Potential of The 2007 Child Support Convention: Addressing Global Poverty and Supporting Economic Rights"*, The Recovery of Maintenance in The EU and Worldwide, (Hart Publishing 2014), 89-100.

Long E, *"The New Hague Maintenance Convention"*, (2008) International and Comparative Law Quarterly.

Köseoğlu B, *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları (Bilimsel İçtihatlar ve Yargı İçtihatları),* (4nd edn, Türkiye Barolar Birliği 2007).

Long E, *"The New Hague Maintenance Convention"*, (2008) International and Comparative Law Quarterly, 984-996.

Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku*, (22 edn, Beta 2017).

Özoğul M, *2007 tarihli La Haye Nafaka Sözleşmesi"*, (2016) 8 Uluslararası Özel Hukuk Bülteni.

Özuğur Aİ, *Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemelerine Göre Gerekçeli- Açıklamalı- İçtihatlı Nafaka Hukuku (Kanunlar- Milletlerarası Sözleşmeler- Yönetmelikler)*, (5nd edn, Seçkin 2014).

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (6nd edn, Vedat 2018).

Şensöz-Malkoç E; *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, (On İki Levha 2017).

Tanrıbilir FB, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*, (Yetkin 2011).

Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, (10nd edn, Vedat 2009).

Elektronik Kaynaklar

Borras A and Degeling J, *Explanatory Report of Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance,* 2013, HCCH: https://assets.hcch.net/upload/expl38.pdf, Erişim Tarihi 10.12.2018.

"Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance", https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=131, Erişim Tarihi 10.12.2018.

http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/05/20160522-6.pdf, Erişim Tarihi 13.12.2018.

"Status Table of Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance", HCCH: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131, Erişim Tarihi 12.12.2018.

İSTANBUL UNIVERSITY PRESS

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 511–552

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0015
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Submitted: 06.05.2019
Revision Requested: 10.05.2019
Last Revision Received: 16.05.2019
Accepted: 19.07.2019
Publish Online: 03.10.2019

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

GATT Article XXI, the Continuous Quest for Clarifying its Material Scope, and the WTO Panel Report on *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*

Ömer Faruk Direk*

Abstract
It has been witnessed - especially for the last couple of years - that several states have relied on GATT Article XXI (or the so-called the WTO national security exception) to derogate from their WTO obligations. GATT Article XXI states that contracting parties are not precluded from taking any action which they consider necessary for the protection of their essential national security interests. In turn, such an exception has raised difficult legal questions since the inception of the GATT. First, is the authority vested in the contracting parties self-judging, or can it be reviewed by WTO adjudicatory bodies? Second, what is the standard for a review to be conducted in respect of Article XXI *ratione materiae*? This Article examines the reviewability and meaning of the WTO national security exception in depth. It also pays specific attention to *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512), which is the first ever adjudication of GATT Article XXI by a WTO panel. Overall, this Article argues that while the question of its reviewability should no longer be disputable, there still exists a continuous quest to clarify the entire material scope of GATT Article XXI.

Keywords
GATT Article XXI, WTO National Security Exception, Russia – Measures Concerning Traffic in Transit, the Good Faith Obligation, Djibouti v. France, Certain Iranian Assets

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması Madde XXI, Süregelen Muğlak İçeriğinin Açıklığa Kavuşturulması ve *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit Kararı*

Öz
Dünya Ticaret Örgütü'ne taraf birçok devlet, son yıllarda Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması Madde XXI tahtında DTÖ Anlaşmalarındaki yükümlülüklerinden kaçınmaya başlamıştır. DTÖ Anlaşmalarında istisnai bir hüküm olarak kabul edilen Madde XXI, üye devletlere ulusal güvenliğin korunması adına önemli bir takdir yetkisi vermektedir. Ancak hem bu Maddenin muğlak ve tartışmalı olan içeriği hem de şimdiye kadar olan uygulaması uluslararası hukuk açısından ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmektedir. Bu bağlamda, bu makale Madde XXI ile ilgili iki temel soruya cevap aramaktadır. Makalede, ilk olarak üye devletlere verilen takdir yetkisinin münhasır olup olmadığı yada DTÖ panelleri tarafından yargılanıp yargılanamayacağı irdelenmektedir. Daha sonra ise, söz konusu takdir yetkisinin yargılanabilir olduğu kabul edildiği durumda, yapılacak olan yargılamanın hangi ölçütlere göre yapılması gerektiği tartışılmaktadır. Yapılan bu incelemeler, Madde XXI uygulaması ile ilgili ilk DTÖ panel kararı niteliğini haiz ve çok yakın zamanda verilmiş olan *Russia- Measures concerning Traffic in Transit* kararı ışığında ele alınmıştır. Makale, özetle, üye devletlere bırakılan takdir yetkisin münhasır olmadığını, ancak bu yetkinin süregelen muğlak içeriğinin açıklığa kavuşturulma ihtiyacının devam etmekte olduğunu iddia etmektedir.

Anahtar Kelimeler
Dünya Ticaret Örgütü, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması Madde XXI, Russia- Measures concerning Traffic in Transit, Uluslararası hukukta iyiniyet kuralı, Djibouti v. France, Certain Iranian Assets

* **Correspondence to:** Omer Faruk Direk (Asst. Prof.), Kocaeli University, Faculty of Law, Kocaeli, Turkey. E-mail: omer.direk@kocaeli.edu.tr
ORCID: 0000-0001-7714-6647

To cite this article: Direk OF, "GATT Article XXI, the Continuous Quest for Clarifying its Material Scope, and the WTO Panel Report on Russia - Measures concerning Traffic in Transit" (2019) 39(2) PPIL 511. https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0015

©The Authors. Published by the İstanbul University under the terms of the Creative Commons Attribution License http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/, which permits unrestricted use, provided the original author and source are credited.

GATT Article XXI, the Continuous Quest for Clarifying its Material Scope, and the WTO Panel Report on *Russia - Measures concerning Traffic in Transit*

Introduction

One salient point of difference between international law and national law is that the former lacks a strong centralised system. International law does not have hierarchical law-making and judicial institutions akin to those existing in domestic legal orders.[1] Such a weakness consequently causes the eruption of certain problems, one of which is that unilateral security measures are frequently being invoked by states. It has been a common practice in international affairs for states to widely opt for taking unilateral actions outside the framework of the collective security system enshrined in the United Nations Charter.[2]

What has recently been called "trade wars" or "economic warfare" taking place between certain powerful countries in particular represents a good illustration in point.[3] The United States has been the most prominent country to invoke unilateral measures during the last couple of years. For example, in April 2017, President Donald J. Trump asked the US Department of Commerce whether steel and aluminium imports could threaten the national security of the country.[4] In January 2018, the Secretary of Commerce transmitted reports to the President, which found that the foreign import quantities of steel and aluminium at that time could result in the closure of domestic production facilities, thereby "*threatening to impair the national security of the United Sates*" as defined in Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962.[5] Claiming that the welfare of his nation related to the national security of the country, President Trump exercised his authority under the Trade Expansion Act, and signed executive orders on 8 March 2018 imposing a 25 percent ad valorem tariff on steel imports and a 10 percent ad valorem tariff on aluminium imports.[6]

The US measures on steel and aluminium products in turn created a mounting tension in the international trade world. Several World Trade Organisation ("WTO")

1 Jack Goldsmith & Daryl Levinson, "Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law" (2008-2009) 122 (1) *Harvard Law Review* 1791, 1803.

2 Alain Pellet, "Sanctions Unilatérales et Droit International / Unilateral Sanctions and International Law" (2015) 76 *Yearbook of Institute of International Law* 721, 725-726.

3 Diane Desierto, "Protean 'National Security' in Global Trade Wars, Investment Walls, and Regulatory Controls: Can 'National Security' Ever Be Unreviewable in International Economic Law?" (2018) <https://www.ejiltalk.org/national-security-defenses-in-trade-wars-and-investment-walls-us-v-china-and-eu-v-us/> accessed 14 April 2019.

4 Jaemin Lee, "Commercializing National Security? National Security Exceptions' Outer Parameter under GATT Article XXI" (2018) 13 *Asian Center for WTO & International Health Law and Policy* 277, 279-280.

5 White House, "Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Steel into the United States" (2018) para 2 <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states/>accessed 14 April 2019; White House, "Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Aluminium into the United States" (2018) <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states-4/> accessed 14 April 2019.

6 Ibid.

members, e.g. Turkey on 15 August 2018, requested consultations with the United States concerning the abovementioned US imposed measures. On 25 January 2019, WTO panels were established to deal with the complaints raised by Turkey, China, India, the European Union, Canada, Mexico, Norway, the Russian Federation and Switzerland in each respective consultation.[7] Dozens of member states reserved their third party rights in relation to joining the proceedings. The term of reference of each panel has the same wording, apart from the different names and reference numbers of the complainants:

> "*to examine, in the light of the relevant provisions of the covered agreements cited by the parties to the dispute, the matter referred to the DSB by China in document WT/DS544/8 and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in those agreements*".[8]

In accepting the consultation request from each complainant prior to the establishment of the panels, the United States relied on Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 ("GATT") or the so-called the WTO national security exception,[9] which reads as follows:

> "*Nothing in this Agreement shall be construed*
>
> *(a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or*
>
> *(b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests*
>
> *(i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;*
>
> *(ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;*
>
> *(iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or*
>
> *(c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security*".

The United States asserted that the requests in question were pursuant to Article 14 of the *Agreement on Safeguards*, whereas the measures taken under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962 were not safeguard measures but rather tariffs on the import of steel and aluminium products threatening to impair the country's national security. According to Article XXI, issues of national security cannot be reviewed by

7 World Trade Organization, "United States- Certain Measures on Steel and Aluminium Products" <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds556_e.htm> accessed 14 April 2019.

8 World Trade Organization, "United States- Certain Measures on Steel and Aluminium Products- Constitution of the panel Established at the Request of China- Note by the Secretariat" <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds544%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true> accessed 14 April 2019.

9 Brandon J. Murrill, "The 'National Security Exception' and the World Trade Organization" (2018) *Congressional Research Service Legal Sidebar*, 1 <https://fas.org/sgp/crs/row/LSB10223.pdf> accessed 14 April 2019.

panels, since appraising the kind of actions to be taken to protect essential national security interests falls within a country's inherent rights. That is to say, the authority conferred on member states by Article XXI is self-judging.[10]

Invocation of Article XXI by the United States was certainly not a surprise. It adopted a similar stance even in support of Russia, which itself has actually been subject to severe unilateral sanctions by the United States. In its Third Party Oral Statement in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512), which concerns a dispute between Ukraine and Russia where the latter invoked Article XXI (b) (iii), the United States sided with Russia, and claimed that the panel cannot make findings on Russia's claims, other than to conclude that the security exception contemplated under Article XXI has been invoked.[11]

Invocation of Article XXI by the United States in the above topical disputes gives rise to a number of significant legal questions. Considering that the national security exception in the GATT might be seen an "*all embracing*" clause –owing to the phrase "*nothing in this Agreement…*" it contains,[12] can Article XXI serve as a blanket legal basis for member states to derogate from any of their GATT obligations? On that footing, can a panel review Article XXI? What would be the legal effect of a term of reference delegated to a panel? If a panel is empowered to make a review of Article XXI *ratione materiae*, how should the standard of such a review be defined? Article XXI being invoked by a country for justifying its unilateral measures is nothing new. Reviewability and scope of the WTO national security exception have in fact been questionable since the promulgation and even negotiation of the GATT.[13] Such questions and debates in turn necessitate a rigorous and holistic scrutiny of GATT Article XXI to discuss its reviewability as well as the meaning of the various terms included in paragraphs (a), (b), and (c).

In this respect, the main aim of this article is to provide a comprehensive and robust analysis to deal with the above-mentioned set of legal questions. Given that the WTO Panel on *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) very recently released its Report on 5 April 2019, this article also examines the findings and implications of this Report, since it is the first ever WTO ruling centring on the

10 World Trade Organization, "United States- Certain Measures on Steel and Aluminium Products- Communication from the United States" <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds564%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true> accessed 14 April 2019.

11 Third Party Oral Statement of the United States of America, *Russia- Measures concerning Traffic in Transit* (DS512), (2018), para 6 <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/US.3d.Pty.Stmt.%28as%20delivered%29.fin.%28public%29.pdf#page=7> accessed 14 April 2019.

12 Raj Bhala, "National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does" (1998) 19 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 263, 267-268.

13 Jaemin Lee (n 4) 281; Roger P. Alford, "The Self-Judging WTO Security Exception" (2011) 3 *Utah Law Review* 697, 698.

justiciability and scope of the WTO national security exception.[14] The article begins a brief introduction of the WTO, which is followed by some further preliminary remarks. Thereafter, the questions concerning the reviewability of GATT Article XXI and its scope are handled in turn. Overall, this article argues that now owing to *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, the question whether Article XXI is self-judging should no longer be disputable, whereas there still exists a continuing quest for clarifying its scope, namely the standards in respect of its material review. Particularly, the meaning of the phrase "*the protection of its essential national interests*" in the chapeau of paragraph (b) calls for further clarification.

I. The World Trade Organisation in a Nutshell

The World Trade Organisation was created on 1 January 1995 as a result of the efforts began after the end of the Second World War.[15] In 1947, twenty-three countries negotiating tariff concessions reached a conclusion and signed the General Agreement on Tariffs and Trade ("GATT 1947").[16] The tariff concessions came into effect in 1948 by virtue of "Protocol of Provisional Application". The founding members of the GATT 1947 also negotiated to create the International Trade Organisation ("ITO") under the auspices of the United Nations.[17] They intended to turn the GATT 1947 into part of the ITO in order to protect the value of the tariff concessions they agreed on.

Shortly after the adoption of the GATT 1947, the Havana conference commenced on 21 November 1947. A draft had finally been signed in March 1948 but could not come into force due to non-ratification by some negotiating countries. Although the US Government at the time pioneered the creation of the ITO, the US Congress showed a serious opposition to the adoption of the ITO Charter. In 1950, the United States government declared that the United States would not ratify the Havana Charter.[18] Hence, the ITO could not be established, meaning that the GATT 1947 remained as the sole multilateral legal instrument governing international trade from 1948 until the WTO was founded in 1995.

Initial practices of the GATT 1947 concerned further reductions in tariffs. In the mid-1960s, a GATT Anti-Dumping Agreement was reached in the Kennedy Round. This was followed by efforts in the Tokyo Round aimed at improving the system in

14 Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/512r_e.pdf> accessed 25 April 2019.

15 World Trade Organization, "The GATT Years: from Havana to Marrakesh" <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm> accessed 14 April 2019.

16 For further details, see the 1947 Press Release of the European Office of the United Nations concerning the "Adoption and Signature of the Final Act" <http://sul-derivatives.stanford.edu/derivative?CSNID=90260240&mediaType=application/pdf> accessed 14 April 2019.

17 Shahrzad Fazeli, "Restrictions on Trade for Security Reasons: A Legal Analysis of the Scope of Article XXI of the GATT in Light of the Ukraine Crisis and the EU Sanctions on the Export of Dual-Use Goods to Russia" (2015), 10 <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:792425/FULLTEXT01.pdf> accessed 14 April 2019.

18 Meredith A. Crowley, "An Introduction to the WTO and GATT" (2003) 4 *Economic Perspective* 42, 43.

respect of non-tariff related trade barriers.[19] The Uruguay Round of 1986-94 was an important step in updating the structure of the GATT 1947. It led to the adoption of the Final Act and the Agreement Establishing the WTO signed in Marrakesh in 1994. The latter serves as an umbrella agreement, which has a number of annexes, one of which is the GATT adopted in 1994.[20] While the GATT 1947 mainly regulated trade in goods, the WTO and its agreements also encompass trade in services and intellectual property. The WTO now has 164 members, representing over 98 percent of international trade.[21]

The reforms creating the WTO also established new procedures for the settlement of disputes between the contracting parties. The main legal text regulating settlement of disputes in the WTO is Annex 2 of the WTO Agreement, namely "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes" ("Dispute Settlement Understanding or DSU"). The DSU largely draws on Article XXII and Article XXIII of the GATT.[22] The former prescribes consultation procedures for any matter affecting the operation of the GATT. Article XXIII also deals with consultation requests, along with any subsequent procedures where the consultation process fails. According to this provision, a consultation may be requested by a country, where it considers that:

> *"any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of*
>
> *(a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or*
>
> *(b) the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or*
>
> *(c) the existence of any other situation".*

The DSU system is mainly based on formal consultations and panel procedures. Article 4 of the DSU provides for consultation procedures, and requires member states to afford adequate opportunities for consultation. Other WTO members are also informed of the process, so that any member having a substantial trade interest may decide to join the consultation. If no satisfactory result or settlement is reached through consultation between the member states concerned, the panel procedures come into play.

19 Chad P. Pown, *Self-Enforcing Trade: Developing Countries and WTO Dispute Settlement* (Brookings Institution Press, 2009) 14.

20 World Trade Organization, "WTO Legal Texts" <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm> accessed 14 April 2019.

21 World Trade Organization, "Members and Observers of the WTO" <https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/org6_map_e.htm> accessed 14 April 2019.

22 Article 3 of the DSU; Frieder Roessler & Petina Gappah "A Re-Appraisal of Non-Violation Complaints under the WTO Dispute Settlement Procedures in Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton & Michael G. Plummer (eds) *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis* (Springer, 2005), 1372; Ministry of Economy, Trade and Industry of Japan, "2015 Report on Compliance by Major Trading Partners with Trade Agreements- WTO, FTA/EPA and IIA-" (Part II WTO Rules and Major Cases Chapter 17), 717 <https://www.meti.go.jp/english/report/data/2015WTO/02_17.pdf> accessed 14 April 2019. (hereinafter "the METI Report")

The panel procedures are run by the Dispute Settlement Body ("the DSB"). The WTO General Council convenes as the DSB to settle disputes between the contracting parties.[23] Following a failure to settle a dispute through consultation, the complaining party can ask the DSB to establish a panel. A panel is established by the negative consensus method,[24] meaning that its establishment can be blocked only if the whole DSB unanimously decide not to establish it.[25] Each panel is equipped with a term of reference. The standard wording for a term of reference is laid down in Article 7 of the DSU, and it is the same as the one quoted above for the case between China and the United States. However, parties to the dispute may request a change in the panel's term of reference within 20 days of its establishment.

Once a panel is composed,[26] the ensuing stages involve submission of written statements by parties,[27] panel meetings,[28] issuing an interim and then a final report.[29] Parties have the right to appeal to the Appellate Body the final report of the panel.[30] The final report by a panel or, where an appeal is submitted, the report by the Appellate Body, becomes the official recommendation or ruling of the DSB after it has been adopted in a DSB meeting.[31] The adoption of a report is followed by the implementation of the official recommendations.[32] If the party concerned does not implement the recommendations to bring the measure found to be inconsistent with a WTO agreement covered by the DSU into compliance therewith or the parties to the dispute fail to agree on compensation, the aggrieved party can take counter-measures with the approval of the DSB.[33]

II. Not National Security Exception in each Treaty has the Same Legal Effect

Having introduced the WTO in brief, the focus of this Article now turns to tackling the reviewability and scope of Article XXI of the GATT. A preliminary observation must be made at the outset that a national security exception contained in each treaty does not have the same meaning or legal effect.[34] It is a common practice that bilateral

23 World Trade Organization, "Dispute Settlement Body" <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_body_e.htm> accessed 14 April 2019.

24 The METI Report (n 22) 720.

25 Article 6 of the DSU.

26 Article 8 of the DSU.

27 Article 12 of the DSU.

28 World Trade Organization, "Appendix 3 to Article 12 of the DSU" <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_app3_jur.pdf> accessed 14 April 2019.

29 Article15 and Article16 of the DSU.

30 Article 17 of the DSU.

31 Article 16 and Article 17 of the DSU.

32 Article 21 of the DSU.

33 Article 22 of the DSU.

34 Susan Rose-Ackerman & Benjamin Billa, "Treaties and National Security Exceptions" (2008) 40 *New York University Journal of International Law and Politics* 437, 443.

or multilateral treaties contain national security exceptions in order to deal with future problems in advance or to give the contracting parties a certain degree of comfort in entering into international agreements.[35] But since a national security exception is often inserted into a treaty or designed for a particular reason or background, not every national security exception in a treaty might be relevant to the assessment of the reviewability and scope of Article XXI.

For example, security exceptions included in human rights or humanitarian law treaties do not afford to member states considerable latitude in derogating from their obligations. Protection of human rights forms one basic principle of the United Nations, which arguably is more important than the proliferation of a multilateral trade mechanism between the UN member states. Therefore, the exercising of security exceptions under such treaties has been subject to strict rules and procedures, and member states are bound by certain non-derogable treaty and customary obligations developed as a result of abundant state practices and jurisprudence.[36]

On the other hand, the GATT is exclusively about cooperation in trade between the contracting parties, and up until now Article XXI has been subject to a review by a WTO dispute settlement panel only once. Nor can it be said that state practice regarding this security exception is well-established.[37] For that reason, scrupulously adhering to the canons of treaty interpretation seems to be the proper strategy in examining the scope of the WTO national security exception.[38]

According to Article 3(2) of the DSU, WTO agreements must be construed "*in accordance with customary rules of interpretation of public international law*". In a number of reports it has rendered in respect of various WTO agreements, the WTO Appellate Body relied on the general rule of treaty interpretation, namely Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties,[39] which has gained the status of customary international law.[40] This general rule of interpretation states that:

> *"1. A treaty 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.*
>
> *2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes…".*

35 Ibid., 441; Shahrzad Fazeli (n 17) 12; Michael J. Hahn, "Vital Interests and the Law of the GATT- An Analysis of GATT's Security Exception" (1991) 12 *Michigan Journal of International Law* 620, 561.

36 For example see Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 15 of the European Convention on Human Rights.

37 Brandon J. Murrill (n 9) 2.

38 Ibid.

39 A detailed list of such reports by various Appellate Bodies can be found at <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/repertory_e/i3_e.htm> accessed 14 April 2019.

40 Appellate Body, *United States- Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (1996) WT/DS2/AB/R, 17; *Territorial Dispute Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* [1994] ICJ Reports 6.

A quick glance at the above reveals that the "ordinary meaning", "text", "context" and "object and purpose" of a treaty or a "term" of a treaty are crucial to its interpretation.[41] Furthermore, the notion of "good faith" emerges as another significant tool of treaty interpretation.[42] The Appellate Body in some instances also invoked the drafting history of a rule, which is incorporated in Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.[43]

In setting out the legal framework with respect to clarifying the justiciability and scope of Article XXI, a corresponding question is whether and to what extent rulings of the International Court of Justice ("ICJ") may be applicable or relevant. In *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua* (L/6053) dated 13 October 1986, Nicaragua claimed that Article XXI (b)(iii) was to be interpreted in harmony with decisions of the ICJ, whereas the Respondent United States stated that the ICJ decisions were irrelevant to the proceedings before the dispute settlement panel.[44] This author argues that ICJ rulings are relevant in the context of WTO adjudications for a number of reasons. First, the Appellate Body established firmly in *United Sates-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* that the General Agreement cannot be isolated from international law.[45] Second, in *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, the panel did not apply the ICJ judgment in question only because of its limited mandate,[46] which states that:

> "*to examine, in the light of the relevant GATT provisions, of the understanding reached at the Council on 10 October 1985 that the Panel cannot examine or judge the validity of or motivation for the invocation of Article XXI:(b)(iii) by the United States, of the relevant provisions of the Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance (BISD 26S/211-218), and of the agreed Dispute Settlement Procedures contained in the 1982 Ministerial Declaration (BISD 29S/13-16), the measures taken by the United States on 7 May 1985 and their trade effects in order to establish to what extent benefits accruing to Nicaragua under the General Agreement have been nullified or impaired, and to make such findings as will assist the CONTRACTING PARTIES in further action in this matter" (C/M/196, page 7)*".

Although this term of reference was restricted in certain ways, it would be questionable or hard to allege inapplicability or irrelevance of ICJ decisions, where a panel has been tasked with the standard term of reference laid down in Article 7 of DSU and a party has made a reference to Article 3(2) of the DSU in submitting a complaint, as is the case in the aforementioned dispute between the United States and China. Moreover, even in *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*,

41 *United States- Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, ibid. 17.

42 Appellate Body, *US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* WT/DS379/AB/R, paras 326–327.

43 Appellate Body, *US — Gambling*, WT/DS285/AB/R, WT/DS285/AB/R/Corr.1, paras 196–197.

44 Panel Report, *United States- Trade Measures Affecting Nicaragua* (1986) L/6053, para 4.16.

45 *United States- Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (n 38) 17.

46 *United States- Trade Measures Affecting Nicaragua* (n 44) para 5.15.

the panel explicitly denied refuting the argumentation of Nicaragua. It added that the relevant GATT provisions in the light of which the case was to be examined could not be adequate and complete for the purpose of the examination.[47]

To this end, it is crucial to note that the WTO Panel in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* firmly adopted the above framework in tackling the question of reviewability of Article XXI. Namely, the Panel employed an interpretative approach and construed the terms of Article XXI[48] as well as its drafting history through[49] the lens of treaty interpretation techniques. The Panel also took into account the wording of its terms of reference[50] and the likely impact of the principle of good faith on the competence of the contracting parties contemplated in Article XXI.[51]

III. Reviewability of the WTO National Security Exception

The question concerning reviewability of Article XXI should not be conflated with that regarding the extent of its scope. Claiming that the WTO national security exception falls under the jurisdiction of a dispute settlement panel does not necessarily mean that the discretion resting with a country with respect to appraisal of measures aimed at protecting essential security interests is slim or non-existent. The latter is a separate and difficult question that ought to be dealt with once the answer to the question whether Article XXI is justiciable is affirmative. However, it must be stressed equally that clarification of the reviewability question also merits careful attention, especially when it has been explicitly put forward by the United States in the recent disputes mentioned above.

A. An Analysis through Text, Context and Purpose of Article XXI

The text of Article XXI does not provide clarity as to whether the authority left to the contracting parties therein is entirely self-judging or, in contrast, reviewable by dispute settlement mechanisms fully or at least to some extent.[52] The phrase "*it considers*" in paragraphs (a) and (b) is certainly a source of confusion,[53] and has led to divergent approaches in legal literature.

Some commentators make a textual reading of expression "*it considers*" and argue that the word "*it*" indicates that a country is the sole judge in deciding what action

47 Ibid.

48 *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) (n 14) paras 7.62-7.82.

49 Ibid. paras 7.83- 7.100.

50 Ibid. paras 7.53-7.58.

51 Ibid. para 7.59.

52 Brandon J. Murrill (n 9) 3; Shahrzad Fazeli (n 17) 7; Raj Bhala (n 12) 268; Wesley A. Cann, Jr., "Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism" (2001) 26 *Yale Journal of International Law* 413, 415.

53 Jaemin Lee (n 4) 290.

is required for the protection of essential national security interests.[54] Such a broad understanding of Article XXI may be considered as offering the invoking contracting party a "*carte blanche*" in justifying its national security concerns as it wishes. In other words, the WTO dispute settlement bodies, as well as the targeted or other contracting parties are precluded from appreciating validity or reasonableness of invocation of measures taken under the national security exception.[55] In corroborating this line of reasoning, as noted by Murrill, proponents of this broad view make a comparison between Article XX and Article XXI of the GATT and emphasise the objective of the WTO.[56]

Article XX prescribes general exceptions, whereas Article XXI concerns security exceptions. The former provides for the contracting parties to take measures against their GATT obligations in a number of circumstances, where, for example, it is necessary for the protection of public morals or human, animal or plant life or health. However, this provision, unlike Article XXI, enjoins the contracting parties to ensure that such measures are not adopted or enforced "*in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade*". The absence of such a restriction in Article XXI indicates that the authority contemplated in this provision is self-judging. Such a conclusion would also be warranted by the objective of the WTO that it is an international organisation charged with only trade issues, thereby lacking competence on security (related) matters.[57]

On the other hand, Article XXI has also been interpreted narrowly.[58] The reasoning of this view, adopted by this author as well, rests on a reading of paragraph (b), which introduces three particular categories of actions that a country must take into account when appraising measures necessary for the protection of essential national security interests. If Article XXI is taken to be completely self-judging - in other words if a panel cannot review whether a measure adopted or enforced pursuant to paragraph (b) is actually for security, political or economic reasons, it follows then that the inclusion of the enumerated categories into paragraph (b) of Article XXI would only be in vain.[59] Importantly, in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, the

54 Raj Bhala (n 12) 268-269; Roger P. Alford (n 13) 702. However, it must be noted that these authors, after having concluded the self-judging nature of Article XXI, suggest some grounds to limit the exclusive authority resting with the WTO contracting parties. For such a broad view, see also Andrew Emmerson, "Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse" (2010) 11 *Journal of International Economic Law* 135, 142.

55 Jaemin Lee (n 4) 290.

56 Brandon J. Murrill (n 9) 3.

57 Ibid.

58 Jaemin Lee (n 4) 290; Hannes L. Scholemann & Stefan Ohlhoff, "Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence" (1999) 93 *American Journal of International Law* 424, 426; Dapo Akande & Sope Williams, "International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?" (2003) 43 *Vanderbilt Journal of International Law* 365, 399.

59 Jaemin Lee (n 4) 291; Brandon J. Murrill (n 9) 4.

WTO Panel too interpreted the structure and terms of Article XXI narrowly. It stated that:

> "*The mere meaning of the words and the grammatical construction of the provision can accommodate an interpretation in which the adjectival clause "which it considers" qualifies the determinations in the three enumerated subparagraphs. But if one considers the logical structure of the provision, it is apparent that the three sets of circumstances under subparagraphs (i) to (iii) of Article XXI(b) operate as limitative qualifying clauses; in other words, they qualify and limit the exercise of the discretion accorded to Members under the chapeau to these circumstances*".[60]

The Panel added that the existence of the three sub-paragraphs established alternative and further requirements that the security action in question must satisfy so as to fall within the purview of the chapeau of paragraph (b).[61] In this dispute, Russia attempted to justify its measures in question under sub-paragraph (iii). The Panel accordingly held that the meaning of the term "*war or other international emergency*" in this paragraph must be determined objectively.[62] Hence, a country invoking this national security exception must present objective security reasons, which is to say that it cannot totally self-judge the necessity for adopting the measures in question.

B. An Analysis through Legislative History of Article XXI and Earlier GATT Practices

Legislative history of Article XXI and earlier state practices on the matter have also been critical in dealing with the question of justiciability of this provision. The need for inclusion of a security exception existed even during the negotiations of the International Trade Organisation,[63] resulting in various drafts adopted in conferences held in London, New York, Geneva and Havana in 1946 and 1947.[64] In the London draft, security exceptions were combined with general exceptions, and they were both regulated in Article 37 of the London draft (and the New York draft) under the commercial policy chapter.[65] In order to avoid any abuse of Article 37, a reservation was inserted that invocations to any measures pursuant to this provision would have to be justifiable and non-discriminatory. So, the reservation inserted into the text applied to the security exceptions as well.

However, in the Geneva draft, the security exceptions were split from the general exceptions. The latter was dealt with in Article 43 (identical to Article XX presently),

60 *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) (n 14) para 7.65.

61 Ibid. para 7.68.

62 Ibid. paras 7.70, 7.71 and 7.101.

63 Michael J. Hahn (n 35) 565-566.

64 Shahrzad Fazeli (n 17) 18.

65 GATT Multilateral Trade Negotiations – the Uruguay Round, "Article XXI- Note by the Secretariat" (1987), 2 <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/GNGNG07/W16.PDF> accessed 15 April 2019. (hereinafter "the Uruguay Round Note")

whereas Article 94 (identical to Article XXI presently) concerned the security exceptions. The intention of the drafters was to detach national security concerns from the commercial policy chapter. In doing so, the general exception would solely be applicable to commercial issues, while Article 94 would be an exception to the entire ITO Charter.[66] Such a binary formulation was decided in the midst of discussions regarding the likely abuse of the security exception.[67] One approach stated that "*some latitude must be granted for security as opposed to commercial purpose*". In the opposition, it was held that "*the spirit in which Members of the Organization would interpret these provisions was the only guarantee against abuse*".[68]

The discussions concerning the scope of Article 94 continued in the Havana conference. The question at stake was what if the security exception was used for political (including economic) reasons. Consequently, Article 94 was turned into Article 99 of the ITO Charter (identical to XXI), and paragraph 1(c) of Article 94 was moved to Article 86, which set out the relationship between the ITO and the United Nations. According to interpretative notes on Article 86, a member state would have been able to raise a question whether a measure in question had been taken in connection with a political matter or for security reasons. Determining such a query would have fallen under the ambit of the ITO, if it had concerned Chapters IV or VI of the United Nations Charter. The United Nations would have been competent to determine the matter, had it related a political issue beyond the mandate of the ITO.[69]

Considering the self-judging nature and reviewability of Article XXI in light of its legislative history, it is clear that both matters were problematic and unclear even prior to the establishment of the WTO. Although some elements of justiciability were envisaged through procedures at the UN level, the ITO Charter did not enter into force ultimately. Overall, as was held by the WTO Panel in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* as well,[70] *travaux preparatoires* does not establish that the security exception was, without a doubt, self-judging or immune from reviewability.[71] Having said that, whether earlier state and judicial practices with respect to Article XXI reveal the same must also be investigated.

Measures taken under Article XXI, mostly under paragraph (b) (iii), in the past have also been the subject of discussions between the contracting parties. In 1949, the United States launched an export control regime as part of the Marshall plan.[72] One of the aims of the program was to stop Eastern European countries exporting products

66 Ibid.

67 Shahrzad Fazeli (n 17) 22.

68 The Uruguay Round Note (n 65) 2.

69 Ibid. 3.

70 *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) (n 14) para 7.100.

71 Shahrzad Fazeli (n 17) 25-26.

72 Roger P. Alford (n 13) 709.

that could be used for the supply of military establishments.[73] In turn, Czechoslovakia submitted a complaint against the United States by relying on Article XXIII (2). The United States justified its measures by virtue of the exception enshrined in Article XXI (b) (ii). During the sessions concerned, the Chairman held that Article XXI was an exception to the general rule contained in Article I, setting out the most-favoured-nation treatment obligations including non-discrimination. It was added that "*every country must be the judge in the last resort on questions relating to its own security*". In the end, the complaint was rejected by roll-call vote.[74]

In 1961, at the occasion of Portugal's accession, Ghana declared that it would boycott Portuguese goods on the basis of Article XXX (b) (iii). Ghana stated that this Article empowered each contracting party to solely decide what was necessary for protection its essential security interests. A potential or actual danger could perfectly endanger national security of a country. The situation in Angola was a constant threat to the peace of the African continent. Hence, any action putting pressure on Portugal for the purpose of lessening the danger in question would be justifiable by Ghanaian essential security interests.[75] The observation of Ghana was well noted by other contracting parties. Following the said statement during the accession proceedings, Ghana imposed measures on Portugal under Article XXXV of the General Agreement.[76]

In 1975, Sweden imposed a quota with respect to importing certain footwear. The particular reason was that a "*decrease in domestic production has become a threat to the planning of Sweden's economic defence in situations of emergency as an integral part of its security*". Sweden claimed that the measure taken conformed to the spirit of the GATT national security exception. Yet, this justification was doubted by many representatives of other contracting parties. Sweden consequently terminated the quota in respect of leather and plastic shoes as of 1 July 1977.[77]

In 1982, Argentina occupied the Falkland Islands, which in turn prompted a trade embargo imposed on Argentina by the European Community, Australia and Canada.[78] The representative of the European Community stated that the measures were enforced owing to their inherent rights reflected in Article XXI. The representative of Canada expressed that the action taken related to the sovereignty of his country. It was a political response to a political issue, the assessment of which would fall outside the competence of the General Agreement. The same line of reasoning was

73 Ibid.

74 The Uruguay Round Note (n 65) 5.

75 World Trade Organization, "Article XXI- Security Exceptions", GATT-AI-2012-Art21, 600 <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf> accessed 15 April 2019. (Hereinafter "the Analytical Index of the GATT")

76 The Uruguay Round Note (n 65) 6.

77 Ibid. 7.

78 Roger P. Alford (n 13) 710.

also held by Australia and the United States. The latter asserted that other contracting parties cannot judge a measure adopted by a state for national security reasons.[79] On the other hand, some states raised concerns over the likely destructive impact of an unlimited national security exception on the GATT system and its purposes. Japan claimed that tying political issues with GATT activities would undermine the fulfilment of the task entrusted to the General Agreement. Brazil added that the specific interests for exercising the security measures in question were not shown, and it was not tenable how the interests of third parties imposing the embargo were or could be at stake. Consequently, no panel was formed to deal with the justifiability of the trade embargo under the national security exception. [80]

In 1985, President Reagan of the United States signed an executive order to deal with unusual and extraordinary threats existing in relation to the national security of the country. He ordered the imposition of a trade embargo on Nicaragua, which covered all export and import of goods and services between the two countries. The US justified its actions under Article XXI. Upon Nicaragua's request, the GATT Council held a meeting, where nineteen states out of forty-three found the national security exception to be self-judging.[81] However, dissenting voices were also heard. Sweden agreed to the self-judging nature of the national security exception, but reserved that the United States' interpretation of Article XXI had gone too far. India contended that the imposing state must show a real link between the security interests and the trade action in question.[82] After lengthy consultations, a panel was formed to deal with the complaint, but as quoted above its term of reference was limited. During the written submissions, the United States countered that the panel did not have the power to appraise its security interest justifications because of its limited term of reference as well as the scope of Article XXI.[83] With respect to whether the national security exception was self-judging, the Panel concluded that:

> "*The Panel did not consider the question of whether the terms of Article XXI precluded it from examining the validity of the United States' invocation of that Article as this examination was precluded by its mandate. It recalled that its terms of reference put strict limits on its activities because they stipulated that the Panel could not examine or judge the validity of or the motivation for the invocation of Article XXI:(b)(iii) by the United States (cf. paragraph 1.4 above). The Panel concluded that, as it was not authorized to examine the justification for the United States' invocation of a general exception to the obligations under the General Agreement, it could find the United States neither to be complying with its obligations under the General Agreement nor to be failing to carry out its obligations under that Agreement*".[84]

79 The Analytical Index of the GATT (n 75) 601.

80 Roger P. Alford (n 13) 712.

81 Ibid. 713.

82 Ibid. 715.

83 *United States- Trade Measures Affecting Nicaragua* (n 44) para 4.6.

84 Ibid. para 5.3.

In 1991, the European Community imposed a package of economic measures on Yugoslavia due to the violent civil war taking place in this country.[85] The European Community explicitly based its actions on Article XXI. Yugoslavia responded that the measures were of a punitive nature and adopted for non-economic reasons.[86] The GATT Council approved the establishment of a panel and asked the parties to negotiate the term of reference of the panel. However, no further progression was made with respect to the hearing of the matter by the panel, as Yugoslavia underwent dissolution.[87]

Based on a reading of the above landmark trade disputes between the GATT members, there has been a tendency to assert that the national security exception is indeed left to the unfettered competence of a country invoking it.[88] In addition to arguing that the text of Article XXI establishes that it is self-judging, Bhala contends that such a conclusion is reinforced by various practices of the contracting parties.[89] Alford takes the view that in the absence of conclusive judicial decisions or clarity from canons of treaty interpretation, state practices offer a useful guidance, which strongly supports that it is up to the contracting parties to decide what action is required for tackling national security concerns.[90]

On the other hand, several arguments can be adduced to claim that earlier state and judicial practices have not exempted Article XXI from a judicial review. First, they do not expressly establish that the national security exception is self-judging, thereby falling outside the realm of an adjudication by WTO dispute settlement mechanisms.[91] Given the lack of clarity in practices of the contracting parties, it is in fact questionable whether this source of treaty interpretation can be the sole ground for appreciating justiciability of Article XXI. For example, whilst the European Community was a leading advocate of the broader reading of the national security exception in the above discussed trade disputes; the European Union has taken an opposite view in recent disputes where Article XXI has been addressed by respondent contracting parties. In its Third Party Oral Statement in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512), the European Union clearly stated that justiciability of Article XXI is now out of question, and that Russia cannot escape its burden of explaining how Article

85 Roger P. Alford (n 13) 717.

86 Ibid.

87 Ibid. 718.

88 Ibid. 705; see also Peter Lindsay, "The Ambiguity of GATT Article XXI; Subtle Success or Rampant Failure" (2003) 52 *Duke Law Journal* 1277, 1297; Todd Piczak, "The Helms-Burton Act: US Foreign Policy toward Cuba, the National Security Exception to the GATT and the Political Question Doctrine" (1999) 61 *University of Pittsburgh Law Review* 287, 319.

89 Raj Bhala (n 12) 269-270.

90 Roger P. Alford (n 13) 707.

91 Shahrzad Fazeli (n 17) 33; George-Dian Balan, "On Fissionable Cows and the Limits to the WTO Security Exceptions" (2018) Society of International Economic Law (SEIL) Sixth Biennial Global Conference, 5-6 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3218513> accessed 15 April 2019.

XXI (b) (iii) might be applicable by simply citing various unilateral statements of the contracting parties to the GATT 1947.[92]

Take the situation of Russia as another example. It would be interesting to observe what Russia will claim against the United States in the recent dispute they had due to the steel and aluminium tariff increases imposed by President Trump. Would it comfortably say that Article XXI is not entirely self-judging, unlike what the United States as a third party submitted in Russia's favour in the dispute between Russia and Ukraine?[93] Hence, with the eruption of the recent disputes between several states and where many states joined in the proceedings as a third party, it is no longer plausible to rely on practices or pronouncements of the contracting parties to propound the self-judging nature of the national security exception.

Second, a reading of the earlier cases discussed above does not reveal that the issue of justiciability was settled owing to the existence of state practice establishing the self-judging nature of Article XXI. Rather, it points out that the disputes could not be handled properly because of the difficulty in forming a (suitable) panel in the GATT Council meetings. The negative consensus method, aimed at preventing the respondent contracting party from blocking formation of a panel to hear a complaint, did not exist before the introduction of the WTO dispute settlement rules and processes.[94] A country could easily veto establishment of a GATT panel or restrict the scope of its term of reference. It was also possible to block adoption of a panel report.[95] Therefore, the question of reviewability could not be addressed properly by a panel at the time of each dispute discussed above.

The foregoing is clearly supported by *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua* (L/6053), where the United States asserted that the panel lacked jurisdiction over the matter not only due to its restricted term of reference but also the self-judging nature of Article XXI.[96] The Panel agreed with the United States that it did not have power to appraise the validity of or motivation for the invocation of Article XXI:(b)(iii) by the United States. However, it did not conclude explicitly that it was barred by the nature of Article XXI to conduct a review of the measures taken for security reasons. The Panel crucially held that:

> "*The above considerations and the conclusions to which the Panel had to arrive, given its limited terms of reference and taking into account the existing rules and procedures of*

92 Third Party Oral Statement by the European Union, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512), paras 5-8 <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156603.pdf> accessed 15 April 2019.

93 Third Party Oral Statement of the United States of America, *Russia- Measures concerning Traffic in Transit* (DS512) (n 11) para 6.

94 Judith L. Goldstein & Richard H. Steinberg, "Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics" (2008) 71 *Law and Contemporary Problems* 257, 263.

95 Roger P. Alford (n 13) 211.

96 *United States- Trade Measures Affecting Nicaragua* (n 44) para 4.6.

the GATT, raise in the view of the Panel the following more general questions: If it were accepted that the interpretation of Article XXI was reserved entirely to the contracting party invoking it, how could the CONTRACTING PARTIES ensure that this general exception to all obligations under the General Agreement is not invoked excessively or for purposes other than those set out in this provision? If the CONTRACTING PARTIES give a panel the task of examining a case involving an Article XXI invocation without authorizing it to examine the justification of that invocation, do they limit the adversely affected contracting party's right to have its complaint investigated in accordance with Article XXIII:2? Are the powers of the CONTRACTING PARTIES under Article XXIII:2 sufficient to provide redress to Contracting Parties subjected to a two-way embargo?".[97]

So, arguably, the Panel hinted that if it were not restricted by its term of reference, it would (or might) deal with whether invocation of Article XXI was in accordance with the purpose of this provision. Furthermore, the Panel implied that unless having been restricted by a term of reference, a panel must review security related measures in order to give an effect to a contracting party's right to have its complaint investigated in accordance with Article XXIII (2).

In connection with the foregoing, it is ground-breaking and novel that in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, the WTO Panel highlighted the importance of its standard term of reference set out in Article 7 of the DSU 7, which according to the Panel included an authority to review the invocations of Russia under Article XXI (b) (iii).[98] It must be observed that the recent panels established to hear the disputes between the United States and a group of other countries and the European Union are also tasked with the same standard term of reference laid down in Article 7 of the DSU. For that reason, it is most likely that such panels will follow the Panel in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* and establish its jurisdiction over the claims of the United States, thereby putting a firm end to the prolonged issue of justiciability of the WTO national security exception. It must be added that all the third parties in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, except the United States, agreed that a measure taken pursuant to Article XXI can be judged by a WTO judicial body tasked with a standard term of reference.[99] So, in addition to arguing that earlier state practices did not clearly set aside the jurisdiction of a WTO panel over Article XXI, it can now be said that virtually all states concerned have considerably given up their sovereignty in solely appraising what actions might be necessary in protecting their essential national security interests. And such an attitude may have significant ramifications for the emergence of a new customary rule in the future.

97 Ibid. 5.17.

98 *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) (n 14) para 7.56.

99 Ibid. paras 7.35- 7.52.

C. An Analysis through Pronouncements of the International Court of Justice

Alongside the framework above, an analysis of the rulings of the International Court of Justice also gives succour to the approach claiming the justiciability of GATT Article XXI by a WTO judicial body. Invocation of a measure aimed at protecting essential security interests has also been discussed by the ICJ in a number of its pronouncements. The ICJ did not deal with the reviewability of Article XXI directly. Its rulings rather centred on certain other treaties, but the issue at stake was the same, namely whether a national security exception included in a treaty with the same or a similar language to that employed in Article XXI could be relied on in derogating from other obligations set forth by that treaty.

The leading case by the ICJ is *Nicaragua v. the United States*.[100] One of the disputes between the parties concerned the interpretation or application of the 1956 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the Parties, which, *inter alia*, states that:

> "*the present Treaty shall not preclude the application of measures:*
>
> *…*
>
> *(c) regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;*
>
> *(d) necessary to fulfill the obligations of a Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests*".[101]

The ICJ remarked that the foregoing could not create a barrier to entertaining its jurisdiction *ratione materiae* over the disputes in question. Any article of the treaty, including just such an exception, was subject to a review by the Court. The ICJ added that the language employed in this treaty as opposed to that devised in Article XXI of the GATT opened the leeway for establishing its jurisdiction.[102] It held that:

> "*This provision of GATT, contemplating exceptions to the normal implementation of the General Agreement, stipulates that the Agreement is not to be construed to prevent any contracting party from taking any action which it "considers necessary for the protection of its essential security interests", in such fields as nuclear fission, arms, etc. The 1956 Treaty, on the contrary, speaks simply of "necessary" measures, not of those considered by a party to be such*".[103]

The ICJ faced the same question in *Certain Iranian Assets*, which concerns a very recent dispute between Iran and the United States.[104] On 14 June 2016, Iran filed an application in the registry of the Court instituting proceedings against the United

100 *Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [1986] ICJ 14.

101 Ibid. para 221.

102 Ibid. para 222.

103 Ibid.

104 *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* [2019] ICJ Preliminary Objections <https://www.icj-cij.org/files/case-related/164/164-20190213-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 15 April 2019.

States for the latter having breached the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights. According to Article XX (1) of the treaty, the parties, *inter alia*, are not precluded from taking actions relating to fissionable materials,[105] regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war,[106] or "necessary" to protect its essential security interests.[107] The United States raised several preliminary objections, one of which propounded that the Court lacked jurisdiction to review measures it had taken to block or freeze assets of the Iranian government or Iranian financial institutions pursuant to paragraph (1) (c) of Article XX of the treaty.[108]

On 13 February 2019, the ICJ released its findings on preliminary objections. The Court referred to its provisional measures rendered on 3 October 2018, which established that the treaty contained no provision excluding certain matters from its jurisdiction. The ICJ also made a reference to its *Nicaragua v. the United States* judgment, in which it established its jurisdiction over the disputes, where the exception in question invoked by the United States was akin to that enshrined in paragraph (1) (d) of Article XX of the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between Iran and the United States.[109] In the Court's view, there was no reason in the present case to distinguish paragraph (1) (c) from paragraph (1) (d), meaning that it entertains jurisdiction for measures taken regulating traffic in the materials listed in the former paragraph as well.[110]

As is clear from above, the ICJ has shown a firm stance in finding itself competent to review a claim against a national security exception. However, for the purpose of this article, it must be observed that the aforementioned articles do not include the language "*it considers*". In fact, in *Nicaragua v. the United States*, the ICJ made a distinction between the wording employed by the treaty in question and the GATT.[111] As pointed out by Briese, the statement of the Court may be read as restricting its jurisdiction in case a security measure is taken pursuant to Article XXI of the GATT or another treaty using the same language.[112] At this point, it is helpful to look into the *Djibouti v. France* judgment of the ICJ.

Djibouti v. France concerns a dispute arising out of France's refusal to transmit a criminal investigation file requested by Djibouti under the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Government of the Republic of Djibouti

105 Para (1) (b) of Article XX (1).

106 Para (1) (c) of Article XX (1).

107 Para (1) (d) of Article XX (1).

108 *Certain Iranian Assets* (n 104) para 40.

109 Ibid. para 45.

110 Ibid. para 46.

111 *Nicaragua v. United States of America* (n 100) para 222.

112 Robyn Briese & Stephan Schill, "Djibouti v France: Self-Judging Clauses before the International Court of Justice" (2009) 10 *Melbourne Journal of International Law* 308, 318-319.

and the French Republic. Article 2 (c) of the treaty reads that "*assistance may be refused… if the requested State considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, its security, its ordre public or other of its essential interests*".[113] Therefore, the finding of the ICJ in this judgment is relevant to the question of the reviewability of the WTO national security exception, as it includes the wording "*the requested State considers*".

Djibouti contended that France could not rely on Article 2 (c) because for the invocation of this exception to be valid, France was required to adduce reasons for adequately justifying its refusal to execute its treaty obligations.[114] It also acknowledged that even if Article 2 (c) could be seen as having a self-judging effect to a large extent, France would still have to act in good faith and reasonably.[115] France maintained that penal matters fell within the ambit of the exceptions contemplated in Article 2 (c). Accordingly, it was not for another country to judge actions implemented by France pursuant to its sovereignty, security, public order or other essential interests.[116] In dealing with the case, the ICJ held that it must review the circumstances (including those concerning the French measures taken pursuant to its internal law) under which French authorities refused the mutual assistance with Djibouti,[117] and found that in spite of the very considerable discretion provided by Article 2 (c), France was still bound by the obligation of good faith set out in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.[118] The conclusion of the Court did not pertain to a matter of jurisdiction; it was rather a judgment on merits. So, it can be averred that the ICJ would have no hesitation in establishing its jurisdiction to review the self-judging Article 2 (c), if it were claimed by France that the existence of the said article by its nature was also a barrier to its justiciability by the Court.

IV. Standards of Review Applicable to the WTO National Security Exception

Above, it was discussed in detail that the phrase "*it considers*" in Article XXI of the GATT cannot be interpreted as totally precluding a WTO panel from reviewing unilateral actions adopted and enforced by the contracting parties for national security reasons. Although it is undoubtedly very wide, the authority left to a country in appraising the kind of measures to deal with security concerns is or should be subject

113 *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* [2006] ICJ Application Institution Proceedings, 25 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/136/13104.pdf> accessed 16 April 2019.

114 *Case Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* [2008] ICJ Judgment, para134 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 16 April 2019.

115 Ibid., paragraph 135.

116 Ibid., paragraph 136; see also *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* [2008] ICJ Oral Proceedings of France 12.

117 *Djibouti v. France* (n 114) para 140.

118 Ibid. para 145.

to some forms of limitations.[119] However, the extent of the limitation is not free from controversy. How would a panel be expected to review a measure under the WTO national security exception? What would be the standards of the review? Below, such troubling issues concerning the material scope of Article XXI are tackled.

A. Reviewing paragraph (c) of Article XXI reading that "*nothing in this Agreement shall be construed to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.*"

In introducing the focus of this Article, a reference to *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) was made above alongside the recent disputes between the United States and a number of complainants. Such disputes centre mainly on the applicability of paragraph (b). Paragraph (a) is also of particular relevance, as it includes the phrase "*it considers*". On the other hand, paragraph (c) concerns the invocation of measures in a rather specific context, namely pursuant to obligations of the invoking country under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security. Whilst dealing with the applicability of paragraph (c) demands a separate and detailed inquiry, which is outside the scope of this article, below –for the purpose of providing a full picture of the matter, is a brief analysis of the security exception enshrined in paragraph (c).

Paragraph (c) refers only to obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security. It does not articulate what those measures are or by which organ of the United Nations they are adopted. However, it can be easily deduced from the common practices of the United Nations that the likely scenario contemplated in paragraph (c) concerns UN mandated sanctions imposed by the Security Council acting under Chapter VII of the UN Charter.[120] If so, the answer is facile. By virtue of Article 25 and Article 103 of the UN Charter, the Chapter VII decisions of the Security Council are binding on the UN member states, and any obligation imposed by such an order of the Security Council shall prevail over any conflicting obligations of member states stemming from any other treaty. While the Chapter VII Security Council orders cannot override human rights obligations subject to the high and strict standards set out by human rights monitoring bodies,[121] the same cannot be said for treaties of a commercial or economic nature.

119 George-Dian Balan (n 91) 1.

120 The Analytical Index of the GATT (n 75) 605.

121 *Al-Jedda v. United Kingdom* (App No 27021/08) ECHR 07 July 2011; *Nada v. Switzerland* (App No 10593/08) ECHR 12 September 2012; Alexander Orakhelashvili, 'R (On the Application of Al-Jedda) (FC) v. Secretary of State for Defence: UK House of Lords Judgment on Relationship between UN Security Council Resolution Authorising Detention in Iraq and European Convention on Human Rights' (2008) 102 *American Journal of International Law* 337, 343; Marko Milanovic, 'Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?' (2009) 20 *Duke Journal of Comparative & International Law* 69, 97-98; Omer Faruk Direk, *Security Detention in International Territorial Administration of Kosovo, East Timor, and Iraq* (Brill Nijhoff, 2015) 41.

Owing also to the well-established jurisprudence,[122] a country is entitled to invoke the security exception in paragraph (c) in pursuance of a binding sanction imposed by the Security Council.

But what if the order by the Security Council is not mandatory?[123] Would a Security Council decision calling on member states to act in voluntary or a decision taken by other organs of the United Nations, such as the General Assembly whose resolutions are advisory, also give a country the right to derogate from its WTO obligations by invoking paragraph (c) of the national security exception? In the author's view, while an answer can be offered on a case-by-case basis, it can be contended that such non-binding UN decisions may also provide a country with the power to rely on paragraph (c). At least, they can constitute a moral ground for a country invoking a unilateral measure against another WTO contracting party, which the Security Council found to have breached or threatened international peace and security.

B. Reviewing paragraph (a) of Article XXI reading that "*nothing in this Agreement shall be construed to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests.*"

It must be discerned at the outset that notifying a targeted country of measures adopted for national security reasons is a different matter from disclosing the reasons for why such measures have been adopted. The former has already been dealt with and settled by WTO members. During the above-mentioned dispute arising as a result of the trade embargo imposed on Argentina by the European Community, Australia and Canada, the representative of the European Community, alongside his claim that every contracting party was the sole judge in appraising the reasons for invoking the national security exception, held that Article XXI did not create an obligation to notify the targeted contracting party of the security measures in question.[124] Whether Article XXI contained a notification requirement was then discussed in the Council meeting. The contracting parties adopted that "*subject to the exception in Article XXI: a, contracting parties should be informed to the fullest extent possible of trade measures taken under Article XXI*".[125] Thus, Article XXI does not exclude service of notification on a targeted contracting party.

On the other hand, whether Article XXI requires a disclosure of the reasons for a security measure is a rather different and more difficult inquiry. Take the case of

122 *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)* [1992] ICJ Rep 3.

123 For a detailed analysis, see Alain Pellet (n 2) 726-730.

124 The Analytical Index of the GATT (n 75) 605.

125 Ibid. 606.

the United States explained above as an example. On 8 March 2018, the United States imposed a 25 percent ad valorem tariff on steel imports and a 10 percent ad valorem tariff on aluminium imports, which were adopted mainly due to the report transmitted to President Trump by the Secretary of Commerce. The report concluded that the steel and aluminium imports into the country posed a serious threat to the national security of the United States. So, the question is whether the United States, for instance during the review by the WTO panel, can be asked to adduce more specific reasons or information, perhaps which could be classified as "state secrets", for why such tariff increases were implemented. In the same vein, is a country under an obligation to disclose any or specific reasons for taking a measure pursuant to paragraph (c)? Or does the scope of paragraph (a) cover situations other than those set out in paragraph (b) and paragraph (c)?

Observing the language employed in paragraph (a), namely "*which it considers contrary to its essential security interests*", it is obvious that this paragraph undoubtedly confers on the contracting parties a very considerable discretion in appraising what sort of information they should furnish in relation to exercising the WTO national security exception. The contracting parties should enjoy a broad margin of appreciation in regard to actions falling within the ambit of paragraphs (b) and (c). The same must be said for any other matter concerning other provisions of the General Agreement. However, this textual reading of paragraph (a) never means that the power vested in the contracting parties therein is unrestrained.[126] There certainly exists a limitation that can be placed on the freedom of action envisaged in paragraph (a). In uncovering the extent of such a limitation, it is helpful to revisit *Djibouti v. France*- which, *inter alia*, directly discussed whether France could be required to give reasons to justify its refusal to comply with its mutual assistance obligations.

The two provisions of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Government of the Republic of Djibouti and the French Republic relevant to the discussion here are Article 2(c) and Article 17. The former, as set out above, is a national security exception and allows each party to refuse the assistance request, if either of them considers that the execution of the request may prejudice its security, public order, sovereignty or other essential interests. The latter requires each party to disclose reasons for any action taken under the Convention. Djibouti contended that France's refusal to transmit the file requested (or to execute the letter rogatory submitted to it by Djibouti) was a breach of not only the discretion envisaged in Article 2(c) but also that of the disclosure obligation enjoined by Article 17.[127] In response, France claimed that it was the sole judge to appraise its authority under

126 George-Dian Balan (n 91) 8.

127 *Djibouti v. France* (n 114) paras 134-135.

Article 2(c), and since it relied on the national security exception, the requirement under Article 17 to state reasons for its action would not be applicable.[128]

The ICJ discussed in detail whether France had violated its disclosure obligation under Article17, or in other words whether France could escape responsibility under Article 17 by simply making a bald reference to its invocation of Article 2(c). In respect of France's reliance on Article 2(c), the Court found that – subject to the good faith obligation - the refusal of the French authorities to execute the letter rogatory fell within the scope of authority under the national security exception. However, in spite of such a judgment in favour of France, the ICJ held that since Djibouti learned the reasons for refusal of assistance only from the French media and press,[129] France breached its disclosure obligation under Article 17. It stated that:

> "*The bare reference it was said to contain to Article 2 (c) would not have sufficed to meet the obligation of France under Article 17. Some brief further explanation was called for. This is not only a matter of courtesy. It also allows the requested State to substantiate its good faith in refusing the request. It may also enable the requesting State to see if its letter rogatory could be modified so as to avoid the obstacles to implementation enumerated in Article 2*".[130]

As is clear from above, a country invoking a national security exception clause is bound to adduce reasons for the unilateral action concerned. One, at this point, may claim that the disclosure requirement in case of *Djibouti v. France*, unlike the situation with Article XXI of the GATT, was set out in a separate provision, which was not part of the national security exception. So, the above finding of the ICJ does not apply to paragraph (a) of Article XXI, meaning that each country should be the sole judge in deciding not only the type of actions that can be taken under paragraphs (b) and (c) but also the type of information it should disclose under paragraph (a). Such an account or a line of reasoning can be easily challenged.

The International Court of Justice, in dealing with the scope of Article 2(c) - which is a provision comparable to paragraph (b) of Article XXI - did not find that the authority given to each party was unlimited. It clearly held that France was bound by the principle of good faith. Therefore, even if the national security exception in the Convention between Djibouti and France included an authority to appraise disclosure of reasons for any action under Article 2(c) or other provisions of the Convention, it is clear that such an authority would still be limited by the principle of good faith.

In fact, the ICJ did not remain oblivious to the fact that Article 17 was not a section in the national security exception. In considering whether the refusal to transmit the requested file was in line with Article 2(c), the Court stated that:

128 Ibid. para 136.

129 Ibid. para 150.

130 Ibid. para 152.

"*The terms of Article 2 provide a State to which a request for assistance has been made with a very considerable discretion, this exercise of discretion is still subject to the obligation of good faith codified in Article 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties…This requires it to be shown that the reasons for refusal to execute the letter rogatory fell within those allowed for in Article 2*".[131]

Hence, France was required to "show reasons" to justify its refusal to cooperate with Djibouti. That is to say, since the actions of France under Article 2(c) were reviewable, it had to adduce reasons, so that the International Court of Justice, as well as Djibouti, could judge whether the French authorities acted in line with the authority laid down in Article 2(c) and the principle of good faith.

In *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, the WTO Panel adopted a similar line of reasoning. Ukraine claimed that Russia simply relied on the 2014 incidents between the two countries, thereby failing to show legal and factual elements to justify its measures under Article XXI (b) (iii).[132] On this issue, the Panel held that it is "*incumbent on the invoking Member to articulate the essential security interests said to arise from the emergency in international relations sufficiently enough to demonstrate their veracity*".[133] Therefore, it can now be contended vociferously that the contracting parties invoking Article XXI must give reasons and justifications to an extent which is required at least to appraise whether actions in question meet various standards and conditions set out in the WTO national security exception.[134]

C. Reviewing paragraph (b) of Article XXI

In deciphering the scope of paragraph (b) of Article XXI, guidance may be first sought from the ruling of the International Court of Justice in *Djibouti v. France*. As explained above, the ICJ in its judgment clearly held that the self-judging clause in question was subject to the principle of good faith. In other words, the discretion vested in France under Article 2(c) of the Convention was not unlimited. That being said, the ICJ failed to clarify the extent of such a limitation. As noted by Judge Keith in his Declaration as well,[135] all the Court did was to quote and admit six sentences of a local French judge claiming simply that the information requested by Djibouti was related to intelligence and declassified documents.[136] The Court did not explain how the internal measures adopted by local French authorities fell within the discretion

131 Ibid. para 145.

132 *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) (n 14) para 7.32.

133 Ibid. para 7.134.

134 For an opposing view see; Raj Bhala (n 12) 269.

135 *Djibouti v. France* (n 114), Declaration by Judge Keith, para 4 <https://www.icj-cij.org/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-06-EN.pdf> accessed 16 April 2019.

136 *Djibouti v. France* (n 114) para 147.

envisaged in Article 2(c). Nor did the Court discuss whether and, if so, how the justifications raised by France were in line with the principle of good faith.

Given that *Djibouti v. France* does not offer a substantial assistance in regard to construing the material scope of paragraph (b) of Article XXI, support can be drawn basically from the canons of treaty interpretation. Such a strategy was employed by the WTO Panel in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* as well. Accordingly, below first provides a general framework on interpretation of paragraph (b) in its entirety. Thereafter, a specific inquiry is conducted into the findings of *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, which dealt only with the terms set out in the chapeau of paragraph (b) and the sub-paragraph (iii).

1. Reviewing paragraph (b) through canons of treaty interpretation

The examination may begin with a look into the literal meaning of the terms in this paragraph of Article XXI. A literal reading of paragraph (b) shows that it includes terms which can lead to both a broad and narrow interpretation.[137] Paragraph (b) first of all contains a chapeau for the exceptional security measures laid down in sub- paragraphs (i), (ii) and (iii). Three phrases in the chapeau of paragraph (b) come to the fore. "*Any action*" can be read as giving the invoking country a broad power in choosing the type of measures to be adopted and implemented. Likewise, "*which it considers*", when compared to a wording "*which is necessary*", confers on a member states a broader authority in exercising Article XXI for security reasons.[138] However, the phrase "*for the protection of its essential security interests*" certainly puts a limit on the authority of a country in appreciating whether it is necessary to take a security measure. The security interest concerned must be an essential one, and measures taken must be aimed at protecting such essential security interests.[139] The latter clearly implies that the essential security interest must be at stake, or threatened at least to some degree, so that there should be a need to protect it.

Sub-paragraphs (i), (ii) and (iii) specify the essential security interests further. Sub-paragraph (i) refers to the protection of essential security interests "*relating to fissionable materials or material from which they are derived*". As Balan notes, this exception covers restrictions on exports.[140] The key term in sub-paragraph (i) is the reference to fissionable materials. It must be highlighted that such materials are of dual use.[141] They can be used for both military and civilian purposes.[142] Hence,

137 Jaemin Lee (n 4) 292.

138 Robyn Briese & Stephan Schill (n 112) 319-320.

139 Raj Bhala (n 12) 271.

140 George-Dian Balan (n 91) 10; the Analytical Index of the GATT (n 75) 602.

141 Shahrzad Fazeli (n 17) 50.

142 George-Dian Balan (n 91) 10.

any security measure taken pursuant to sub-paragraph (i) should concern strictly the protection of essential security interests relating to such materials.

Sub-paragraph (ii) refers to the protection of essential security interests "*relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly and indirectly for the purpose of supplying a military establishment*". This exception too applies to restrictive measures on export.[143] The terms in sub-paragraph (ii) refer to goods that can be used in war.[144] The reference to other goods and materials points to goods for military and civilian goods.[145] The key issue in regard to sub-paragraph (ii) is that a country should be allowed to take security measures for protection of its essential security interests when exporting the goods defined therein can be used for the purpose of supplying a military establishment by the importing country. Lee elucidates that the term military establishment refers to a military premise, hardware or equipment.[146]

Sub-paragraph (iii), unlike the preceding ones, does not confine the discretion of a member state to a specific type of goods. It rather permits exercise of security measures for the protection of essential security interests "*in time of war and other emergency in international relations*". Hence, this exception explicitly refers to the occurrence of certain factual situations.[147] Compared to those in sub-paragraphs (i) and (ii), the degree of security threat contemplated in sub-paragraph (iii) is or should be greater. The wording of sub-paragraph (iii) means that the invoking country need not be a party of the war or emergency in question. A country should be able to impose measures on an aggressive state causing a war or a similar form of casualty or emergency, as the text of Article XXI (b) (iii) deals only with the motivation of the invoking country rather than the type of targets.[148] Furthermore, war and other emergency should be understood with a view to what they mean in public international law. These terms can cover both armed and non-armed conflict situations.[149] Insertion of the word "*other*" before "*emergency*" can be interpreted as this exception containing various forms of casualties and threats. But it can also be construed as encompassing instances of other emergency, which must be in nature and magnitude comparable to a war.[150]

143 Ibid.; the Analytical Index of the GATT (n 75) 602.

144 George-Dian Balan (n 91) 12.

145 Ibid.

146 Jaemin Lee (n 4) 293.

147 George-Dian Balan (n 91) 14.

148 Michael P. Malloy, "Où est Votre Chapeau? Economic Sanctions and Trade Regulations" (2013) 4 *Chicago Journal of International Law* 371, 382.

149 Raj Bhala (n 12) 274.

150 Shahrzad Fazeli (n 17) 56.

Above provides only an introductory account of the literal meaning of the terms in paragraph (b). A further inquiry into its meaning and scope can be conducted through investigating the legislative history of Article XXI and corresponding earlier GATT practices of the contracting parties.[151] In regard to understanding the term "*essential security interests*" in the chapeau, it is worth noting that during the 1982 trade restrictions imposed by the European Community, Canada and Australia on Argentina, the representative of Canada stated that the trade embargo was "*necessitated*" by the situation leading to its adoption.[152] Hence, it is plausible to contend that the phrase "*which it considers necessary for the protection of its essential security interests*" requires fulfilments of a necessity test. This line of reasoning is supported by Nicaragua's statement, which in opposing the 1985 US sanctions asserted that "*there had to be some correspondence between the measures adopted and the situation giving rise to such adoption*".[153]

The meaning of "*supplying a military establishment*" in sub-paragraph (ii) was discussed by the Preparatory Committee in the Geneva Session. It was held that a country should be able to impose unilateral measures where raw materials exported could be used for long term defence purposes. Specific attention was given to iron ore (a commodity that is considered as an actual fissionable material[154]) which could be smelted by the importing country to supply its military establishments. It was consequently held that "*if a Member exporting commodities is satisfied that the purpose of the transaction was to supply a military establishment, immediately or ultimately, this language would cover it*".[155] A similar approach was taken during the 1949 trade restrictions adopted by the United States against Czechoslovakia. It was stated at the session concerned that "*goods which were of a nature that could contribute to a war potential*" fell within the ambit of sub-paragraph (ii).[156]

Earlier GATT practices shed some light on the meaning of the term "*in time of war and other emergency in international relations*" in sub-paragraph (iii) as well. This exception, compared to sub-paragraphs (i) and (ii), is likely to be invoked widely by member states, since it does not concern any specific type of products.[157] During the 1961 boycott it declared against Portuguese goods, Ghana stated that "*a country's security interests might be threatened by a potential as well as an actual danger*".[158] As noted by Bhala, on that footing one may imply that the extent of authority resting

151 Ibid. 45.

152 The Analytical Index of the GATT (n 75) 600.

153 Ibid. 603.

154 Shahrzad Fazeli (n 17) 53.

155 The Analytical Index of the GATT (n 75) 602.

156 Ibid.

157 George-Dian Balan (n 91) 13.

158 The Analytical Index of the GATT (n 75) 600.

with member states under sub-paragraph (iii) is extremely broad.[159] However, it must be stressed at this juncture that member states were cautious to qualify such power vested in invoking countries. The Ministerial Declaration adopted in 1982 in respect of the embargo imposed on Argentina made it clear that member states were to "*abstain from taking restrictive trade measures, for reasons of a non-economic character, not consistent with the General Agreement*".[160] Hence, trade measures should be imposed only for genuine security and military defence reasons,[161] meaning that Article XXI cannot be relied on to achieve some commercial purposes.[162] Schloemann and Ohlhoff assert that imposing unilateral security measures for a commercial objective is not compatible with the very substance of WTO regulations.[163] A similar attitude was taken in 1975 against Sweden, which imposed a global import quota for certain footwear. Sweden claimed that the decrease in domestic industry concerning the production of such goods had become critical to planning its economic defence and so forming an integral part of its security. The justification provided by Sweden was seriously doubted and found unconvincing by representatives of many other member states,[164] as a result of which Sweden had to terminate the restrictions in respect of leather and plastic shoes.[165]

Alongside the foregoing, the legal literature has also offered different means and accounts of interpreting the scope of paragraph (b). For the purpose of brevity, this article provides only a few of such sources. With respect to the meaning of the term "*necessary*" in the chapeau, Balan argues that the WTO panels can draw support from the notion of "*necessity*" under Article XX of the GATT,[166] which prescribes general exceptions to the GATT obligations. As noted by Balan, in *Korea – Various Measures on Beef*, the Appellate Body held that the necessity test to explain the nexus between adoption of a measure and the reasons and circumstances giving rise to such adoption might depend on several factors such as *"(i) the relative importance of the objective pursued by the measure; (ii) the contribution of the measure to that objective; and (iii) the trade restrictiveness of the measure*".[167]

On the same issue, Lee links the term "*necessary*" to the concept of "*necessity*" under the International Law Commission's Articles on Responsibility of States for

159 Raj Bhala (n 12) 270.

160 The Analytical Index of the GATT (n 75) 601.

161 Shahrzad Fazeli (n 17) 43.

162 Jaemin Lee (n 4) 301; Raj Bhala (n 12) 273.

163 Hannes L. Scholemann & Stefan Ohlhoff (n 58) 444-445; Eric Picket & Michael Lux, "Embargo as a Trade Defence against an Embargo: The WTO Compatibility of the Russian Ban on Imports from the EU" (2015) 10 *Global Trade and Customs Journal* 2, 36-38.

164 Shahrzad Fazeli (n 17) 46.

165 The Analytical Index of the GATT (n 75) 603.

166 George-Dian Balan (n 91) 16.

167 Ibid.

International Wrongful Acts. He claims that Article 25, which presents "*necessity*" as a ground precluding wrongfulness, can play a significant role in appraising when adoption of an action is necessary for the protection of essential security interests.[168] In support of his view, Lee makes references to various decisions of the International Centre for the Settlement of International Disputes tribunals. His basic finding is that the necessity requirement contemplated in Article 25 is satisfied, if the measure in question is aimed at maintaining "*the core system or the very existence of the nation*".[169] The total economic collapse, for example, can justify departing from a treaty obligation, as it can be considered as a "*grave and imminent peril*" in the parlance of Article 25.[170]

In regard to the meaning of "*fissionable material or materials from which they are derived*", Bhala argues that this exception relates to cases of nuclear weapon threats. In his view, no sovereign country can be required to export the goods that can be used by the importer for the purpose of nuclear weapons proliferation.[171] In listing the type of goods coming under the framework of the sub-paragraph (i), Balan contends that they can be identified objectively.[172] He adds that Article XX of the Statute of the International Atomic Energy, which reads as follows, might be helpful in deciding what kind of materials can be seen as fissionable materials or materials from which they are derived.

> "*The term "special fissionable material" means plutonium-239; uranium-233; uranium enriched in the isotopes 235 or 233; any material"containing one or more of the foregoing; and such other fissionable material as the Board of Governors shall from time to time determine; but the term "special fissionable material" does not include source material.*
>
> *...*
>
> *The term "source material" means uranium containing the mixture of isotopes occurring in nature; uranium depleted in the isotope 235; thorium; any of the foregoing in the form of metal, alloy, chemical compound, or concentrate; any other material containing one or more of the foregoing in such concentration as the Board of Governors shall from time to time determine; and such other material as the Board of Governors shall from time to time determine*".[173]

2. Interpretation of the chapeau of paragraph (b) and sub-paragraph (iii) in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*

After finding that the competence contemplated in GATT Article XXI is not of a totally self-judging nature, the WTO Panel in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* went on to examine whether the Russian measures in question

168 Jaemin Lee (n 4) 297.

169 Ibid.

170 Ibid. 298-299.

171 Raj Bhala (n 12) 277; see also Roger P. Alford (n 13) 703.

172 George-Dian Balan (n 91) 11.

173 International Atomic Energy Agency Statute, 37 <https://www.iaea.org/sites/default/files/statute.pdf> accessed18 April 2019.

were in accordance with the chapeau of paragraph (b) and sub-paragraph (iii). The background of this dispute concerns the deterioration of Ukrainian-Russian relations as of 2014. Especially with Russia's annexation of the Autonomous Republic of Crimea and the Ukrainian policy and moves to integrate with the European Union, the relations between the two countries have not been friendly for the last couple of years. Consequently, both countries reciprocally imposed sanctions on each other, including trade measures relating to their WTO obligations. In 2014, Russia issued Resolution No. 778 banning importation of certain agricultural products, raw materials and food originating from the countries imposing sanctions on Russia in favour of Ukraine. The Resolution also imposed certain restrictions in connection with the transit of goods subject to these bans and prohibited their transit through Belarus.[174] Ukraine challenged the Russian transit restrictions before the WTO panel. In respect of the material scope of GATT Article XXI, Russia, *inter alia*, contended that the emergency situation it had experienced with Ukraine as of 2014 warranted the imposition of certain measures aimed at protecting its security interests falling outside the scope of the WTO, which was not designed to settle such a crisis or matter.[175] Ukraine responded that Russia did not satisfactorily identify or explain the 2014 emergency and hence failed to discharge its burden of proof.[176] The Ukrainian statement was to say that Russia did not explain how the 2014 emergency or disruption of international relations between them could constitute a ground which entitled Russia to derogate from its WTO obligations purportedly for the protection of its security interests.[177]

The Panel adopted a number of standards to deal with the question whether the Russian transit restrictions coming under its jurisdiction[178] were in line with both paragraph (b) and sub-paragraph (iii) of Article XXI. As discussed above, the Panel found that the term "*it considers*" did not give Russia a purely subjective discretion to take any action for national security reasons.[179] Rather, such discretion was qualified by the objective requirements set out in paragraph (b) and the conjunctive three sub-paragraphs, in light of which the Russian measures had to be judged.[180]

In regard to the phrases included in sub-paragraph (iii), the Panel held that "*in time of*" means "*during*" and refers to a connection between the action in question and the events of "*war or other international emergency in international relations*.[181] According to the Panel, the use of conjunction "or" means that "*war*" is a specific

174 *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) (n 14) para 7.10.

175 Ibid. para 7.112.

176 Ibid. para 7.113.

177 Ibid. para 7.32.

178 Ibid. para 7.106.

179 Ibid. para 7.102.

180 Ibid. paras 7.66, 7.70, 7.71, and 7.132.

181 Ibid. para 7.70.

instance of the larger category of "*other emergency in international relations*".[182] The former refers to an armed conflict, whereas the latter involves a "*situation, esp. of danger or conflict, that arises unexpectedly and requires urgent action", and a "pressing need … a condition or danger or disaster throughout a region*".[183] Noting that interests of a country under the three sub-paragraphs may be convergent and contain those such as defence and military interests or maintenance of law and public law interests,[184] the Panel stated that:

> "*The reference to "war" in conjunction with "or other emergency in international relations" in subparagraph (iii), and the interests that generally arise during war, and from the matters addressed in subparagraphs (i) and (ii), suggest that political or economic differences between Members are not sufficient, of themselves, to constitute an emergency in international relations for purposes of subparagraph (iii). Indeed, it is normal to expect that Members will, from time to time, encounter political or economic conflicts with other Members or states. While such conflicts could sometimes be considered urgent or serious in a political sense, they will not be "emergencies in international relations" within the meaning of subparagraph (iii) unless they give rise to defence and military interests, or maintenance of law and public order interests*".[185]

> "*An emergency in international relations would, therefore, appear to refer generally to a situation of armed conflict, or of latent armed conflict, or of heightened tension or crisis, or of general instability engulfing or surrounding a state*".[186]

Adopting the foregoing, the Panel discussed whether the tension between Russia and Ukraine that had existed since 2014 could be considered as coming under the ambit of the above understanding of the term "*other international emergency in international relations*". The Panel observed that by December 2016, the UN General Assembly had recognised the situation between the two countries as involving armed conflict, which led to various concomitant sanctions imposed on Russia by a number of other states.[187] Hence, the Panel was satisfied that the unfriendly relations between Russia and Ukraine as of 2014 fell within the meaning of sub-paragraph (iii) of Article (b) of GATT XXI.[188]

With respect to the terms laid down in the chapeau of paragraph (b), concerning what is necessary to protect essential security interests, the Panel accepted that "*essential security interests*" is a narrower concept than "*security interests*", and relates to "*quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public*

182 Ibid. para 7.72.

183 Ibid.

184 Ibid. para 7.74.

185 Ibid. para 7.75.

186 Ibid. para 7.76.

187 Ibid. para 7.122.

188 Ibid. para 7.123.

order internally".[189] In the Panel's view, it was incumbent on each contracting party to articulate how the protection of national security interests could be necessary in the circumstances of a war or other international emergency.[190] The Panel held that the level of articulation would depend on the seriousness of a situation removing from a war or a breakdown of law and public order. The more likely the emergency involved the existence or risk of an armed conflict, the more likely there would arise military or defence interests.[191] Applying this understanding to the dispute between Russia and Ukraine, the Panel found that there was a need for the former to take actions which it considered necessary to protect its essential security interests. However, it must be underlined that the Panel reached such a conclusion in the absence of any articulation submitted by Russia. The Panel stated that the circumstances of the dispute, which has been very close to the "*hard core war or armed conflict*",[192] were clear and sufficient enough to deduce that the national security interests of Russia deserved protection through the imposition of the measures at issue.[193]

Furthermore, the Panel affirmed that while it is left to each contracting party to define the type of actions to protect its essential security interests,[194] such a wide discretion is limited by the obligation of good faith, which is a general principle of international law underlying all treaties owing to Article 26 and Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.[195] In relation to the WTO national security exception, the Panel described the principle of good faith as follows:

> "*The obligation of good faith requires that Members not use the exceptions in Article XXI as a means to circumvent their obligations under the GATT 1994. A glaring example of this would be where a Member sought to release itself from the structure of "reciprocal and mutually advantageous arrangements" that constitutes the multilateral trading system simply by re-labelling trade interests that it had agreed to protect and promote within the system, as "essential security interests", falling outside the reach of that system*".[196]

Establishing the above limitations to the discretion of a country under the chapeau of paragraph (b), the Panel examined the particularities of the emergency between Ukraine and Russia to explore whether the transit restrictions by Russia were necessary for the protection of its essential security interests. The Panel held that the measures in question were not to be "remote" from the facts of the emergency, hence their implementation needed to be "plausible" in the circumstances.[197] In the end, the

189 Ibid. para 7.130.
190 Ibid. para 7.134.
191 Ibid. para 7.135.
192 Ibid. para 7.136.
193 Ibid. para 7.137.
194 Ibid. para 7.131.
195 Ibid. para 7.132.
196 Ibid. para 7.133.
197 Ibid. para 7.139.

Panel found that the disputed measures were not remote from the 2014 emergency, and it was therefore plausible for Russia to protect its essential security interests.[198] Hence the Panel overall held that Russia satisfied the conditions of the chapeau of the paragraph (b) of GATT Article XXI.[199]

3. Some Critical Remarks on the Entire Scope of Paragraph (b)

Once it is agreed that GATT Article XXI is subject to adjudication by WTO panels, the ensuing question concerns dealing with the material scope of the WTO national security exception. The first question is now well-clarified especially owing to the landmark Report on *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, where the Panel held that the phrase "*it considers*" does not give the contracting parties an unfettered power to appraise the type of actions to be adopted for dealing with national security concerns. However, in the absence of an abundant and well-established precedent reviewing Article XXI materially, the task falling to the panels in regard to the latter question is not an easy one.

Needless to say, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* offered some guidance in regard to the meaning of the terms set out in the chapeau of paragraph (b) and sub-paragraph (iii). The Panel introduced some very crucial and novel criteria qualifying the authority vested in the contracting parties. For example, with respect to the definition of the term "*war and other emergency in international relations*", it professed that economic intentions cannot be pursued under the disguise of the national security exception. In regard to construing what action would be necessary to protect the essential security interests, the Panel held that the measure in question must be taken as a result of serious emergency, and it must plausible in the circumstances. Yet, despite such acknowledgments, it is questionable whether the aforesaid criteria advanced by the Panel would be feasible in assessing the lawfulness of measures for different kinds of scenarios.

For instance, particularly for the last couple of years, Iran has been subject to severe sanctions imposed by the United States. The reason lying behind the sanctions is said to be Iran's continuation with its nuclear program.[200] If so, what should be the criterion in appraising the compatibility of a measure with paragraph (b) (iii), where the situation at stake does not concern an actual armed conflict or a breakdown of law and order, but rather the potential of aggression between the WTO member states? As another example, the US has warned Turkey over the purchase of the S-400 anti-aircraft missile system from Russia, and threatened that it could suspend delivery

198 Ibid. para 7.145.

199 Ibid. para 7.148.

200 United States Department of the Treasury, "Iran Sanction" <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/programs/pages/iran.aspx> accessed 27 April 2019.

of F-35s to Turkey and impose sanctions on Turkey.[201] Likewise, what would be the yardstick in deciding whether the alleged essential national security interests of the United States against Turkey would be tantamount to those of Russia in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*? Taking into account on top of the foregoing that *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* encompassed only paragraph (b) (iii), there exists an ongoing need to clarify paragraph (b) *ratione materiae*. WTO Panels, especially those established recently in respect of the disputes between the United States and a number of other states, must contribute to the improvement of methodology in explaining the meaning of the terms in paragraph (b). Particularly, the standard of review in respect of "*the protection of the essential national security interests*" merits further clarification from the WTO adjudicatory bodies. In this respect, this author underlines and reminds the following general remarks for assessment of invocations of any section of paragraph (b).

First, it must be ensured that the WTO national security exception is not invoked by the contracting parties as a blanket to pursue a commercial objective in contravention of their GATT obligations. In other words, Article XXI cannot be relied on to protect local economy or a specific local industry against foreign competitors. It is likely that unforeseen developments may render cooperation with other members undesirable. Particularly in an age of rapidly developing globalisation, the dynamics of the global economy have changed considerably.[202] New economic actors have emerged, and the centre of economic power has shifted from the west to other regions of the world. Accordingly, the authority contemplated in the WTO national security exception can easily be abused for commercial reasons. Against the likelihood of any abuse by a member state, it must be highlighted that the GATT already contains a provision which addresses consequences of unexpected developments for local markets. Article XIX of the GATT, *inter alia*, reads that:

> "*If, as a result of unforeseen developments and of the effect of the obligations incurred by a contracting party under this Agreement, including tariff concessions, any product is being imported into the territory of that contracting party in such increased quantities and under such conditions as to cause or threaten serious injury to domestic producers in that territory of like or directly competitive products, the contracting party shall be free, in respect of such product, and to the extent and for such time as may be necessary to prevent or remedy such injury, to suspend the obligation in whole or in part or to withdraw or modify the concession*".[203]

Hence, it is clear that the GATT drafters were not unmindful of dealing with the results of unforeseen circumstances that might adversely affect a local industry. A contracting party is permitted to take emergency actions on the import of a particular

201 Sıtkı Egeli, "Making Sense of Turkey's Air and Missile Defense Merry-go-round", (2019) 8 *All Azimuth* 69, 75.

202 Christopher Layne, "The Global Power Shift from West to East" (2012) 119 *The National Interest* 21.

203 Paragraph 1(a) of Article XIX.
<https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art19_jur.pdf> accessed 8 April 2019.

product in order to protect its domestic producers from the threat of competitive products from another contracting party. The safeguard accommodated is certainly confined to the import of goods, and it may not be sufficient for thwarting any kind of commercial agenda which member states tend to present as a security reason under Article XXI. That being said, it must be stressed that the recent disputes between the United States and other states were caused by tariff increases imposed by the former allegedly in contravention of its WTO obligations. Hence, panels charged with reviewing tariff concessions or imports of a specific type of goods should judge the national security defence of the invoking country in connection with the existence, applicability and legal effect of Article XIX of the GATT.

Second, since sub-paragraphs (i) and (ii) concern the export of certain types of goods, a country wishing to execute a measure in regard to tariff concessions or the import of foreign goods mostly relies on sub-paragraph (iii), it being the only option left. This exception allows for the adoption and implementation of actions necessary to protect essential security interests in time of war and other emergency in international relations. It must be noted that international law already contains some rules and approaches with respect to the protection of national security interests against the type of events or situations referred to in sub-paragraph (iii). That is to say, regardless of the availability of Article XXI, a contracting party undergoing a serious emergency or entering into a war or another form of belligerent armed and non-armed tension with another contracting party is or should be able to take unilateral measures under the general rules of international law, such as "*countermeasures*" and "*sanctions*". Although it has been raised only once so far,[204] Article XXI (b) (iii) can represent one specific legal ground justifying a unilateral action taken by a country as a countermeasure or sanction.[205] With this in mind, it can be suggested that a panel can appraise the justifiability of a national security defence under sub-paragraph (iii) by scrutinising whether the disputed action has met at least some of the standards that general international law requires in regard to the imposition of a countermeasure or sanction. For example, the standards set forth in Chapter II of ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Conducts, which concerns "countermeasures", can be relevant to some extent. However, a note of caution is due. It must be stated that the different but overlapping concepts of countermeasure and sanction are not free from controversy either.[206]

Last but certainly not least, regards must be had to the legal effect of the principle of good faith, which according to the WTO Panel in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* and the judgment of the International Court of Justice in *Djibouti*

204 Alain Pellet (n 2) 734.

205 Ibid.; Michael P. Malloy (n 148) 379.

206 Joaquín Alcaide Fernández, "Countermeasures" in Anthony Carter (eds), *Oxford Bibliographies in International Law* (Oxford University Press, 2013).

v. France poses a limitation on the exclusive authority of a country in respect of a self-judging clause. However, as indicated above, no adequate guidance was provided in regard to what this principle would mean in the context of exercising a national security exception or how it could restrain the power vested in a country. The meaning of the principle of good faith in international law is not exempt from controversy, thereby meriting a separate analysis which falls outside the limited scope of this article. In short, there is a difference between the national and international conception of good faith.[207] It has been contended that the notion of good faith in international law may have different facets or modes of operation.[208] For instance, in his Declaration in *Djibouti v. France*, Judge Keith, in line with the understanding of the WTO Panel in *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, remarks that the term good faith enshrined in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties requires the parties "*to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized (Gabc˘ikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 79, para 142)*".[209] Given the preceding discussion, the panels reviewing Article XXI, particularly the terms set out in paragraph (b), must have a more careful resort to the legal effect of the principle of good faith, along with articulating in more details its meaning against a national security defence provision.

V. Conclusion

Modern international law was evolved as a result of the atrocities of World War II with the remarkable achievement of the victor states being the creation of the United Nations. Unlike its predecessor, the League of Nations, the new entity includes the Security Council to deal with maintenance of international peace and security through a collective security system. However, member states are also equipped with a power to unilaterally protect their own national security interests, where the collective security mechanism does not function adequately or in a timely manner. With the recent rise of populism around the world,[210] it has been witnessed that states do not refrain from taking unilateral actions against each other. In particular, the most powerful states, enjoying a wide range of economic and financial tools, have chosen to impose trade measures, which may be perceived as influential as the use of military options.

The WTO national security exception seemed to have been a legal basis or excuse, which has been frequently invoked by countries to justify the sanctions they have

207 Steven Reinhold, "Good Faith in International Law" (2013) 2 *UCL Journal of International Law* 40, 46.

208 Robert Kolb, "Principles as Sources of International Law: With Special Reference to Good Faith" (2006) 53 *Netherland International Law Review* 1, 20.

209 Declaration by Judge Keith (n 135) para 6.

210 Michael Cox, "The Rise of Populism and the Crisis of Globalisation: Brexit, Trump and Beyond" (2017) 28 *Irish Studies in International Affairs* 9.

imposed in contravention of their WTO obligations. The vague terms set out in this provision made it completely vulnerable to abuse by the WTO contracting parties. Namely, a country may not remain true to the nature and purpose of GATT Article XXI, rather it may make an attempt to disguise its commercial intentions. Given that the foundation of the United Nations was a lesson learnt from the grave consequences of populism between the two World Wars, the multilateral system it envisaged and sought to disseminate must be guarded against today's practices of populism in international affairs. Accordingly, the international legal community, including those WTO Panels established recently or those to be established in the future, must take a firm stance in protecting multilateralism against the arbitrary use of GATT Article XXI by the contracting parties. They must deliver a coherent methodology to ensure that the WTO national security exception is exercised only for genuine national security reasons.

Financial Support: The author received no financial support for this work.

References

Primary Sources

Al-Jedda v. United Kingdom (App No 27021/08) ECHR 07 July 2011

Appellate Body, *United States- Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (1996) WT/DS2/AB/R

Appellate Body, *US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)* WT/DS379/AB/R

Appellate Body, *US — Gambling*, WT/DS285/AB/R, WT/DS285/AB/R/Corr.1

Case Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France) [2008] ICJ Judgment <https://www.icj-cij.org/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 16 April 2019

Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) [1986] ICJ 14

Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America) [2019] ICJ Preliminary Objections <https://www.icj-cij.org/files/case-related/164/164-20190213-JUD-01-00-EN.pdf> accessed 15 April 2019

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France) [2006] ICJ Application Institution Proceedings <https://www.icj-cij.org/files/case-related/136/13104.pdf> accessed 16 April 2019

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France) [2008] ICJ Oral Proceedings of France

European Office of the United Nations, "Adoption and Signature of the Final Act" <http://sulderivatives.stanford.edu/derivative?CSNID=90260240&mediaType=application/pdf> accessed 14 April 2019

GATT Multilateral Trade Negotiations – the Uruguay Round, "Article XXI- Note by the Secretariat" (1987) <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/GNGNG07/W16.PDF> accessed 15 April 2019

Ministry of Economy, Trade and Industry of Japan, "2015 Report on Compliance by Major Trading Partners with Trade Agreements- WTO, FTA/EPA and IIA-" (Part II WTO Rules and Major Cases Chapter 17) https://www.meti.go.jp/english/report/data/2015WTO/02_17.pdf> accessed 14 April 2019

Nada v. Switzerland (App No 10593/08) ECHR 12 September 2012

Panel Report, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/512r_e.pdf> accessed 25 April 2019

Panel Report, *United States- Trade Measures Affecting Nicaragua* (1986) L/6053

Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom) [1992] ICJ Rep 3

Territorial Dispute Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad) [1994] ICJ Reports 6

Third Party Oral Statement by the European Union, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit* (DS 512) <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156603.pdf> accessed 15 April 2019

Third Party Oral Statement of the United States of America, *Russia- Measures concerning Traffic in Transit* (DS512), (2018) <https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/US.3d.Pty.Stmt.%28as%20delivered%29.fin.%28public%29.pdf#page=7> accessed 14 April 2019

United States Department of the Treasury, "Iran Sanction" <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/programs/pages/iran.aspx> accessed 27 April 2019

White House, "Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Aluminium into the United States" (2018) <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states-4/> accessed 14 April 2019

White House, "Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Steel into the United States" (2018) para 2 <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-steel-united-states/>accessed 14 April 2019

World Trade Organization, "Appendix 3 to Article 12 of the DSU" <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_app3_jur.pdf> accessed 14 April 2019

World Trade Organization, "Article XXI- Security Exceptions", GATT-Al-2012-Art21 <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art21_e.pdf> accessed 15 April 2019

World Trade Organization, "Dispute Settlement Body" <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_body_e.htm> accessed 14 April 2019

World Trade Organization, "Members and Observers of the WTO" <https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/org6_map_e.htm> accessed 14 April 2019

World Trade Organization, "United States- Certain Measures on Steel and Aluminium Products- Communication from the United States" <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds564%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true> accessed 14 April 2019

World Trade Organization, "United States- Certain Measures on Steel and Aluminium Products" <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds556_e.htm> accessed 14 April 2019

World Trade Organization, "United States- Certain Measures on Steel and Aluminium Products- Constitution of the panel Established at the Request of China- Note by the Secretariat" <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds544%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true> accessed 14 April 2019

World Trade Organization, "WTO Legal Texts" <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm> accessed 14 April 2019

Secondary Sources

Alain Pellet, "Sanctions Unilatérales et Droit International / Unilateral Sanctions and International Law" (2015) 76 *Yearbook of Institute of International Law* 721

Alexander Orakhelashvili, 'R (On the Application of Al-Jedda) (FC) v. Secretary of State for Defence: UK House of Lords Judgment on Relationship between UN Security Council Resolution Authorising Detention in Iraq and European Convention on Human Rights' (2008) 102 *American Journal of International Law* 337

Andrew Emmerson, "Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse" (2010) 11 *Journal of International Economic Law* 135

Brandon J. Murrill, "The 'National Security Exception' and the World Trade Organization" (2018) *Congressional Research Service Legal Sidebar*, 1 <https://fas.org/sgp/crs/row/LSB10223.pdf> accessed 14 April 2019

Chad P. Pown, *Self-Enforcing Trade: Developing Countries and WTO Dispute Settlement* (Brookings Institution Press, 2009) 14

Christopher Layne, "The Global Power Shift from West to East" (2012) 119 *The National Interest* 21

Dapo Akande & Sope Williams, "International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?" (2003) 43 *Vanderbilt Journal of International Law* 365

Diane Desierto, "Protean 'National Security' in Global Trade Wars, Investment Walls, and Regulatory Controls: Can 'National Security' Ever Be Unreviewable in International Economic Law?" (2018) <https://www.ejiltalk.org/national-security-defenses-in-trade-wars-and-investment-walls-us-v-china-and-eu-v-us/> accessed 14 April 2019

Eric Picket & Michael Lux, "Embargo as a Trade Defence against an Embargo: The WTO Compatibility of the Russian Ban on Imports from the EU" (2015) 10 *Global Trade and Customs Journal* 2

Frieder Roessler & Petina Gappah "A Re-Appraisal of Non-Violation Complaints under the WTO Dispute Settlement Procedures in Patrick F. J. Macrory, Arthur E. Appleton & Michael G. Plummer (eds) *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis* (Springer, 2005)

George-Dian Balan, "On Fissionable Cows and the Limits to the WTO Security Exceptions" (2018) Society of International Economic Law (SEIL) Sixth Biennial Global Conference <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3218513> accessed 15 April 2019

Hannes L. Scholemann & Stefan Ohlhoff, "Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence" (1999) 93 *American Journal of International Law* 424

Jack Goldsmith & Daryl Levinson, "Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law" (2008-2009) 122 (1) *Harvard Law Review* 1791

Jaemin Lee, "Commercializing National Security? National Security Exceptions' Outer Parameter under GATT Article XXI" (2018) 13 *Asian Center for WTO & International Health Law and Policy* 277

Joaquín Alcaide Fernández, "Countermeasures" in Anthony Carter (eds), *Oxford Bibliographies in International Law* (Oxford University Press, 2013)

Judith L. Goldstein & Richard H. Steinberg, "Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics" (2008) 71 *Law and Contemporary Problems* 257

Marko Milanovic, 'Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?' (2009) 20 *Duke Journal of Comparative & International Law* 69

Meredith A. Crowley, "An Introduction to the WTO and GATT" (2003) 4 *Economic Perspective* 42

Michael Cox, "The Rise of Populism and the Crisis of Globalisation: Brexit, Trump and Beyond" (2017) 28 *Irish Studies in International Affairs* 9

Michael J. Hahn, "Vital Interests and the Law of the GATT- An Analysis of GATT's Security Exception" (1991) 12 *Michigan Journal of International Law* 620

Michael P. Malloy, "Où est Votre Chapeau? Economic Sanctions and Trade Regulations" (2013) 4 *Chicago Journal of International Law* 371

Omer Faruk Direk*, Security Detention in International Territorial Administration of Kosovo, East Timor, and Iraq* (Brill Nijhoff, 2015)

Peter Lindsay, "The Ambiguity of GATT Article XXI; Subtle Success or Rampant Failure" (2003) 52 *Duke Law Journal* 1277

Raj Bhala, "National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does" (1998) 19 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 263

Robert Kolb, "Principles as Sources of International Law: With Special Reference to Good Faith" (2006) 53 *Netherland International Law Review* 1

Robyn Briese & Stephan Schill, "Djibouti v France: Self-Judging Clauses before the International Court of Justice" (2009) 10 *Melbourne Journal of International Law* 308

Roger P. Alford, "The Self-Judging WTO Security Exception" (2011) 3 *Utah Law Review* 697

Shahrzad Fazeli, "Restrictions on Trade for Security Reasons: A Legal Analysis of the Scope of Article XXI of the GATT in Light of the Ukraine Crisis and the EU Sanctions on the Export of Dual-Use Goods to Russia" (2015), <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:792425/FULLTEXT01.pdf> accessed 14 April 2019

Sıtkı Egeli, "Making Sense of Turkey's Air and Missile Defense Merry-go-round", (2019) 8 *All Azimuth* 69

Steven Reinhold, "Good Faith in International Law" (2013) 2 *UCL Journal of International Law* 40

Susan Rose-Ackerman & Benjamin Billa, "Treaties and National Security Exceptions" (2008) 40 *New York University Journal of International Law and Politics* 437

Todd Piczak, "The Helms-Burton Act: US Foreign Policy toward Cuba, the National Security Exception to the GATT and the Political Question Doctrine" (1999) 61 *University of Pittsburgh Law Review* 287

Wesley A. Cann, Jr., "Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism" (2001) 26 *Yale Journal of International Law* 413

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 553–584

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0099
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 29.04.2019
Revizyon Talebi: 31.05.2019
Son Revizyon: 03.06.2019
Kabul: 05.06.2019
Online Yayın: 08.10.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması

Zeynep Rana Demir*

Öz

Sözleşmeler hukukunun temel mantığına göre bir sözleşme kurulur, taraflar bu sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirir ve sözleşme sona erer. Kural bu olmakla birlikte çeşitli sebeplerle borcun ifa edilmemesi durumuyla sıkça karşılaşılır. Hukuk düzeni, sözleşmeden doğan borçların ifa edilmemesi hâlinde ihlal eden tarafa karşı ileri sürülebilecek talepleri belirler. Tazminat ve aynen ifa bu taleplerden en temel olanlarıdır. Çalışmanın konusunu oluşturan aynen ifa, borçlunun borcunu ifa etmemesi üzerine ifada ısrar edilmesi anlamına gelir. Satış sözleşmesi özelindeyse satıcının sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemesi hâlinde alıcı, satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep eder. Bu çalışmada alıcının ileri süreceği aynen ifa talebi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ışığında incelenecek ve Türk Borçlar Hukuku ile karşılaştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG), Aynen ifa, Sözleşmeye aykırılık

Buyer's Right to Require Specific Performance According to The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods (CISG) and Comparison with Turkish Law of Obligations

Abstract

According to the basic logic of contract law, a contract is concluded when the parties perform their obligations arising from this contract and the contract ends. Although this is the rule, the situation where an obligation is not performed for various reasons is often encountered. The legal order determines the claims that can be made against the breaching party when the contractual obligations are not performed. Damages and specific performance are the main claims. Specific performance which constitutes the subject matter of this study means that the performance is insisted on as a consequence of the debtor's non-performance. In the case of the sale contract, if the seller does not perform his contractual obligations, the buyer demands the transfer of possession and ownership of the goods sold. In this study, the buyer's right to require specific performance will be examined in the light of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and compared with the Turkish Law of Obligations.

Keywords

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Specific performance, Breach of contract

* **Sorumlu Yazar:** Zeynep Rana Demir (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: zeynep.demir@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-0649-8324

Atıf: Demir ZR "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması" (2019) 39(2) PPIL 553. https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0099

©Yazarlar. İstanbul Üniversitesi tarafından Creative Commons Lisansı (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) kapsamında yayımlanmıştır.

Extended Summary

According to the provisions of the Turkish Code of Obligations, the performance is the natural result of a contract. Therefore, the first claim to be demanded is the realization of this natural result, in other words, the specific performance. With the coming into force of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) in 2011, certain international sale contracts became subject to its provisions. Thus, not only the general and special provisions of the Turkish Code of Obligations, but also the CISG provisions shall be applied to the sale contracts. Therefore, it is necessary to reveal the similarities and differences between these two systems. Within the framework of the general provisions, the cases of non-performance of the obligation are divided into two as the impossibility of the obligation and the improper performance. Late performance is a specific case of improper performance and called default. The three different results are linked to these situations which fall into the concept of non-performance of the obligation: specific performance (action for specific performance and enforcement), action for damages and withdrawal from the contract. The first of these sanctions is important for our subject. If the debtor has not fulfilled his obligation, the creditor shall file a lawsuit for specific performance and compel the debtor to perform. If the debtor insists on failing to obey the court order, the creditor can apply for enforcement of this order. In Turkish law, as long as the performance of the obligation is possible, the creditor can in principle only demand specific performance. If it becomes impossible, it is no longer useful to demand specific performance. Therefore, in general provisions, the performance is the primary and prior sanction. This claim is sometimes completed with other claims (e.g. compensation for damage) and sometimes replaced by other claims (e.g. withdrawal from the contract as per article 125 of Turkish Code of Obligations). This violation of the contract system remains valid basically also in the special provisions related to the sale contract. However, at some points, a separation from general rules exists. First of all, the TCO art. 212 /par. 2 brings a different rule for the seller in default in commercial sale contracts where the parties determine a period of time for the transfer of possession of the goods sold. According to this provision, it is assumed that the buyer claims compensation for the damage arising out of non-performance instead of specific performance. However, in accordance with art. 125 of the Turkish Code of Obligations, the creditor shall, as a rule, demand specific performance and other claims, he should immediately notify that he renounces specific performance. Thus, the specific performance which is the primary sanction in simple sales, is replaced by compensation in commercial sales. Also, the defect and the eviction are separately regulated. As to the other cases of improper performance (e.g. violation of some ancillary obligations), the seller shall be liable to pay indemnity under art. 112 of the Turkish Code of Obligations, since there are no specific provisions. For the sale contracts subject to the CISG; arts. 45, 46 and 28 apply. According to art.

46, there are two requirements for the specific performance. They are as follows: The seller must violate his obligations and the buyer must not have benefited from a legal opportunity which is incompatible with the claim of specific performance. Art. 45 clarify the obligations that must be violated in order for the the right of specific performance to arise. Violation of any of the obligations arising from the contract or the Convention is sufficient for the exercise of the rights provided in certain articles of Convention, pursuant to the first paragraph of the said article. However, in case of non-conforming performance to the contract, the claim for delivery of substitute goods and repair (m. 46/ f. 2 and 3) applies. The boundary is not always clear and especially *aliud*, the partial performance and the claim for superior rights of third parties are controversial. In contrast to Turkish law, the CISG considers *aliud* like defective performance. Partial performance is regulated by art. 51/ para. 1 and according to it *articles 46 to 50 apply in respect of the part which is missing or which does not conform.* Eviction is not included in the concept of delivery of goods non-conforming to the contract and interpreted within art. 46/ para. 1. As to the second requirement for specific performance, the doctrine illustrated the legal opportunities which are incompatible with this claim such as avoidance of the contract (art. 49), the reduction of the price (art. 50) and the demand for compensation based on non-performance (m. 74 ff). Apart from these two requirements, there are other cases that prevent this claim. These restrictions are sometimes included in the articles of Convention but sometimes accepted by the doctrine (e.g. impossibility of performance, hardship). There are also some rules whose effect on specific performance is very controversial. The principle of good faith (art. 7), the usage (art. 9) and the obligation to mitigate the loss (art. 77) are the main ones. But the most strongly criticized restriction is art. 28 of the CISG which regulates that *If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.* This has provoked a lot of discussion about its application. The statements "under its own law", "similar contracts", "the court" and "would do so" are in need of clarification. The biggest criticism among all these discussions is that it breaks the uniformity that the CISG aims to reach. Although it is not commonly seen in practice, in order to overcome this uniformity problem, the adoption of a close interpretation in accordance with the principles of art. 7 is proposed.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması

Giriş

Bir sözleşme kurulurken taraflar bir edim kararlaştırır ve bu edimin ifası konusunda anlaşır. İdeal olan, iki tarafın da bu anlaşmaya uygun hareket etmesidir[1]. Fakat taraflar her zaman bu kurala sadık kalmaz. Bir sözleşmenin doğal sonucu olan ifa[2], borçlu tarafından yerine getirilmediğinde ve alacaklı bunun üzerine borcun sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmesini talep ettiğinde, aynen ifa talebinde bulunmuş olur. Türk hukukunda sözleşmenin ifası ve ifa edilmeme üzerine gündeme gelebilecek talepler esas itibariyle Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bununla beraber, 2/4/2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla uygun bulunan ve 1/8/2011 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'yla (CISG) belirli satış sözleşmeleri açısından yeni düzenlemeler hukukumuza girmiştir[3].

Çalışmanın amacı satış sözleşmesinde alıcının Türk Borçlar Kanunu ve CISG hükümleri uyarınca sahip olduğu aynen ifa talebinin şartlarını ve sınırlarını karşılaştırmaktır. Sonraki aşama olan aynen ifa hükmünün icrası ve tanıma/tenfiz problemleri ise ayrı bir çalışma konusudur. Sırasıyla Türk hukukunda ve CISG düzenlemesinde alıcının aynen ifa talebi incelenecek, ardından CISG'ın aynen ifa talebine ilişkin olarak getirdiği oldukça sıra dışı bir düzenleme olan 28. maddesi ele alınacaktır. Söz konusu hüküm *"Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür."* düzenlemesini getirmiştir.

CISG m. 28'in uluslararası hukukta ulaşılmak istenilen yeknesaklığı bozucu etkisi ve genel olarak aynen ifa yaptırımının yerindeliği çalışma kapsamı dışındadır. Bu hususlara yeri geldikçe Türk Borçlar Hukuku ve CISG kapsamında aynen ifayı karşılaştırmak amaçlı değinilecektir. Genel bakış açısı alıcının, Türk Borçlar Kanunu'nun uygulandığı bir uyuşmazlık ile CISG'ın uygulandığı bir uyuşmazlıkta aynen ifa talebine ilişkin karşılaşacağı farklılıklara ve benzerliklere yönelik olacaktır. Çalışma, alıcının CISG m. 46/f. 1'de düzenlenen aynen ifa talebiyle sınırlandırılmış olup sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi üzerine öngörülen ikame mal ve onarım

1 Shael Herman, 'Specific Performance: a Comparative Analysis' (2003) 7(2) Edinburgh Law Review, 194, 196.

2 İlhan Helvacı, *Le droit turc du contrat* (Schulthess 2018) 166.

3 02.04.2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla uygun bulunan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması 07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bkz. www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm.

taleplerine (CISG m. 46/f. 2 ve f. 3) değinilmeyecektir. Aynı şekilde satıcının aynen ifa talebi de (CISG m. 62) çalışma konusu dışında bırakılmıştır.

I. Türk Borçlar Hukukunda Aynen İfa

Türk hukukunda sözleşmeye aykırılık hâlleri için farklı yaptırımlar düzenlenmiştir[4]. Genel hükümlerde öngörülen çeşitli hâller ve sonuçların yanında satış sözleşmesi için bir de özel düzenlemeler bulunmaktadır[5].

A. Genel Hükümler Çerçevesinde Aynen İfa

Türk hukukunda borcun ifa edilmemesi hâlleri, borcun hiç ifa edilmemesi ve gereği gibi ifa edilmemesi olarak ikiye ayrılır[6]. Borcun hiç ifa edilmemesi "imkansızlık", gereği gibi ifa edilmemesi hâllerinden geç ifa "temerrüt", diğer gereği gibi ifa edilmemesi hâlleri ise "kötü ifa" olarak adlandırılır[7]. Borcun ifa edilmemesi kavramına giren bu hâllere genel hükümlerde üç farklı sonuç bağlanmıştır: aynen ifa (ifa davası ve cebri icra), tazminat davası, sözleşmeden dönme[8].

Borcun ifa edilmemesi üzerine öngörülen ilk önlem, alacaklıya aynen ifa talebinde bulunma imkanı tanınmasıdır[9]. Hatta alacaklı ifa mümkün oldukça kural olarak borçluyu yalnızca ifaya zorlayabilir[10]. Edimini yerine getirmeyen borçluya karşı alacaklı önce ifa davası açarak borçlunun ifaya mahkum edilmesini talep eder, borçlu hala ifa etmiyorsa cebri icra yoluna başvurarak ifayı zorla sağlar[11].

Borç ifa edilmemiş fakat ifası da imkansızlaşmışsa artık aynen ifayı talep etmenin bir anlamı kalmamıştır[12]. O hâlde tazminat imkanı kural olarak yalnızca borçlanılan

4 Borca aykırılık hallerinin yeknesak şekilde çözüme kavuşturulmaması olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Pelin Işıntan, 'Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı' (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 161, 162.

5 Pierre Tercier, *Le droit des obligations* (2nd edn, Schulthess 1999) para 868; M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (16th edn, Vedat 2018) para 1212 dn 13.

6 Doktrinde *Serozan* ise borç ilişkisinin amacının gerçekleşmesinin önüne geçen tüm aksilikleri ifa engeli olarak tanımlamakta ve alacaklının temerrüdü (TBK m.106), imkansızlık (TBK m.136), borçlunun temerrüdü (TBK m.117), sözleşmenin müspet ihlali (TBK m.112) ve işlem temelinin çökmesi (TBK m.138) durumlarını bu kavrama dahil etmektedir. Bkz. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: ifa, ifa engelleri, haksız zenginleşme - ek: uygulama çalışmaları cilt no: 3* (3th edn, Filiz 2014) §11 para 1. Fakat bu kavram, Türk hukukunda görüş birliğiyle benimsenmemektedir.

7 Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th edn, Beta 2017) para 177; Oğuzman and Öz (n 5) para 1194-1205; Selahattin Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993) 851. Türk hukukundaki bu baskın ayrım, kaynak İsviçre hukukunda benimsenen ayrıma uygundur. Bkz. Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 858.

8 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22th edn, Yetkin 2017) 1054; Oğuzman and Öz (n 5) para 1212. Bahsedilen sonuçlar doktrinde farklı gruplandırmalara da tabi olmuştur. Örneğin; cebri icra, tazminat davası ve borçlu temerrüdü hükümleri ayrımı için bkz. Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 865-867. Hangi ayrım ve gruplandırma benimsenirse benimsensin, İsviçre ve Türk hukukunda borca aykırılığın farklı türleri olduğu ve farklı yaptırımları doğurduğu açıktır.

9 Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 865.

10 Helvacı (n 2) 140; Oğuzman and Öz (n 5) para 1219.

11 Helvacı (n 2) 140; Oğuzman and Öz (n 5) para 1219, 1228.

12 Oğuzman and Öz (n 5) para 1219,1220.

edimin ifasının artık mümkün olmaması üzerine doğar[13]. Buradaki imkansızlık, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan ve kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran objektif imkansızlıktan farklıdır[14]. Borç geçerli olarak doğmuş fakat ifa aşamasında borcun yerine getirilmesi olanağı kalmamıştır[15]. Türk hukukundaki baskın görüş uyarınca bu imkansızlıktan borçlu sorumlu tutulamıyorsa borç sona erer ve borçlu borcundan kurtulur[16]. Borçluya yüklenebilen bir imkansızlık söz konusuysa borçlu TBK m. 112 uyarınca borca aykırılıktan sorumlu olur ve tazmin etme yükümlülüğü borcun yerini alır[17].

Muaccel bir borcun zamanında ifa edilmemesi, borcun ifası imkanını ortadan kaldırmıyor ve belli şartları (örneğin ihtar) yerine getiriyorsa temerrüt olarak adlandırılır[18]. Temerrüt yalnızca gecikme tazminatı (TBK m. 118), sorumluluğun ağırlaşması (TBK m. 119) ve para borçlarında temerrüt faizi (TBK m. 120) sonucunu doğurur; aynen ifa talebine ise bir etkisi yoktur[19]. Başka bir ifadeyle temerrüt, borcun talep ve ifa edilebilirliğini etkilemez[20]. Aynı şekilde alacaklı gecikmiş ifayı kabul etmek zorundadır[21]. Temerrüt hükümleri arasında aynen ifa talebine ilişkin tek düzenleme TBK m. 125'tir. Bu hüküm, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde süre vermek ve derhal bildirimde bulunmak şartıyla alacaklıya ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönme hakkı tanır. Aynen ifa dışındaki taleplerin başkaca şartlara bağlanması ve Kanun'da ayrıca belirtilmesi, Türk hukuku açısından aynen ifanın kural, diğer taleplerin istisnai olduğunun bir göstergesidir[22].

Borcun geç ifası dışındaki diğer gereği gibi ifa etmeme hâlleri kötü ifa olarak adlandırılır[23]. Miktar, nitelik veya yer itibarıyla sözleşmeye uygun olmayan bir ifa söz konusudur ve alacaklı, geç ifanın aksine kötü ifayı kabul etmek zorunda

13 Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 866.

14 Oğuzman and Öz (n 5) para 1802; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 7) 903.

15 Borcun doğumu ve ifası arası dönemdeki imkansızlık söz konusudur. Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 1140.

16 Eren (n 8) 1069; Nomer (n 7) para 183; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 7) 998. Ancak Oğuzman ve Öz tarafından savunulan görüşe göre imkansızlaşan borç her halükarda sona erer. Borçlu imkansızlıktan sorumlu tutulabiliyorsa alacaklının zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Bkz. Oğuzman and Öz (n 5) para 1472.

17 Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 7) 904. Doktrinde kusurlu imkansızlığın borca aykırılık, kusursuz imkansızlığın ise borcun sona ermesi başlığında incelenmesi bundan kaynaklanır..

18 Oğuzman and Öz (n 5) para 1498. CISG düzenlemesinde temerrüt de diğer sözleşmenin ihlali hâlleri gibi sözleşmeye aykırılık genel rejimine tabidir ve ihtara gerek olmadan kendiliğinden gerçekleşir (Silvio Venturi and Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, 'Article 190' in Luc Thévenoz and Franz Werro (eds), *Commentaire Romand Code des obligations I* (2th edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2012) para 16-17).

19 Eren (n 8) 1126ff; Helvacı (n 2) 166, 168.

20 Eren (n 8) 1126.

21 Nomer (n 7) para 187. Mutlak kesin vadeli işlemlerde, örneğin nikahı filme çekmeyi üstlenen kimsenin nikaha yetişememesi, temerrüde değil, ifa imkansızlığına ilişkin hükümlerin uygulanacağı hakkında bkz. Nomer (n 7) para 197.13. Dolayısıyla aynen ifa istemi söz konusu olmayacağı gibi (Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (3rd edn, On İki Levha 2018) para 596), gecikmiş ifayı kabul zorunluluğundan da bahsedilemez.

22 Temerrüt halinde aynen ifa temel taleptir çünkü başka bir talepte bulunacak olan alacaklı hemen harekete geçmeli ve ifayı istemediğini açıkça bildirmelidir (Işıntan (n 4) 169). Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlara ilişkin ise TBK m. 212/f. 2 istisnai bir düzenleme getirir.

23 Nomer (n 7) para 185. Doktrinde *Eren*, kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlalini ikiye ayırarak gereği gibi ifa etmeme başlığı altında inceler. Bkz. Eren (n 8) 1073.

değildir; fakat kabul etmesi tazminat talep etme hakkını ortadan kaldırmaz[24]. O hâlde kötü ifa hallerini iki ihtimal üzerinden değerlendirmek gerekir. Yapılan ifayı kabul etmediği takdirde alacaklı aynen ifa talebinde bulunabilir[25]. Çünkü bu ihtimalde ifa hiç yapılmamış sayılır[26]. Yapılan ifayı kabul ettiği takdirde ise ifa edilen edimin sözleşmeye uygun olmamasından doğan zararını talep edebilir[27] ancak kötü (sözleşmeye uygun olmayan) de olsa gerçekleştirilmiş (sunulmuş ve kabul edilmiş) bir edim söz konusu olduğundan artık aynen ifa talebine yer olmayacaktır.

Sonuç olarak bir borç muaccel ve ifası mümkünse alacaklı kural olarak yalnızca aynen ifayı talep edebilir[28]. Bu ana kural genel hükümlerde bazen başka istemlerle tamamlanmış bazen de yerini başka istemlere bırakmıştır. İlk olarak borçlu temerrüde düşmüş ve kusurluysa TBK m. 118 uyarınca alacaklı aynen ifa yanında gecikme tazminatı da talep edebilecektir[29]. Bunun dışında TBK m. 125 karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, belirli şartlar altında alacaklıya ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etme ya da sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadır[30]. Görüldüğü gibi bu imkan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü ve koşulludur[31]. Bütün bu sözleşmeye aykırılık sisteminden çıkan temel sonuç, Türk hukukunda aynen ifanın kural olduğu, diğer taleplerin karşısında asli ve öncelikli talep olarak yer aldığıdır[32]. Ancak asliliği vurgulanan aynen ifa ilkesi, belirtilen kanun hükümlerindeki istisnalar dışında da mutlak olarak uygulanmaz. Örneğin, maddi bakımdan ifa mümkün olmakla beraber borçlunun ifaya mahkum edilmesini istemek dürüstlük kuralına aykırı bir sonuç yaratıyorsa, alacaklı ifa yerine tazminat isteme veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmışsa ya da sözleşmeden doğan yan borçlar söz konusuysa ifa davası açılamayacaktır[33].

B. Özel Hükümler Çerçevesinde Aynen İfa

Türk Borçlar Kanunu'nun yukarıda açıklanan sözleşmeye aykırılık sistemi, Kanun'da 207. ve 281. maddeler arasında özel olarak düzenlenen satış sözleşmesi

24 Nomer (n 7) para 185.6.

25 Işıntan (n 4) 168.

26 ibid 168.

27 Nomer (n 7) para 185.

28 Oğuzman and Öz (n 5) para 1219. Eğer alacaklı, borçlanılmış edimin aynen ifasını elde edemiyorsa o zaman bu ifa etmemeden doğan zararının karşılanmasını talep edebilir (Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse* (2nd edn, Stämpfli 1997) 704).

29 Serozan, *Genel Bölüm* (n 6) §17 para 8. Para borçlarında temerrütte gecikmeden doğan zararın tazmini için borçlunun kusurunun aranmayacağı hakkında bkz. Serozan, *Genel Bölüm* (n 6) §17 para 7.

30 ibid para 14.

31 ibid para 14.

32 Işıntan (n 4) 167. Bu sonuç Yargıtay kararlarında şöyle ifade edilmektedir: *"Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa-Pacta Sund Servanda) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır."* (Yargıtay 13 HD, 5334/2721, 3.2.2016, Yargıtay 3 HD, 11362/6297, 4.6.2018).

33 Oğuzman and Öz (n 5) para 1225-1227.

açısından da geçerlidir[34]. Böylece ifanın imkansızlaşması üzerine aynen ifa talebine yer olmayacak[35], borcun geç ifa edilmesi TBK m. 212 uyarınca borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere tabi olacak ve satış sözleşmesi hükümlerinde özel olarak düzenlenmemiş gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) hâlleri tazminat sorumluluğunu doğuracaktır[36]. Bununla birlikte gerek satıcının temerrüdü gerekse kötü ifa halleri için genel kurallardan ayrılan birtakım düzenlemeler öngörülmüştür.

İlk olarak, her ne kadar satıcının temerrüdü genel hükümlere tabi olsa da belirli vadeli ticari satışlar için Türk Borçlar Kanunu'nun 212. maddesinin 2. fıkrası farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Öncelikle alıcı, genel kuralın aksine satıcıya süre vermeden seçimlik haklarını kullanabilir[37]. Ayrıca satıcının temerrüdü üzerine alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir[38]. Söz konusu kabul, aksi ispat edilebilen bir karine niteliğindedir[39]. Aynı maddenin 3. fıkrası ise satılanın devrinde ısrarcı olan alıcının bunu satıcıya hemen bildirmesi şartını aramaktadır. Görüldüğü gibi kural, alıcının olumlu zararının tazminini istemesidir ve o, bu hukuki sonuçtan kurtulmak istiyorsa niyetini hemen bildirmelidir[40]. Oysaki Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinden çıkan sonuç alacaklının aynen ifayı istediğinin kural olduğu, diğer talepler için ise aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmesi gerektiğidir. Genel hükümlere göre temerrüt halinde kural olan aynen ifa talebi, Türk Borçlar Kanunu'nun 212. maddesinin 2. fıkrası ile istisnai hale gelmiş, başka bir ifadeyle mevcut karine belirli vadeli ticari satış sözleşmeleri açısından değiştirilmiştir[41]. Böylece adi satımda birincil yaptırım olan aynen ifa, ticari satımda yerini tazminata bırakmıştır[42].

Borcun ifa edilmemesi bakımından genel kuraldan ayrılan bir başka düzenleme kötü ifa hâllerine ilişkindir. Genel hükümlerde geç ifa dışındaki diğer gereği gibi ifa etmeme hâlleri arasında bir ayrıma gidilmezken satış sözleşmesi özelinde ifanın edimde aranan niteliğe uygun olmaması (ayıplı ifa) ile alıcıya teslim edilen mal üzerinde üçüncü kişinin üstün bir hak ileri sürmesi (zapt) ayrıca düzenlenmiştir[43].

34 Pierre Tercier, *La partie spécial du Code des obligations* (Schulthess 1988) para 198.

35 Bu durumda, imkansızlığa kimin katlanacağı sorunu hasar problemi olarak adlandırılmakta ve TBK m. 208'de düzenlenmektedir. Bkz. Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (13th edn, Beta 2014) 34ff. Ancak hasar kimin üzerinde olursa olsun; imkansızlık, aynen ifa talebini ortadan kaldıracaktır.

36 Oğuzman and Öz (n 5) para 1547.

37 Tercier, *Partie spécial* (n 34) para 215; Venturi and Zen-Ruffinen, 'Article 190' (n 18) para 4.

38 Tercier, *Partie spécial* (n 34) para 215; Venturi and Zen-Ruffinen, 'Article 190' (n 18) para 4.

39 Eren (n 8) 71; Yavuz (n 35) 57; Venturi and Zen-Ruffinen, 'Article 190' (n 18) para 4.

40 Yavuz (n 35) 57. Alman ve Avusturya hukuklarında da benzer düzenlemelerin yer aldığı yönünde bkz. Ingeborg Schwenzer, 'Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' (1999) 1(3) European Journal of Law Reform 289, 299.

41 Eren (n 8) 57; Tercier, *Partie spécial* (n 34) para 216.

42 Ece Baş Süzel, 'Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu' in Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016* (On İki Levha 2016) 32, 35.

43 Oğuzman and Öz (n 5) para 1547.

Satılan malın üçüncü kişinin iddia ettiği üstün hak yüzünden alıcının elinden alınmasına veya iddia edilen bu hak yüzünden alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamamasına zapt adı verilir[44]. Tam zapt hâlinde TBK m. 217, satış sözleşmesinin kendiliğinden sona ermiş sayılacağı kuralını getirdiği için aynen ifa talebine yer olmayacak ve alıcı yalnızca zararının tazminini talep edebilecektir[45]. Kısmi zapt hâlinde ise sözleşme sona ermiş sayılmaz ve alıcı yalnızca kısmi zapt sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir (TBK m. 218/f. 1). Ancak kısmî zaptı bilseydi söz konusu satış sözleşmesini kurmayacağı durum ve koşullardan anlaşılan alıcı, sözleşmeden dönebilir (TBK m. 218/f. 2)[46].

Satılan şeyin satıcının bildirdiği özellikleri taşımaması veya bu şeyde onun değerini ve sözleşme gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksiklikler bulunması ayıp olarak adlandırılır[47]. Fakat ayıbın varlığı, kanunda düzenlenen ayıp hükümlerine başvurmak için yeterli değildir, alıcının belirli külfetleri yerine getirip zamanaşımı süresi içinde harekete geçmesi gerekir[48]. Ayıplı ifa hâlinde alıcı; sözleşmeden dönme, bedelde indirim isteme, satılanın ücretsiz onarılmasını isteme ve satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini isteme seçimlik haklarına sahiptir (TBK m. 227/f. 1). Ayrıca alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da saklıdır (TBK m. 227/f. 2).

Ayıp ve zapt dışında kalan kötü ifa hâlleri (vasfa uygun olmayan edimin ifasının alıcıya ayrıca bir zarar vermesi ve bazı yan borçlara aykırılık) hakkında satış sözleşmesine özgü bir düzenleme bulunmadığından satıcı Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca tazminat ödemekle yükümlü tutulacaktır[49]. Böylece örneğin satılan mal gerektiği gibi paketlenmemişse alıcı bu paketlemenin düzgün yapılmasını değil; olması gerektiği gibi yapılmayan paketlemeden doğan zararın tazminini talep edebilecektir[50].

Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri incelendiğinde, genel hükümlerden başlıca farkının m. 212/f. 2 ile tazminat yaptırımına öncelik tanıması olduğu görülür. Kanun koyucu belirli vadeli ticari satışlarda alıcının malları başka bir yerden temin edebileceğini ve aynen ifaya yönelik bir menfaati bulunmadığını kabul etmiştir[51]. Ancak bu hüküm alacaklının aynen ifa talep etme hakkını elinden almaz, yalnızca ayrı ve açık bir talebi gerekli kılar[52].

44 Yavuz (n 35) 61.

45 Tazmin edilecek zarar kalemleri için bkz. Tercier, *Partie spécial* (n 34) N 248

46 Serozan, *Özel Bölüm* (n 21) para 639; Tercier, *Partie spécial* (n 34) N 252.

47 Eren (n 8) 69. Başka bir tanım (*Satılan şeyin satıcının bildirdiği ya da alıcının dürüstlük kuralı uyarınca bekleyebileceği özelliklerinin eksikliği*) için bkz. Tercier, *Partie spécial* (n 34) para 278.

48 Tercier, *Partie spécial* (n 34) para 305.

49 Oğuzman and Öz (n 5) para 1541, 1547.

50 Eren (n 8) 1076.

51 Işıntan (n 4) 170.

52 Baş Süzel (n 42) 35.

II. CISG Düzenlemesinde Aynen İfa

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda, Türk hukukundakinin aksine sözleşmeye aykırılık hâlleri tek bir çatı altında toplanmış; aykırılık üzerine uygulanacak yaptırımlarda ise ayrıma gidilmiştir[53]. Böylece borcun ifasının imkansız olması, borçlunun veya alacaklının temerrüde düşmesi, borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması (kötü ifa) gibi durumların tümü CISG kapsamında "sözleşmenin ihlali" olarak anılır ve uygulanacak yaptırım, ifa engelinin türüne göre değil de sözleşmenin ihlalinin esaslı olup olmamasına göre belirlenir[54]. Bu yaptırımlar; aynen ifa (m. 46), sözleşmenin ortadan kaldırılması (m. 49) ve tazminat (m. 74 vd.) olmak üzere üç türlüdür. CISG'ın 45. maddesinin birinci fıkrası, satıcının yükümlülükleri arasında bir ayrım yapmadan, herhangi biri yerine getirilmezse alıcının CISG'ın devam eden maddelerinde öngörülen haklardan yararlanabileceğini düzenler. Aynen ifa talebi de bu haklardandır.

A. Aynen İfa Talebinin Şartları

CISG'ın *"Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlâli Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkânlar"* başlığını taşıyan 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; *"Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse, alıcı: (a) Madde 46 ilâ 52'de öngörülen haklarını kullanabilir. (b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir"*. Aynen ifa talebi de bu fıkranın a bendinde öngörülen 46. maddenin birinci fıkrasında yer alır: *"Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkândan yararlanmış olsun"*.

46. maddenin birinci fıkrasının lafzı 45. maddeyle birlikte incelendiğinde aynen ifa talebi için iki şartın arandığı görülür: satıcının yükümlülüklerini ihlal etmesi ve alıcının aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkandan yararlanmamış olması.

1. Satıcının yükümlülüklerini ihlal etmesi

Aynen ifayı talep hakkının doğmasına yol açması için satıcının ihlal etmesi gereken yükümlülüklerin neler olduğu sorusunun cevabını CISG m. 45 vermektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre sözleşmeden veya Antlaşmadan doğan yükümlülüklerden herhangi birinin ihlali, Antlaşmadan doğan hakların kullanılması için yeterlidir.

53 Ahu Ayanoğlu Moralı, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi' (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 289, 307; Başak Başoğlu, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı' in Sinan Okur (ed), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (Adalet 2016) 338; Turgut Öz, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)' (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 3, 10.

54 Öz (n 53) 10.

Bununla beraber sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi 46. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlendiği için birinci fıkranın uygulama alanı bunun dışında kalan yükümlülüklerin ihlaliyle sınırlıdır[55]. Tali ifa talepleri[56] olan onarım (CISG m. 46/f. 3) ve ikame mal teslimi (m. 46/f. 2) talebinde bulunabilmek için 35. maddenin ihlal edilmesi şartı aranır[57]. Öyleyse m. 46/f. 1'in uygulanabilmesi için bunun dışındaki ihlaller (örneğin malların hiç teslim edilmemiş olması, öngörülen yerde teslim edilmemiş olması, sözleşme veya adet gereği olan belgelerin temin edilmemiş olması, sözleşmede kararlaştırılan diğer yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması) gerçekleşmelidir[58]. İhlal edilen borcun asli veya yan borç olması ise bir önem taşımaz[59]. Örneğin satıcı, malı teslim etmesine rağmen yükleme faturasını veya depo makbuzunu alıcıya vermemiş olabilir[60]. Aynen ifa talebi bu borçların yerine getirilmesi amacına da hizmet eder, ihlal türü arasında ayrım yapmaz[61].

Hangi durumlarda aynen ifa hangi durumlarda onarım ya da ikame mal teslimi talebinin söz konusu olacağı her zaman açık değildir. Özellikle *aliud* ifa, üçüncü kişilerin üstün hak iddiası ve kısmi ifa konuları tartışmaya açıktır[62]. Aradaki sınırı çizebilmek için satıcının teslim borcu incelenmelidir. Satış sözleşmesinde satıcı, malları teslim borcunu sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmelidir[63]. Alıcıya sözleşmede öngörülen nitelikteki malları teslim ettiğinde teslim borcundan kurtulur[64]. Sözleşmede öngörülenden farklı nitelikte ve nicelikte bir malın teslimi

55 Erkan Kutluhan, *CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (On İki Levha 2017) 33; Michael Will, 'Article 46' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) 335; Chengwei Liu, 'Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law' (2005) <www.cisg.law.pace.edu> Erişim Tarihi 27 November 2018, para 3.2; Huber, 'Article 46' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2th edn, Beck Hart Nomos 2018) para 2.

56 Tali ifa talebi kullanımı için bkz. Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005) 363. TBK m. 227/f. 1'de de yer alan söz konusu haklarla alıcı, gereği gibi yapılmayan ifanın yinelenmesini talep etmektedir, dolayısıyla bunlar aynen ifa talebinin bir uzantısıdır (Serozan, *Özel Bölüm* (n 21) para 776, 778). Aynen ifa kapsamında değerlendiren diğer yazarlar için bkz. Yeşim M. Atamer, 'Satıcının Sözleşmeyi Aykırı Davranışım Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış' in Yeşim M. Atamer (ed), *Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (On İki Levha 2008) 259; John Fitzgerald, 'CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec' (1997) 16 Journal of Law and Commerce 291, 294; Işıntan (n 4) 162.

57 Peter Huber, 'CISG – Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları' in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması* (On İki Levha 2008) 272; Müller-Chen, 'Article 46' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016) para 6.

58 Çeşitli örnekler için bkz. Müller-Chen, 'Article 46' (n 57) para 6; Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2019) 205; Huber, 'Article 46' (n 55) para 4.

59 Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 242; Işıntan (n 4) 172.

60 Amy H. Kastely, 'The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention' (1988) 63 Washington Law Review 607, 613.

61 Mirghasem Jafarzadeh, 'Buyer's Right to Specific Performance: A Comparative Study Under English Law, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and Shi'ah Law' (2001) <www.cisg.law.pace.edu> Erişim Tarihi 27 November 2018, part 2 para 2. Oysaki Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yan borçlara aykırılık çoğu zaman aynen ifa değil tazminat yaptırımını doğurur (Schwenzer, 'Specific Performance' (n 40) 300).

62 Huber, 'Article 46' (n 55) para 4.

63 Işıntan (n 4) 162.

64 H. Ercüment Erdem, 'Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu' in Yeşim M. Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG*) (On İki Levha 2008) 110.

halinde satıcının teslim borcundan yine kurtulduğu kabul edilir[65]. Bu durumda satıcı tali ifa talepleriyle (m. 46/f. 2 ve 3) karşı karşıya kalır[66]. Bambaşka bir şeyin teslim edilmesiyse "*aliud* ifa" olarak adlandırılır ve Türk hukukunda ifa hiç yapılmamış sayılacağından alıcı aynen ifa talebinde bulunabilir[67]. Fakat CISG uyarınca *aliud* ifa, ayıplı ifa ile eş tutulur[68]. Dolayısıyla sözleşmede öngörülenden tamamen farklı bir şeyin teslimiyle satıcının teslim borcundan kurtulacağı ileri sürülmektedir[69]. Bu durumda artık aynen ifadan bahsedilemeyecek, tali ifa taleplerinden ikame mal teslimi talebi ileri sürülecektir[70].

Edimin kısmen ifa edildiği hâller CISG m. 51/f. 1'de şöyle düzenlenmiştir: *"Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır"*. Böylece örneğin satıcı, sözleşme gereği 100 adet mal teslim etmesi gerekirken 80 adet teslim etmişse aykırılık hâlinde gündeme gelen yaptırımlar yalnızca kalan 20 adet için geçerli olacaktır[71]. Ayrıca doktrinde alıcının eksik kalan kısım için m. 46/f. 2'de belirtilen şartlara tabi olmadan aynen ifa talebinde bulunabilmesi, aynen ifa talebinin amacına (*ratio legis)* da daha uygun olduğu gerekçesiyle savunulmuştur[72]. Son olarak, üçüncü kişilerin üstün hak iddiası (zapt), sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi kavramına sokulmamakta ve m. 46/f. 1 kapsamında değerlendirilmektedir[73]. İkinci bölümün ikinci ayrımı, malların sözleşmeye uygunluğu (m. 34-40) ile üçüncü kişilerin hak veya taleplerini (m. 41-43) ayrı ayrı düzenleyerek bu farkı belirginleştirmektedir[74].

2. Alıcının aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkandan yararlanmamış olması

Alıcıya aynen ifa talebinde bulunma hakkını tanıyan 46. maddenin ilk fıkrasının ikinci kısmı "*meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkandan yararlanmış*

65 Erdem (n 64) 110.

66 Sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi üzerine tali ifa taleplerinin gündeme geleceği hakkında için bkz. dn. 55'teki yazarlar.

67 Işıntan (n 4) 175.

68 Müller-Chen, 'Article 46' (n 57) para 20; Will, 'Article 46' (n 55) 336; Huber, 'Article 46' (n 55) para 6. Örneğin belirli bir kullanıma özgülenmiş makine yerine başka bir makinenin ya da özel bir gemi yükünün yerini başka bir deniz aracının alması m. 46/f. 1 kapsamında değerlendirilecektir (Huber, 'Article 46' (n 55) para 6).

69 Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 366; Yavuz Dayıoğlu, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı* (On İki Levha 2011) 50; Işıntan (n 4) 175. Erdem bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yazar, sözleşmede öngörülenden farklı malları alıcı kabul ederse, artık aralarında zımnen yeni bir satım sözleşmesi kurulmuş olacağını ifade eder. Bkz. Erdem (n 64) 112.

70 Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 366; Işıntan (n 4) 175.

71 Huber, 'Article 46' (n 55) para 8. CISG m. 51/f. 2 düzenlemesi de gözden kaçırılmamalıdır: *"Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir."*

72 Müller-Chen, 'Article 46' (n 57) para 21. Aksi görüşte Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 341.

73 Müller-Chen, 'Article 46' (n 57) para 22; Huber, 'Article 46' (n 55) para 7.

74 Huber, 'Article 46' (n 55) para 7.

olsun" ifadesine yer vermektedir. Bu taleple bağdaşmayan hukuki imkanlara örnek olarak doktrinde sözleşmenin ortadan kaldırılması (m. 49), semenin tenzili (m. 50), ifanın gerçekleştirilmemesine dayalı tazminat talebi (m. 74 vd) gösterilmektedir[75]. Tazminat talebinin kural olarak aynen ifayla bağdaşmadığı söylenemez[76]. Bir hukuki imkanın aynen ifa talebiyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda göz önüne alınması gereken temel kriter, söz konusu iki yaptırımın aynı zararı telafi edip etmediğidir[77]. Örneğin ifanın gerçekleştirilmemesine dayalı tazminat aynen ifayla birlikte talep edilemezken ifanın gecikmesinden kaynaklanan tazminat talebi aynen ifa talebiyle birlikte satıcıya karşı ileri sürülebilecektir[78]. Çünkü gecikmeden kaynaklı tazminat, alıcının ifaya yönelik menfaatini değil yalnızca ifanın zamanında yapılmasına yönelik menfaatini korumakta ve alıcının mala kavuşamadığı süreyi telafi etmektedir.

Aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkanın aynen ifa talebini engelleyebilmesi için haklı olduğuna karar verilmiş ya da satıcı tarafından kabul edilmiş etkin bir imkan olması gerekmektedir[79].

B. Aynen İfa Talebini Sınırlayan Haller

CISG'ın 46. maddesi, aynen ifa talebinin ileri sürülebilmesi için yalnızca yukarıda açıklanan iki şartı öngörmüştür. Fakat Antlaşma kapsamında bu talebin önüne geçen başka hâller de vardır. Söz konusu sınırlandırmalara bazen Antlaşmanın maddelerinde yer verilmiştir. Örneğin CISG m. 28 aynen ifaya, m. 47 ve m. 80 ise aynen ifa dahil olmak üzere bütün taleplere ilişkin bu yönde düzenlemeler içerir. Bazen de sınırlandırma açıkça bir maddenin konusu olmamakla birlikte doktrinde öngörülmüştür. Bu son ihtimalde, sınırlandırmanın varlığı farklı gerekçelere dayandırılmıştır. Aşağıda bu hâller sırasıyla incelenecektir.

75 Nayiri Boghossian, 'A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' [1999-2000] Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 3, 19-20; Huber (n 57) 272; Kutluhan (n 55) 34; Müller-Chen, 'Article 46' (n 57) para 7; Zeytin (n 58) 205; Rolf Herber, 'The Rules of the Convention Relating to the Buyer's Remedies in Cases of Breach of Contract' (1980) Problems of Unification of International Sales Law (Working papers submitted to the Colloquium of the International Association of Legal Science, Potsdam, August 1979) 104, 116. Belirtmek gerekir ki, semenin tenzili ile onarım masrafları için tazminat gibi taleplerin ileri sürülebildiği hâllerde, asli ifa talebine yer olmadığından bunlar aynen ifa talebiyle bağdaşmayan haklar olarak nitelendirilemez (Huber (n 57) 272). Bunlar yalnızca tali ifa talebiyle bağdaşmayan haklar olarak nitelendirilebilir. Doktrinde tüm bu taleplerin aynen ifayla bağdaşmayan hukuki imkanlar olarak görülmesinin sebebi, 46. maddenin birinci fıkrasında yer verilen düzenlemenin, tali ifa talepleri (ikame mal teslimi ve onarım) için de geçerli olduğunun kabul edilmesidir (Huber (n 57) 272; Müller-Chen, 'Article 46' (n 57) para 7).

76 Jussi Koskinen, 'CISG, Specific Performance and Finnish Law' (1999) Private Law publication series B:47, para 2.2.2.1. Yazara göre bu sonuç 45. maddenin 2. fıkrasının "*Alıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.*" hükmünden de anlaşılabilir. Zürih Milletlerarası Tahkim Divanı da önüne gelen bir olayda aynı sonuca ulaşmıştır (ICC Arbitration Case 12173, 2004 Yearbook Comm. Arb'n XXXIV, Albert Jan van den Berg ed. (Kluwer 2009) 111-129).

77 Boghossian (n 75) 20.

78 ibid 20.

79 Huber, 'Article 46' (n 46) para 15,17.

1. Aynen ifanın mümkün olmaması (imkansız olması)

Türk hukuku açısından kanunda yer verilen ifanın imkansızlaştığı hâllerde aynen ifanın talep edilememesi kuralı (TBK m. 136), CISG açısından da geçerli kabul edilmektedir[80]. Sorun, kuralın neye dayandırılacağına ilişkindir. Çözümü CISG m. 28 üzerinden ulusal hukuklarda arayan görüşlere karşılık baskın eğilim kaynağın CISG dışına çıkılmadan bulunması yönündedir[81]. Çünkü ulusal hukuklara başvurmak, birbirinden farklı çözümler meydana gelmesi riskini taşır[82] ve bu çözüm, hukuk uyumlaştırması amacına ters düşer[83]. Fakat kaynağın CISG kapsamında bulunmasını savunan yazarlar da kendi aralarında ikiye ayrılmış durumdadır. Bunlardan bir kısmı sorumluluktan kurtulmayı düzenleyen 79. maddeye, diğer kısmı ise CISG'ın genel ilkelerine dayanmaktadır[84].

CISG m. 79, *"Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz."* düzenlemesini getirmektedir. Madde doğrudan ifa imkansızlığını düzenlememekle birlikte konu edilen aşılamayacak engel, imkansızlık da doğurabilir[85]. Bununla birlikte 79. madde aynen ifa talebini doğrudan engellemez, hatta aksini çağrıştıracak bir hüküm de barındırır: *"Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez"* (CISG m. 79/f. 5). Öyleyse imkansızlık hâlinde 79. madde doğrudan uygulanarak aynen ifa talebinin önüne geçilemez[86]. Çünkü madde açıkça

80 Yeşim M. Atamer, 'Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) 487, 499; Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 356; Dionysios P. Flambouras, 'The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis' (2001) 13 Pace International Law Review 261, 275; Huber (n 57) 273; Kutluhan (n 55) 35; Müller-Chen, 'Article 46' (n 57) para 12; Huber, 'Article 46' (n 55) para 18.

81 Kaynağın CISG m. 28'e dayandığını savunan yazarlar için bkz. John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3th edn, Kluwer Law International 1999) para 435.5; Ole Lando, 'Article 28' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) 237. Kaynağın CISG kapsamında bulunması gerektiğini ifade eden yazarlar için bkz. Atamer, 'Diğer Talepler' (n 80) 500; Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 356; Huber (n 57) 274; Müller-Chen, 'Article 28' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016) para 14.

82 Schwenzer, 'Article 79' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016) para 54.

83 Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 371.

84 CISG m. 79'a dayandıran yazarlar için bkz. Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 14. Yazar, çözüme 79. maddenin 5. fıkrasının düzeltici yorumuyla ulaşmaktadır. CISG'ın genel ilkelerine dayandıran yazarlar için bkz. Atamer, 'Diğer Talepler' (n 80) 500; Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 356; Huber (n 57) 274; Schwenzer, 'Article 79' (n 82) para 54.

85 Atamer, 'Diğer Talepler' (n 80) 489.

86 Sekreterya Şerhi'nin lafzı da açıkça bu yöndedir (Secretariat Commentary, Article 65 para 8). Bu hüküm tazminat talebi dışındaki tüm taleplerin koşulsuz olarak ileri sürülebileceği anlamına da gelmeli; CISG kapsamına giren bir satış sözleşmesinde 79. maddenin diğer talepleri - kendi koşulları oluştuğu müddetçe- ortadan kaldıran bir rolünün olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır (Atamer, 'Diğer Talepler' (n 80) 501).

yalnızca tazminat talebinin sona erdiğini düzenlemektedir, düzeltici yorum[87] da aynen ifa talebini ortadan kaldırmaya kanaatimizce yetmeyecektir.

Son olarak çözüm, CISG'ın temelinde yatan genel ilkelerde aranmıştır. Özellikle, sorumluluktan kurtulma veya hasarın geçişi gibi kuralların '*ratio*'su, imkansızlık hâlinde aynen ifanın talep edilemeyeceği sonucunu destekler[88]. Doktrinde imkansızlık hâlinde aynen ifa talebinin sınırlanması için dürüstlük kuralı ilkesinden de yararlanılmıştır[89]. Aynı sonuca 46. maddede aynen ifa talebi için şart öngörülmediği, dolayısıyla bir boşluk bulunduğu görüşüyle de ulaşılabilir[90]. Böylece, 7. maddenin 2. fıkrasının yönlendirmesiyle CISG'ın temelinde yatan ilkelere – burada özellikle makullük kriterine - başvurulacak ve imkansızın talep edilmesi makul olmadığından aynen ifa talebi engellenecektir[91]. Tüm bu görüşlerin ortak ve isabetli özelliği CISG hükümlerini yeknesaklık penceresinden yorumlayarak CISG kapsamı dışına çıkmamalarıdır.

2. Aşırı İfa Güçlüğü

İfanın objektif olarak mümkün olduğu ancak satıcının ifa etmek için ciddi engeller aşması gerektiği durumlarla (*hardship*) objektif ifa imkansızlığına göre daha sık karşılaşılır[92]. Türk hukukunda objektif olarak ifa mümkün olmakla beraber borçlunun ifaya mahkum edilmesini istemek dürüstlük kuralına aykırı bir sonuç yaratıyorsa aynen ifanın talep edilemeyeceğini belirtmiştik. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde "Aşırı İfa Güçlüğü" (TBK m. 138) düzenlemiştir. Buna göre taraflarca öngörülemeyen olağanüstü bir durum sözleşmedeki dengeleri kendisinden ifa beklenemeyecek ölçüde borçlu aleyhine değiştirirse sözleşmenin uyarlanması veya sözleşmeden dönme gündeme gelecektir[93]. O hâlde Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğünün, maddedeki unsurları taşıması şartıyla aynen ifa talebini engelleyeceği sonucuna varılır.

CISG ise aşırı ifa güçlüğünü açıkça düzenlememekte, fakat 79. maddesinde benzer bir düzenlemeye yer vermektedir (CISG m. 79/f. 1). Doktrinde büyük çoğunluk, maddede geçen "engel" kavramının maddi veya hukuki engellerle sınırlı tutulmaması

87 Bkz. dn. 84.

88 Schwenzer, 'Article 79' (n 82) para 54.

89 Kastely (n 60) 619-620.

90 Atamer, 'Diğer Talepler' (n 80) 501. Yazar aynen ifa talebi değerlendirmesinin sorumluluktan, dolayısıyla 79. maddeden bağımsız yapılması gerektiğini savunur.

91 N. Tuğçe Bilgetekin and Yasemin Yalçın, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 28'in Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına Etkisi' in Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016* (On İki Levha 2016) 115.

92 Huber, 'Article 46' (n 55) para 18.

93 Oğuzman and Öz (n 5) para 1831. Sözleşmenin uyarlanması konusunda bkz. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (On İki Levha 2009).

ve değişen şartları da kapsaması gerektiğini savunmaktadır[94]. Ancak söz konusu maddenin aşırı ifa güçlüğünü kapsadığı kabul edilse bile imkansızlık hâllerinde olduğu gibi, alıcının aynen ifa isteme hakkını ortadan kaldırdığı yukarıdaki gerekçeler nedeniyle söylenemez. Fakat satıcıdan beklenemeyecek bir ifanın talep edilmesi yerinde bir sonuç değildir ve 79. maddenin kapsamına girmese de talebin engellenmesi gerekir. Sorun, CISG kapsamında nasıl engelleneceğidir. Aşırı ifa güçlüğü için de imkansızlık konusunda belirttiğimiz görüşler ortaya atılmıştır. Üstün tuttuğumuz görüş, aynen ifa talebinin 79. madde yoluyla engellenemeyeceği, çözümün yine CISG'ın temelinde yatan genel ilkelerde aranması gerektiğidir[95]. Çünkü aynen ifa talebini engelleyici bir yoruma yol açmadığı belirtilen 79. maddenin son fıkrasının, tam aksine meseleyi tazminat açısından düzenleyip kalan talepler açısından CISG'ın ruhuna kapı araladığı kabul edilmelidir. Fakat kriterin ifa imkansızlığına göre daha sert olması gerektiği de ifade edilmiştir[96]. Örneğin çeşit borcunu ifa etmek beklenenden daha zor olacaksa aynen ifa talebi çok istisnai durumlar hariç engellenemez; bu, borçlunun katlanması gereken bir risktir[97].

3. Alıcıdan kaynaklanan sebeplerle ifa etmeme

CISG m. 80 uyarınca *"Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz"*. Söz konusu madde, aşırı ifa güçlüğü ve imkansızlık konularında incelediğimiz 79. maddenin aksine yalnızca tazminat sorumluluğuna değil, tüm hakların kullanımına ilişkindir[98]. Madde, ifa engelinin hem alıcı hem satıcı kaynaklı olmasını düzenlese de çalışmamızı ilgilendiren kısım, satıcının yükümlülüklerini ifa etmemesine alıcının sebep olmasıdır. Satıcı, borcunu alıcıdan kaynaklanan bir sebeple ifa edemiyorsa alıcı CISG m. 80'e göre aynen ifa talebinde bulunamayacaktır[99]. Sözleşme uyarınca malların niteliklerini (örneğin şeklini) belirlemesi gereken alıcının yetersiz bir belirleme yapması kendi eylemiyle sözleşmeye aykırılığa yol açmasına örnek verilebilir[100]. Bu gibi hâllerde alıcının aynen ifayı talep etmesi kabul edilmemiştir. Aksi kabul, kimsenin kendi sorumlu olduğu duruma dayanarak bir hak

94 Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 464; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlaması* (n 93) 72; Joern Rimke, 'Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' [1999-2000] Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 197, 223. Maddede "değişen şartlar"dan değil de "engel"den bahsettiği için aşırı ifa güçlüğünden daha dar bir uygulama alanına sahip olduğu yönünde bkz. Denis Tallon, 'Article 79' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) 579.

95 Atamer, 'Diğer Talepler' (n 80) 505.

96 Huber, 'Article 46' (n 55) para 23.

97 ibid para 23.

98 Atamer, 'Article 80' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2th edn, Beck Hart Nomos 2018) para 2.

99 Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 355; Huber (n 57) 273; Schwenzer, 'Article 80' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016) para 9.

100 Dennis Tallon, 'Article 80' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) 597.

elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine ters düşer[101].

Türk hukukunda ise alıcı kaynaklı sebeplerle satıcının borcunu ifa edememesini düzenleyen özel bir hüküm yoktur, bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Alacaklı yüzünden borcun ifa edilememesi; alacaklının ifayı kabulden veya hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmasından, alacaklıya ait diğer sebeplerden (alacaklının kimliğinin bilinmemesi gibi) ve ifanın alacaklı yüzünden imkansızlaşmasından kaynaklanabilir[102]. İlk hâl TBK m. 106-110'da düzenlenen alacaklı temerrüdüdür[103]. İkinci hâl TBK m. 111'de düzenlenmiş ve temerrüt hükümlerine tabi tutulmuştur[104]. Üçüncü hâl hakkında ise kanunda bir düzenleme bulunmaz ve doktrinde bu boşluk Alman hukukundaki çözümden esinlenerek borçlunun borcundan kurtulacağının kabulüyle doldurulur[105]. Dolayısıyla alacaklı aynen ifayı talep edemeyecektir. Bu nedenle, CISG ve Türk hukukunun, alıcıdan kaynaklı sebeplerle borcun ifa edilmediği durumlarda aynen ifaya ilişkin yaklaşımının benzer olduğu sonucuna varılır.

4. Satıcıya ek süre tanınması

CISG m. 46, alıcının aynen ifa talep edebilmesi için satıcıya süre tanıması şartını öngörmemiştir. Bu nedenle satıcı yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde herhangi bir süreye tabi olmadan aynen ifa talebiyle karşılaşabilecektir. Bununla beraber, 47. madde uyarınca *"Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanıyabilir"*. Bu ek sürenin aynen ifa talebine etkisi ise 2. fıkrada düzenlenmiştir: *"...alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz"*. Aynen ifa talebi de satıcının sözleşmeye aykırılığı halinde alıcıya tanınmış haklardan biri olduğuna göre, verilen süre boyunca ileri sürülemeyecektir[106].

Türk hukukunda da süre tanınması TBK m. 123 ile alacaklının takdirine bırakılmıştır: *"...borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir*". Aynen ifa talebinde bulunmak için süre vermek

101 Atamer, 'Article 80' (n 98) para 1. Hükmün dürüstlük kuralına dayandığı hakkında bkz. Başak Başoğlu, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012) 228.

102 Oğuzman and Öz (n 5) para 1131.

103 Nomer (n 7) para 175.

104 Helvacı (n 2) 133.

105 Helvacı (n 2) 134; Nomer (n 7) para 176a.

106 Akıllara alıcının neden süre verme yolunu tercih edeceği sorusu gelebilir. *Atamer* bu sorunun cevabını, 49. maddenin 1. fıkrasının b bendine dayandırır çünkü söz konusu hüküm uyarınca alıcı, verilen süre içinde malları teslim etmeyen satıcıya karşı sözleşmenin ihlalinin esaslı olduğu tartışmasına girmeden dönme hakkını kullanabilir (Atamer, 'Diğer Talepler' (n 80) 336). Sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının Türk hukukundaki sözleşmeden dönme hakkına benzediği hakkında bkz. Öz (n 53) 8. Görüldüğü gibi ek süre, satıcı açısından hem alıcının diğer hakları kendisine karşı kullanmasını geçici de olsa engellediğinden bir avantaj hem de süre içinde malı teslim edemezse alıcının sözleşmeden dönmesini kolaylaştırdığı için bir risktir.

zorunlu değildir[107]. Eğer alacaklı süre vermişse aynen ifa talebinde bulunması, borçlunun bu süre içinde borcunu ifa etmemiş olmasına bağlıdır[108].

Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş ticari satışlarda TBK m. 212/f. 2 gereği aynen ifa talebi için bildirim gerekse de bunlar karine olarak kesin vadeli sayıldığından alıcı süre vermeden seçimlik haklarını kullanabilir[109]. Süre verilmesinin etkisi alıcının vade bitiminde bildirim yapmadığı durumlarda söz konusu olabilir. Bu gibi hâllerde alıcı, satıcı ile anlaşarak ifa için yeni bir süre verebilir ve sonunda TBK m. 125'teki seçimlik haklarını aynen ifa da dahil olmak üzere kullanabilir[110].

5. Hakimin kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmedecek olmaması

CISG maddeleri arasında Türk Borçlar Kanunu'nda veya diğer ulusal kanunlarda rastlanmayan bir düzenlemeye (CISG m. 28) yer verilmiştir. Aynen ifa talebine getirilen bu sınırlama, önemine binaen aşağıdaki bölümde ayrıca ele alınacaktır.

6. Aynen ifa talebine etkisi tartışmalı durumlar

CISG'ın 7. maddesi *"Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir."* düzenlemesiyle Antlaşmanın yorumunda başvurulacak ilkeleri ortaya koyar. Bu ilkelerden dürüstlük kuralının ise ne anlama geleceği ve nasıl bir rol oynayacağı tartışma konusu olmuştur. Hükme ilişkin Sekretarya Şerhi'nde dürüstlük kuralı ilkesinin; Antlaşma hükümlerinin sadece yorumunda değil uygulanmasında da geçerli olacağı belirtilir[111]. Bu kabule göre aynen ifa hakkının uygulamasında dürüstlük kuralı kısıtlayıcı bir rol oynayabilecektir[112]. Örneğin alıcı, piyasadaki fiyatların keskin yükselişinin hemen ardından tazminat yerine aynen ifa talebinde bulunuyorsa aynen ifa hakkı sınırlanacaktır[113].

Zararın azaltılması yükümlülüğünün (m. 77) de aynen ifayı sınırlayıcı bir rolünün olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki baskın fikir, maddenin lafzı, sistematik

107 Nomer (n 7) para 195.7 Ancak alacaklı, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını tazmin ettirmek veya sözleşmeden dönmek istiyorsa süre vermek zorundadır (Nomer (n 7) para 197; Oğuzman and Öz (n 5) para 1652). Bununla birlikte süre verilmesini gerektirmeyen durumlar da mevcuttur. TBK m. 124 uyarınca borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre vermenin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, borcun ifasının alacaklı için bir yararı kalmamışsa ve ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa süre verilmesine gerek yoktur.

108 Eren (n 8) 1143.

109 Yavuz (n 35) 57.

110 ibid 57.

111 Secretariat Commentary, Article 6 para 1.

112 Honnold (n 81) para 285; Kastely (n 60) 619-620. *Kastely* sonuca dürüstlük kuralını genel ve ayrı bir borç kabul ederek varmaktadır. Fakat bu sonuç tereddütle karşılanmış ve dürüstlük kuralının aynen ifa hakkının sınırlamasının ancak apaçık ve gerektiği gibi kanıtlandığı hallerde mümkün olması gerektiği savunulmuştur (Koskinen (n 76) para 2.3.2).

113 Honnold (n 81) para 285.

yeri ve tasarı süreci[114] ışığında 77. maddenin yalnızca tazminat talebine yönelik uygulanacağıdır[115]. Ancak bu fikirde olanlar bile ikame mal alımının zararı azaltmak için alınması gereken makul önlemlerden biri olduğunu kabul eder[116]. Böylece zararı azaltma yükümlülüğünün aynen ifa talebi üzerinde bir etkisi olacaktır[117]. CISG m. 77'nin aynen ifayı sınırlayacağını kabul eden yazarların bir kısmı ikame mal alımı zorunluluğundan bir kısmı da dürüstlük kuralından yola çıkmaktadır. Bir görüşe göre alıcı yaptırım seçimi yoluyla da zararın azaltılmasını sağlamalıdır çünkü satıcının temerrüdünün sebep olduğu zararı azaltmak için makul önlemler alma yükümlülüğü ikame mal alımını da içeriyor olabilir[118]. Başka bir görüşe göreyse zararın azaltılması yükümlülüğünün aynen ifa talebini sınırlaması dürüstlük kuralı (m. 7) yoluyla mümkün olur[119]. Böylece tazminat dışı taleplerde ısrar dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği ölçüde sınırlanabilir[120]. Çünkü bu kurala aykırı davranarak yalnızca pazarda spekülasyon yapmak için aynen ifa talebinde ısrarcı olan taraftan zararı azaltması beklenebilir[121].

Aynen ifayı kısıtlayabileceği düşünülen bir başka durum da ticari teamüllerdir[122]. *"Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır."* düzenlemesini getiren CISG m. 9 yoluyla alıcının ikame mal alma zorunluluğundan bahsedilebileceği, dolayısıyla aynen ifa talebinin önüne geçileceği savunulmuştur[123]. Fakat ticari teamüller her zaman aynen ifayı kısıtlayıcı rol oynamaz. Hatta taraflar arasında uygulanması kabul edilmiş ticari teamüllere göre aynen ifa birincil yaptırımsa 28. maddenin bu yaptırımın önüne geçip geçemeyeceği

114 *Honnold* tarafından söz konusu yükümlülüğün diğer taleplere özellikle aynen ifaya uygulanması teklif edilmişse de kabul edilmemiştir. Bkz. Honnold (n 81) para 419.3.

115 Böyle bir kısıtlamanın bulunmadığını savunan yazarlar için bkz. Djordjević, 'Article 77' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2th edn, Beck Hart Nomos 2018) para 2; Victor Knapp, 'Article 77' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) para 3.1; Peter Riznik, 'Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss' (2009) http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html Erişim Tarihi 10 July 2018, § 3.2; Kastely (n 60) 622-623. Aksi fikir için bkz. Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (On İki Levha 2012) 370; Jafarzadeh (n 61) para 4.6. Sınırlı olarak engelleyebileceği yönünde bkz. Koskinen (n 76) para 2.3.3. Zararı azaltma yükümlülüğüyle aynen ifa hakkının suiistimal edilmesinin önüne geçebileceği görüşü için bkz. Honnold (n 81) para 193.

116 Djordjević (n 115) para 9; Riznik (n 115) § 4.2.1.

117 Djordjević (n 115) para 9; Riznik (n 115) § 4.2.1.

118 Jafarzadeh (n 61) para 4.6.

119 Koskinen (n 76) para 2.3.3 (sınırlı olarak); Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 115) 370.

120 Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 115) 370.

121 Koskinen (n 76) para 2.3.3.

122 Bu tartışmanın, ULİS m. 25'e denk gelen bir hükmün CISG'da bulunmamasından kaynaklandığı yönünde bkz. Jacob S. Ziegel, 'The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives' in Galston & Smit (ed), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Matthew Bender Ch. 9 Juris 1984) 11-12. Söz konusu madde alıcı için ikame mal almak makul ve teamüle uygunsa satıcıdan aynen ifa talebinde bulunulamayacağını düzenlemektedir: "*The buyer shall not be entitled to require performance of the contract by the seller, if it is in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract relates*." www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html.

123 Herber (n 75) 116. Yazar bunun yanında zararı azaltma yükümlülüğüyle de aynı sonuca varılabileceğini belirtir. Böylece ULİS'te yer alan kural CISG'a alınmasa da taraflar arasındaki ticari teamüllerin aynen ifayı engellemesi sağlanmıştır. Ancak *Ziegel* bu yorumla satıcının çok daha güçlü bir konumda olacağını çünkü alıcının ikame mal almasının makul olduğunu kanıtlaması gerekmediğini belirtir (Ziegel (n 122) 11-12).

sorunu ortaya çıkar[124]. Her ne kadar mahkeme kendi hukukuna göre aynen ifaya karar vermeyecek olsa da 9. maddenin genel hükümlerde yer alması ve 6. maddeyle tanınan sözleşme özgürlüğü; önceliğin 9. maddeye verilmesini ve hakimin kendi hukukunu değil ticari teamülleri uygulamasını gerektirir[125].

III. CISG'ın Farklı Hukuk Sistemlerini Uzlaştırıcı Hükmü

Antlaşmanın 46. maddesinin lafzı az sayıda sınırlama getirerek açık ve net bir aynen ifa hakkı tanırken[126] 28. maddesi bu hakkın talep edilebilirliği açısından önemli bir düzenleme içermektedir.

A. Hükmün Amacı

CISG birbirinden oldukça farklı iki hukuk ailesi olan *common law*'a ve Kıta Avrupası hukukuna tabi devletlerin katılımıyla meydana gelmiş uluslararası bir antlaşmadır[127]. Bu iki hukuk sistemi arasındaki en büyük farklardan biri aynen ifa talebine ilişkin yaklaşımlarıdır[128]. 28. maddeyle CISG'a taraf olan farklı hukuk sistemlerine tabi devletlerin aynen ifa hakkında uzlaştırılması amaçlanmıştır[129]. Ancak hüküm, aynen ifaya yönelik iki farklı yaklaşım arasında orta bir yol bulmak yerine son sözü ulusal mahkemelere bırakmıştır. Bunun sebebi de iki sistemin sözleşmeye aykırılık yaklaşımları arasındaki farkın yeknesak bir kuralda birleşmeyi zorlayıcı nitelikte olmasıdır[130].

Kıta Avrupası hukuku sisteminde ahde vefa (*pacta sund servanda*) ilkesi büyük önem taşımakta[131] ve bir kere kendi iradeleriyle borç altına giren tarafların,

124 Koskinen (n 76) para 2.3.6.

125 İbid para 2.3.6.

126 Admire Takawira, 'Departing from mere compromise: Reformulating the remedy of specific performance under the Convention on the International Sale of Goods (CISG) in line with the Convention's underlying goals' (2007) https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/takawira.html Erişim Tarihi 27 September 2018, para 2.2; Koskinen (n 76) para 2.2.2.

127 ABD, *common law*'a tabi bu devletlere önemli bir örnektir. CISG'a taraf devletler için bkz. http://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-list-contracting-states. Ancak *common law* ülkelerinin başında gelen İngiltere anlaşmaya taraf olmadığı hâlde doktrindeki incelemelerde Anglo-sakson hukuku ifadesinin kullanılmasının eleştirisi için bkz. Herman (n 1) 9.

128 Koskinen (n 76) para 1.3. İki hukuk sistemi arasındaki tek fark bu değildir. Her şeyden önce, *common law* ifa engellerinin arasında bir ayrım yapmadan hepsini sözleşmeye aykırılık kavramı altında düzenlerken, Kıta Avrupası hukuku sözleşmeye aykırılık hâllerini ayırmakta ve aykırılık türlerine göre farklı sonuçlar bağlamaktadır (Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 337). CISG'ın bu açıdan *common law* sistemini benimsediğini söylemek çok zor olmayacaktır (Başoğlu*, Aynen İfa* (n 101) 219).

129 Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 262; Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 343; Boghossian (n 75) 26; Lando (n 81) 232; Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 1; Dayıoğlu (n 69) 50; Takawira (n 126) para 1.5; Björklund 'Article 28' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2th edn, Beck Hart Nomos 2018) para 1. ULİS m. 16'da da benzer çözümün benimsendiği hakkında bkz. Björklund 'Article 28' (n 129) para 1.

130 Işıntan (n 4) 164; Camilla Baasch Andersen, *Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium an Examination and notification Provisions of the CISG* (Kluwer Law İnternational 2007) 100.

131 Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 1; Baş Süzel (n 42) 32; Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 340; Koskinen (n 76) para 3.1.1

sözleşmeyle bağlı kalmak istedikleri varsayılmaktadır[132]. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık hâlinde gündeme gelecek asli talep, aynen ifa talebidir[133]. Çünkü Kıta Avrupası hukuku için ifa talebi borç ilişkisinin doğal ve en önde gelen sonucudur[134]. Türk hukuku da Kıta Avrupası hukuku sisteminin bu karakteristik özelliğini yansıtmakta, dolayısıyla mahkemelerin de kural olarak aynen ifaya hükmetmeme şansı bulunmamaktadır[135]. Bu durum satış sözleşmesinde, alıcının öncelikli çıkarının zararının tazmin edilmesi değil satıcının gerçek borcunu ifa etmesi olduğuyla açıklanır[136]. Aynen ifanın birincilliği bakımından CISG'ın Kıta Avrupası sistemiyle uyuştuğu kabul edilir[137].

Buna karşılık, *common law* ülkelerinde sözleşmeye aykırılık hâlinde asli ve öncelikli yaptırım tazminattır[138]. Aynen ifa ise hem istisnai[139] hem takdiridir[140]. Alıcının malvarlığının satıcı borcunu ifa etseydi geleceği duruma getirilmesi, alıcının sözleşme konusu mala kavuşmasına tercih edilmiştir[141]. Görüldüğü gibi, Türk hukukunun da dahil olduğu Kıta Avrupası hukukunun aksine *common law*, aynen ifa talebine karşı şüpheli ve mesafeli yaklaşmıştır[142].

B. Hükmün Uygulanması

Maddenin ne şekilde uygulanacağının belirlenmesi için öncelikle lafzında yer alan bazı sorunların açığa kavuşturulması gerekmektedir. Hükümde geçen "mahkeme", "aynen ifaya hükmetme", "benzer satım sözleşmeleri", "kendi hukuku" ve "mümkündür" ifadelerinin ne anlama geldiği doktrinde tartışma konusu olmuştur. "Hükmedecek olma" kısmı ise özel bir öneme sahiptir. Ciddi bir değişiklik geçirerek

132 Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 340; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (n 93) 5. Temelde ahlaki bir ilke olan sözleşmeye bağlılık ilkesi, Roma hukukundan çok Hristiyan inancının söze bağlılığa verdiği önem üzerine gelişmiştir (Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (n 93) 6).

133 Boghossian (n 75) 26; Lando (n 81) 232; Takawira (n 126) para 3.1. İfa talebinin borç ilişkisinin belkemiği olduğu ve tazminata yalnızca ikincil yaptırım olarak yer verildiği hakkında bkz. Schwenzer, 'Specific Performance' (n 40) 290.

134 Huber, 'Article 46' (n 55) para 1.

135 Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 341. Bu durumun istisnaları için bkz. dn. 33'e ait metin.

136 Koskinen (n 76) para 2.2.1. Yazar satılan şeyin eşsiz ya da bir şekilde belirlenmiş olduğu hâller dışında da bu çıkarımın, aynen ifanın daha kolay ve ikame mal alımından ya da zararın tazmininden daha ucuz olabileceği gerekçesiyle yerinde olduğunu savunmaktadır. Teorik olarak aynen ifa hakkı, tarafın elde etmesi gerekeni elde etmesini sağlayan tek yol olduğu için en tatmin edici yaptırımdır (Koskinen (n 76) 3.3.1).

137 Dayıoğlu (n 69) 50; Işıntan (n 4) 172. Fakat belirtmek gerekir ki İsviçre-Türk hukuk sisteminde aynen ifa sözleşmesel borcun doğal sonucu olarak görülürken CISG kapsamında bir yaptırım olarak görülmektedir (ICC Arbitration Case 12173, 2004 Yearbook Comm. Arb'n XXXIV, Albert Jan van den Berg ed. (Kluwer 2009) 111-129).

138 Baş Süzel (n 42) 37; Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 2; Huber, 'Article 46' (n 55) para 1. Bu tercihin temelleri ise tarihidir: Bir kere *common law* tıpkı Roma hukuku gibi kaynağını çarşı-pazar hukukundan almış, satış konusu mal yerine benzerinin alınması oldukça kolay olduğundan edimin kendisi değil değeri ön plana çıkmıştır (Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 341). Ayrıca, İngiliz hukuk düzeninde yalnızca belirli taleplere ilişkin dava hakkı tanınmakta olup sözleşmeye aykırılık için önceleri ayrı bir dava hakkı bulunmadığından haksız fiil nedeniyle tazminat davası (action of trespass), sözleşmeye aykırılıklara da uygulanmış ve bu eğilim günümüzde istisnalarla esnese de tam olarak ortadan kalkmamıştır (Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 261, 262).

139 Huber, 'Article 46' (n 55) para 1.

140 Takawira (n 126) para 3.2; Baş Süzel (n 42) 37.

141 Başoğlu, *Aynen İfa* (n 101) 19.

142 Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 259.

günümüzdeki hâlini alan bu kısım, hükmün yorumunda önemli rol oynayacaktır. Aşağıda bu sorunlara tek tek değinilecektir.

Tartışılan ifadelerin başında "kendi hukuku" ifadesi gelmektedir. Davaya bakan hakimin hukukuna mı (lex fori) yoksa kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uyuşmazlık konusu sözleşmeye uygulanacak hukuka mı (lex causae) yollama yapıldığı metinden açıkça anlaşılamamaktadır[143]. Doktrinde, kast edilenin lex fori olduğu baskın olarak savunulmaktadır[144]. Gerekçe olarak "kendi hukuku" ifadesini kanunlar ihtilafı kurallarını da içerecek şekilde yorumlamanın 28. maddenin amacıyla bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür[145]. Örneğin uyuşmazlığın görüldüğü ülke hukukunda aynen ifa yaptırımı mevcut değilken kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukta aynen ifa olağan yaptırım olabilir ve hakim aynen ifaya hükmetmeye mecbur kalır[146]. Oysaki 28. madde böyle hukuk sistemlerindeki temel hukuk ilkelerinin değiştirilmemesini amaçlar[147]. İkinci bir gerekçe olarak birçok uluslararası uyuşmazlıkta, uygulanacak hukukun belirlenmesinde sorun yaşanacağı ve aynen ifanın uygulanmasının daha da belirsiz hale geleceği öne sürülmüştür[148]. *Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH* kararında Amerikan mahkemesi 28. maddeye göre incelemesini Amerikan Ticaret Kanunu'nu esas alarak yapmıştır[149].

Kanunlar ihtilafı kuralları dışlandıktan sonra, forum ülkesi hukukunun hangi boyutuyla dikkate alınacağı sorunuyla karşılaşılır. Doktrinde forum ülkesinin maddi hukukunun dikkate alınması reddedilmiştir[150]. Eğer ki hakim hükmedecek olma kriterini, kendi maddi hukuk kurallarını dikkate alarak uygularsa buna ilişkin itirazları da göz önüne alacak ve aynen ifa talebi CISG bünyesinde mevcut olmayan bir şekilde engellenecektir[151]. Böylece bir bakıma hakim, uyuşmazlık konusu sözleşmeye CISG'ı değil de kendi hukukunu uygulamış olacaktır. Örneğin aynen ifa talebi için süre verilmesi gereken bir hukuk sisteminde süre verilmeden yapılan bir aynen ifa talebi reddedilecektir. Yeknesak bir uygulama amaçlayan CISG'ın böyle bir sonuca ulaşmak istediği kabul edilemez. O hâlde, bu ifadenin olabildiğince dar yorumlanması ve ulusal hukuktan kaynaklı itirazların CISG uyarınca doğmuş bir hakkı engellemesine

143 Kavramların açıklaması için bkz. Ergin Nomer, Devletler Hususî Hukuku (22th edn, Beta 2017) 100 ff.

144 Atamer, *'İfa Engelleri'* (n 56) 264; Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 359; Boghossian (n 75) 27; Kastely (n 60) 637; Honnold (n 81) para 224; Koskinen (n 76) para 3.1.3; Steven Walt, 'For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention' (1991) 26 Tex. Int'l L. J. 211, 219; Björklund 'Article 28' (n 129) para 16.

145 Walt (n 144) 219; Boghossian (n 75) 27.

146 Walt (n 144) 219. Tam tersi örnekler de yaşanabilir. Uyuşmazlığa bakan hakimin hukuku aynen ifaya sıcak bakarken kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun aynen ifa yaptırımına şüpheyle yaklaşması mümkündür (Kastely (n 60) 638). Böylece kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmedecek olan hakime aynen ifaya hükmetmeme şansı tanınmış olur ve bu sonucu Antlaşmanın arzulamadığı ortadadır. Bu durumla sık karşılaşılmayacağı ise açıktır çünkü hakim kendi hukukî refleksini yansıtmak isteyecektir.

147 Secretariat Commentary, Article 26 para 3.

148 Kastely (n 60) 637.

149 Björklund 'Article 28' (n 129) para 16. Karar için bkz. U.S. District Court 7 December 1999 http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html#note11 Erişim Tarihi 15 September 2018.

150 Boghossian (n 75) 27-28.

151 Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 265.

izin verilmemesi gerektiği görüşü öne çıkmıştır[152]. Bu çözüm benimsenirse bir Kıta Avrupası hukuku ülkesinde 28. maddeye dayanarak aynen ifa talebini reddetmek mümkün olmamalı[153], hatta belirli durumlarda aynen ifa imkanına yer veren bir *common law* ülkesinde de aynen ifa talebi 28. maddeyle engellenememelidir. *Soinco v. NKAP* kararında aynen ifa talebinin oldukça sınırlı durumlarda engellenmesi anlayışına uygun şekilde alıcıların aynen ifa talebi reddedilmiştir[154] . Bunun sebebi de aynen ifa hükmünün Rusya'da yıllar boyunca (sözleşmede ifanın 8-10 yıla yayılacağı kararlaştırılmış) icrasının sağlanamayacağıdır. Bu karar, aynen ifa talebini hükme bağlarken icra zorluklarının göz önüne alınması gerektiğini göstermektedir[155] .

Bununla birlikte 28. maddenin lafzında yapılan bir değişiklik, aksi yoruma açıktır: "*kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedebilecek olması" (could do so), "kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması" (would do so)* ifadesine çevrilmiştir[156]. Bu değişiklikten önce yerel mahkeme aynen ifaya hükmetme üzerine takdir hakkına sahipse CISG uyarınca aynen ifaya hükmetmeme şansı bulunmuyordu[157]. Fakat yapılan değişiklikle artık mahkeme iç hukukunda sahip olduğu takdir hakkını CISG'a tabi sözleşmelerde de korur[158]. Sekretarya Şerhi'nde 28. maddenin kaynağı olan Tasarı'nın 26. maddesinin, bu esaslı değişiklikten dolayı 28. maddenin yorumunda ancak sınırlı olarak kullanılabileceği belirtilmektedir[159]. Yukarıda belirtilen *Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH* kararına konu olayda ileri sürülen ikame mal alımının zorluğu, Amerikan Ticaret Kanunu uyarınca da aynen ifa talep edilebilen durumlardan biri olarak kabul edilmiştir[160]. Dolayısıyla *common law* hakiminin kendi hukukuna göre aynen ifayı reddedeceği bir durumda nasıl bir karar vereceği hakkında ipucu vermemektedir.

152 Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 265; Işıntan (n 4) 178. *Schulz* tarafından ileri sürülmüş ve *Atamer* tarafından benimsenen görüşe göre maddi hukuk- usul hukuku ayrımına bile gitmeden, 28. maddenin yalnızca ulusal hukuklarda aynen ifanın tazminata kıyasla daha uygun bir hukuki imkan olduğuna dair belirgin şüpheler olması halinde devreye girmesi gerekmektedir. Bu da aynen ifanın iç hukukta icra edilebilirliği anlamına gelmektedir. Görüş için bkz. Schulz, *Ders Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und im CISG* (2002) 246 (Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 265'ten naklen).

153 Bern Ticaret Mahkemesi önüne gelen bir olayda İsviçre Borçlar Kanunu'nun satıcıya satış bedelini talep etme hakkı tanıyan 148. maddesi nedeniyle CISG m. 28'in ihmal edilebileceğini belirtir (Commercial Court Bern 22 December 2004). Olay satıcının aynen ifa hakkıyla ilgili olmasına karşın İsviçre-Türk borçlar hukukunda alıcının aynen ifa hakkına yaklaşımı da böyledir.

154 Zürich Chamber of Commerce Arbitration Award ZHK 273/95, 31 Mai 1996.

155 Boghossian (n 75) 72.

156 Guide to the use of the Secretariat Commentary, Article 26 of the 1978 Draft. Bahsedilen değişiklik Amerikan heyeti tarafından önerilmiş ve metindeki *"could"* yerini *"would"*a bırakmıştır (Jacob S. Ziegel, 'Analyses from a Provincial Common Law Perspective' in Jacob S. Ziegel, Claude Samson, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1981) Art 28). Değişiklikle hakimin takdir yetkisinin arttığı yönünde Jafarzadeh (n 61) para 4.2.

157 Secretariat Commentary, Article 26 para 3.

158 Jafarzadeh (n 61) para 4.2.

159 Guide to the use of the Secretariat Commentary, Article 26 of the 1978 Draft.

160 *"Under UCC § 2-716(1) a court may decree specific performance "where the goods are unique or in other proper circumstances." That provision's Official Commentary instructs that inability to cover should be considered "strong evidence" of "other proper circumstances." UCC § 2-716 was designed to liberalize the common law, which rarely allowed specific performance... Given the centrality of the replaceability issue in determining the availability of specific relief under the UCC, a pleader need allege only the difficulty of cover to state a claim under that section. Magellan has done that (Complaint P42)".*

Aynen ifaya hükmetmeme yetkisinin mahkemenin yanı sıra hakem heyetine de tanınıp tanınmayacağı konusunda doktrin ikiye ayrılmıştır[161]. Bir görüşe göre, CISG'ın m. 7/f. 1 uyarınca yorumlanması sonucunda 28. madde kıyasen tahkimde de uygulanmalıdır[162]. Diğer görüşe göre ise CISG "hakemin aynen ifaya hükmetmesi''nden bahsetmediği için aynı kuralı tahkime uygulamak mümkün olmayacaktır[163]. Kanaatimizce, uyuşmazlıklarını tahkime taşıyan taraflar, mahkemelerin egemenlik alanlarından ayrılmakta ve CISG'ın uygulandığı bir sözleşmede aynen ifa talebinin ulusal mahkemelere yönelik bir düzenleme gereği engellenmesini beklememektedir. Tahkimin doğası gereği, bu ifade yalnızca mahkemelerle sınırlı şekilde anlaşılmalıdır[164].

Mahkemenin kendi hukukunun aynen ifaya bakışını, uyuşmazlık konusu sözleşmeyle karşılaştırabilmesi için CISG'ın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukunun nasıl bir yaklaşıma sahip olduğunu irdelemesi gerekir. 28. maddede bahsedilen sözleşme kapsamına girmesi için uyuşmazlık konusu sözleşmenin CISG'a tabi olmaması gerektiği maddenin lafzından anlaşılır. Bunun dışında bir sözleşmenin benzer satış sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için aranan özellik; ifa konusu, ifa yeri ve ifa zamanı gibi yönlerden satış sözleşmesiyle örtüşmesidir[165]. Fakat bu tabi olmama, CISG m. 2 ile Antlaşma kapsamı dışında bırakılan sözleşmelerden biri olma anlamına gelmemelidir[166]. Bu sözleşmeler CISG kapsamı dışına çıkarılarak CISG'ın ve yerel hukukun uygulanma alanının sınırları çizilmiştir[167]. Bu maddede yer alan satışlar; malın doğası, tarafların kişiliği ya da satışın türü gibi farklı gerekçelerle CISG kapsamı dışında bırakılmışlardır[168]. Dolayısıyla benzer satım sözleşmelerini uluslararası bir antlaşmanın mantığına uymayan ve bilinçli olarak dışlanan bu tarz satışlara hasretmemek gerekir. Doktrinde

161 Uluslararası ticarette taraflar genellikle çıkacak uyuşmazlıkların tahkimde görüleceği klozu koyarak uygulanacak kuralları belirler ve böylece mahkemeyle yalnızca icra kısmında karşılaşılır (Takawira (n 126) para 4.5). Uluslararası ticari sözleşmeleri düzenleyen ve aynen ifaya hükmetme konusunda *common law* mahkemelerinin takdir yetkisini sınırlayan UNIDROIT ilkelerinde benzer sorun, bu kısıtlamayla hakem heyetinin bağlı olup olmayacağı şeklinde belirmiştir. Hakem heyetinin aynen ifaya hükmettiği kararların yerel mahkemeler tarafından lex foriye göre aynen ifa uygun olmadığı hâlde icra edildiği ortaya konarak bu sınırlamanın hakem heyetlerini bağlamadığı sonucuna varılmıştır (Schwenzer, 'Specific Performance' (n 40) 292).

162 Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 8; Koskinen (n 76) para 3.1.3.

163 Johan Erauw and Harry M. Flechtner, 'Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character' in Petar Sarcevie, Paul Volken (ed), *The International Sale of Goods Revisited* (Kluwer Law International 2001) 62.

164 Bu durumda tahkimde verilen aynen ifa kararının, uygulanma aşamasında mahkemelerce nasıl karşılanacağı problemi ortaya çıkar. Hakem kararının uygulanması gereken ülke tesadüfi olabileceği için (örneğin yalnızca malvarlığı o ülkede olduğu için) mahkemenin tahkimde uygulanan hukuka saygı göstermesi ve kendi hukukuyla bağdaşmazlığını bir kenara bırakarak mümkün olduğunca hakem kararını uygulamaya çalışması gerektiği savunulmuştur (Takawira (n 126) para 4.5). Uygulamada 28. maddeye gönderme yapan kararlar çoğunlukla tahkim kararlarıdır.

165 Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 19.

166 Boghossian (n 75) 28; Walt (n 144) 220.

167 Warren Khoo, 'Article 2' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) para 3.1.

168 Ziegel, 'Provincial Common Law' (n 156) Art 2.

çoğunlukla verilen örnek; yerel satış sözleşmeleri[169] ile CISG'a taraf olmayan devletlerden kişilerin taraf olduğu satış sözleşmeleridir[170].

Maddenin Türkçe lafzı itibariyle, eğer benzer satış sözleşmelerinde aynen ifaya hükmetmeyecekse mahkemenin söz konusu uyuşmazlıkta aynen ifaya hükmedemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Fakat orijinal metin, "mümkündür" ifadesini değil de mahkemenin benzer satış sözleşmelerinde aynen ifaya hükmetmedikçe söz konusu uyuşmazlıkta da hükmetmeye "mecbur olmadığı" ifadesine yer vermektedir. Dolayısıyla doktrinde mahkemenin, talep CISG'ta öngörülen diğer şartları sağlıyorsa aynen ifaya hükmetmesi her zaman mümkün kabul edilmektedir[171]. Bu defa ise mahkemenin bu konudaki takdir yetkisi problemi ortaya çıkmaktadır[172].

Tarafların, CISG m.6'dan yararlanma yoluyla aralarında anlaşarak 28. maddenin uygulanmasını engelleyebilecek olmaları da problemli konulardan biridir. Çünkü 6. madde, taraflara açıkça 12. madde dışındaki hükümlerin uygulanmasını engelleme veya değiştirme hakkı tanımaktadır. Buna rağmen, doktrinde bu lafzi sonuç kabul görmemiş; 28. maddenin tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri hak ve yükümlülüklere değil doğrudan mahkemelere yönelik bir hüküm olduğu savunulmuştur[173]. Böylece, taraflar aralarında mahkemenin aynen ifaya hükmetmeme yetkisinin kendi uyuşmazlıkları açısından bulunmayacağı üzerinde anlaşsalar bile bir *common law* hakimini aynen ifaya hükmetmeye zorlayamayacaklardır. Bu hükmün mahkemelere yönelik olup da istisna getirilememesi, yukarıda benimsediğimiz lex foriye göre değerlendirme yapılması ve hakem heyetini kapsamaması görüşleri ile de uyumludur.

Ayrıca alıcı eğer aynen ifayla bağdaşmayan bir talepte bulunmuşsa veya ifa imkansızsa başka bir anlatımla alıcı CISG uyarınca ifayı talep etme hakkına sahip değilse zaten aynen ifa talebinden bahsedilemez[174]. Dolayısıyla hakim aynen ifa talebini, 28. maddenin araladığı kapıdan iç hukuka gitmeden reddedecektir[175].

169 Boghossian (n 75) 28; Walt (n 144) 220; Secretariat Commentary, Article 26 para 3. Yazarlardan *Walt* benzer satış sözleşmesinin şartlarını biraz daha ağırlaştırarak standart hale gelmemiş ya da alıcının piyasasında az bulunan malların konu edildiği satış sözleşmeleriyle sınırlar. 28. madde uyarınca gerekli olan uygun karşılaştırmanın ancak bu sözleşmeler temel alınarak yapılabileceğini savunur. Dolayısıyla bir iç hukuk sisteminde az bulunan mallar için aynen ifaya hükmediliyorsa önüne gelen uyuşmazlık az bulunan bir mala ilişkin olmasa da hakim aynen ifaya hükmedecektir. Yazarın görüşü için bkz. Walt (n 144) 223. Doktrinde bu yorum, aynen ifanın yeknesak uygulanmasını destekleyen bir yorum olarak yer almıştır (Takawira (n 126) para 2.5.2).

170 Boghossian (n 75) 28; Walt (n 144) 220; Takawira (n 126) para 2.5.2.

171 Takawira (n 126) para 4.2. 28. maddenin mahkeme için bağlayıcı olmadığı yönünde bkz. Koskinen (n 76) para 3.1.2.

172 Takawira (n 126) para 2.5.4

173 Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 361; Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 24. Gerekçeye katılmayarak 28. maddenin emredici olduğu fakat 6. maddeyle çeliştiği görüşü için bkz. Lando (n 81) 239. Hükmün emredici olmasına katılmakla beraber sorunun pratikten çok teorik olduğu ve mahkemenin iç hukukunu dikkate almama yönündeki takdir hakkıyla sorunun çözüleceği üzerine bkz. Koskinen (n 76) para 3.1.4.

174 Jafarzadeh (n 61) para 4.2.

175 Bilgetekin and Yalçın (n 91) 112.

C. Hükmün Yorumlanması ve Aynen İfa Talebine Etkisi

28. maddenin aynen ifa talebine etkisi konusunda doktrindeki fikirler çeşitlidir. Öncelikle yukarıda görüldüğü üzere yazarların çoğu maddeyi oldukça dar yorumlamakta ve maddeye geniş bir uygulama alanı tanımamaktadır[176]. Kanaatimizce hükümde yapılan değişiklik maddenin böyle dar yorumunu engelleyici niteliktedir. Sekretarya Şerhi'nde hükmün eski hâlinin mevcut hâli açısından sınırlı şekilde dikkate alınabileceğinin belirtilmesi bunun göstergesidir. Fakat yine de uygulamada 28. maddeyle nadiren karşılaşılması bu maddenin, pratik öneminin doktrinde tartışıldığı kadar büyük olmadığını göstermektedir[177]. Bunun sebebi ise *common law* ve Kıta Avrupası hukuku sistemleri arasındaki farklılıkların uygulamada oldukça küçük olmasıdır[178]. İki sistem aynen ifa açısından çoğunlukla aynı sonuca farklı yollardan varmaktadır[179].

Her ne kadar *common law'*da asli yaptırım tazminatsa da tazminatın yeterli olmaması veya aynen ifanın daha uygun ve adil görülmesi hâllerinde, hakim aynen ifaya hükmedebilecektir[180]. Alıcının malı başka yerden temin etme imkanı bulunmuyorsa ve edim kendine özgüyse tazminatın yeterli olmayacağı kabul edilir[181]. Örneğin aynen ifanın hakimin takdirinde olduğu hukuk sistemlerinden akla ilk gelen Amerikan hukukunda Amerikan Ticaret Kanunu'na göre satılan mal eşsiz olduğunda ya da başka uygun şartlar altında aynen ifaya hükmedilebilir[182]. Benzer şekilde her ne kadar asli yaptırım aynen ifaysa da tazminatın alacaklıyı tatmin ettiği düşüncesi Kıta Avrupası hukuk sistemlerine uzak sayılmaz[183]. Birçok Kıta Avrupası hukuk sisteminde aynen ifa talebinin istisnaları kabul edilmektedir[184]. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu ticaret hayatında malın sürekli bulunabildiği bir pazarın mevcut olduğu

176 Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 265; Işıntan (n 4) 178. Bununla beraber, doktrinde hükmün yalnızca *common law* mahkemelerinde uygulanabilirmiş gibi yansıtılması eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. Honnold (n 81) para 199.1; John Felemegas, 'Comparison Between Provisions of the CISG Regarding the Right to Require Specific Performance (Arts. 28, 46 and 62) and the Counter Part Provisions of the UNIDROIT Principles (Arts. 7.2.1-7.2.5)' in John Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge University Press 2007) para 13; Eric E. Bergsten, Subsequent Commentary on CISG Art. 28, *Les Ventes Internationales de Marchandises (Problèmes juridiques d' actualité)* (Economica 1981) 11. Eleştiriler aynen ifaya zorlama kuralını hafifleten yerel düzenlemelerin her ülkede bulunabileceği ve mahkemelerin bu hakkı uygulamalarındaki takdir haklarını kullanabilecekleri noktasında buluşmaktadır.

177 Felemegas (n 176) 148; Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Manz 1986) 62.

178 Schwenzer, 'Specific Performance' (n 40) 291; Henrik Lando, 'The Myth of Specific Performance in Civil Law Countries' (2004) American Law&Economics Association Annual Meetings Paper 15, www.law.bepress.com Erişim Tarihi 2 January 2019, 20.

179 Başoğlu, *Aynen İfa* (n 101) 265-266.

180 Başoğlu, *Aynen İfa* (n 101) 28; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 115) 331.

181 Başoğlu, *Aynen İfa* (n 101) 28.

182 *§ 2.716. Buyer's Right to Specific Performance or Replevin*

(a) Specific performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstances.

183 Bilgetekin adn Yalçın (n 91) 104.

184 Takawira (n 126) para 3.1. Yazara göre bu istisnalar CISG'ın sözleşmeye aykırılık çerçevesiyle uyum sağlamaktadır, dolayısıyla Kıta Avrupası ülkelerinde 28. maddenin etkisi önemsiz kalmaktadır.

varsayımından yola çıkarak TBK m. 212/f. 2 düzenlemesini getirmiştir[185]. Bu hükümle birlikte alıcının, aynen ifa talebinden vazgeçtiği, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi her iki sistemde de asli yaptırım farklı olmasına karşın ihtiyaçlar doğrultusunda yer yer yumuşatılmıştır.

Bununla birlikte uygulamada sık rastlanmaması hükmün, CISG'taki aynen ifa sistemine bir etkisi olmadığı anlamına gelmemelidir. Aksine yeknesaklığı bozduğu yönündeki eleştiri doktrinde birçok yazar tarafından benimsenmiştir[186]. Bunu aşmak için de uygun bir yorum metodu benimsemek çözümü ileri sürülmüştür[187]. CISG m. 7/f. 1, Antlaşmanın yorumunda uyulması gereken temel ilkeleri ortaya koyar ve yerel mahkemeler 28. maddeyi yorumlarken söz konusu hükmü (*"Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.")* dikkate almak zorundadır[188]. Böylece uluslararası niteliği dikkate alan mahkeme CISG'a tabi bir uyuşmazlıkta kendi hukukunu uygulama eğilimine karşı koymalıdır[189]. Görüldüğü gibi bir görüş hükmü baştan dar yorumlayarak ulusal mahkemenin takdir hakkını kısıtlamakta diğer görüş ise hükmün yeknesaklığı bozucu niteliğini aşmak amacıyla ulusal mahkemelerin takdir yetkisini CISG m. 7/f. 1'e uygun kullanmaları gerektiği sonucuna varmaktadır.

185 Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 115) 333.

186 Takawira (n 126) 2.3; Boghossian (n 75) 73; Peter A. Pilionuis, 'The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?' (2000) 12 Pace International Law Review 1, para 5/c; Schwenzer, Specific Performance (n 40) 303; Koskinen (n 76) para 5. Çünkü bu "uzlaşma hükmü" tarafların Antlaşma uğruna kendi hukuki pozisyonlarından fedakarlık etmelerinden çok Antlaşma çerçevesinde iç hukuklarının sürdürülmesini meşrulaştırmalarını ifade eder (Takawira (n 126) para 1.5). İç hukuklara dönüş her şeyden önce CISG'ın çözmeyi amaçladığı birbiriyle uyumsuz iç hukuk ilkelerinin varlığı problemini çözmekten uzaktır (Takawira (n 126) para 2.3). Yeknesaklığı bozacak olmasından başka bir risk de tarafları aynen ifaya izin veren ve vermeyen mahkemeler arasında pazarlık yapmak konusunda cesaretlendirmesi, dolayısıyla maddenin amaçlanandan başka yönlere sapma potansiyelidir (Kastely (n 60) 640). Oysaki hukukun yeknesaklaştırması çalışmalarında, aynı sorun her zaman CISG m. 28 ile benzer şekilde çözümlenmemiştir. Unidroit ilkeleri (Art. 7.2.1 ve 7.2.2.) bir yandan *common law* yaklaşımını esas alarak para borçları ve diğerleri şeklinde bir ayrıma gitmiş, diğer yandan her iki türlü borç için *pacta sund servanda* ilkesini ve Kıta Avrupası geleneğindeki yorumunu benimseyerek aynen ifayı güçlendirmiş, ayrıca para borcu dışındakiler için birçok istisna öngörmüştür (Koskinen (n 76) 4.2). CISG'ın bu sistemden daha başarısız olduğu yönünde bkz. Schwenzer, 'Specific Performance' (n 40) 303; Piliounis (n 186) para 5/c. Ancak bu detaylı düzenlemesine rağmen Unidroit ilkeleri de yeknesaklığı sağlayamadığı eleştirisinden kurtulamamıştır. Özellikle para borcunun karşı edimi olan malların teslim edilmediği ya da işgörmenin tamamlanmadığı durumlarda para borcunun aynen ifasının sınırlanması gerektiği fakat nasıl yapılacağının belirsizliği ifade edilmiştir (Schwenzer, 'Specific Performance' (n 40) 295). Çözüm olarak dürüstlük kuralının ön plana çıkması da yerel mahkemelerin farklı yorumlarının yeknesaklığı bozacağı anlamına gelir (Schwenzer, 'Specific Performance' (n 40) 295). Asıl sorunun yeknesaklığı bozmasından çok belirsizlik taşıması olduğu yönünde bkz. Boghossian (n 75) 76.

187 Takawira (n 126) para 3.3

188 ibid para 4.1.

189 ibid para 4.2. Yazara göre Antlaşmanın amacı yeknesaklık sağlamaktır, uyum değil; bu nedenle bir mahkeme kendi iç hukukuna uygun bir yorum benimsemekten kaçınmalıdır (Takawira (n 126) para 4.3). Uyum ve yeknesaklık arasındaki fark için bkz. John Goldring, 'Unification and Harmonisation of the Rules of Law' (1978) 9 Federal Law Review 284. Dolayısıyla *common law* mahkemesi CISG'da öngörülen emredici yorum ölçütlerine uymalı ve 28. maddenin kendine tanıdığı takdir yetkisini en geniş şekilde kullanabileceği bir yorumdan kaçınmalıdır. Yorum ilkelerinden biri kabul edilen dürüstlük kuralı ilkesine göre de mahkemelerin tarafların yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak ve karşı tarafın beklentisini garantiye almak için aynen ifaya hükmetmesi beklenir (Takawira (n 126) 4.4). Yazar bunu, makul davranan ve borcunu yerine getiren dürüst tarafın karşı taraftan da bunu beklemekte haklı olmasına dayandırmaktadır. *Common law* mahkemeleri dürüstlük kuralına aykırı böyle davranışların önüne geçmek için aynen ifaya kolayca hükmetmeli ve böylece Kıta Avrupası mahkemelerine yaklaşarak arzu edilen yeknesaklık sağlanmalıdır (Takawira (n 126) 4.4).

Sonuç

Türk hukukunun da içinde olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde aynen ifa sözleşmenin doğal ve olması gereken sonucudur. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına göre ise bu anlayışa paralel şekilde aynen ifa sözleşmeye aykırılık hâlinde gündeme gelen birincil yaptırımdır. Bu sonuca gerek 46. maddenin lafzından gerekse sözleşmeye aykırılığın diğer yaptırımı olan sözleşmeyi ortadan kaldırma yoluna ancak belli şartlar altında (aykırılığın esaslı olması gibi) başvurulabilmesinden yola çıkarak ulaşılmaktadır. Bu da aynen ifa talebi açısından CISG'ın Kıta Avrupası hukukuna yaklaştığının göstergesidir.

CISG kapsamında aynen ifayı Türk hukukundaki aynen ifa yaklaşımından ayıracak en önemli düzenleme 28. maddedir. Bu madde, kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmetmeyecek hakime CISG uyarınca da hükmetmeme şansı tanımaktadır. Hükmün tarihçesinden tazminat yaptırımına öncelik veren ve aynen ifayı yalnızca istisnai hallerde mümkün gören *common law* sistemini Antlaşmayla uzlaştırmak için getirildiği anlaşılmaktadır. Yeknesaklığı sağlamak amacıyla doktrinde hükmün dar yorumunun benimsenmesi ve aynen ifa talebinin ulusal hukuk kurallarıyla engellenmemesi gerektiği kabul edilir.

28. maddenin, etkisini amacına uygun şekilde *common law* sisteminde göstermesi beklenir. Fakat *common law* ve Kıta Avrupası hukukunun aynen ifa konusunda birbirine yaklaşması ve dolayısıyla maddenin uygulamadaki öneminin azalması doktrinde bu etkinin de sorgulanmasına yol açmıştır. Bununla birlikte söz konusu hükmün varlığı, CISG'ın uygulandığı uyuşmazlıklarda belirsizliğe yol açar. Türk hukukundaki aynen ifa yaklaşımından en büyük farkı da bu belirsizliktir. Doktrinde bu belirsizlik yorum yöntemleriyle aşılmaya çalışılmıştır. CISG'ın aynen ifaya genel bakışı böyle olmakla birlikte Türk hakimi tarafından incelenen bir uyuşmazlıkta 28. madde, aynen ifaya hükmetme konusunda bir değişiklik yaratmayacaktır. 46. maddede tanınan açık ve net aynen ifa hakkı belirleyici olacaktır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

Andersen CB, *Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium an Examination and notification Provisions of the CISG* (Kluwer Law İnternational 2007).

Atamer YM, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005).

— — 'Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış' in Yeşim M. Atamer (ed.), *Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (On İki Levha 2008).

— — 'Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?' (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) 487-510.

— — 'Article 80' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018).

Ayanoğlu Moralı A, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi' (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 289-313.

Baş Süzel E, 'Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu' in Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016* (On İki Levha, 2016).

Başoğlu B, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012). (Aynen İfa)

— — 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı' in Sinan Okur (ed), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (Adalet 2016).

Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması* (On İki Levha 2009).

— — *Zarar Görenin Kusuru* (On İki Levha 2012).

Bergsten E E, Subsequent Commentary on CISG Art. 28, *Les Ventes Internationales de Marchandises (Problèmes Juridiques d'Actualité)* (Economica 1981) 11-14.

Björklund, 'Article 28' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018).

Boghossian N, 'A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' [1999-2000] Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 3-78.

Bilgetekin NT and Yalçın Y, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 28'in Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına Etkisi' in Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016* (On İki Levha 2016).

Dayıoğlu Y, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etmesi* (On İki Levha 2011).

Djordjević, 'Article 77' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018).

Engel P, *Traité des obligations en droit suisse* (2nd edn, Stämpfli 1997).

Erauw J and Flechtner HM, 'Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character' in Petar Sarcevie, Paul Volken (ed), *The International Sale of Goods Revisited* (Kluwer Law International 2001).

Erdem HE, 'Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu' in Yeşim M. Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (On İki Levha 2008).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22th edn, Yetkin 2017).

Felemegas J, 'Comparison Between Provisions of the CISG Regarding the Right to Require Specific Performance (Arts. 28, 46 and 62) and the Counter Part Provisions of the UNIDROIT Principles (Arts. 7.2.1-7.2.5)' in John Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge University Press 2007).

Fitzgerald J, 'CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec' (1997) 16 Journal of Law and Commerce 291-313.

Flambouras DP, 'The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis' (2001) 13 Pace International Law Review 261-293.

Goldring J, 'Unification and Harmonisation of the Rules of Law' (1978) 9 Federal Law Review 284-325.

Helvacı İ, *Le droit turc du contrat* (Schulthess 2018).

Herber R, 'The Rules of the Convention Relating to the Buyer's Remedies in Cases of Breach of Contract' (1980) Problems of Unification of International Sales Law (Working papers submitted to the Colloquium of the International Association of Legal Science, Potsdam, August 1979) 104-129.

Herman S, 'Specific Performance: a Comparative Analysis' (2003) 7(2) Edinburgh Law Review, 194-217.

Honnold JO, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd edn, Kluwer Law International 1999).

Huber P, 'CISG – Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları' in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)* (On İki Levha 2008).

— — 'Article 46' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018).

Işıntan P, 'Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı' (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 161-183.

Jafarzadeh M, 'Buyer's Right to Specific Performance: A Comparative Study Under English Law, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and *Shi'ah* Law' (2001) <www.cisg.law.pace.edu> Erişim Tarihi 27 November 2018.

Kastely AH, 'The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention' (1988) 63 Washington Law Review 607-651.

Khoo W, 'Article 2' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).

Knapp V, 'Article 77' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).

Koskinen J, 'CISG, Specific Performance and Finnish Law' (1999) Private Law publication series B:47.

Kutluhan E, *CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (On İki Levha 2017).

Lando H, 'The Myth of Specific Performance in Civil Law Countries' (2004) 15 American Law & Economics Association Annual Meetings www.law.bepress.com Erişim Tarihi 2 January 2019, 1-24.

Lando O, 'Article 28' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).

Liu C, 'Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law' (2005) <www.cisg.law.pace.edu> Erişim Tarihi 27 November 2018.

Müller-Chen, 'Article 28' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016).

— — 'Article 46' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016).

Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22 th edn, Beta 2017).

Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th edn, Beta 2017).

Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, (16 th edn, Vedat 2018).

Öz T, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)' (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 3-19.

Pilionuis PA, 'The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?' (2000) 12 Pace International Law Review 1-46.

Rimke J, 'Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' [1999-2000] Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 197-243.

Riznik P, 'Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss' (2009) http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html Erişim Tarihi 10 July 2018.

Schlechtriem P, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Manz 1986).

Schwenzer, 'Article 79' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016).

— — 'Article 80' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016).

— — 'Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' (1999) 1(3) European Journal of Law Reform 289-303.

Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Hüküm: ifa, ifa engelleri, haksız zenginleşme - ek: uygulama çalışmaları cilt no:3* (3rd edn, Filiz 2014).

— — *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (3rd edn, On İki Levha 2018).

Tallon D, 'Article 79' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).

— — 'Article 80' in Bianca-Bonell (eds) *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).

Takawira A, 'Departing from mere compromise: Reformulating the remedy of specific performance under the Convention on the International Sale of Goods (CISG) in line with the Convention's underlying goals' (2007) https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/takawira.html Erişim Tarihi 27 September 2018.

Tekinay S, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993).

Tercier P, *Le droit des obligations* (2nd edn, Schulthess 1999)

— — *La partie spécial du Code des obligations* (Schulthess 1988).

Venturi S and Zen-Ruffinen MN, 'Article 190' in Luc Thévenoz, Franz Werro (eds) *Commentaire Romand Code des obligations I* (2nd edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2012).

Walt S, 'For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention' (1991) 26 Tex. Int'l L. J. 211-251.

Will M, 'Article 46' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).

Yavuz C, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (13th edn, Beta 2014).

Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku* (3th edn, Seçkin 2019)

Ziegel JS, 'The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives' in Galston & Smit (ed), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Matthew Bender Ch. 9 Juris 1984).

— — 'Analyses from a Provincial Common Law Perspective' in Jacob S. Ziegel, Claude Samson, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1981).

Elektronik Kaynaklar/Electronic Resources

www.cisg.law.pace.edu

www.resmigazete.gov.tr

www.law.bepress.com

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 585–607

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0009
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 04.04.2019
Revizyon Talebi: 15.05.2019
Son Revizyon: 22.07.2019
Kabul: 09.09.2019
Online Yayın: 17.10.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

ICSID Hakem Kararlarının İptali

Ömer Başar*

Öz

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme *("ICSID")* tarafından düzenlenen yatırım tahkiminde verilen karara karşı başvuru yolları Konvansiyonun beşinci kısmında düzenlenmiştir. Hakem kararlarının iptali de bu başvuru yollarından biri olarak düzenlenmiştir. Araştırma konusu kapsamında da öncelikle iptale dair genel açıklamalar verilecektir. Bu aşamada özellikle, iptal başvurusunun nasıl yapılması gerektiği ve iptal başvurusu üzerine nasıl bir usulün takip edileceği hususunda bilgi verilecektir. İkinci aşamada, iptal sebepleri incelenecektir. İptal sebepleri incelenirken özellikle tartışma konusu olan açık yetki aşımı, temel usul kurallarından ciddi bir sapmanın varlığı ve gerekçenin başarısız olması konuları üzerinde durulacaktır. Buna göre, *"açık yetki aşımı"* ifadesindeki *"açık"* kelimesinin ne anlama geldiği tespit edilmeye çalışılacaktır. Keza, *"temel usul kurallarından ciddi bir sapma"* ifadesinde geçen *"temel"* ve *"ciddi"* kavramlarının nasıl tespit edileceği üzerinde durulacaktır. Sebeplerden, gerekçenin başarısız olmasından tam olarak ne anlaşılması gerektiği belirtilecektir. Burada, *"başarısız"* olma kavramının tam olarak neyi ifade ettiği üzerinde durulacaktır. Bu sebepler, komite kararları ve öğretideki görüşler ışığında ele alınacaktır. Diğer iptal sebeplerinden hakemlerden birinin rüşvet alması konusunda, uygulamada doğru dürüst karar bulunmaması sebebiyle, ağırlıklı olarak rüşvet kavramı merkezinde ele alınacaktır. Keza, hakem kurulunun usulüne göre oluşmaması başlığında da hakem kurulunun nasıl oluşması gerektiği belirtilecektir. Böylece, bu iptal sebebinden nasıl kaçınacağı bulunmuş olacaktır. Sonuç kısmında da iptal başvurusunun neticesine kısaca değinilecektir.

Anahtar Kelimeler

Yatırım, Tahkim, İptal, ICSID, Milletlerarası özel hukuk

Annulment of Awards in ICSID Convention

Abstract

The legal remedies against an award granted by an arbitral tribunal in international investment arbitration pursuant the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States *("ICSID")* are regulated in the fifth section of the mentioned Convention. Annulment procedure against an award is stated as one of these legal remedies. During this study, firstly, general information about annulment procedure of an award will be presented. In this part, the application process for annulment of an award will be explained. The grounds for annulment will be analyzed in the second part of the study. While analyzing the grounds for annulment, focus will be given to manifest excess of powers, serious departure from a fundamental rule of procedure and failure to state reasons by examining the precedent annulment decisions and commentaries of scholars. Regarding this part, the study will attempt to puzzle out the meaning of the terms of *"manifest", "serious", "fundamental"* and *"failure"*. The subheading for the ground of the improper constitution of the tribunal will include information about the proper constitution of an arbitral tribunal, thus making it clear how to abstain from giving cause for annulment due to this ground. The remaining ground for annulment, *i.e.* corruption by a member of the tribunal, due to lack of case law, will mainly give attention to the term corruption. Lastly, the corollaries of an application for annulment will be stated in the final part of the study.

Keywords

Investment, Arbitration, Annulment, ICSID, Private international law

* **Sorumlu Yazar:** Ömer Başar (Doktora Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı, İstanbul, Türkiye. E-posta: basaromer5@gmail.com ORCID: 0000-0002-5172-2906

Atıf: Basar O, "ICSID Hakem Kararlarının İptali" (2019) 39(2) PPIL 585. https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0009

©Yazarlar. İstanbul Üniversitesi tarafından Creative Commons Lisansı (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) kapsamında yayımlanmıştır.

Extended Summary

The legal remedies against an award granted by an arbitral tribunal in international investment arbitration pursuant to Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States *("ICSID")* are regulated in the fifth section of the mentioned Convention. Other than those remedies prescribed by ICSID, an award granted by a tribunal cannot be subject to further legal review mechanisms by the courts of the member states. An annulment procedure against an award is stated as one of these legal remedies regulated in ICSID Convention.

Pursuant to ICSID, there are five grounds, which are limited, for annulment of an award. However, that's not to say the Committee, while granting its decision on annulment, will adopt a view in favor of annulment. The Committee will not adopt a view in favor of or against annulment.

The first ground for annulment is the improper constitution of arbitral tribunal. The constitution of arbitral tribunal will primarily take place according to the will of the parties to the dispute. At certain points where there is no rule agreed to by the parties, the supplementary rules of ICSID and the Arbitration Rules will be applicable. A violation of these rules about the constitution of the tribunal, whether agreed to by the parties or set forth by ICSID or the Arbitration Rules, may result in the annulment of the decision. However, a party applying for annulment on this ground should raise an objection before the tribunal as soon as it becomes aware of such situation. Otherwise, it will be deemed to waive its right to apply for annulment on the same ground.

That the tribunal has manifestly exceeded its powers is stated as the second ground for annulment. While finding out whether this ground for annulment exists, it should be kept in mind that a mere excess of powers does not suffice. For the annulment of the award, the excess of powers should also be manifest, which, in the light of case law and commentaries by scholars, refers to being evident and obvious, namely perceptible without the need for a detailed examination. It is well-founded that excess of powers is manifest in the cases where the tribunal fails to apply the proper law, *i.e.* applying another law than the true applicable law, where the tribunal wrongfully declines its jurisdiction on a matter falling within its scope of jurisdiction and where the tribunal grants an award beyond the requests of the parties. A mere erroneous application or interpretation of the applicable law, however, is not accepted as a manifest excess of powers.

The third ground for annulment is corruption on the part of a member of the tribunal. Corruption will be at issue when a member of the tribunal is provided with illegal benefits and thus adopts biased behavior. However, a mere inference is not sufficient and therefore, the party relying on this ground should support its claim

with other relevant evidences. It is noteworthy to state that corruption on the part of any other person other than the members of the tribunal, as it is not regulated as one of the grounds for annulment, does not lead to annulment of the award.

Serious departure from a fundamental rule of procedure is the fourth ground for the annulment. As for this ground, the rule must be a fundamental rule and the departure should be serious. Fundamental rules of procedures are described as the rules closely linked with the fairness and legitimacy of the arbitral proceedings such as the right to be heard, the right to fair trial, the right to be treated equally and the impartiality of the members of the tribunal. A departure from a procedural rule is serious if such departure is likely to have an effect on the award. However, in some of the annulment decisions, for the departure to be accepted as serious, the Committee requires *"a substantial effect"* on the award and that such effect is established by the applicant. In spite of this view, there are decisions adopting an adverse approach in terms of the need to prove such a substantial effect.

The last ground for annulment is failure to state reasons. This ground will be at issue if the reasoning is partly or wholly absent or if it is contradictory. One should be aware that the reasoning does not have to include a reply for all the questions and issues raised by the parties. An award will not be subject to annulment provided that its reasoning contains the grounds required for the award. In other words, the scope of the reasoning for the award does not need to be vast, and is set as minimum.

As for corollaries of an application for annulment, even if a ground for annulment is detected, the Committee has the discretionary power about the necessity of annulment. It is noteworthy that such a discretionary power cannot be used arbitrarily by the Committee. If the Committee is to annul the award, it may do so either partially or wholly.

ICSID Hakem Kararlarının İptali

Giriş

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme[1] *("ICSID", "Konvansiyon")* tarafından düzenlenen yatırım tahkiminde verilen karara karşı başvuru yolları Konvansiyonun beşinci kısmında düzenlenmiştir. ICSID Tahkime Dair Usul Kurallarında ise *("Tahkim Kuralları", "Kurallar")* başvuru yollarına dair düzenlemeler yedinci kısmında düzenlenmiştir. Konvansiyonun 44. maddesi uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, Tahkim Kuralları da uygulama alanı bulacağından, çalışma kapsamında Tahkim Kuralları da incelenecektir. Hakem kararlarının iptali de bu başvuru yollarından biri olarak düzenlenmiştir. Araştırma konusu kapsamında da öncelikle iptale dair genel açıklamalar verilecek, devamında da iptal sebepleri incelenecektir.

I. ICSID Tahkiminde Hakem Kararlarının İptal Prosedürüne Dair Genel Bilgiler

ICSID çerçevesinde bir hakem kararına karşı devlet mahkemelerinde kanun yoluna başvurulamaz. Gerçekten de Konvansiyonun 53. maddesinde, hakem kararına karşı temyiz veya başkaca kanun yollarına başvurulamayacağı belirtilmektedir[2]. İlgili düzenlemede, ICSID çerçevesinde verilen bir hakem kararına karşı başvuru yollarının münhasıran Konvansiyonda belirtilen hallerden ibaret olduğu belirtilmektedir. Böylece, ICSID tahkimi sonucunda verilen kararın kamu düzenine aykırılık gibi sebeplerle geçersiz kılınması önlenmek istenmiştir[3]. Bu durum, ICSID tahkimini yatırımcı taraf adına daha cazip hale getirmiştir. İptal yolu da ICSID'in tanımış olduğu bu başvuru yollarından birini teşkil etmektedir.

İptal talebi sadece nihai kararlara karşı söz konusu olabilmektedir[4]. Bu husus Konvansiyon metninde de açıkça belirtilmiştir. Gerçekten de iptale tabi karar *"award"* olarak belirtilmiştir. *"Award"* ifadesi ise, bir nihai kararı ifade etmektedir[5].

1 Konvansiyon 27.05.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve bu kanun 2 Haziran 1988'de 19830 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Ayrıca, 6.12.1988 tarihli ve 20011 sayılı Resmî Gazete'de ilgili sözleşmenin 27.5.1988 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Bakanlar Kurulunca onaylanması, Bakanlar Kurulunun 88/13325 no ve 7.10.1988 tarihli kararı ile kabul edilmiştir.

2 Temyiz ile iptal prosedürlerinin birbirinden farklı olduğu belirtilmektedir. Temyiz mercii, bozduğu karar yerine yeni bir karar verirken; iptal mercii ise kararı iptal etmekle yetinir. İptal edilen karar yerine yeni bir karar vermez. Bu konuda bkz. Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Oxford 2012) 302. Temyiz ile iptalin birbirinden farklı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, iptal, kararın esasına dair bir denetim değildir; sadece, karar verme sürecinin hukuka uygun olup olmadığını konu edinir. Bkz. Irmgard Marboe, 'ICSID Annulment Decisions: Three Generations Revisited' in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (eds), *International Investment Law for the 21st Century* (Oxford 2009) 201.

3 Yalçın Torun, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları* (Seçkin 2011) 69; Noah Rubins and N. Stephan Kinsella**,** *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution* (Oceana 2005) 361.

4 Christoph H. Schreuer and Others, *The ICSID Convention A Commentary* (2nd edn, Cambridge 2009) 921, para 61; Torun (n 3) 72; Emre Koluman, 'Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İptali' (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) 46; Dolzer and Schreuer (n 2) 301.

5 Schreuer and Others (n 4) 921, paras 62-63; Dolzer and Schreuer (n 2) 301.

Konvansiyonun 52. maddesinde iptal başvurusunun yazılı şekilde ve Genel Sekreterliğe hitaben yazılması gerektiği belirtilmektedir. İptal başvurusunu sadece taraflar yapabilmektedir[6]. Dolayısıyla da karardan doğrudan etkilenmiş olsalar bile üçüncü kişiler iptal başvurusunda bulunamamaktadır[7]. Aynı şekilde, Genel Sekreterlik komite kendiliğinden kararın iptali sürecini başlatamamaktadır[8]. Ayrıca, Kurallarda da bu husus 50. maddede belirtilmiştir. Tahkim Kurallarının 50. maddesinde başvuruda ayrıca başvuruya konu karar ile başvuru tarihinin belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Keza, aynı maddeye göre, başvuruda, dayanak iptal sebebi de açıkça belirtilmelidir. Son olarak, başvuru ücreti de başvuru esnasında ödenmiş olmalıdır.

Konvansiyonun 52. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, iptal başvurusunun, kararın verildiği günden itibaren 120 gün içinde yapılması gerekmektedir. Kararın verilme tarihi, Konvansiyonun 49. maddesinde, kararın onaylı örneğinin taraflara gönderildiği tarih olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla sürelerin bu tarihten itibaren başladığını kabul etmek gerekir. Fakat, Tahkim Kurallarının 50. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, şayet karar verildikten sonra ilave kararlar verilmiş veya verilen karar düzeltmelere tabi olmuşsa, 120 günlük süre ilave karar veya düzeltme kararı tarihinden itibaren başlayacaktır. Fakat, şayet iptal sebebi olarak hakemlerden birinin rüşvet aldığı ileri sürülmüşse, bu durumda, iptal talebi iki ayrı süreye tabi olacaktır. Buna göre, taraf, rüşvet olayını öğrendiği andan itibaren 120 gün ve her halükârda hakem kararının verilmesinden itibaren üç yıl içerisinde iptal talebinde bulunabilecektir. Tahkim Kurallarının 50. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, şayet, hakem kararına sonradan ilave karar eklenmişse veyahut ilgili hakem kararı düzeltilmişse, bu üç yıllık süre, ilave karar veya düzeltme kararı tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Tahkim Kurallarındaki bu düzenlemeye göre, belirtilen süreler içerisinde iptal talebinde bulunulmadığı takdirde, Genel Sekreterlik başvuru kaydı talebini reddedecektir. Kuralların 50. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, başvuru talebini reddeden Genel Sekreterlik, red kararını başvuran tarafa bildirecektir.

İptal talebinin görülmesinde Konvansiyonun 41-45, 48, 49 ve 54'üncü maddeleriyle birlikte altıncı ve yedinci kısımları kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu husus, Konvansiyonun 52. maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Buna göre, tahkim yeri, hakem kurulunun yetkisi, uygulanacak maddi hukuk kuralları, delil toplama, uygulanacak usul kuralları, kararın veriliş şekli ve içeriği, kararın tamamlanması, kararın icrası ve tahkim giderleri gibi konularda Konvansiyonun ilgili maddeleri iptal prosedüründe de kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Konvansiyonun 52. maddesinin beşinci fıkrasında belirtildiği üzere, iptal başvurusu üzerine, komite gerekli görürse kararın icrasını durdurabilir. Başvuran taraf da

6 Schreuer and Others (n 4) 916 para 41; Koluman (n 4) 41; Torun (n 3) 74.

7 Schreuer and Others (n 4) 916 para 41; Koluman (n 4) 41; Torun (n 3) 74.

8 Schreuer and Others (n 4) 916 para 41; Koluman (n 4) 41; Torun (n 3) 74.

başvurusunda böyle bir talepte bulunmuş olabilir. Başvuru talebinde böyle bir talep varsa, hakem kararının icrası, komite durdurma talebine dair karar verene kadar geçici olarak durmuş olur. Bu konu, Tahkim Kurallarının 54. maddesinde de düzenlenmiştir. Böyle bir talep halinde, Genel Sekreterlik, kayıt ile beraber kararın geçici olarak icrasının durdurulduğunu da taraflara bildirir. Komite oluştuktan sonra otuz günlük süre içerisinde kararın icrasının durdurulması hususunda karar vermelidir. Bu süre içerisinde bir karar verilmediği takdirde, durdurma kararı süre sonunda kendiliğinden sona erer. Komite, uyuşmazlığı gördüğü süre boyunca taraflardan birinin talebi üzerine, bu durdurma kararını değiştirebilir veya kaldırabilir. Komite nihai kararını verdiğinde, durdurma kararı da ortadan kalkar. Fakat, komite kararın kısmen iptaline karar vermişse, iptal etmediği kısmın icrasının geçici olarak durdurulmasına karar verebilir. Bu durumda Konvansiyonun 52. maddesinin altıncı fıkrasında belirtildiği üzere, uyuşmazlık yeni bir hakem kuruluna verilir. Tahkim Kurallarının 55. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, böyle bir halde, yeni hakem kurulu, iptal edilmemiş kısma dair bir inceleme yapamaz. Fakat, yeni hakem kurulu, bir karara varana kadar, kararın daha önce iptal edilmemiş kısmının icrasının durdurulmasına karar verebilir. Tahkim Kurallarının 54. maddesine göre, durdurma talebi, durdurmayı şart kılan durumları da içermelidir. Komite, her iki tarafa da görüşlerini sunma hakkı tanıdıktan sonra bu konuda karar verebilecektir. Genel Sekreterlik, icranın durdurulmasına, durdurmanın değiştirilmesine veya kaldırılmasına dair kararları derhal taraflara bildirir. Bu kararlar bildirimin gönderildiği tarihten itibaren hüküm doğurur.

Şayet başvurunun Genel Sekreterlikçe reddini gerektiren bir hal yoksa, Kuralların 52. maddesinin ilk fıkrası uyarınca Genel Sekreterlik, iptal başvurusunu İdari Kurul Başkanına iletecektir. Konvansiyonun 52. maddesinin üçüncü fıkrası gereği, başvuruyu alan başkan, gecikmeksizin hakem listesinden bir üç kişilik "*ad hoc"* komitesi üyelerini tayin eder. Atanan hakemlerin, aşağıda belirtilen kriterlerin hepsini taşıması gerekir:

- Daha önce karar veren hakemlerden farklı kişiler olma;
- Önceki hakem kurulunda yer alan hakemlerden herhangi birisiyle aynı vatandaşlığa sahip olmama;
- Uyuşmazlığın tarafı olan devletin vatandaşı olmama9;
- Yatırımcıyla aynı devlet vatandaşlığına sahip olmama;
- Daha önce aynı uyuşmazlıkta uzlaştırmacı olarak yer almamış olma;
- Uyuşmazlığa taraf devlet veya yatırımcının vatandaşı olduğu devlet tarafından hakem listesine eklenmiş kişilerden olmama.

Tahkim Kurallarının 52. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, komitenin oluşma ve göreve başlama anı, Genel Sekreterlik tarafından taraflara yapılan ve tüm komite

9 Birden fazla vatandaşlığa sahip hakemlerin kural olarak bu devletlerden hiçbirinin taraf olduğu tahkimde hakem olarak yer alamayacağına dair bkz. Torun (n 3) 97.

üyelerinin atanmayı kabul ettiğine dair bildirim yazısıyla başlar. Aynı düzenleme uyarınca, en geç komitenin ilk toplantısında, tüm üye hakemler Kuralların 6. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen beyannameyi[10] imzalamış olmalıdırlar.

II. ICSID Tahkiminde Hakem Kararlarının İptalini Gerektiren Sebepler

Konvansiyonun 52. maddesinde iptal sebepleri sınırlı halde belirtilmiş durumdadır. İptal sebepleri sınırlı sayı ilkesine tabi oldukları için, belirtilen sebepler haricinde ilave bir iptal sebebi oluşturulamaz. Yine de, belirtmek gerekir ki iptal sebeplerinin sınırlı olması, iptal lehine veya aleyhine bir karine olduğunu göstermemektedir[11]. Bu sebepler, temel hatlarıyla aşağıda belirtildiği gibidir:

- Hakem kurulunun uygun şekilde oluşmaması,
- Hakem kurulunun yetkilerini açık bir şekilde aşması,
- Hakemlerden birinin rüşvet alması,
- Birtakım temel tahkim usul kuralından önemli ölçüde ayrılınması,
- Gerekçenin karara dayanak sebepleri belirtmede başarısız olması.

A. Hakem Kurulunun Uygun Şekilde Oluşmaması

Hakem kurulunun nasıl oluşacağı Tahkim Kurallarının birinci kısmında ve de Konvansiyonun dördüncü kısmında düzenlenmiştir. İlgili kurallarda da belirtildiği üzere, hakem sayısı ve hakemlerin seçilme şekli tarafların iradelerine bırakılmış durumdadır. Fakat, taraflarca bir anlaşma olmaması halinde çoğunluğu tamamlayıcı nitelikte olan[12] birtakım kurallar öngörülmüştür.

Konvansiyonun 34. maddesine göre, hakemlerin tek sayıda olması gerekir. Bu konuda taraflarca bir anlaşma yapılabilir. Taraflarca anlaşma yapılamadığı takdirde, hakem kurulu, üç hakemden oluşacaktır. Taraflardan her biri bir tane hakem atayacak, bu hakemler de geriye kalan tek hakemi atayacaktır. Taraflarca bu şekilde de bir hakem kurulu oluşturulamaması hali, Konvansiyonun 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Genel Sekreterlik tarafından kaydın yapıldığının taraflara bildirilmesinden itibaren 90 gün içerisinde veya taraflarca bir süre kararlaştırılmışsa bu süre içerisinde hakem kurulu kısmen veya tamamen oluşturulamamışsa, tarafların isteği üzerine veya mümkün olduğu ölçüde tarafların görüşü alınarak, eksik hakemler

10 İlgili beyannamede, hakemler gizliliğe riayet edeceklerini, tarafsızlıklarına şüphe düşürebilecek nitelikteki bilgileri ve taraflardan herhangi biriyle olan geçmiş ve güncel ilişkilerini sunduklarını, tarafsızlıklarına şüphe düşürebilecek nitelikteki vakıaları derhal Genel Sekreterliğe bildireceklerini, taraflar arasındaki uyuşmazlığı objektif bir şekilde ve uygulanacak hukuk kurallarına göre çözeceklerini bildirmektedirler.

11 *Compania de Aguas del Aconquija S.A. ve Vivendi Universal vs Arjantin Cumhuriyeti Kararı*, ICSID Case No: ARB/97/3, Annulment Decision [3 July 2002] para 62 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C159/DC552_En.pdf> Erişim Tarihi: 12 Aralık 2018. Kararın öne çıkan kısımları için bkz. R. Doak Bishop, James Crawford and W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes* (Kluwer Law International 2005) 1549 – 1560.

12 Konvansiyonun 37. maddesinin ikinci fıkrasında, taraflarca seçilme halinde bile, hakem sayısının tek bir sayı olması gerektiği belirtilmektedir.

İdari Kurul Başkanı tarafından atanacaktır. Yalnız, Başkan tarafından bu şekilde atanacak hakemin uyuşmazlığa taraf devlet vatandaşı olmaması gerekir. Keza, bu şekilde atanacak hakemlerin, uyuşmazlığa taraf yatırımcıyla da aynı devlet vatandaşı olmaması gerekmektedir.

Konvansiyonun 39. maddesine göre, hakem kurulunun çoğunluğu ne uyuşmazlığa taraf devlet vatandaşı ne de uyuşmazlığa taraf yatırımcıyla aynı devlet vatandaşı olmalıdır. Fakat, şayet hakem kurulundaki her bir hakemi taraflar ortak olarak seçmişlerse, bu sınırlama uygulanmaz. Aynı şekilde, tek hakemli tahkimlerde de taraflar bu tek hakemi ortak bir kararla seçmişlerse, yine bahsedilen sınırlama uygulama alanı bulmaz.

Konvansiyonun 40. maddesine göre, taraflar, seçtikleri hakemleri hakem listesinden seçmek zorunda değildir. Buna göre, hakem listesi dışındaki hakemleri de seçebilirler. Taraflarca her ne kadar, hakem listesinde olmayan kişilerden hakem seçilebilirse de bu hakemlerin, Konvansiyonun 14. maddesindeki şartları taşıması gerekmektedir. Böylece, bu kişilerin yüksek ahlaki değerlere sahip olması, hukuk, finans, ticaret veya endüstri alanlarında yetkinliğe sahip olması gerekir. Ayrıca, bu kişilerin bağımsız karar verebilecek seviyede bir güvenilirliğe de sahip olması gerekir. Fakat, yukarıda bahsedilen ve hakemlerin kısmen veya tamamen Başkan tarafından seçildiği hallerde, Başkanın seçtiği hakemlerin hakem listesindeki hakemlerden olması gerekmektedir.

Tahkim Kuralları ise Konvansiyondaki düzenlemelere ilave olarak birtakım düzenlemeler getirmiştir. Tahkim Kurallarının 1. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, üç tane hakemin seçildiği hallerde, hakemlerden herhangi birinin uyuşmazlığa taraf devlet vatandaşı olmaması gerekir. Aynı şekilde, hakemlerden herhangi birinin uyuşmazlığa taraf yatırımcı ile de aynı devlet vatandaşlığına sahip olmaması gerekmektedir. Fakat, karşı tarafın buna dair rızası varsa, bu sınırlama geçerli olmayacaktır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında da daha önce aynı uyuşmazlığın çözümünde hakem veya uzlaştırmacı olarak yer alan bir kişinin hakem olarak seçilemeyeceğini öngörmektedir.

Tahkim Kurallarının 5. maddesine göre, atanan hakemlere bildirimin Genel Sekreterlik tarafından yapılacağı belirtilmektedir. Bu bildirimi alan hakemlerin on beş gün içerisinde atanmayı kabul etmemesi halinde, Genel Sekreterlik taraflara ve gerektiği hallerde Başkana durumu derhal bildirir. Bunun üzerine, yeni hakem atanması yukarıda belirtilen kurallar çerçevesinde tekrar yapılacaktır.

Tahkim Kurallarının 52. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, komitenin oluşma ve göreve başlama anı, Genel Sekreterlik tarafından taraflara yapılan ve tüm komite üyelerinin atanmayı kabul ettiğine dair bildirim yazısıyla başlar. Ayrıca,

en geç ilk toplantıda, tüm üye hakemler Kuralların 6. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen beyannameyi[13] imzalamış olmalıdırlar. Aynı maddeye göre, ilk toplantının sonuna kadar bu beyannameyi imzalamamış hakemin istifa etmiş varsayılacağı belirtilmektedir.

Hakemlerin değiştirilmesi veya hakem kurulundan çıkarılması Konvansiyonun 56 – 58. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tahkim Kuralları da ilgili konuyu 7 – 12. maddeler arasında düzenlemiştir. Tahkim Kurallarının yedinci maddesine göre, her taraf kendi seçtiği hakemi değiştirebilir. Aynı şekilde, ortak bir karar varsa, taraflar herhangi bir hakemi değiştirebilirler. Bu değişiklik durumları da yukarıda bahsedilen yönteme tabidir.

Hakem kurulunun usulüne uygun şekilde oluşmadığının iptal sebebi olarak ileri sürebilmesi için, ilgili tarafın daha önce de bu yönde itirazda bulunması gerekmektedir. Buna göre, taraf, hakem kurulunun usulüne uygun oluşmadığını derhal ileri sürmelidir. Bu husus Tahkim Kurallarının 9. maddesinde belirtilmiştir. Tahkim Kurallarının 27. maddesinde, tarafın bu itirazı bu süre içerisinde yapmaması halinde, itiraz hakkından feragat etmiş sayılacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, süresi içerisinde hakem kurulunun oluşumuna itiraz etmeyen kişinin, bu sebeple iptal talebinde bulunması halinde, iptal talebi reddedilecektir. Fakat, tarafın, ilgili aykırılığı sonradan öğrendiği durumlarda, bu aykırılığa derhal itiraz etmemiş olsa bile, aykırılığı bir iptal sebebi olarak ileri sürebileceği ve fakat gecikmenin nedenini de belirtmek zorunda olacağı kabul edilmektedir[14].

Sonuç olarak, hakem kurulunun Konvansiyonun ve Kuralların bağlayıcı hükümleri[15] çerçevesinde taraflarca serbestçe tayin edilebileceği söylenebilecektir. Fakat, taraflarca herhangi bir yöntem seçilmemişse veya hakem sayısı üzerinde bir anlaşmaya varılmamışsa, Konvansiyonun ve Kuralların tamamlayıcı hükümleri devreye girecektir. İşte, ilgili taraf bu kurallara aykırı olarak oluşan hakem kuruluna süresi içerisinde itiraz etmiş olmasına rağmen, şayet tarafın itirazı reddedilmiş ve bir nihai karar verilmişse, taraf, iptal yoluna gidebilecektir.

B. Hakem Kurulunun Yetkilerini Açık Bir Şekilde Aşması

Hakem kurulunun yetkisini aşması için öncelikle yetkisinin sınırlarının nasıl çizileceğini tespit etmek gerekir. Konvansiyonun 41. maddesinde hakem kurulunun bir konuda yetkili olup olmadığına kendisinin karar vereceği belirtilmiştir. Maddenin devamında ise, uyuşmazlığın ICSID tahkim merkezinin yetkisinin dışında olması ve uyuşmazlığın hakem kurulunun yetkisi dışında olması yetkisizliğe örnek iki hal

13 Bkz. dipnot 10.

14 Schreuer and Others (n 4) 937, para 129; Torun (n 3) 99; Koluman (n 4) 54.

15 Hakem sayısının tek sayı olması bağlayıcı bir hüküm olarak kabul edilebilir.

olarak belirtilmiştir. Aynı düzenlemeye göre, taraflarca bu yönde bir itiraz bulunması halinde, hakem kurulu bunu bir ön sorun olarak çözebileceği gibi, bu konudaki kararını davanın esasına dair kararla birlikte de açıklayabilecektir.

ICSID tahkim merkezinin yetkisi temel olarak Konvansiyonun 25. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, her şeyden önce uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanmış olması gerekir. Yatırım kavramı Konvansiyonda açıkça belirlenmemiştir[16]. Fedax kararı[17] sonrası Salini kararı bu konuda bazen dikkate alınsa da *"yatırım"* kavramı peşinen ve ortak bir ifadeyle tanımlanamamaktadır[18]. Giray, yatırım kavramının başlıca unsurları olarak şu hususları sıralamıştır: "... *yatırımın belli bir süreye yayılmış olması, düzenli kar elde etmesi veya bir getirisinin olması, risk ihtiva etmesi ve de ev sahibi devletin gelişimine katkı sağlaması*"[19]. Phoenix kararında ise kurul, Salini kararında sayılanlara ilave olarak, iki şartın daha gerekli olduğuna hükmetmiştir: Yatırımın iyi niyetle yapılması ile yatırımın ev sahibi devletin hukuka uygunluğu[20]. Yatırıma örnek olarak şirket hisseleri, yerel hukuka göre kurulmuş şirketler, inşaat sözleşmeleri, bir otelin restorasyonu ve gelişimi için harcanılan para gösterilebilir[21]. Keza, belirtmek gerekir ki, hakem kurulu yetkili olup olmadığına bizzat kendisi karar vereceği için, taraflar arasındaki anlaşmada bir faaliyetin yatırım olarak geçmesi peşinen bir yatırımın olduğu anlamını taşımayacak ve hakem kurulunu bağlamayacaktır[22].

16 Bunun sebebinin yatırım türlerini kısıtlamamak olduğu ve bu yüzden bu konuda bir değerlendirme yapılırken daha esnek ve pragmatik bir bakış açısının benimsenmesi gerektiği ve yatırım kavramının sınırlayıcı bir çerçeveye alınmaması gerektiği yönünde bkz. Cansu İste, *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları* (On İki Levha 2013) 12.

17 İlgili kararda da yatırım için dört şart öngörülmüştür: Belli bir süre için devam etme, asgari bir istikrarla kar veya getiri sağlama, risk yüklenme ve ev sahibi ülkenin gelişimine önemli katkı sağlama. Bkz. *Fedax NV vs Venezuela Cumhuriyeti Kararı,* ICSID Case No: ARB/96/3, Decision of the Tribınal on Objection to Jurisdiction [11 July 1997] para 47 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf> Erişim Tarihi: 10 Temmuz 2019.

18 *Salini Costruttori S.P.A. And Italstrade S.P.A. vs Fas Krallığı Kararı*, ICSID Case No: ARB/00/4, Decision on Jurisdiction [23 July 2001] para 52 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf> Erişim Tarihi: 10 Temmuz 2019. Bu karara göre, yatırım kavramı için aşağıdaki şartların kümülatif olarak bulunması gerekmektedir: Yabancı uyruklu bir kişi tarafından ciddi derecede yapılan katkının varlığı; ekonomik katkının belli bir süre devam etmesi; yabancı uyruklu kişinin risk üstlenmesi; ekonomik faaliyetin bir para veya parasal katılım şeklinde olması. Salini kriterlerinin benimsendiği bir diğer karar için bkz. *Casinos Austria International GMBH ve Casinos Austria Aktiengesellschaft vs Arjantin Cumhuriyeti Kararı*, ICSID Case No: ARB/14/32, Decision on Jurisdiction [29 June 2018] para 191 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4025/DS11651_En.pdf> Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2019.

19 Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013) 4.

20 *Phoenix Action Ltd vs Çek Cumhuriyeti Kararı,* ICSID Case No: ARB/06/5, Award [15 April 2009] paras 101 – 106 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C74/DC1033_En.pdf> Erişim Tarihi: 01 Temmuz 2019.

21 Yusuf Çalışkan, 'Dispute Settlement in International Investment Law' in Yusuf Aksar (ed), *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism* (Martinus Nijhoff 2011) 137 – 138.

22 Çalışkan (n 21) 138. Fakat yine de hakem kurulunun üye devletler arasındaki ikili anlaşmalarda tanımlanan *"yatırım"* kavramını göz ardı edebilmesi için güçlü gerekçelere sahip olması gerekmektedir. Buna göre, ikili anlaşmalardaki *"yatırım"* tanımı da hakem kurulu tarafından dikkate alınacak ve fakat çok geniş olduğunda bu tanım Salini kriterleri ile daraltılabilecektir. Yine de Salini kriterini de bağlayıcı olarak görmemek gerekmektedir. Kurul ilgili kararda ikili anlaşmadaki *"yatırım"* tanımını esas almasına rağmen, Salini kriterlerinin de zaten gerçekleşmiş olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Georg Gavrilovic ve Gavrilovic D.O.O. vs Hırvatistan Cumhuriyeti Kararı,* ICSID Case No: ARB/12/39, Award [26 July 2018] paras 192 – 194 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3985/DS11355_En.pdf> Erişim Tarihi: 6 Temmuz 2019.

ICSID tahkim merkezinin yetkili olabilmesi için ikinci olarak, uyuşmazlık tarafı devlet ile yatırımcının ICSID tahkimine başvurma yönündeki rızalarını yazılı olarak merkeze sunmuş olmaları gerekir. Dolayısıyla, bir devletin ICSID'e taraf olması, peşinen tüm uyuşmazlıklar için ICSID tahkimine rıza gösterdiği anlamına gelmez[23]. Burada, yazılı rızanın farklı şekillerde olabileceği dikkate alınmalıdır. Buna göre, sadece yatırımcı ile üye devlet arasındaki sözleşmede bulunan tahkim kayıtları değil; üye devletin kendi iç hukukunda belli bir uyuşmazlık konusuyla ilgili yatırım tahkimine rıza verdiğine dair yasal düzenlemeler de geçerli bir rıza olarak kabul edilmektedir[24]. Aynı şekilde, uyuşmazlık tarafı devlet ile yatırımcının vatandaşı olduğu devlet arasında yapılmış bir milletlerarası anlaşma ile de rıza verilmiş olabilir[25]. Fakat bu tür düzenlemelerde verilen rızanın geçerli sayılabilmesi için açık, kesin ve üye devleti bağlayıcı bir dilde olması gerekir[26].

Üçüncü olarak, taraflardan biri Konvansiyona üye bir devlet olmalı ve diğer taraf ise başka bir üye devletin vatandaşı olmalıdır. Konvansiyonun 25. maddesinde, bir gerçek kişinin çifte vatandaşlığa sahip olması ve vatandaşı olduğu devletlerden – *her iki devletin de Konvansiyona üye olması halinde*- birisinde yatırım yapması halinde, merkezin yetkili olmadığı belirtilmektedir. Buna rağmen, gerçek kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda, bu devletlerden bir tanesinin Konvansiyona üye olması, kişiye ICSID tahkimine başvurma imkânı verebilecektir[27]. Gerçek kişilerin vatandaşlığı tayin edilirken, tarafların başvurularının kaydedildiği tarih veya tarafların ICSID tahkimine başvurmaya rıza gösterdikleri tarih dikkate alınır. Ayrıca bir gerçek kişinin bir devletin vatandaşı olup olmadığı yönündeki iddialar, bizzat ilgili kişinin vatandaşı olduğunu iddia ettiği devletin hukukuna göre tespit edilecektir[28]. Böylece bu iddialara uygulanacak hukuk, Konvansiyonun 42. maddesindeki esasa uygulanacak hukuktan farklı olabilecektir[29]. Konvansiyonun 25. maddesinde, yabancı bir kişinin kontrolünde olan tüzel kişilerin, bizzat vatandaşı olduğu üye devlete yatırım yapması halinde, ortaya çıkacak uyuşmazlıkların taraflarca anlaşma

23 Bilgin Tiryakioğlu, 'Settlement of Energy Disputes: Some Procedural Issues' in Ceyda Süral, Ekin Ömeroğlu (eds), *Foreign Investment Law* (Seçkin 2016) 110; Yusuf Çalışkan, 'ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary Will be Used For the Definition of "Investment" and the "Scope of Consent"' in Ceyda Süral, Ekin Ömeroğlu (eds), *Foreign Investment Law* (Seçkin 2016) 96; Salih Tuygun, *ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcrası* (Güncel 2007) 83; Sedat Çal, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009) 63; Çalışkan (n 21) 135; Koluman (n 4) 17; İlyas Gölcüklü, 'ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar' (2018) 38 Public and Private International Law Bulletin 291.

24 Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003) 149; İnci Ataman – Figanmeşe, 'Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of "Arbitration Without Privity"' (2011) Annales de la Faculte de Droit dIstanbul 190; Tiryakioğlu (n 23) 110; Çal (n 23) 63 – 64; Çalışkan (n 21) 135 – 136; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 809; Çalışkan (n 23) 97.

25 Ataman – Figanmeşe (n 24) 193; Çal (n 23) 63; Çalışkan (n 21) 136; Çelikel and Erdem (n 24) 809; Koluman (n 4) 17; Tiryakioğlu (n 23) 110; Çalışkan (n 23) 97; Tiryakioğlu (n 24) 150.

26 Ataman – Figanmeşe (n 24) 192.

27 *Mr. Saba Fakes vs Türkiye Cumhuriyeti*, ICSID Case No: ARB/07/20, Award [14 July 2010] paras 56 - 62 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf> Erişim Tarihi: 10 Haziran 2019.

28 Giray (n 19) 17; Çal (n 23) 48; Çalışkan (n 21) 132; Çalışkan (n 23) 93; Gölcüklü (n 23) 304.

29 Giray (n 19) 19.

yoluyla ICSID tahkiminin yetkisine dahil edilebileceği belirtilmektedir. Taraflar bu halde, yatırımın yapıldığı üye devlet vatandaşı olan tüzel kişiyi yabancı bir kişi olarak kararlaştırmaktadır. Tüzel kişilerin vatandaşlığı, tarafların ICSID tahkimine başvurmaya rıza gösterdikleri tarihe göre tespit edilir. Tüzel kişilerin vatandaşlığı ise kuruluş yerlerine göre tespit edilecektir[30].

Konvansiyonun 25. maddesine göre son olarak, ICSID tahkim merkezinin yetkili olabilmesi için uyuşmazlık bir hukuki uyuşmazlık niteliği taşımalıdır. Hukuki uyuşmazlık kavramından üye devlet ve yatırımcı arasındaki anlaşmalardan doğan uyuşmazlıklar ile iki devlet arasındaki anlaşmalardan doğan uyuşmazlıklar ifade edilmektedir[31]. Buna göre, anlaşma ile yatırımcıya verilen veya yaratılan bir hakkın ihlal edildiğine dair iddialar da hukuki uyuşmazlık kavramının kapsamına girmektedir[32]. Böylece, üye devletin ilgili makamının yatırımcıya sağkadığı yatırım izinlerinin yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar da bu kavramın kapsamına girmektedir[33]. Hukuki uyuşmazlıkların sadece bir hak veya yükümlülüğün ihlali halinde söz konusu olabileceği ve sadece menfaat çatışması halinde söz konusu olmayacağı belirtilmektedir[34]. Keza, ilgili uyuşmazlığın, yatırım anlaşması ile doğrudan bir bağlantı içerisinde olması gerektiği ifade edilmektedir[35]. Bu anlamda *"doğrudanlık",* uyuşmazlığın, yatırım anlaşmasıyla makul ölçüde yakın bir bağlantı içerisinde olduğu anlamına gelmektedir[36]. Fakat, doğrudanlık ilkesinin, yatırımın bir doğrudan yatırım olması anlamına gelmediğine dikkat edilmelidir[37].

Konvansiyonun 42. maddesinde, hakem kurulunun uyuşmazlığın çözümünde taraflarca seçilen hukuk kurallarını dikkate alacağı belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen kurallardan esasa dair hukuk kuralları anlaşılmalıdır. Zira, tahkim usulüne dair kurallardan, Konvansiyonun 44. maddesinde bahsedilmiştir. Buna göre, 42. maddede taraflarca seçilen kurallar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak kuralları ifade etmektedir. İşte taraflarca esasa hangi kuralların uygulanacağı belirtilmişse, hakem kurulu bu kuralları uygulayacaktır[38]. Taraflarca bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, milletlerarası hukuk kurallarını ve de uyuşmazlığa taraf devletin – *Konvansiyonun 42. maddesinin 1. fıkrasında da açıkça belirtildiği üzere bu*

30 Giray (n 19) 25; Çalışkan (n 21) 133 – 134; Çalışkan (n 23) 94.

31 İste (n 16) 14.

32 İste (n 16) 14.

33 İste (n 16) 14.

34 Çalışkan (n 21) 136 – 137; Çalışkan (n 23) 101.

35 Çalışkan (n 21) 137; Çalışkan (n 23) 102. Benzer şekilde uyuşmazlığın yatırım ile doğrudan bir bağlantı içerisinde bulunması gerektiğine dair bkz. Koluman (n 4) 18; Gölcüklü (n 23) 306.

36 Çalışkan (n 21) 137; Çalışkan (n 23) 102. Buradaki bağlantının uygun illiyet bağıyla tespit edilebileceği yönünde bkz. Gölcüklü (n 23) 306.

37 Çalışkan (n 21) 137; Çalışkan (n 23) 102.

38 Dolaylı kamulaştırma halinde taraflarca uygulanacak hukuk olarak üye devletin hukuk kurallarının seçilmesi halinde dahi, devletin hukuk kurallarının değil; milletlerarası hukuka göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha 2015) 172, dipnot 579.

devletin kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere- kurallarını uygulayacaktır. Belirtilmelidir ki, milletlerarası hukuk kuralları ile yatırım yapılan devletin hukuk kuralları çatışırsa ve bu durum yatırımcı aleyhine bir durum ortaya çıkarmakta ise, milletlerarası hukuk kuralları[39] uygulanacaktır[40]. Keza, milletlerarası hukuk kuralları, yatırımın yapıldığı üye devlet hukukunun bir tamamlayıcısı niteliğinde değildir[41]. Dolayısıyla, somut olayın şartları gerektiği takdirde bu kurallar tek başına da uygulanabilecektir[42]. Fakat, hakem kurulunun milletlerarası hukuk kurallarına başvurması gerektiği peşinen söylenemeyecektir[43]. Dolayısıyla da uyuşmazlık çözülürken milletlerarası hukuk kurallarına başvurulmaması, peşin bir iptal sebebi teşkil etmeyecektir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, taraflarca kararlaştırılması halinde, hakem kurulu, uyuşmazlığın çözümünde hakkaniyet ve nesafet kurallarını da esasa uygulanan kurallara ilave olarak dikkate alabilecektir. İşte, esasa uygulanacak hukuk kurallarını uygulamama bir iptal sebebi olarak kabul edilmektedir[44]. *Klockner v Republic of Cameroon*[45] kararında da bu husus kabul edilmiştir.

Konvansiyonun 47. maddesine göre, hakem kurulu, tarafların karşılıklı haklarını korumak amacıyla ve şartlar gerektiriyorsa, geçici önlemler alabilecektir. Fakat, taraflar, hakem kurulunun bu yöndeki yetkisini anlaşma yoluyla ortadan kaldırabilir.

"Yetkilerini açık bir şekilde aşma" ifadesindeki *"açık"* kelimesinin de açıklanması gerekmektedir. Gerçekten de, ilgili ifadede geçen "*açık"* kavramı çok da açık değildir. Bu konuda, esasa uygulanacak hukukun yanlış tespit edilmesi bir iptal sebebi olarak kabul edilmektedir[46]. Aynı kararlar çerçevesinde, hukukun doğru tespit edilmesine rağmen yanlış yorumlanmasının ise peşinen bir yetki aşımı hali olarak kabul edilmeyeceği belirtilmektedir[47]. Benzer şekilde esasa uygulanacak hukukun

39 Bu kuralların Birleşmiş Milletler Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde yer alan kurumlar vasıtasıyla tespit edileceği belirtilmektedir. Buna göre, iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, milletlerarası ticarete ait ticari örf, adet ve teamüller ve medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensiplerinin bu kurallar kapsamında olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 718.

40 Torun (n 3) 112; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 39) 718; Koluman (n 4) 63; Çalışkan (n 21) 140 – 141; Tiryakioğlu (n 24) 152.

41 Emmanuel Gaillard, 'The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration' (2004) IAI Series on International Arbitration 234 – 235.

42 Gaillard (n 41) 234 – 235. Ayrıca belirtmek gerekir ki, esasa uygulanacak hukuk peşinen tüm uyuşmazlığa uygulanacak tek bir hukuk olarak görülmemelidir. Buna göre, esasa uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın her bir noktası için gerektiğinde ayrı ayrı tespit edilmelidir. Böylece, uyuşmazlığın farklı noktalarında farklı hukuklar uygulanabilecektir. Bkz. *Georg Gavrilovic ve Gavrilovic D.O.O. vs Hırvatistan Cumhuriyeti Kararı* (n 22) paras 436 – 437.

43 Gaillard (n 41) 241.

44 Schreuer and Others (n 4) 959, para 210; Torun (n 3) 113; Gabriel Bottini, 'Present and Future of ICSID Annulment: The Path to an Appellate Body ?' (2016) 31 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 721; Dolzer and Schreuer (n 2) 305.

45 *Klöckner vs Kamerun Cumhuriyeti Kararı*, ICSID Case No: ARB/81/2, Decision on Annulment [3 May 1985] para 59 < http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C127/DC665_En_old.pdf> Erişim Tarihi: 26 Haziran 2019.

46 Okan Beygo, 'The Annulment Procedure Under The ICSID Convention' (1990) 10 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 7. Benzer şekilde bu halin bir iptal sebebi olarak kabul edilebileceğine dair bkz. Torun (n 3) 105; Dolzer and Schreuer (n 2) 305; Marboe (n 2) 202; Koluman (n 4) 63.

47 Beygo (n 46) 7.

doğru tespit edilmesine rağmen yanlış uygulanmasının bile bir iptal sebebi teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir[48]. Hatta, bu hukukun açıkça hatalı uygulanmasının bile bir iptal sebebi teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir[49]. Buna göre, açık yetki aşımı ancak yanlış hukukun esasa uygulanması veya doğru hukukun hiç uygulanmaması halinde söz konusu olur. *"Açık"* kavramının, yetki aşımının detay incelemeye gerek olmaksızın ve kolaylıkla tespit edilebilmesini, ilk bakışta anlaşılma halini ifade ettiği belirtilmektedir[50]. Bu kriter *Patrick Mitchell vs Kongo Cumhuriyeti*[51] ve de *Wena Hotels Limited vs Mısır Arap Cumhuriyeti*[52] kararlarında da kabul edilmiştir[53]. Açık yetki aşımı hali, hakem kurulunun taraflarca talep edilmeyen bir konuda karar vermesinde de söz konusu olmaktadır[54]. Tarafların faiz talep etmemiş olmalarına rağmen hakem kurulunun faize karar vermesi, tarafların sadece zararların tazminini istemesine rağmen hakem kurulunun sözleşmenin feshine karar vermesi, talep edilen tarihten farklı bir tarihte başlayacak şekilde faize hükmedilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir[55]. Buna karşılık, hakem kurulunun taaflarca yetkilendirilmemiş olmasına rağmen, ihtiyati tedbirleri *"tavsiye"* niteliğinde değil de *"emir (order)"* şeklinde vermesi komite tarafından bir yetki aşımı olarak kabul edilmemiştir[56]. Keza, komiteye göre, hakem kurulu, taraflarca bir yetkilendirme olmasa bile, taraflardan birine hitaben yargılama giderlerini depo etme yönünde bir ihtiyati tedbir kararı verse bile bu açık bir yetki aşımı olarak kabul edilemez[57]. Aynı kararda komite, yargılama giderlerinin depo edilmemesi halinde hakem kurulunun yargılamaya devam etme kararı alabileceğini, bunun yetki aşımı olarak nitelendirilemeyeceğini; buna karşılık hakem kurulunun aynı uyuşmazlığı giderlerin depo edilmemesi sebebiyle esastan reddedemeyeceğini, zira bunun kesin hüküm teşkil edebileceğini ve tarafı giderleri ödese dahi bir daha aynı uyuşmazlığı bir başka hakem kurulunun önüne getirme fırsatından yoksun bırakabileceğini ve bu yüzden de bunun açık bir yetki aşımı

48 Koluman (n 4) 63; Dolzer and Schreuer (n 2) 305; Schreuer and Others (n 4) 959, para 210.

49 Bottini (n 44) 722. Bottini, bu halde, esasa uygulanacak hukuk kurallarının doğru seçildiği ve fakat tümüyle yanlış uygulandığı hallerde, aslında hukuk kurallarının doğru seçilmesinin hiçbir öneminin olmadığını ve hukuk kurallarını yanlış seçmeden bir farkının olmadığını belirtmektedir. Bkz. Bottini (n 44) 722.

50 Schreuer and Others (n 4) 938, para 135; Koluman (n 4) 55. Krş. Bottini (n 44) 721. Yazar, yatırım uyuşmazlıklarının kompleks yapısı dikkate alındığında çoğu yetki aşımının ve bir kısım yetki aşımının da detay bir araştırmayı gerektireceğini; detay bir araştırma yapılmadığı takdirde *"açık"* kelimesinin arkasına sığınarak iptal prosedürüne tabi olmaktan kaçınılabileceğini belirtmektedir.

51 *Patrick Mitchell vs Kongo Cumhuriyeti Kararı,* ICSID Case No: ARB/99/7, Decision on Annulment [1 November 2006] para 20 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf> Erişim Tarihi: 5 June 2019.

52 *Wena Hotels Limited vs Mısır Arap Cumhuriyeti Kararı*, ICSID Case No: ARB/98/4, Decision on Annulment [5 February 2002] para 25 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf> Erişim Tarihi: 10 June 2019. Kararın öne çıkan kısımlarının yorumu için bkz. Bishop, Crawford and Reisman (n 11) 1544 - 1549.

53 Aynı kriter yakın tarihli bir iptal kararında da kabul edilmiştir. Bkz. *CEAC Holdings Limited vs Karadağ Kararı,* ICSID Case No: ARB/14/8, Decision on Annulment [1 May 2018] para 87 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3424/DS11105_En.pdf> Erişim Tarihi: 20 June 2019.

54 Koluman (n 4) 58.

55 Koluman (n 4) 59.

56 *RSM Production Corporation vs Saint Lucia Kararı,* ICSID Case No: ARB/12/10, Decision on Annulment [29 April 2019] para 176 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2141/DS12232_En.pdf> Erişim Tarihi: 12 July 2019.

57 *RSM Production Corporation vs Saint Lucia* (n 56) para 179.

teşkil edeceğini ifade etmiştir[58]. Buna ilave olarak, komite, *Soufraki vs Birleşik Arap Emirlikleri*[59] kararında, ayrıca yetki aşımının ciddi olması gerektiğini belirtmiştir. Bu kararda, yetki aşımının hem metinden kolayca anlaşılabilme hem de ayrıca ciddi olması gerektiği belirtilmiştir[60]. Açık yetki aşımı ile ciddi yetki aşımı kavramlarının birbirinden farklı olduğuna değinmek gerekir. Gerçekten de yukarıda da bahsedildiği üzere, açık yetki aşımı, yetki aşımının ayrıntılı bir inceleme yapılmaksızın ilk bakışta anlaşılabilmeyi ifade ederken; ciddi yetki aşımı, yetki aşımının ne kadar ağır ve fazla olduğunu veyahut ihlal edilen temel kuralın ne kadar önemli olduğunu ifade etmektedir[61].

Hakem kurulunun yetkili olmasına rağmen, uyuşmazlığı kısmen veya tamamen görmekten kaçınması halinin de bir yetki aşımı olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[62]. Buna göre, taraflardan birinin talebi olmasına rağmen, hakem kurulunun olumlu veya olumsuz hiçbir karar vermemesi halinde de bir açık yetki aşımı söz konusu olabilmektedir[63]. Fakat, bu halde, ayrıca ilgili kaçınma halinin iptal sebebi olarak kabul edilebilmesi için, açıkça sonuca etki edebilecek nitelikte olması da aranmaktadır[64]. Bu halde hakemin karara bağlamadığı konu hakkında yetkisizlik kararı vermesi halinde, bu yetkisizlik kararına karşı iptale başvurulabileceği belirtilmektedir[65].

Kuralların 41. maddesi uyarınca, uyuşmazlığın veya yan taleplerin ICSID tahkim merkezinin veya hakem kurulunun yetkisi dışında kaldığına yönelik itirazlar, taraflarca olabilecek en erken tarihte yapılmalıdır. Buna göre, itiraz eden taraf, en geç cevap süresi içerisinde veya itiraz bir yan talebe dair ise en geç replik dilekçesinde bu itirazını Genel Sekreterliğe bildirmelidir. Fakat, itiraza dayanak olgular, bu sürelerde öğrenilebilecek nitelikte değilse, bu itiraz süreleri uygulanmaz[66]. Bu durumda, öğrendiği anda taraf bu itirazını derhal bildirmelidir[67]. Şayet, taraf, yetkisizliğe dair itirazını belirtilen bu sürelerde ileri sürmezse ve sonrasında buna dayanarak iptal talebinde bulunursa iptal talebi reddedilecektir[68]. Gerçekten de aksi durumun

58 *RSM Production Corporation vs Saint Lucia* (n 56) paras 193 – 201.

59 *Hussein Nuaman Soufraki vs Birleşik Arap Emirlikleri Kararı*, ICSID Case No: ARB/02/7, Decision on the Application for Annulment of Mr. Soufraki [5 July 2007] para 40 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0800.pdf> Erişim Tarihi: 13 Haziran 2019.

60 *Soufraki vs Birleşik Arap Emirlikleri* (n 59) para 40.

61 Schreuer and Others (n 4) 938, para 135.

62 Schreuer and Others (n 4) 947, para 167; Torun (n 3) 108; Koluman (n 4) 59; Wang Guiguo, 'The ICSID Annulment Mechanism: Practice, Problems and Alternatives' (2014) 2 China Legal Science 40; Dolzer and Schreuer (n 2) 304; Marboe (n 2) 202.

63 Koluman (n 4) 59.

64 *Compania de Aguas del Aconquija S.A. ve Vivendi Universal vs Arjantin Cumhuriyeti* (n 11) para 86.

65 Schreuer and Others (n 4) 948, para 171; Torun (n 3) 108.

66 Koluman (n 4) 61

67 Torun (n 3) 109.

68 Schreuer and Others (n 4) 949, para 174. Aynı yönde bkz. Torun (n 3) 109; Koluman (n 4) 53

kabulü, iptal kurumunun suiistimaline sebebiyet verebilecektir[69]. Zira, böyle bir kabul halinde, taraf, yetkisizliği bilmesine rağmen bekleyip karar aleyhine çıktığında yetkisizlik halini iptal sebebi olarak ileri sürebilecektir[70].

Sonuçta da hakem kurulu, bir uyuşmazlığın ICSID tahkim merkezinin yetki alanına girip girmediğini veyahut kendi yetki alanına girip girmediğini bizzat inceler. Bu konudaki kararı da kurul verir. Yetkisizlik halleri, taraflarca seçilen esasa dair hukuk kurallarının uygulanmaması, tahkim merkezinin uyuşmazlığı görme yetkisinin olmaması, kurulun kendisinden talep edilmeyen bir konuda karar vermesi[71] gibi hallerde söz konusu olabilir. Fakat, yetkisizlik durumunun dikkate alınması için ilgili tarafın süresi içerisinde itiraz etmesi gerekmektedir. Belirtilen süreler içerisinde itiraz edilmediği takdirde, hakem kurulu ilgili konularda yetkili hale gelecektir.

C. Hakemlerden Birinin Rüşvet Alması

Rüşvet halinde artık ilgili üyenin bağımsız ve tarafsız bir karar verebilmesi pek mümkün görünmemektedir. Dahası, rüşvet alan taraf, Konvansiyonun 14. maddesinde belirtilen niteliklere ve de Kuralların 6. maddesinde belirtilen beyannameye de aykırı davranmış olacaktır.

Rüşvet[72], hakeme sağlanan her türlü menfaat olarak kabul edilmelidir. Buna göre, bu menfaatin mutlaka para veya iktisadi değer taşıyan bir menfaat olması gerekmez. Bunun sonucunda da uyuşmazlık usulüne uygun şekilde çözümlenememektedir[73]. Buna göre, hakeme menfaat veya menfaat vaadi verilmemişse ve buna rağmen hakem taraflı davranıyorsa rüşvet söz konusu olmayacaktır[74]. Rüşvet halinde, haklı olarak, hakemin güvenilirliği ortadan kalkacağı için, bu durumda, ilgili kurulun verdiği kararın iptal edilmesi makul bulunmalıdır. Fakat, rüşvet iddialarının iptal sebebi teşkil edebilmesi için soyut bir iddiadan öteye geçmesi gerekmektedir[75]. Buna göre, hakemlere birtakım usulsüz ödemeler yapıldığı ortaya konursa bu durumda bir iptal sebebi gündeme gelebilecektir[76]. Fakat, tek başına hakemin usul kurallarına aykırı olarak taraflardan biriyle görüşmesi başlı başına bir rüşvet hali olarak kabul edilmeyecektir[77]. Ayrıca, iptal sebepleri sınırlı sayıda öngörüldüğü için, hakemler haricinde tahkime katılan başka kişilerin (tanık gibi) rüşvet alması

69 Schreuer and Others (n 4) 949, para 174; Koluman (n 4) 53.

70 Schreuer and Others (n 4) 949, para 174; Koluman (n 4) 54.

71 Torun (n 3) 105; Koluman (n 4) 58; Bottini (n 44) 721.

72 Hakemin bir menfaat karşılığında hukuka aykırı şekilde hareket etmesi diye de tanımlanmaktadır. Bkz. Schreuer and Others (n 4) 978, para 273.

73 Torun (n 3) 124.

74 Schreuer and Others (n 4) 978, para 274; Torun (n 3) 124.

75 Schreuer and Others (n 4) 978, para 273; Koluman (n 4) 66.

76 Schreuer and Others (n 4) 978, para 273; Koluman (n 4) 66.

77 Schreuer and Others (n 4) 978, para 274; Koluman (n 4) 66.

bir iptal sebebi teşkil etmeyecektir[78]. Rüşvet iddiası varsa, Konvansiyonun 57. maddesi uyarınca, tarafın bunu Kuralların 9. ve 27. maddeleri doğrultusunda derhal ileri sürmesi gerekmektedir[79]. Aksi halde, taraf bunu ilerde bir iptal sebebi olarak ileri süremeyecektir. Fakat, taraf, bu hali sonradan öğrenmişse bu durumda bunu iptal sebebi olarak ileri sürebilecektir[80]. İptal haricinde, taraf, Konvansiyonun 56-58 maddeleri uyarınca hakemin değiştirilmesini isteyebilecektir.

D. Temel Usul Kurallarından Ciddi Bir Sapmanın Varlığı

Tahkime dair usul kuralları taraflarca belirlenebilir. Böyle bir belirleme veya anlaşma hali bulunmuyorsa, Konvansiyonun 44. maddesi uyarınca, Konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İlgili düzenlemeye göre, böyle bir halde, Konvansiyonun 41 – 47. maddeleri ile tarafların tahkime rıza gösterdikleri tarihte yürürlükte bulunan Tahkim Kuralları uygulanacaktır. Aynı maddeye göre hem tarafların kararlaştırdığı kurallarda hem de Konvansiyon ve Tahkim Kurallarında uygulanacak bir usul kuralı bulunamazsa, hakem kurulu kendisi sorunu çözer.

Tahkime uygulanacak usul kurallarından ancak temel usul kurallarından ciddi bir sapma hali iptal sebebi olarak kabul edilmiştir. Böylece, hem temel bir usul kuralı bulunmalı[81] hem de bu kuraldan ciddi bir sapmanın söz konusu olması gerekir[82]. Buna göre, basit usule aykırılıklar birer iptal sebebi teşkil etmeyecektir[83]. Misal olarak, Kurallar'dan birine riayet edilmemesi başlı başına bir iptal sebebi teşkil etmez[84]. Ciddi bir sapma, usule aykırılığın esasa etki ettiği hallerde söz konusu olmaktadır[85]. Komiteye göre, şayet ilgili usul kuralına uyulmuş olsaydı, halihazırdaki sonuçtan önemli ölçüde farklı bir sonuç elde edilecek idi ise, sapma ciddi niteliktedir[86]. Bir başka kararında komite, temel kurala riayet edilmemesinin sonuca etkidiğinin tarafça somut olarak ortaya konmasının gerekmediğini ve fakat sonucun değişme ihtimalinin

78 Komite, bu tür bir iddiayı incelemenin yetkisi dışında kalacağına karar vermiştir. Ayrıca, komite, sonradan öğrenilen böyle bir durumun sonuca etkili olabileceği hallerde, başvurucunun, Konvansiyon'un 51. maddesinde düzenlenen revizyon kurallarına göre, bunu kararı veren hakem kurulundan isteyebileceğini belirtmiştir. Fakat, komite, somut olayda, tanığın beyanının zaten karara esas alınmadığını ifade etmiştir. Aynı şekilde, komite, bu durumun zaten karardan önce de başvurucu tarafından bilinmekte olduğunu ifade etmiştir. Bundan dolayı da başvurucunun karar öncesi olduğu için, Kuralların 38. maddesi uyarınca hakem kuruluna süreci yeniden açmak için başvurması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. *RSM Production Corporation vs Grenada Kararı*, ICSID Case No: ARB/05/14, Preliminary Ruling [7 December 2009] paras 17, 19, 22, 25, 26, 28, 30 < http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C58/DC1350_En.pdf> Erişim Tarihi: 11 July 2019.

79 Koluman (n 4) 66.

80 Koluman (n 4) 66 - 67.

81 Hemen hemen tüm usul kurallarının temel kural teşkil eden bir kurala bağlanabileceği ve bu sebeple de basit aykırılıkların bir iptale sebebiyet verebileceği ve bunun da kararların bu sebeple iptalini oldukça kolaylaştırma sonucunu doğuracağı belirtilmektedir. Bkz. Guiguo (n 62) 49 – 50.

82 Schreuer and Others (n 4) 980, para 280; Philippe Pinsolle, 'The Annulment of ICSID Arbitral Awards' (2000) 1 The Journal of World Investment 251; Koluman (n 4) 72.

83 Schreuer and Others (n 4) 980, para 282; Dolzer and Schreuer (n 2) 306.

84 Schreuer and Others (n 4) 980, para 282.

85 Dolzer and Schreuer (n 2) 306.

86 *Wena Hotels Limited vs Mısır Arap Cumhuriyeti* (n 52) 944, para 58.

olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir[87]. Temel kurallardan sapmanın karara etki etme potansiyelinin yeterli olduğu da bir diğer kararda belirtilmiştir[88].

Yargılamanın adilliğine etki eden kuralların temel kurallar olarak kabul edileceği belirtilmektedir[89]. Hakemlerden birinin tarafsızlığını zedeleyen hususların bulunması hali, esaslı bir usul ihlali olarak kabul edilebilecektir[90]. Aynı şekilde tarafa savunma hakkının tanınmaması, taraflara eşit ve tarafsız davranılmaması da temel usul kuralının ihlali anlamına gelebilecektir[91].

Temel usul kurallarından ciddi bir sapma halinde, ilgili tarafın Tahkim Kurallarının 27. maddesi uyarınca derhal itirazda bulunması gerektiği belirtilmektedir[92]. Aksi takdirde ilgili taraf, bu durumdan kaynaklanan itiraz hakkından feragat etmiş sayılacak ve bu sebebe dayanarak iptal talebinde bulunamayacaktır[93].

E. Gerekçenin Kararın Dayanaklarını Belirlemede Başarısız Olması

Bu halde gerekçeden ötürü iptal hali gündeme gelmektedir. Gerekçeden ötürü bir kararın iptali çeşitli şekillerde olabilir. Gerekçenin hem hukuki hem de maddi dayanakları içermesi gerekmektedir[94].

Öncelikle, karara dayanak gerekçe hiç olmayabilir[95]. Kanımızca, gerekçe olmasına rağmen, gerekçe ile kararın hiçbir kısmının birbirleriyle bir sebep – sonuç ilişkisi içerisinde olmadığı hallerde de gerekçenin hiç olmadığı kabul edilmelidir[96]. Zira, böyle bir durumda, gerekçe sadece şeklen mevcuttur ve fakat gerçekte hiçbir gerekçe mevcut değildir. Fakat, gerekçenin örtülü de olsa, karardaki terimlerden

87 *Victor Pey Casado and President Allende Foundation vs Şili Cumhuriyeti Kararı*, ICSID Case No: ARB/98/2, Decision on Annulment [18 December 2012] paras 77 – 78 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf> Erişim Tarihi 1 July 2019. Aynı yönde bkz. *TECO Guatemala Holdings LLC vs Guatemala Cumhuriyeti Kararı*, ICSID Case No: ARB/10/23, Decision on Annulment [5 April 2016] paras 84 – 85 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1280/DC7813_En.pdf> Erişim Tarihi: 5 July 2019. Aynı görüşün benimsendiği bir diğer karar için bkz. *CEAC Holdings Limited vs Karadağ* (n 53) paras 92 - 93. *CEAC Holdings Limited vs Karadağ* kararında komite, *Wena Hotels Limited vs Mısır Arap Cumhuriyeti* kararındaki *"temel kurala uyulsaydı verilen karardan önemli derecede farklı bir karar verileceğinin zorunlu olarak ortaya konması"* kriterinin gerekmediğini ifade etmiştir.

88 *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi vs Türkmenistan Kararı*, ICSID Case No: ARB/10/1, Decision on Annulment [14 July 2015] paras 69 – 70 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6274.pdf> Erişim Tarihi 3 July 2019.

89 Dolzer and Schreuer (n 2) 306.

90 Schreuer and Others (n 4) 983, para 293; Torun (n 3) 136 - 138; Pinsolle (n 82) 251; Dolzer and Schreuer (n 2) 306; Marboe (n 2) 202.

91 Schreuer and Others (n 4) 983, para 293; Torun (n 3) 136 - 140; Pinsolle (n 82) 251; Dolzer and Schreuer (n 2) 306; Marboe (n 2) 202.

92 Dolzer and Schreuer (n 2) 306; Koluman (n 4) 74.

93 Dolzer and Schreuer (n 2) 307; Koluman (n 4) 74.

94 Torun (n 3) 125; Pinsolle (n 82) 251.

95 Schreuer and Others (n 4) 998, para 348; Koluman (n 4) 70.

96 Gerekçenin tamamen belirtilmemesinde bir başarısızlık halinin olduğuna dair bkz. Torun (n 3) 126. Krş. *Compania de Aguas del Aconquija S.A. ve Vivendi Universal vs Arjantin Cumhuriyeti* (n 11) para 64. Kararda, gerekçede dayanakların belirtilmesinin yeterli olduğu ve fakat bu dayanakların ikna edici ve doğru olmasının gerekmediği belirtilmiştir.

ve sonuçtan anlaşılabildiği durumlarda, mevcut olduğu kabul edilmektedir[97]. Aynı şekilde, gerekçenin kapsamının minimum standartlarda olması yeterli görülmekte ve bu minimum standartların sağlandığı durumlarda bir iptal sebebinin olmadığı kabul edilmektedir. Minimum standart ise kararı okuyan bir kişinin kararın hukuki ve maddi dayanaklarını takip edebilmesini işaret etmektedir[98]. Dahası, kurulun, taraflarca ileri sürülen tüm argümanlara cevap vermesi de gerekmemektedir[99]. Kurulun gerekçesinde belirtmesi gereken dayanak ve argümanlar, karar için gerekli ve karara etkiyecek olanlarla sınırlıdır[100].

İkinci olarak, karara dayanak gerekçe eksik olabilir[101]. Böyle bir halde, gerekçe ile kararın bir kısmı arasında nedensellik bağı mevcuttur. Başka bir deyişle, kararın sadece bir kısmına dayanak teşkil edecek kadar gerekçe vardır. Kararın geriye kalan kısmı için bir gerekçe mevcut değildir.

Üçüncü olarak, gerekçe kendi içerisinde çelişkili olabilir[102]. Bu halde, gerekçe çelişki içerisinde olduğu için bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır[103]. Bu belirsizlik sebebiyle, hakem kararının gerekçeyle bir nedensellik bağı içerisinde olup olmadığı da tarafça denetlenememektedir[104]. Gerçekten de gerekçe açık olsaydı, taraf gerekçe ile kararın birbiriyle uyumlu olup olmadığını denetleyebilecek ve bir uyumsuzluk olması halinde bunu bir iptal sebebi olarak ileri sürebilecektir. Oysa, gerekçenin çelişkili olması halinde, tarafın böyle bir denetimi yapması söz konusu olamamaktadır. Tarafın olası bir iptal hakkını elinden almamak için bu durumda da tarafa iptale başvuru hakkı tanınmalıdır. Fakat, her çelişkinin değil ancak esaslı bir çelişkinin iptal sebebi olabileceği belirtilmektedir[105].

Dördüncü olarak, gerekçe ile hüküm fıkrası arasında bir çelişki söz konusu olabilecektir. Bu halde de, taraf, hakem kararının iptalini isteyebilecektir.

Sonuçta da gerekçenin yetersiz olması, hiç olmaması, kendi içerisinde veya kararla çelişkili olması halleri gerekçeden ötürü kararın iptaline sebebiyet verebilecektir.

97 Dolzer and Schreuer (n 2) 307.

98 *Patrick Mitchell vs Kongo Cumhuriyeti* (n 51) paragraf 21.

99 *MCI Power Group L.C. ve New Turbine Inc. vs Ekvador Cumhuriyeti Kararı*, ICSID Case No: ARB/03/6, Decision on Annulment [19 October 2009] para 67 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0502.pdf> Erişim Tarihi: 7 July 2019.

100 *MCI Power Group L.C. ve New Turbine Inc. vs Ekvador Cumhuriyeti* (n 99) para 67; *Compania de Aguas del Aconquija S.A. ve Vivendi Universal vs Arjantin Cumhuriyeti* (n 11) para 65.

101 Schreuer and Others (n 4) 1003, para 363; Koluman (n 4) 70.

102 Schreuer and Others (n 4) 1011, para 389; Koluman (n 4) 70.

103 Schreuer and Others (n 4) 1011, para 389; Torun (n 3) 129.

104 Schreuer and Others (n 4) 1011, para 389; Torun (n 3) 129.

105 Koluman (n 4) 70.

III. ICSID Tahkiminde Hakem Kararlarına Karşı İptal Başvurusunun Sonuçları

İptal talebinin haklı olması durumunda, Konvansiyonun 52. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, hakem kararının kısmen veya tamamen iptal edilmesinin gerekip gerekmediği hususunda iptal sebebinin önemine göre komitenin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir[106]. Fakat, bu takdir yetkisi keyfi olmamalıdır. Komite, ilgili sebebin iptale sebebiyet verebilecek derecede önemli olup olmadığına karar verecektir[107]. Bu, genellikle tarafların haklarının önemli ölçüde zedelenmesi halinde söz konusu olmaktadır[108]. Şayet, ileri sürülen iptal sebebi karara esaslı şekilde etkimişse, kararın iptaline karar verilebilecektir. Yoksa komitenin iptal haricinde, kararı değiştirme veya yeni bir karar verme gibi bir yetkisi söz konusu değildir[109]. Bir iptal kararı çıkması halinde, Konvansiyonun aynı hükmü uyarınca, iptal edilen kısım için uyuşmazlık yeni bir hakem kuruluna sevk edilebilir. Bunun için her iki tarafın da talebinin bulunması gerekir. Böyle bir durumda, uyuşmazlık, Konvansiyonun 37 – 40. maddeleri çerçevesinde atanacak yeni hakem kurulunca görülür.

Sonuç

ICSID tahkimi sonucunda verilen nihai karara karşı başvurulacak tüm hukuki yollar Konvansiyonda belirtilen yollarla sınırlıdır. İptal de bu başvuru yollarından birisidir. Konvansiyonda belirtilen başvuru yolları haricinde, devlet mahkemelerinde karara karşı gidilebilecek bir hukuki yol veya kanun yolu bulunmamaktadır.

Nihai karara karşı iptal talebinde bulunmak için çeşitli prosedürler ve süreler öngörülmüştür. İptal sebepleri ise sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Bu sebeplerin haricinde bir sebebin iptal sebebi olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Fakat, iptal sebeplerinden özellikle *"yetkinin açıkça aşılması"* ve *"temel usul kurallarından ciddi derecede sapma"* halleri belirsizlikler içermektedir.

İptal talebinin kabul edilmesi sonucunda kararın kısmen veya tamamen iptal edilip edilmeyeceği hakem kurulunun takdirine bırakılmıştır. Karar kısmen iptal edilmişse, iptal edilen kısım tekrardan yeni bir hakem kuruluna sevk edilebilecektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

106 Schreuer and Others (n 4) 1035, para 466; Barbara Helene Steindl, 'ICSID Annulment vs. Set Aside by the State Courts – Compared to ICSID Ad Hoc Annulment Committees, Is It the State Courts That Are Now More Hesitant to Set Aside Awards ?' (2015) 4 Yearbook on International Arbitration 189; Dolzer and Schreuer (n 2) 303; Rubins and Kinsella (n 3) 362.

107 Dolzer and Schreuer (n 2) 303.

108 Dolzer and Schreuer (n 2) 303.

109 Schreuer and Others (n 4) 1041, para 491; Koluman (n 4) 44; Torun (n 3) 71.

Kaynakça/References

Kitaplar ve Makaleler

Ataman – Figanmeşe İ, ' Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of "Arbitration Without Privity"' (2011) Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul 187.

Beygo O, 'The Annulment Procedure Under The ICSID Convention' (1990) 10 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1.

Bishop RD, Crawford J and Reisman WM, *Foreign Investment Disputes* (Kluwer Law International 2005).

Bottini G, 'Present and Future of ICSID Annulment: The Path to an Appellate Body ?' (2016) 31 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 712.

Çal S, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009).

Çalışkan Y, 'Dispute Settlement in International Investment Law' in Yusuf Aksar (ed), *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism* (Martinus Nijhoff 2011) 123.

Çalışkan Y, 'ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary Will be Used For the Definition of "Investment" and the "Scope of Consent"' in Ceyda Süral, Ekin Ömeroğlu (eds), *Foreign Investment Law* (Seçkin 2016) 91.

Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017).

Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law,* (2nd edn, Oxford 2012).

Gaillard E, 'The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration' (2004) IAI Series on International Arbitration 223.

Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013).

Gölcüklü İ, 'ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar' (2018) 38 Public and Private International Law Bulletin 285.

Guiguo W, 'The ICSID Annulment Mechanism: Practice, Problems and Alternatives' (2014) 2 China Legal Science 29.

İste C, *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları* (On İki Levha 2013).

Koluman E, 'Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İptali', (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018).

Marboe I, 'ICSID Annulment Decisions: Three Generations Revisited' in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (eds), *International Investment Law for the 21st Century* (Oxford 2009) 200.

Nalçacıoğlu Erden HZ, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma* (On İki Levha 2015).

Pinsolle P, 'The Annulment of ICSID Arbitral Awards' (2000) 1 The Journal of World Investment 243.

Rubins N and Kinsella NS**,** *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution* (Oceana 2005).

Schreuer CH and Others, *The ICSID Convention A Commentary*, (2nd edn, Cambridge 2009).

Steindl BH, 'ICSID Annulment vs. Set Aside by the State Courts – Compared to ICSID Ad Hoc Annulment Committees, Is It the State Courts That Are Now More Hesitant to Set Aside Awards ?' (2015) 4 Yearbook on International Arbitration 181.

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk,* (6th edn, Vedat 2018).

Tiryakioğlu B, 'Settlement of Energy Disputes: Some Procedural Issues' in Ceyda Süral, Ekin Ömeroğlu (eds), Foreign Investment Law (Seçkin 2016) 107.

Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003).

Torun Y, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları* (Seçkin 2011).

Tuygun S, *ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcrası* (Güncel 2007).

Mahkeme Kararları

Klöckner vs Kamerun Cumhuriyeti Kararı, Decision on Annulment [1985] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/81/2

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C127/DC665_En_old.pdf> Erişim Tarihi: 26 June 2019

Fedax NV vs Venezuela Cumhuriyeti Kararı, Decision of the Tribınal on Objection to Jurisdiction [1997] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/96/3 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf> Erişim Tarihi: 10 July 2019.

Salini Costruttori S.P.A. And Italstrade S.P.A. vs Fas Krallığı Kararı, Decision on Jurisdiction [2001] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/00/4 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf> Erişim Tarihi: 10 July 2019.

Wena Hotels Limited vs Mısır Arap Cumhuriyeti Kararı, Decision on Annulment [2002] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/98/4 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf> Erişim Tarihi: 10 June 2019.

Compania de Aguas del Aconquija S.A. ve Vivendi Universal vs Arjantin Cumhuriyeti Kararı, Annulment Decision [2002] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/97/3 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C159/DC552_En.pdf> Erişim Tarihi: 12 December 2018.

Patrick Mitchell vs Kongo Cumhuriyeti Kararı, Decision on Annulment [2006] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/99/7 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf> Erişim Tarihi: 5 June 2019.

Hussein Nuaman Soufraki vs Birleşik Arap Emirlikleri Kararı, Decision on the Application for Annulment of Mr. Soufraki [2007] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/02/7 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0800.pdf> Erişim Tarihi: 13 June 2019.

MCI Po MCI Power Group L.C. ve New Turbine Inc. vs Ekvador Cumhuriyeti Kararı, Decision on Annulment [2009] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/03/6 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0502.pdf> Erişim Tarihi: 7 July 2019.

Phoenix Action Ltd vs Çek Cumhuriyeti Kararı, Award [2009] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/06/5 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C74/DC1033_En.pdf> Erişim Tarihi: 1 July 2019.

RSM Production Corporation vs Grenada Kararı, Preliminary Ruling [2009] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/05/14 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C58/DC1350_En.pdf> Erişim Tarihi: 11 July 2019.

Mr. Saba Fakes vs Türkiye Cumhuriyeti, Award [2010] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/07/20 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf> Erişim Tarihi: 10 June 2019.

Victor Pey Casado and President Allende Foundation vs Şili Cumhuriyeti Kararı, Decision on Annulment [2012] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/98/2 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf> Erişim Tarihi 1 July 2019.

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi vs Türkmenistan Kararı, Decision on Annulment [2015] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/10/1 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6274.pdf> Erişim Tarihi 3 July 2019.

TECO Guatemala Holdings LLC vs Guatemala Cumhuriyeti Kararı, Decision on Annulment [2016] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/10/23 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1280/DC7813_En.pdf> Erişim Tarihi: 5 July 2019.

Casinos Austria International GMBH ve Casinos Austria Aktiengesellschaft vs Arjantin Cumhuriyeti Kararı, Decision on Jurisdiction [2018] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/14/32 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4025/DS11651_En.pdf> Erişim Tarihi: 10 May 2019.

Georg Gavrilovic ve Gavrilovic D.O.O. vs Hırvatistan Cumhuriyeti Kararı, Award [2018] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/12/39 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3985/DS11355_En.pdf> Erişim Tarihi: 6 July 2019.

CEAC Holdings Limited vs Karadağ Kararı, Decision on Annulment [2018] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/14/8 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3424/DS11105_En.pdf> Erişim Tarihi: 20 June 2019.

RSM Production Corporation vs Saint Lucia Kararı, Decision on Annulment [2019] International Centre for Settlement of Investment Disputes ARB/12/10 <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2141/DS12232_En.pdf> Erişim Tarihi: 12 July 2019.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 609–643

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0027
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 06.09.2019
Kabul: 17.09.2019
Online Yayın: 26.10.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?

Faruk Kerem Giray*

Öz
MÖHUK'ta yabancı mahkeme ilâmının, Türk hukukunda tenfizi için aranan şartlar arasında, kararın hukuk devletinden sadır olması şartı yer almamaktadır. Ancak yabancı mahkemedeki yargılamanın, hukuk devleti ilkelerini ihlal etmesi durumunda tenfiz devletinin kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilecektir. Hukuk devleti ilkesinin bir yönünü adil ve tarafsız yargılamanın yapılacağı "mahkeme" kavramı oluşturmaktadır. 5718 sayılı MÖHUK'un 50. maddesinde sadece yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden söz edildiğinden, mahkeme kavramı ile neyin anlaşılmasının gerektiği önem arz etmektedir. Tenfizi talep edilen ilâmı veren yabancı mahkemenin yürüttüğü yargılamanın hem adil yargılanma ilkesine hem de Türk usul hukukunun temel prensiplerine aykırı olmaması gerekir. Çalışmamızda, tenfize ilişkin diğer bir mesele olarak arabulucunun verdiği kararların tenfiz edilip edilmeyeceği sınırlı olarak incelenmiştir. Ayrıca, yabancı ödeme emri kararlarının, tenfize ehil kararlar olup olmadığı da inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler
Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi, Hukuk devleti ilkesi, Mahkeme kavramı, Arabulucunun verdiği kararların tenfizi, Yabancı ödeme emrinin tenfizi

Is it necessary for the recognition of a foreign decision being given from a state where the rule of law is present? Is it possible to enforce settlement agreement as a result of mediation? Is it possible to enforce the decision of the payment order from the foreign court?

Abstract
Under MOHUK, the conditions required for the enforcement of a foreign court in Turkish law do not include the requirement that the decision be loyal to the rule of law. Whereas, if a foreign judgement infringes on the principle of rule of law of the state, then the enforcement request will be rejected due to the application of public policy. The Court should be considered as a part of rule of law principle. Although, Turkish Private International Law (PIL) Act no 5718 article 50 considers only foreign court decisions for enforcement, the definition of a court is not regulated in this Act whereas it plays an important role for consideration. The process of a foreign court judgement seeking enforcement in Turkish law should not infringe the right to fair trial and also the fundamental principles of Turkish procedural law. For that reason, the judgment process of the foreign court should also be conform to the principle of rule of law . In this study, the recognition and enforcement of decisions rendered by a mediator is also examined from the point of ending the conflict between parts as final. Additionally, foreign payment orders are discussed in a perspective whether they were being as a court decision and also whether they were considered as an award or not.

Keywords
Enforcement of Foreign Court Judgements, Rule of law principle, Definition of court, Enforcement of decisions given by mediator, Enforcement of foreign payment orders

* **Sorumlu Yazar:** Faruk Kerem Giray (Doç. Dr.) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: fkerem@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1952-9644

Atıf: Giray FK, "Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?" (2019) 39(2) PPIL 609. https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0027

©Yazarlar. İstanbul Üniversitesi tarafından Creative Commons Lisansı (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) kapsamında yayımlanmıştır.

Extended Summary

In this paper, three issues regarding the enforcement of foreign court decisions are examined in detail. When considering enforcement, the Turkish Code on Private International Law (MOHUK) does not consider whether foreign judgments are delivered by a state of rule of law or not. Whereas the rule of law of a state may be challenged due to public policy consideration in enforcement cases. The rule of law is guaranteed by art 2 of the Turkish Constitution. Therefore, taking this principle into account is necessary, when a foreign court decision is recognized or enforced, since its effects and consequences will be the same as the civil judgements rendered by a Turkish court.

According to MOHUK, the awards rendered by foreign courts pertaining to civil suits are subject to recognition (art.58) and enforcement (art.50). So, it is important that the judgement of the foreign court does not to infringe the right to a fair trial. The legal system in which the court functions must have some essential elements rather than its name and power of judgement. Otherwise, the court's judgement will not be considered as an award due to not being given through a process of state of law. In this regard, independence of the judicial authority is a key element. Also, sufficient procedural safeguards against arbitrariness must be in place. Transparency is also an important issue for substantive justice. Moreover, the timeliness of the delivery of substantive justice is a factor that must be taken care of.

So, in recognition and enforcement requests, a foreign decision has to be given by a Court of a State of law. Otherwise, it will be against public policy of Turkish State and will cause the rejection of enforcement request.

The second issue regarding enforcement and recognition concerns mediation. In our opinion, foreign settlement agreements which were reached by mediation are not subject to recognition and enforcement in Turkish law, because article 58 and article 50 of MOHUK only regulate foreign courts' judgements. So, registering for the execution of a settlement agreement given by a foreign court will not change the mediation nature of that agreement. This settlement agreement is still given due to mediation. Therefore, the decision of the mediator will not be considered as a Court order.

Finally, payment orders given by foreign courts are not enforced in Turkey due to not being final. Specifically, payment orders rendered from Italian Court's are not considered eligible for recognition and enforcement. Although a payment order notified to the debtor indicates that it will become final if it is not paid within 60 days, Turkish courts do not take this notification into account for enforcement. But payment orders are considered as a 'document instituting the proceedings or equivalent document' within the meaning of Article 27/2 of the Convention of 27 September

1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters by the Court of the Justice of European Union. The Court considered these documents as a judgement due to being duly and timeously served on the defendant in order to enable him to assert his rights before an enforceable judgment is given in the State of origin. In "Hengst Import BV v. Anna Maria Campese" judgement, Court of Justice ordered that, "decreto ingiuntivo" within the meaning of Book IV of the Italian Code of Civil Procedure (Articles 633 to 656), must be regarded as 'the document which instituted proceedings or an equivalent document' within the meaning of art 27/2, due to their joint service starts the time for the defendant to oppose the order and the plaintiff cannot obtain an enforceable order before the expiry of that time-limit. It is our conviction that, in enforcement cases, Turkish courts must consider the decisions of the Court of Justice', while qualifying a judgement whether it is final or not.

Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?

Giriş

Yabancı mahkeme ilâmlarının Türk mahkemelerinde tenfizi, iki taraflı veya çok taraflı milletlerarası sözleşme hükümleri ile Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27A maddesi[1] saklı kalmak kaydıyla 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümlerinin aradığı şartların gerçekleşmesi koşuluna bağlıdır. Bunun yanında, tenfize ilişkin davalarda Türk mahkemelerin yetkisi sadece MÖHUK'ta düzenlenmiş değildir. Nitekim bir deniz alacağının esası hakkında verilmiş bir yabancı mahkeme kararının tenfizinde hangi mahkemenin yetkili olacağı, koşullara bağlı olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 1360. maddesinde düzenlenmiştir[2].

Bu makalede, gerek milletlerarası antlaşmalarda gerekse MÖHUK'da tenfiz şartları arasında özel olarak düzenlenmeyen yabancı ilâmın, hukuk devletinden sadır olup olmamasının tenfiz devleti bakımından etkisi ile yabancı mahkemelerden sadır ödeme emirlerinin tenfize ehil kararlardan olup olmadıkları incelenecektir. Ayrıca arabulucunun verdiği kararların, MÖHUK hükümlerine istinaden tenfiz edilip edilmeyeceği de sınırlı olarak incelenecektir.

Yabancı mahkeme ilâmının, Türk hukukunda hüküm ve sonuç doğurabilmesi, yabancı ilâmın hüküm kısmının niteliği dikkate alınarak "tanınmasına" veya "tenfizine" karar verilmesiyle mümkün olabilir. İcraî nitelik taşıyor olsa bile, şayet mahkeme ilâmının sadece kesin hüküm veya kesin delil olarak dikkate alınması gerekiyorsa; ilâmın tanınması söz konusu olabilecektir[3].

Tenfiz kararı, niteliği itibariyle yenilik doğuran bir usul hükmüdür[4]. Tenfiz kararı verilmesiyle, yabancı mahkeme ilâmının hüküm kısmı, Türk mahkeme ilâmlarının

1 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 27/A maddesi gereğince, boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya evliliğin mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin verilen yabancı adli ve idari kararlar, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamak ve verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adlî veya idarî makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması kaydıyla, tarafların veya vekillerinin birlikte başvurmasına istinaden -tanıma kararı olmaksızın- nüfus kütüğüne tescil edilebilmektedirler. Bu tescil talebinin niteliği ve usulü sonuçları için bkz. Burak Huysal, "Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili" (2017) 37(2) MHB 498.

2 Bir deniz alacağı için ihtiyati haciz kararı vermiş olan Türk mahkemesi, bir deniz alacağının esası hakkında verilmiş bir yabancı mahkeme kararının tenfizi bakımından da yetkili kılınmıştır meğerki tenfiz isteminin yapıldığı tarihte gemi o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunsun veya geminin serbest bırakılması için TTK 1370 ile 1372. maddeleri uyarınca yatırılmış teminat, tenfiz isteminin yapıldığı tarihte mahkeme kasasında bulunuyor olsun. Bu hüküm hakem kararlarının tenfizi bakımından da geçerlidir.

3 Örneğin, iflas masasına kaydedilecek (mahkeme hükmünden doğan) para alacağının kesin delil niteliğinden ötürü tenfizi yerine tanınması söz konusu olur. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 513.

4 Nomer (n 3) 507.

kuvvet ve niteliğini haiz olur[5]. İstisnai olarak, kimi milletlerarası mahkeme kararı, her ne kadar yabancı mahkeme olarak kabul edilse de; bu mahkemenin vermiş olduğu kararlar, tanıma ve tenfiz sürecinden geçirilmeksizin tıpkı Türk mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi Türk hukukunda doğrudan sonuç doğurabilmektedir[6]. Türkiye, Avrupa Konseyine üye olması sebebiyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine taraf devletlerden biri olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu kararlara uymayı taahhüt etmiştir[7]. Nitekim AİHM'in verdiği kararlar[8] Türkiye'de doğrudan sonuç doğururlar. Ayrıca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun m.375/i gereğince AİHM'in verdiği ihlal kararları, yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmektedir[9].

I. Yabancı Mahkeme Kavramı

Yabancı mahkeme, yabancı bir devletin yargılama fonksiyonunu icra eden makam ve merciiyi ifade eder. Ne var ki; tenfiz şartlarını düzenleyen MÖHUK'un 54. maddesinde "yabancı" ifadesi kullanılmamıştır. Ancak bahsi geçen mahkemenin yabancı bir devlet mahkemesi olduğu, MÖHUK'un tenfiz şartlarını düzenleyen 54/1/a ve 54/1/b maddelerinden açıkça anlaşılmaktadır.

Bağlı bulunduğu devletin hakimiyeti adına yargılama yapan Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri dışındaki bir mahkeme, milletlerarası usul hukuku bakımından yabancı mahkeme olarak değerlendirilir. Yabancı mahkemenin sahip olduğu yargı erki kaynağını, bizzat devletin ülkesi ve milleti üzerindeki hakimiyetinden alır. Şu hâlde, mahkeme ilâmına yabancılık unsurunu veren esas kriter, yabancı devletin egemenliğidir[10]. Yabancı mahkemenin, kararını verdiği an itibariyle bağlı olduğu devletinin egemen bir devlet olması gerekir. İlâmı veren mahkemenin bağlı olduğu devletin, egemenliğinin sonradan ortadan kalkması durumunda, mahkeme ilâmının niteliği ve akıbeti tartışmalı hale gelebilir. Nitekim Osmanlı İmparatorluğunun sona ermesiyle birlikte Türkiye Cumhuriyeti kurulmuş ve buna bağlı olarak Osmanlı İmparatorluğu'ndaki yargı makamlarından olan Şer'iye mahkemeleri[11], "Mehakimi Şer`iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil

5 Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 679; Nomer (n 2) 507; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 505; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013) 1; Özüm Demirkol, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası* (Onikilevha 2017) 7.

6 Ekşi (n 5) 111; Enver Arıkoğlu, 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması' (2004) MHB 71 vd.

7 AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) madde 53, RG: 19.03.1954/8662.

8 AİHM'in (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) verdiği karar, kesinleşmiş bir ihlal kararı olabileceği gibi dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda verilen düşme kararı da olabilir. Bkz. 25.07.2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanunun 19. maddesiyle yapılan değişiklik.

9 Doğan (n 24) 108.

10 Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Onikilevha 2017) 277.

11 Abdullah Demir, *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi* (Yitik Hazine Yayınları 2010) 33.

Kanun"[12] ile yürürlükten kaldırılmıştır. Şer'iye mahkemelerinin verdiği kararların hukuki niteliği ve etkisi, Lozan Antlaşmasının[13] mallar, haklar ve çıkarlar başlıklı 65. maddesi dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Yabancı mahkemeler nezdinde, Osmanlı Mahkemelerinden sadır kararlar ise, verildikleri tarih itibariyle egemen bir imparatorluk döneminde verilmiş olmaları sebebiyle yabancı karar olarak değerlendirilmelidir. Nitekim ilâmın verildiği devlet üzerindeki egemenliğin sonradan değişmiş olması, ilâmın yabancılık vasfını değiştirmemekte[14] ancak kararın tanınmamasına sebebiyet verilebilir[15].

Egemen bir devlet olmakla birlikte, tarihi süreç zarfında kapitülasyonlar sebebiyle, ülke toprakları içinde yer alan kimi kilise mahkemelerine, evliliğin iptali, boşanma gibi kişi hallerine ilişkin konularda yargı yetkisinin verildiği[16], hatta bazı konsolosluklara[17]da medeni hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda yargı yetkisinin tanındığı görülmüştür. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu ile Fransız İmparatorluğu arasında akdedilen 28 Mayıs 1740 tarihli Kapitülasyon anlaşmasının 12. maddesi özelinde; Osmanlı İmparatorluğu'nun egemenlik sınırları içinde kalmak kaydıyla, Fransız vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklar hakkında, Fransız konsolosluğu yetkilileri, Fransız kanunlarına göre hüküm vermeleri için münhasıran yetkili kılınmıştır[18]. Şu hâlde, Osmanlı İmparatorluğu bünyesindeki, konsolosluklardan sadır kararlar, yabancı bir mahkeme kararı olup, Osmanlı mahkemesi kararı olarak nitelendirilmeyecektir. Diğer taraftan yabancı mahkemelerin, Osmanlı İmparatorluğu'nda yaşayan yabancılar hakkında verdiği kararların tenfiz davaları da konsolosluk mahkemelerince görülmekteydi. Eğer davacı ve davalı aynı devletin vatandaşı ise kendi konsolosluk mahkemesince, ayrı vatandaşlıkta iseler, davalının bağlı olduğu devletin konsolosluk mahkemesince tenfiz kararı verilmekteydi[19].

Egemenlik yetkisine binaen mahkemelerin verdiği ilâmlar, üniter yapıya sahip devlet mahkemesinden sadır olabileceği gibi; federal yapıya sahip devletin eyalet mahkemesi tarafından da verilmiş olabilir. Egemenliğe sahip olup aynı zamanda bağımsız bir devletin taşıması gereken unsurlara haiz olan devlet mahkemelerince verilen kararlar

12 439 sayılı Kanun için bkz. RG.26.04.1924/69.

13 Lozan sulh muahedenamesinin kabulüne dair kanunlar için Kısım III Fasıl 1 bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf> Erişim Tarihi 6 Mayıs 2019.

14 Ata Sakmar, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları* (Fakülteler Matbaası 1982) 17.

15 1917 yılından sonra hukuken varlığı sona ermiş olan Çarlık hükümeti adına İstanbul'daki Rus Konsolosluğu Mahkemesi tarafından verilmiş olan bir karar, Fransa'nın Seine Mahkemesi tarafından tanınmamıştır. Bkz. Malkoç Şensöz (n 10) 277.

16 Fatih Sultan Mehmet döneminde çıkartılan bir hattı şerif ile Venediklilere 1454 yılında böyle bir imtiyaz tanınmıştır. Aysel Çelikel, Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2018) 48. Ayrıca Nasım Sousa, *The Capitulatory Regime of Turkey, Its History, Origin and Nature* (Johns Hopkins Press 1933) 51-53.

17 Osmanlı İmparatorluğu, 1681 yılında Fransız Konsolosluklarına yargı yetkisi tanımıştır. Bkz. Çelikel, Öztekin Gelgel (n 16) 49.

18 Mariya Tait Slys, *Exporting Legality, The Rise and Fall of Extraterritorial Jurisdiction in The Ottoman Empire And China* (Graduate Institute Publications 2014) Chapter III, paragraf 6 (https://books.openedition.org/iheid/806) Ayrıca Lucius Ellsworth Thayer, 'The Capitulations of The Ottoman Empire And The Question of Their Abrogation As It Affects The United States, ' *The American Journal of International Law* 17, no 2 (1923) 223.

19 Sakmar (n 14) 158.

ise her zaman, Türk hukuku bakımından yabancı mahkeme kararıdır. Himaye ve manda altında olmakla birlikte, bağımsız ve egemen bir devletin mahkemesi gibi kendi yargı işlerinde tamamen serbest şekilde karar alma imkânı mevcut olan, manda rejimi altında bulunan yabancı mahkemelerin ilâmları da tenfiz edilebilecektir[20].

Şayet yabancı devlet, eyalet yapısına haiz ise, eyalet mahkemesinin verdiği karar, -istisnai düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla- o devlet bakımından yerel bir mahkeme kararı olmasına karşılık[21], Türk hukuku bakımından yabancı mahkeme kararı niteliğinde olacaktır[22].

Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme ilâmı, uluslararası hukuk nazarında tanınmamış devletten sadır bir mahkeme kararı olabileceği gibi; salt tanıma veya tenfizin talep edildiği mahkemenin tabi olduğu devlet tarafından tanınan, bir devletin mahkeme kararı da olabilir. Nitekim, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti mahkemelerinin verdiği ilâmlar Türkiye Cumhuriyeti devleti bakımından nitelik olarak, yabancı devlet mahkemesi kararlarıdır[23]. Hatta KKTC mahkemesinden verilmiş kararlar, KKTC'yi tanımayan devletler bakımından da mahkeme kararı kabul edilerek, tenfiz prosedürü çerçevesinde değerlendirilecektir[24].Bunun yanı sıra, Türk mahkemeleri tarafından tanınmayan devletlerin mahkemelerince verilen ilâmların başka devletlerce tanınması ve tenfizi de kimi zaman söz konusu olabilmektedir[25].

Bir mahkemenin yabancı bir mahkeme olarak değerlendirilebilmesi için, bu mahkemenin bağlı bulunduğu devletin bağımsız bir devlet olup olmaması önem arz

20 Pelin Güven, *Tanıma -Tenfiz* (Yetkin 2013) 31.

21 ABD anayasasının 4. Maddesinin 1.Bölümünde yer alan eyaletlerin birbirlerinin yasalarına, idari ve adli kararlarına tam güven ve itimat ilkesi gereğince, bir eyalet mahkemesinin verdiği karar, diğer eyalet mahkemeleri tarafından da tanınmaktadır. ABD yüksek mahkemesine konu olan bir uyuşmazlıkta, Mississipi eyalet kanunları gereğince kumar yasaklanmış ve kumar borcu da eksik borç olmasına rağmen; kumar borcu alacaklısı, Missouri eyaletinde kumar borçlusuna karşı dava açmış ve lehine elde ettiği mahkeme kararının icrası için Mississisipi eyalet mahkemesine başvurmuş ancak mahkeme, talebi reddetmiştir. Red kararına itiraz üzerine; ABD yüksek mahkemesi (Supreme Court) Missouri mahkemesi, her ne kadar Mississisipi kanunlarını yanlış uygulayarak karar vermiş olsa da; Missisipi mahkemelerinin, Missouri mahkeme kararını icra etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. ABD Supreme Court 18.05.1908 tarihli Fauntleroy v Lum, 210 U.S. 230 Symeon Symeonides, *American Private International Law* (Kluwer 2008) 328.

22 Yabancı eyalet mahkemesinin verdiği karar Türk hukuku bakımından yabancı bir karar olmakla birlikte, kararın bu niteliği özellikle tenfiz aşamasında önem arz eder. Yargıtay tenfiz koşullarından olan MÖHUK m.54/a'nın öngördüğü mütekabiliyet esasını değerlendirirken, kararın verildiği eyalet ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tenfizi bakımından bir fiili karşılıklılığın bulunup bulunmadığını özellikle araştırmaktadır. Bkz. Yargıtay 2 HD 11237/12718, 16.02.2011, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2019.

23 Aysel Çelikel, Bahadır Erdem (n 14) 679. Ayrıca bkz. Türkiye ile KKTC Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma, Tanıma, Tenfiz, Suçluların Geri Verilmesi ile Hükümlülerin Nakli Anlaşması m. 13-14-15, RG: 13.02.1989/20079.

24 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd, Savaş Yayınevi 2015) 106.; Cemal Şanlı, *Hukuki Mütalaalarım* (Adalet 2016) 1087.

25 Hukuken, KKTC Devletinin egemenlik yetkisine istinaden yargı alanına girmesine rağmen, Güney Kıbrıs mahkemelerinin özel hukuka ilişkin verdiği ilâmların, Avrupa Birliğine üye olan devletlerde tanınıp, tenfiz edilebildiği görülmektedir. Nitekim üzerinde etkin kontrolünün bulunmadığı Kıbrıs'taki bir bölgede yer alan arazi uyuşmazlığıyla ilgili olarak Güney Kıbrıs Rum mahkemesinin verdiği mahkeme kararının; 44/2001 sayılı Medeni ve Ticari Hukuk Davalarına İlişkin Verilen Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki AB Tüzüğünün, tenfiz koşullarını düzenleyen 34/1 ve 38/1 maddelerine aykırılık teşkil etmediği müddetçe, Birlik üyesi diğer devlet mahkemelerinde tanınmasının veya tenfizinin reddedilemeyeceğine ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanının kararı bulunmaktadır. Karar metni için bkz. Meletis Apostolides v. David Charles Orams, Linda Elizabeth Orams (Case C-420/07) OJ: 4.7.2009 C 153/7.

edebilir. Siyasi bağımsızlığın kabulü için söz konusu devletin Birleşmiş Milletlere (BM) üye bir devlet olması zorunlu değildir. Nitekim Kosova, 2019 yılı itibariyle Birleşmiş Milletlere üye bir devlet olmamakla birlikte Türkiye ile Kosova arasında cezai konularda adli yardımlaşma anlaşması bulunmaktadır[26].

İlâmı veren yabancı mahkemenin, bağımsız bir yargı mercii olup olmamasından ziyade, yargı fonksiyonunu ifa ediyor olup olması önemlidir. Tenfize konu kararı veren kurumun dini temelli olması veya din kurallarını referans alması, yargılama yapan merciinin mahkeme olma özelliğini değiştirmez[27]. Nitekim İsrail'deki Haham Mahkemesi veya Suudi Arabistan'daki Şeri Mahkeme de birer yargı erkine sahip mahkemelerdir[28]. Esas olan, bu mahkemelerin bağlı bulundukları devletin bu yargı mercilerini, mahkeme olarak nitelendirmesidir. Bunun yanında kimi ülke yargılamasında, yargılamaya halk jürisi de katılmaktadır. Halk Jürisinin katılımıyla oluşan yargı mercii mahkeme olup, verdiği ilâm Türk hukuku bakımından yabancı bir mahkeme kararıdır[29].

II. Tenfizi Talep Edilen Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olmasının Gerekip Gerekmediği

Tenfize konu olan ilâmın, yabancı devlet mahkemesinden sadır olacağı belirtilmekle birlikte; bu devletin bir hukuk devleti olmasının gerekip gerekmediğine ilişkin herhangi bir şarta MÖHUK'ta yer verilmemiştir. Şu hâlde, Türk mahkemelerinin önüne gelen tenfize konu yabancı ilâmın, hukuk devleti mahkemesinin kararı olması şart mıdır? Devletlerin, sömürge olmayan devletler üzerinde egemenliği ve tahakkümü bulunmadığından Türkiye'nin de, yabancı bir devletin hukuk düzenine müdahale edebilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle tenfiz şartları açısından hukuk devleti ifadesine yer verilmemesi, doğal ve anlaşılır karşılanabilir. Ancak tenfizi talep edilen yabancı ilâmı veren mahkemenin, bir hukuk devleti olmaması, MÖHUK 54(1)(c) hükmüne istinaden kamu düzeni müdahalesini gündeme getirebilir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasasının[30] 2.madde hükmü ile güvence altına alınan bir hukuk devletidir. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarında "hukuk devleti" tanımına yer vermiştir. Mahkeme'nin 25 Mayıs 1976 tarih ve 1976/28 sayılı kararında, -'hukuk devleti'- "insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun olan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" olarak tanımlanmıştır. Buna ilave olarak, Anayasa Mahkemesi, 27

26 RG: Onayı uygun bulma kanunu RG.22.5.2013/28654. Anlaşma metni için RG: 22.3.2016/29661.

27 Bağlı olduğu ülke hukukuna göre usulen teşkil edilmiş dini mahkemelerden sadır kararlar tenfiz edilebilirler. Bkz. Işıl Özbakan, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Kazancı 1987) 146.

28 Ekşi (n 5) 111.

29 Ekşi (n 5) 112.

30 RG: 9.11.1982/17863 (Mükerrer)

Mart 1986 tarih ve E.1985/31, K. 1986/11 sayılı kararında hukuk devleti kavramını detaylandırarak; "her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun dahi bozamayacağı temel hukuk ilkeleri olan ve Anayasa bilincinden uzaklaştığında bunların geçersiz kılınacağını bilen devlet" olarak ifade edilmiştir.

Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme ilâmının sadır olduğu devletin, hukuk devleti olup olmadığını prensip olarak Türk hâkimi denetleyemez. Ancak yabancı ilâmın, hukuk devleti ilkelerine aykırı şekilde verilmesi, kamu düzeninin müdahalesine kapıyı aralayabilir. Örneğin, 2017-2018 yıllarına dair hukukun üstünlüğü endeksinde[31] Danimarka devleti birinci sırada yer alırken, Venezuela devleti son sırada listelenmiştir. Bu türden bir endeks veya sıralama, Türk hâkimine, bahsi geçen iki devletten sadır mahkeme kararlarına baştan olumlu veya olumsuz bir önyargıyla hareket etme hakkı hiç şüphesiz vermez. Yabancı mahkeme ilamı kimden sadır olursa olsun, tenfiz hâkimin temel görevi, her somut olayda ilâmın hüküm kısmının içeriğinden tenfiz şartlarının ihlal edilip edilmediğini incelemektedir.

İlâmı veren merciinin yargı erkine haiz olduğunun kabulü için, öncelikle mahkemenin teşkilatının mevzuatla veya hukuki bağlayıcılığı olan düzenlemelerle güvence altına alınması gerekir.

Her devletin anayasasında veya yasalarında, mahkemelerin görev ve yetkilerini düzenleyen hükümler bulunur ve bu düzenlemeler kapsamında yargı merciileri yargı işlevini yerine getirirler[32].

Bir başka ifadeyle mahkemenin teşekkülünün hukuki ve bağlı olduğu devlete izafe edilebilen resmi ve bağlayıcı bir dayanağı olmalıdır. Buna ek olarak, yargı merciinin tabi olduğu usul kurallarının olması ve yargılamayı yürüten kişinin tarafsız, bağımsız bir yargı mensubu olması gerekir.

Yabancı mahkemece uygulanan usul kurallarının, hukukun temel prensiplerine aykırı olması, bu kuralların tenfiz devletinin usul kurallarına örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan kurallara aykırı olması demek değildir. Farklı devletlerin farklı usul kurallarına sahip olması çok doğaldır. Ancak tenfizi talep edilen yabancı kararı veren mahkemenin uyguladığı usul kurallarının, temel usul hukuku prensiplerine aykırı olması kamu düzeni müdahalesine sebebiyet verecektir[33].

31 World Justice Project 2017-2018, Washington, 2018, 20-21. (https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2018-June-Online-Edition_0.pdf)

32 Rona Aybay, Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 16.

33 Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001) 219.

Misal olarak, tenfize konu olan yabancı ilâm, verildiği devlet hukuku gereğince üç hâkimli bir yargılana yapılarak verilmesi gerekirken, tek hâkimle verilmiş ise, MÖHUK'un 54(1)(c) hükmüne istinaden kamu düzeni gerekçesiyle tenfiz talebi reddedilecektir[34]. Görüldüğü üzere, tenfiz hâkimi önüne gelen yabancı ilâmın verildiği devletin usul hukuku kurallarını dikkate alarak, söz konusu kararın o yer hukukuna göre mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen mevzuata uygun olarak kaç hâkimle verilmesi gerektiğini incelemelidir. Uygulamada, tenfiz mahkemesince davalı tarafından açıkça itiraz yapılmadıkça bu yönden re'sen bir inceleme yapılmıyor olsa bile, mahkeme her zaman bu hususu re'sen araştırılabilir. Keza yabancı ilâmı veren devletin mevzuatında tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi bazı tür uyuşmazlıklar için ihtisas mahkemeleri görevlendirilmiş ise, tenfiz kararının verilebilmesi için ilâmın yetkili yabancı ihtisas mahkemesinden sadır olması da aranacaktır.

AİHM içtihadında[35], "mahkeme", tabi olduğu usul kuralları uyarınca yetkiye haiz, bağımsız, tarafsız ve yargılama yapan kişiye güvence tanınan yargı mercii" olarak ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, yargılama usulü güvencelerine sahip olan, belli bir usul izleyerek, hukuk kurallarına dayanarak devlet zoruyla icra edilebilmesi mümkün olan kararlar verme yetkisine sahip merciler mahkeme olarak kabul edilmektedir[36]. Bu nedenle, mütalaa veya tavsiye kararı verme yetkisine haiz makamlar, mahkeme olarak nitelendirilmeyecektir[37].

Prensip olarak, kararın verildiği yer hukukuna göre mahkeme olarak kabul edilen bir merciinin, tenfiz devleti hukukuna göre de mahkeme olup olmadığının değerlendirmesi yapılamaz. Ancak kanaatimizce, bağlı olduğu devletin hukukuna göre mahkeme olarak isimlendirilmekle birlikte nitelik olarak yargılama faaliyetinin unsurlarına sahip olmayan mahkemeden sadır bir ilam, tenfiz devleti bakımından AİHS'nin 6.maddesinin[38] güvence altına aldığı adil yargılanma ilkesine veya 13.maddesinin[39] güvence altına aldığı ulusal merci önünde etkili bir başvuru yolunun bulunması esasına aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle MÖHUK'un 54(1)(c) hükmüne binaen bir tenfiz engeli oluşturacaktır. Doktrinde, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi

34 Türk hukuku özelinde, 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5. maddesi gereğince bazı ticari davalar ile değeri üçyüz bin Türk Lirasının üzerindeki davalar üç hâkimli olarak görülecektir. Türk hukukundaki düzenlemeye benzer düzenlemelerin yabancı devlet hukuklarında da var olması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, tenfiz hakiminin, ilâmın kaç hakimle verildiğini re'sen araştırma ve denetleme yükümlülüğünün olduğunu söyleyebiliriz.

35 Belilos v İsviçre Davası App No 10328/83 (ECHR, 29 March 1988), paragraf 64.

36 İpek Büyükalp Sarıöz, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri* (Onikilevha 2018) 111.

37 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (2nd edn, Seçkin 2004) 343.

38 Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. …

39 Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir

ilkelerin ihlal edildiği bir makamdan sadır kararların, kusurlu bir organ tarafından verilmiş olması sebebiyle mahkeme niteliğinde kabul edilmemesi gerektiği ancak bunun için soyut ve yüzeysel bir araştırma yapmak yerine mahkemenin, taraflı ve bağımlı olduğunun somut olarak yargılama üzerinde ciddi etkisinin bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği ileri sürülmüştür[40].

Yabancı mahkemenin, tabi olduğu devlet hukukuna göre, kuruluş, görev, yetki, işleyiş ve yargılama usullerini düzenleyen bağlayıcı bir mevzuatının bulunması gerekir. Kimi devlet bu düzenlemelere anayasasında yer verebileceği gibi kimisi bunu kanun, tüzük, yönetmelik veya idari tasarruflarla düzenleyebilir. Bu noktada önemli olan husus, bu düzenlemelerin teknik isminden ziyade mahkemeleri veya yargı organlarını bağlayıcı olmalarıdır. Türk hukukunda, hukuk devletinin unsurlarından biri, kanunilik ilkesidir ve mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmiş olması, tek başına yeterli olmadığı gibi ayrıca, söz konusu belirlemenin, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce kanunla düzenlenmiş olması da şarttır[41]. Bu husus aynı zamanda adil yargılanmanın güvencesini teşkil eder. Bu anlayıştan hareketle, tenfizi talep edilen yabancı ilâmı veren mahkemenin görev ve yetkisinin, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce bağlı olduğu devletinin hukukuna göre belirlenmiş olması gerekir. Şayet, tenfizi talep edilen yabancı ilâmı veren mahkemenin görev ve yetkisi belirsiz ve hukuk güvenliğinden yoksun, öngörülebilirlik ilkesini ihlal eder nitelikte ise, ilâmı veren yabancı devlet mahkemesinin teşekkülü, Türk hukukunun benimsediği hukuk devleti anlayışına ters düşecektir ki; bu husus, MÖHUK'un 54(1) (c) hükmü uyarınca kamu düzeni müdahalesine sebebiyet verecektir. MÖHUK'taki tenfiz şartlarını incelediğimizde, yabancı ilâmı veren mahkemenin görev ve yetkisine ilişkin bir incelemeye yer verilmediğini görmekteyiz. Buna sınırlı bir istisna olarak, MÖHUK'un 54(1). maddesinin (b) fıkrasında yer alan ilâmı veren mahkemenin "aşırı yetki"sinin önüne set çekmek isteyen düzenlemeyi gösterebiliriz. Ne var ki, bu düzenleme kanunun gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, dava konusu ve taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmayan mahkemeyi hedef almaktadır. Oysa tenfiz şartları bakımından, yabancı mahkeme ilâmının, verildiği devlet hukuku bakımından görevli ve yetkili bir mahkemeden sadır olup olmadığı çoğunlukla araştırma ve inceleme konusu yapılmamaktadır. Oysa kimi iki taraflı adli yardım anlaşmalarında, tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesi için, akit devlet mahkemesinden sadır kararın o yer yetkili mahkemesi tarafından verilmiş olması özellikli bir şart olarak aranmaktadır[42]. MÖHUK bakımından ise yukarıda belirttiğimiz istisna hariç, böyle bir şart aranmamaktadır. Ancak kanaatimizce, yabancı mahkeme ilâmı, verildiği yer hukuku

40 Aybay, Dardağan (n 32) 307.

41 Anayasa Mahkemesi E.2017/67 K. 2017/91 sayılı kararı. <https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2017-67.pdf> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2018.

42 Bkz. Türkiye ile Tunus Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Kararların Tanınması ve Yerine Getirilmesi Hakkındaki Sözleşme m.2/a ve 3 RG: 11.09.1984/18512.

bakımından görevli ve yetkili bir devlet mahkemesinden sadır değil[43] ise, bu durum Türk anayasasının öngördüğü hukuk devleti anlayışına ters düşeceğinden 54(1). maddesinin (c)fıkrası gereğince Türk kamu düzenine aykırılık oluşturacak olup tenfiz talebinin reddine sebebiyet verecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine konu olan Hussin v. Belçika yargılamasında[44], Belçika vatandaşı kişi hakkında Alman mahkemesinin verdiği babalık kararı ile nafaka kararının Belçika mahkemesinde tanınması ve tenfizi talep edilmiş ancak Belçika mahkemesi, soybağına ilişkin kararların şahsi statüye tabi olması ve de meselenin 1968 tarihli mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında Brüksel Sözleşmesinin kapsamına girmemesinden ötürü 1958 tarihli Belçika ile Almanya arasında akdedilen anlaşmanın uygulanması gerektiği gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Zira söz konusu anlaşmanın 4. maddesi, şahsi statüye ilişkin davaların, davalının vatandaşı olduğu veya yerleşim yeri veya mutad meskenin bulunduğu devlet mahkemesinde açılmasını şart koşmaktaydı. AİHM, mahkemenin yetkisine ilişkin olarak; Belçika temyiz mahkemesi de dahil olmak üzere, Brüksel Konvansiyonunun uygulanmayacağına dair verilen kararların yanlış olduğunu, bunun yerine Belçika-Almanya arasındaki 1958 tarihli anlaşmasının uygulanmasının gerektiği tespitini yaptıktan sonra, AİHS'nin 8.maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ne var ki, biz AİHM'den farklı olarak, davacının davasını yetkisiz mahkemede açmak zorunda bırakılmasının, AİHS'in 6. maddesinin ihlaline sebebiyet verebileceği kanaatindeyiz.

Belirtelim ki, yabancı ilâmın yetkili devlet mahkemesinden sadır olup olmadığının tenfiz davasında incelenip incelenmeyeceği hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Birinci yaklaşım, tenfiz davasında, yabancı mahkemenin yetkisinin kontrolünün bizzat kararı veren yabancı mahkemenin yetki kuralları uyarınca denetiminin yapılmasıdır[45]. Bizim de katıldığımız ve devletlerin egemenlik yetkisine saygı duyulmasını gerektiren bakış açısı da bu olmalıdır. Ancak burada ilâmı veren yabancı devletin aşırı yetki kurallarının tenfiz devleti mahkemelerince incelenip incelenmeyeceği gündeme gelebilir[46]. Türk Milletlerarası Usul Hukuku özelinde, tenfiz mahkemelerinin kural olarak yabancı ilâmı veren mahkemenin yetkisinin aşırı olup olmadığını re'sen inceleyemeyeceğini söyleyebiliriz. Bunun tek istisnası, MÖHUK 54(1)(b) fıkrası uyarınca davalının bu hususa ilişkin itirazıdır.

Tenfiz davasında, yabancı mahkemenin yetkisinin kontrolüne ilişkin ikinci tür yaklaşım ise; yabancı mahkemenin yetkisinin, tenfiz mahkemesinin doğrudan yetki

43 Kıta Avrupası devletleri bakımından, yetkisiz mahkemenin verdiği yabancı karar tanınıp tenfiz edilmemektedir. Bkz. Sakmar (n 14) 141.

44 *Hussin v Belçika* App no 70807/01 (ECHR, 6 May 2004). Ayrıca Bkz. Louwrens R. Kiestra, *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law* (Springer 2014) 220 vd. ; İlyas Arslan, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütekabiliyet Şartına Bağlanması ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Haklar Arasındaki İlişki, (2019) 32 (143) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 337.

45 Begüm Süzen, *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (Onikilevha 2016) 111.

46 Süzen (n 45) 112.

kuralları uyarınca denetiminin yapılmasıdır[47]. Yansıma teorisi olarak adlandırılan bu yaklaşım Almanya, İtalya ve Japonya devletlerinin tenfiz hukukunda hayat bulmaktadır. Bu yaklaşıma göre, tenfize konu kararı veren mahkemenin hukukundaki yetki kuralları ile tenfiz mahkemesi hukukundaki yetki kurallarının karşılıklı ve aynı olması gereklidir[48]. Benzer düzenleme Bulgar Milletlerarası Özel Hukuk Kanunun 117(1). maddesinde de yer almaktadır[49]. Bulgar mahkemelerinde tenfiz kararı verilebilmesi için, yabancı kararı veren mahkemenin Bulgar hukukundaki milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olması gerekir. Haklı olarak doktrinde[50] bu yaklaşım eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, bu yaklaşım benimsenecek olursa, menşe devletin makul ve adil bir yetki kuralı, sırf tenfiz devleti hukukunda bu kural yer almadığından tenfizin reddine sebebiyet verecektir. Diğer bir görüş ise, yansıma teorisinin işlevini yerine getirebilmesi için yetki kurallarının milletlerarası alanda kabul gören asgari bağlantıları kapsayacak kadar geniş diğer yandan da yeterli bağlantıyı sağlamayan aşırı yetki iddialarını dışlayacak kadar da dar nitelikte olması gerektiği ileri sürülmektedir[51].

Tenfiz davasında, yabancı mahkemenin yetkisinin denetimine ilişkin üçüncü yaklaşım ise, tenfiz devleti hukukunda yabancı mahkemenin yetkisini denetlemeye yönelik düzenlenen özel yetki kurallarına istinaden denetimin yapılmasıdır[52].

Hukuk devletinin temel ilkeleri arasında hukuk güvenliği ilkesi de yer almaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur[53]. Hukukî güvenlik ilkesi, kişilerin tâbi olacakları hukukî rejimini önceden bilebilmesini ve davranışlarını buna göre ayarlayabilmesini, bir düzene sokabilmesini ifade eden temel bir ilkedir. Bu ilke aynı zamanda evrensel hukuk normları arasında kabul edilmektedir. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını ifade eder. Kural olarak hukuk güvenliği yasaların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar hariç kanunlar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır[54]. Tenfiz şartları arasında yabancı hâkimin uyguladığı hukuk normunun geriye yürütülüp yürütülmediği denetlenmemektedir. Zira bu durum bir yönüyle revizyon yasağının ihlali anlamına da gelir. Ancak, hukuk devleti ilkesi Türk hukukunun temel değerleri arasında kabul edildiğinden, yabancı hâkimin, yetkili hukuka aykırı şekilde yasaları geriye yürüterek

47 Süzen (n 45) 113.

48 Süzen (n 45) 114.

49 Şanlı (n 14) 399.

50 Burak Huysal, 'Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi' (Beta 2011) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 480.

51 Esra Dardağan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Siyasal Yayınevi 2005) 247.

52 Süzen (n 45) 116 vd., 123.

53 Anayasa Mahkemesi 28.4.2011 E. 2009/39 K.2011/68, RG:15.10.2011/28085.

54 Anayasa Mahkemesi 29.12.2011 E. 2010/73 K.2011/176, RG:17.03.2012/28236.

hüküm tesis etmesi, ilâmın hüküm kısmından anlaşılması koşuluyla MÖHUK'un 54(1) (c) maddesi gereğince kamu düzeni müdahalesini gerekli kılacaktır.

AİHM'in verdiği çeşitli kararlardan, yargı fonksiyonunu icra edecek merciinin, hangi unsurlara haiz olması gerektiği anlaşılabilmektedir. Bir makamın, etkili başvuru merci olarak kabul edilebilmesi için, yargılamayı yapan makamın bağımsız olması ve usule dair herkes için standart güvenceler[55] sunuyor olması gerekir[56].

Yargılamayı yapan merciinin, etkili bir yargı yolu olabilmesi için öncelikle uyuşmazlığı çözebilecek yetkili ve görevli bir yargı merciinin var olması gerekir. Diğer bir ifadeyle adalete erişimin söz konusu olabilmesi gerekir. Yer yönünden münhasır yetkili olan yabancı bir devlet mahkemesinde dava açmak için talep edilen yargı masraf ve harç giderleri çok yüksek ise veya adli yardım imkanından istifade ederek yargı masraf ve harçlarının karşılanması mümkün değil ise, adalete erişimin önünde engeller olduğu söylenebilir. Nitekim Türk hukukunda (HMK. m.132/b) olduğu gibi, asıl davada ileri sürülen talep arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması durumunda davalı taraf, menfaati gereği karşı dava açmak isteyebilir. Yabancı devlet mahkemesinde esas dava görülürken, davalı aynı devlet mahkemesinde karşı dava açmak istediği vakit; dava harcı ile yargılama giderlerinin yüksekliği sebebiyle adli yardımdan hiç yararlanma imkânın olmadığı bir ihtimalde, esas davanın tenfizi talebi, kamu düzeni gerekçesiyle reddedilebilir.

Mahkeme yargılaması için aranan kriterlerden bir diğeri, delil ve belge ibrazına izin verilmesi ve bu belgelerin objektif olarak değerlendirilmesidir. Hemen belirtelim ki, Türk tenfiz hukukunda aleyhine tenfiz istenen kişinin, hükmü veren mahkemede temsil edilmemesi veya o yer kanunlarına aykırı şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmesi MÖHUK'un 54(1)(ç) maddesi gereğince tenfiz reddi sebebidir. Mahkeme, tarafların iddialarının, delillerinin ve belgelerinin değerlendirmesini yaparken, hukukun belirlediği sınırlar içinde kalarak maddi gerçeği ortaya koymalıdır. Adil bir yargılama için mahkemenin delilleri ve olguları değerlendirmede takdir hakkına ve esnekliğe sahip olması gerekir. Nitekim, AİHM verdiği kararında, mahkemenin olguları ve gerçeklerin tespit edilmesinde ve değerlendirilmesinde belli ölçüde esnekliğe ve bağımsızlığa sahip olması gerektiğini ifade etmiştir[57].

55 İddiasını ileri sürebilme veya savunma imkanının tanınması gibi.

56 De Souza Riberio v. Fransa (Başvuru No: 22689/07) (AİHM Büyük Daire Kararı) (13.12.2012). Hukuken etkili bir başvuru yolundan kasıt; her koşulda başvuran lehine bir sonucun elde edilmesi demek olmadığı gibi mutlaka başvuru yapılan mercinin bir mahkeme olması gerektiği anlamına da gelmez. Esas olan, sahip olduğu yetki ve usul güvenceleriyle etkili bir sonucun alınabilecek olmasıdır. Şayet, itiraz merci bir mahkeme değil ise, bu takdirde kararı veren mercinin bağımsız bir mercii olması gerekir. Ayrıca itiraz edecek olana usulü güvencelerin de sunuluyor olması gerekir. Başvuru sonrası elde edilecek sonuç müstakil bir karar olacağı gibi iç hukukun öngördüğü toplu kazanımlar da olabilir. 13. madde anlamında etkili bir hukuk yolundan bahsedebilmek için bunun hem hukuken hem de fiilen etkin bir yol olması gerekir. Keza başvuru neticesinde elde edilen neticenin hiç şüphesiz devletin sorumlu idari birimleri tarafından örtbas edilmemesi, ortadan kaldırılmaması da gerekir. (para 79)

57 *Broniowski v Poland* App no: 31443/96 (ECHR, 22 June 2004) para 151; *Depalle v France App no* 34044/02 (ECHR, 29 March 2010) para 78.

Usul hukukundaki kurallar, takdir yetkisinin sınırlandırılmasında, silahların eşitliğinin güvence altına alınmasında, keyfi davranılmasının engellenmesinde ve özellikle yargılamanın makul süre zarfında yapılmasının temini bakımından çok önemlidir. Buna karşılık, "katı şekilcilik" anlayışıyla usul için esas, feda edilmemelidir. Zira usul kurallarındaki "katı şekilcilik" bir hakkın tesisi için, adalete ve mahkemeye erişim önünde engel oluşturmamalıdır. Bununla birlikte AİHM Büyük Dairesi, "yargılamanın usulüne uygun olarak yürütülmesi" ile "hukuki kesinlik" kavramları arasında fark olduğunu ve adı geçen bu kuralların içeriğinin, uyuşmazlığın yetkili mahkeme önüne taşınmasını veya adalete erişimi ortadan kaldıracak şekilde düzenlenmemesi gerektiğini ifade etmiştir[58].

Yargı merciinin verdiği kararın, hukuk güvenliğini sağlıyor olması gerekir. Hukuk güvenliğinin temini için yargılamada keyfiliğin önüne geçecek önceden belirlenmiş istikrarlı usul kurallarının bulunması zorunludur. Bu kurallardaki eksiklik veya kuralların uygulanmasındaki zaaflık veya gecikme etkin başvuru yolunun işletilmemesine sebebiyet verecektir[59]. Yargı makamına tanınan delil ve olguları değerlendirmedeki esneklik sınırsız olmamalı ve fakat hukuk güvenliği tesis etme fonksiyonu ile dengelenmelidir.

Yargılamanın temel ilkelerinden bir diğeri de şeffaflıktır. Uyuşmazlığın esasına ilişkin yapılan yargılamanın olmazsa olmaz unsurlarından biri, usul kurallarının veya yargılamanın istisnai durumlar hariç herkes için şeffaf olmasıdır. İstisnai durumlar olsa bile, yargılamanın tarafları için yargılamanın ve usul kurallarının önceden bilinebiliyor olması[60] asıldır. Özellikle dava açma veya cevap sürelerinin önceden biliniyor olması zorunludur. Keza nelerin delil olarak kabul edildiği ve ne kadar süre içinde ibraz edilmeleri gerektiği gibi hususların da önceden herkes tarafından biliniyor olması gerekir. Şeffaflığın bir yönünü, dava ikamesi aşamasında hangi mahkemenin görevli ve yetkili olacağının önceden biliniyor olması oluşturur. Hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğunun, davacı ve davalı tarafından önceden bilinmiyor olması veya bilinemeyecek olması, usul kurallarının şeffaf olmadığının bir göstergesi olarak kabul edileceği gibi aynı zamanda tenfiz davasında, davalının itirazına bağlı olarak MÖHUK'un 54(1)(c) maddesi kapsamında haklı bir itiraz sebebi oluşturur.

58 *Zubac v Hırvatistan* App no 40160/12 (ECHR, 5 April 2018). AİHM, Hırvat anayasa mahkemesinin, alt derece mahkemesinin yaptığı usul hatalarıyla bağlı olmadığına karar vermiştir. AİHM kararına konu olan olayda, ilk derece mahkemesinde uyuşmazlığın değeri 100.000 Hırvat Kunası olarak belirtilmiştir. Ancak, uyuşmazlığın anayasa mahkemesine taşınabilmesi için alt derece mahkemesi, tarafların dilekçedeki talep sınırının üzerine çıkarak uyuşmazlığın değerini 105.000 Hırvat Kunası olarak yazmıştır. Hırvat anayasa mahkemesi, sınır değerin mahkemenin yargı yetkisinin altında kaldığını gerekçe göstererek talebi reddetmiştir. AİHM, anayasa mahkemesinin yasal sınırlarla bağlı olduğunu bu nedenle AİHS'nın 6/1 maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

59 AİHM kararına konu olan olayda, Rus hukukuna göre, teröristlerin cesetlerinin yakılması sebebiyle ceset üzerinde gerekli incelememelerin sonradan yapılamayacak olması, maddi vakıaların tespitinde ters etki yaratmakta olup AİHS'in 13. ve 8. Maddelerinin ihlaline sebebiyet vermiştir. Maskhadova and Others v Rusya App no 18071/05 (ECHR, 6 July 2013) para 245,248.

60 Bkz. Souza Ribeiro v France App no 22689/07 (ECHR, 13 December 2012) para 79.

Şeffaflığın başka bir boyutunu, aleniyet ilkesi oluşturur. AİHM, aleniyet ilkesinin, bireylerin belirli kararların neden alındığını anlamaları için önemli olduğuna vurgu yapmıştır[61]. Bu noktada, tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararlarının gerekçesiz olmasının, kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği gündeme gelebilir. Bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında[62], gerekçesiz mahkeme kararlarının, Türk hukukunda tenfiz edilebileceği yönünde karar vermiştir. Kanaatimizce, gerekçesiz mahkeme kararlarının bazı hallerde tenfizi mümkün olmayabilir. Aile hukukuna özellikle çocuğun soy durumuna, vesayetine veya velayetine ilişkin yabancı mahkeme kararların gerekçesiz olmasının kamu düzeni müdahalesini gündeme getirebileceğini düşünüyoruz. Yargıtay İBGK. Kararına konu olan mahkeme kararının, borçlar hukukuna ilişkin olması sebebiyle, ilâmın gerekçesiz olması durumu, aile hukuku kararlarına nispetle daha esnek ve toleranslı karşılanabilir.

Adil bir yargılama için, hükmün veya ilâmın süresinde verilmesi önem arz eder. Yargılamanın, tabi olunan usul kurallarından ödün verilmeksizin, seri ve zamanında yapılması kadar, hükmün de mahkemenin tabi olduğu usul kuralları çerçevesinde adil yargılanma ilkesi bertaraf edilmeksizin makul bir süre içinde verilmesi önemlidir[63]. Mahkemenin, kararını, uyuşmazlığın niteliği ve zorluğuna göre makul bir süre içinde vermesi, bu mahkemenin aynı zamanda, uyuşmazlığın çözümü için etkili bir başvuru mercii olarak kabulünün teyidi anlamına da gelir. Adaletin gerçekleşmesinin önemli unsurların biri, yargılama süresinin uzamasına sebebiyet vermeksizin tamamlanmasıdır. AİHM içtihatlarından, makul sürenin aşılıp aşılmadığının değerlendirilmesinde, uyuşmazlığın hukuksal yönden zorluğu ve karmaşıklığı, delillerin toplanmasındaki zorluklar, yargılamanın uzamasında tarafların üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirip getirmediği ve de yargı merciinin yargılamayı makul sürede sonuçlandırmak için ne şekilde hareket ettiğine dikkat edilmektedir[64].

MÖHUK'un 50(1). maddesi bakımından, uzun yıllar süren yargılama neticesinde elde edilen, verildiği devlet hukukuna göre hüküm ve sonuçlarını doğurmaya ve icra kuvvetini sürdürmeye devam eden bir ilâm, Türk hukuku bakımından geçerli bir yabancı mahkeme kararı olarak dikkate alınacaktır. Bu noktada, ilâmın verildiği devlette tenfiz davasının davalısı hakkında konkordato kararı verilmesinin, tenfize bakımından sonuçları olabilir. Örneğin tenfizi talep edilen ilâmın verildiği devlette

61 Garcia Ruiz v İspanya App no 30544/96 (ECHR, 21 January 1999) para 26; Suominen v Finlandiya App no 37801/97 (ECHR, 01 July 2003) para 34.

62 Yargıtay İBGK 10.2.2012 tarih ve E. 2010/1 K. 2012/1 sayılı kararı. <www.kazanci.com>

63 Janneke H. Gerards, Lize R. Glas, 'Access to Justice in the European Convention on Human Rights System' (2017) Quarterly of Human Rights 17.

64 Büyükalp Sarıöz (n 36) 68,69.

(İsviçre'de), ilâm borçlusu konkordato talebinde[65] bulunur ve de mahkeme kesin süreyle konkordato mühleti verir ise[66], söz konusu süre zarfında, ilâmın verildiği yabancı devlette borçluya karşı ilâmlı veya ilâmsız takip yapılamayacağından ötürü Türk mahkemesinde açılacak tenfiz davasının da MÖHUK'un 55(2) maddesine istinaden tenfiz talebinin reddedilmesi gerekecektir. Konkordato mühleti boyunca borçluya karşı takip yasağı sadece borçlun özelinde geçerlidir[67]. Bu nedenle, örneğimizde olduğu gibi İsviçre mahkemesinden sadır bir ilâma ilişkin, Türk mahkemelerinde müşterek borçlulara veya kefillere karşı takip yapılabileceğinden, tenfiz davası da görülebilecektir.

Benzer şekilde Alman hukukunda iflas davasının sonlandırılması neticesinde "alacaklardan muafiyet kararı"nın verildiği hallerde, Alman mahkeme kararına istinaden Türk mahkemelerinde yapılacak tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır[68].

Kararın verildiği devlette yapılan yargılama neticesinde verilen bir hükmün, o yer hukukunca nitelik olarak mahkeme ilâmı olarak kabul ediliyor olması, tenfiz devleti bakımından da bu ilâmın mahkeme yargısı neticesinde verilmiş bir ilâm olacağı anlamına gelmeyebilir[69]. İlgili devlet hukuku bakımından bir dini kurumun, -resmi olarak mahkeme sıfatını haiz olmamakla birlikte- verdiği karar, o yer hukukunca her ne kadar mahkeme ilâmı niteliğinde kabul ediliyor olsa da; tenfiz devleti bakımından bu ilâmın bir mahkeme kararı olarak değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir[70]. Resmen mahkeme olarak teşekkül etmemiş ve hukuk devleti değerlerine haiz olmayan makamlardan sadır ilâmlar, Türk hukukunda tenfiz edilemez [71]. Keza yabancı noterler tarafından düzenlenen hibe senetlerinden doğan alacakların tanınması ve tenfizi de söz konusu olmayacaktır. Zira yabancı noterlerin yargı erki bulunmamaktadır. Kaldı ki; yabancı noterin düzenlediği belgenin, bulunduğu ülke mahkemesince bunun onaylanması, söz konusu belgeyi ilâma da dönüştürmez[72].

---

65 Konkordato talebinin başarıya ulaşması için borçluya rahatsız edilmeden gerekli hazırlıkları yapabileceği uygun bir ortamın sağlanması gerekir. Borçlunun malvarlığının koruma altına alındığı bu zaman zarfında gerek Türk gerekse İsviçre hukukunda alacaklılar birtakım kısıtlamalara tâbi tutulmaktadır. Bkz. Cenk Akil, "Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)" (2019) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 228.

66 Türk hukuku bakımından konkordato kesin mühletinin alacaklılar bakımından sonuçları için bkz. 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu m.294. RG:19.06.1932/2128.

67 Akil (n 65) 231.

68 Şanlı (n 14) 436, 440.

69 Nomer (n 3) 417; Şanlı, Esen, Figanmeşe- Ataman (n 4) 514; Çelikel, Erdem (n 4) 685.

70 Emre Esen, 'Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi' (2007) 1-2 MHB 49.

71 Tuğrul Arat, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1964) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 500.

72 Yargıtay 1 HD 14.05.2003 E.2003/4324 K.2003/5861 sayılı kararı (Doğan İzzet, *Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku (*Ankara, 2010) 207. Yargıtay, Arnavut Tiran Noterliği tarafından tanzim ve tasdik edilen iki parsel sayılı taşınmazdaki paya ilişkin hibe senedinin, Tiran Halk Mahkemesi ve Türk Konsolosluğunca onaylanmış olmasının; tanınması ve tenfizine imkân vermeyeceğine hükmetmiştir.

Ancak idari makamlarca verilen ilamların tanınması[73], özel kanunlarla veya iki taraflı adli yardım anlaşmalarıyla tenfizi mümkün olabilmektedir.

Buna karşılık, İran hukukunda olduğu gibi, İran Aile Mahkemesi'nin verdiği boşanma ilamı sonrası bu kararın icrasının, üç ay içinde tek taraflı olarak kocanın notere başvurmasıyla gerçekleştiriliyor olması, boşanma ilamının, ilam olma niteliğini kaldırmayacağından, tanınmasına engel değildir. Ancak boşanma ilamının icrasının tek başına kocanın tasarrufuna bırakılması, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10., 41. hükümlerine aykırı olduğu gibi diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek-7 nolu Protokolünün 5. maddesini de ihlal edeceğinden, MÖHUK'un 54. maddesinin (c) bendi gereğince söz konusu tanıma talebinin reddedilmesi gerekir.[74]

Tanıma ve tenfiz şartlarını taşıyan ve özellikle adil yargılanma hakkının tüm ilkelerini yerine getiren[75], başta kanunilik, bağımsızlık ve tarafsızlık olmak üzere tüm unsurlarını taşıyan bir yargı organının, yabancı hukuk tarafından belli bir uyuşmazlığı çözmek konusunda yetkilendirilmesi durumunda; adli teşkilat içinde yer almasa bile, söz konusu organ tarafından verilen kararın yine de tanınması ve tenfiz edilmesi gerektiği savunulmaktadır[76].

MÖHUK'un 50(1) maddesinde yer alan mahkeme ifadesinin yukarıda belirtilen unsurlara istinaden "verildiği ülke hukukuna göre yargı yetkisi bulunan ve adil yargılanma güvencelerini taşıyan adli veya idari makamlar" şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir[77]. Kanaatimizce, basit yargılama usulüne tabi olan tanıma ve tenfiz davalarında[78], yabancı ilâmın, adil yargılama güvencelerine haiz bir yargı organı tarafından verilip verilmediğinin denetlenmesi, -yargılama süresinin uzunluğu da dikkate alındığında- kolay olmayacaktır. Özellikle, ilâmı veren yabancı mahkemenin tarafsız ve bağımsız olduğunun araştırılması ve bunun tespiti (süre bakımından) kolay ve ucuz olmayacaktır. Kaldı ki, tarafsız ve bağımsızlığın evrensel bir ölçüsü ve standartları da bulunmamaktadır. Türk hukuku bakımından, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ile Avrupa Konseyi'nin bir üyesi olması sebebiyle AİHS ile AİHM içtihatları gözetilerek belli usul standartlarını kabul ettiği ve iç hukukunun bir parçası haline getirdiği söylenebilir. Adil yargılanma ilkesinin doğal olarak, milletlerarası kamu düzenin bir parçası olduğu da söylenmektedir[79].

73 Örnek olarak, yabancı ülkede verilen idari boşanma kararları, Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A hükmüne istinaden idari yolla tescil edilebilmektedir.

74 İran Aile Mahkemesi 6. Şubesinin verdiği boşanma kararının tanınması talebiyle Türk mahkemesinde açılan dava hakkında Yargıtay'ın verdiği karar için bkz. Y.2. HD.,25.12.2018, E. 2018/3127 K.2018/15305 (www.lexpera.com.tr)

75 Bunların detayına, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14.maddesinde de yer verilmiştir.

76 Şeref Ertaş, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1988) 3 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 380; Ahmet Cemal Ruhi, Canan Ruhi, *Mirasçılık Belgesi* (2nd edn, Seçkin 2017) 101-102; Büyükalp Sarıöz (n 36) 464.

77 Ruhi A, Ruhi C (n 76) 101,102.

78 MÖHUK m.55/1.

79 Büyükalp Sarıöz (n 36) 75.

Gerçekten de, adil bir yargılamanın varlığı için, mahkemenin tabi olduğu bir usul rejiminin olması, yargılama yapan merciinin tarafsız ve bağımsız olması gerekir. Ancak, tanıma ve tenfiz davasında hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gereken bu özelliklerin, davalı tarafça yargılamayı uzatmak için ilk fırsatta ileri sürülebileceğinin göz ardı edilmemesi gerekir. Bu nedenle, adil yargılanma ilkesine gölge düşürecek bu hususların ayrı bir tenfiz şartı engeli olarak düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Özellikle, yabancı ilâmın, o yer hukukuna göre görevli ve yetkisiz mahkeme veya yargı merciince verildiğinin, yabancı devletteki yargılamada önceden ileri sürülmüş olması bir şart olarak aranabilir. Keza yargı merciinin tarafsız veya bağımsız olmadığının yargılamanın herhangi bir aşamasında itiraz olarak ileri sürülmüş olması kaydıyla tenfiz davasında davalının bu itirazını yinelemesi veya ilâmın hüküm kısmından, tarafsız veya bağımsızlık ilkesinin ihlal edildiğinin re'sen anlaşılıyor olması ihtimalleri yeni bir tenfiz şartı olarak MÖHUK'da düzenlenebilir. Her ne kadar bu husus, MÖHUK'un 54(1) (c) maddesi kapsamında bir kamu düzeni engeli olacak ise de; bu itiraz sebebinin daha önceden itiraz etmesi koşuluyla bir yönden davalıya bırakılması diğer tarafta da tenfiz hâkiminin re'sen denetimine sınırlı olarak sunulmasıyla hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçileceği veya usul ekonomisine hizmet edileceği düşünülmektedir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde MÖHUK'un 50(1). maddesi için önerimiz şudur:

> "Verildiği devletin hukukuna göre görevli ve yetkili adli veya idari mercii tarafından, özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin olarak verilmiş ve kesinleşmiş bulunan ilâmın Türkiye'de icra olunabilmesi, tenfiz kararı verilmesine bağlıdır."

Ayrıca tanıma ve tenfiz şartlarının düzenlendiği MÖHUK'un 54. maddesine yeni bir ilave şart olarak aşağıda yer verilen (e) fıkrasının eklenmesini önermekteyiz.

> "Davalının, kararının verildiği devletteki yargılamanın herhangi bir safhasında önceden itiraz etmesi şartıyla ilâmın, bağımsız veya tarafsız olmayan bir yargı mercii tarafından verilmemiş olması veya tarafsızlık veya bağımsızlık ilkesinin ihlâl edildiğinin, ilâmın hüküm kısmından re'sen incelemeyle anlaşılmıyor olması"

Yargılamanın her aşamasından kasıt, kararın kesinleşmesi aşamasına kadar geçen süredeki tüm hiyerarşik yapıdaki farklı mahkeme ve yargı mercileridir.

Yabancı mahkeme ilamının tenfizi davalarında, ilamı veren mahkemenin yargı yetkisine ilişkin itiraz hakkının davalıya tanınması gerekir. Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin itiraz hakkının hiç tanınmaması veya itiraz süresinin çok kısa tutulmuş olması uluslararası sözleşmede de tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir. Nitekim, Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2

Temmuz 2019 tarihli Lahey Sözleşmesinin[80], tanıma ve tenfiz şartlarını düzenleyen 5. maddesinin 1/(f) bendi[81]; davalıya, yabancı mahkemede davanın görüldüğü aşamada süresinde yetki itirazında bulunma hakkının verilmemiş olmasını veya yetki itirazında bulunulmuş olunsaydı dahi o devletin yerleşik içtihatlarına göre bunun bir sonuç vermeyecek olmasını bir tenfiz engeli olarak kabul etmiştir. Örneğin, esas davanın görüldüğü devletin yargı yetkisi, (uyuşmazlıkla hiç ilgisinin bulunmamasına rağmen) davalının herhangi bir malvarlığının bu devlette bulunuyor olmasından doğuyor ise; mahkemenin bu yetkisine davalı itiraz etmemiş olsa bile, sözleşme gereğince bu durum bir tenfiz engeli sayılmıştır. Keza esas davanın görüldüğü davada, usul bakımından davalıya böyle bir hak tanınımış olmasına rağmen davanın uyuşmazlıkla daha sıkı ilişki içinde olan başka bir devlet mahkemesinde görülmesi için davalıya "forum non conveniens" itirazında bulunmasına imkân tanınmaması da yine madde kapsamında bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir[82].

III. Arabuluculuk Sonucu Yapılan Sulh Anlaşmasının Tenfiz Edilip Edilmeyeceği

Bilindiği üzere, taraflar arasındaki uyuşmazlık sadece mahkemeler aracılığıyla değil, mahkeme öncesinde uzlaşma veya zorunlu arabuluculuk yöntemiyle de çözüme kavuşturulabilir. Nasıl ki, Türk hukukunda taraf iradesine tabi olan uyuşmazlıklardan bazıları dava şartı[83] olarak uzlaşma yoluyla çözüme kavuşturulabiliyorsa[84], farklı hukuklarda da uyuşmazlığın uzlaşma yoluyla karara bağlanması mümkündür. Anayasa Mahkemesi de arabuluculuğun mahkeme dışı bir çözüm yöntemi olduğunu kabul ederek, "alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığını, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğunu" ifade etmiştir[85]. Ayrıca bu yöntemin başarılı olabilmesinin ön koşulunun da; bu yolların

80 Sözleşme metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137> Erişim Tarihi Ağustos 2019.

81 Maddenin İngilizce metni şöyledir: "the defendant argued on the merits before the court of origin without contesting jurisdiction within the timeframe provided in the law of the State of origin, unless it is evident that an objection to jurisdiction or to the exercise of jurisdiction would not have succeeded under that law"

82 Francisco Garcimartin ve Geneviève Saumier tarafından kaleme alınan 1 Aralık 2018 tarihli Revize Edilmiş Taslak Açıklayıcı Rapor 41. <https://assets.hcch.net/docs/7d2ae3f7-e8c6-4ef3-807c-15f112aa483d.pdf> <www.hcch.net> Erişim Tarihi Ağustos 2019.

83 İş Mahkemeleri Kanununa göre, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (Bkz. 7036 sayılı Kanun m.3) Keza 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 5/A hükmü de; kanunun 4 üncü maddesi ile diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasını zorunlu tutmuştur.

84 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.35/A hükmüne istinaden, avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olsa da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri (yabancılık unsuru dahil) konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınması kaydıyla bu tutanaklar İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğinde olurlar.

85 Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih E.2012/94 K.2013/89 sayılı kararı için bkz. RG:25.01.2014/28893.

yargı yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmemeye çalışılması olduğunu, bu yolların asıl hedefinin, basit ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü sağlamak olduğunu belirtmiştir.

Doktrinde, yargı organları dışında taraflar arasındaki ihtilâfı çözümleyen kararların tanıma ve tenfize konu olabilmesi için öncelikle verildiği ülkede bağımsız yargı organlarınca denetlenip denetlenmediğine bakılmasının gerektiği, şayet yargı organları dışında ihtilafları çözen bu kararların yargı organlarınca denetlenmesine ve onaylanmasına imkân tanınıyor ise bu kararların tenfiz edilebileceği savunulmuştur[86]. Bunun yanında, uzlaşma neticesinde varılan çözümün mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğu ancak bunun mahkeme içi sulhe dönüştürülmesi ihtimalinde, yabancı mahkeme kararı olarak tanıma ve tenfize konu olabileceği ileri sürülmüştür[87].

Hiç şüphesiz, yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıkların Türk hukukunda arabuluculukla çözüme kavuşturulması da mümkündür[88]. Nitekim 6325 sayılı Kanun[89], yabancı unsur taşıyan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk usulüyle çözüme kavuşturabileceğini düzenlemiştir. Ayrıca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesiyle[90], ticari alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca 1.1.2018 tarihinden itibaren yabancılık unsuru taşıyan bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda da, arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir[91]. Doktrinde[92] TTK. Madde 5/A hükmünün lafzına bakıldığında mutlaka Türkiye'de arabulucuya başvurulmasının gerektiğine dair bir ibareye yer verilmediği ileri sürülmüştür. Bu gerekçeyle yabancı devlette arabuluculuk müessesine başvurulması durumunda artık dava şartının yerine getirilmiş olduğunun kabulünün gerektiği savunulmuştur. Zira aksi durum yargıya erişim hakkına ve hak arama hürriyetine gereksiz bir engel teşkil edecektir.

Bununla birlikte yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri bakımından MÖHUK'un 44. maddesinin düzenlediği yetkili Türk mahkemesi, bir tahkim engeli oluşturmamaktadır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunun 20. maddesinin 1.

86 Doğan (n 24) 107.

87 Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü- Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (Seçkin 2003) 166.

88 Faruk Kerem Giray, 'Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Sorunlar'*, Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler Sempozyumu* (Seçkin, 2014) 119,125.

89 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu RG: 22.6.2012/28331.

90 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 4.maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. RG: 14.2.2011/27846.

91 Bkz. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu madde 3/1 ve 38/1/a. RG:25.10.2017/30221.

92 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yollar* (Beta 2019) 560,561.

fıkrası gereğince iş sözleşmesinin sebepsiz feshine veya gösterilen fesih sebebinin geçersizliğine istinaden işe iade taleplerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapılmasına müsaade edilmiştir[93]. Bu nedenle yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık hakkında tahkim kaydı veya tahkim anlaşması var ise, arabuluculuk bir dava şartı olarak uygulanmayacaktır[94]. Zira 6375 sayılı Kanun açıkça tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını belirtmiştir. Şu hâlde, iş sözleşmesinin feshine bağlı işe iade davaları hariç, diğer iş ilişkisinden doğan yabancı uyuşmazlıklar hakkında tahkim anlaşması yapılamayacağından ötürü arabuluculuk şartının karşılanmaması bir tenfiz engeli oluşturacaktır.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde, yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıklar hakkında taraflar bir anlaşmaya veya uzlaşmaya varabilirler. Niteliği gereği sulh anlaşması olan bu tür bir anlaşma, taraflar arasındaki uyuşmazlığı nihai olarak sona erdiren bir mahkeme ilâmı olmadığı gibi onun yerine geçen bir ilâm da değildir. Bu belge, para borçları ve tazminat alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından nitelik olarak bir ibra veya sulh sözleşmesi olarak dikkate alınabilir[95].

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan anlaşma, kanun gereğince iki farklı şekilde icraî nitelik kazanmaktadır. Birinci ihtimalde, uyuşmazlığın bizzat taraflarının arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varmış olmaları ve bunu da bizzat kendilerinin imzalamış olmalarıdır[96]. Bu durumda, tarafların üzerinde mutabık kaldığı anlaşma belgesi veya tutanağının icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesi gereklidir. İcra edilebilirlik şerhi, şayet dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş ise, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden; şayet davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulmuş ve taraflar uzlaşmaya varmışlar ise; bu takdirde, davanın görüldüğü mahkemeden şerh verilmesi talep edilecektir. Anlaşma belgesine veya uzlaşma tutanağına icra edilebilirlik şerhi verildikten sonra, bu tutanağa istinaden İcra ve İflas Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca ilamlı icra yoluyla takip yapılabilecektir.

İkinci ihtimalde ise; tarafların üzerinde mutabık kaldıkları anlaşma belgesinin veya uzlaşma tutanağının, taraflar ve avukatları ile arabulucunun hep birlikte imzalamalarıdır. Tarafların, avukatların ve arabulucunun birlikte imzasının bulunduğu, anlaşma belgesinin veya uzlaşma tutanağının en önemli özelliği ise icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm

93 Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010) 265.

94 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, madde 18/A/18. "Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz"

95 Emre Kıyak, 'Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği' (2015) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 527.

96 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, madde 18/2.

niteliğinde belge sayılmasıdır[97]. Bahsettiğimiz ikinci ihtimale göre düzenlenmiş olan bir anlaşma belgesi veya uzlaşma tutanağına istinaden İcra ve İflas Kanunu'nun 32. maddesine istinaden ilâmlı icra takibi başlatılabilmesi için, herhangi bir icra edilebilirlik şerhinin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Keza aynı şekilde, Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi gereğince, dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce avukatların, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet etmesi neticesinde bir uzlaşma sağlanır ise; uzlaşma konusunun, yerinin, tarihinin, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren bu tutanağın avukatlar ve müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınmasına binaen bu tutanak, İcra ve İflas Kanununun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğinde belge kabul edilmektedir.

Taraflar arasındaki anlaşma tutanağına, icrailik şerhinin verilmesi gereksin veya gerekmesin, söz konusu uzlaşma tutanağını, nitelik olarak bir mahkeme ilâmı yapmaz veya mahkeme ilâmına dönüştürmez. Mahkeme yargılaması neticesinde verilmiş bir hüküm olmadığı için mahkeme ilâmı yerine geçemez. Nitekim Anayasa mahkemenin yukarıda zikredilen kararından[98] da, arabuluculuk kararlarının birer mahkeme kararı olmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı faaliyetidir. İnceleme dosya üzerinden[99] sadece sınırlı olarak yapılmaktadır[100]. Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin 5. maddesinde dosya üzerinden yapılacak incelemenin sınırı belirtilmiştir. Buna göre; bu incelemenin kapsamı sadece iki hususa yöneliktir. Birincisi, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa elverişli olup olmadığı diğeri de anlaşmanın cebrî icraya elverişli olup olmadığına ilişkindir. Şu hâlde, icrailik şerhi verecek mahkemenin yetkisinin sınırları bellidir. Mahkeme uyuşmazlığın esasına girmeksizin, delillere bakmaksızın sadece uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli konulardan olup olmadığını ve de icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlı kalarak bir inceleme yapacaktır.

Görüldüğü üzere, arabuluculuk sonrası taraflarca ve arabulucu tarafından imza altına alınan uzlaşma tutanağı veya anlaşma belgesi, bir mahkeme yargılama neticesinde verilen mahkeme ilâmı değildir. Bilakis mahkeme yargılaması dışında arabuluculuk yoluyla sona erdirilen bir uyuşmazlığa ilişkin taraflarca imzalanmış bir anlaşma tutanağıdır. Kanun koyucunun bu anlaşma tutanağına icrailik şerhi vererek ilâm niteliğinde belgelerden sayması bu belgeyi veya tutanağı bir mahkeme ilâmı yapmaz. Nitekim kanun koyucu da arabulucunun faaliyetinin neticesini "anlaşma" olarak isimlendirmiştir. Bu anlaşma, hukuki kavram olarak, bir devlet mahkemesinin

97 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, madde 18/4.

98 Anayasa Mahkemesinin 10.07.2013 tarih E.2012/94 K.2013/89 sayılı kararı için bkz. RG:25.01.2014/28893.

99 İstisnai olarak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bkz. Arabuluculuk Yön. m. 21/5 ve Arabuluculuk Kanunu m.18/3

100 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18/3 ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (RG: 2.06.2018/30439) madde 21/3.

veya tahkim mahkemesinin yaptığı yargılama neticesinde verdiği bir "karar" veya "hüküm" değildir. Arabulucunun verdiği kararın, kanun gereğince, ilam niteliğinde belge sayılmasının, diğer ilamlarla olan ortak özelliği her ikisinin de ilamlı icraya konu olabilmeleridir[101].

Kanaatimizce Türk arabuluculuk hukukundaki gibi "tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ve imzaladıkları uzlaşma anlaşması" için icrailik şerhinin verilmesini şart koşan yabancı bir arabuluculuk kararının Türk mahkemelerinde tenfizi söz konusu olmayacaktır. MÖHUK'un 50. maddesi son derece açık şekilde, yabancı mahkemelerin verdiği ilâmların tenfiz edilebileceğini hüküm altına almıştır. Oysa arabuluculuk neticesinde tarafların imzaladığı belge bir mahkeme ilâmı olmayıp bir "anlaşma"dır. Nasıl ki, hakem heyetinin verdiği hükmün, iptal davası sonrası kesinleşip icra edilebiliyor olması onun hakem kararı olma niteliğini değiştirmiyor ise; arabuluculuk neticesinde mutabık kalınan anlaşmanın, icra edilebilirlik şerhi alınmış ilâm niteliğinde belge vasfına haiz olması da, bu anlaşmanın arabulucudan sadır olduğu gerçeğini değiştirmez. Yargılama yaparak hüküm tesis eden mahkeme veya tahkim heyeti birbirlerinden farklı yargı mercileri olup farklı usul kurallarına tabidir. Arabuluculuk müessesesi de, gerek mahkeme gerekse tahkim yargılamasından farklı bir uzlaşma çözüm yöntemi olup özel usul kurallarına tabidir. Birbirinden farklı bu üç müesseseden sadır karar ve anlaşmaların farklı usullerle icra ediliyor olması bu mercilerden sadır hüküm ve anlaşmaları, mahkeme ilâmı yapmaz. Yabancı hakem kararının icrası için yerel mahkemelerce tenfiz kararı veriliyor olması hatta bu kararın bir mahkeme ilâmıyla veriliyor olması, hakem kararının niteliğini ve özünü değiştirmez. Bu nedenle, arabuluculuk neticesinde tarafların anlaşması ve bu anlaşmanın şerh verilerek icra edilebilen bir ilâm niteliğine dönüşmesi, bu anlaşmanın arabulucudan sadır olma özelliğini hiçbir koşul ve şartta değiştirmez. Bu nedenle, yabancı arabulucu kararları, MÖHUK'un 50. maddesi gereğince Türk mahkemelerinde tenfize konu olmazlar[102]. Buna karşılık doktrinde yabancı arabuluculuk kararının adi sulh sözleşmesi olarak düşünülmesi durumunda icra edilebileceğini, diğer taraftan ilâm olarak nitelendirildiği vakit, tanıma ve tenfizinin mümkün olabileceği savunulmuştur[103].Doktrinde ayrıca yabancılık unsuru taşıyan uzlaşma sözleşmesinin, uyuşmazlığın sulh ile sona erdiği anlamına geldiğini, bunun da ilgili devletin hukukuna uygun şekilde adli makamlarca (tespit davasıyla) tespit davasıyla belirlenmesi halinde, yapılan tespitin tanıma ve tenfize konu olabileceği savunulmaktadır[104].

101 Baki Kuru / Ramazan Aslan/ Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin 2013) 389.

102 Uzlaştırma veya arabuluculuk yoluyla verilen kararlar, Türkiye'de tanıma ve tenfiz davalarına konu olmazlar. Bkz. Nuray Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (Beta 2015) 10.

103 Hatice Selin Pürselim, 'Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler' (2014) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16.

104 Necla Öztürk, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk (Özellikle Yabancı Unsurlu Uzlaşma Sözleşmesinin Tanınması ve Tenfizi Meselesi) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 619.

Diğer yandan, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı bizzat yabancı mahkeme huzurunda sulh ile çözmeleri durumunda, söz konu sulhun karara geçirilmesi kaydıyla, sulh kararının Türk mahkemelerinde tanınıp, tenfiz edilebileceği unutulmamalıdır[105,106].

Kanaatimizce arabuluculuk neticesinde verilen kararların tenfizi için tıpkı hakem kararlarının icrasında olduğu gibi MÖHUK'ta ayrı bir bölüm oluşturulmalı veya özel bir kanun veya milletlerarası sözleşmeyle[107] düzenlenme yapılmalıdır. Arabuluculuk neticesi verilen sulh anlaşmalarının geçerliliği ve icra edilebilirliği Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu tarafından düzenlenen Singapur Sözleşmesine konu edilmiştir. Singapur Sözleşmesinin 5. maddesi, arabuluculuk kararlarının icrasının reddini düzenlemektedir. Ret sebepleri şunlardır: tarafların arabuluculuk neticesi sulh sözleşmesi yapma ehliyetlerinin eksikliği veya yokluğu, sulh sözleşmesinin geçersiz olması veya bağlayıcı olmaması veya üzerinde tarafların rızası hilafına değişiklik yapılması veya sulh sözleşmesinin daha önceden icra edilmesi veya yerine getirilmiş olması veya sulh sözleşmesinin anlaşılır olmaması veya tutarsız olması veya arabulucunun şahsında gerçekleşen sebepler yüzünden tarafsız veya bağımsız olmaması veya sulh sözleşmesinin taraf devletin kamu düzenine aykırı olması veya akit devletin mevzuatına göre sulh sözleşmesine konu olan uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmamasıdır.

IV. Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emrinin Türk Hukukunda Tenfizi

Yabancı mahkeme kararının, Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için hukuk davasına ilişkin olması gerekir. Hukuk davası hem özel hukuk hem kamu hukuku alanındaki tüm davaları kapsayan bir ifadedir. Ancak, idare, ceza ve vergi hukukuna giren uyuşmazlıklar MÖHUK'un 50. maddesinin kapsamı dışındadır[108]. Ancak belirtelim ki, ilamın verildiği ülkenin adliye örgütlenmesi içinde bir "hukuk mahkemesi" tarafından verilip verilmediği önemli değildir. Bu nedenle idare mahkemesi sayılan bir organdan sadır kararların da belirtilen niteliği taşıması kaydıyla tenfiz

105 Türkiye'nin akdettiği birçok iki taraflı adli yardım anlaşmasında mahkemeler tarafından verilen sulh bildirimlerinin tenfiz edilmesine izin verildiği görülmektedir. Misal olarak Türkiye ile Çin Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması Md. 21/2 hükmü.

106 Türk usul hukukunda, mahkeme huzurunda yapılan sulhün, davayı sona erdireceği ve kesin hüküm gibi sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Böyle bir ihtimalde mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; şayet sulhe göre karar verilmesini istemezler ise, "karar verilmesine yer olmadığına" karar vererek yargılamayı sona erdirecektir. Bkz. HMK m.315/1.

107 Bkz. Arabuluculuktan Kaynaklanan Uluslararası Sulh Anlaşmalarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi. (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation) madde 3. Sözleşmenin 4. ve 5. Maddelerine uygun olarak yürütülen arabuluculuk yönteminden sadır sulh anlaşmalarının akit devletlerde icra edileceğini düzenlemektedir. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation. Anılan sözleşme, kısaca Singapur Sözleşmesi olarak adlandırılmakta olup, Haziran 2018 tarihinde BM. Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Sözleşmenin 1 Ağustos 2019 tarihinde Singapur'da imzaya açılmıştır. Sözleşme, BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanan Uzlaştırmaya İlişkin Model Kurallara eşlik etmektedir.

108 Ekşi (n 5) 121,123.

edilebileceği kabul edilmelidir. Esas olan, kararı veren mahkemenin ismi değil, kararın niteliğidir[109].

5718 sayılı MÖHUK, medeni, borçlar ve ticari konulara ilişkin uyuşmazlıklar hakkında verilen yabancı ilamların tanınması ve tenfizini amaçlamaktadır. Makale konumuzun bir yönü yabancı mahkemelerin ödeme emirlerine ilişkin olduğundan, bu kararların tenfiz edilip edilmeyeceği incelenecektir. MÖHUK'un 50(1). maddesi gereğince tenfiz için aranan ilk koşul, kesinleşmiş yabancı bir mahkeme kararının varlığıdır. Şu hâlde, tenfiz şartlarının başında önem arz eden husus, yabancı mahkemeden sadır ödeme emri kararlarının nitelik olarak kesinleşmiş yabancı mahkeme kararı sayılıp sayılmayacağıdır. Mahkeme kararlarının kesinliği demek, hâkimin artık davaya bakmaması, davadan elini çekmesi demektir. Türk hukukunda, tenfize konu olabilecek yabancı mahkeme kararlarının, maddi anlamda kesin hüküm kuvvetine haiz olması yeterli görülmektedir[110]. Diğer bir ifadeyle verildiği ülke hukukuna göre kanun yollarına müracaat edilemeyecek nitelikte olan kararlar tenfiz edilebileceklerdir[111]. Bu noktada yabancı mahkeme kararının yürürlüğe girdiği ifadesinin kesinleşme kavramını karşılayıp karşılamadığı tartışma konusu olabilir. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, yabancı mahkeme ilâmının tercümesinde kesinleşme kavramına yer verilmeyip hükmün yürürlüğe girdiği ifadesini esas alarak, ilamın henüz kesinleşmemiş olduğu tespitinde bulunarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur[112].

Yabancı devlet mahkemesince verilen bir kararın, ilâm niteliğinde olup olmadığı, kararı veren mahkemenin hukukuna bakılarak karar verilmelidir. Bu noktada yabancı ödeme emri içeren kararların tenfizi için bu kararların niteliği tespit edilmelidir. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına baktığımızda ödeme emri içeren yabancı kararların, mahkeme kararı olmadıkları gerekçesiyle tenfiz edilmediklerini görmekteyiz.

Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin[113] 2675 sayılı MÖHUK döneminde verdiği bir kararında, "Münih Asliye Hukuk Mahkemesinin 21.06.1994 gün BK 08314494 sayılı icra kararının tenfizinin talep ve dava edildiğini, ilk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin 2675 sayılı MÖHUK'un 34-42. maddelerinde düzenlendiğini, 2675 sayılı MÖHUK'un 34(1) maddesi uyarınca tenfize konu olan kararların yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin ilâm niteliğindeki kararların anlaşılması gerektiğini ayrıca bu kararların, ilgili devlet kanunlarına göre kesinleşmiş ilâm niteliğinde bulunması gerektiğini somut olayda tenfizi istenen kararın ilâm niteliğinde bir belge olmayıp, ilâmsız ihbara bağımlı olarak verilmiş bir icra kararı olduğunu, bu nedenle Münih

109 Aybay, Dardağan (n 32) 297.

110 Buna karşılık hukuki güven açısından yabancı ilamın hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşmesinin gerektiği savunulmuştur. Bkz. Erdoğan Göğer, *Devletler Hususi Hukuku* (4th edn, Sevinç Matbaası 1977) 386.

111 Doğan (n 24) 110. Doktrinde şekli anlamda kesinleşmenin yeterli olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. Sakmar (n 13) 57.

112 Yargıtay 11. HD. 04.10.2011 E.2011/8672 K.2011/12200. Karar için bkz. Doğan (n 20) 110.

113 Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E. 2007/4557 K. 2007/10147 sayılı ve 15.11.2007 tarihli kararı.

Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilmiş bulunmasına rağmen kararın, ilâm niteliğinde olmadığını bu nedenle tenfizinin de mümkün bulunmadığını gerekçe göstererek ilk derece mahkemesinin hükmünü onadığı" görülmüştür.

Keza Yargıtay'ın daha eski tarihli bir kararında[114] da ilamsız ihbara bağlı olarak verilen icra emrinin tenfizi talebi reddedilmiştir. Kararda; "davacının, davalı ile arasında Almanya Wedding Sulh Hukuk Mahkemesi Merkezi İcra Mahkemesinin 30.10.1990 tarih, 90-1108283-1-4 karar numaralı kesinleşmiş davalarının bulunduğunu, bu mahkemece verilen kararın Türkiye'de tenfizinin ve 26.300.92 Alman Markının davalıdan tahsiline karar verilmesinin talep edildiğini …. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 34. maddesine göre tenfiz kararı verilebilmesi için yabancı mahkemeden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bir ilâmın bulunmasının gerektiğini, davaya dayanak teşkil eden Almanya Wedding Sulh Hukuk Mahkemesi Merkezi İcra Mahkemesince verilen 30.10.1996 tarihli belgenin ilâm niteliğinde bir belge olmayıp, ilamsız ihbara bağlı olarak verilmiş bir icra kararı olduğunu, kararın ilâm niteliğinde olmamasından ötürü, tenfizinin mümkün olmadığını, davanın bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken, tenfizine karar verilmesinin usule ve yasaya aykırı olduğunu" ifade etmiştir.

Doktrinde Yargıtay'ın bu yaklaşımı eleştirilerek, kendi usul hukuku hükümleri uyarınca ilâm niteliğinde kabul edilen bir mahkeme kararının, Türk icra hukukunda yer alan bir düzenlemeye benzetilerek belirli bir miktar paranın ödenmesi ihtarını içeren emirname veya ödeme emri olarak nitelendirilmesinin, hukuken mümkün olmayacağı belirtilerek, basit dava usulüne tabi olarak verilmiş ve kendi usul hukukuna göre mahkeme ilâmı olarak kabul edilen bu türden yabancı mahkeme kararlarının, MÖHUK'un 50. maddesi gereğince tenfiz kararı verilmeye ehil yabancı ilâmdan biri olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmuştur[115].

Bu anlayışa benzer diğer bir doktrin görüşü de, belli şartların gerçekleşmesi durumunda, ödeme emri içeren kararların tenfiz edileceğini savunmaktadır. Buna göre ödeme emri içeren kararlar, şayet davalının kendisine ihtarname ile öncesinde tebliğ ediliyor ve bu karara karşı borçlu süresi içinde itiraz etmediğinden mahkemece icra kararı veriliyor ise; söz konusu kararla davalı, davacının talep ettiği alacak miktarını ödemeye mahkûm ediliyor demektir. Para alacağına ve mahkeme kararına dayanan bu türden icra emirleri Türk hukuku bakımından tenfiz edilebilecektir[116].

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu da doktrindeki bu görüşleri esas alarak, verdiği Kararında: "yabancı bir mahkeme kararının niteliği tespit edilirken;

114 Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, E.1998/6747 K.1998/7537 sayılı ve 6.10.1998 sayılı Kararı. <www.kazanci.com>

115 Nomer Ergin, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde "Gerekçe" (2011) 1 İKÜHFD 10, 11.

116 Esen (n 70) 51.

yabancı kararın, Türk icra hukukunda yer alan bir düzenlemeye benzetilmemesi, Türk hukukundaki gibi "emirname veya ödeme emri" olarak nitelendirilmemesi ve fakat bunun yerine verildiği ülke mahkemesinin hukukuna göre bir değerlendirme yapılması" gerektiğini ifade etmiştir[117]. Yargıtay'a göre: *"Yabancı devletin usul hukukuna tabii olarak verilmiş bir mahkeme kararının, mahkeme ilâmı niteliğinde olup olmadığı ve kesinleşme şartları, hiç şüphesiz ki münhasıran kararın verildiği ülkenin usul hukuka göre tayin ve tesbit olunacaktır. Bu durum gerek milletlerarası alanda gerekse Türk Mahkeme uygulanmasında kabul edilmiş olan, usul hukukundaki lex fori prensibinin, diğer bir ifadeyle mahkemenin kendi usul hukukuna tabii olması prensibinin bir gereğidir."*

Yargıtay'ın bu kararı olmasına rağmen, yabancı bir mahkemenin düzenlediği ödeme emrinin, süresi içinde itiraz edilmemesi durumunda cebri icraya konu olan bir mahkeme ilâmı niteliğinde olup olmadığı Türk mahkemelerinin önüne gelen çeşitli uyuşmazlıklarda tartışma konusu olmaya devam ettiği görülmektedir. Nitekim İBK sonrası Yargıtay'ın konuya ilişkin verdiği kararlardan birinde[118] *"davalıya ödeme emri çıkarılarak 60 gün içinde itirazda bulunmaması halinde ödeme emrinde belirtilen alacak miktarı ve yargılama gideri ile sair ferilerinin kesin olarak cebri icraya konulacağı ihtarı yapılmış olmasının önemli olmadığı, söz konusu kararın teknik anlamda tenfizi kabil bir karar olarak nitelendirilemeyeceği"* saptamasında bulunarak tenfiz talebini reddettiği görülmektedir.

Yargıtay yukarıda bahsi geçen kararın red gerekçesinde aynen şu ifadelere yer vermiştir[119]. "… Somut belgelerle başvurulmuş, İtalyan mahkeme hâkimi tarafından davalıya ödeme emri çıkarılarak 60 gün içinde itirazda bulunmaması halinde ödeme emrinin sonuç kısmında belirtilen alacak miktarı ve yargılama gideri ile sair ferilerinin kesin olarak cebri icraya konulacağı ihtar edilmiştir. Tenfiz istemi de, ödeme emrine rağmen 60 gün içinde itirazda bulunulmaması nedeniyle hakimlikçe çıkarılan ödeme emrinin kesinleştiği iddiasına dayanmaktadır. Açıklanan bu usul çerçevesinde İtalya/Padova Asliye Hukuk Mahkemesince çıkarılan ödeme emrinin kesinleşmiş olması, bu kararı teknik anlamda tenfizi kabil bir karar olarak nitelendirmeye yeterli değildir. Mahkemece bu yön gözetilmeden karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."

Bu kararda dikkat edilmesi gereken husus, yabancı ödeme emrine süresi içinde itiraz edilmemesi durumunda kesinleşmesinin yanında yargılama gideri ile sair ferilerinin de İtalyan hukukuna göre kesinleşiyor olmasıdır. Görüldüğü üzere, ortada İtalyan usul hukukuna göre bir yargılama vardır ve bu yargılamadan doğan mahkeme masrafları da borçlu tarafın itiraz etmemesi üzerine kesinleşmektedir.

117 Yargıtay İBGK 10.2.2012 tarih ve E. 2010/1 K. 2012/1 sayılı kararı

118 Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E.2012/2857 K.2012/11052 sayılı ve 04.07.2012 tarihli kararı.

119 Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin E.2012/2857 K.2012/11052 sayılı ve 04.07.2012 tarihli kararı için bkz. Ekşi (n 4) 113,114.

Usulüne uygun şekilde yapılan bir ödeme emrine süresi içinde itiraz edilmemesi durumunda bunun bir mahkeme kararı olarak kesinleştiğinin bir diğer kabulü de apostil şerhinin hangi gerekçeyle verildiği bakımından önem arz eder. Nitekim, İtalya/Padova mahkemelerinin verdiği karara ilişkin apostil şerhinin idari belgeler için verilen bir apostil şerhi olmayıp, mahkeme kararları için verilenler olduğu anlaşılmaktadır. Apostil şerhinin hangi makamın kararı için verildiği söz konusu belgenin bir mahkeme kararı mı yoksa idari merci kararı mı olduğunu ortaya koyması bakımından önemlidir.

İçtihadı Birleştirme Kararı sonrası Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin verdiği bir kararda[120] "… tenfiz kararı verilebilmesi için ortada ilâm mahiyetinde bir yabancı mahkeme kararının var olması gerektiğini, davacının tenfizini istediği "İtalya/Milano Genel Mahkemesi Telematik Ödeme Emri" başlıklı belgenin bir ilâm mahiyetinde olmadığını zira kararın muhtevası ve başvuru tarihinde derhal verilmiş olmasının bir yargılama sonucu verilmiş karar niteliğinde olmadığını gösterdiğini, karar sonucunda hâkimin belirli bir meblağın ödenmesini emrettiğini ve tebliğden itibaren 60 gün içinde itirazda bulunulmadığı takdirde davacının cebri icra yoluna başvurma hakkı olduğu konusunda borçlunun da uyarıldığını, nitekim borçluya ödeme emrinin ilan edildiği ve itirazda bulunulmadığının belirtildiğini, bu hususun da infazı istenen belgelerin ilâm mahiyetinde olmadığını gösterdiğini, bu nedenle ilk derece mahkemesi kararının dayandığı sebepler ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığını" gerekçe göstererek İtalyan mahkemesince çıkarılan ödeme emrinin ilâm niteliğinde olmaması sebebiyle tenfizinin reddi kararını doğru bulmuştur.

Oysa söz konusu mahkeme kararının sağlıklı değerlendirilebilmesi için İtalyan hukuku özelinde detaylı bir araştırma yapılması gerekirdi. Mahkemece bu noktada, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinden[121] ilk etapta istifade edilmesi yerinde olacaktı. Nitekim Sözleşmenin 1. maddesi gereğince akit devletler, hukuk usulleri ile yargı örgütleri konusunda birbirlerine bilgi vermeyi taahhüt etmişlerdir.

Diğer taraftan, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanunun 633-653. maddeleri arasında düzenlenen ödeme emrine istinaden verilen bir mahkeme kararının "kesin hüküm" niteliğinde bir karar olup olmadığı, Avrupa Topluluğuna üye devletler arasında imzalanan 1968 Tarihli Brüksel Konvansiyonun uygulama alanı bulduğu bir uyuşmazlıkta tartışma konusu yapılmış ve konu hakkında Topluluk Mahkemesi'nden (Adalet Divanından) görüş alınmıştır. Topluluk Mahkemesinin görüşünün talep edildiği konu; İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanunun 633-653 maddelerine

120 Yargıtay 19.Hukuk Dairesi E.2015/12151 K.2015/15211 sayılı ve 19.11.2015 tarihli kararı. (Karar yayınlanmamıştır.)

121 RG: 29.05.1975/15249. İtalya sözleşmeyi 6.11.1968'de onaylamış ve 11.07.1972'de tasdik edip yürürlüğe sokmuştur. İtalyan devleti, sözleşmeye herhangi bir çekince koymamıştır. Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/062/signatures?p_auth=8QgCiYZQ>

istinaden düzenlenen ödeme emrinin, 27 Eylül Tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Konvansiyonun 27/2. maddesi kapsamında tenfize konu bir karar niteliğinde olup olmadığının tespiti hususuna ilişkindir.

Topluluk Mahkemesi, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanunun 633-653. maddelerinde yer alan ödeme emrinin kesin hüküm niteliğinde bir karar olduğuna hükmetmiştir[122]. Topluluk Mahkemesine sorulan soruya konu olan uyuşmazlık; ayakkabı satışından doğan faturaların ödenmemesinden doğan alacak hakkına ilişkindir. İtalya'da ikamet eden Bayan Campese, Hollanda'da ofisi olan Hengst Import BV şirketine karşı ödenmemiş ayakkabı faturalarının tahsili için ödeme emri göndermiş ve davalı da 20 günlük itiraz süresi içinde ayakkabıların borcunu ödememiş veya iade etmemiş olduğundan takip kesinleşmiştir. Bunun üzerine davacı taraf, söz konusu ödeme emri kararına istinaden 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi hükümleri uyarınca tenfizini talep etmiştir.

Topluluk Mahkemesi, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan ödeme emrinin hukuki niteliğini tahlil ederken; itiraz süresi dolmaksızın icrailik kararının verilemeyecek olmasından (paragraf 20) ve de davalıya usulüne uygun tebligat yapılmadıkça yargı faaliyetine geçilemeyecek olması (paragraf 19) gerekçesiyle, "ödeme emri[123] kararının" Brüksel Konvansiyonun 27(2). maddesi bağlamında tenfize edilebilecek karar niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.

Topluluk Mahkemesi nihai hükmünde, İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanunun IV. Kitabının 633-656. maddeleri arasında düzenlenen ödeme emri kararının, Brüksel Sözleşmesinin 27/2. maddesi kapsamında tenfize konu bir karar niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.

Tenfiz davasının konusunu oluşturan kararın İtalyanca orijinal metninde "DECRETO INGIUNTIVO" ifadesi yer almaktadır. Aynı kavram, Topluluk Mahkemesinin 3. Dairesinin 13 Temmuz 1995 tarihli kararının hüküm kısmında da yer almaktadır[124].

Şu hâlde, İtalyan Hukukuna göre düzenlenmiş bir ödeme emri kararının, kesinleşmiş bir mahkeme kararı olup olmadığı, İtalyan hukukuna ve onun tarafı olduğu milletlerarası sözleşme ile Avrupa Birliği düzenlemelerine bakılarak değerlendirilmelidir. Oysa Türk mahkemeleri, bu yönde detaylı bir inceleme

122 Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 July 1995. - Hengst Import BV v Anna Maria Campese. Case C-474/93.

123 Benzer şekilde 2001/44 sayılı AB Tüzüğünün 32. Maddesi gereğince de, mahkemeden sadır "icra emri" tenfiz edilebilecek kararlar arasındadır. Bkz. Ceyda Süral, *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Güncel Yayınevi 2007) 71.

124 Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 July 1995. - Hengst Import BV v Anna Maria Campese. - Reference for a preliminary ruling: Arrondissementsrechtbank Zwolle - Netherlands. - Brussels Convention - Article 27 (2) - Concept of document instituting the proceedings or equivalent document. - Case C-474/93. *European Court Reports 1995 Page I-02113)*

yapmaksızın ve de 2012 tarihli Yargıtay İBK kararlarını dikkate almaksızın, Türk hukukundaki düzenlemeleri referans alarak, bu türden kararların tenfize konu olmayacağına karar vermektedirler. Bu durum hukuk güvenliğine ve hukukun en temel fonksiyonlarından biri olan öngörülebilirlik ilkesine zarar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay daireleri arasında farklı kararların mevcut olduğu hallerde, içtihadı birleştirme mekanizmasının işletilebileceğine dikkat çekmekte ve Yasemin Bodur Başvurusuyla[125] ilgili olarak verdiği kararın 52. paragrafında şu ifadelere yer vermiştir. " …Dairelerin ve buna bağlı olarak alt dereceli mahkemelerin vardıkları sonucun davaların somut özelliğinden kaynaklanmaması ve hukuki belirsizliğe yol açan bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak içtihadı birleştirme kararı gibi elverişli bir mekanizma bulunmasına rağmen, bunun işletilmemesi neticesinde uyuşmazlığın çözümünde görev alan Daire ve Kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır. Başka bir anlatımla derin ve süregelen farklılıkları ortadan kaldırmaya elverişli bir mekanizma niteliğindeki içtihadın birleştirilmesi yolunun işletilmemesi nedeniyle varılan sonucun başvurucu için öngörülemez olduğu ve bu hususun hükümden bağımsız olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelemiştir."

Keza Anayasa Mahkemesi'nin Ford Motor Company Başvurusu[126] hakkında verdiği kararın 69 nolu paragrafında da konuyla ilgili olarak şu ifadelere yer verilmiştir. "Aynı kanun hükmüne ilişkin iki farklı yorumun yürürlükte bulunması ve bu yorumlardan birine geçerlilik sağlayacak şekilde içtihadın birleştirilememesi; hukuk kurallarının, muhataplarının davranışlarına yön verme kapasitesini ve dolayısıyla öngörülebilirliğini zayıflatmaktadır. … Bu durum hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceği gibi bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına güvenini de sarsmaktadır."

Görüldüğü üzere, hukuki öngörülebilirliğin ve hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi noktasında içtihadı birleştirme kararları önem arz etmektedir. Ne var ki mahkemelerin, içtihadı birleştirme kararının içeriğinde yer alan açıklamaları dikkate almamaları, verildiği yer hukukuna göre kesinleşmiş olan yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmemesine sebebiyet vermektedir.

Sonuç

Yabancı mahkeme ilâmının tenfizi için aranan koşullar, milletlerarası antlaşmalar ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27A maddesi saklı kalmak kaydıyla, MÖHUK'un 50. 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmiştir. Tenfiz için aranan koşullar arasında yabancı mahkeme ilâmının hukuk devletinden sadır olması yönünde bir şart yer

125 Yasemin Bodur Başvurusu 2017/29896 sayılı ve 25.12.2018 tarihli kararı.

126 Ford Motor Company Başvurusu 2014/13518 sayı ve 26.10.2017 tarihli kararı.

almamaktadır. Hâl böyle olmasına rağmen, tenfizi talep edilen yabancı ilâmın, adil yargılama ilkelerinin ihlal edilerek tesis edildiği durumlarda, söz gelimi, hakimlerin tarafsızlığının, bağımsızlığının bulunmadığı veya yargılamaya ilişkin önceden belirlenmiş bir yargı usulünün veya kurallarının yer almadığı bir hukuk düzeninden sadır kararların, ismi her ne kadar mahkeme de olsa, Türk hukukunda tenfizi mümkün değildir. Bu çalışmada, Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate alınarak, hukuk devletinden neyin kastedildiği ve adil bir yargılanma için mahkemenin olmazsa olmaz unsurlarının neler olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Doktrinde, adil yargılanma ilkesine açık bir şekilde MÖHUK'un 50. maddesinin 1.fıkrasında yer verilmesi gerektiği önerilmiş ve bu yönde bir teklif hazırlanmıştır. Kanaatimizce, adil yargılanma ilkesi kavramına yer verilmesi yerinde olmakla birlikte basit yargılama usulünün söz konusu olduğu tanıma ve tenfiz davaları bakımından bu şartın incelenmesinin ve değerlendirilmesinin hızlıca ve kolaylıkla yapılmasının usul ekonomisi açısından pek kolay olmayacağı düşünülmektedir. Ayrıca davalı tarafın da her zaman için davayı uzatmak adına böyle bir itirazda öncelikle bulunmayı tercih edebileceği göz önünde tutulmalıdır. Bu gibi mahsurların önüne geçmek adına, adil yargılanmanın hâkimlerin veya mahkemenin tarafsızlığının veya bağımsızlığının tenfizi talep edilen yabancı ilâm bakımından varit olup olmadığının denetlenmesi için MÖHUK'un 54.maddesinde aranan şartlara yeni ilave bir şartın eklenmesinin gerekli olduğunu, bunu yaparken de hakkın kötüye kullanımının önlenmesi adına davalının bu yöndeki itirazını yabancı mahkemedeki yargılamada önceden ileri sürmüş olmasının bir şart olarak aranmasının gerektiğini düşünmekteyiz. Diğer taraftan tenfizde revizyon yasağı olması sebebiyle hakime, sadece hüküm kısmını dikkate alarak tarafsızlık ve bağımsızlığın ihlal edilip edilmediğini re'sen denetlenmesini önermekteyiz.

Yabancı ilâmı veren devlet mahkemesi, davacı veya davalıya iddia ve savunma haklarını ileri sürme imkânı vermeyen bir hukuk düzenine sahip ise; söz konusu ilâmı, gerek MÖHUK'un 54(1)(c) fıkrası gerekse (ç) fıkrası gereğince Türkiye'de tenfiz edilmeyecektir.

Çalışmamızda yabancı arabulucunun verdiği kararların tenfize konu olup olmayacağı da incelenmiştir. Kanaatimizce Türk arabuluculuk hukukundaki gibi "tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ve imzaladıkları uzlaşma anlaşması" için icrailik şerhinin verilmesini şart koşan yabancı bir arabuluculuk kararının Türk mahkemelerinde tenfizi söz konusu olmayacaktır. Zira arabuluculuk neticesinde tarafların imzaladığı belge bir mahkeme ilâmı olmayıp bir "anlaşma"dır. Bu nedenle arabuluculuk neticesinde verilen kararların tenfizi için tıpkı hakem kararlarının icrasında olduğu gibi MÖHUK'ta ayrı bir bölüm oluşturulması gerektiği kanaatindeyiz.

Bunların dışında, yabancı hukuklarda yer alan ödeme emri içeren kararların, tenfiz edilip edilmediğinin değerlendirilmesi yapılmıştır. 2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararından önce verilen kararların, ödeme emri içeren yabancı kararları ilâm niteliğinde kabul etmeme eğilimlerinde oldukları gözlemlenmiştir. İçtihadı Birleştirme Kararıyla, bu konudaki tereddütler doktrindeki görüşlere yer verilerek açıkça ortadan kaldırılmış ise de, uygulamada hala sorunun devam ettiği görülmektedir. Özellikle İtalyan mahkemelerince verilen kararların tenfizi davaları özelinde Yargıtay kararları incelendiğinde, mahkemenin gerekçesinin tatminkâr olmadığı değerlendirilmiştir. Mahkemelerin, bu türden ödeme emirleriyle karşı karşıya kaldıklarında tenfiz bakımından mahkeme ilâmı niteliğinde olup olmadıklarının değerlendirilmesinde; öncelikle Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümlerinden istifade edilerek akit taraflar bakımından kararı veren devletin merkezi makamından bilgi talep ederek, verilen kararın hem ilâm niteliğine hem de kesinleşme şartına haiz olup olmadığını öğrenebilirler. Ayrıca konu hakkında değerlendirme yaparken Avrupa Birliği müktesebatına dâhil sözleşme ile Avrupa Birliği Adalet Divanı (eski topluluk mahkemesi) kararlarının dikkate alınmasının önemli olduğunu düşünmekteyiz.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça /References

Akil C, 'Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)' (2019) 141 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 227, 252.

Arat T, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1964) XXI (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421, 527.

Arslan İ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütekabiliyet Şartına Bağlanması ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Haklar Arasındaki İlişki, (2019) 32 (143) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 331,383.

Arıkoğlu E, 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması', (2004) 1-2 MHB 71, 125.

Aybay R, Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).

Çelikel A ve Bahadır E, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017).

Çelikel A, Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2018).

Dardağan E, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı* (Siyasal Yayınevi 2005).

Demir A, *Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi* (Yitik Hazine Yayınları 2010).

Demirkol Ö, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası* (Onikilevha 2017).

Doğan İ, *Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku* (Seçkin 2010).

Doğan V*, Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd edn, Savaş Yayınevi 2015).

Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013).

Ekşi N, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (Beta 2015).

Ertaş Ş, 'Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi' (1988) III (1-4) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365, 438.

Esen E, 'Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi' (2007) 1-2 MHB 21, 79.

Garcimartín F, Saumier G, Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, 1.12.2018, HCCH 1, 96.

Gerards J,Glas l, 'Access to Justice in the European Convention on Human Rights System' (2017) Quarterly of Human Rights 11, 30.

Giray K, 'Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Sorunlar'*Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? İngiliz ve Portekiz Uygulamaları Işığında Öneriler Sempozyumu* (Seçkin 2014) 1, 154.

Göğer E, *Devletler Hususi Hukuku* (4th edn, Sevinç Matbaası 1977).

Gökyayla C, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni* (Seçkin 2001).

Güven P, *Tanıma -Tenfiz* (Yetkin 2013).

Huysal B, 'Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili" (2017) 37 (2) MHB 473, 507.

Huysal B, 'Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Beta 2011) 467, 502.

Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010).

Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü- Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (Seçkin 2003).

Büyükalp Sarıöz İ, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri* (Onikilevha 2018).

Kıyak E, 'Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği', (2015) 6(21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 523, 548.

Kiestra L, *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law,* (Springer 2014).

Kuru B, Aslan R, Yılmaz E, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin 2013).

Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).

Nomer E, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde "Gerekçe" (2011) 10(1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 16.

Özbakan I, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Kazancı 1987).

Öztürk N, 'Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk (Özellikle Yabancı Unsurlu Uzlaşma Sözleşmesinin Tanınması ve Tenfizi Meselesi) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 605, 624.

Pürselim H., 'Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler' (2014) 20(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 17.

Sousa N, *The Capitulatory Regime of Turkey, Its History, Origin and Nature* (Johns Hopkins Press 1933).

Süral C, *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Güncel Yayınevi 2007).

Süzen B., *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (Onikilevha 2016).

Symeonides S, *American Private International Law* (Kluwer 2008).

Şanlı C, *Hukuki Mütalaalarım* (Adalet 2016).

Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).

Şanlı C, Esen ve Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018).

Şensöz Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (Onikilevha 2017).

Tait Slys M, *Exporting Legality, The Rise and Fall of Extraterritorial Jurisdiction in The Ottoman Empire And China* (Graduate Institute Publications 2014).

Tezcan D, Ruhan Erdem M, Sancakdar O, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (2nd edn, Seçkin 2004).

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 645–672

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0002
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Submitted: 28.01.2019
Revision Requested: 06.02.2019
Last Revision Received: 23.06.2019
Accepted: 23.09.2019
Published Online: 20.10.2019

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Collective Arbitration

M. Talha Konukpay*

Abstract
Collective mechanisms serve to effectively protect injured parties from mass harm situations and enable the associated claims to be settled once and for all. Different types of large-scale arbitration systems are used in different jurisdictions to settle mainly domestic disputes. In the United States, class arbitration is the most widely used type of collective arbitration mechanism. The jurisprudence of the US Supreme Court has been instrumental in the development of this system. For example, these mechanisms change the nature of arbitration in accordance with the jurisprudence of the Supreme Court. It can be stated that there are differences between collective arbitration mechanisms and traditional arbitration, which may pose certain problems, particularly regarding the enforceability of awards. In Europe, class actions are not appreciated although the European Union is trying to create collective redress mechanisms. As a result, two models of collective arbitration have been developed in Europe, which differ from class arbitration. Collective arbitration proceedings that may have the benefits of both arbitration and collective proceedings are still in the development phase and will most likely continue to be used for internal disputes.

Keywords
Arbitration, Class action, Class arbitration, Collective arbitration, Collective redress

Kollektif Tahkim

Öz
Kolektif mekanizmalar, kitlesel boyutta zararların meydana geldiği durumlarda zarar görenlerin etkili bir biçimde korunmasını ve ortaya çıkan bütün uyuşmazlıkların bir seferde herkes için çözümlenmesini sağlar. Bu bağlamda tahkimde de yine böyle birçok tarafın mevcut olduğu durumlarda kolektif sistemler ortaya çıkmıştır. Çeşitli hukuk sistemleri daha çok yerel uyuşmazlıkları çözmek için farklı türdeki geniş kapsamlı tahkim sistemlerini kullanıyor. Amerika Birleşik Devletleri'nde, grup tahkimi en yaygın kullanılan kolektif tahkim mekanizması türüdür. ABD Yüksek Mahkemesinin içtihatı, bu sistemin geliştirilmesinde etkili olmuştur. İlk başlarda, Yüksek Mahkemenin grup tahkimi hakkındaki görüşü oldukça olumludur ve grup üyeleri lehinedir. Nitekim grup tahkiminin resmi olarak kabul görmesi de yine Yüksek Mahkeme'nin buna ilişkin ilk kararından sonra olmuştur. Fakat Yüksek Mahkeme'nin bu pozitif tutumu zamanla radikal bir değişime uğramış ve grup tahkimi sisteminin aleyhine dönmüştür. Örneğin Yüksek Mahkeme'nin kararına göre grup tahkimi, tahkimin yapısını değiştiren bir sistem olarak tanımlanmış ve bu da taraflar arasındaki sözleşmenin çok dar bir biçimde yorumlanabileceği anlamına gelmiştir. Böylelikle de grup tahkiminin uygulanma alanı oldukça daralmıştır. Kolektif tahkim mekanizmaları ile geleneksel tahkim arasında, özellikle de kararların tenfizi noktasında belirli sorunlar doğurabilecek farklılıklar olduğu söylenebilir. Avrupa'da, her ne kadar Avrupa Birliği kolektif yargılama mekanizmaları oluşturmaya çalışsa da grup davaları benimsenmemektedir. Sonuç olarak, Avrupa'da grup tahkiminden farklı olarak iki kolektif tahkim modeli geliştirilmiştir. Hem tahkim hem de kolektif yargılamanın avantajlarını bünyesinde barındırma imkanı olan toplu tahkim yargılamaları hala gelişme aşamasındadır ve büyük olasılıkla iç anlaşmazlıklar için kullanılmaya devam edecektir. Bununla birlikte, özellikle Yüksek Mahkeme'nin son kararlarından sonra, grup tahkimi sisteminin kapsamının yerel uyuşmazlıklar için bile çok daralacağı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler
Tahkim, Grup davası, Sınıfsal tahkim, Toplu tahkim, Toplu tazminat

* **Correspondence to:** M. Talha Konukpay (Lawyer), Istanbul Bar Association, Istanbul, Turkey. E-mail: tkonukpay@gmail.com
ORCID: 0000-0000-0000-0000

To cite this article: Konukpay MT, "Collective Arbitration" (2019) 39(2) PPIL 645. https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0002

©The Authors. Published by the İstanbul University under the terms of the Creative Commons Attribution License http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/, which permits unrestricted use, provided the original author and source are credited.

Collective Arbitration

I. Introduction

The European Commission has recently submitted a new proposal which provides for the possibility of a consumer class action lawsuit. The rationale behind this is that economic globalization and digitalization has increased collective interests of consumers. Many consumers in different countries may be affected by the same problem such as a contract term[1]. Therefore, a system is needed that provides an effective protection against mass harm situations under Union law[2].

Why is a collective litigation system more effective for these types of cases? Firstly, it is more practical to resolve once and for all those claims which arise from the same cause[3]. Moreover, there are cases in which the authorities cannot sufficiently sanction the responsible actor or there is a lack of motivation to go to court because of the minor nature of the harm. Therefore, in those cases, an initiative which represents each damaged person can not only compensate for minor harms but also prevent powerful companies from escaping justice[4].

Nowadays, it is inevitable to have these types of disputes in well-functioning markets and industries. Especially in labor and consumer law, one event, contract or product can easily harm many persons[5]. Although legal systems concentrate on bilateral disputes, they also provide some solutions for collective litigation. These different mechanisms vary by jurisdiction and have many differences. For instance, in the United States, class action lawsuits allow representatives to act in court on behalf of the class[6].

A class action is a legal proceeding that determines the claims of a number of people against the same defendant in the same action. In a class action, when one or more people go to the court on behalf of themselves, they also do so for a number of other

1 Commission, 'Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC' COM/2018/184.

2 Commission, 'Report to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union law (2013/396/EU)' COM/2018/40.

3 Deborah R. Hensler, 'Class actions in context' in Deborah R. Hensler and others(eds), *Class actions in context-How culture, economics and politics shape collective litigation* (Edward Elgar 2016) 388.

4 Frederic M. Scherer, 'Class actions in the U.S. experience: an economist's perception' in Jürgen G. Backhaus, Alberto Cassone and Giovanni B. Ramello(eds), *The law and economics of class actions in Europe- Lessons from America* (Edward Elgar 2012) 27.

5 International Labour Office, 'Collective dispute resolution through conciliation, mediation and arbitration: European and ILO perspective' <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/documents/meetingdocument/wcms_366949.pdf> accessed 19 october 2007.

6 Stacie I. Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (Oxford University Press 2013) para 1.3.

people by representing them, in other words, on behalf of the class[7]. There are four conditions for initiating a class action[8]; (i) the number of members of the group must be large enough that it makes the participation of all parties impossible (however, the minimum number of members required for a class action is not specified[9]), (ii) the questions of law or fact must be the same for each member, (iii) the claims of representatives must be typical of those of the class, (iv) an adequate representation of the class must be provided to assure the interests of the members.

The history of class actions in the United States began in the 19th century. However, it was impossible for absent parties to be part of the trial at that time. Therefore, the system did not work effectively[10]. Later, in 1966, the modern class actions system was updated through rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure which provided an opt-out mechanism for class actions[11].

After a while, companies have started to add an arbitration clause to their contracts to avoid a possible class action lawsuit against them. Their aim was to oblige potential class plaintiffs to resolve their conflicts individually. Thus, the number of plaintiffs would have remained limited and the expenditure would also have been lower. However, courts followed another approach and decided to apply collective redress in arbitration[12].

After the start of class arbitration, other types of collective mechanisms in arbitration also appeared. Although large-scale arbitration mechanisms were usually used in the United States, other countries also started to give plaintiffs the possibility of using different types of large-scale arbitration in their jurisdictions[13]. In this study, we will try to understand the different collective mechanisms in arbitration by comparing them across different countries and systems and to find out if it is possible to find a uniform mechanism solving international disputes.

We will start with a historical overview of large-scale arbitration. In this part, we will examine different types of large-scale arbitration by analyzing case law in the United States. Then we will try to compare class arbitration with ordinary arbitration in the United States. In this chapter, we will try to identify the characteristics of class arbitration by examining procedural and contractual issues. Different institutional rules will be also mentioned in this part.

7 Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems* (Hart Publishing 2004) 3.

8 U.S. Federal Rules of Civil Procedures Rule 23.

9 Murat Şahin and Hande Çelik Şahin, 'Toplu Hak Aramada Etkin Bir Yol Olarak Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sınıf Davaları' (2014) 72 Journal of Istanbul University Law Faculty <http://dergipark.org.tr/iuhfm/issue/9191/115294> accessed 13 June 2014.

10 Stephen C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (Yale University Press 1987) 217.

11 ibid 238.

12 Stacie I. Strong, 'From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration' (2010) University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2010-16 <https://ssrn.com/abstract=1656511> accessed 11 August 2010 498.

13 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 1.7.

In Europe, collective redress is still a controversial topic even though different member states have adopted different collective redress systems in their national jurisdiction[14] because these systems may be used in abusive ways and cause some unlawful consequences[15]. In the fourth chapter, we will analyze European approach on large-scale arbitration by examining current systems that allow collective arbitration procedures in certain cases. Finally, we will discuss the possible future of collective arbitration.

II. Different types of large-scale arbitration

There are different types of mechanisms that allow multiple parties to participate in a single proceeding. "Multiparty arbitration" refers to an arbitration in which at least one party is composed of more than one person. Many people could together form one party in a dispute for different reasons [16]. For instance, in the case of a consolidated arbitration, several claims that could be settled separately are tried together by a single court in a consolidated case since there are links between the parties and common issues of law and fact[17]. The characteristic of multiparty arbitration is that each member of the parties is a direct part of the case. However, "multiparty arbitration" will not be examined in this study. We will focus on large-scale procedures in which several legal entities participate indirectly in an arbitration proceeding as one party, such as collective arbitration. In other words, the group members are not direct parts of the case[18]. We will start with the examination of class arbitration.

A. Class arbitration

Class arbitration is a term that designates arbitral proceedings modeled on "class actions" before federal jurisdictions. In class arbitration, one or more applicants identify themselves as representatives of the other members of the group claiming similar claims.

Class arbitration is the first type of large-scale arbitration in the world which developed in the United States. Therefore, it is better to first analyze the history of class arbitration to see how it has developed with different decisions and cases according to the case law[19].

14 Lia Athanassiou, 'Collective Redress and Competition Policy' in Arnaud Nuyts and Nikitas E. Hatzimihail(eds), *Cross-Border Class Actions- The European Way* (Selp 2014) 146.

15 José M. Júdice, 'Collective Arbitration in Europe- The European way might be the best way' in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Class and Group Actions in Arbitration* (ICC 2016) 46.

16 Berk Demirkol, 'Çok Taraflı Tahkim Yargılaması' in Zeynep Derya Tarman(ed), *Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 43.

17 William W. Park, 'La Jurisprudence Américaine en matière de « class arbitration » entre débat politique et technique juridique' (2012) Revue de l'Arbitrage 507 <http://www.williamwpark.com/documents/Jurisprudence%20Am%20Class%20Arbitration.pdf> accessed 23 October 2012 9.

18 Pelin Akın, 'Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık' (2014) 4 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi < http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_13.pdf> accessed 2014 331.

19 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 1.12.

1. Keating v Superior Court

Class arbitration began in the United States in the early 1980s with the case *Keating v. Superiour Court*[20]. As mentioned before, companies were using arbitration clauses to avoid possible class actions suits. Courts realized that this could harm the effective protection of interests common to a group. Therefore, the Supreme Court of California proposed a better and more efficient solution in which both class action and arbitration were harmonized[21].

In this case, Richard Keating, a franchisee, filed a class action against his franchisor, Southland, for the violation of the California Franchise Investment Law. Then, Southland referred to an arbitration clause in the franchise agreement and also the other similar individual actions that were opened by other franchisees as a defense. Following this, Keating objected that the arbitration clause was inapplicable because the franchise agreement was a contract of adhesion[22].

The California Supreme Court did not accept this argument. The fact that there was a contract of adhesion was not enough to invalidate the arbitration clause. The important point is to assess whether this clause was oppressive and in this case, the clause was not oppressive taking into account the reasonable commercial expectations of the parties. However, the court also emphasized the importance and advantages of class actions in such cases where large groups of people have been affected. Therefore, according to the court, if a clause eliminates the possibility of any form of class proceedings, in that case it may be oppressive and is not reasonable for the parties[23]. In other words, the court pointed out that if an arbitration clause blocked the claimants' right to file a class action, it would not be valid[24].

Furthermore, the court described the criteria to be part of the group and the options of the members of this group as follows:

> "The members of a class subject to class-wide arbitration would all be parties to an agreement with the party against whom their claim is asserted; each of those agreements would contain substantially the same arbitration provision; and if any of the members of the class were dissatisfied with the class representative, or with the choice of arbitrator, or for any other reason would prefer to arbitrate on their own, they would be free to opt out and do so[25]."

20 *Keating v. Superiour Court* (1980) 167 Cal.Rptr. 481.

21 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 1.17.

22 Elizabeth P. Allor, 'Keating v. Superior Court: Opressive Arbitration Clauses in Adhesion Contracts' (1983) 71 Cal. L. Rev. 1239.

23 *Keating (n 16) para 17.*

24 Allor (n 22) 1242.

25 *Keating (n 20) para 19.*

2. Green Tree Financial Corp. v Bazzle

After the decision of the Supreme Court of California, some states (Pennsylvania, South Carolina) decided to follow this approach and allow class arbitration in their own jurisdictions[26]. Meanwhile, there was still no decision from the U.S. Supreme Court; therefore there were also other states who did not accept class arbitration. Furthermore, in 1995, the federal court of appeals for the Seventh Circuit ruled in its decision *Champ v Siegel Trading Co.*[27], that if class arbitration wasn't expressly provided for in the agreement, class arbitration would not be possible[28]. As a result, there was no certainty as to whether class arbitration was possible until the *Green Tree Financial Corp. v Bazzle* U.S. Supreme Court decision of 2003[29].

In this case, the question was whether the parties may file class arbitration instead of an individual arbitration proceeding if the arbitration agreement was silent about class arbitration[30]. The plaintiffs submitted to arbitration with respect to their agreement with Green Tree, the defendant. They claimed that there was a violation of the consumer law of South Carolina. The arbitrator, chosen by Green Tree, surprisingly decided that the case was suitable for a class procedure, and therefore, condemned the company to pay several million dollars to all class members. Thereafter, Green Tree opposed this decision by saying that the arbitration agreement did not authorize class arbitration proceedings[31].

The arbitration provision between parties was drafted as follows: "*all disputes, claims, or controversies arising from or relating to this contract or the relationships which result from this contract ... shall be resolved by binding arbitration by one arbitrator…"*. So there was no mention of class arbitration. In other words, the contract was silent on the matter of class arbitration. However, the Supreme Court ruled that in those cases, the arbitrator, not the court, must decide whether a contract allows class arbitration or not, by interpreting the state law. The court did not express any rejection of class arbitration even though the contract was silent about it. In other words, the possibility of class proceedings in arbitration was accepted[32].

26 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 1.19.

27 *Champ v Siegel Trading Co.* (1995) 55 F. 3d 269.

28 Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions* (Kluwer Law 2005) para 587.

29 *Green Tree Financial Corp. v Bazzle* (2003) 539 U.S. 444.

30 Eric P. Tuchmann, 'The Administration of Class Action Arbitrations' in Permanent Court of Arbitration(ed), *Multiple Party Actions in International Arbitration* (Oxford University Press 2009) para 13.12.

31 *Bazzle* (n 29) chapter 1.

32 Cornelia Pillard, 'Justice on the Move: From Class Action to Class-Wide Arbitration-Remarks' in Nabil Antaki and Emmanuel Darankoum, *La justice en marche: du recours collectif à l'arbitrage collectif, en passant par la mediation* (Thémis 2005) 36.

3. Stolt Nielsen v Animal Feeds

This positive approach of the Supreme Court changed dramatically in seven years. Although, according to the decision above, it was the arbitrator who decides if a contract was silent or ambiguous on class arbitration, the court limited this power of the arbitrator in its judgment in *Stolt Nielsen v Animal Feeds*[33].

In this case, the parties submitted to arbitration for a breach of competition law. For the petitioners, a bilateral procedure would obviously have been less advantageous because it would have had the effect of reducing the cost-benefit ratio of the action brought by each plaintiff. At the beginning of the dispute, the parties therefore decided to establish an arbitration panel to determine whether the various claims could and should be grouped together before the same arbitral tribunal tried the merits of the case. The arbitral tribunal had rendered a unanimous partial award concluding that the terms of the contracts authorized the class arbitration procedure[34].

However, according to the majority of the judges of the Supreme Court, the arbitral tribunal had exceeded its powers by interpreting that the defendants authorized the class arbitration. The Court began with the clarification of its earlier decision in *Bazzle*. The purpose was not to favor class arbitration, but to establish that the parties can agree on class arbitration. The arbitrators cannot therefore decide on a class arbitration process if the contract is silent or ambiguous on that matter[35]. The Court explained its reasoning with this sentence:

> *"This is so because class-action arbitration changes the nature of arbitration to such a degree that it cannot be presumed the parties consented to it by simply agreeing to submit their disputes to an arbitrator*[36]."

The court clarified this approach with another decision, *Oxford Health Plans v Sutter*[37]. In this case, there was also an arbitration contract which was silent on class arbitration. The arbitral tribunal decided that it was possible to proceed to the class arbitration according to the interpretation of the contract between the parties. Then, the defendant filed an application to the Federal Courts to quash the arbitrator's decision, claiming that he had exceeded his powers according to the *Stolt Nielsen* decision. The Supreme Court held that in *Stolt Nielsen*, the arbitrators had not interpreted the contract between the parties, nor had they shown any agreement allowing class proceedings. In other words, the reason they had exceeded their powers was not the misinterpretation of the contract, rather, that they hadn't used

33 Gary Born and Claudio Salas, 'United States Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors, The Symposium' (2012) J. Disp. Resol. (2012) 33.

34 Nicholas R. Weiskoph, *Commercial Arbitration Theory and Practice* (3rd edn Vandeplas Publishing 2014) 394.

35 Lea H. Kuck and Gregory A. Litt, 'International Class Arbitration' in Paul G. Karlsgodt (ed), *World Class Actions-A guide to group and representative actions around the globe* (Oxford University Press 2012) 706.

36 *Stolt-Nielsen v Animal Feeds International Corp.*, 559 U.S. 662, chapter b.

37 *Oxford Health Plans v Sutter* (2012) 133 S. Ct. 2064.

their interpretive role at all. In contrast, in this case, the arbitrator interpreted the contract and reached a conclusion that the contract authorized class proceedings. The misinterpretation of the arbitrator is not enough for the vacation of his decision unless he didn't arguably interpret the contract. Therefore, the Court rejected the motion of the defendant[38].

4. AT&T Mobility v Conception

After the Stolt Nielsen decision, the Supreme Court issued another decision against class arbitration, *AT&T Mobility v Conception*[39]. In this case, complaints were made by consumers against a telephone manufacturer. Sales contracts allowed bilateral arbitration, but prohibited class arbitration. The plaintiffs nonetheless seized the California Federal District Court instead of arbitration. The Company challenged by showing the arbitration clause. However, the court refused to compel the parties to arbitrate, relying on California jurisprudence, *Discover Bank*[40]. Subsequently, the Court of Appeal also confirmed this decision but the Supreme Court set it aside[41].

Firstly, what was the decision by the California Supreme Court in Discover Bank? In this decision, the court followed the principles founded in the Keating decision and held that; if a contract of adhesion includes a class-action waiver in arbitration, such waivers are inadmissible and should not be applied. The reasoning was that this waiver may allow the powerful party to run away from responsibility for its own fault in this type of cases. California courts were applying this rule to declare arbitration agreements as inadmissible[42].

However, the Supreme Court ruled that the class waivers in the arbitration agreement are admissible. According to the Court, class arbitration changes the main characteristics of arbitration. Arbitration is no longer informal and becomes slower and more costly with class proceedings. Moreover, the risks are higher for defendants in class arbitration. Therefore, the parties can waive class proceedings in their arbitration agreement[43].

After this judgment, the court followed the same approach in its future decisions[44]. It has been emphasized that the waiver of the class action simply limits the arbitration

38 Dua Huanfang and Xu Chuanlei, 'The availability of class arbitration for silent agreements: Contract interpretation theory or arbitrability doctrine? *Frontiers of Law in China'* (2017) Front. Law. China 12/1 <http://dx.doi.org/10.3868/s050-006-017-0005-0> accessed 4 May 2017 84.

39 *AT&T Mobility v Conception* (2011) 563 U.S. 333.

40 *Discover Bank v Superior Court of Los Angeles* (2005) 36 Cal. 4th 148.

41 Thomas E. Carbonneau, *The law and practice of arbitration* (5th edn, Juris 2014) 460.

42 *AT&T Mobility* (n 39) part II.

43 ibid chapter B.

44 *American Express Co. v Italian Colors Restaurant* (2013) 133 S.Ct. 2304, on waivers of class proceedings in arbitration in competition law; *Epic Systems Corporation v Jacob Lewis* (2018) 584 U.S. , on waivers of class proceedings in arbitration in labor contracts.

to both contracting parties. The court refused the argument that class arbitration was required to pursue claims that might otherwise escape the judicial system[45].

5. Outside of the US

Class proceedings in arbitration have not only been adopted in the US, despite it being the best-known advocate of class arbitration. Class arbitration has also been successfully applied in other countries such as the Republic of Colombia and Canada[46]. Meanwhile, some courts and international organizations have taken a stance against class arbitration. As an example, the International Chamber of Commerce (ICC) took a negative position against the US model class arbitration because it undermines the right of defense and creates a risk of legal blackmail[47].

B. Mass Arbitration

Another type of large-scale arbitration is mass arbitration. It has been used only in international investment disputes[48]. Mass arbitration totally lacks the representation element which is one of the key elements of class proceedings. It seems a more complex type of classical multiparty arbitration, in which there are many claims in the same arbitration[49]. Nonetheless, mass arbitration has specific elements which distinguish it from multiparty arbitration[50].

The term "mass" was used by ICSID in its decision *Abaclat v Argentine Republic*[51]. The court described a large number of applicants together as one mass[52]. As will be examined in more detail below, mass arbitration can be considered as a hybrid system containing some characteristics of both aggregate and representative proceedings[53].

1. Abaclat v Argentine Republic

This case was brought on the basis of the investment treaty between Italy and Argentina. An association, the TFA (Task Force Argentina), acted on behalf of 8

45 Weiskoph (n 34) 425.

46 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 1.26.

47 ICC, Commission on Commercial Law and Practice, Policy Statement, *Class Action Litigation*, Doc. No. 460/585 (2005) .

48 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 1.29.

49 Luca G. Radicati di Brozolo, 'Class arbitration in Europe?' in Arnaud Nuyts and Nikitas E. Hatzimihail(eds), *Cross-Border Class Actions- The European Way* (Selp 2014) 212.

50 Eloïse Obadia, 'Mass Arbitrations in International Investment Cases' in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Class and Group Actions in Arbitration* (ICC 2016) 106.

51 "The present proceedings are particular insofar as they gathered as of the date of their initiation, on the Claimants' side, over 180,000 individuals and corporations. In the light of this figure, the present proceedings can be qualified as "mass claims" proceedings.", *Abaclat and others v Argentine Republic* (2011) case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility para 294.

52 ibid para 480.

53 Carolyn B. Lamm and others, 'Mass Claims in Investment Arbitration' in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Class and Group Actions in Arbitration* (ICC 2016) 115.

Italians holding Argentinian sovereign bonds. These were dissatisfied with the debt restructuring measures taken by Argentina after the economic crisis of 2001. The goal of the TFA was to serve the benefits of the Italian bondholders by negotiating with Argentina. After understanding that trying to solve the problem with Argentina was not possible, the TFA obtained a new mandate from other bondholders and applied to ICSID. As a result, approximately 60,000 claimants were individually named in the request for arbitration although the TFA's mandate package was accepted by over 180,000 bondholders[54]. This case was different from class arbitration because it started as aggregate proceedings in which all parties were directly participating in the procedure. However, the fact that there were many parties involved in the case was a problem. The court had to ensure good governance of the proceedings for each party. Therefore, the court determined its own strategy. From the moment all parties participated, it was moved to the representative system[55]. The court explained its reasoning with these words:

> *"…it appears that all these various forms of collective proceedings share a common "raison d'être": collective proceedings emerged where they constituted the only way to ensure an effective remedy in protection of a substantive right provided by contract or law; in other words, collective proceedings were seen as necessary, where the absence of such mechanism would de facto have resulted in depriving the claimants of their substantive rights due to the lack of appropriate mechanism[56]."*

> *"…Although Claimants made the individual and conscious choice of participating to the arbitration, their participation is thereafter limited to a passive participation in the sense that a third party, TFA, represents their interests and makes on their behalf all the decisions relating to the conduct of the proceedings. The high number of Claimants further makes it impossible for the representative to take into account individual interests of individual Claimants, and rather limits the proceedings to the defense of interests common to the entire group of claimants.[57]"*

In consequence, the court held that this procedure was a mixed procedure of aggregative and representative proceedings[58]. However, the court didn't take the risk of defining mass proceeding. After the Abaclat decision, there were also other arbitrations in investment law. However, the courts refused to resort to mass proceedings due to the significantly lower number of claimants without specifying the required number of parties to enforce it. As a result, Abaclat is still the only case where a mass arbitration procedure has been applied[59].

54 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.124.

55 Luca G. Radicati di Brozolo and Flavio Ponzana, 'Representative Aspects of "Mass Claim" Proceedings in Investor-State Arbitration' in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Class and Group Actions in Arbitration* (ICC 2016) 136.

56 *Abaclat* (n 51) para 484.

57 ibid para 487.

58 ibid para 488.

59 Lamm and others (n 53) 115.

C. Collective Arbitration

The last large-scale arbitration is collective arbitration. This term is used to define all collective proceedings in arbitration which do not fall within the scope of class arbitration. In this context, mass arbitration can also be considered as a form of collective arbitration but it is better to distinguish it by considering its unique form[60]. There are three different types of collective arbitration - the American system and the other two systems existing in Europe. There are small differences between the developments of these systems[61].

1. The United States

The only difference between collective and class arbitration in US is the opt-in/out procedure. Instead of directly being a member of the class, applicants must take steps to join the group in collective arbitration. That means their willingness to be part of the proceedings plays the decisive role. This difference was clearly specified in one of the decisions of the federal district court for the Southern District of New York[62]. Therefore, the development of class and collective arbitration are very similar and some courts apply the principles established by the Supreme Court in its decisions on class arbitration by analogy. However, collective arbitration in the United States has only recently started and so it is not yet clear if there will be other differences apart from the opt-in/out procedure[63]. Consequently, there are also other courts that have refused to apply those principles in collective arbitration cases[64].

2. Europe

Collective arbitration also exists in Europe, albeit in a limited way. In Germany, special rules have been drafted by the German Institution of Arbitration for a small number of shareholder conflicts. The Institution decided to create this collective arbitration mechanism as a result of a decision of the German Federal Court of Justice which confirmed the arbitrability of shareholder disputes[65]. The other European

60 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*, (n 6) para 2.143.

61 ibid para 1.32.

62 *"….FINRA Rule 13204 prohibits arbitration of "class action claims."…. however, whether that exemption of class action claims from arbitration also applies to plaintiff's .. collective action claims…. Although collective and class actions have much in common, there is a critically important difference: collective actions are opt-in actions, i.e., class members automatically participate in a class action unless they take affirmative steps to opt out of the class action. Collective actions bind only similarly situated plaintiffs who have affirmatively consented to join the action.….this Court finds that .. collective actions are within the scope of the parties' agreement to arbitrate." Velez v Perrin Holden & Davenport Capital Corp.* (2011) 769 F. Supp. 2d 445.

63 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.147.

64 *"Class arbitration and the collective proceedings that the pilots have demanded here are so fundamentally different that Stolt-Nielsen does not dictate the result. In the collective arbitration sought here, unlike in class arbitration, all of the affected pilots are actual parties." JetBlue Airways Corp v Stephenson* (2011) the New York State Supreme Court, Appellate Division 88 A.D.3d 567.

65 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 1.34.

system allowing collective arbitration was developed in Spain. This system has a specialty because it was created by legislation[66]. These systems will both be treated in detail in chapter four.

III. A Comparison between collective arbitration and ordinary arbitration in the US

As already discussed above, collective redress mechanisms offer many advantages (such as consistency between similar cases) if they work properly[67]. However, these systems change the nature of arbitration according to the case law of the Supreme Court[68]. Does a collective proceeding change the nature of arbitration? This chapter discusses some differences between collective proceedings in arbitration, in particular class arbitration, and ordinary arbitration in the US.

A. Contractual Issues

1. Consent

Arbitration is a conventional mode of dispute resolution by individuals (the arbitrators) chosen by the parties and invested with the mission to judge in place of the state courts. It is therefore, above all, a conventional method that relies on the consent of the parties. The arbitration agreement is the cornerstone of arbitration[69]. It also sets the limits of arbitration. Therefore, there is no arbitration outside the limits of the arbitration convention. This is the contractual aspect of the arbitration[70].

The arbitration agreement is a contract. It must therefore express the will of the parties[71]. As in any contract, the will expressed in it must sometimes be clarified by way of interpretation. The applicable rules of interpretation are those which apply to contracts of substantive law[72].

In class arbitration, the question of consent has two aspects. First, we have to look at whether there is an agreement in arbitration. This first step makes no difference to the standard arbitration in which the existence of the arbitration agreement is also examined. Therefore, its principles apply in the same way[73]. Second, it is necessary

66 ibid para 1.35.

67 Christopher R. Drahozal, *Commercial Arbitration: Cases and Problems* (2nd edn LexisNexis 2006) 413.

68 See (n 32).

69 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (4th edn, Vedat 2016) 93.

70 Gabrielle Kaufmann-Kohler and Antonio Rigozzi, *Arbitrage International Droit et pratique à la lumière de la LDIP* (2nd edn, Weblaw 2010) para 21.

71 Julian D. M. Lew and others, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) para 7-34.

72 ibid para 174.

73 Radicati di Brozolo, 'Class arbitration in Europe?' (n 49) 216.

to determine whether this agreement that authorizes arbitration also allows class or collective arbitration. At this stage, an agreement can exclude or authorize class or collective arbitration. Furthermore, an agreement can be silent or ambiguous (neither exclude nor authorize) class arbitration[74].

In the case where the agreement explicitly allows collective proceedings in arbitration, there is no problem with the consent of the parties. However, it is rare to find these types of agreements in practical life. Usually, these agreements explicitly exclude those proceedings or are silent on this subject[75].

When the agreement is silent or ambiguous on collective proceedings, it is not easy to determine whether parties agreed on class or collective arbitration. It remains a question that has been given different answers. As it has been discussed above, the approach of the Supreme Court has changed over time. The Bazzle decision was more pro class arbitration but the approach became more restrictive following the Stolt-Nielsen decision. The reasoning was based on the major changes in the nature of arbitration as explained above[76]. Nonetheless, the agreement between the parties must be interpreted in order to decide about class or bilateral arbitration. As also explained above, the Supreme Court recognizes arbitral decisions on the application of class action proceedings as long as these are an outcome of a duly and properly applied interpretation method on the parties' agreement.[77].

To interpret properly, courts and arbitral tribunal must begin by reviewing the agreement to see if there is implied consent to class arbitration. For instance, broad expressions such as "all disputes" are accepted as an agreement on large-scale arbitration according to courts in the US. Industry custom and practice also may help to demonstrate implied consent of the parties[78]. Furthermore, the parties can give consent implicitly to class arbitration by choosing specific arbitral rules to apply to their proceedings[79].

In addition, the question of who decides (the court or the arbitrator) whether the agreement authorizes class arbitration has not yet been answered. Although arbitrators evaluated the agreement in the Stolt Nielsen and Oxford Health Plans cases, there was a post-dispute agreement between parties that the decision should be left to arbitrators in these cases. The Supreme Court didn't clarify that issue. Therefore, courts have

74 Stacie I. Strong, 'Does Class Arbitration 'Change the Nature' of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T and a Return to First Principles' (2011) University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper 2011/07, 15 < https://ssrn.com/abstract=1791928> accessed 18 May 2011.

75 Christopher R. Drahozal, 'Class Arbitration in the United States' in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Class and Group Actions in Arbitration* (ICC 2016) 24.

76 See (n 32).

77 See (n 33).

78 Strong *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 4.44.

79 ibid para 4.45.

different approaches on that question. Some courts follow the Bazzle decision that gives arbitrators the right to decide, but other courts find it more appropriate to let the courts decide. This question will remain uncertain until the Supreme Court has ruled on it[80].

Lastly, it may also be useful to make a comment about the opt-out system in the United States. The application of the opt-out or the opt-in system does not create any problems for consent issues regarding the class arbitration clause in the agreement itself. Since the arbitral award is expected to have an equal enforceable force to a State court decision, all parties should at least be aware of the proceedings. Later on, parties may choose whether or not to actively participate in the proceedings as in a traditional state proceeding. However, the automatic inclusion of parties in the proceedings regardless of their awareness of the proceedings might be considered unjust. This is also why the European approach does not embrace the opt-out system. Thus, this problem does not lie with consent that allows class arbitration (the clause), but with the consent to participate in the proceedings. There is no problem with the collective arbitration system in the US, since it follows the opt-in principle[81].

2. Class waivers

There is also another scenario in which the parties have expressly agreed to exclude class proceedings in their arbitration. However, this exclusion clause might be invalid for some reason. This is similar to the arbitrability condition because parties cannot arbitrate in certain situations, even if they intend to do so. In fact, arbitrability refers to the suitability of a case for arbitration[82]. However, it will be examined whether the parties can agree on the prohibition of class proceedings in the arbitration. The problematic is not the arbitration part, but the prohibition of class proceedings in certain situations.

The exclusion of class proceedings in arbitration agreements has been the subject of much discussion in the United States, particularly in the area of consumer rights and labor law[83]. However, the decision in *AT&T Mobility v Conception* put an end to them by declaring that class waivers are valid[84]. The issue was the application of a clause of the Federal Arbitration Act (FAA)[85] which declared that arbitration agreements *"are valid, irrevocable and enforceable except for legal or equitable reasons for the revocation of any contract"*[86]. In that case, parties protested against the

80 Drahozal, 'Class Arbitration in the United States' (n 75) 26.

81 Júdice (n 15) 46.

82 Jean-François Poudret and Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international* (Bruylant/L.G.D.J/Schulthess 2002) para 326.

83 Drahozal, 'Class Arbitration in the United States' (n 75) 25.

84 See (n 43).

85 [1925] section 2.

86 *Conception* (n 35) part II.

waivers as unacceptable according to state contract law of California which prohibits class waivers[87]. The reasoning of the state law was; first, it can be small amounts of damages in conflicts of consumer contracts of adhesion; second, the powerful party can easily escape responsibility by paying small amounts of money to consumers. In other words, it was illegal to put a class waiver in the arbitration agreement to ensure effective consumer protection according to the California law on contracts[88]. However, the Supreme Court ruled that the California law contradicted the FAA. The purpose of the FAA was to guarantee a simplified procedure. Prohibiting class waivers in arbitration is therefore not inconsistent with the FAA because class arbitration changes the main characteristics of arbitration as explained before[89].

Furthermore, an interesting point of this decision was that the Supreme Court indirectly defined arbitration as a simple and informal bilateral procedure[90]. In addition, the Supreme Court has maintained its position on class exemptions in the area of competition and labor law even if there were legal acts in favor of class proceedings[91].

B. Procedural Issues

Before the examination of the different aspects, it is better to briefly explain the class arbitration procedure. The procedure for class arbitration is not so different from a standard arbitration involving two parties. After the appointment of the arbitral court, parties exchange their submissions, the trial takes place, and the final award is delivered at the end just as in bilateral arbitrations. However, class arbitration has some extra elements that are not found in bilateral arbitration[92].

Firstly, there is a non-rule-based model if parties have not submitted any specific rules. This type of procedure follows a hybrid model in which judges are also responsible for the class action aspects of the procedure[93]. Although it is always possible to have such a non-rule-based procedure in theory, the parties generally choose arbitration rules created for class arbitration proceedings[94]. We will examine the two most popular class arbitration rules; the American Arbitration Association (AAA) Supplementary Rules[95] and JAMS Class Actions Procedures[96].

87 Drahozal, *Commercial Arbitration: Cases and Problems* (n 67) 24.

88 See (n 42).

89 See (n 43).

90 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 4.82.

91 See (n 44).

92 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.25.

93 ibid para 2.26.

94 ibid para 2.33.

95 Supplementary Rules for Class Arbitration [2003].

96 [2009].

1. Arbitration Rules

These two arbitration rules were drafted after the Bazzle decision of the Supreme Court which officially authorizes class proceedings in the US[97]. There is no significant difference between the two procedures.[98] In the first place, they begin with the situations in which the institutional class arbitration rules apply. The procedure will be governed by these rules if; (i) the parties choose one of the institutional rules to administer their procedure and a party applies to arbitration *"on behalf of or against a class or purported class"* or, (ii) a court gives an order by referring to an arbitration rule to govern the procedure[99].

We can divide these procedures into three stages; clause construction, class certification, and final award[100]. However, before the application of these stages by arbitrators, it is better to make a remark on the determination of arbitrators because the whole procedure will be followed by arbitrators. There is slight difference between the rules of two institutions on this subject[101]. However, we will review the selection of arbitrators below.

a) Clause construction

The first duty of arbitrators in class arbitration proceedings is to decide whether the agreement of the parties allows or prohibits class arbitration. After making a decision, arbitrators must draft a written document as a partial final award to declare their decision. This is called "clause construction award"[102]. It might also be noted that both institutions have drafted a rule that shows their neutrality in class arbitration[103]. According to this rule, the existence of these additional rules cannot be considered as a positive or negative factor to determine whether collective arbitration has been authorized. In other words, the justification for the adoption of class arbitration cannot be based on the simple application of institutional rules[104].

After the clause construction award, the two institutions provide different rules. The AAA Supplementary Rules ask the arbitrator to suspend the procedure for 30 days to allow any party to go to court to seek to confirm or annul the clause construction award[105]. The reasoning of this break is to recognize that class treatment necessarily

97 Hanotiau, *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions* (n 28) para 606.

98 Strong *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.35.

99 Supplementary Rules (n 95) rule 1; JAMS Class Actions Procedures (n 96) rule 1.

100 Eric P. Tuchmann, 'The American Arbitration Association's Administration of Class Arbitrations and the Supplementary Rules for Class Arbitrations' in Nabil Antaki and Emmanuel Darankoum, *La justice en marche: du recours collectif à l'arbitrage collectif, en passant par la mediation* (Thémis 2005) 45.

101 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.43.

102 Eric P. Tuchmann, 'The Administration of Class Action Arbitrations' in Permanent Court of Arbitration(ed), *Multiple Party Actions in International Arbitration* (Oxford University Press 2009) para 13.18.

103 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.47.

104 Supplementary Rules (n 95) rule 3; JAMS Class Actions Procedures (n 96) rule 2.

105 Supplementary Rules (n 95) rule 3.

involves dealing with the rights of parties who are not personally represented, and therefore, to allow a first possibility of judicial review of the clause construction award. This gives the parties some assurance that the final decision will also be confirmed at the end of the proceedings as clause construction award[106].

The JAMS Class Action Procedures on the other hand, do not provide for an obligatory stay and give no indication of what could be an appropriate period of time to begin a judicial review of the clause construction award. The purpose of the JAMS is to prevent further conflicts over the duration of the stay of judicial review between the relevant arbitration statute and the institution's arbitration rules[107].

b) Class certification

After the clause construction award, if the 30-day period has passed or the decision has been approved by the court, the arbitrator may proceed to the next stage; the determination of class action. At this point, the arbitrator will decide whether the proceedings will take place as class proceedings under the rules of institutions which are quite similar to the rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure regulating class actions[108].

At this point, the rules of the AAA are more specific on the class action criteria. The conditions are listed in detail, although they were technically taken from rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure[109]. These conditions are the basic prerequisites of class actions; numerosity, commonality, typicality and adequacy of representation. In addition, the AAA has another requirement that each member must have the same or a similar arbitration clause in their contract in order to join the class. JAMS, however, instead of listing the different conditions, simply refers to Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure[110]. However, this makes no big differences in practice[111].

After examining the conditions, if the arbitrators decide to apply a class arbitration proceeding, they must again make another partial final award called a "Class determination award" according to the AAA Supplementary Rules. Once again, the arbitration procedure must wait at least 30 days to allow any party to go to court to seek to confirm or annul that partial final award as provided for in the clause construction award[112]. In contrast, JAMS leaves the choice to the arbitrators[113].

106 Tuchmann, 'The American Arbitration Association's Administration of Class Arbitrations and the Supplementary Rules for Class Arbitrations' (n 100) 45.

107 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.53.

108 Tuchmann 'The Administration of Class Action Arbitrations' (n 30) para 13.19.

109 Supplementary Rules (n 95) rule 4.

110 JAMS Class Actions Procedures (n 96) rule 3.

111 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.57-2.58.

112 Supplementary Rules (n 95) rule 5.

113 Hanotiau, *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions* (n 28) para 613.

Following the class determination award, the next task of arbitrators is to prepare a "notice of class determination". The conditions of this notice have been regulated in both institutional rules in a similar manner[114]. The requirements are set out in detail and are once more similar to rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. According to these rules, the notice must provide the necessary information on the nature of the action, the definition of the class, the class claims, the right of opt-out, the arbitrators and the representatives of the class. In addition, unlike JAMS, the notice must also include the "class arbitration docket" under AAA rules[115]. This will be discussed below.

c) Final award

The final task of the arbitrators is to issue a final award on the merits. This final award must be issued regardless of whether the conclusion is beneficial for the class or not. Furthermore, the class must be defined and those who received the notice must be described. Moreover, the final award must also include the people who opted out of the class[116]. These conditions are very important because future courts and parties can learn any extension of the award through this information[117].

In addition, to give a brief overview of the rest of the world, the major arbitration institutions have not provided rules for class arbitration - although they have accepted multiparty arbitration proceedings outside the United States. As mentioned above, the ICC took a negative position against the US model class arbitration because it undermines the right of defense and creates a risk of legal blackmail[118].

2. Composition of the arbitral tribunal

After looking briefly at the class arbitration procedures, we can move on with the different issues that may be problematic in these types of procedures. We will start with the selection of the arbitrators.

The principle is that the constitution of the arbitral tribunal shall be in accordance with the terms agreed upon by the parties. The selection of arbitrators is of crucial importance because the arbitrators are the central characters of arbitration. Arbitrators are elected by the parties for an ephemeral task which is to settle the dispute that has arisen[119]. Therefore, the right to choose the arbitrator is considered to be one of the fundamental rights in arbitration law[120].

114 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.76-2.77.

115 Supplementary Rules (n 95) rule 6; JAMS Class Actions Procedures (n 96) rule 4.

116 Supplementary Rules (n 95) rule 7; JAMS Class Actions Procedures (n 96) rule 5.

117 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.88.

118 Kuck and Litt (n 35) 725.

119 Jean-Baptiste Racine, *Droit de l'arbitrage* (Presses Universitaires de France 2016) para 416-480.

120 Strong, 'From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration' (n 12) 535.

The problem of class arbitration is that the determination of class members is made after the constitution of the arbitral tribunal. As explained above, first, the arbitrators must examine the contract to decide whether the contract permits a class procedure. Then, they must evaluate the situation to determine if a class procedure is suitable for that situation. Only after that, can the arbitral tribunal establish the scope of the class and its members. This means that many parties are not present or even defined when the arbitrators are appointed. This may give class arbitrations the impression of being multiparty arbitrations in which some parties have arrived later. However, the problems of multiparty arbitration do not arise because of the different nature of class arbitration[121].

In class arbitration, new parties can always opt out of the procedure if they disagree with the selection of arbitrators. In other words, the fact that they have participated in the proceedings means that they have given their content to the arbitrators. Therefore, class arbitration does not harm the right to appoint arbitrators[122].

3. Confidentially

Confidentiality is generally perceived as one of the main benefits of arbitration. This is one of the reasons why arbitration is preferred to other mechanisms for resolving commercial disputes. By its private nature, the arbitral proceedings are presumed confidential. However, exceptions to the confidentiality principle also exist in some legal systems[123].

In class arbitrations, firstly, the confidentiality will be limited because it is necessary to place a proper notice which contains some information about the dispute to touch the potential members of the class[124]. Secondly, the confidentiality principle does not apply in class proceedings under the AAA Supplementary Rules. Furthermore, a docket must be published by the AAA on its website which gives important information on each class arbitration[125]. In contrast, JAMS does not provide for such a limitation on confidentiality[126].

As mentioned, derogation from this principle is possible in some cases, notably in the public interest. Class arbitration has two aspects regarding the public interest. First, acting for the benefit of the common interest of a large number of people serves the public interest. Moreover, the result of this type of large-scale proceeding benefits the public interest[127].

121 Strong, 'Does Class Arbitration 'Change the Nature' of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T and a Return to First Principles' (n 74) 10.

122 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 3.71.

123 George Burn and Alison Pearsall, 'Les exceptions au principe de confidentialité en matière d'arbitrage international' in ICC, *La confidentialité dans l'arbitrage* (ICC 2009) 25.

124 Gabrielle Nater-Bass, 'Class Action Arbitration: A new challenge?' (2009) 27/4 ASA Bulletin 671.

125 Supplementary Rules (n 95) rule 9.

126 Richard Chernick, 'Class-wide arbitration in California' in Permanent Court of Arbitration(ed), *Multiple Party Actions in International Arbitration* (Oxford University Press 2009) para 14.49.

127 Strong, 'From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration' (n 12) 514.

4. Partial Final Awards

As mentioned in the institutional procedure of class arbitration, the AAA requests the arbitrators to render two partial final awards during the process: the clause construction award and the class determination award[128]. It's a novelty in the arbitration system that has some advantages. This ensures the avoidance of possible procedural violations regarding the decision to proceed. Also, learning the approach of the court is important for the execution of the final award. It can help to avoid lengthy and expensive procedures if the court does not accept partial final awards[129].

However, arbitrators must wait at least 30 days to allow parties to go to court against these awards according to the AAA Supplementary Rules. This suspension of the process may cause a problem since one of the main reasons for people to choose the arbitration mechanism is the speed of the process. This places a question mark against partial final awards even though they offer certain benefits[130].

5. Costs

The class arbitration procedure contains some elements that are not found in the ordinary arbitral procedure considering class issues. Therefore, the fees of the arbitrators are much higher in class arbitration than in standard arbitration because of the considerably increased commitment of time and attention expected from the arbitrators[131]. However, traditional mechanisms for class actions, such as contingency fees, offset these high costs[132]. On the other hand, in traditional arbitration, the losing party in general pays the costs of the other party. Therefore, if the defendant wins, it is unclear who on the class side would pay his fees[133].

C. Enforceability of awards

Collective proceedings in arbitration can be very useful for cases involving transnational disputes because a single and impartial procedure can bring together geographically diverse parties to resolve their problems[134]. Authorities in other states may, however, impede the enforcement of class arbitration awards[135].

Enforcement of awards is one of the major benefits of international commercial arbitration over international litigation. The arbitration may lose its effect if the final

128 See (n 101, 111).

129 Strong, 'From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration' (n 12) 510.

130 ibid 511.

131 Kuck and Litt (n 35) 732.

132 Strong, 'From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration' (n 12) 517.

133 Kuck and Litt (n 35) 732.

134 Strong, 'From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration' (n 12) 523.

135 Nater-Bass (n 124) 686.

award could not be opposed to the losing party[136]. The New York Convention has played a decisive role in promoting the enforcement of foreign arbitral awards over the last fifty years. However, it was also embodied some grounds that prevent the enforcement of awards[137].

For instance, if notice was not given correctly to the members of the group, the execution of the award may face public policy challenges because receiving an appropriate notice of the procedure is considered as a fundamental right by many countries. In US class proceedings, mass mailings and publications are used as methods to inform class members of the procedure. It is therefore likely not to reach all members of the class[138]. This may violate the public policy of these states since all members of the class will eventually be bound by the result. By contrast, to avoid these problems, an opt-in mechanism can be chosen instead of opt-out to make sure that the members of the class have received the notice[139].

Furthermore, when parties did not explicitly authorize class arbitration, they may challenge the enforcement of the awards due to lack of consent because consent is also another reason why courts refuse to enforce arbitral awards under the New York Convention[140]. Moreover, the arbitrability of some cases - such as consumer disputes - may also be contrary to the public policy of several countries[141].

In conclusion, although the class arbitration mechanism is used for domestic disputes, in a transnational dispute, the enforcement of the arbitral award could be challenged in the enforcement states[142].

IV. European System

Large-scale arbitration mechanisms also exist in Europe, as already mentioned. Before analyzing the various collective arbitration systems, it is preferable to have a brief overview of the general European approach to collective mechanisms, in particular collective redress.

A. General Approach to collective proceedings

As stated in the introduction, the European Union is trying to put in place effective collective redress mechanisms to better protect the rights of citizens, consumers

136 Sundra Rajoo, *Law, practice and procedure of arbitration* (2th edn, LexisNexis 2017) 787.

137 [1958] article V.

138 Alexander Blumrosen, 'The Globalization of American Class Actions: International enforcement of class action arbitral awards' in Permanent Court of Arbitration(ed), *Multiple Party Actions in International Arbitration* (Oxford University Press 2009) para 15.48.

139 Kuck and Litt (n 35) 734.

140 ibid.

141 Nater-Bass (n 124) 683.

142 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 7.1.

in particular. In fact, member states have already provided for different collective mechanisms for domestic cases, but these are different in some aspects[143]. Therefore, the Commission took an initiative and published a recommendation[144] to guarantee the rights of individuals in mass harm situations.

The main difference between the proposed collective redress and the US style class actions was the opt-out mechanism. The European approach does not fit the opt-out system because of the res judicata effect of the decision on uniformed class members. Therefore, it is considered unconstitutional under the law of many countries. It seems more logical to create a system in which only persons who intended to participate in the procedure are represented. However, it decreases the number of people represented. Thus, the collective mechanism may not work properly since one of the main reasons is the representation of many people in the same situations[145].

B. Collective Arbitration

As can be understood from the previous sections, collective arbitration proceedings, in particular class arbitration, were controversial even in the United States, although these proceedings originated there and the class actions have been integrated in the legal system[146]. Therefore, it was almost impossible to provide class arbitration in Europe taking also account of the general European approach on class actions. Therefore, two states provided their own collective arbitration mechanisms for limited cases[147].

1. Germany

Collective arbitration in Germany began with the decision of the German Federal Court of Justice in 2009, in which the court held that shareholders' resolution disputes are arbitrable under certain conditions[148]. According to this decision, the conditions of arbitrability of these cases are: (i) all shareholders must be linked by an arbitration agreement; (ii) all shareholders must have been asked for the participation in the arbitration; (iii) all shareholders must have had the chance to take part in the constitution of the arbitral tribunal; (iv) all disputes involving a single resolution of shareholders must be settled in one arbitral proceeding in order to avoid possible controversial decisions in parallel arbitration proceedings[149].

143 Júdice (n 15) 50.

144 See (n 2).

145 Júdice (n 15) 51-52.

146 Radicati di Brozolo, 'Class arbitration in Europe?' (n 49) 209.

147 See (n 64-65).

148 Stacie I. Strong, 'Collective Arbitration Under the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes: A European Form of Class Arbitration?' (2011) 29 ASA Bulletin 145.

149 Christian Borris, 'Collective Arbitration: The European experience- Germany and the DIS Supplementary Rules for Corporate Law disputes(DIS-SRCoLD)' in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Class and Group Actions in Arbitration* (ICC 2016) 80.

Following this decision, the German Arbitration Institution (DIS) has prepared special rules for litigation concerning any dispute arising between the shareholders or between the company and its shareholders in relation to the articles of incorporation or their validity[150]. As a result, the first type of collective arbitration which is different from class arbitration appeared despite its limited scope of material applicability[151]. Firstly, DIS rules can only be applied if the parties have mentioned them in their agreement. In other words, it is necessary to have an explicit reference to apply this institutional rule. This approach is different from US institutions in class arbitration because, according to the JAMS or AAA rules, an implicit reference is sufficient to apply these rules of procedure. This is also another reason that limits the scope of application of DIS Rules[152].

The determination of the parties to the dispute is also different from class arbitration. The DIS rules gave a definition of "Concerned Others". According to this, all shareholders and the company can also be considered as a concerned other[153]. The specialty of "concerned other" is that they have the right to choose whether they will participate in the proceedings after a proper notification on the procedure made by the institution. In other words, unlike the opt-out system in class arbitration, DIS chose the opt-in mechanism[154].

Privacy and the confidentiality are the key features of arbitration as already mentioned. In this regard, the DIS rules still retain these principles comparing with American class arbitrations. For instance, DIS send the necessary documents to the addresses of concerned others while the AAA puts a class arbitration docket on the internet[155]. Moreover, only those concerned others who have decided to be part of the proceedings can participate in the oral hearing[156].

After notification, the next step is the appointment of arbitrators. Since this choice is made after the participation of concerned others, this system guarantees the right of the parties to appoint the arbitrators. According to the rules of DIS, the parties can appoint their arbitrators. However, if one side of the dispute cannot appoint its arbitrator, the DIS chooses the respective arbitrators of both parties[157]. In addition, the concerned others may decide to participate in the procedure in each step. However, if they decide to participate after the appointment of the arbitral tribunal, they cannot challenge it[158].

150 DIS, Supplementary Rules for Corporate Law Disputes 09 (DIS-SRCoLD) [2009].

151 Strong, 'Collective Arbitration Under the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes: A European Form of Class Arbitration?' (n 148) 148.

152 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.152-2.153.

153 Section 2.

154 Borris (n 149) 85.

155 Strong, 'Collective Arbitration Under the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes: A European Form of Class Arbitration?' (n 148) 157.

156 Section 5.2.

157 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.180.

158 Borris (n 149) 83.

The last step is the final award. The final decision binds all the others that have been determined as "concerned others" whether or not they have chosen to participate in the proceedings[159]. The purpose of this mechanism is to put pressure on the shareholders to join the arbitration proceedings as a party or to agree to be bound by their results[160].

This system is considered to solve those cases where there are more parties. However, it can be difficult to handle the procedure if there is a large participation as in the case of class arbitrations[161]. Nevertheless, the DIS has created a new form of collective arbitration for domestic cases[162].

2. Spain

In Spain, the collective arbitration mechanism is based on legislation. This is very particular because in all other countries, large-scale arbitration was created as a result of a case, a court decision, which tries to combine collective proceeding with the arbitration. This system applies only in cases of consumer disputes. The reason is that legal system aims to protect consumers. Therefore, professionals and businesses cannot apply for this mechanism[163].

The procedure is governed by Consumer Arbitration Boards. The president of the relevant Consumer Arbitration Board decides whether he or she should start the collective arbitration on his or her own initiative or at the demand of local boards or consumers[164]. It should be noted that this demand is possible only for consumers domiciled in Spain. Even if the defendant is domiciled in Spain, foreign consumers can not benefit from this collective mechanism[165].

An explicit consent of parties as in the German system is required. After the decision of the President, the respondents are notified of the proceeding. If they accept collective arbitration, the Board informs consumers via the Official Journal. At this point, the board gives consumers two months to decide whether to participate in the proceeding. This means that the opt-in system is also used in Spain[166].

The arbitral tribunal is appointed by the relevant Consumer Arbitration Board. Then the arbitral tribunal renders an award. This award only binds the consumer

159 Section 11.

160 Borris (n 149) 84.

161 ibid.

162 Strong, 'Collective Arbitration Under the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes: A European Form of Class Arbitration?' (n 148) 164.

163 Laura C. Pineiro, 'Collective Consumer Arbitration in Spain-What's in a Name' in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Class and Group Actions in Arbitration* (ICC 2016) 88.

164 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.197-2.198.

165 Pineiro (n 163) 92.

166 Strong, *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law* (n 6) para 2.199.

who chooses to participate in the proceeding. In fact, it is difficult to say that there is collective mechanism in which a representative relief has been used - it is more like consolidating similar cases. In addition, this mechanism has never been used[167].

V. Future of Collective Arbitration

Collective proceedings in arbitration are very new mechanisms that are still in the development phase. In the United States, companies have begun to choose arbitration to avoid class actions against them, as stated. With the evolution of jurisprudence, the courts have begun to apply class actions in arbitration to prevent this escape and to better protect individuals. However, according to a recent Supreme Court approach that allows for class waivers in arbitration, companies still have the option of obliging individuals to arbitrate bilaterally for any dispute. Therefore, class arbitrations in the United States may still be possible in theory, but will not usually be applied in practice[168].

In Europe, the Union is trying to promote collective redress in member states to facilitate access to justice. It is emphasized by the Commission that European collective redresses should be different from American class actions. It should be noted that collective mechanisms ensure better protection of weaker parties and consumers. This indicates that there is a social aspect to these mechanisms[169]. Arbitration is accepted as a mechanism that usually exists for international disputes over investment and trade, and therefore, there is much doubt about whether arbitration, which is completely a private forum, can play this social function[170]. Nevertheless, the benefits of arbitration which are flexibility, neutrality and enforceability may help to resolve collective disputes, in particular international disputes. The existing collective arbitration mechanisms in Europe are tailored to internal conflicts. Therefore, it is necessary for the European Union to provide legislation for collective arbitration. Only after that can an efficient collective arbitration mechanism in Europe be established[171].

VI. Conclusion

In this study, we tried to examine different types of large-scale arbitration. First, class arbitration mechanism was examined with its historical development and its different characteristics. We have seen the evolution of the approach of the Supreme Court. Although class arbitration has many advantages, it also has different aspects that distinguish it from regular arbitration.

167 Pineiro (n 163) 95.

168 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Volume I (2nd edn, Wolters Kluwer 2014) 1523.

169 Elie Kleiman, 'The Future of Class, Collective and Mass Arbitrations in Europe-A European Approach to Collective Redress' in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz (eds), *Class and Group Actions in Arbitration* (ICC 2016) 190.

170 ibid 183.

171 ibid 197.

The European approach is different from American class arbitration. First, the scope of existing systems in Europe is very limited. Therefore, the jurisprudence of collective arbitration in Europe is not very developed. However, the aim of creating collective redress in Europe may also promote collective arbitration mechanisms in Europe.

If we look at the history of arbitration, we can observe many challenges. However, arbitration continues to develop by overcoming these obstacles because of its highly flexible nature. For instance, when disputes involving more than two parties have started to arise over the last decade, many people thought that arbitration was a proper device for small conflicts. However, multiparty arbitration has been accepted and applies today[172].

Collective arbitration mechanisms are one of the current issues for which the arbitration world should find a solution. As mentioned, current systems generally serve domestic disputes. In fact, one of the most important benefits of arbitration is the enforceability of arbitral awards in foreign jurisdictions. However, there is no international consensus on the enforceability of collective arbitral awards[173]. Therefore, it would be very useful to put in place a mechanism that collectively resolve international disputes. Problems arising from conflict of jurisdiction in international disputes may then easily be resolved by arbitration[174].

Financial Support: The author received no financial support for this work.

Bibliography

Akın P, *"Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık"*, (2014) 4 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 299-340.

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim,* (4th edn, Vedat 2016).

Allor EP, *"Keating v. Superior Court: Opressive Arbitration Clauses in Adhesion Contracts"*, (1983) 71 Cal. L. Rev., 1239-1257.

Athanassiou L, *"Collective Redress and Competition Policy*", Cross-Border Class Actions- The European Way, (Selp 2014), 145-172.

Billiet P and Lozano L, *"General Reflections on the Recognition and Enforcement of Foreign Class Arbitral Awards in Europe"*, Class Arbitration in the European Union, (Antwerpen 2013), 21-28.

Blumrosen A, *"The Globalization of American Class Actions: International enforcement of class action arbitral awards"*, Multiple Party Actions in International Arbitration, (Oxford University Press 2009), 355-374.

Born G and Claudio S, *"United States Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors, The Symposium"*, (2012) J. Disp. Resol., 21-48.

172 Júdice (n 15) 47.

173 Philippe Billiet and Laura Lozano, 'General Reflections on the Recognition and Enforcement of Foreign Class Arbitral Awards in Europe' in Philippe Billiet(ed), *Class Arbitration in the European Union* (Antwerpen 2013) 28.

174 Stacie I. Strong, 'Class Arbitration Outside the United-States: reading the tea leaves' in Bernard Hanotiau and Eric A. Schwartz(eds), *Multiparty Arbitration* (ICC 2013) 184.

--*International Commercial Arbitration,* (Wolters Kluwer 2014).

Borris C, *"Collective Arbitration: The European experience"*, Class and Group Actions in Arbitration, (ICC 2016), 80-87.

Burn G and Pearsall A, *"Les exceptions au principe de confidentialité en matière d'arbitrage international"*, La confidentialité dans l'arbitrage, (ICC 2009), 25-38.

Carbonneau TE, *The law and practice of arbitration,* (5th ed, Juris 2014).

Chernick R, *"Class-wide arbitration in California"*, Multiple Party Actions in International Arbitration, (Oxford University Press 2009), 337-354.

Demirkol B, *"Çok Taraflı Tahkim Yargılaması"*, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, (On İki Levha Yayıncılık 2018), 43-72.

Drahozal CR, *"Class Arbitration in the United States"*, Class and Group Actions in Arbitration, (ICC 2016), 23-32.

--*Commercial Arbitration: Cases and Problems,* (2nd ed, LexisNexis 2006).

Hanotiau B, *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions,* (Kluwer Law International 2005).

Hensler DR, *"Class actions in context"*, Class actions in context-How culture, economics and politics shape collective litigation, (Edward Elgar 2016), 387-410.

Huanfang D and Chuanlei, X, *"The availability of class arbitration for silent agreements: Contract interpretation theory or arbitrability doctrine?",* (2017) Front. Law. China 12/1, 79-89.

Júdice JM, *"Collective Arbitration in Europe"*, Class and Group Actions in Arbitration, (ICC 2016), 46-57.

Kaufmann-Kohler G and Rigozzi A, *Arbitrage International- Droit et pratique à la lumière de la LDIP,* (2nd edn, Weblaw 2010).

Kleiman E, *"The Future of Class, Collective and Mass Arbitrations in Europe"*, Class and Group Actions in Arbitration, (ICC 2016), 183-201.

Kuck LH and Litt GA, *"International Class Arbitration"*, World Class Actions-A guide to group and representative actions around the globe, (Oxford University Press 2012), 700-737.

Lamm CB and others, *"Mass Claims in Investment Arbitration"*, Class and Group Actions in Arbitration, (ICC 2016), 114-126.

Lew JDM and others, *Comparative International Commercial Arbitration,* (Kluwer Law International 2003).

Mulheron R, *The Class Action in Common Law Legal Systems,* (Hart Publishing 2004).

Nater-Bass G, *"Class Action Arbitration: A new challenge?"*, (2009) 27/4 ASA Bulletin, 671-690.

Obadia E, *"Mass Arbitrations in International Investment Cases"*, Class and Group Actions in Arbitration, (ICC 2016), 105-113.

Park WW, *"La Jurisprudence Américaine en matière de « class arbitration » entre débat politique et technique juridique"*, (2012) Revue de l'Arbitrage, 507-538.

Pillard C, *"Justice on the Move: From Class Action to Class-Wide Arbitration-Remarks"*, La justice en marche: du recours collectif à l'arbitrage collectif, en passant par la mediation, (Thémis 2005), 29-38.

Pineiro LC, *"Collective Consumer Arbitration in Spain-What's in a Name"*, Class and Group Actions in Arbitration, (ICC 2016), 88-104.

Poudret JF and Besson S, *Droit compare de l'arbitrage international*, (Bruylant/L.G.D.J/Schulthess 2002).

Racine JB, *Droit de l'arbitrage*, (Presses Universitaires de France 2016).

Radicati di Brozolo LG, *"Class arbitration in Europe?"*, Cross-Border Class Actions- The European Way, (Selp 2014), 209-222.

--and Ponzana F, *"Representative Aspects of "Mass Claim" Proceedings in Investor-State Arbitration"*, Class and Group Actions in Arbitration, (ICC 2016), 127-145.

Rajoo S, *Law, Practice and Procedure of Arbitration,* (2th edn, LexisNexis 2017).

Scherer FM, *"Class actions in the U.S. experience: an economist's perception"*, The law and economics of class actions in Europe- Lessons from America, (Edward Elgar 2012), 27-36.

Strong SI, *"Class Arbitration Outside the United-States: reading the tea leaves"*, Multiparty Arbitration, (ICC 2013), 183-214.

--*Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law,* (Oxford University Press 2013).

--*"Collective Arbitration Under the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes: A European Form of Class Arbitration?"*, (2011) 29 ASA Bulletin, 45-65.

-- *"Does Class Arbitration 'Change the Nature' of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T and a Return to First Principles"* (2011) University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper 2011/07, 201-271.

-- *"From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration"*, (2010) University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2010-16, 493-548.

Şahin M and Şahin HÇ, *"Toplu Hak Aramada Etkin Bir Yol Olarak Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sınıf Davaları",* (2014) 72 Journal of Istanbul University Law Faculty, 383-410.

Tuchmann EP, *"The Administration of Class Action Arbitrations"*, Multiple Party Actions in International Arbitration, (Oxford University Press 2009), 325-336.

--*"The American Arbitration Association's Administration of Class Arbitrations and the Supplementary Rules for Class Arbitrations"*, La justice en marche: du recours collectif à l'arbitrage collectif, en passant par la mediation, (Thémis 2005), 39-48.

Weiskopf NR, *Commercial Arbitration Theory and Practice,* (Vandeplas Publishing 2014).

Yeazell SC, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action,* (Yale University Press 1987).

Online resources

International Labour Office, *"Collective dispute resolution through conciliation, mediation and arbitration: European and ILO perspective"*, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/documents/meetingdocument/wcms_366949.pdf, accessed 19 october 2007.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 673–712

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0001
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 24.01.2019
Revizyon Ralebi: 08.02.2019
Son Revizyon: 02.09.2019
Kabul: 18.09.2019
Online Yayın: 17.10.2019

KARAR İNCELEMESİ / CASE ANALYSIS

M/V Norstar Davası'nın İlk İtirazları

Ümmühan Elçin Ertuğrul*

Öz

1998 yılında, İtalya'nın isteği üzerine İspanya makamları tarafından, Panama bayraklı M/V Norstar adındaki petrol tankerine İspanya'nın Palma de Mallorca Körfezinde demirlediği sırada el konulmuştur. Panama, M/V Norstar'ın serbest bırakılmasını ve hukuksuz alıkonulmasından doğan zararın giderilmesini talep etmiş fakat yerine getirilmemiştir. 2015 yılında Panama, M/V Norstar'ın İtalya tarafından alıkonulması ile bağlantılı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili iki devlet arasında bir uyuşmazlık sebebiyle İtalya'ya karşı dava açmıştır. İtalya, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin yetkisizliği ve Panama'nın iddialarının kabul edilemezliğine karşı ilk itirazlarını sunmuştur. Bu çalışmada, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin, İtalya'nın ilk itirazları olan yetkisizlik ve kabul edilmezlik konusunda verdiği karar incelenmiştir. Ayrıca, önceki beyanlara aykırı tutum yasağı, ıskati zaman aşımı, devletin temsili ve zımni kabul gibi konular da değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

M/V Norstar Davası, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, (UDHM), Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), Panama, İtalya

Preliminary Objections of the M/V Norstar Case

Abstract

The Spanish authorities following a request of Italy seized M/V Norstar an oil tanker registered under the flag of Panama when it was anchored in the Bay of Palma de Mallorca, Spain, in 1998. Panama demanded release of the vessel and payment for the damage caused by unlawful arrest of M/V Norstar, but it has not been fulfilled. In 2015, Panama instituted proceedings against Italy in a dispute between the two states concerning the interpretation and application of the United Nations Convention on the Law of Sea in connection with the detention of M/V Norstar by Italy. Italy submitted its preliminary objections on the lack of jurisdiction the International Tribunal for the Law of Sea (ITLOS) and the inadmissibility of the application of Panama. In this paper, the judgment of ITLOS on Italy's preliminary objection, base on lack of jurisdiction and inadmissibility was examined. In addition, subjects such as estoppel, extinctive prescription, State representation and acquiescence were also evaluated.

Keywords

M/V Norstar Case, The United Nations Convention on the Law of Sea (UNCLOS), International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), Panama, Italy

* **Sorumlu Yazar:** Ümmühan Elçin Ertuğrul (Doç. Dr.), Kırıkkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Kırıkkale, Türkiye. E-posta: ueertugrul@hotmail.com ORCID: 0000-0003-3930-8531

Atıf: Ertugrul UE, "M/V Norstar Davası'nın İlk İtirazları" (2019) 39(2) PPIL 673. https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0001

©Yazarlar. İstanbul Üniversitesi tarafından Creative Commons Lisansı (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) kapsamında yayımlanmıştır.

M/V Norstar Davası'nın İlk İtirazları

Giriş

Panama Cumhuriyeti (Panama), İtalya Cumhuriyeti (İtalya) aleyhine, Panama bayraklı, M/V Norstar adındaki petrol tankerinin (Norstar ya da Gemi), İtalya tarafından alıkonulması ve el konulması ile ilgili Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) nin uygulanması ve yorumlanması konusundaki uyuşmazlıkları dolayısı ile Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesine (UDHM ya da Mahkeme) başvuruda bulunmuştur.[1]

İtalya, Panama'nın açtığı davaya ilk itirazlarını sunmuştur. Mahkeme, 4 Kasım 2016 tarihinde bu ilk itirazlara ilişkin kararını vermiştir.[2]

Bilindiği gibi ilk itirazlar, davanın davanın esastan incelenebilmesi için öncelikle çözülmesi gereken usule ilişkin sorunlardır.[3]

Dava'ya konu olan olay şu şekilde gelişmiştir: 1994'ten 1998'e kadar Panama bayraklı Norstar, İspanya, Fransa, İtalya karasularının ötesindeki uluslararası sularda megayatlara motorin sağlamıştır.[4] 1998'de, İtalya'da bir yerel mahkemede -Savona Mahkemesinde- Norstar'ın mürettebatı hakkında madeni yağ ve vergi kaçakçılığından dolayı dava açılmış, söz konusu suçun delili olarak da Norstar'a el koyma kararı alınmıştır. Ancak el koyma kararı alındığında Norstar, İspanya'nın Palma de Mallorca (Palma) limanında demirli durumda olduğundan, söz konusu el koyma

1 Panama, başvurusunda BMDHS'nin 287. maddesini dayanak göstermiştir. Mahkeme'nin, Statüsü'nün 15/3. maddesindeki prosedürün uygulanmasını istemiştir. Panama'nın 16 Kasım 2015 tarihli başvurusu, 17 Aralık 2015 tarihinde Mahkeme kayıtlarına geçmiştir. Mahkeme Statüsü'nün 15/3. maddesi Mahkeme'nin acele muhakeme için özel daire kurmasına imkan tanımaktadır. Tarafların her ikisinin de kendi vatandaşları arasından *ad hoc* yargıçları vardır.

25 The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy) [2015] Application of the Republic of Panama (16 November 2015), para. 1 https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/C25_Application.pdf, (Erişim Tarihi: 19.04.2018);

2 İtalya, BMDHS'nin 294/3 maddesine göre ilk itirazlarını Mahkeme'ye 11 Mart 2016 tarihinde sunmuştur. 9 Mayıs 2016'da Panama, İtalya'nın ilk itirazlarına karşı Yazılı İnceleme ve Önerilerini bildirmiş, 8 Temmuz 2016'da da İtalya Panama'nın Yazılı İnceleme ve Önerilerine cevap vermiştir.

25 The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy) [2015] Preliminary Objections Judgment (4 November 2016), para. 15-18 https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_Judgment_04.11.16_orig.pdf (Erişim Tarihi: 04.06.2018).

3 "Preliminary Objections" Oxford Public International Law, https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e73#law-9780199231690-e73-div1-1 (Erişim Tarihi: 19.06.2019)

4 Norstar'a, Norveç uyruklu Inter Marine&Co AS'nin sahiptir, Norveç uyruklu Borgheim Shipping tarafından donatılmış ve Malta uyruklu Nor Maritime Bunker şirketi tarafından kiralanmıştır. İtalyan vatandaşının sahip olduğu, İtalyan şirketi Rossmare International s.a.s.'ın aracılığı ile İspanya, Fransa, İtalya karasularının ötesindeki uluslararası sularda megayatlara motorin sağlamıştır.

Judgment by the Tribunal Savona, 13 March 2003 (Annex B (Confidential Annex)) at p. 4, 25 The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy) [2015] Written Preliminary Objections under Article 294, Paragraph 3, of the United Nations Convention on the Law of Sea (10 March 2016), para.7 https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Italy/The_MV_Norstar_case_Preliminary_Objections_Italy.pdf (Erişim Tarihi: 27.05.2018); Application of the Republic of Panama (n 1) 4.

işlemini aralarındaki anlaşma gereğince İspanya makamları gerçekleştirmiştir.[5] El konulduğu sırada Norstar'ın depo tanklarında belli miktar motor yağı ve gaz yağı vardır. El konulma dolayısı ile o zaman tespit edilen zarar 6 milyon ABD dolarından daha fazladır.[6] Norstar'ın sahipleri tarafından Gemi'nin serbest bırakılması talebi, İtalyan makamlar tarafından reddedilmiş daha sonrasında ise serbest bırakma için İtalya tarafından istenen teminat, Norstar'ın sahibi tarafından ödenememiştir.[7]

2001 yılında, Panama Hükümeti zararın tazmini ve "makul zaman içinde" Norstar'daki el koymanın kaldırılmasını İtalyan Hükümetinden istemiş ve Mahkeme'ye başvuracağını bildirmiştir. Benzer talepler, farklı zamanlarda da yinelenmiştir.[8] 2003'te İtalyan yerel mahkemesi, Gemi'nin mürettebatını söz konusu suçlamalardan aklamış, Norstar üzerindeki el koymanın kaldırılıp sahibine iadesine karar vermiş ve bu durumu İspanya'ya bildirmiştir.[9] İtalya'daki yerel mahkemenin bu kararı, temyiz edilmesi nedeniyle ancak 2005 yılında kesinleşmiştir.[10] Kararın kesinleşme sürecinde ve sonrasında, İtalya, İspanya ve Panama arasında bazı yazışmalar gerçekleşmiş, Panama tarafından Norstar'ın serbest bırakılması ve verilen zararın giderilmesi istenmiştir.[11]

---

5 1997'den itibaren İtalyan mali polisi tarafından yapılan tahkikatları mütakiben Savona Mahkemesi Savcılığı, 4 İtalyan, 3 Norveç ve 1 Malta uyruklu kişi hakkında madeni yağ ve vergi kaçakçılığını amaçlayan suç ortaklığı kurmaktan yasal takibat başlatmıştır. 11 Ağustos 1998'de, İtalyan yargı makamları -Savona Mahkemesi Savcısı- Norstar'ın İtalyan makamlarını bilgilendirmeme ya da yanlış bilgilendirme ihlalleri yüzünden, Norstar bu suçların işlenmesine aracılık ettiğinden dolayı ve suç delili olarak Norstar hakkında el koyma kararı almıştır. Söz konusu el koyma kararı, 24 Eylül 1998'de, Norstar Navlun Sözleşmesi'ne uygun olarak, İspanya'nın Palma de Mallorca Körfezinde demirli iken alınmıştır. El koyma kararı, aynı gün uluslararası istinabe mektubuyla İspanya makamlarına ulaşmış ve 25 Eylül 1998'de Norstar'a, Palma Körfezinde demirli iken İspanyol görevliler tarafından -İtalyan makamlarının isteği üzerine- el konulmuştur. Yerel Mahkeme'nin kararına göre, İtalyan Ceza Kanunu uyarınca, kıyıda megayatlara petrol sağlamak suretiyle gümrükten kaçınarak para sağlama suçu teşkil etmektedir. Gemi ve içinde bulunan petrol, İtalya tarafından suç delili ve tutuklama gerekçesi olarak kabul edilmiştir.

Navlun Sözleşmesi; Denizde eşya taşıma sözleşmesidir. Sözleşme taraflarından biri, deniz yoluyla eşya taşımayı, diğeri ise söz konusu eşya taşıma karşılığında ücret (navlun) ödemeyi taahhüt eder. Ayrıntılı bilgi için; Nil Merve Çelikbaş, 'Navlun Sözleşmesi ile Konişmento Arasındaki İlişki' (2012) 1 TAAD, 190, Written Preliminary Objections, (n 3) 8, 9; Preliminary Objections Judgment, (n 2) 40-42, Application of the Republic of Panama (n 1) 5.

6 Norstar'da, 800 litre motor yağı ve 12.000 litre gazyağı vardır. Taşıma tanklarında ise satılık 170 ton gazyağı bulunmaktadır. 24 Eylül 1998'de zararın değeri 6.326.907,20 ABD Doları tespit edilmiştir.

Application of the Republic of Panama (n 1) 6.

7 İtalya tarafından istenen teminat miktarı, 250 milyon lirettir. Application of the Republic of Panama (n 1) 7.

8 7 Ocak ve 6 Haziran 2002 tarihlerinde de, Panama Hükümeti zararın tazmini ve makul zaman içinde Norstar'daki el koymanın kaldırılmasını İtalyan Hükümetinden istemiş ve Mahkeme'ye başvuracağını bildirmiştir. Written Preliminary Objections, (n 3) 10.

9 Written Preliminary Objections, (n 3) 11.

10 13 Mart 2003'te Savona Mahkemesi bütün suçlamaları aklamış ve Norstar üzerindeki el koymanın kaldırılmasına ve sahibine iadesine karar vermiştir. 18 Mart 2003'te bu kararını İspanya otoritelerine iletmiştir. Savona Mahkemesi Savcılığı 18 Ağustos 2003'te kararı temyiz etmiş, söz konusu karar 25 Ekim 2005'te Cenova Temyiz Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. 9 Aralık 2005 tarihinde hüküm kesinleşmiştir. Written Preliminary Objections, (n 3) 12; Application of the Republic of Panama (n 1) 8.

11 31 Ağustos 2004'te, Panama Hükümeti, Panama'daki İtalyan Büyükelçiliğine bazı belgeler göndermiştir. Bu belgelerde BMDHS'nin 292. maddesine göre, Mahkeme'ye başvurmadan önce Gemi'nin serbest bırakılması prosedürü ile ilgili Panama temsilcisi olarak serbest avukatlık yapan Bay Nelson Carreyo yetkilendirilmiştir. Bu durum aynı gün Panama Dışişleri Bakanlığınca sözlü nota ile İtalya'ya bildirilmiştir. 7 Ocak 2005 tarihinde Panama Dışişleri Bakanlığı, Norstar üzerindeki el koymanın kaldırılması için yeni bir sözlü nota göndermiştir. 6 Eylül 2006'da, İspanya makamları Cenova Temyiz Mahkemesine Norstar'ın imha edilme ihtimalini soran bir yazı göndermiştir. Cenova Temyiz Mahkemesi 13 Kasım 2006'da, konu ile ilgili karar verme yetkisi olmadığını bildiren cevabını iletmiştir. 17 Nisan 2010 tarihinde Panama, İtalyan Dışişleri Bakanlığına Norstar'ın İspanya'da alıkonulmasından dolayı neden olunan tahmini zararın tazminini isteyen bir yazı yazmıştır. Written Preliminary Objections, (n 3) 13, 14-16.

İtalya ile arasındaki sorunun giderilememesi üzerine, 2015 yılında Panama, İtalya'nın BMDHS'yi ihlal ettiği, İtalya'nın Norstar'a el koyarak, bayrak devleti olan Panama'nın seyrüsefer hakkını engellediği gerekçesi ile Mahkeme'de dava açmıştır.[12]

Mart 2016 tarihinde İtalya, Panama'nın başvurusunun kabulüne ve Mahkeme'nin yargı yetkisine ilk itirazlarını sunmuştur. Mahkeme, Kasım 2016'da ilk itirazlara ilişkin kararını açıklamıştır.

İtalya'nın Mahkeme'nin yetkisine ilişkin ilk itirazlarını aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür;

- Dava, Panama ve İtalya arası bir uyuşmazlık olmadığından Mahkeme'nin yargı yetkisi dışındadır.
- Mevcut Dava' da İtalya'nın davalı olarak gösterilmesinin hatalı olduğundan dolayı Mahkeme'nin yargı yetkisi yoktur. Çünkü, Panama tarafından ileri sürülen iddialar, İspanya ile ilgili haklar ve yükümlülüklerdir.
- Panama, BMDHS' nin 283/1 maddesine göre, uyuşmazlığın çözümünde görüşme ve diğer barışçıl yolları uygun şekilde tüketmediğinden Mahkeme'nin yargı yetkisi yoktur.[13]

İtalya'nın, Panama'nın İddialarının Kabul Edilirliğine İlişkin İlk İtirazlarını ise aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

- Başvuru diplomatik koruma karakterlidir. El koymadan zarar görenler Panama uyruğunda değildir. Norstar'a sözde hukuksuz el koymadan doğan zarar talebi ile ilgili İtalya'daki iç hukuk yolları tüketilmemiştir.
- Panama'nın talebi, Gemi'ye el konulmasından itibaren 18 yıl geçtiğinden dolayı zaman aşımına uğramıştır. Ayrıca Panama'nın Mahkeme'ye başvurmadan önce bu süre zarfındaki davranışları taleplerine engel olmuştur.[14]

Bilindiği gibi Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün 38. maddesi, mahkeme kararlarını uluslararası hukukun şekli yardımcı kaynağı olarak kabul eder. Bu çalışmada Norstar Davası temelinde aşağıdaki sorulara, söz konusu dava özelinde Mahkeme'nin cevabı incelenecektir. Bu, devletlere ilk itiraz konusu soruların cevabını önceden bilme ve ona göre tavır alma, emsal kıyas avantajı sağlayacaktır. Elbette ki, mahkeme kararlarının yalnız davanın taraflarını bağlayacağı ve somut olaya göre değerlendirildiği göz önünde tutulmalıdır. Norstar Davası'nın ilk itirazlara ilişkin kararında çözüm bulunan soruları aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür.

- Taraflardan birinin aralarında uyuşmazlık olduğunu ileri sürmesi uyuşmazlığın varlığı için yeterli midir?

12 Panama, İtalya'nın BMDHS'nin 33, 73/3, 73/4, 87, 111, 226 ve 300. maddeleri ile İtalyan makamlarının Norstar'a el koyarak Panama'nın seyrüsefer hakkını da ihlal ettiğini, BMDHS'nin temel kurallarına aykırı olarak açık denizde yabancı gemilerin hareket ve faaliyetlerini engellediğini iddia etmiştir. Norstar gibi yabancı gemilerin serbest bırakılmasındaki makul olmayan gecikmelerin seyrüsefer özgürlüğü ile bağlantısına dikkat çekmiştir. Application of the Republic of Panama (n 1) 9.

13 Written Preliminary Objections, (n 3) 34.

14 Written Preliminary Objections, (n 3) 35.

- UDHM'ye başvuruda, BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanması konusundaki uyuşmazlığın zamanı ne olmalıdır?
- Özel kişiler devleti temsil edebilirler mi? Yazılı yetkilendirme şart mıdır? Yetkilendirme geriye yürür mü?
- Devletlerden birinin iddialarına diğerinin cevap vermemesinin hukuki sonucu nedir? Uyuşmazlık olmadığı sonucunu doğurur mu?
- UDHM'ye başvuruda madde atfı nasıl olmalıdır?
- BMDHS'ye göre, ilan şartına bağlı olan deniz alanlarının kullanılması ile ilgili ihlaller için Mahkeme'ye başvuru usulü nasıl olmalıdır?
- Zararın tazmini için zamanaşımı başlangıcı ne zamandır?
- Uyuşmazlıkların çözümünde görüşme yolunun usul ve şartları nelerdir?
- Diplomatik koruma gemileri kapsar mı? Gemilerin tescil devletlerinin diplomatik koruma hakları var mıdır?
- UDHM yargılamasının ön koşulları nelerdir?
- Dava açmak için devletlerin dava açma konusundaki yetkilerini bildirmeleri gerekir mi?
- Dava yetkisi ile diplomatik ilişkilerdeki temsil yetkisi farklı mıdır?
- Susma, taleplerin reddinin açık delili sayılır mı?
- Talepler ile ilgili olarak sözlü ifade ile davranışlar arasında itibar derecesi farkı var mıdır?

Yukarıda da belirtildiği üzere söz konusu sorulara, Mahkeme'nin kararı çerçevesinde cevap aranmış ve işbu metin içinde dağınık şekilde yer verilmiştir.

Mahkeme, kararlarını neredeyse oybirliği halinde verdiğinden; hukuk nosyonuna sahip okuyucu tarafından Mahkeme'nin kararı önceden kestirilebildiğinden; itiraz konularının esasen girift olmaması dolayısı ile Karar Metnine sıkı şekilde bağlı kalınmıştır. Çalışma'da değinilen, ıskati zamanaşımı, önceki beyanlara aykırı tutum yasağı, zımni muvafakat gibi itiraz konularına ilişkin ayrıntılı bilgi verilebilecek olsa da, hem çalışmanın hacmi hem de yeknesaklığın bozulmaması nedeniyle dipnotta kısa açıklamalar verilmiştir. Zamanaşımı itirazı nedeniyle – okuyucu açısından gereksiz gibi görünse de- tarihler ve temsilci yetkilendirmesi ile ilgili mektup içerikleri ayrıntılı aktarılmıştır.

I. Panama'nın İddiaları

Hem Panama hem de İtalya, BMDHS'ye taraf olmaları dolayısıyla 287/1 madde uyarınca Mahkeme, Panama'nın başvurusunu kabul etme yetkisine sahiptir.

Panama, tabiiyetindeki Norstar Gemisi'nin İtalya tarafından hukuka aykırı olarak el konulmasının neden olduğu zararın tazminini talep etmiştir. İtalya, Norstar'ın İtalyan hukukunu ihlal ettiği iddiasıyla Panama' ya herhangi bir bildirimde bulunmaksızın 1998'de Gemi'ye ve taşıdığı petrole el koymuş ve bu el koyma 2003 yılında Savona Mahkemesi tarafından kaldırılmıştır.[15]

15 İtalyan hukuku uyarınca, yaklaşık 5 yıl süren cezai yargılama sonucunda Gemi serbest bırakılmış, suçlanan bütün mürettebatı her cezai fiilden aklanmıştır. Application of the Republic of Panama (n 1) 2.

Panama, İtalya'nın hukuka aykırı fiilleri dolayısıyla hem Panama Devleti hem de Gemi'nin sahibi için zarar doğduğunu bildirmiştir. Ayrıca, Panama'da güvenlik müşaviri ihtiyacı doğurmuş ve ciddi kaynak harcamasını gerekli kılmıştır. Gemi'nin sahibinin zararı, geminin değeri, el konuluncaya kadar navlun sözleşmesini yerine getirememekten doğan gelir kaybı, Panama'nın Denizcilik Makamlarına geminin kayıt ücretleri, hukuk hizmetleri, liman ödemeleri ve diğer ödemelerdir.[16]

Panama,

- BMDHS'nin 33, 73/3, 73/4, 87, 111, 226 ve 300. maddelerinin ihlal edildiğini,
- Tahmin edilen geçici zararın miktarının 10 milyon ABD Doları olduğunu,
- Avukatlık ücretleri, harçlar ve diğer harcamalar

ile ilgili karar verilmesini talep etmiştir.[17]

II. İtalya'nın İlk İtirazları

İtalya, BMDHS'nin 294/3 maddesi ve Mahkeme Kuralları'nın 97/1 maddesi uyarınca Panama'nın iddialarının kabulüne ve Mahkeme'nin yetkisine itiraz etmiştir.[18]

A. Mahkeme'nin Yetkisizliği

İtalya, aşağıdaki nedenlerle Mahkeme'nin dava ile ilgili yetkisi olmadığına ilişkin aşağıdaki sebepleri ileri sürmüştür.

1. Panama'nın başvurusunda belirttiği olgulara ilişkin Panama ile İtalya arasında bir uyuşmazlık yoktur.
2. Bu davada İtalya herhangi bir şekilde davalı değildir. Panama'nın iddiası, üçüncü bir devletin hakları ve yükümlülüklerini, ilgili devletin rızası olmaksızın tespitini içerir.
3. Panama, BMDHS'nin 283/1 maddesine göre, uyuşmazlığın çözümünü görüşme ve diğer barışçıl yollara uygun şekilde yürütmemektedir.[19]

a. Panama ile İtalya Arasında Bir Uyuşmazlığın Yokluğu

İtalya, BMDHS'nin 288. maddesine göre, Mahkeme'nin yargı yetkisi için bir uyuşmazlığın varlığını aramıştır. Taraflardan birinin tek taraflı iddiası, taraflar arasındaki uyuşmazlığın varlığı için temel yargısal gerekliliği oluşturmayacaktır. Panama'nın başvurusundaki olgularda, kınama ve şikayetlerde hukuka uygunluk yoktur.[20] Panama'nın bildirimleri BMDHS ile bağdaşmadığı gibi yaptığı görüşme

16 Application of the Republic of Panama (n 1) 11.

17 Application of the Republic of Panama (n 1) 11, 13.

18 Written Preliminary Objections, (n 3) 3.

19 Written Preliminary Objections, (n 3) 4, 17.

20 Written Preliminary Objections, (n 3) 18.

girişimleri de anlamlı değildir. Norstar üzerindeki el koymanın kaldırılması ile ilgili Panama'nın girişimleri BMDHS'nin 283/1 maddesindeki şartları sağlamamaktadır. Gemi'nin serbest bırakılması ricası ya da zararın sınırlandırılması gibi bildirimler, uyuşmazlığın görüşme yoluyla çözülmesini gerçekten isteme girişiminde hukuka uygun davranışlar değildir.[21]

b. Kişi Bakımından Yetki Eksikliği ve İşlemlere Taraf Olmayan Üçüncü Bir Devletin Müdahilliği Konusu

İtalya, Mahkeme'nin kişi bakımından yetkisizliği ve davalı gösterilmesinin hukuksuzluğu ile ilgili üç argüman ileri sürmüştür. Bunlar;

- Norstar'a el konulması emrinin İtalyan Savcılığı tarafından verilmesi- ne rağmen- uluslararası haksız fiil teşkil etmemektedir.
- Gemi'nin alıkonulması İtalyan görevliler tarafından yapılmayıp, İspanya makamlarınca gerçekleştirilmiştir.
- Bir devletin hakları ve yükümlülüklerinin görüldüğü bir davada, o devletin rızası olmadan -yokluğunda- karar verilemez. Panama da bunu 17 Nisan 2010 tarihli İtalya Dışişleri Bakanlığına yazdığı mektupla kabul etmiş, Gemi'nin Palma'da halen tutulu bulunduğunu vurgulamıştır. Bu sebeple, Panama tarafından İtalya'nın davalı gösterilmesi yersizdir. Mahkeme, yargılamaya taraf olmayan bir devletin davranışlarının hukukiliğinin belirlenmesini talep eden başvuruda, yargı yetkisinin olmadığına karar vermelidir. Bu, uluslararası usul hukukunun en temel ilkelerinden biridir. Monetary Gold Davası'nda UAD:

Mahkeme, üçüncü bir devletin uluslararası sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, söz konusu üçüncü devletin rızası olmaksızın ilgili üçüncü devlet ya da ondan önceki taraflardan herhangi biri ile ilgili bağlayıcı karar veremez.[22] şeklinde karar vermiştir. İspanya mevcut yargılamanın tarafı olmadığından, Panama'nın başvurusundaki iddiaları Mahkeme yetkisizlik dolayısıyla reddetmelidir.[23]

İtalya, kendisinin davalı olup olmamasıyla ilgili Norstar'a el konulması emrinin, İtalya'nın uluslararası sorumluluğunu doğurup doğurmadığını bilmelidir, bu husus belirlenmelidir. Gemi'ye el konulması emri İtalyan savcı tarafından verilmiş olsa da, el koyma işlemi İspanya makamları tarafından gerçekleştirilmiştir. İtalyan makamları tarafından verilen ve İspanyol makamlarınca gerçekleştirilen el koyma, kendiliğinden BMDHS'nin ihlalini doğurmaz.[24]

İtalya, uluslararası sorumluluğu ile ilgili olarak, her devletin kendisine atfedilen uluslararası haksız fiillerden sorumlu olduğunu, uluslararası düzeyde de, o devletin

21 Written Preliminary Objections, (n 3) 19, 20, 34.

22 Case of the Monetary Gold Removed From Rome in 1943 (Preliminary Question) (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America) [1954], Judgment of June 15th 33 https://www.icj-cij.org/files/case-related/19/019-19540615-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 03.06.2018)

23 Written Preliminary Objections, (n 3) 21-24; Preliminary Objections Judgment, (n 2) 134-136.

24 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 137, 138.

kurum ve hükümet organlarının fiillerinin devlete atfedilebileceğinden bahsetmiştir. Bir başka devletin haksız fiillerinden uluslararası sorumluluk söz konusu değildir. İspanya'nın, İtalya tarafından Gemi'ye el konulmasına ilişkin istinabe mektubunu ille de kabul etme zorunluluğu yoktur. İspanya makamlarını el koyma fiillerinde İtalya'nın münhasıran kontrol ve yönlendirmesi söz konusu değildir. Norstar'daki tutuklama ve el koyma İtalya'ya atfedilemez.[25]

İtalya'nın bu konudaki iddialarına ilişkin olarak Panama, cevaplarını Mahkeme'ye sunmuştur.[26]

c. Görüş Alışverişi Yükümlülükler ile Uyumlu Değildir

İtalya, Panama ile arasındaki ilişkiyle ilgili olarak aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur.

Panama'nın İtalya ile olan görüş alış-verişi, BMDHS'nin 283/1 maddesinde öngörülen uluslararası mahkemeden karar almadan önce uyuşmazlığın görüşme yoluyla çözülmesi girişimi olarak değerlendirilemez. Bu tür bildirimler ya İspanya'da el konulduğu zaman Gemi'nin serbest bırakılması ya da hukuka aykırı şekilde zararın tazmini talebine ilişkindir. Panama, varsayılan uyuşmazlığın barışçıl çözümü için gerçek bir öneri sunmaksızın dava açma niyetiyle birkaç kez serbest bırakma prosedürünü başlatma umuduyla bildirimde bulunmuştur. Bu sebeple İtalya, Mahkeme'den Panama'nın iddialarının kabul edilmezliğini bildirmesini saygıyla rica eder.[27]

B. Panama'nın İddialarının Kabul Edilmezliği

İtalya, Mahkeme'nin yetkisi kabul edilse dahi, Panama'nın iddialarının aşağıdaki sebepler dolayısıyla kabul edilemez olduğunu bildirmiştir.

25 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 140, 141, 143.

26 Panama, Gemi'ye el koyma kararını İtalya'nın verdiğini, fiziksel el koymanın, İtalyan savcılığının el koyma müzekkeresinin doğal sonucu olduğunu, İspanya'nın yalnızca adli yardım sunduğunu, haksız fiilden İtalya'nın sorumlu olduğunu belirtmiştir. İspanya, İtalya ile aralarındaki 1959 tarihli Strazburg Sözleşmesi'ne göre, el koyma nedeni olan suçun varlığını araştırmakla yükümlü değildir. İspanya, yalnızca el koyma esnasındaki fiillerinden sorumludur.

Panama, İtalya'nın sorumluluğu ile ilgili olarak 18 Mart 2003 tarihli, Gemi'nin serbest bırakılması için İspanya'ya olan mektubunu ve İspanya'nın da İtalya'ya sorduğu Gemi'nin imhası ile alakalı 6 Eylül 2006 tarihli mektubunu delil olarak göstermiştir. Panama bu iddiasında, Gemi'ye el konulmasından İtalya yanında İspanya'yı da sorumlu göstermiştir. Meydana gelen zararda, İspanya'nın da hukuka aykırı fiilleri vardır ancak bu durumda dahi İtalya sorumludur. İspanya'nın haksız fiilleri mevcut dava ile davalı olmak yönünden ilgili değildir.

Panama, İspanya makamlarının Savona Mahkemesi Savcılık Bürosu ile yazışmalarında, İspanya'ya Norstar'ın imha edilmeyip, kontrolünün devam etmesi yönündeki mektubunu delil olarak sunmuştur. Panama'ya göre bu durum, İspanya'nın bağımsız hareket etmeyip, münhasıran İtalya'nın kontrol ve yönlendirmesi altında olduğunun delilidir.

Panama, İtalya tarafından çıkartılan Norstar'a el koyma emrinin BMDHS'yi ihlal ettiği ve bu ihlalin İtalya'nın uluslararası sorumluluğunu doğurduğu görüşündedir.

Panama, İtalya'nın üçüncü bir devletin hak ve yükümlülüklerinin söz konusu olduğu durumlarda ilgili devletin rızası olmaksızın karar verilemeyeceği itirazı ile ilgili olarak, mevcut davada İtalya'dan başka bir devletin fiillerinin söz konusu olmadığı görüşündedir. Dava'da İspanya'nın hak ve yükümlülükleri söz konusu olmayıp yalnız İtalya'nın yükümlülükleri söz konusudur. Preliminary Objections Judgment, (n 2) 148-156.

27 Written Preliminary Objections, (n 3) 25-26.

İddia edilen uluslararası hukuka aykırı fiillerden etkilenen gerçek ve tüzel kişiler, Panama uyruğunda değildirler ve İtalya'nın iç hukuk yollarını tüketmemişlerdir. Panama, ağırlıklı olarak -eğer münhasır değilse- söz konusu gerçek özel hukuk kişilerinin menfaatine diplomatik koruma yoluna başvurmalıdır.

Panama, Gemi'ye el konulmasından itibaren 18 yıl geçtikten sonra Mahkeme'ye başvurduğundan dolayı mevcut davayı geçerli bir şekilde ileri sürülmesine kendisi engel olmuş ve zamanaşımına uğratmıştır. Panama'nın, 2001-2004 tarihleri arasında Norstar'ın gecikmeksizin serbest bırakılması konusunda başvuru niyeti olmamıştır. El konulmayı müteakip 10 yıl içinde de, zararın tazmini hukuka uygun bir şekilde anlamlı olarak istememiştir. [28]

a. Panama'nın İddiaları Diplomatik Korumaya İlişkindir

İtalya, mevcut olgulara bakarak söz konusu durumun açıkça diplomatik koruma ile ilgili olduğunu ifade eder. Diplomatik koruma konusundaki uluslararası hukukun yerleşik kurallarına göre, Panama'nın başvurusunda iddia edilen uluslararası haksız fiiller, Panama uyruklarını etkiliyorsa ve haksız fiili işlediği iddia edilen devletin hukukuna göre iç hukuk yolları tüketilmişse Panama mevcut iddialarını geçerli bir şekilde sunabilir. Dava'daki olgular açıkça gösterir ki, bu iki şartın hiçbiri yerine getirilmemiştir. Norstar'a ne Panama uyruklu gerçek ya da tüzel kişiler tarafından sahip olunmuş, donatılmış ve kiralanmış ne de İtalya'nın uluslararası haksız fiilinden zarar gördüğü kabul edilenler, tazminat talebiyle ilgili olarak İtalyan hukukuna göre iç hukuk yollarını tüketmişlerdir. İtalyan ceza yargılamalarında, Panama uyrukları suçlanmamışlardır. Bu sebeple İtalya, Mahkeme'den Panama'nın başvurusundaki iddiaların kabul edilmezliğini bildirmesini talep eder.[29]

b. Zamanaşımı ve Önceki Beyanlarına Aykırı Tutum Yasağı[30]

Norstar'a İspanya makamları tarafından el konulmasından itibaren 18 yıl geçmiştir ve zarar iddialarını ileri sürme hakkı zamanaşımına uğramıştır. Iskati (ortadan kaldırıcı) zamanaşımı, esasen bütün yargılamalarda ve onların uygulamalarının tahmin edilebilirliği ve hakların belirliliğini garanti etmenin temel amacına hizmet eden bir ilkedir. Bir borçtan, süresiz olarak yükümlü tutulunması söz konusu değildir. Alacaklı, makul zaman içinde alacağını istemelidir. Mevcut davada İtalya, Norstar'a karşı borçlu bulunsa bile Panama'nın iddiaları ortadan kaldırıcı zamanaşımı dolayısıyla kabul edilemez.[31]

28 Written Preliminary Objections, (n 3) 5, 27.

29 Written Preliminary Objections, (n 3) 28, 29.

30 İtalya, Mahkeme'ye sunduğu itirazlarının orijinal İngilizce metninde ıskati zamanaşımı için "extinctive prescription", önceki beyanlara aykırı tutum yasağı için "estoppel" tabirini kullanmıştır. Kavramlarla ilgili ayrıntılı bilgi, 152 ve 153. dipnotlarda verilmiştir.

31 Written Preliminary Objections, (n 3) 30.

Ayrıca Panama'nın Mahkeme'ye başvurusundan zaman engeli üzerinden şikayet edilen olgular ile Panama'nın davranışları uyumsuzdur. 2001-2004 yılları arasında Panama, BMDHS'nin 292. maddesine göre Norstar'ın serbest bırakılması niyetini ifade etmişse de, Norstar İspanya'da tutulu iken Panama tarafından herhangi bir işlem gerçekleştirilmemiştir. En önemlisi, daha önce de işaret edildiği gibi takip eden yıllarda Panama, İtalya ile görüşmelerinde hukuki bir tavır sergilememiş ve iddiaları için görüşme yoluna gitmemiştir. Şimdi ise görüş değiştirmek suretiyle başvuruda bulunamaz. Panama, Mahkeme'ye başvuru hakkını kendi eylemleri ile engellemiştir.[32]

III. Mahkeme'nin İlk İtirazlara İlişkin Kararı

İtalya'nın, Mahkeme'nin yetkisizliği ve Panama'nın iddialarının kabul edilmezliği konusunda ilk itirazları üzerine Panama, Mahkeme'nin yetkili olduğunu, başvurusunun kabul edilirliğini ve İtalya'nın usul hukukuna aykırı hareket ettiğini bildirmiştir. İtalya'nın ilk itirazlarının BMDHS'nin 294/3 maddesine göre reddedilmesini ileri sürmüştür.[33]

İtalya, Norstar ve içindeki 8 kişi hakkında vergi ve madeni yağ kaçakçılığı ortaklığı suçundan İtalyan Ceza Kanunu'na göre takibat başlatmış ve İspanya'dan Gemi'ye el konulmasını istemiştir. İtalya bu talebini 20 Nisan 1959 tarihli Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin[34] 15. maddesi ve 14 Haziran 1985 tarihli Schengen Anlaşması'nın[35] 53. maddesi ne dayandırmış ve İspanya Norstar'a Palma Körfezinde demirli iken el koymuştur.[36]

Ocak 1999'da Norstar'ın sahibinin, Gemi'nin serbest bırakılmasına ilişkin yaptığı başvuru Savona Mahkemesi Savcılığı tarafından reddedilmiştir. Serbest bırakmaya karşılık 250 milyon İtalyan lireti teminat istenmiş, bu tutar Gemi'nin sahibinin tarafından ödenemiş dolayısıyla Gemi serbest bırakılmamıştır.[37]Gemi'nin alıkonulması sebebi gerçek kişilerin işlediği suçta kullanılmasıdır.

13 Mart 2003'te Savona Mahkemesinin ceza bölümü, "sanıkları bütün suçlamalardan beraat" ettirmiş ve Norstar üzerindeki el koymanın kaldırılması ile sahibine iadesine karar vermiştir. 18 Mart 2003'te, Savona Mahkemesi kararını, İspanya'nın Palma de Mallorca Mahkemesine iletmiş ve Norstar'ın serbest bırakılmasını rica etmiştir.[38]

32 Written Preliminary Objections, (n 3) 31-33.

33 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 39, 40.

34 Sözleşme'nin Türkçe metni için; https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc051/kanuntbmmc051/kanuntbmmc05101034.pdf (ErişimTarihi: 07.06.2018)

35 https://www.ucc.ie/archive/hdsp/Shengen-agreement_io.pdf (Erişim Tarihi: 07.06.2018)

36 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 43.

37 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 44.

38 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 45.

18 Ağustos 2003'te Savona Mahkemesi Savcılığı, 13 Mart 2003 tarihli Kararı temyiz etmiştir. Temyiz, Gemi ile ilgi olmayıp, gemi mürettebatının suçluluğu ve mahkumiyeti ile ilgilidir. 25 Ekim 2005'te Cenova Temyiz Mahkemesi Savona Mahkemesinin kararını onaylamıştır.[39]

6 Eylül 2006'da İspanya'nın Balearic Adası'nın Liman Makamları, Savona Mahkemesinden Norstar'ın imha edilmesi konusunda yetkilendirme istemiştir. Savona Mahkemesi, İspanya'nın ilgili makamlarına, Savona Mahkemesi kararına temyizen bakan Cenova Temyiz Mahkemesinin, 13 Mart 2003'te Savona Mahkemesinin el koymanın kaldırılmasına ilişkin olarak 'Mahkeme'nin yetkisi içine girmediği ve bu sebeple yetkilendirmenin iadesinden sonra Gemi'nin akıbeti konusunda herhangi bir karar verilmemiştir.' hükmünü iletmiştir. [40] İtalya'nın İspanya mahkemesinden, Gemi'nin serbest bırakılmasını istemiş olmasına rağmen aradan 3.5 yıl geçtikten sonra İspanya makamlarınca imhası konusunda yetkilendirme istenmesi İspanya ve İtalya arasında bir sorumluluk ilişkisi doğursa da bu yazının konusu dışındadır.

Mahkeme, aşağıda 7 başlık altında toplanan hususlarda itirazları değerlendirmiştir.

A. Panama'nın, İtalya'nın İtirazlarını Genişlettiği İddiası

22 Ağustos 2016'da Panama, İtalya'nın ilk itirazları ile ilgili verilecek karar kapsamında talepte bulunmuş, 23 Ağustos 2016'da İtalya buna itiraz etmiştir. Panama, İtalya'nın 8 Temmuz 2016 tarihli cevabında, daha önce belirtmediği yeni itirazlar sunduğunu ve itirazlarını genişletmeye çalışmasının Mahkeme Kuralları'nın 97/1 maddesindeki zaman sınırını aştığını ifade etmiştir. Ayrıca, İtalya'nın argümanlarına karşı hakkını kullanma fırsatının sözlü yargılamalar esnasında olup bunun hukuk usulü ve silahların eşitliği ilkelerini etkilediğini eklemiştir. İtalya tarafından daha sonra ileri sürülen konuların Mahkeme'ce reddedilmesini ve sözlü yargılamadaki bu itirazlarını yazılı olarak cevaplamak için süre talep etmiştir.[41]

İtalya, 23 Ağustos 2016 tarihli itiraz mektubunda, Panama'nın dokümanlarının kabul edilmezliğini, eğer kabul edilirse de gerçekliklerine itiraz hakkını saklı tuttuğunu bildirmiştir. Sözlü yargılama esnasında Panama'nın taleplerinin "açıkça temelsiz" olduğunu, İtalya'nın bütün argümanlarını 8 Temmuz 2016 tarihindeki cevabında yaptığını, bunun ya 16 Mart'ta sunduğu ilk itirazlarında belirttiği ve geliştirdiği ya da 5 Mayıs 2016 tarihli Panama'nın incelemesinde ileri sürdüğü argümanlara cevaplarında olduğunu ifade etmiştir. Bütün ilk itirazlarını zamanında yaptığını ve "silahların eşitliği" prensibine saygılı olduğunu eklemiştir.[42]

39 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 46.

40 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 47.

41 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 49, 50.

42 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 51.

Mahkeme, İtalya'nın yazılı iddialarını incelediğinde; 8 Temmuz 2016 tarihli cevabında yeni itirazlar sunmadığına, söz konusu itirazların 11 Mart 2016'da dosyalanan ilk itirazların geliştirilmiş ve gözden geçirilmiş hali olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, taraflara ek zaman verildiği, silahların eşitliği ilkesine riayet edildiği görüşündedir.[43]

B. BMDHS'nin 287. Maddesi Çerçevesinde Yapılan Bildirimler

Hem İtalya hem de Panama BMDHS'yi onaylamışlardır.

BMDHS'nin 287/1 maddesine göre;

Bir devlet, bu Sözleşme imzalandığı, onaylandığı ya da kabul edildiği zaman ya da daha sonraki bir zamanda bu Sözleşme'nin uygulanmasından ya da yorumlanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümü için aşağıdaki yollardan birini ya da birkaçını yazılı olarak bildirmek suretiyle seçebilir.

a. *Ek VI'ya göre kurulan Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi;*
b. *Uluslararası Adalet Divanı;*
c. *Ek VII'ye göre kurulan Tahkim Mahkemesi;*
d. *Belirtilen uyuşmazlık kategorilerinin bir ya da birden fazlası için, Ek VII'e göre kurulan Özel Tahkim Mahkemesi*

287/4 maddesine göre;

Eğer, bir uyuşmazlığın çözümü için uyuşmazlığın tarafları aynı usulü kabul etmişlerse, taraflar aksini kararlaştırmazlarsa sadece o usul uygulanabilir.[44]

İtalya 1995 yılında BMDHS'yi onaylamış, 1997 yılında 287. maddeye göre bildirimde bulunmuştur. Buna göre, hangisinin üstün tutulacağının belirtmeksizin BMDHS'nin 287/1 maddesine göre, söz konusu Mahkeme'yi ve Uluslararası Adalet Divanını seçmiştir.[45]

Panama 1996 yılında BMDHS'yi onaylamış, 2015 yılında 287. maddeye göre bildirimde bulunmuştur. Panama bildiriminde; Panama bayraklı Norstar Tankerinin alıkonulmasından doğan BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanmasıyla ilgili Panama ve İtalya arasındaki uyuşmazlığın çözümünde Mahkeme'nin görev ve yetkisini kabul ettiğini belirtmiştir.[46] Mahkeme, Panama'nın Norstar Davası ile ilgili sınırlı bildirisinin BMDHS'de engellenmediği, bu yüzden uygun olduğuna işaret etmiştir. Ayrıca, Panama'nın bildirisinde "Norstar'ın alıkonulmasından doğan BMDHS'nin

43 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 52.

44 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 54, 55.

45 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 56.

46 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 57.

uygulanması ve yorumlanmasıyla ilgili uyuşmazlık…" tan bahsederken, Panama'nın başvurusunda, "Norstar'ın İtalya tarafından yakalanması ve alıkonulması ile bağlantılı BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanması ile ilgili iki devlet arasındaki uyuşmazlık..." tan bahsettiğine dikkati çekmiştir.[47]

İtalya, Mahkeme'nin yargılama yetkisiyle ilgili olarak, Panama ile İtalya arasında uyuşmazlık olmadığı; bir uyuşmazlığın olduğu kabul edilse dahi *Panama'nın, BMDHS'nin 283/1 maddesine göre, uyuşmazlığın çözümünü görüşme ve diğer barışçıl yollara uygun şekilde yürütmediği; İtalya'nın davalı olmadığı dolayısı ile Mahkeme'nin davaya bakmaya yetkili olmadığını ileri sürmüştür.*[48]

İtalya'nın iddiaları doğrultusunda, Mahkeme, şu hususları incelemiş ve karar vermiştir.

İtalya, Panama ile arasında bir uyuşmazlık olmadığından bahsederken, başvuruda şikayet edilen olgular Panama ile İtalya arasındadır. -Panama ise İtalya ile aralarında bir uyuşmazlık olduğunu çok net bir şekilde ifade etmiştir.-[49]

İtalya, "*Taraflar arası bir uyuşmazlığın varlığının temel yargısal gerekliliğinin yerine getirilmeyip, bir tarafın kendi iddialarını tek taraflı ileri sürülmesi"* olduğunu savunmuştur. Yine, *"İtalya ve Panama'nın herhangi bir hukuka uygun olmayan davranışı konusunda başvuruda şikayet edilen olgular ile ilgili herhangi bir kınama ya da şikayeti olmamıştır.*" Söz konusu olgularla ilgili İtalya tarafından haber alındığı kabul edilirken, İtalya bu bildirimlerin, "*Panama ile İtalya arasında uluslararası bir uyuşmazlığın gereğinin yerine getirilmesi amacıyla olmadığı"* nı ifade etmiştir.[50] Ayrıca, İtalya ile iletişim kurmada görevlendirilen Panama temsilcisi Nelson Carreyo'nun, İtalya'nın sorumluluğunu başlatma konusunda yetkilendirilmediğini, hukuken buna ehliyetli olmadığını belirtmiştir. Panama'ya söz konusu olay ile ilgili diplomatik karşılık verilmediğini, çünkü görevli temsilcinin Dava'daki olgular üzerinde İtalya ile görüşme konusunda yetkilendirilmediğini yinelemiştir.[51]

İtalya, 15 Ağustos 2001- 31 Ağustos 2004 tarihleri arasında münhasıran Bay Carreyo'dan ve Norstar'ın sahibinin menfaatlerini korumak amacıyla Panamalı avukatlardan yazılı bildirimde bulunulduğunu kabul etmiş ancak Bay Carreyo'nun *"temsil yetkisinin varlığını kanıtlayamadığını"* ileri sürmüştür. Bay Carreyo'nun 15 Ağustos 2001 tarihli mektubundaki imzanın ne Panama Hükümetinin resmi görevlilerine ne de Panama'nın Roma Büyükelçisine ait olmadığını, söz konusu imzanın Panama'da bir noter tarafından onaylandığını, yalnızca 5 Ekim 1961 tarihli

47 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 58, 59.

48 Written Preliminary Objections, (n 3) 4, 17.

49 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 63, 64.

50 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 65.

51 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 66.

Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (1961 La Haye Sözleşmesi)[52] ye uygun olduğu konusunda bir tasdik şerhi konulduğunu ifade etmiştir. İtalya'ya göre, Bay Carreyo söz konusu Sözleşmeye göre diplomatik ya da konsolosluk temsilcisi tarafından yapılan bir belgeyle başvurmadığından özel yetkilidir.[53] İtalya, 2 Aralık 2000 tarihli mektupla, Mahkeme önünde İtalya'ya karşı BMDHS'nin 292. maddesi çerçevesinde yalnızca gecikmeksizin salıverme işlemlerinin başlatılması ile Bay Carreyo'nun Panama Hükümeti tarafından yetkilendirildiğini ve bunun Panama adına dava açma yetkisini içermediğini ifade etmiştir. Bay Carreyo'nun yetkilendirilmesinin 31 Ağustos 2004 tarihli bildirim ile başladığını vurgulamıştır.[54]

İtalya, "*dava yetkisi*" ile "*diplomatik ilişkilerde devleti temsil yetkisi"* nin karıştırılmaması gerektiğini belirtmiştir. Dava açma yetkisinin 2 Aralık 2000 tarihli mektupta olmadığını belirtmiştir. 31 Ağustos 2004 ve 7 Ocak 2005 tarihlerinde Panama tarafından gönderilen sözlü notaların da 2 Aralık 2000 tarihli mektubun basit tekrarı olduğunu yani gecikmeksizin salıverme prosedürünü başlattığını ifade etmiştir.[55] Söz konusu bildirimlerden hiçbirinin, BMDHS'ye göre, Panama' nın herhangi bir hakkını başlatmayacağını ve bundan dolayı İtalya'nın BMDHS'yi kasten ihlal etmediğini vurgulamıştır.[56]

Panama, Norstar'ın alıkonulması uyuşmazlığında İtalya'nın zararı ödememesini yanlış bulmaktadır. İtalya ile aralarında bir uyuşmazlığın varlığının açık işaretleri karşısında, İtalya'nın uyuşmazlığı çözmeye çalışmak şöyle dursun, uyuşmazlığı kabul etmediğini ileri sürmüştür.[57]

Panama, Norstar'ın hukuksuz alıkonulması için tazminat taleplerini ve olguları yazılı olarak bildirdiklerini ayrıca mektupların Panama'nın "ulaşım özgürlüğü" ve "ticaret özgürlüğü" ne açıkça işaret ettiğini belirtmiştir. Panama, İtalya'nın bu mektupların hiçbirine cevap vermediğini, resmi talepleri reddettiğini ve böylelikle ciddi bir anlaşmazlığa yol açtığını ifade etmiştir. Mahkeme'den, İtalya'nın sessizliğini Panama'nın taleplerinin reddinin açık delili kabul etmesini istemiştir. Taleplerle ilgili olarak ifade edilen kelimelerin farklı olabileceğini, aslolanın tarafların davranışlarından çıkarılması gerektiğini, UAD'nin Kamerun ve Nijerya Arasındaki Kara ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığına İlişkin Dava'nın[58] ilk itirazları ile Irk

52 Sözleşme'nin 1/c maddesinde noter senetlerinden bahsediliyor. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc067/kanuntbmmc067/kanuntbmmc06703028.pdf (Erişim Tarihi: 10.06.2018)

53 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 68.

54 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 69, 70.

55 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 71, 72.

56 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 73.

57 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 74.

58 Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria) [1994] Jugment of 11 June 1998 https://www.icj-cij.org/files/case-related/94/094-19980611-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 11.06.2018)

Ayrımcılığının Bütün Şekillerinin Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme ile ilgili Dava'daki[59] kararları emsal göstermiştir.[60]

Panama, Bay Carreyo'nun 2 Aralık 2000 tarihli Dışişleri Bakanlığı mektubu ile Panama ve Norstar adına yetkilendirildiğini, Norstar ile yetkisinin, özellikle zararın tazmini olmak üzere el konulma ile ilgili bütün fiilleri kapsadığını, sadece gecikmeksizin serbest bırakılma işlemlerinin yürütülmesi ile sınırlı olduğu şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca, Mahkeme Kuralları'nın, kısmen "özel avukat" tarafından temsil edilmeyi yasaklamadığını vurgulamıştır.[61]

Mahkeme, uyuşmazlığı "*olgusal ya da hukuki konularda anlaşamama yahut hukuki görüşlerin ya da menfaatlerin çekişmesi"* olarak, Uluslararası Daimi Adalet Divanında görülen Filistin Mavrommatis İmtiyaz Davası'nda[62] yapılan *"taraflardan birinin iddiasına diğer tarafın kesin şekilde karşı çıkıldığının gösterilmesi"* tanımına ve UAD'de görülen Güney Batı Afrika Davaları İlk İtirazlar Kararına[63] gönderme yaptığı Southern Bluefin Tuna Davası'nı[64] hatırlatmıştır.[65]

UAD, Güneybatı Afrika Davaları İlk İtirazlar Kararında, taraflardan birinin aralarında bir uyuşmazlığın varlığını ileri sürmesinin uyuşmazlığın varlığı için yeterli olmadığını, yalnızca uyuşmazlık iddialarının uyuşmazlığın varlığının kanıtlamaya yetmediğini belirtmiştir.[66]

---

59 Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) Preliminary Objections [2008] Judgment of 1 April 2011 https://www.icj-cij.org/files/case-related/140/140-20110401-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi 11.06.2017); Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of the All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation) [2017] dava devam etmektedir.

https://www.icj-cij.org/en/case/166 (Erişim Tarihi: 03.03.2019); Sözleşme'nin Türkçe metni için; http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin135.pdf (Erişim Tarihi: 11.06.2018)

60 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 75-77.

61 Panama, Mahkeme'den önce, 31 Ağustos 2004 tarihinde Bay Carreyo'nun Panama'nın temsilcisi olarak yetkilendirildiği sözlü nota ile açıkça doğrulandığını; 7 Ocak 2005 tarihli sözlü nota ile de söz konusu durumun teyit edildiğini; 7 Ocak 2005 tarihli sözlü notanın sadece gecikmeksizin serbest bırakılma işlemlerinin yürütülmesi için olmayıp, yetkilendirmenin gecikmeksizin serbest bırakılma işlemleri ile sınırlı olduğu şeklinde yanlış anlaşılmaması gerektiğini tekrar etmiştir. Bay Carreyo'nun Panama'nın temsilcisi olduğunu, İtalya'nın 25 Ocak 2009 tarihli cevabi sözlü notasının doğruladığını bunun sözde yetkisiz temsilci argümanının reddi anlamına geleceğini bildirmiştir. Haberleşmenin, temsilci için yazılı temsil belgesi gerektirmediği, temsil edilen devlet ya da kişinin işaret edilmesinin yeterli olduğunu savunmuştur. Bu yetkilendirmelerin, temsil edilen devlet tarafından geriye dönük olarak (da) verilebileceğini belirtmiştir. İtalya'nın sözde temsil yetkisi eksikliği iddiasını konu edemeyeceğini, İtalya'nın bu davranışı ile iyiniyet ilkesini ihlal ettiğini vurgulamıştır. Bay Carreyo'nun kişisel başlıklı belge kullanmasının, yalnızca iletişimi göstermek amaçlı olduğu ve 1961 La Haye Sözleşmesi'ne göre Bay Carreyo'nun mektubunun onaylanmasının önemi olmadığını ileri sürmüştür. İtalya'ya imzanın güvenilirliğini kanıtlamak için yetkilendirme yapıldığını, İtalya'nın, Bay Carreyo'nun imzasına öncelikle itiraz etmeyip iletişim kurduğunu belirtmiştir. Preliminary Objections Judgment, (n 2) 78-83.

62 The Mavrommatis Palestine Concession, Series A- No:2, August 30 1924, Collection of Judgments, Publications of the Permanent Court of International Justice 11 https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

63 South West Africa Cases, (Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa) Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962 328, https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi 13.06.2018)

64 3&4 Southern Bluefin Tuna Cases, (New Zealand v. Japan, Australia v. Japan) [1999] Order, para 44, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/published/C34-O-27_aug_99.pdf (Erişim Tarihi 13.06.2018)

65 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 85.

66 South West Aprica Cases, (n 70) 328.

Mahkeme, davanın konu bakımından yetkisiyle ilgili olarak, M/V Louisa Davası'nda "*Taraflar arasındaki BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanması konusundaki uyuşmazlığın, başvuru esnasında olması gerektiği...*" kararını hatırlatmıştır.[67]

Mahkeme, Norstar'ın alıkonulması ve tazminat ile ilgili 2001 yılından itibaren Panama tarafından İtalya'ya pek çok bildirim yapıldığını ifade etmiş ve bu bildirimleri incelemiştir. Mahkeme'nin tespitine göre; 15 Ağustos 2001 ve sonraki tarihli, İtalya Dışişleri Bakanlığına Bay Carreyo tarafından gönderilen mektuplarda, "*Deniz Hukuku Mahkemesinde İtalya'ya karşı hukuki işlem başlatmak için... Panama Dışişleri Bakanlığı tarafından hukuki olarak yetkilendirildiği ...Norstar'ın Palma de Majorca'da alıkonulmasının neden olduğu zararın tazmini için...*" ifadeleri yer almaktadır. Mektupta, Savona Savcılığının 11 Ağustos 1998 tarihli emriyle Norstar'ın tutulduğu, bu tutmanın hem İtalyan hukukuna hem de uluslararası hukuka göre yasal olmadığı belirtilmiştir. Karasuları ve bitişik bölge dışında ticaret özgürlüğü ilkesine gönderme yapılmıştır. Bu hukuka aykırı prosedürün neden olduğu zararın tazmini ve Gemi'nin salıverilmesi istenmiş, istenen tazminat miktarı kabaca hesaplanmıştır. Gemi'nin alıkonulması ile ilgili BMDHS'nin 297. maddesi de işaret edilmiştir.[68] 17 Nisan 2010 tarihli mektupta Panama, Bay Carreyo'nun Panama Dışişleri Bakanlığının yetkilendirmesi ile hareket ettiğini bildirmiş ve 31 Ağustos 2001 ile 3 Ağustos 2004 tarihli mektuplarındaki ifadelerini tekrar etmiştir. Ayrıca, İtalya'nın yetkili makamları tarafından hukuka uygun olmayan prosedürün kabul edilerek neden olduğu zarar ödenmezse, Panama'nın Hamburg'taki Mahkeme'ye başvuracağını bildirilmiştir.[69]

Mahkeme, uluslararası hukuka göre, devlet temsilcisi olarak ya da diğer devletlerle, uluslararası örgütlerle, mahkemeler gibi uluslararası kurumlarla ilişkilerinde kendisini temsil etmek üzere özel şahıslar da dahil her devletin kendisi karar vereceğine işaret etmiştir. Bunun özel anlaşma yapmaya ya da devlet temsiline ilişkin diğer kuralların uygulanmasına halel getirmeyeceğini belirtmiştir. Ancak mevcut davada, bir devlet adına gönderilen iletilerin, serbest avukatlık yapan bir kişi tarafından gönderildiğini, muhatap devletin bu avukat tarafından başlatılan müzakereleri geçersiz kabul ettiğini ifade etmiştir. Devlet tarafından yetki verilen özel kişiye yalnızca mektupta gönderme yapılmasının yeterli bulunmayabileceği yönünde karar vermiştir.[70]

67 Mahkeme, M/V Louisa Davası'nda, Başvuru sırasında taraflar arasında bir uyuşmazlık görmediğinden konu bakımından yetkisizliğine karar vermiştir. The M/V "Louisa"Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)[2013] Judgment 28 May 2013, para 151 https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_18_merits/published/C18_Judgment_280513.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

68 3 Ağustos 2004 tarihli mektubunda Bay Carreyo, yukarıda bahsi geçen 15 Ağustos 2001 tarihli mektubunu tekrar etmiş, BMDHS'ye göre iki devlet arasındaki uyuşmazlığın Deniz Hukuku Mahkemesine ya da hakeme gönderilmesi ihtimalinden bahsetmiştir. 31 Ağustos 2004 tarihli sözlü notası ile Panama, Mahkeme... önce... Bay Carreyo'nun fiillerini Panama' nın temsilcisi ve Norstar'ın menfaatleri gereği olduğunu doğrulamıştır. 7 Ocak 2005'te Panama gönderdiği sözlü notada 31 Ağustos 2004 tarihli sözlü notasına benzer iddialar ileri sürmüştür. Preliminary Objections Judgment, (n 2) 88-91.

69 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 92.

70 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 93, 94.

Mahkeme, Norstar'ın sahibinin avukatı olan -serbest avukat- Bay Carreyo'nun Panama'yı temsil ile görevlendirilmesini önlemeyeceği görüşündedir. Panama, 31 Ağustos 2004 ve 7 Ocak 2005 tarihli sözlü notaları ile Bay Carreyo'nun Panama'nın temsilcisi olarak hareket ettiğini açık ve net olarak İtalya'ya teyit ettirmiştir. Mahkeme, bu nedenle söz konusu sözlü notaların İtalya tarafından alınmasının Bay Carreyo'nun Panama'yı temsil ettiğinin bilindiği konusunda yeterli bulmuştur. Bay Carreyo'nun, Panama'nın temsilcisi olarak yetkilendirildiğine işaret eden 31 Ağustos 2004 tarihli sözlü notadaki yetkilendirmenin BMDHS'nin 292. maddesindeki prosedür ile sınırlı olmadığı ve dava öncesi aşamada Panama'yı temsil etmekten alıkoymayacağı görüşündedir.[71]

Mahkeme, 31 Ağustos 2004 tarihinden itibaren İtalya'nın, Bay Carreyo'yu Panama'nın temsilcisi olarak yetkisiz sayamayacağı sonucuna ulaşmıştır.[72]

Mahkeme, İtalya'nın yalnızca 25 Ocak 2005 tarihinde, Panama'nın 7 Ocak tarihli notasına karşılık olarak, söz konusu notanın geçersiz olduğunu bildirir cevap verdiğini, diğer bütün iletileri cevapsız bıraktığını tespit etmiştir. UAD'nin Gürcistan ve Rusya arasındaki Irk Ayrımcılığının Bütün Şekillerinin Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme İle İlgili Dava'daki[73] bir uyuşmazlığın, bir iddiaya ilişkin cevabın istendiği durumlarda, diğer devletin cevap vermemesi sonucu meydana gelebileceği hükmünü göz önünde bulundurmuştur.[74] İtalya'nın, Panama'nın mektup ve notalarına cevap vermemek suretiyle aralarında bir uyuşmazlık olmadığı şüphesi uyandıramayacağı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, Norstar'ın alıkonulmasıyla ilgili Panama'nın sorularına cevap vermeyen İtalya ile Panama arasında olgular ve hukuki noktalarda bir uyuşmazlığın, anlaşmazlığın olduğu görüşündedir. Bu uyuşmazlık, Panama'nın Mahkeme'ye başvurusu zamanında da mevcuttur.[75]

C. BMDHS'nin Yorumlanması ve Uygulanması Konusunda Uyuşmazlık

Taraflar arasında uyuşmazlık, sadece aralarında bir uyuşmazlık olup olmadığı yönünde değil, eğer bir uyuşmazlık varsa BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanması konusunda olup olmadığına da ilişkindir.[76]

İtalya, BMDHS'nin yorumlanması ve uygulanması konusunda da Panama ile arasında bir uyuşmazlık görmemiş, Panama'nın dayandığı olguları açıkça kabul edilemez olarak nitelemiş, İspanya makamları tarafından İspanya iç sularında Palma

71 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 95, 96.

72 Mahkeme, İtalya'nın Norstar'ın bayrak devleti olarak Panama'nın BMDHS'ye göre Gemi'ye el koymanın hukukiliği konusundaki iddialarını göz ardı edemeyeceğine karar vermiştir. Preliminary Objections Judgment, (n 2) 97.

73 Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, (n 63) 30.

74 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 99.

75 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 101-103.

76 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 104.

Körfezinde Norstar'a el konulması ile ilgili Panama'nın iddialarını hem yer hem de zaman bakımından bütünüyle uygunsuz bulmuştur. Panama'nın başvurusunda dayandığı ilkelerin iç sulardan farklı deniz alanları ile ilgili olduğu, davada BMDHS'nin 33, 87, 111. maddelerine dayanılamayacağını belirtmiştir.[77]

Panama başvurusunda BMDHS'nin 33, 73/3, 73/4, 87, 111, 226 ve 300. maddelerinin ihlal edildiğini bildirmiştir. Sözlü bildiriminde ise BMDHS'nin 33, 58, 87, 111 ve 300. maddelerini, kabul edilebilir diğer maddelerin ihlal edildiğini ifade ederken 73 ve 226. maddelerin davada ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir. Mahkeme, Panama'nın "BMDHS'nin diğer maddeleri" ve "kabul edilebilir diğer maddeler" gibi Sözleşme'nin belli bir maddesine gönderme yapmaksızın genel ifadelerin başvuru için yeterli olmadığına işaret etmiştir.[78] Mahkeme, BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanması konusundaki uyuşmazlığın olup olmadığına karar vereceğinden Panama tarafından ileri sürülen olgular ile Sözleşme maddeleri arası bir bağlantının kurulmasını aramıştır.[79]

Panama'nın BMDHS'nin 33. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak Mahkeme, Bitişik Bölgeyi düzenleyen 33. madde ile ilgili, İtalyan yerel mahkemesi tarafından verilen el koyma emrinin 33. maddede düzenlenen kontrol uygulaması olmadığından, mevcut davada bu maddeye başvuramayacağını belirtmiştir.[80]

Mahkeme, Münhasır Ekonomik Bölge (MEB) de Diğer Devletlerin Hakları ve Yükümlülükleri ile ilgili düzenleme getiren 58 maddenin söz konusu davada başvurulamayacağı görüşündedir. İtalya MEB ilan etmemiştir.[81]

Mahkeme, Panama'nın davanın sözlü aşamasında, 73. maddenin- MEB'de balık stoklarının yönetimi ve korunması ile kıyı devletinin kanun ve düzenlemelerine riayeti sağlamak amacıyla gemilerin alıkonulması ve alıkonulması ile ilgili düzenleme getiren- dava ile ilgili olmadığı ifadesini dikkate almıştır.[82]

Mahkeme, açık deniz serbestilerinin düzenlendiği BMDHS'nin 87. maddesini dava ile ilgili görmüştür. Savona Mahkemesi kararı ile Norstar'a el konulmasını Gemi'nin bayrak devleti olan Panama'nın açık denizdeki haklarının ihlali olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. [83]

77 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 105-107.

78 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 108, 109.

79 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 110.

80 Panama'nın BMDHS'nin 33. maddesinin ihlal edildiği iddiasını İtalya, Norstar'ın alıkonulması işleminin İtalya'nın Bitişik Bölgesinde olmayıp, İspanya iç sularında meydana geldiğini belirtmiş ve yer bakımından temelsiz bulmuştur. Preliminary Objections Judgment, (n 2) 112, 113.

81 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 116.

82 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 117, 118.

83 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 122.

Mahkeme, kesintisiz takip hakkının düzenlendiği 111 maddeyi dava ile ilgili görmemiştir.[84]

Mahkeme, yabancı gemilerin aranması ile ilgili 226. maddeyi mevcut davada açıkça ilgisiz bulmuştur. Madde'nin deniz çevresinin korunması ve liman devletinin belli konulardaki yetkileri ile ilgili olduğunu ifade etmiştir.[85]

BMDHS'nin iyiniyet ve hakkın kötüye kullanımının düzenlendiği 300. maddesi ile ilgili olarak İtalya, BMDHS'de düzenlenen haklar, yetkiler ve özgürlüklerden bağımsız olarak ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Panama ise İtalya tarafından verilen el koyma emri ve Norstar'ın haklarının iyiniyet ve hakkın kötüye kullanımı ile ilgili olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, İtalya'nın 300. maddenin kendi başına ihlali söz konusu olamayacağı iddiasını destekleyen emsal kararı göz önünde bulundurarak[86] 300. maddenin kendi başına ihlal konusu olmayacağını ancak mevcut davada 87. maddede düzenlenen açık denizlerin serbestliği ilkesinin İtalya tarafından ihlal edilip edilmediği söz konusu olduğundan dava ile ilgili görmüştür. [87]

Mahkeme, İtalya'nın BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanması ile ilgili uyuşmazlığın olmadığı konusundaki itirazlarını reddetmiştir.[88]

Mahkeme, İtalya'nın davranışlarının haksız fiil olup olmadığı ve uluslararası sorumluluğu doğurup doğurmadığı konusunu ilk itiraz ile ilgili görmediğini ifade etmiştir.[89] Norstar'a el konulmasının, İtalya'daki cezai işlem ile bağlantılı olarak, İspanya yargı makamları tarafından, 1959 tarihli İtalya ile İspanya arasında istinabeye ilişkin Strazburg Sözleşmesi'nin yerine getirilmesinin bir sonucu olduğuna işaret etmiştir.[90] Norstar'a İspanya tarafından el konulması, İtalya'daki cezai soruşturmanın bir parçasıdır. İspanya, Strazburg Sözleşmesi'ndeki yükümlülüğüne uygun olarak yalnızca yardım etmiştir. El konulma sırasında Gemi'nin hukuki kontrolü de İtalya'dadır. Bu durum, İtalya'nın 18 Mart 2003 tarihli Gemi'nin serbest bırakılması ile Savona Mahkemesi kararıyla sahibine iade edilmesine ilişkin ve İspanya'nın 6 Eylül 2006 tarihli Gemi'nin imhası için yetkilendirme sorduğu mektuplar yoluyla açıkça delillendirilmiştir.[91]

Mahkeme, yukarıdaki açıklamalar ışığında, söz konusu yargılamada, Panama'nın İtalya'yı davalı göstermesini haklı bulmuştur.[92] Ayrıca, İtalya'nın İspanya'nın

84 Panama, Norstar'a el koymanın hukuka aykırılığını göstermek için 111. maddenin kullanıldığı ileri sürmüş, İtalya ise ilgili maddeye Gemi'ye el konulması ile ilgili Savona Mahkemesi tarafından herhangi bir gönderme yapılmadığını iddia etmiştir. Preliminary Objections Judgment, (n 2) 123-125.

85 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 126.

86 "Louisa" Case, (n 74) 137.

87 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 129-132.

88 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 133.

89 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 161.

90 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 163, 165.

91 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 167, 173.

92 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 168.

davranışlarının İtalya'ya atfedilemeyeceğine ilişkin itirazı hakkında karar vermeyi gereksiz görmüştür.[93]

Mahkeme, İtalya'nın Mahkeme'nin kişi yönünden yetkisizliği itirazını reddetmiştir.

D. BMDHS'nin 283. Maddesine Göre Görüş Alışverişi

BMDHS'nin 283/1 maddesine göre, BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanması ile ilgili taraflar arasında bir uyuşmazlık doğduğu zaman, taraflar uyuşmazlığın görüşme ya da diğer barışçıl yollarla çözümü için hızlı bir şekilde görüş alışverişinde bulunacaklardır.

İtalya, BMDHS'nin 283/1 maddesine göre, BMDHS'nin uygulanması ya da yorumlanmasından doğan uyuşmazlıkların görüşme ve diğer barışçıl yollarla çözülmesi hususunda, Panama'nın bu ilkeye aykırı hareket ettiği yönünde itiraz etmiştir. Görüşme ya da diğer barışçıl yolların BMDHS'de taraflara yüklenen bir yükümlülük olduğu belirtmiştir. 283. maddenin lafzının sadece uyuşmazlığın çözüm yolları ile ilgili görüş alışverişinden bahsetse de, başvurucu devletin dava açmadan önce, dava konusu uyuşmazlık ile ilgili iddialarını bildirmesinin hukukun iyiniyetle uygulanması olduğunu ifade etmiştir.[94] Panama ve Bay Carreyo'nun Norstar'a el konulması ile ilgili iletişimlerini ilgili maddeye göre yetersiz görmüştür. Bu iletişimi ısrarlı ve devamlı bulmamıştır. Uyuşmazlık konusunda gerçek bir görüşme girişimi olmaksızın ya gecikmeksizin serbest bırakma prosedürü ya da hukuka uygun olmayan şekilde yalnız zarar için talepte bulunmuştur.[95] Bay Carreyo BMDHS'nin 283. maddesinden bahsettiği 3 Ağustos 2004 tarihli mektubunda herhangi bir hükümet yetkisini haiz değildir – yani Panama Devletini temsil etmiyordu.- ve gerçek bir müzakere önerisi değildir. Panama ya da Bay Carreyo ile yapılan iletişimlerden hiçbiri görüşme ya da görüş alışverişi niteliğinde değildir. Bay Carreyo'nun temsil yetkisi olmadığından iletişimleri Panama'ya atfedilemez. Panama ile İtalya hükümetleri arasında bir görüş alışverişi olmamıştır. Bay Carreyo'nun hükümet adına görüşme ya da görüş alışverişi için yetkilendirildiği Panama hükümeti tarafından kesinlikle belirtilmemiştir.[96]

Panama'nın buna itirazları ise şu şekildedir: Norstar, Panama Denizcilik İdaresi Ticaret Gemisi Sicili'ne kayıtlıdır. İtalya'nın adli makamlarının emri üzerine haksız yere alıkonulmuştur. Norstar'a haksız yere el konulmasından doğan zararın miktarına müştereken karar verilerek sorunun çözülmesi için İtalya ile iletişime geçilmiştir. Görüş alışverişi yükümlülüğünde Panama kendine düşeni yapmış, var

93 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 169.

94 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 176, 178, 179.

95 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 180, 181.

96 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 182-184, 186.

olan uyuşmazlığı İtalya'ya bildirmiştir. BMDHS'nin 283. maddesinin gereklerini yerine getirmiştir.[97]

İtalya ile yazılı iletişim 15 Ağustos 2001 tarihli mektupla başlatılmıştır. Bu mektupta, Gemi'yi tutmanın haklı olmadığı, makul zamanda Gemi'nin serbest bırakılması ve zararın ödenmesi aksi takdirde Mahkeme'ye başvurulacağı belirtilmiştir. 2 Ağustos 2004 tarihinde, Bay Carreyo imzalı Panama Hükümeti'nin İtalya Dışişleri Bakanlığına gönderdiği mektup, BMDHS'nin 283. maddesi ile uyumludur ve İtalyan hükümeti ile çözüm istendiğini teyit eder. Eğer İtalyan Hükümeti BMDHS'nin 287. maddesine göre, Panama ile uyuşmazlığını Mahkeme aracılığıyla çözmek isteseydi, Panama bunun için hazırdı ancak İtalya bunu istememiştir.Yine Bay Carreyo'nun yetkilendirilmesi gecikmeksizin serbest bırakma işlemleri ile sınırlı değildir, bu konuda yanlış anlaşılma olmamalıdır.[98]

Eğer İtalya'nın 283. maddeye göre, iyiniyet çerçevesinde gerçekten görüşme niyeti olsaydı, Panama'nın ilk mektubundan sonra temsilci yetkilendirmesi hakkında herhangi bir makam ile iletişimde bulunması gerekirdi.[99] İtalya Panama'nın görüşme konusundaki resmi girişimlerini kasıtlı olarak reddetmiştir. Panama, İtalya'nın görüş alışverişi ile ilgili yazılı iletişimi alıp almadığını fark etmemiştir. İtalya, Panama'nın dilekçesini dikkate almamış, sessiz kalmıştır. İtalya, önceki davranışlarına uygun davranmayarak, 283. maddeye göre Panama'nın yükümlülüklerini yerine getirmesini engellemiştir. İtalya'nın makul zaman içinde, haklı sebep yokken sessiz kalması, mektuplara cevap vermemesi kötü niyet olarak değerlendirilmelidir. Görüş alışverişini İtalya engellemiştir. Böylelikle ikili görüşmeler ile Panama'nın sorunu giderme isteği akim kalmıştır.[100]

Dava'nın taraflarının görüş alış-verişine ilişkin konulardaki iddialarını Mahkeme aşağıda yazılan şekilde değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, taraflar 283. maddeyi farklı yorumlamışlardır. Madde'ye göre, görüş alışverişinin gerekli olup olmadığı, Bay Carreyo'nun Panama'yı temsil için doğru yetkilendirilip yetkilendirilmediği konularında da taraflar ayrı görüşlere sahiptirler.[101]

97 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 188, 189.

98 Panama, şu yazılanları beyan etmiştir. Panama Dışişleri Bakanlığı tarafından İtalyan Büyükelçiliğine gönderilen 31 Ağustos 2004 tarihli sözlü notada Bay Carreyo'nun vekaleti yinelenmiş ve anlaşmaya varmak için İtalya ile birlikte hareket etme teklif edilmiştir. 7 Ocak 2005 tarihli sözlü nota, "İtalya ile iletişimlerinin sonucuna karar vermek" amacıyla gönderilmiştir. Bay Carreyo'nun 17 Nisan 2010 tarihli İtalya Dışişleri Bakanlığına gönderdiği mektupta, 15 Ağustos 2001 tarihinde yazılanlar tekrar edilmiştir. Yani, Gemi'yi tutmanın haklı olmadığı, Gemi'nin bırakılmaz ve zararı ödenmezse Mahkeme'ye başvurulacağı yinelenmiştir. Panama, İtalya'ya gönderilen ilk mektup ile Mahkeme'ye başvurunun kabulü arasındaki zamanda da Mahkeme'ye başvurmamıştır. Bay Carreyo, Panama'nın hukuk temsilcisi olarak doğru şekilde yetkilendirilmiştir. Preliminary Objections Judgment, (n 2) 190-197.

99 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 198.

100 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 199-202.

101 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 205.

Bay Carreyo, genel itibariyle Panama'yı temsil için yetkilendirilmiştir. Bu yetki, BMDHS'nin 292. maddesiyle sınırlı değildir. Bay Carreyo, Norstar'ın alıkonulması ve el konulmasıyla ilgili bütün görüş alışverişlerinde Panama'yı temsil etmek üzere usulüne uygun şekilde yetkilendirilmiştir. [102]

BMDHS'nin 283. maddesinde, "*...görüşme ve diğer barışçıl yollar vasıtasıyla çözüm ile ilgili hızlı bir şekilde görüş alışverişinde bulunmak...*" hükmünün uyuşmazlığın esasında görüşme yükümlülüğü olarak anlaşılmaması gerekir.[103]

2001 tarihinden itibaren Norstar'ın alıkonulması ve bundan doğan tazminat ile ilgili İtalya'ya pek çok mektup gönderilmiştir. Bu iletişimler Norstar'ın alıkonulması ve zararın tazmini ile ilgili uyuşmazlığa İtalya'yı çekmeye çalışma konusunda Panama gerçek bir çaba göstermiştir.[104] Bay Carreyo 3 Ağustos 2004 tarihli mektubunda, söz konusu mektubun BMDHS'nin 283. maddesi uyarınca Panama Hükümeti tarafından gönderildiğini ve zararın miktarı konusunda İtalyan temsilci ile görüşmeye hazır olduğunu açıkça ifade etmiştir. İtalya, zararın tazmini konusundaki Panama'nın çabaları karşısında sessiz kalmıştır.[105]

İtalya, Panama'nın 31 Ağustos 2004 tarihli sözlü notasından sonra Norstar'ın alıkonulması ile ilgili görüş alışverişi girişimlerinin bütünüyle farkındadır. (İtalya), 7 Ocak 2005 tarihli sözlü nota haricinde Panama'nın hiçbir iletişimine cevap vermemiştir. Mahkeme, görüş alışverişinin hızlıca yapılmasının uyuşmazlığın her iki tarafı için de eşit yükümlülük olduğunu Malezya ve Singapur arasındaki Johor Boğazlarına ilişkin geçici tedbir kararı ile İspanya- Grenadines ve Saint Vincent arasındaki M/V Louisa geçici tedbir kararında verilen hükümleri emsal göstermiştir.[106]

Mahkeme, taraflar arasındaki uyuşmazlığın görüş alışverişi yoluyla çözülmesi konusunda taraflardan birinin girişimlerinin, diğeri tarafından cevapsız bırakılmasının 283. maddenin gereklerinin yerine getirilmesi konusundaki Mahkeme'nin karar vermesini önlemeyeceğini dikkate almıştır.[107] Anlaşmaya varma konusunda bütün ihtimaller tüketilmişse, taraf devlet görüş alışverişinde bulunmaya devam etmek zorunda değildir.[108] Taraflar arasında görüş alışverişi ihtimalini İtalya engellemiştir.

102 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 206.

103 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 208.

104 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 86, 210.

105 Bu mektupta Bay Carreyo, 283. maddede ifade edilen BMDHS'nin yorumlanması ve uygulanmasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözüm araçlarıyla ilgili karar verecek iki hükümet arasındaki uyuşmazlığa muhtemel gönderme yapmaktadır. -Aynı şeyleri tekrarladığı 17 Nisan 2010 tarihli mektubunda Panama temsilcisi olarak İtalya Dışişleri Bakanlığına başvurmuştur.-Preliminary Objections Judgment, (n 2) 211, 214, 92, 209.

106 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 212, 213.

107 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 215.

108 Anlaşmaya varma konusunda bütün ihtimaller tüketilmişse, taraf devlet görüş alışverişinde bulunmaya devam etme zorunda olmadıklarıyla ilgili, İrlanda-Birleşik Krallık arasındaki Mox Plant, Malezya-Singapur arajındaki Johor Boğazları, Arjantin-Gana arasındaki ARA Libertad, Hollanda -Rusya Federasyonu arasındaki Arctic Sunrise, İsyanya- Grenadines ve Saint Vincent arasındaki M/V Louisa uyuşmazlıklarında verilen kararları emsal göstermiştir. Preliminary Objections Judgment, (n 2) 216.

Panama'nın bu konudaki çabaları olumlu sonuç vermemiştir. Panama, 283. maddedeki yükümlülüklerini yerine getirmiştir. Mahkeme, 283. maddeye göre görüş alışverişi yükümlülüğünün Panama tarafından yerine getirilmediği konusundaki İtalya'nın ilk itirazını reddetmiştir. [109]

Mahkeme, söz konusu uyuşmazlıkta davaya bakma konusunda kendini yetkili görmüştür.

E. Kabul Edilirliğe İlişkin İtirazlar

İtalya, Panama'nın başvurusunu, el koymadan zarar görenler Panama vatandaşı olmamasına rağmen münhasıran diplomatik koruma ile ilgili görmüştür. Norstar, Panama uyruklu bir gerçek ya da tüzel kişiye ait olmadığı gibi, Panama uyruklu kişiler tarafından da kiralanmış, donatılmış değildir. Panama uyruklu hiç kimse İtalyan ceza yargılamasına konu olmamıştır.

İtalya'ya göre, Panama Norstar'ın hukuka aykırı alıkonulması iddiasında zarar iddiası ile ilgili İtalya iç hukukunu tüketmemiştir. Gemi'ye el konulmasından itibaren 18 sene geçtikten sonra Mahkeme'ye başvuru yapıldığından dava zamanaşımına uğramıştır.[110]

Panama ise açtığı davayı kabul edilebilir bulmuş ve BMDHS'ye göre, devletlerin uyruklarındaki gemileri koruma hak ve görevleri olduğunu, bu durumun Panama siciline kayıtlı gemisi olan hukuk kişinin mal kaybı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Norstar'ın bizatihi gemi olarak Panama uyruğunda olması sebebiyle Mahkeme önüne getirildiğini ileri sürmüştür. M/V Saiga Davası'nda Mahkeme'nin "*bayrak devleti, uyruğu olmayan gerçek ve tüzel kişiler adına zararın giderilmesini istemeye yetkilidir*." hükmüne gönderme yapmıştır.[111]

Mahkeme M/V Virginia G. Davası'nda, "*uluslararası hukuka göre, bir devletin uyruğunu diplomatik koruması ile bir geminin işleyişi ile ilgili durumlarda o devletin uyruğunda olmayan gerçek ve tüzel kişiler açısından zararın bayrak devleti tarafından talep edilmesi farklıdır... Bu gemiler muhtelif uyruklu mürettebata sahip olabilir. Zarara uğrayan her kişi, uyruğunda olduğu devletten koruma istemek zorundadır, ki bu da gereksiz külfet doğurur...*"[112]

Mahkeme, M/V Saiga ve M/V Virginia G. Davaları'nda, diğer devletlerin fiilleri sebebiyle gemide meydana gelen kayıp ve zararın tazmini ile ilgili durumlarda, bayrak

109 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 217-219.

110 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 35, 222, 224.

111 2 The M/V "Saiga" Case, (Saint Vincentand the Grenadinesv. Guinea), Judgment, 1 July 1999, para. 107, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/published/C2-J-1_Jul_99.pdf (Erişim Tarihi: 20.10.2018), Preliminary Objections Judgment, (n 2) 229.

112 19 The M/V "Virginia G." Case (Panama/Guinea-Bissau), Judgment of the 14 April 2014, para. 128, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment_published/C19_judgment_140414.pdf (Erişim Tarihi:20.10.2017); "Saiga" Case, (n 126) 107, Preliminary Objections Judgment, (n 2) 229.

devletinin hakları ve yükümlülükleri açısından gemiyi "bir tek" birim kabul etmiştir. Gemi, içindeki kişiler ve hareketleri açısından bayrak devleti ile bağlantılı bir varlık olarak kabul edilmelidir. Geminin içindeki kişilerin vatandaşlıkları önemli değildir. Mahkeme, Panama bayraklı Norstar Gemisi'ni, onun mürettebatından, yükünden, Gemi'nin sahipleri ve diğer ilgili kişilerden ve onların uyruk ve vatandaşlıklarından bağımsız bir birim olarak kabul etmiştir. İtalya'nın uyrukluk üzerine temellendirdiği iddialarını reddetmiştir.[113]

Ad hoc yargıç Treves muhalefet şerhinde, Mahkeme'nin kendini yetkili bulmasına ve Panama'nın başvurusunun kabul etmesine katılmadığını bildirmiştir.[114]

F. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Mahkeme, BMDHS'nin 295. maddesi uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ilgili tarafların farklı görüşte olduklarını bildirmiştir.

İtalya, söz konusu uyuşmazlığın yalnızca İspanya iç sularında bulunan bir gemiye el konulması ile ilgili olmayıp, Panama'nın genellikle Gemi'nin sahibi adına parasal tazminat da istediğini iddia etmiştir. Özel avukat olan Bay Carreyo'nun Nostar'ın sahibinin mali menfaatlerini savunduğunu, çabalarının yalnızca buna yönelik olduğunu ileri sürmüştür.[115] İtalya, Norstar'ın sahibinin haklarının arandığı ve dolaylı nitelikte diplomatik koruma ile ilgili durum için BMDHS'nin ihlal edildiği iddiasını yersiz bulmuştur.[116] Panama'nın iddialarının diplomatik koruma niteliği taşıdığını, bunu kendisinin (Panama) de kabul ettiğini, Panama'nın uyruklarını diplomatik yollar ya da uluslararası yargı organları vasıtasıyla koruma hakkı olduğunu beyan ettiğini belirtmiştir.[117]

İtalya, haksız fiilin işlendiği yer ile el koyma emrinin verildiği yerin aynı olmayabileceğini, Norstar'ın İspanya içsularında söz konusu haksız fiili işlediğini ifade etmiştir.[118]

113 "Virginia G." Case, (n 127) 106. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment_published/C19_judgment_140414.pdf (Erişim Tarihi:20.10.2017); "Saiga" Case, (n 126) 126, Preliminary Objections Judgment, (n 2) 230-232.

114 Dissenting Opinion of Ad Hoc Judge Treves, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C_25_J_041116_doTreves.pdf (Erişim Tarihi 07.12.2018)

115 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 237, 238.

116 İtalya, emsal gösterilen M/V Saiga (2) ile M/V Virginia G. Davaları'ndaki fiili olgular ile Nostar'ın benzerlik göstermediği, Mahkeme'nin benzer kabul ederse "baskınlık testi" nin farklı sonuçlar doğuracağını belirtmiştir. Virginia Davası'nda davalı devletin BMDHS'nin bazı ilkelerini ihlal ettiği belirtmiştir. M/V "Virginia G" Davası'nda, Yargıç Cot ve Kelly karşı görüşünde; hem geminin bayrak devletinin hem de gemi sahibinin zararının olduğu davalarda, iddianın "doğrudan" ya da "dolaylı" olup olmadığına karar vermenin güçlüğünden bahsetmişlerdir. Yargıçlar, 16. paragrafta "baskınlık testi"ni ihlal olduğu iddia edilen hakların ilgili devletin mi yoksa gemi sahibi gibi ilgili bireyin hakları olup olmadığını tespit etmekte kullanılmasına işaret etmişlerdir.

"Virginia G." (n 127) https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment/C19_SepOp_Cot-Kelly_corr_E.pdf (Erişim Tarihi: 31.03.2018), Preliminary Objections Judgment, (n 2) 239-241.

117 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 242.

118 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 243.

İtalya iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının UAD tarafından da kabul edilen uluslararası örf-adet kuralı olduğunu, bunun Devletin Sorumluluğuna İlişkin 44. Taslak Madde'ye ve Diplomatik Koruma ile ilgili 14. Taslak Madde'ye yansıdığını belirtmiştir.[119]

İtalya, mevcut davada başvuru ile ilgili en önemli şeyin BMDHS'nin 295. maddesinin BMDHS'den kaynaklanan uyuşmazlıkların başvuruları desteklediğini ileri sürmüştür.[120]

Norstar'ın kullanımı ile ilgili zararın tazmini talepleri İtalyan Medeni Kanunu'nun 2043. maddesine göre ve hukuk muhakemeleri usulüne göre olmalıdır. İtalyan iç hukuku süreci başlamadan önce el koymanın neden olduğu zararın tazmini talepleri 5 yıllık zaman aşımı süresine tabidir. Bu süre, Gemi sahibinin bir şey yapmaması üzerine 9 Aralık 2010 tarihinde dolmuştur. Yukarıda bahsi geçen hususlar uyarınca, İtalya Mahkeme'ye büyük ölçüde diplomatik koruma niteliğindeki başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilmezliğini bildirmiştir.[121]

İç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı ile ilgili olarak Panama, aşağıdaki hususları ifade etmiştir.

Panama, hem diplomatik koruma ya da uluslararası yargı organları yoluyla hem de iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği açılarından bu davanın kabul edilebilir olduğunu ileri sürmüştür.[122]

Panama'ya göre, bu iddialar diplomatik karakterli dolaylı ihlal değil, BMDHS'den kaynaklanan hakların doğrudan ihlalinden kaynaklanan zararın tazmin edilmesine ilişkindir. Norstar'a karşı İtalya'nın fiillerinden kaynaklanan söz konusu davada iç hukuk yollarının tüketilmesi şart değildir. Dava'da, BMDHS'nin, 33, 58...87, 111 ve 300. maddelerinde düzenlenen denizde ulaşım özgürlüğü ve denizin diğer uluslararası hukuka uygun kullanımları ile ilgili gemilerin sahip olduğu haklar açısından bayrak devleti olarak Panama'nın haklarının ihlali söz konusudur.[123]

Diplomatik Koruma İle ilgili 15. Taslak Madde'ye gönderme yapan İtalya'nın argümanlarına karşı Panama, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına yalnız şikayetçi devletin uyruğunun "dolaylı" zarar gördüğü durumlarda başvurulabileceğini; şikayetçi devletin, bir başka devletin fiili yüzünden doğrudan zarar gördüğü durumlarda başvurulamayacağını bildirmiştir.[124]

119 İtalya, Diplomatik Koruma ile ilgili 15. Taslak Madde'de, iç hukuk yolları istisnasının olduğunu ama mevcut davada uygulanamayacağını iddia etmiştir. Gemi'nin sahibi açısından pek çok çözüm yolu olduğu ancak onun bu çözümlere başvurmadığını belirtmiştirPreliminary Objections Judgment, (n 2) 244, 246, 247.

120 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 245.

121 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 248, 249.

122 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 250.

123 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 251, 252.

124 İtalya'nın, Diplomatik Koruma ile ilgili 18. Taslak Madde'den bahsetmesi Panama tarafından sorgulamıştır. Panama'ya göre, bu ilke, geminin kendisinin korunması ile ilgili olmayıp, münhasıran geminin mürettebatının korunması ile ilgilidir bu sebeple ilgili 18. madde bu davada uygulanamaz.

Preliminary Objections Judgment, (n 2) 253, 254, 256.

Panama Dava'da, Virginia G ve Saiga Davaları ile benzerlikler bulmuş ve Mahkeme'nin kararlarına gönderme yapmıştır.[125] Panama'ya göre, iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ilgili kural, Norstar'a atfedilen fiilin işlendiği yer ile ilgilidir. Norstar'a İtalyan karasularının ötesinde uluslararası sulardaki faaliyetleri sebebiyle el konulmuştur. Norstar, İtalyan karasuları dışındadır ve Norstar'ın fiillerinden dolayı Norstar ile İtalya arasında gerçek ya da tüzel kişi bağlamında herhangi bir irtibat yoktur. İtalyan Gümrük Kanunu, geminin sahibi, kiracısı, gemi kaptanı ve mürettebatı olarak tanım yaptığından İtalya'nın bu kanununun uygulanması söz konusu değildir. Panama, her halükarda, İtalya'daki mahkemedeki davanın sonuçlandırılması iç hukuk yolunun tüketilmesi olup, iç hukuk yolunun tüketilmediği argümanının ileri sürülmesinin anlamsız olduğunu belirtmiştir.[126]

Mahkeme iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğiyle ilgili aşağıdaki karara varmıştır:

BMDHS'nin 295. maddesine göre, BMDHS'nin uygulanması ya da yorumlanması ile ilgili taraf devletler arasındaki herhangi bir uyuşmazlık, yalnızca iç hukuk yolları tüketildikten sonra BMDHS'nin uyuşmazlıkların çözümünde zorunlu prosedür mekanizmasına tabi olacaktır. Mahkeme, Virginia G Davası'nda, diplomatik koruma uygulamalarında ön sorun olarak iç hukuk yollarının tüketilmesinin uluslararası örf-adet hukukunun yerleşik ilkelerinden biri olduğu, Diplomatik Koruma ile İlgili 14/1. Taslak Madde'sine yansıdığı... kararına, hakkın doğası ile ilgili Saiga Davası'na atıfta bulunmuştur.[127]

Mahkeme, Virginia G ve Saiga Davalarındaki yaklaşımını Norstar Davası'nda da sürdürmüş ve BMDHS'nin 87 ve 300. maddelerini dava ile bağlantılı görmüştür. Mahkeme, Panama'nın BMDHS'nin 87. maddesinde düzenlenen açık denizde ulaşım hakkı ihlal edildiğine, söz konusu hakkın ihlalinin Panama'ya doğrudan zarar verdiğine, Panama'nın Gemi'nin yükü ve Gemi' de menfaati olanların zarar iddiaları iç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesi ile ilgili olmadığına ve bu sayılan sebeplerle İtalya'nın iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddine karar vermiştir.[128]

Yargıç Cot, Mahkeme'nin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddi kararında sorun olduğunu savunduğu bildirisinde, yargılama ile ilgili konularda Mahkeme ile büyük ölçüde aynı fikirde olduğunu ifade etmiştir. İç hukuk yollarının tüketilmesinin uluslararası hukukun yerleşik ilkelerinden biri olduğunu, devletin kendi hukukuna göre ihlal iddialarından diğer devlet için sorumluluğun doğabileceğinden bahsetmiştir. Mevcut davadaki olayı özellikle diplomatik koruma ile ilgili görmüştür. Doğrudan zararın söz konusu olduğu durumlarda, davacı devletin iç hukuk yollarını

125 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 258-260.

126 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 262, 263.

127 "Virginia G." (n 127) 153; "Saiga" Case, (n 126) 126; Preliminary Objections Judgment, (n 2) 97, 264-267.

128 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 122, 132, 268-271.

tüketme yükümlülüğü olmadığından bahsetmiştir. Dava'da temel ölçütün üstünlük kriteri olduğunu söylemiş ve söz konusu uyuşmazlıkta Panama'nın doğrudan zararı olup olmadığını sormuştur. Panama'nın Norstar'ın bayrak devleti olduğu ve Bay Carreyo'nun Norstar'ın sahibinin temsilcisi olduğundan bahsetmiştir. Emsal gösterilen M/V Saiga (No:2) ve M/V Virginia G Davaları'nın uluslararası hukukun genel durumu ve uygulaması ile uyumlu olmadığını vurgulamıştır. Mahkeme'nin bayrak devletinin doğrudan zararına haddinden fazla dayanarak BMDHS'nin 295. maddesindeki açık ifadeleri göz ardı ettiğini bildirmiştir. Mevcut durumda, davacı devletin doğrudan zararının olduğunu düşünmenin güç olduğundan bahsetmiştir. Yargıç Cot, Mahkeme'deki sözlü ve yazılı işlemlerde herhangi bir resmi bildirimde bulunmaksızın, Panama Barosuna kayıtlı olan Norstar'ın Norveçli sahibinin temsilcisi Bay Carreyo'nun Mahkeme'deki durumunu "alışılmadık" olarak nitelemiştir. Dava'nın yalnızca Panama Devleti'nin doğrudan zararı ile ilgili düşünülemeyeceğini, iç hukuk yollarının tüketilmesi yükümlülüğü ile ilgili olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından önerildiği şekilde baskınlık testinin yapılması gerekliliğini vurgulamıştır. Ayrıca baskınlık testinin delil olmadığı, uyuşmazlıktaki olguların değerlendirilmesinde kullanılacağını bildirmiştir.[129]

Yargıç Heidar, BMDHS'nin 87. maddesinde düzenlenen açık denizde ulaşım serbestisinin Panama aleyhine ihlal edildiğini ve bunun Panama'nın doğrudan zararı olduğunu bildirmiştir. Ancak Norstar ile ilgili kişi ve kuruluşların zarar ya da taşıma zararı ile ilgili taleplerinde Mahkeme iç hukuk yollarının tüketilmesini aramamıştır. Heidar, BMDHS'nin 87. maddesinde geçen devlet tabirlerini vurgulamış, mevcut davada açık denizde ulaşım serbestisinin gemilerin de hakkı olup olmadığına karar verilmediğinin belirtmediğini halbuki açık denizde ulaşım serbestisinin devletlerin hakkı olduğundan bahsetmiştir. BMDHS'nin 90. maddesi ile birlikte okunması gerektiğini ifade etmiştir. Heidar'a göre, Panama'nın BMDHS'nin 87. maddesine göre açık denizde ulaşım serbestisine ilişkin hakkı doğrudan zarar görmüştür.[130]

Yargıçlar Wolfrum ve Attard Ayrık Görüşlerinde, el koymanın, bizatihi Panama'nın açık denizde ulaşım serbestisini engellemediğini, 87. maddenin Mahkeme üyelerinin çoğunluğunun yaptığı gibi yorumlamadıklarını bildirmişler ve olayı İtalya karasuları ve İtalyan vergi hukuku ile ilgili bulmuşlardır. Wolfrum ve Attard, Norstar'ın alıkonulmasından İtalya kadar İspanya'yı da sorumlu görmüş ve Gemi'nin açık denizde ulaşım serbestisinin sınırlandırılmasında İspanya'ya da sorumluluk yüklenmesine işaret etmişlerdir.[131]

129 J.P. Cot, "Declaration of Judge Cot", https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_J_041116_decl_Cot_TR.pdf , (Erişim Tarihi: 29.07.2018)

130 T. Heidar, "Declaration of Judge Heidar", https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_J_041116_decl_Heidar_rev.pdf , (Erişim Tarihi: 29.07.2018)

131 R. Wolfrum, D. Attard, " Joint Separate Opinion of Judges Wolfrum and Attard", https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_J_041116_sepop_RWDA_rev.pdf (Erişim Tarihi: 29.07.2018)

Ndiaye Ayrık Görüşünde, taraflar arasında uyuşmazlığın olmadığı konusundaki itiraz ile ilgili olarak, uluslararası mahkeme kararlarından örnekler sunarak, şüpheye yer bırakmayacak şekilde taraflar arasında uyuşmazlığın varlığını bildirmiştir. Panama'nın taleplerini incelemede İtalya sürekli reddetmiştir. Her iki taraf da Mahkeme'nin yetkisini tanıdığından Mahkeme davaya bakmaya yetkilidir. İç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını dava ile bağlantılı görmemiş, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.[132]

132 Ayrıca İtalya'nın, Panama'nın kendi eylemiyle hakkı ihlal olduğu itirazının reddedilmesini ifade etmiştir. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_Judgment_04_11_2016_sepop_Ndiaye_TR__2_.pdf (Erişim Tarihi: 30.07.2018)

G. Zımni Muvafakat (*Acquiescence*) [133], Önceki Beyanlara Aykırı Tutum Yasağı (*Estoppel*)[134] ve Iskati Zaman Aşımı (*Extinctive Prescription*)[135]

İtalya, Panama'nın iddialarını UAD Statüsü'nün 38. maddesi hükmü çerçevesinde hukukun genel ilkelerine aykırılık sebebiyle kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür. Panama'nın olayın üzerinden 18 seneden daha fazla zaman geçtikten sonra yaptığı başvuruda zamanaşımı nedeniyle kabul edilmezlik şartlarının gerçekleştiğini bildirmiştir.[136]

133 Karar'ın İngilizce metnindeki "acquiescence" tabiri "zımni muvafakat" olarak çevrilmiştir. T.C. Dış İşleri Bakanlığı, Tercüme Dairesi Başkanlığınca da, "sessiz kalma" olarak çevrilmiştir. http://www.mfa.gov.tr/data/Terminoloji/hukuk-terminoloji-110615.pdf (Erişim Tarihi: 25.11.2018). Büyük, "zımni rıza" olarak adlandırmıştır. Mehmet Emin Büyük, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, (On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2018) 262.

Zımni muvafakat ile önceki beyanlara aykırı tutum yasağının etkileri açısından aralarında bağlantı olduğu tartışmasız kabul edilmiştir. Zımni muvafakatı, kazandırıcı zamanaşımının bir unsuru olarak kabul eden yazarlar vardır. Önceki beyanlara aykırı tutum yasağı ile zımni muvafakat pek çok açıdan eşittir ancak İngiltere ve Norveç Arasındaki Balıkçılık Davası'nda belli farklılıklarına işaret edilmiştir. Buna göre, önceki beyanlara aykırı tutum yasağı, davanın tarafları arasında ileri sürülebilecektir zımni muvafakat ise bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından tanınmasına ihtiyaç duymaktadır. D.W. Bowett, 'Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence' (1957) 33Brit. Y.B. Int'l L 199, 200

İngiltere Norveç Arasındaki Balıkçılık Davası'nda zımni muvafakatın bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından gösterilmesi Yargıç Hsu Mo'nun Ayrık Görüşünde ifade edilmiştir. Görüş için; https://www.icj-cij.org/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-02-EN.pdf, (Erişim Tarihi: 26.11.2018)

Yine aynı durumdan Yargıç J.E. Read da Karşı Görüşünde söz etmiştir. Karar için; https://www.icj-cij.org/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-04-EN.pdf (Erişim Tarihi: 26.11.2018)

134 Karar'ın İngilizce metnindeki "estoppel" tabiri "önceki beyanlara aykırı tutum yasağı" olarak çevrilmiştir. -Bu dipnotta anlaşılmayı kolaylaştırmak açısından estoppel ifadesinin kullanılması sürdürülmüştür.- Estoppel, İngilizce ve Fransızca "durdurulmuş" kelimesinden kaynaklanır. Estoppel, bir tarafın önceki beyanlarına aykırı delil sunmasına engel olur. Bir tarafın ileri sürdüğü beyan, sözle, davranışla ya da susmak suretiyle olabilir. Sean Wilken QC & Karim Ghaly, The Law of Waiver, Variation, and Estoppel, (Oxford University Press 2011), para. 7.01, 7.40 vd.

Estoppel, bir devlet davranışlarıyla özel durum yarattığı zaman bu davranışa iyi niyetle güvenen bir başka devlet buna uygun hareketi ya da kaçınması ile ilgilidir. Estoppel'in etkisi, bir devlet kendi davranışında belli bir durumu kabul ettiği ya da reddettiğini ileri sürmekten alıkoyar.

Bowett, estoppel ile res judicata (kesin hüküm) arası benzerlik ve farka değinmiş ve res judicata'nın bir mahkeme kararı olmasına rağmen estoppel'in kaynağının devletin kendi beyan davranışların olduğuna işaret etmiştir. Bir tarafın beyan ya da davranışına "güvenerek" hareket etmeyen taraf için estoppel söz konusu değildir. Estoppel, bir devletin bir başka devletin zararına olacak önceki ifadelerini inkar etmesini engeller. Estoppel, sözle, nota değişimi ya da diğer yazılı şekillerle, davranışla, uzlaşma ve andlaşma yollarıyla olabilir.

Bowett estoppel'in unsurlarını şu şekilde sıralamıştır.
- İfadenin anlamı açık olmalı ve muğlak olmamalıdır
- İfade ya da anlatım yetkilendirilmiş, gönüllü ve şartsız olmalıdır.
- Zarar gören taraf, diğer tarafın ifadesine iyiniyetle güvenmelidir.

Zımni muvafakat, estoppel olarak işletilebilir. Bowett, (n 149).

Büyük, estoppel ve zımni muvafakat ile ilgili Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 45. maddesinde, Andlaşmayı Geçersiz Kılma, Sona Erdirme, Ondan Çekilme veya Yükümlülüğünü Askıya Almayla İlgili Bir Gerekçeye Başvurma Hakkının Kaybı adı altında düzenlenen b bendinde; "*davranışı sebebiyle andlaşmanın, olura göre, geçersizliğine veya yürürlükte tutulmasına zımnen rıza gösterdiğinin kabul edilmesi gerekiyorsa."* hükmüne dikkat çekmiştir. Yine VAHS'ın 62. maddesinde Andlaşma Şartlarının Esaslı Şekilde Değişmesi başlığı altında düzenlenen *rebus sic statibus* ilkesi için de aynı durum geçerli olacaktır. Yani andlaşma şartlarındaki esaslı şartlardaki değişikliklere zımnen muvafakat edilmişse buna dayanarak andlaşmanın sonlandırılması ya da askıya alınması istenemeyecektir. Büyük, (n 149) 264.

135 Karar'ın İngilizce metnindeki "extinctive prescription" tabiri "ıskati zamanaşımı" olarak çevrilmiştir. Her ne kadar kararın orijinal metninde, "hak düşümü süresi" olarak çevrilebilecek "lapse of time" ibaresine rastlansa da hak düşümü sürelerinin mahkemece re'sen ele alınması, ilk itirazlara ilişkin bir davada söz konusu durumun zamanaşımı olarak kabul edilmesini daha uygun hale getirir.

25 The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy) [2015] Judgment (19 April 2019), para. 24, 88, 97. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2019).

Blum, Historic Titles in International Law adındaki kitabında kazandırıcı zamanaşımından bahsetse de, iskati zamanaşımını da kapsayacak şekilde zamanaşımının esasen uluslararası hukukun düzen ve istikrarını korumak için gerekli olduğundan bahseder. Grotius, Vattel, Wheaton, Phillimore, Audinet, Westlake, Hershey, Nys, Lawrence, Hall, Fauchille, Lindley, Verykios, Oppenheim gibi yazarların eserlerine gönderme yaparak doktriner temelini oluşturur. Zamanaşımı, "ihmalin cezalandırılması" olarak da tanımlanabilmiştir. Ayrıntılı bilgi için; Yehuda Z. Blum, Historic Titles in International Law, (Martinus Nijhoff, The Hague, 1965).

136 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 274-276.

İtalya, Panama'nın sözlü notasının 7 Ocak 2005, Bay Carreyo'nun en son iletişiminin 17 Nisan 2010 tarihli olduğunu, Mahkeme bunlara itibar etse dahi Bay Carreyo'nun en son iletişiminden 5 yıl 8 ay sonra dava açıldığını, bu süre içinde Panama'nın sessizliğini sürdürdüğünü bildirmiştir.[137] Bay Carreyo'nun 17 Nisan 2010 tarihli mektubunda, Mahkeme'ye başvurmadan makul zaman önce eğer İtalya zararı ödemezse hukuki prosedürü başlatacağının bildirildiğini, zarar iddiasının kabul edilmemesi üzerinden 5 yıl 8 ay geçmesine rağmen Panama tarafından herhangi bir şey yapılmadığını belirtilmiş, Panama'nın tepki vermemesinin -zararın ödenmeyeceğini- kabul etmek anlamına geldiğini dolayısıyla Panama'nın iddialarının kabul edilmezliğini eklemiştir.[138]

İtalya, önceki beyanlara aykırı tutum yasağı ilkesinin, bir devletin fiili ve hukuki durumlar karşısındaki davranışlarının istikrarlı olmayı gerektirdiğini; Panama'nın önceki ifadeleri ile tutmayan ve açık olmayan bir durumda Mahkeme'de savunmasına izin verilmemesini; Panama'ya, İtalya'ya ifadelerinden başkasını söylemesi için yetki verildiğinde bunun İtalya'ya karşı haksızlık olacağını ifade etmiştir. Bu çerçevede, makul zamanda Norstar serbest bırakılıp, zarar ödenmezse İtalya'ya karşı uluslararası işlemlerin başlatılacağını bildiren Panama ile Bay Carreyo'nun 31 Ağustos 2004, 7 Ocak 2002, 15 Ağustos 2004 tarihli mektuplarına dikkati çekmiştir.[139] Yine, Panama'nın İtalya'da ulaşabileceği iç hukuk yollarıyla çözüm konusunda özenli taleplerini sorgulamış, Panama'nın en son taleplerinin sorumluluğunu yüklenmediğini bildirmiştir. Sayılan nedenlerle Panama'nın başvurusundaki taleplerinin menedilmesini ifade etmiştir.[140]

İtalya, zaman aşımı süresinin, (Mahkeme'de) kabulün sıkı bağlantısına dikkat çekmiş ve zamanın geçmesinin hukuki ilişkinin kesinleşmesini sağlamak olduğunu belirtmiştir.[141] Panama'nın tazminat hakkının Panama ile İtalya hukuklarına ve diğer hukukların da büyük çoğunluğuna göre kalmadığını ileri sürmüştür. Zamanaşımı sebebiyle iç hukuklarda ileri sürülemeyen bir iddianın, otomatik olarak uluslararası düzeyde talep edilmesinin engelleneceğini bildirmiştir. Mahkeme'den zamanaşımı nedeniyle davanın düştüğünü deklare etmesini istemiştir.[142]

Panama, davaya esastan devam edilmesinde, İtalya'nın, zımni muvafakat, önceki beyanlara aykırı tutum yasağı ve ıskati zamanaşımı ile ilgili argümanlarının reddedilmesini istese de, itirazları etraflıca incelemeyi sürdürmüştür.[143]

137 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 278.

138 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 280, 281.

139 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 282, 283.

140 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 284, 285.

141 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 286.

142 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 287, 288.

143 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 289.

Panama, uluslararası hukukun iç hukuklara benzemediğini, iddiasını ileri sürmede bir son mühletin bulunmadığını ileri sürmüştür. İtalya'nın, uluslararası bir davada Mahkeme'ye gelmeden önce standart kurallara uyması gerektiğini ve İtalya'nın sınırlamaları ile ilgili argümanlarına katılmadığını ifade etmiştir.[144]

Panama, İtalya'nın kabul konusundaki itirazlarına gönderme yaparak, İtalya'nın zararı ödemezse Mahkeme'ye başvurulacağını bildiğini, davayı etkili bir şekilde bitirmek için 1998'de Gemi'ye el konulduğundan itibaren İtalyan mahkemelerinde toplam yedi yıl harcandığını, İtalya'nın bir cevap ya da tepki vermediğini bu sebeple de olayı çözmede geciktiğini eklemiştir. 25 Ocak 2005 tarihli sözlü notasına gönderme yapmış ve İtalya Dışişleri Bakanlığından herhangi bir cevap alamadıklarını bildirmiştir. 15 Ağustos 2001, 3 Ağustos 2004 ve 17 Nisan 2010 tarihli mektuplara gönderme yaparak, zararın yükseldiğini, bunun kaba hesapla 6 milyon ABD Dolarından az olmadığını, Gemi çalışmadığı ve çürüdüğü için bu zararın daha da arttığını ifade etmiştir. İtalya'nın da, cevap vermemesi yüzünden zararın giderek arttığının farkında olduğunu, haksızlıktan bahsedemeyeceğini eklemiştir.[145]

Panama, İtalya'nın önceki beyanlara aykırı tutum ile ilgili argümanlarını reddetmiştir. İtalya'nın zararı ödemezse, Mahkeme'ye gelmeden önce tazminat talebi ile ilgili 3 Ağustos 2004, 17 Nisan 2010 tarihli mektuplarında açıkça ifade ettiğini buna karşın İtalya'dan zararın tazmini ile ilgili herhangi bir ifadeye rastlanmadığını ileri sürmüştür.[146] İtalya'nın ıskati zamanaşımı ile ilgili iddialarına karşılık olarak, uluslararası hukukta bir iddianın ileri sürülmesi ile ilgili belirli bir zaman limiti olmadığını, zamanın geçip geçmediği konusunda her davanın durumuna göre uluslararası mahkemenin karar vereceğini ifade etmiştir.[147] İtalya'ya karşı iddialarını doğru zamanda ve zamanaşımı süresi dolmadan ileri sürdüğünü bildirmiştir. Gecikme ile ilgili olarak Savona Mahkemesinin 2003'te karar verdiğini, Cenova Temyiz Mahkemesinin bu kararı 2005 yılına kadar onaylamadığını, hükmün 2009 yılından önce verilemediğini bildirmiştir.[148]

Panama, İtalya'nın iddialarının aksine Panama'nın fiil ve davranışlarının hakkından feragat ettiği ya da Panama'nın iddiasını takip etmeyeceği çıkarımına izin verdiği şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmiştir.[149]

Panama, İtalya'nın ıskati zaman aşımı, zımni muvafakat ve önceki beyanlara aykırı tutum yasağının özü olan meşru beklenti ilkesi aracılığıyla İtalya'nın korumayı hak etmediğini ileri sürmüştür.

144 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 290.

145 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 291, 292, 293.

146 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 294.

147 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 295.

148 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 296, 297.

149 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 298.

Mahkeme, öncelikle İtalya'nın, önceki beyanlara aykırı tutum yasağı, zımni muvafakat ve ıskati zamanaşımına yönelik itirazlarını esasa ilişkin görmüştür. Söz konusu davada ilgili durumlar ışığında, başvurunun kabul edilip edilmediğini belirlemek için İtalya'nın argümanlarının incelenmesine devam edilmesine karar vermiştir. Mahkeme, başvurunun kabul edilirliği konusunda, zımni muvafakat, önceki beyanlara aykırı tutum ve ıskati zamanaşımının yerleşik uluslararası hukuk ilkelerine göre değerlendirilebileceğine, bunun BMDHS'nin 293. maddesine uygun olduğuna karar vermiştir.[150] Mahkeme, tarafların bu ilkeler konusunda aralarında anlaşmazlık olmadığına ancak mevcut davada bu ilkelere başvuru ile ilgili farklılıkların olduğu, İtalya'nın söz konusu ilkelerin uygulanmasını isterken Panama'nın onların uygulanmasını reddettiğini bildirmiştir.[151]

Maine Körfezi'ndeki Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası'nda UAD'nin, zımni muvafakat ve önceki beyanlara aykırı tutum yasağı ilkelerinin ardındaki gerçeğin, iyiniyet ve dürüstlük temel ilkeleri olduğu, zımni muvafakatın diğer tarafça rıza gösterilmesi olarak yorumlanabilen tek tarafın davranışına üstü örtülü tanımaya eşitken, önceki beyanlara aykırı tutumun, engelleme fikri ile bağlantılı olduğunu bildirdiği kararına[152] gönderme yapmıştır.

Mahkeme, ıskati zamanaşımını, davanın kabul edilmezliği tesirini doğuran sürenin geçmesi ile ilgili görmüştür.[153]

Zımni muvafakat konusunda, 31 Ağustos 2004 tarihli sözlü nota ve onu müteakip iletişimler aracılığıyla durumun İtalya tarafından bilindiğine yönelik Panama'nın iddialarına işaret etmiştir. İtalya'nın argümanına göre, Panama'nın Norstar'ın alıkonulmasından doğan iddiaların yargılanmasında yıllarca sessiz kalması ve İtalya'nın Panama'nın temaslarına cevap vermeme davranışı göz önünde bulundurulduğunda bu sessizliğin zımni muvafakat anlamına geldiğine kararında yer vermiştir. Mahkeme, Panama'nın davranışlarından -hiçbir aşamada- iddialarının zamanaşımına uğramasında zımni muvafakat ya da iddiadan vazgeçildiği sonucu çıkarılamayacağına karar vermiş ve zımni muvafakatın varlığına yönelik İtalya'nın itirazını reddetmiştir.[154]

Mahkeme, İtalya'nın önceki beyanlara aykırı tutum yasağı iddiası ile ilgili olarak, Bengal Körfezi'nde Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası'ndaki kararına[155]

150 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 300, 301.

151 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 302.

152 Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/ United States of America), Judgment of 12 October 1984 Given by the Chamber Constituted by the order Made by the Court on 20 January 1982, para. 130, https://www.icj-cij.org/files/case-related/67/067-19841012-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 28.12.2017)

153 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 303.

154 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 304, 305.

155 16 Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar) Judgment of 14 March 2012, para. 124, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/published/C16-J-14_mar_12.pdf (Erişim Tarihi: 02.01.2018)

gönderme yaparak, bir devletin davranışlarıyla özel bir durum yarattığı zaman, diğer devletin bu davranışa iyi niyetle dayanarak hareket etmesi ya da zarar doğuracak fiillerden sakınmasında uluslararası hukukta önceki beyanlara aykırı tutum yasağı durumunun varlığından bahsetmiştir. Mahkeme, önceki beyanlara aykırı tutum yasağının temel unsurlarının bu davada gerçekleşmediğine karar vermiştir. Mahkeme, kararında şu hususlara- anlam itibariyle- yer vermiştir. Öncelikle Panama, İtalya belli zaman içinde kendi taleplerini yerine getirmezse, taleplerini geri çekeceğine ilişkin sözle, davranışla ya da sessiz kalmak suretiyle kesinlikle bir fikir belirtmemiştir. Panama, İtalya Gemi'yi serbest bırakmazsa ve zararını ödemezse, hukuki prosedürü başlatacağını bildirmiş ve bunlara İtalya herhangi bir cevap vermemesine rağmen yasal prosedürü başlatmamıştır. İtalya'nın cevap vermemesinden dolayı Panama'nın taleplerinden vazgeçebileceği açık ve anlaşılır bir ifade olarak düşünülemez. Yine, İtalya zarar ile ilgili hareketleri belirtilen ispatlanmış herhangi bir delil ileri sürmemiştir.[156] Bu sebeplerle Mahkeme, İtalya'nın önceki beyanlara aykırı tutum yasağı itirazını reddetmiştir.[157]

Iskati zamanaşımı dolayısı ile Panama'nın taleplerinin hukuken engellenip engellenmediği ile ilgili olarak Mahkeme, Uluslararası Hukuk Komisyonunun, Devletin Sorumluluğu ile İlgili 45. Taslak Madde'si yorumuna kararında yer vermiştir.[158] Buna göre, davalı devlete yöneltilen bir talebin -örneğin uluslararası mahkemeye gelmeden önce- takibinin gecikmesi genellikle onun kabul edilmezliği olarak yorumlanmaz.[159] Mahkeme, ne BMDHS'nin ne de uluslararası hukukun, mahkemeye gelmeden önceki işlemler ile ilgili zaman sınırı öngörür. UAD'nin Nauru'da Fosfat Arazileri Davası'ndaki, "*Mahkeme, herhangi bir anlaşma maddesi olmasa bile şikayetçi devlet tarafının gecikmesi, başvurusunu kabul edilemez hale getirebilir. Ama yine de, uluslararası hukuk spesifik bir zaman sınırı öngörmemiştir. Bu sebeple Mahkeme, zamanın geçmesinin başvuruyu kabul edilmez kılıp kılmayacağını her davanın durumuna göre karar verecektir...*" hükmüne gönderme yapmıştır.[160] Söz konusu davada Nauru, bağımsızlığını kazanmasının üzerinden 20 yıldan fazla zaman geçtikten sonra iddiada bulunmuş olmasına rağmen UAD, Nauru'nun başvurusunu zaman geçmesi yüzünden kabul edilmez bulmamıştır.[161] Mahkeme, 31 Ağustos 2004 tarihli sözlü nota ile başlayan tazminat ve Gemi'nin serbest bırakılması ile ilgili olarak zaman zaman iletişim kurulmuştur. Mahkeme, Panama'nın başvurusunun

156 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 306, 307.

157 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 308.

158 Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğu, Taslak Maddeler 45/2 ye göre; zarar gören devletin davranışı nedeniyle iddianın düştüğü, geçerli bir şekilde zımnen kabul edildiği düşünülürse devletin sorumluluğuna gidilemeyecektir. s. 123, para. 10 http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Erişim Tarihi: 06.01.2019)

159 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 309, 310.

160 Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia) Preliminary Objections, Judgment of 26 June 1992, para. 32, https://www.icj-cij.org/files/case-related/80/080-19920626-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 08.01.2018), Preliminary Objections Judgment, (n 2) 311.

161 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 312.

kabul edilmezliği ile ilgili olarak, Panama'nın iddialarının ilk yapıldığı zamandan itibaren takip etme konusundaki ihmali olmadığını tespit etmiştir.[162]

Yukarıda bahsedilenler ışığında Mahkeme, İtalya'nın ıskati zamanaşımı itirazının reddetmiştir.[163]

Mahkeme, yukarıda bahsi geçen sebeplerle Panama'nın başvurusunu kabulüne 20'ye karşı 2 oyla karar vermiştir. İtalya'nın Mahkeme'nin yargı yetkisine ilişkin itirazını 21'e karşı 1 oyla reddetmiş ve uyuşmazlık konusunda karar verme yetkisinin varlığına hükmetmiştir.[164]

Ad hoc yargıç Treves muhalefet şerhinde; Mahkeme'nin yargı yetkisini 1997 yılında genel ifadeler ile ileri sürerken, Panama'nın İtalya ve Panama arasında Panama bayraklı Norstar tankerinin alıkonulmasından doğan uyuşmazlık için kabul ettiğini bildirmiştir. Sözleşme'nin 287. maddesinin bu şekilde bir sınırlamaya izin verip vermediğini tartışmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme'nin, Bay Carreyo'nun yetkili olması ile ilgili iletişimin uzunluğu üzerinde durduğunu, 31 Ağustos 2004 tarihinde de İtalya tarafından Bay Carreyo'nun Panama'nın temsilcisi olarak kabul edildiğini ancak bunun Bay Carreyo'nun dava öncesi dönemde Panama'yı temsil etmesini önlediğini ve BMDHS'nin 292. maddesindeki usul ile sınırladığını ileri sürmüştür ve şunları da eklemiştir. Carreyo'nun yetkilendirilmesi, Mahkeme öncesi döneme ilişkin olup, Mahkeme'de temsile varacak kadar geniş değildir. Bay Carreyo'nun yetkisi gecikmeksizin serbest bırakma ile sınırlıdır, BMDHS'nin 292/2. maddesine göre, serbest bırakma başvurusunun Panama "adına" Bay Carreyo tarafından yapılıp yapılmayacağı söz konusu yazışmalarda açık değildir. Bu belgelere göre, İtalya'nın Bay Carreyo'nun yetkisini gecikmeksizin serbest bırakma işlemleri ile ilgili görmesi haklıdır. Gecikmeksizin serbest bırakma işlemleri ise Mahkeme'ye gelmeden önce yapılan işlemlerdir. Panama, 29 Nisan 2015'e kadar, 287. maddeye göre bir bildirimde bulunmamıştır. Bu tarihten sonraki bildirim BMDHM olarak değil Sözleşme'nin Ek VII'si uyarınca tahkim mahkemesidir. Panama'nın sözlü notalarına ve Bay Carreyo'nun yazılarına İtalya tarafından tepki verilmemesi, yetkinin darlığını gösterir, kesinlikle İtalya'nın kötü niyetinin delili değildir. İtalya ile Panama arasında bir uyuşmazlık yoktur. Mahkeme, Savona Savcılığının emrinin açık denizdeki faaliyetlerini sınırlandırdığını, taraflar arasında uyuşmazlık olduğunu kabul etmiştir. Bu İtalya'nın örf-adet ve mali hukukunun ihlali sebebiyle uygulanan geçici bir tedbirdir ve ilk önce incelenmemeliydi, bundan önce Mahkeme'nin yetkisi tarafların argümanları çerçevesinde daha sıkı test edilmeliydi. Panama ile İtalya arasında açık denizde yakıt ikmali yapmanın yasal olduğu konusunda herhangi bir tartışma yoktur. Ayrıca Norstar'ın zararının tazmini İtalyan Hukukuna göre mümkündür,

162 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 313.

163 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 314.

164 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 315, 316.

uluslararası hukuka göre ise tartışmaya açıktır. Norstar'ın alıkonulmasından doğan uyuşmazlık Sözleşme'nin uygulanması ve yorumlanması ile ilgili değildir. Yine, iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ilgili olarak Mahkeme, baskınlık testi uygulayarak doğrudan ya da dolaylı zararı tartışamaz. Ancak, Mahkeme BMDHS'nin 87 ve 300. maddeleri ihlali çerçevesinde ihlalleri Panama'nın kendisi ile ilgili görmüştür. Bu, iç hukuk yollarının tüketilmesine konu edilmez.[165]

Yargıç Lucky karşı görüşünde, İtalyan Ceza Kanunu'nun ihlal edildiğini, Gemi mürettebatının tutuklanması ve suç delili olarak Norstar'a el konulması ile ilgili söz konusu kanunda kesin hüküm bulunduğunu, 9 Aralık 2010 tarihinde İtalyan hukukuna göre zamanaşıma uğradığını ileri sürmüştür. Gemi'ye el konulması ile ilgili olarak şunları belirtmiştir; eğer Gemi, mürettebatının İtalyan Ceza Kanunu'nda yasaklanan fiilleri işlemesinden dolayı alıkonulduysa, gerçek kişilerin aklanmalarına bağlı olarak serbest bırakılmalıydı eğer bu suçları işleyen Gemi ise Gemi'nin sahibine gidilmeliydi. Yargıç Lucky, iç hukuk yollarının de facto olarak tüketildiği kanısındadır. BMDHS'nin 33/1 maddesi ile ilgili yanlış başvuru yapıldığı, söz konusu maddenin bitişik bölge olup zaten açık deniz olduğu ve Norstar'ın haklarının açık denizde ihlal edildiği görüşündedir. Norstar ve mürettebatının fiilleri meşrudur bu sebeple Norstar'ın Sözleşme'nin 58 ve 87. maddelerine göre ulaşım özgürlüğünün ihlal edildiğini kararına eklemiştir.[166]

Sonuç

Mahkeme'nin yargı yetkisi hem İtalya hem de Panama tarafından kabul edildiğinden, Mahkeme, söz konusu uyuşmazlıkta davaya bakma konusunda kendini yetkili görmüştür.

Mahkeme, İtalya'nın Panama ile aralarında bir uyuşmazlık olmadığı iddiasını, kararında uyuşmazlığı "*olgusal ya da hukuki konularda anlaşamama yahut hukuki görüşlerin ya da menfaatlerin çekişmesi"* olarak tanımlayarak reddetmiştir.[167]

İtalya'nın Bay Carreyo'nun Panama devletini söz konusu davada temsil etmeye yetkili olmadığı itirazına Mahkeme; uluslararası hukuka göre, devlet temsilcisi olarak ya da diğer devletlerle, uluslararası örgütlerle, mahkemeler gibi uluslararası kurumlarla ilişkilerinde kendisini temsil etmek üzere özel şahıslar da dahil her devletin kendisinin karar vereceğine işaret etmiş, bunun özel anlaşma yapmaya ya da devlet temsiline ilişkin diğer kuralların uygulanmasına halel getirmeyeceğini belirtmiştir. Ancak devlet tarafından yetki verilen özel kişiye yalnızca mektupta

165 Dissenting Opinion of Ad Hoc Judge Treves, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C_25_J_041116_doTreves.pdf (Erişim Tarihi 07.12.2018)

166 Separate Opinion of Judge Lucky, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_Judgment_04.11.2016_sepop_Lucky_orig.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2018)

167 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 101-103.

gönderme yapılmasının yeterli bulunmayabileceği söz konusu olsa da mevcut davada olayların seyrinden, Norstar'ın sahibinin avukatı olan -serbest avukat- Bay Carreyo'nun Panama'yı temsil ile görevlendirilebileceğine bir engel olmadığına karar vermiştir.[168]

Mahkeme, BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanması konusundaki uyuşmazlık olup olmadığına karar vereceğinden Panama tarafından ileri sürülen olgular ile Sözleşme maddeleri arası bir bağlantının kurulmasını aramıştır.[169] Panama yazılı başvurusunda, BMDHS'nin 33, 73/3, 73/4, 87, 111, 226 ve 300. maddelerinin; sözlü bildiriminde ise 33, 58, 87, 111 ve 300, "kabul edilebilir diğer maddeler" ile "BMDHS'nin diğer maddelerinin" ihlal edildiğini - sözlü bildiriminde 73 ve 226. maddelerinin davada ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir.- ifade etmiştir. Mahkeme, Panama'nın "BMDHS'nin diğer maddeleri" ve "kabul edilebilir diğer maddeler" gibi Sözleşme'nin belli bir maddesine gönderme yapmaksızın genel ifadelerin başvuru için yeterli olmadığına karar vermiştir.[170]

Panama'nın BMDHS'nin 33. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak Mahkeme, Bitişik Bölgeyi düzenleyen 33. madde ile ilgili, İtalyan yerel mahkemesi tarafından verilen el koyma emrinin 33. maddede düzenlenen kontrol uygulaması olmadığından, mevcut davada bu maddeye başvuramayacağını belirtmiştir.[171]

Mahkeme, İtalya'nın Münhasır Ekonomik Bölge ilan etmemesi dolayısıyla Münhasır Ekonomik Bölgede Diğer Devletlerin Hakları ve Yükümlülükleri ile ilgili düzenleme getiren 58. maddeye söz konusu davada başvurulamayacağına karar vermiştir.[172]

Mahkeme, kesintisiz takip hakkının düzenlendiği 111. ve yabancı gemilerin aranması ile ilgili 226. maddeleri dava ile ilgili görmemiştir.[173]

Mahkeme, açık deniz serbestilerinin düzenlendiği BMDHS'nin 87. maddesini dava ile ilgili görmüştür. (İtalyan) Savona Mahkemesi kararı ile Norstar'a el konulmasını Gemi'nin bayrak devleti olan Panama'nın açık denizdeki haklarının ihlali olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir.[174]

Mahkeme, İtalya'nın 300. maddenin kendi başına ihlali söz konusu olamayacağı iddiasıyla ilgili olarak, 300. maddenin kendi başına ihlal konusu

168 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 93, 94-96.

169 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 110.

170 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 108, 109.

171 Panama'nın BMDHS'nin 33. maddesinin ihlal edildiği iddiasını İtalya, Norstar'ın alıkonulması işleminin İtalya'nın Bitişik Bölgesinde olmayıp, İspanya iç sularında meydana geldiğini belirtmiş ve yer bakımından temelsiz bulmuştur. Preliminary Objections Judgment, (n 2) 112, 113.

172 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 116.

173 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 123-126.

174 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 122.

olmayacağını ancak mevcut davada 87. maddede düzenlenen açık denizlerin serbestliği ilkesinin İtalya tarafından ihlal edilmesi söz konusu olduğundan dava ile ilgili görmüştür.[175]

Mahkeme, İtalya'nın BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanması ile ilgili uyuşmazlığın olmadığı konusundaki itirazlarını reddetmiştir.[176]

Mahkeme, İtalya'nın davranışlarının haksız fiil olup olmadığı ve uluslararası sorumluluğu doğurup doğurmadığı konusunu ilk itiraz ile ilgili görmediğini ifade etmiştir.[177] Norstar'a el konulmasının, İtalya'daki cezai işlem ile bağlantılı olarak, İspanya yargı makamları tarafından, aralarındaki istinabenin sonucu olduğuna işaret etmiştir.[178] Mahkeme, Panama'nın İtalya'yı davalı göstermesini haklı bulmuştur.[179] İtalya'nın İspanya'nın davranışlarının İtalya'ya atfedilemeyeceğine ilişkin itirazı hakkında karar vermeyi gereksiz görmüştür.[180]

Mahkeme, İtalya'nın Mahkeme'nin kişi yönünden yetkisizliği itirazını reddetmiştir.

Mahkeme, Bay Carreyo'nun Panama'yı temsil için yetkilendirildiğine, bu yetkinin, BMDHS'nin 292. maddesiyle sınırlı olmadığına karar vermiştir. Bay Carreyo, Norstar' ın alıkonulması ile ilgili bütün görüş alışverişlerinde Panama'yı temsil etmek üzere usulüne uygun şekilde yetkilendirildiğine hükmetmiştir.[181]

Mahkeme, taraflar arasındaki uyuşmazlığın görüş alışverişi yoluyla çözülmesi konusunda taraflardan birinin girişimlerinin, diğeri tarafından cevapsız bırakılmasının, 283. maddenin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda Mahkeme'nin karar vermesini önlemeyeceğini ifade etmiş, anlaşmaya varma konusunda bütün ihtimaller tüketilmişse, taraf devletin görüş alışverişinde bulunmaya devam etmek zorunda olmadığına belirtmiştir.[182] Taraflar arasında görüş alışverişi ihtimalini İtalya engellemiştir. Panama'nın bu konudaki çabaları olumlu sonuç vermemiştir. Panama, 283. maddedeki yükümlülüklerini yerine getirmiştir. Mahkeme, 283. maddeye göre görüş alışverişi yükümlülüğünün Panama tarafından yerine getirilmediği konusundaki İtalya'nın itirazını reddetmiştir.[183]

Mahkeme bayrak devletinin hakları ve yükümlülükleri açısından Panama bayraklı Norstar gemisini, onun mürettebatından, yükünden, geminin sahipleri ve diğer ilgili

175 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 129-132.

176 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 133.

177 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 161.

178 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 163, 165.

179 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 168.

180 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 169.

181 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 206.

182 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 215, 216.

183 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 217-219.

kişilerden ve onların uyruk ve vatandaşlıklarından bağımsız, "bir tek" birim olarak kabul etmiş ve İtalya'nın uyrukluk üzerine temellendirdiği iddialarını reddetmiştir.[184]

Mahkeme, Panama'nın BMDHS'nin 87. maddesi uyarınca açık denizde ulaşım hakkı ihlal edildiğine; söz konusu hakkın ihlalinin Panama'ya doğrudan zarar verdiğine; Panama'nın Gemi'nin yükü ve Gemi'de menfaati olanların zarar iddialarıyla ilgili olarak iç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesi ile ilgili olmadığına ve bu sayılan sebeplerle İtalya'nın iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddine karar vermiştir.[185]

Mahkeme, İtalya'nın, önceki beyanlara aykırı tutum yasağı, zımni muvafakat ve ıskati zamanaşımına yönelik itirazlarını esasa ilişkin görmüştür.[186]

Mahkeme, Panama'nın davranışlarından hiçbir aşamada, iddialarının zamanaşımına uğramasında zımni muvafakat ya da iddiadan vazgeçildiği sonucu çıkarılamayacağına karar vermiş ve zımni muvafakatın varlığına yönelik İtalya'nın itirazını reddetmiştir.[187]

Mahkeme, Panama'nın, İtalya'ya belli zaman içinde kendi taleplerini yerine getirmezse, taleplerini geri çekeceğine ilişkin sözle, davranışla ya da sessiz kalmak suretiyle kesinlikle bir fikir belirtmediğinden ve önceki beyanlara aykırı tutum yasağının diğer temel unsurlarının bu davada gerçekleşmediğinden İtalya'nın önceki beyanlara aykırı tutum yasağı itirazını reddetmiştir.[188]

Mahkeme, BMDHS'nin ya da uluslararası hukukun, mahkemeye gelmeden önceki işlemler ile ilgili spesifik bir zaman sınırı öngörmediğini, zamanaşımı sürelerinin her davanın durumuna göre değerlendirileceğini, kaldı ki, Panama'nın iddialarını takip etme konusunda ihmali olmadığını gerekçe göstererek İtalya'nın ıskati zamanaşımı itirazının reddetmiştir.[189]

Mahkeme, yukarıda bahsi geçen sebeplerle Panama'nın başvurusunu kabulüne 20'ye karşı 2 oyla karar vermiştir. İtalya'nın Mahkeme'nin yargı yetkisine ilişkin itirazını 21'e karşı 1 oyla reddetmiş ve uyuşmazlık konusunda karar verme yetkisinin varlığına hükmetmiştir.[190]

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

184 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 230-232.

185 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 122, 132, 268-271.

186 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 300, 301.

187 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 302-305.

188 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 306-308.

189 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 311-314.

190 Preliminary Objections Judgment, (n 2) 315, 316.

Kaynakça/References

16 Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar) Judgment of 14 March 2012, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/published/C16-J-14_mar_12.pdf (Erişim Tarihi: 02.01.2018)

2 The M/V "Saiga" Case, (Saint Vincentand the Grenadinesv. Guinea) Judgment 1 July 1999, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/published/C2-J-1_Jul_99.pdf (Erişim Tarihi: 20.10.2018)

25 The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy) [2015] Application of the Republic of Panama (16 November 2015) https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/C25_Application.pdf, (Erişim Tarihi: 19.04.2018)

25 The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy) [2015] Preliminary Objections Judgment (4 November 2016), https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_Judgment_04.11.16_orig.pdf (Erişim Tarihi: 04.06.2018).

25 The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy) [2015] Written Preliminary Objections under Article 294, Paragraph 3, of the United Nations Convention on the Law of Sea (10 March 2016) https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Italy/The_MV_Norstar_case_Preliminary_Objections_Italy.pdf (Erişim Tarihi: 27.05.2018)

25 The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy) [2015] Judgment (19 April 2019), para. 24, 88, 97https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2019)

Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of the All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation) [2017] https://www.icj-cij.org/en/case/166

Blum YZ, Historic Titles in International Law (Martinus Nijhoff 1965)

Bowett DW, "Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence" (1957) 33Brit. Y.B. Int'l L. 176-202

Büyük ME, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri **(**On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2018)

Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation) Preliminary Objections [2008] Judgment of 1 April 2011 https://www.icj-cij.org/files/case-related/140/140-20110401-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi 11.06.2017)

Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia) Preliminary Objections, Judgment of 26 June 1992, https://www.icj-cij.org/files/case-related/80/080-19920626-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 08.01.2018)

Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/ United States of America), Judgment of 12 October 1984 Given by the Chamber Constituted by the order Made by the Court on 20 January 1982, https://www.icj-cij.org/files/case-related/67/067-19841012-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 28.12.2017)

Case of the Monetary Gold Removed From Rome in 1943 (Preliminary Question) (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America) [1954], Judgment of June 15th 33 https://www.icj-cij.org/files/case-related/19/019-19540615-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 03.06.2018)

Çelikbaş NM, "Navlun Sözleşmesi ile Konişmento Arasındaki İlişki" (2012) 8/1 TAAD 187-219

Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2001

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Erişim Tarihi: 06.01.2019)

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin135.pdf (Erişim Tarihi: 11.06.2018)

https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e73#law-9780199231690-e73-div1-1 (Erişim Tarihi: 19.06.2019)

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria) [1994] Jugment of 11 June 1998 https://www.icj-cij.org/files/case-related/94/094-19980611-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi: 11.06.2018)

South West Africa Cases, (Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa) Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962 328, https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19621221-JUD-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi 13.06.2018)

The M/V "Louisa"Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgment 28 May 2013, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_18_merits/published/C18_Judgment_280513.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

The Mavrommatis Palestine Concession, Series A- No:2, August 30 1924, Collection of Judgments, Publications of the Permanent Court of International Justice https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2018)

Wilken S & Ghaly K, The Law of Waiver, Variation, and Estoppel (Oxford University Press 2011).

İSTANBUL UNIVERSITY PRESS

Public and Private International Law Bulletin, 39(2): 713–720

DOI: 10.26650/ppil.2019.39.2.0024
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Submitted: 22.08.2019
Accepted: 17.09.2019

Public and Private International Law Bulletin

BOOK REVİEW / KİTAP DEĞERLENDİRMESİ

China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy

Can Eken*

Abstract

The examination of China's investment strategy is becoming more important because of the change in China's strategy. China is moving forward and taking serious steps to shape international trade and investment law. Belt & Road, in this respect, is a key strategy for China to play a more active role with other countries. Not alone this initiative, China has already a great number of investment treaties with other countries. This book provides important insights into China's investment-treaty network and informs those who want to understand China's changing investment strategy.

Keywords

Investment law, China's investment strategy, Investment treaties

* **Correspondence to:** Can Eken (Ph.d.Student), The Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, Hong Kong SAR, Hong Kong, China. E-mail: can_eken@yahoo.com.tr ORCID: 0000-0003-0261-4623

To cite this article: Eken C, Book Review: China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy, by Julien Chaisse, eds, Oxford: Oxford University Press, 2019, 560 Pages (2019) 39(2) PPIL 713. https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0024

©The Authors. Published by the İstanbul University under the terms of the Creative Commons Attribution License http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/, which permits unrestricted use, provided the original author and source are credited.

The book, edited by Professor Julien Chaisse, covers a very important topic for the future of global economic governance, which also is of strategic importance in Turkey. At present, the trade war between China and the United States (US) emerged and affected many countries in the world. Turkey-US relations, subsequently, have seen tensions that have driven Turkey to turn its face to the east and search for new collaboration as alternatives. While China changed its investment policy and has taken on a more active role on the world stage, potential China-Turkey collaboration offers many opportunities to both countries.

China's International investment Strategy changed drastically after its open-door policy, and now with the Belt & Road Initiative, China is deemed more ambitious in the international trade and investment regime. China is not only a rule-taker but also a rule shaker, if not a rule-maker, as demonstrated in the reviewed book. Turkey, as a country located at the doorstep of Europe for Asian countries, and a gateway to Asia for Europe, demonstrates its strategic importance. China is trying new ways to increase its relations with other countries and revive the historic spice and silk roads. Turkey is conveniently located on both routes, and set to forge a closer relationship with China in the coming years. As China aims to stretch the historic routes even further to Europe and beyond, Turkey would play an even more crucial role for those plans due to, not only its location, but also its history and deep-rooted relations. This offers great opportunities for business to develop, lawyers to help investors, and policymakers to make more informed decisions. Therefore, understanding China's investment law and policy is essential for investors, lawyers and policymakers from Turkey for further collaboration. This book offers perceptive insights into the topic, and is suitable for those who would like to understand China's investment strategy comprehensively to take a better position in the coming years. This is the goal of this review, to introduce this useful source that is available to fill this need.

The edited book, as suggested by its name, covers investment treaties signed between China and other countries. It also offers important economic and political analyses in addition to legal analysis. The book has twenty-seven chapters written by many distinguished authors and an introduction by its editor. The foreword is written by Professor Zhao Hong, an appellate body member in the World Trade Organization. In her foreword, she highlights the major changes in China's economic integration after 1978. She praises the book and Professor Julien Chaisse, stressing the importance of China's accession to the World Trade Organization, as it signifies the involvement of China in the global economy. In general, the book gives extensive information and a concrete framework regarding China's international investment law in five aspects, namely China's international investment law and policy (1) in the domestic law context, (2) in the Bilateral Investment Treaties (BIT) context, (3) in the regional context, (4) in a global context, and last but not least, (5) the dispute

settlement mechanism and its challenges. In the following, the chapters in each part are analyzed and reviewed in detail. The editor divides the book into those five parts, and this book review does so as well.

The first part is the foundations of China's international investment law and policy, and there are six chapters in this part. The first chapter, by Michael J Enright, provides a general overview of China's investment policy and a brief history of China's policy changes. After providing the legal structure of investment in China, the chapter analyses policies in China as sector-based and geography-based policies. Enright provides important charts showing foreign-invested enterprises and their performances over the years in China. A concise economic and catalytic impact analysis is given by the author. After examining the implications of those analyses, the author concludes that the impacts and benefits of foreign direct investment (FDI) for China have not received the attention they deserve.

The second chapter, co-authored by Hui Yao Wang and Lu Miao, provides significant highlights for China's overseas investments. It is noted that in 2015, China's overseas investment exceeded the investment China received for the first time. After revealing the significance of this landmark in China's investment history, the authors offer explanations on how China managed to achieve such success. They also provide a crisp comparison of outward investment from China in Asia, and that from other countries, the difference of which could be attributed to the launch of the Belt & Road initiative. It is particularly interesting to see which sectors the Chinese investors preferred and the challenges they faced as they trod the paths. The authors end the chapter on an optimistic note though, putting forward recommendations on how to overcome the challenges and suggesting that investment by Chinese enterprises will grow thanks to the 'Going Global' strategy adopted by China.

The third chapter, by Na Li, examines Chinese foreign direct investments from a tax perspective and the impact of tax on such investments. It provides important information and insights to tax incentives for foreign investors in China, as well as tax instruments for facilitating Chinese investors for outbound investment. After discussing important tax issues such as tax avoidance, tax competition and planning, the author concludes the chapter by highlighting the major changes in Chinese tax laws.

The following chapter, by Lu Wang, is about investments by Chinese state-owned enterprises (SOE) and how concerns about those investments were addressed by international investment agreements. The author has included detailed explanations of those concerns and important implications of them.

The fifth chapter, by Jie (Jeanne) Huang, is about regulatory change in China from a positive list to a negative list for market access. The author talks about existing

deficiencies in the Chinese negative list, and gives suggestions for improvement in terms of format, substance and the formulation of a negative list. In the conclusion, the author stresses the importance of creating a comprehensive negative list in China.

The sixth chapter addresses sustainable development issues in international investment agreements (IIA). The author, Manjiao Chi, explains how sustainable development principles are developed, what types of sustainable developments are taking place in Chinese IIAs and how the principle can be enhanced in Chinese IIAs. In the conclusion, the author highlights that with this chapter he aims to give a broad understanding of the principles of sustainable development and examine the three major types of such development, namely environmental provisions, transparency provisions, and labour rights provisions. He concludes that Chinese IIAs are insufficiently sustainable-development-compatible even though some progress has been made. The author argues there might be cases related to sustainable development relying on Chinese IIAs in the near future. This chapter marks the end of the first part of the book.

The second part of the book is about bilateral investment treaties (BIT) China has with other countries. In this part, China's investment relations with Canada, Israel, the European Union and the United States are surveyed. It starts with Chapter 7, written by Kyle Dylan Dickson-Smith, on potential US-China BIT and what lessons from the experience of China BITs can be used to improve the potential BIT between the two largest economies in the world. The author uses specifically the Canada-China Foreign Investment Protection Agreement (FIPA) as a case study. It analyses relations between China and Canada, and applies what has been learned from it to the US-China context. A close analysis of the Canada-China BIT and a supported conclusion can be found in this chapter.

The eighth chapter, co-authored by Hadas Peled and Marcia Don Harpaz, is specific to China-Israel BIT. The authors identify that innovation plays an essential role in the development strategies of the two countries, which serves primarily as a catalyst in their economic, political and investment relations. After examining the aspects in the China-Israel BIT context, the extent to which innovation might wield its power is explained.

China-EU negotiations for Comprehensive Investment Agreements (CIA) are the topic of Chapter 9, co-authored by Flavia Marisi and Qian Wang. A thorough examination of the drivers behind such negotiations and specific clauses in the negotiations are given. As they are important indications of future developments of China-EU relations, not only legal drivers but also political and economic drivers for CIA, and EU-China relations are analysed.

Three authors, Xinquan Tu, Na Sun and Zhen Dai, work on issues on State-Owned Enterprises (SOE) in BITs in Chapter 10. Chinese SOEs in the US and US SOEs in China are analyzed in a case study. A review of international standards for SOEs, and SOEs specific to the ongoing US-China BIT negotiations, is presented in the chapter.

At the end of the second part of the book, Chapter 11, Matthew Levine examines a new generation of Chinese treaty practice. It is referred to by the author as the fourth-generation practice, which emphasizes the importance of regionalism. The author also examines changes and substantial provisions in recent Chinese BITs.

Regional treaties constitute the third part of the book. First, in Chapter 12, Won Mog Choi talks about substantive provisions of the East Asian Trilateral Investment Agreement, and probes the consequences from those provisions. Important provisions, such as the definition and scope of investment, non-discrimination, expropriation and exceptions where the agreement does not apply, are analysed. The articles of the East Asian Trilateral Investment Agreement are compared with the articles in the largest regional treaty, the Trans-Pacific Partnership (TPP), and the proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) between the European Union and the United States.

In Chapter 13, Heng Wang examines the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) rules. The author identifies the RCEP as the only mega treaty China has signed, describing the Chinese Free Trade Agreements as 'malleable', and addressing the lessons to be learnt by other Chinese FTAs from such agreements. The chapter further explores China's position in investment treaties as a rule-follower, rule-shaker and rule-maker.

Chapter 14 is co-authored by Amokura Kawharu and Luke Nottage, and examines the role of Australia and New Zealand in the Asia-Pacific region. Current treaties to which Australia or New Zealand is a party, the track record of the two countries in the WTO dispute settlement mechanism, and their role and impact in RCEP negotiations are detailed in the chapter.

The last chapter of the third part of the book is Chapter 15, written by Horia Ciurtin, explores investment law with a Taiwanese investment treaty. With a historical perspective, the chapter illustrates how a new era started in Taiwan's investment treaty system.

The fourth part of the book examines investment law from a global perspective. In Chapter 16, Karl P Sauvani inspects China's move in the G20 towards a more facilitative investment regime. As an important outward FDI country, China has grasped the opportunity to reform the international regime by taking advantage of its presidency in the G20. The author remarks that China used to have limited influence

on international trade and financial regimes, but over the years, China has acquired the power to shape and even reform the regimes.

Chapter 17 is also about the importance of the G20 for global investment policy-making. Co-authored by Anna Joubin-Bret and Christian Rodriguez Chiffelle, the chapter examines the G20 Guiding Principles.

Chapter 18, by Sophie Meunier, highlights the importance of foreign direct investment by China in Europe and the US.

Chapter 19, by Ka Zeng, also highlights the impact of Chinese Outward FDI in light of the Belt & Road initiative. It examines the value of investment made under the initiative, and the different hypotheses regarding the management of those investments, providing an empirical analysis in the chapter.

In Chapter 20, Manzoor Ahmad inspects China's interests in Central Asia. He focuses on notable projects in the region and analyses the China-Pakistan economic corridor.

In Chapter 21, Susan Finder explores how Chinese SOEs interact with the international fraud and corruption sanctioning system, which is a lesser-known aspect of the practice of Chinese SOEs.

In Chapter 22, Joel Slawotsky examines the leading role of the US in global economic and legal governance after World War II, which has remained unshaken despite the rise of other powers. China's challenge to the US interests is highlighted in this chapter. The fourth part of the book is completed with this chapter.

The last part of the book is on the Investor-State Dispute Settlement System (ISDS). The first chapter of this part, Chapter 23, is co-authored by Matthew Hodgson and Adam Bryan on how China affects investment treaty arbitration in Asia. The authors analyze China's BITs, and offer their predictions regarding China's future investment strategy.

In Chapter 24, Jane Willems examines how arbitral tribunals enforce jurisdiction over investment disputes under China's BITs. The author examines arbitration cases involving Chinese parties.

Chapter 25 analyses the Ping An v Belgium case, the first case brought by a mainland Chinese company under ICSID. Claire Wilson, the author, examines how investment protection works for Chinese companies under ISDS.

Chapter 26, by Sungjin Kang, examines the extent to which China's Anti-Monopoly Laws apply to investors. The author takes the Korea-China BIT as a model to argue

that there might be challenges to the laws as a result of disputes over the application of the BIT.

The last chapter of the book, Chapter 27, written by Shu Shang, is on the possibility of investor-state mediation in China's next-generation investment treaties.

As reviewed, the book covers a wide range of issues in China's investment law and policy, and contains contributions by many leading experts in the field. Each chapter addresses a major issue related to China's investment law and strategy. It is more than a law book in that it not only gives China's investment law a much-needed framework, the diverse group of authors also examine the political and economic aspects of the law. Such aspects are intricately linked to investment law, but are often overlooked.

However, the reviewed book is also left with some shortcomings. First of all, while Belt & Road is part of great importance in China's investment law and strategy after 2013, as initiated by the president of China, the book does not seem to have given the initiative the attention. It could improve the coverage of the initiative by dedicating a sub-section of the book to it. Secondly, China's international law on GATT is not covered in the book. It could have been a bonus to this book, especially given the continuing US-China trade war. Thirdly, even though the book investigates China's relations with a wide range of countries and details both their bilateral and multilateral agreements, an important jurisdiction is missing. The book could use a chapter or two to examine the laws of the Australia-China bilateral treaty and compare the investment instruments of both countries. Nevertheless, despite the above, the book is a significant contribution to the literature on China's investment strategy, providing insights useful to both investors from China and investors to China.

The importance of this book for Turkish lawyers and investors is emphasized by Heng Wang in Chapter 13. He states that China needs strong support from major economies, developing and developed ones alike. Turkey makes an ideal fit for China, being a developing country itself, and would benefit from the collaboration that sees increased trade and investment in both countries. As officials continue their negotiations and talks, it is predicted that the collaboration will go further with time. Thus, this book offers great insights and serves as a handbook for those seeking to learn and understand Chinese Investment law and strategies, for example, lawyers, policymakers, investors and academics.

In conclusion, Professor Julien Chaisse has brought together an impressive group of leading experts, and produced the reference work on China's international investment law and policy. In an unmatched critical manner, the book provides a comprehensive investigation of China's investment policy and its effects in other jurisdictions,

effectively filling a considerable gap in the existing literature. It is relevant to all who work in investment law, including policymakers. The book "China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy" will sit at the vanguard of excellence for the next generation of scholarship on China international investment law and policy.

References

Chaisse, Julien (Ed) China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy (Oxford University Press, 2019).

AMAÇ VE KAPSAM

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 1981 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL), uluslararası akademik bir dergidir. *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'a gönderilen makaleler çift-kör hakemlik sistemi kullanılarak değerlendirilmektedir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki sayı hâlinde yayınlanan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'da yayımlanması istenen bilimsel çalışmaların Haziran sayısı için en geç 30 Mart tarihine kadar, Aralık sayısı için ise en geç 31 Eylül tarihine kadar gönderilmesi gerekmektedir.

Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'da, milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarının farklı boyutlarını adalet ve hukuk temellerinde ele alan disipliner veya disiplinlerarası özgün çalışmalar yayımlanmaktadır. Böylelikle dergimiz milletlerarası hukuk, milletlerarası münasebetler ve milletlerarası özel hukuk konularına giren meseleleri yakından takip ederek ve ilgili çalışmaları yayınlayarak bu konularda faaliyet gösteren kişilere yardımcı olmayı hedeflemektedir.

Public and Private International Law Bulletin (PPIL)'da milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarında yazılmış özgün makalelerin yanı sıra, bu alanlarda yayınlanmış olan kitaplara dair incelemeler ve ilgili yargı kararlarına dair değerlendirmelere de yer verilmektedir.

(a) Milletlerarası Hukuk:

1. Milletlerarası Hukuk (Tarihçesi, felsefesi, teorileri, kaynakları, kişileri, milli hukukla ilişkileri vs.)
2. Milletlerarası Hukuk Kişiliği ve Tanıma (Devletler, Hükümetler)
3. Ülkesel Egemenlik ve Devletin Yetkisi
4. Milletlerarası Hukukta İşlemler: Tek taraflı işlemler ve Andlaşmalar Hukuku
5. Milletlerarası Barış ve Güvenlik Hukuku ve Kuvvet Kullanma Yasağı
6. Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku
7. Milletlerarası Çevre Hukuku
8. İnsancıl Hukuk (Silahlı çatışmalar hukuku)
9. Milletlerarası Teşkilatlar Hukuku
10. Milletlerarası Deniz Hukuku
11. Milletlerarası Ekonomi Hukuku
12. Devletin Hukukî Sorumluluğu
13. Milletlerarası Ceza Hukuku
14. Milletlerarası Mülteci Hukuku
15. Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözümü (Diplomatik, Yargısal)
16. Milletlerarası Hava ve Uzay Hukuku
17. Milletlerarası Sınıraşan Sular ve Akifer Hukuku

(b) Milletlerarası Özel Hukuk:

1. Milletlerarası Özel Hukukun Genel Prensipleri
2. Milletlerarası Usul Hukuku
3. Milletlerarası Adli Yardım
4. Kanunlar İhtilafı Kuralları
5. Milletlerarası Yatırım Hukuku
6. Yabancılar Hukuku (Yabancıların Sosyal Hakları, Mülkiyet Hakkı, Eğitim Hakkı vb.)
7. Türk Vatandaşlık Hukuku
8. Yerel Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi
9. Yabancı Mahkeme ile Yabancı Tahkim Mahkemesi Kararlarının Tanınması ve Tenfizi
10. Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukuku
11. Milletlerarası Özel veya Usul Hukukuna İlişkin Sözleşmeler Hukuku
12. Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri
13. Milletlerarası Ticari Tahkim
14. Göç Hukuku

EDİTORYAL POLİTİKALAR VE HAKEM SÜRECİ

Yayın Politikası
Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin içeriği derginin amaç ve kapsamı ile uyumlu olmalıdır. Dergi, orijinal araştırma niteliğindeki yazıları yayınlamaya öncelik vermektedir.

Genel İlkeler
Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirmede olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

Ön değerlendirmeyi geçen yazılar iThenticate intihal tarama programından geçirilir. İntihal incelemesinden sonra, uygun makaleler Editör tarafından orijinaliteleri, metodolojileri, makalede ele alınan konunun önemi ve derginin kapsamına uygunluğu açısından değerlendirilir.

Bilimsel toplantılarda sunulan özet bildiriler, makalede belirtilmesi koşulu ile kaynak olarak kabul edilir. Editör, gönderilen makale biçimsel esaslara uygun ise, gelen yazıyı yurtiçinden ve /veya yurtdışından en az iki hakemin değerlendirmesine sunar, hakemler gerek gördüğü takdirde yazıda istenen değişiklikler yazarlar tarafından yapıldıktan sonra yayınlanmasına onay verir.

Makale yayınlanmak üzere Dergiye gönderildikten sonra yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim yazar olarak eklenemez ve yazar sırası değiştirilemez.

Yayına kabul edilmeyen makale, resim ve fotoğraflar yazarlara geri gönderilmez.

Açık Erişim İlkesi
Public and Private International Law Bulletin, tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir.

Public and Private International Law Bulletin makaleleri açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) (https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.tr) olarak lisanslıdır.

İşlemleme Ücreti

Derginin tüm giderleri İstanbul Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayını ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayın için kabul edilen makaleler için işlemleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

Hakem Süreci

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirmede olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir. Gönderilen ve ön kontrolü geçen makaleler iThenticate yazılımı kullanılarak intihal için taranır. İntihal kontrolünden sonra, uygun olan makaleler baş editör tarafından orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi ve dergi kapsamı ile uyumluluğu açısından değerlendirilir. Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar.

Seçilen makaleler en az iki ulusal/uluslararası hakeme değerlendirmeye gönderilir; yayın kararı, hakemlerin talepleri doğrultusunda yazarların gerçekleştirdiği düzenlemelerin ve hakem sürecinin sonrasında baş editör tarafından verilir.

Hakemlerin değerlendirmeleri objektif olmalıdır. Hakem süreci sırasında hakemlerin aşağıdaki hususları dikkate alarak değerlendirmelerini yapmaları beklenir.

- Makale yeni ve önemli bir bilgi içeriyor mu?
- Öz, makalenin içeriğini net ve düzgün bir şekilde tanımlıyor mu?
- Yöntem bütünlüklü ve anlaşılır şekilde tanımlanmış mı?
- Yapılan yorum ve varılan sonuçlar bulgularla kanıtlanıyor mu?
- Alandaki diğer çalışmalara yeterli referans verilmiş mi?
- Dil kalitesi yeterli mi?

Hakemler, gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdırlar. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir.

YAYIN ETİĞİ VE İLKELER

Public and Private International Law Bulletin, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır ve Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayınlanan etik yayıncılık ilkelerini benimser; Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing başlığı altında ifade edilen ilkeler için adres: https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing

Gönderilen tüm makaleler orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir makale editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift kör değerlendirmeden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkar edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir.

Araştırma Etiği

Dergi araştırma etiğinde en yüksek standartları gözetir ve aşağıda tanımlanan uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser. Makalelerin etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır.

- Araştırmanın tasarlanması, tasarımın gözden geçirilmesi ve araştırmanın yürütülmesinde, bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkeleri sağlanmalıdır.
- Araştırma ekibi ve katılımcılar, araştırmanın amacı, yöntemleri ve öngörülen olası kullanımları; araştırmaya katılımın gerektirdikleri ve varsa riskleri hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir.
- Araştırma katılımcılarının sağladığı bilgilerin gizliliği ve yanıt verenlerin gizliliği sağlanmalıdır. Araştırma katılımcıların özerkliğini ve saygınlığını koruyacak şekilde tasarlanmalıdır.
- Araştırma katılımcıları gönüllü olarak araştırmada yer almalı, herhangi bir zorlama altında olmamalıdırlar.
- Katılımcıların zarar görmesinden kaçınılmalıdır. Araştırma, katılımcıları riske sokmayacak şekilde planlanmalıdır.
- Araştırma bağımsızlığıyla ilgili açık ve net olunmalı; çıkar çatışması varsa belirtilmelidir.
- Deneysel çalışmalarda, araştırmaya katılmaya karar veren katılımcıların yazılı bilgilendirilmiş onayı alınmalıdır. Çocukların ve vesayet altındakilerin veya tasdiklenmiş akıl hastalığı bulunanların yasal vasisinin onayı alınmalıdır.
- Çalışma herhangi bir kurum ya da kuruluşta gerçekleştirilecekse bu kurum ya da kuruluştan çalışma yapılacağına dair onay alınmalıdır.
- İnsan öğesi bulunan çalışmalarda, "yöntem" bölümünde katılımcılardan "bilgilendirilmiş onam" alındığının ve çalışmanın yapıldığı kurumdan etik kurul onayı alındığı belirtilmesi gerekir.

Yazarların Sorumluluğu

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirmede olmadığı konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telife bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir.

Gönderilen makalede tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır, bu bağlamda "yazar" yayınlanan bir araştırmanın kavramsallaştırılmasına ve dizaynına, verilerin elde edilmesine, analizine ya da yorumlanmasına belirgin katkı yapan, yazının yazılması ya da bunun içerik açısından eleştirel biçimde gözden geçirilmesinde görev yapan birisi olarak görülür. Yazar olabilmenin diğer koşulları ise, makaledeki çalışmayı planlamak veya icra etmek ve / veya revize etmektir. Fon sağlanması, veri toplanması ya da araştırma grubunun genel süpervizyonu tek başına yazarlık hakkı kazandırmaz. Yazar olarak gösterilen tüm bireyler sayılan tüm ölçütleri karşılamalıdır ve yukarıdaki ölçütleri karşılayan her birey yazar olarak gösterilebilir. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Anlaşması Formu'nda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler "teşekkür / bilgiler" kısmında sıralanmalıdır. Bunlara örnek olarak ise sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler verilebilir.

Bütün yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkiler, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan etmelidirler. Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Editör ve Hakem Sorumlulukları

Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar. Gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalacağını garanti eder. Baş editör içerik ve yayının toplam kalitesinden sorumludur. Gereğinde hata sayfası yayınlamalı ya da düzeltme yapmalıdır.

Baş editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve Dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermekle yükümlüdür.

Hakemlerin araştırmayla ilgili, yazarlarla ve/veya araştırmanın finansal destekçileriyle çıkar çatışmaları olmamalıdır. Değerlendirmelerinin sonucunda tarafsız bir yargıya varmalıdırlar. Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilginin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir

telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdırlar. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

YAZILARIN HAZIRLANMASI

Dil

Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir. Türkçe dilinde başvuru yapan makalelerde İngilizce öz, anahtar kelime ve genişletmiş özet yer almalıdır. İngilizce dilince başvuru yapan makalelerde genişletilmiş özete ihtiyaç duyulmamaktadır.

Yazıların Hazırlanması ve Gönderimi

TAksi belirtilmedikçe gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılacaktır. Makale gönderimi online olarak ve http://ppil.istanbul.edu.tr üzerinden yapılmalıdır. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ifade eden, makale türünü belirten ve makaleyle ilgili bilgileri içeren (bkz: Son Kontrol Listesi) bir mektup; yazının elektronik formunu içeren Microsoft Word 2003 ve üzerindeki versiyonları ile yazılmış elektronik dosya ve tüm yazarların imzaladığı Telif Hakkı Anlaşması Formu eklenerek gönderilmelidir.

1. Çalışmalar, A4 boyutundaki kağıdın bir yüzüne, üst, alt, sağ ve sol taraftan 2,5 cm. boşluk bırakılarak, 12 punto Times New Roman harf karakterleriyle ve 1,5 satır aralık ölçüsü ile hazılarlanmalıdır.
2. Çalışmalar 4500 - 8500 sözcük arasında olmalı ve sayfa numaraları sayfanın altında ve ortada yer almalıdır.
3. Yazar/yazarların adları çalışmanın başlığının hemen altında sağa bitişik şekilde verilmelidir. Ayrıca yıldız dipnot şeklinde (*) yazarın unvanı, kurumu ve e-posta adresi ve telefonu sayfanın en altında dipnotta belirtilmelidir.
4. Dergimize gönderilen Türkçe makalelerde Giriş bölümünden önce 200-250 sözcük arasında çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden Türkçe ve İngilizce öz (abstract) ile Türkçe makalelerde 800-1000 kelime içeren İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. İngilizce makalelerde ise, yalnızca İngilizce öz (abstract) yer almalıdır. İngilizce ve Türkçe özlerin altında çalışmanın içeriğini temsil eden 3-5 İngilizce, 3-5 Türkçe anahtar kelime yer almalıdır.
5. Çalışmaların başlıca şu unsurları içermesi gerekmektedir: Başlık, Türkçe öz ve anahtar kelimeler; İngilizce başlık, İngilizce öz ve anahtar kelimeler; İngilizce genişletilmiş özet, ana metin bölümleri, son notlar ve kaynaklar.
6. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4 stili hakkında bilgi için; http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/content/

yazarlara-bilgi/kaynaklar sayfasını ziyaret edebilir veya Yazarlara Bilgi'nin Kaynaklar başlığı altında ilgili açıklama ve örnekleri inceleyebilirsiniz.

7. Çalışmalarda tablo, grafik ve şekil gibi göstergeler ancak çalışmanın takip edilebilmesi açısından gereklilik arz ettiği durumlarda, numaralandırılarak, tanımlayıcı bir başlık ile birlikte verilmelidir. Tablolara ait başlık üstte, Şekiller'e ait başlık altta yer almalıdır. Demografik özellikler gibi metin içinde verilebilecek veriler, ayrıca tablolar ile ifade edilmemelidir.
8. Yayınlanmak üzere gönderilen makale ile birlikte yazar bilgilerini içeren kapak sayfası gönderilmelidir. Kapak sayfasında, makalenin başlığı, yazar veya yazarların bağlı bulundukları kurum ve unvanları, kendilerine ulaşılabilecek adresler, cep, iş ve faks numaraları ve e-posta adresleri yer almalıdır (bkz. Son Kontrol Listesi).
9. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu yazar/yazarlarına aittir.
10. Yayın kurulu ve hakem raporları doğrultusunda yazarlardan, metin üzerinde bazı düzeltmeler yapmaları istenebilir.
11. Yayınlanmasına karar verilen çalışmaların, yazar/yazarlarının her birine dergi gönderilir.
12. Dergiye gönderilen çalışmalar yayınlansın veya yayınlanmasın geri gönderilmez.

Yazım ve Atıf Kuralları

1. Genel Hususlar

a) Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
b) Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
c) Atıflarda *supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra* kısaltmaları kullanılmamalıdır.
d) İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
e) Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

2. Öz / Abstract

Makalelerde 250'şer kelimeden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

a) Öz bölümünün altında Türkçe en az 5 en çok 15 anahtar kelime kullanılmalıdır.
b) Abstract bölümünün altında İngilizce en az 5 en çok 15 keywords kullanılmalıdır.

4. Extended Summary

Türkçe makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği en fazla 1000 kelimeden oluşacak İngilizce bir extended summary yer almalıdır.

5. Mevzuata Yapılacak Atıf

a) Türk mevzuatına atıf, aşağıdaki örnekte gösterildiği şekilde yapılmalıdır:

Örnek [2]Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153

b) Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

6. Kitaplar

Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, *Kitap Adı* (Kaçıncı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek [Tek yazarlı kitaplar]:

[3]B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta 2017) 165.

Örnek [Çok yazarlı kitaplar]

[5]Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86ff.

[8]Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 322.

7. Editörlü Kitaplar

Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), *Kitap Adı* (Yayınevi Yıl) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek [9]Rumeysa Partalcı, 'Türkiye'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Koyduğu Çekincelerin İncelenmesi' in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 5.

8. Makaleler

Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek [11]Sevin Toluner, 'Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 857, 860.

[14]Ayşe Nur Tütüncü, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113, 116.

9. Elektronik Kaynaklar

Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt(Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek [17]Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < http://ejlt.org//article/view/17 > Erişim Tarihi 27 July 2010.

10. Web Siteleri ve Bloglar

Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' *(Web Sitesinin Adı,* Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek [21]Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> Erişim Tarihi 19 November 2009

11. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde aşağıdaki örneklerde görüldüğü şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek [5]Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

…

[26]Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

[27] ibid 114-115.

12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek [28]Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

[31]Erdem, 'Cinsiyet Farkı' (n 9) 297.

13. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf

a) Türk mahkeme kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek Ankara 3 Sulh Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.
Ankara 1 İdare Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.
Ankara 3 BAM, 4558/3543, 11.03.2017.
Ankara 3 BİM, 4558/3543, 11.03.2017.
Danıştay 10 D, 2247/5111, 25.11.2011.
Yargıtay 2 HD, 4558/3543, 11.03.2017.
Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015.

b) Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ilâ 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, ABAD kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek *Omojudi v UK* (2009) 51 EHRR 10.
Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.
Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).
Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

14. Kaynakça

Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilmelidir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilmelidir:

Örnek Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th, Beta 2017) 165.
Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019).
Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Beta 2018).
Tütüncü AN, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113-123.

***Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition*:** https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
  - ✓ Makalenin türü
  - ✓ Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
  - ✓ Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
  - ✓ İstatistik kontrolünün yapıldığı (araştırma makaleleri için)
  - ✓ İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı
  - ✓ Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
  - ✓ Kaynakların OSCOLA 4'e göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış ve telife bağlı materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Kapak sayfası
  - ✓ Makalenin türü
  - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
  - ✓ Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
  - ✓ Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
  - ✓ Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni
  - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
  - ✓ Özetler: 200-250 kelime Türkçe ve 200-250 kelime İngilizce
  - ✓ Anahtar Kelimeler: 3-5 adet Türkçe ve 3-5 adet İngilizce
  - ✓ Makale Türkçe ise, 800-1000 kelime İngilizce genişletilmiş özet (Extended Abstract)
  - ✓ Finansal destek (varsa belirtiniz)
  - ✓ Çıkar çatışması (varsa belirtiniz)
  - ✓ Teşekkür (varsa belirtiniz)
  - ✓ Kaynaklar
  - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

AIM AND SCOPE

Public and Private International Law Bulletin (PPIL), which is regularly being published by Istanbul University Faculty of Law Research Center of International Law and International Relations since 1981, is an international academic journal. Articles submitted to Public and Private International Law (PPIL) are subject to a double-blind peer-review evaluation system. Public and Private International Law (PPIL) is published twice a year, in June and December. The academic papers requested to be published in Public and Private International Law (PPIL) have to be submitted by the latest April 30th for June issue and October 31st for December issue.

Disciplinary and interdisciplinary academic papers focused on the diverse faces of public and private international law in connection with the basis of justice are being published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL). Therefore, while following public and private international law and international relations issues and publishing related academic papers this journal aims to help academicians studying or making researches in the same field.

Besides academic articles on public international law and private international law, book reviews regarding the same subjects and evaluations of related court decisions are published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL).

Mainly preferred topics of (a) public international law and (b) private international law in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL) are listed below.

(a) Public International Law

1. International Law (in general, i.e., History, Philosophy, Theory, Sources, Subjects of International Law; The Relations of International and National laws)
2. International Law Personality, Recognition of States and Governments
3. Territorial Sovereignty and State Jurisdiction
4. International Transactions: Unilateral Acts and The Law of Treaties
5. International Peace and Security Law and Use of Force
6. International Human Rights Law
7. International Environmental Law
8. International Humanitarian Law (Armed Conflicts Law)
9. International Organizations Law
10. International Law of the Sea
11. International Economic Law
12. State Responsibility
13. International Criminal Law
14. International Refugees Law
15. Peaceful Settlement of International Disputes (Diplomatic and Judicial Means)
16. International Air and Space law
17. Transboundary Waters and Aquifer (groundwaters) Law

(b) Private International Law:

1. General Principles of Private International Law
2. International Procedure Law
3. Conflict of Laws Rules
4. International Investment Law
5. Law on Aliens (i.e., Social Rights, Property Rights, Right to Education)
6. Citizenship Law
7. International Jurisdiction
8. Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements and Foreign Arbitration Awards
9. International Family and Child Law
10. International Contracts Law
11. Alternative Dispute Resolutions
12. International Commercial Arbitration
13. Migration Law

Intersecting topics of these two areas such as immigration and refugee law, investment law are also being subject to interdisciplinary legal reviews.

EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

Publication Policy
The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

General Principles
Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor hands over the papers matching the formal rules to at least two national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the authors in accordance with the referees' claims. Changing the name of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors. Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

Open Access Statement
Public and Private International Law Bulletin is an open access journal which means that all content is freely available without charge to the user or his/her institution. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author.

The articles in Public and Private International Law Bulletin are open access articles licensed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0) (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.en/)

Article Processing Charge

All expenses of the journal are covered by the Istanbul University. Processing and publication are free of charge with the journal. There is no article processing charges or submission fees for any submitted or accepted articles.

Peer Review Process

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by Editor-in-Chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope. Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors and ensures a fair double-blind peer review of the selected manuscripts.

The selected manuscripts are sent to at least two national/international referees for evaluation and publication decision is given by Editor-in-Chief upon modification by the authors in accordance with the referees' claims.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers' judgments must be objective. Reviewers' comments on the following aspects are expected while conducting the review.

- Does the manuscript contain new and significant information?
- Does the abstract clearly and accurately describe the content of the manuscript?
- Is the problem significant and concisely stated?
- Are the methods described comprehensively?
- Are the interpretations and consclusions justified by the results?
- Is adequate references made to other Works in the field?
- Is the language acceptable?

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees is important.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

Public and Private International Law Bulletin is committed to upholding the highest standards of publication ethics and pays regard to Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing published by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), and the World Association of Medical Editors (WAME) on https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing

All parties involved in the publishing process (Editors, Reviewers, Authors and Publishers) are expected to agree on the following ethical principles.

All submissions must be original, unpublished (including as full text in conference proceedings), and not under the review of any other publication synchronously. Each manuscript is reviewed by one of the editors and at least two referees under double-blind peer review process. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are unnethical behaviors.

All manuscripts not in accordance with the accepted ethical standards will be removed from the publication. This also contains any possible malpractice discovered after the publication. In accordance with the code of conduct we will report any cases of suspected plagiarism or duplicate publishing.

Research Ethics

The journal adheres to the highest standards in research ethics and follows the principles of international research ethics as defined below. The authors are responsible for the compliance of the manuscripts with the ethical rules.

- Principles of integrity, quality and transparency should be sustained in designing the research, reviewing the design and conducting the research.
- The research team and participants should be fully informed about the aim, methods, possible uses and requirements of the research and risks of participation in research.
- The confidentiality of the information provided by the research participants and the confidentiality of the respondents should be ensured. The research should be designed to protect the autonomy and dignity of the participants.
- Research participants should participate in the research voluntarily, not under any coercion.
- Any possible harm to participants must be avoided. The research should be planned in such a way that the participants are not at risk.
- The independence of research must be clear; and any conflict of interest or must be disclosed.

- In experimental studies with human subjects, written informed consent of the participants who decide to participate in the research must be obtained. In the case of children and those under wardship or with confirmed insanity, legal custodian's assent must be obtained.
- If the study is to be carried out in any institution or organization, approval must be obtained from this institution or organization.
- In studies with human subject, it must be noted in the method's section of the manuscript that the informed consent of the participants and ethics committee approval from the institution where the study has been conducted have been obtained.

Author Responsibilities

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. And authors must ensure that submitted work is original. They must certify that the manuscript has not previously been published elsewhere or is not currently being considered for publication elsewhere, in any language. Applicable copyright laws and conventions must be followed. Copyright material (e.g. tables, figures or extensive quotations) must be reproduced only with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

All the authors of a submitted manuscript must have direct scientific and academic contribution to the manuscript. The author(s) of the original research articles is defined as a person who is significantly involved in "conceptualization and design of the study", "collecting the data", "analyzing the data", "writing the manuscript", "reviewing the manuscript with a critical perspective" and "planning/ conducting the study of the manuscript and/or revising it". Fund raising, data collection or supervision of the research group are not sufficient roles to be accepted as an author. The author(s) must meet all these criteria described above. The order of names in the author list of an article must be a co-decision and it must be indicated in the Copyright Agreement Form. The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study must take place in the acknowledgement section. Individuals providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support are examples to be indicated in acknowledgement section.

All authors must disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor to provide retractions or corrections of mistakes.

Responsibility for the Editor and Reviewers

Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors. He/ She provides a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication and ensures that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

Editor-in-Chief is responsible for the contents and overall quality of the publication. He/She must publish errata pages or make corrections when needed.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers. Only he has the full authority to assign a reviewer and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers must have no conflict of interest with respect to the research, the authors and/or the research funders. Their judgments must be objective.

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees must be ensured. In particular situations, the editor may share the review of one reviewer with other reviewers to clarify a particular point.

MANUSCRIPT ORGANIZATION

Language

Articles in Turkish and English are published. Submitted Turkish article must include an English abstract, keyword and an extended abstract. Extended abstract in English is not required for articles in English.

Manuscript Organization and Format

All correspondence will be sent to the first-named author unless otherwise specified. Manuscpript is to be submitted online via http://ppil.istanbul.edu.tr/en/_ and it must be accompanied by a cover letter indicating that the manuscript is intended for publication, specifying the article category (i.e. research article, review etc.) and including information about the manuscript (see the Submission Checklist). Manuscripts should be prepared in Microsoft Word 2003 and upper versions. In addition, Copyright Transfer Form that has to be signed by all authors must be submitted.

1. The manuscripts should be in A4 paper standards: having 2.5 cm margins from right, left, bottom and top, Times New Roman font style in 12 font size, line spacing of 1.5 and "justify align" format. For indented paragraph, tab key should be used. One line spacing should be used for the tables and figures, which are included in the text.
2. The title of the text should be centered on the page, in lower-case letter, bold, Times New Roman font and 14 font size.
3. Information about the author is to be written on the left part of the page skipping one line space after the title, and it should be in Times New Roman font, 10 font size, with one line spacing. After indicating the name of the author in lower-case letter and surname in capital letter, the title, affiliation, and e-mail address should be included.
4. Before the introduction part, there should be an abstract of 200-250 words both in the

language of the article and in English. An extended abstract in English between 600-800 words, summarizing the scope, the purpose, the results of the study and the methodology used is to be included following the abstracts. If the manuscript is in English, extended abstract is not required. Underneath the abstracts, 5 keywords that inform the reader about the content of the study should be specified in the language of the article and in English.

6. The manuscripts should contain mainly these components: title, abstract and keywords; extended abstract (If the manuscript is in English, extended abstract is not required), sections, footnotes and references.
7. Tables, graphs and figures can be given with a number and a defining title if and only if it is necessary to follow the idea of the article. Otherwise features like demographic characteristics can be given within the text.
8. A title page including author information must be submitted together with the manuscript. The title page is to include fully descriptive title of the manuscript and, affiliation, title, e-mail address, ORCID, postal address, phone and fax number of the author(s) (see The Submission Checklist).
9. The rights of the manuscripts submitted to our journal for publication, belongs to the author(s).
10. The author(s) can be asked to make some changes in their articles due to peer reviews.
11. A copy of the journal will be sent to each author of the accepted articles upon their request.
12. The studies that were sent to the journal will not be returned whether they are published or not.

REFERENCES

Reference Style and Format

Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul offers two options of referencing style. Authors should use OSCOLA OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) is published by the University of Oxford and detail and examples about the style can be found at https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola

OSCOLA Reference Examples

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

If citing a particular judge:

Arscott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C–176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I–7879, paras 47–48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks (OUP 2006).*

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution'(2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < http://ejlt.org//article/view/17 > accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009)

<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SUBMISSION CHECKLIST

Ensure that the following items are present:

- Cover letter to the editor
  - ✓ The category of the manuscript
  - ✓ Confirming that "the paper is not under consideration for publication in another journal".
  - ✓ Including disclosure of any commercial or financial involvement.
  - ✓ Confirming that the statistical design of the research article is reviewed.
  - ✓ Confirming that last control for fluent English was done.
  - ✓ Confirming that journal policies detailed in Information for Authors have been reviewed.
  - ✓ Confirming that the references cited in the text and listed in the references section are in line with OSCOLA 4th Edition.
- Copyright Agreement Form
- Permission of previously published copyrighted material if used in the present manuscript
- Title page
  - ✓ The category of the manuscript
  - ✓ The title of the manuscript
  - ✓ All authors' names and affiliations (institution, faculty/department, city, country), e-mail addresses
  - ✓ Corresponding author's email address, full postal address, telephone and fax number
  - ✓ ORCIDs of all authors.
- Main Manuscript Document
  - ✓ The title of the manuscript
  - ✓ Abstract (200-250 words)
  - ✓ Key words: 3 to 5 words
  - ✓ Extended Summary (800-1000 words) in English for the articles which are not in English
  - ✓ Grant support (if exists)
  - ✓ Conflict of interest (if exists)
  - ✓ Acknowledgement (if exists)
  - ✓ References
  - ✓ All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

COPYRIGHT AGREEMENT FORM / TELİF HAKKI ANLAŞMASI FORMU

İstanbul University
İstanbul Üniversitesi

Journal name: Public and Private International Law Bulletin
Dergi Adı: Public and Private International Law Bulletin

Copyright Agreement Form
Telif Hakkı Anlaşması Formu

Responsible/Corresponding Author *Sorumlu Yazar*	
Title of Manuscript *Makalenin Başlığı*	
Acceptance date *Kabul Tarihi*	
List of authors *Yazarların Listesi*	

Sıra No	**Name - Surname** *Adı-Soyadı*	**E-mail** *E-Posta*	**Signature** *İmza*	**Date** *Tarih*
1				
2				
3				
4				
5				

Manuscript Type (Research Article, Review, Short communication, etc.) *Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, Kısa bildiri, v.b.)*	

Responsible/Corresponding Author:
Sorumlu Yazar:

University/company/institution	*Çalıştığı kurum*	
Address	*Posta adresi*	
E-mail	*E-posta*	
Phone; mobile phone	*Telefon no; GSM no*	

The author(s) agrees that:
The manuscript submitted is his/her/their own original work, and has not been plagiarized from any prior work,
all authors participated in the work in a substantive way, and are prepared to take public responsibility for the work,
all authors have seen and approved the manuscript as submitted,
the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere,
the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone.
ISTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work.
The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights;
to use, free of charge, all parts of this article for the author's future works in books, lectures, classroom teaching or oral presentations,
the right to reproduce the article for their own purposes provided the copies are not offered for sale.
All materials related to manuscripts, accepted or rejected, including photographs, original figures etc., will be kept by ISTANBUL UNIVERSITY for one year following the editor's decision. These materials will then be destroyed.
I/We indemnify ISTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article.
I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements, and does not contain material or instructions that might cause harm or injury.
This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder
Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını,
Tüm yazarların bu çalışmaya asli olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını,
Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını,
Makalenin başka bir yerde basılmadığını veya basılmak için sunulmadığını,
Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara ait olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.
Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işvereninin telif dâhil patent hakları, yazar(lar)ın gelecekte kitaplarında veya diğer çalışmalarında makalenin tümünü ücret ödemeksizin kullanma hakkı makaleyi satmamak koşuluyla kendi amaçları için çoğaltma hakkı gibi fikri mülkiyet hakları saklıdır.
Yayımlanan veya yayıma kabul edilmeyen makalelerle ilgili dokümanlar (fotoğraf, orijinal şekil vb.) karar tarihinden başlamak üzere bir yıl süreyle İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nce saklanır ve bu sürenin sonunda imha edilir.
Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslarca vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz.
Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapılırken kanuna aykırı herhangi bir malzeme ve yöntem kullanılmadığını taahhüt ederim/ederiz.
Bu Telif Hakkı Anlaşması Formu tüm yazarlar tarafından imzalanmalıdır/onaylanmalıdır. Form farklı kurumlarda bulunan yazarlar tarafından ayrı kopyalar halinde doldurularak sunulabilir. Ancak, tüm imzaların orijinal veya kanıtlanabilir şekilde onaylı olması gerekir..

Responsible/Corresponding Author; *Sorumlu Yazar;*	**Signature** / *İmza*	**Date** / *Tarih*
		……../……../……